



MASARYK UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Tvorba práva v historickém vývoji

Law Creating in Historical Evolution

SUDĚBNÍK MCHITARA GOŠE A JEHO VLIV NA PRÁVO KAVKAZSKÝCH NÁRODŮ (THE LEGAL BOOK OF MKHITAR GOSH AND ITS INFLUENCE TO THE LAW OF THE NATIONS OF CAUCASUS)

STANISLAV BALÍK

Ústavní soud ČR, Fakulta právnická ZČU, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek je věnován významné středověké arménské právní památce tzv. Suděbniku Mchitara Goše ze 12. století, jeho zdrojům a jeho vlivu na právo v kavkazských zemích. Suděbník Mchitara Goše vychází z řady pramenů, zejména z biblických zákonů obsažených ve druhé a třetí knize Mojžíšově, církevních zákonů přijatých Efeským a Konstantinopolským koncilem a místními arménskými koncily, z práva jiných národů, a to křesťanských i islámských, a arménských právních obyčejů. Příspěvek se zabývá vlivem Suděbniku na pozdější arménské právní památky i na gruzínský zákoník Vachtanga VI. Pozornost je věnována i používání Suděbniku mimo arménské území, zejména v Polsku, kde král Zikmund I. v r. 1519 potvrdil latinský překlad Suděbniku jako oficiální předpis pro rozhodování ve věcech, jejichž účastníky byli Arméni. Suděbník byl arménskou menšinou v Polsku používán až do r. 1790.

Key words in original language

Právní dějiny Arménie; Suděbník Mchitara Goše; arménská menšina v Polsku; kavkazské země.

Abstract

The paper is devoted to the important mediaeval Armenian legal document from the 12th century known as the Sudebnik of Mkhitar Gosh, its sources, and its influence on the law in Caucasian countries. The Sudebnik of Mkhitar Gosh is based on a number of sources, in particular the biblical laws contained in the Second and Third Books of Moses, the ecclesiastic laws adopted by the Council of Ephesus, the Council of Constantinople and local Armenian councils, the law of other nations (both Christian and Islamic), and Armenian legal customs. The paper considers the influence of the Sudebnik on later Armenian legal documents and on the Georgian Code of Vakhtang VI. It also investigates the use of the Sudebnik outside Armenian territory, particularly in Poland, where in 1519 King Sigismund I acknowledged the Latin translation of the Sudebnik as the official code for rulings in matters concerning Armenians. The Sudebnik was used by the Armenian minority in Poland until 1790.

Key words

Armenian legal history; Sudebnik of Mkhitar Gosh; Armenian minority in Poland; Caucasian countries.

1. ÚVOD

Důvodem, pro který jsem se přihlásil na tuto konferenci s referátem o arménském Suděbniku Mchitara Goše, není primárně - ač by se tak na první pohled mohlo zdát - to, že Suděbník zmiňuji na právnických fakultách v Plzni, Brně a Olomouci při výuce právních dějin mimoevropských zemí¹ a v Plzni navíc při výuce oboru právních dějin zemí a národů bývalého SSSR, kam arménská právní historie tématicky spadá. Není jím ani pouhé získání záminky k publikaci dalšího příspěvku s arménskou tematikou². Příklad této středověké právní památky, jak bude podáváno dále, totiž velmi úzce souvisí s konferenčním tématem tvorby práva v historickém vývoji.

2. AUTOR A PRAMENY SUDĚBNIKU MCHITARA GOŠE

Mchitar Goš (cca 1130-1213) patřil bezpochyby k nejvýraznějším osobnostem arménské kultury 2. poloviny 12. a počátku 13. století, podle arménského právního historika Rubena Avakjana byl prý ve své době *"nejvýznamnějším ze všech nám známých znalců práva, jemuž nebylo rovného jak v Evropě, tak v Přední Asii."* Mchitar Goš je charakterizován jako *"zákonodárce, znalec práva, církevní a společensko-politický činitel, pedagog, básník, stoupenec nezávislosti Arménie, myslitel a učený mnich"*.³ Tento vysoký církevní hodnostář (vardapet) většinu života tvořil v klášteře v dnešním Gošavanu, který založil a v němž sepsal nejen Suděbník, ale i většinu svého bohatého literárního díla.

¹ Srv. blíže Balík S., Balík S. ml., *Právní dějiny mimoevropských zemí* (Stručný nástin). 2. rozšířené vydání, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2006, str. 3-4; Balík S., *Několik poznámek o výuce Obecných právních dějin a Právních dějin mimoevropských zemí na Fakultě právnické Západočeské univerzity v Plzni od zahájení výuky do dnešních dnů*, in: Knoll V. (ed.), *Acta historico-iuridica Pilsnensia 2006*, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2007, str. 13-17. Pro rozlišení budou jména autorů v poznámkovém aparátu a přehledu literatury uváděna takto: Balík S.= Stanislav Balík (1928), Balík S. (ml.)=Stanislav Balík (1956).

² Srv. Balík S. (ml.), *Památník arménského písemnictví*, *Lidová demokracie*, 3. 12. 1985, str. 1; Balík S. (ml.), *Arménie: Příprava zákona o advokacii*, *Bulletin advokacie* č. 10/2004, str. 103-104; *Odlišné stanovisko soudce Stanislava Balíka (ml.) k nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/06 (č. 10/2008 Sb.)*; Balík S. (ml.), *Osnova Ústavy nezávislé Arménie Šamira a Akona Šamirjanových z let 1773-1788*, in: Kokeš M., Pospíšil I. (ed.), *In dubio pro libertate. Úvahy nad ústavními hodnotami a ústavním právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea*, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, str. 23-32.

³ Srv. Авакян Р. О., *Памятники армянского права*, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, стр. 233-234. O arménských dějinách podrobněji srv. dále např. Redgateová E. A., *Arméni*, Praha 2003; Šaginjan V., *Dějiny Arménie od počátku až do roku 2000*, Praha 2001; Орманян М., *Армянская Церковь*, Ереван 2005; Brentjes B., *Arménie. Tři tisíce let dějin a kultury*, Praha 1976 aj.

Mchitar Goš započal psaní Suděbníku v r. 1184. V té době byly sice k dispozici překlady Zákonů křesťanských císařů Konstantina, Theodosia a Lva, dále Eklogy a také biblických zákonů do staroarménštiny, které pořídil Gošův souputník Nerses Lambronatsi, k dispozici byla Mchitaru Gošovi jistě i Arménská kniha kánonů, sestavená v 8.století arménským katolikosem Hovanem Odznetsim, potvrzená třetím Dvinským koncilem v r. 719 a po dvě staletí doplňovaná.⁴

Autor Suděbníku sám v desáté hlavě Úvodu psal *"o tom, z jakých pramenů či od jakých národů se chystáme přejímat soudní řády potvrzující naši pravdu, a o tom, jaký je obsah našeho Suděbníku"*. Pokud jde o národy, s jejichž právem se seznámil a vzal je jako - řečeno moderní terminologií - referenční kritérium, Mchitar Goš uvedl:

"Za prvé, pokládáme za správné čerpat ze stávajících obyčejů, které jsou chovány v ústní podobě u Abraháma a dalších patriarchů, jakož i u pohanů; z těchto obyčejů, podle nichž se učili soudit cizoložníky, zloděje a vrahy.

Za druhé, přejímáme od všech křesťanských národů jako rodných bratrů. Co vše jsme slyšeli a viděli u jejich mravních soudů, to vše sepisujeme v Suděbníku.

*Za třetí, přejímáme i od muslimů, vybíráme ale a nepřejímáme jejich chybné normy a soudní pravidla, která se učili u Mohameda, nýbrž pouze to, co převzali ze zákonů Mojžíšových."*⁵

V citované desáté hlavě Úvodu Mchitar Goš zároveň napsal, že bude čerpat z knih Mojžíšových, z nichž výslovně uvedl Exodus a Deuteronomium, z kanonických knih a ze všech knih Starého a Nového zákona.⁶

Mohlo by se zdát, že Suděbník Mchitara Goše je tak - alespoň podle slov svého autora - eklektickým zpracováním právních norem z různých právních řádů a arménských právních obyčejů. Z textu Suděbníku je však zřejmé, že Goš cituje nejvíce z knih Mojžíšových, dále z ostatních částí

⁴ Srv. též Harutyunyan G. G., Constitutional culture: The lessons of the history and the challenges of the time, Yerevan 2005, str. 379, 382-383. (cituji dle anglického resumé monografie psané v arménštině).

⁵ Srv. český překlad in: Balík S., Balík S. ml., Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005, str. 123-124. Tento překlad vychází z: Армянский "Судебник" Мхитара Гоша. Перевод с древнеармянского А. А. Паповяна. Редакция, вступительная статья и примечания Б. М. Арутюняна, Ереван: Институт истории АН Армянской ССР, 1954.

⁶ Text Suděbníku Mchitara Goše v ruském jazyce přináší nejnověji Авакян Р. О., Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, стр. 254-438. V dalším textu, pokud nebude uvedeno jinak, vycházím z tohoto ruského překladu.

Starého a Nového zákona a z církevních zákonů přijatých na různých koncilech. Autor v desáté knize Úvodu ostatně dal najevo, že přímá citace Koránu nepřichází v úvahu. O právu jiných křesťanských národů se Mchitar Goš zmínil spíše proto, aby dal najevo rozsah svého právního vzdělání, jinak je v textu uvádí spíše výjimečně, jako např. v šesté hlavě Úvodu o tom, *"jaké by měly být soudy, žalobci a žalovaní"*, byzantský a gruzínský příklad tříčlenných soudních senátů z důvodů právně srovnávacích.

Suděbník Mchitara Goše se skládá z Úvodu o dvanácti hlavách a dvou částí. První část o 124 člancích nese název Církevní zákony, druhá o 130 člancích je nazvána Světské zákony. Sepsáním arménského obyčejového práva jsou především Světské zákony, i zde má však původ v obyčejovém právu pouhých 43% článků.⁷

Články Suděbníku vycházející z biblického či kanonického práva mají nezřídka podobu spíše učebnice práva. Často začínají citátem z Bible či kánonu, někdy po citátu z Bible následuje výklad o odpovídajícím kánonu, posléze akceptace předloh nebo naopak jejich modifikace, odpovídající dobovým arménským realitám. Za ukázky přibližující popsanou formu mohou posloužit např. čl. 163 a 164 Suděbníku, zařazené do Světských zákonů.

Článek 163 Suděbníku upravuje krádež volů, oslů a obdobných zvířat:

"Jestliže někdo ukradne vola nebo ovci, porazí jej nebo prodá, dá náhradou pět volů za vola a čtyři ovce za ovci. Jestliže nemá čím zaplatit, bude prodán za hodnotu ukradeného. Jestliže bude chycen a nalezne se u něho to, co ukradl, živé, ať je to vůl, osel či jiné obdobné zvíře, včetně ovce, poskytne dvojnásobnou náhradu."⁸

Zákon budiž jasný: za nenávratně odvedené je povinen zaplatit pětinasobek nebo čtyřnasobek, za nalezených pouze dvojnásobek. V tomto duchu přijmeme toto pravidlo zákona Mojžíšova."

Článek 164 Suděbníku je *"o soudu nad zloději, kteří se vloupali do domu"*.

"Jestliže v domě bude přistižen zloděj, který, jsa raněn, zemře, tehdy se jeho zabití tomu, který jej zabil, nebude klást za vinu. Avšak jestliže nad zlodějem

⁷ Сгв. Авакян Р. О., Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, стр. 236.

⁸ Exodus, XXI, 37; XXII, 2, 3.

*vyšlo slunce, tehdy na tom, kdo jej zabil, ulpí krev zabitého a ten, kdo jej zabil, sám má být zabit.*⁹

Posvátný zákon Mojžíšův nepokládá za hřích zabití vykonané neúmyslně v noční temnotě.. Člověka, který zabil za úsvitu, je třeba soudit jako úmyslného vraha, neboť zloděje, lidi, které kradou, zákon káže vydat na smrt. My však ustanovujeme, jak je uvedeno, pokutu a výkupné jak v případech úmyslného, tak neúmyslného zabití. Ukradené se nahrazuje jako v ostatních případech, jestliže se ztratilo, čtyřnásobkem, neztratilo-li se, dvojnásobkem."

Zatímco Církevní zákony a Světské zákony obsahují normy kanonického i světského, převážně hmotného práva, má Úvod povahu nejen prologu či preambule, ale též pojednání právněfilosofického, teoretického, právně-etického a náboženského. Úvod se však zabývá i metodologickými otázkami, vysvětluje, proč je nutné sepsání práva, a jak má být právo aplikováno. Z hlediska tvorby práva je podstatné, že Mchitar Goš v desáté hlavě Úvodu mimo jiné napsal, že *"jsme položili základ Suděbníku, a je nutné, aby se postupně a ve všech časech rozrůstal, zahrnoval po pořádku všechna budoucí soudní rozhodnutí moudrých lidí."* Goš tak vedle dosavadních pramenů pro budoucnost připouští soudcovskou tvorbu práva a otevírá prostor pro novelizace a revize Suděbníku, který, ač byl napsán i z popudu katolíkose kavkazské Albánie Stefanose¹⁰, byl zprvu pouze právní knihou.

3. VLIV SUDĚBNÍKU MCHITARA GOŠE NA PRÁVO KAVKAZSKÝCH NÁRODŮ

Vliv Suděbníku Mchitara Goše na právo kavkazských národů je obecně uznáván, diskuse se vede spíše o jeho rozsahu. Z pohledu shora naznačených úvah samotného autora Suděbníku o dalším osudu jeho díla lze pak následující významnou arménskou právní památku, Suděbník Smbata Sparapeta z 2. poloviny 13. století, pokládat za další upravenou verzi Suděbníku Mchitara Goše. Některé skupiny autorů dokonce pokládají Smbatův Suděbník za pouhý překlad či zkrácený překlad Suděbníku Mchitara Goše.¹¹

⁹ Exodus, XXII, 1. Při překladu vycházím z textu Suděbníku, nikoliv z novodobé podoby Bible. Pro porovnání srv. Bible. Písmo Svaté Starého a Nového zákona. Český ekumenický překlad. Praha: Česká biblická společnost 1996, str. 32-83.

¹⁰ Srv. třetí hlavu Úvodu Suděbníku Mchitara Goše.

¹¹ Podrobněji o průběhu této diskuze srv. Авакян Р. О., Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, стр. 439-462.

Gošův Suděbník byl znám i autorům osnovy Ústavy nezávislé Arménie Šamiru a Akonovi Šamirjanovým, žijícím ve 2. polovině 18. století v indickém Madrasu. Jak bude pojednáno dále, teritoriální působnost Suděbníku Mchitara Goše přesáhla díky rozsáhlé diaspoře Arménů arménské území, a to bez ohledu na to, kdo právě v samotné Arménii vládl. Jako právní kniha byl používán - s výjimkou, o níž bude dále řeč - ještě v této době.

Mimo Arménii se pak Suděbník Mchitara Goše počátkem 18. století stal jedním z hlavních pramenů gruzínského Zákoníku Vachtanga VI. Z důvodu objektivitě nelze souhlasit s názorem, že by však byl zdrojem jediným. Je evidentní, že obě právní památky dále vycházejí z biblických a církevních zákonů, Zákoník Vachtanga VI. reflektuje navíc gruzínské církevní i světské psané a obyčejové právo.¹²

Před nedávnem bylo namátkově poukázáno na obsahovou podobu ustanovení Zákoníku Vachtanga VI. o soudech a soudcích a kapitol V. a VI. Úvodu Suděbníku Mchitara Goše.¹³ Gošův soudce tak měl být "...hloubavý, rozumově vyspělý...Proto soudci přísluší být ve všech vztazích učeným, uměřeným, moudrým a nestranným..."¹⁴, Vachtangův soudce pak podle §3 Zákoníku "zvídavý, bystrý, přemýšlivý v rozhodování, klidný, vážený a prozíravý". V obou případech měl být soudce spravedlivý a poslušný Boha.

Jednotlivé právní památky shora uvedené by si jistě zasloužily podrobnějšího srovnání, které rozsah tohoto spíše informativního příspěvku nedovoluje, jisté však je, že obecně vycházely ze shodných duchovních a hodnotových základů a že Suděbník Mchitara Goše, který byl nejstarší z těchto právních pramenů, všichni pozdější autoři dobře znali a inspirovali se jím.

4. PŮSOBNOST SUDĚBNÍKU MCHITARA GOŠE V ARMÉNSKÉ DIASPOŘE

Samostatnou kapitolou je aplikace Suděbníku Mchitara Goše arménskými komunitami, žijícími v diaspoře. Ty byly rozptýleny po celém dostupném světě. Je známo, že Arméni, jichž tradičně žije mimo vlast velké množství, obvykle neasimilují. Bylo tomu tak od samého počátku středověku, arménské komunity navíc zůstaly s Arménií v kontaktu i prostřednictvím

¹² Viz též Assatiani N., Bendianachvili A., Histoire de la Géorgie, Paris: L' Harmattan, 1997, str.205; Code géorgien du roi Vakhtang VI, publié pour la première fois en version française et annoté par Josef Karst, Strasbourg, 1934 s komentáři z let 1935 a 1937.

¹³ Srv. Balík S., Balík S. ml., Několik poznámek o procesních ustanoveních gruzínského Zákoníku Vachtanga VI., in: Pocta doc. Petru Hlavsovi k 70. narozeninám, Olomouc: Právnická fakulta UP (v tisku).

¹⁴ Balík S., Balík S. ml., Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005, str. 123.

církevní organizace arménské církve, která byla tradiční ochránkyní národních tradic a kultury.

Arménské komunity v zahraničí žily svým vlastním právním životem, v němž sehrál Suděbník Mchitara Goše významnou roli. O tom, že tomu tak bylo, svědčí i celá řada dochovaných rukopisů Suděbníku ve světových knihovnách.

Největšího uznání se Suděbníku Mchitara Goše dostalo v Polsku, na Ukrajině, i v dalších zemích Litevského knížectví resp. pozdější Polsko-Litevské unie. Zde se dostalo Arménům, obdobně jako německému obyvatelstvu zvláštního postavení a samosprávy.¹⁵ Mezi arménskými komunitami dosahovaly většího významu např. komunity v Kamenci Podolském, Lvově a dalších městech.

Suděbník Mchitara Goše byl pro věci Arménů zprvu aplikován jako právní kniha. Ještě v r. 1518 tak např. polský král Zikmund I. zrušil jako nezákonný rozsudek lvovského soudu, který podle magdeburského práva odsoudil k trestu smrti za cizoložství Arména, který udržoval poměr s manželskou lvovského měšťana. Král zároveň odsoudil lvovské soudce k pokutě 200 marek a každý arménský majitel domu ve Lvově obdržel satisfakci ve výši 20 grošů.¹⁶

V následujícím roce 1519 pak Zikmund I. dokonce potvrdil Suděbník v překladu do latiny jako zákoník upravující rozhodování ve věcech, jejichž účastníky byli Arméni. Stalo se tak mimochodem deset let před vydáním prvního Litevského statutu.

Králův počin podtrhl aplikaci principu personality práva a umožnil arménským soudům Suděbník nejen aplikovat, ale i judikatorně dotvářet. I v případech tzv. Zákoníku polských Arménů se tak objevují občas názory, že jde o samostatnou právní památku, která toliko čerpá z Gošova Suděbníku, převažuje však názor, že jde pouze o překlad Suděbníku. Ten byl v r. 1601 přeložen ještě do polštiny. Nelze ostatně přehlédnout i další obdobné mutace Suděbníku v dalších arménských komunitách.

Jak již bylo řečeno výše, působnost Suděbníku přesáhla arménské teritorium a polský příklad se liší od ostatních zemí především tím, že se Suděbníku dostalo oficiální královské sankce. Suděbník tu takto platil až do r. 1790, kdy byla náboženská, správní a soudní autonomie Arménů zrušena.

¹⁵ Podrobný přehled literatury a přehledné zpracování této problematiky zejména srv. Григорян В. Р., История армянских колоний Украины и Польши (армяне в Подолии), Ереван: Матенбдаран, 2005. *passim*

¹⁶ Srv. Григорян В. Р., История армянских колоний Украины и Польши (армяне в Подолии), Ереван: Матенбдаран, 2005, s. 198.

5. ZÁVĚR

Závěrem ve vztahu ke konferenčnímu tématu lze shrnout, že arménský Suděbník Mchitara Goše je významnou středověkou právní památkou, která nejen svojí teritoriální působností a aplikací překročila arménské území.

Suděbník Mchitara Goše s dalšími právními památkami, jejichž se stal inspiračním zdrojem či předlohou, spojuje vazba k biblickým a církevním zákonům a tedy i náboženský kontext, který je Arménům i Gruzínům duchovně velmi blízký.

Z hlediska tvorby Suděbníku nelze přehlédnout Gošovo všestranné vzdělání, využití metod právněhistorické, komparatistické a právněfilosofické. Se sesbíranými normami Goš kriticky pracoval a reagoval tak na dobové poměry. Sám Goš vnímal svůj text pouze jako výchozí krok, vyjádřil se pozitivně k soudcovské tvorbě práva a budoucím novelizacím a revizím Suděbníku.

Suděbník Mchitara Goše je tak po zásluze vnímán jako nosný pilíř ve vývoji arménského právního myšlení. Zcela jistě by si zasloužil samostatnou studii věnovanou právnímu rozboru jeho obsahu.

I v tomto případě se českému čtenáři *"ukazuje, že jistá současná geografická izolace Arménie by mohla být i příčinou nezaslouženého pozapomenutí právní památky, která svým významem přesahuje arménské národní právní dějiny a dokumentuje mimo jiné i skutečnost, že nikoho nelze a priori podceňovat."*¹⁷

Literature:

- Авакян, Р. О.: Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, 1018 с. ISBN 99930-859-0-1.
- Армянсий "Судебник" Мхитара Гоша. Перевод с древнеармянского А. А. Паповяна. Редакция, вступительная статья и примечания Б. М. Арутюняна, Ереван: Институт истории АН Армянской ССР, 1954.
- Assatiani N., Bendianachvili A., Histoire de la Géorgie, Paris: L'Harmattan, 1997, 335 s. ISBN 2-7384-6186-7.

¹⁷ Srv. .); Balík S. (ml.), Osnova Ústavy nezávislé Arménie Šamira a Akona Šamirjanových z let 1773-1788, in: Kokeš M., Pospíšil I. (ed.), In dubio pro libertate. Úvahy nad ústavními hodnotami a ústavním právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, str. 31-32.

- Balík , S., Balík ,S. ml.: Právní dějiny mimoevropských zemí (Stručný nástin). 2. rozšířené vydání, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. , 2006, 223 s. ISBN 80-86898-62-8.
- Balík, S., Balík, S. ml.: Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005. 271 s. ISBN 80-86898-28-8.
- Balík, S.: Několik poznámek o výuce Obecných právních dějin a Právních dějin mimoevropských zemí na Fakultě právnické Západočeské univerzity v Plzni od zahájení výuky do dnešních dnů, in: Knoll, V. (ed.): Acta historico-iuridica Pilsnensia 2006, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2007, s. 13-17. ISBN 978-80-7380-085-7.
- Balík, S. (ml.): Památník arménského písemnictví, Lidová demokracie, 3. 12. 1985, str. 1.
- Balík, S. (ml.): Arménie: Příprava zákona o advokacii, Bulletin advokacieč. 10/2004, s. 103-104. ISSN 1210-6348.
- Balík, S. (ml.): Osnova Ústavy nezávislé Arménie Šamira a Akona Šamirjanových z let 1773-1788, in: Kokeš, M., Pospíšil, I. (ed.): In dubio pro libertate. Úvahy nad ústavními hodnotami a ústavním právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, s. 23-32. ISBN 978-80-210-4837-9.
- Bible. Písmo Svaté Starého a Nového zákona. Český ekumenický překlad. Praha: Česká biblická společnost, 1996. ISBN 80-85810-11-5.
- Brentjes, B.: Arménie. Tři tisíce let dějin a kultury, Praha 1976.
- Code géorgien du roi Vakhtang VI, publié pour la première fois en version française et annoté par Josef Karst, Strasbourg, 1934 s komentáři z let 1935 a 1937.
- Григорян В. Р., История армянских колоний Украины и Польши (армяне в Подолии), Ереван: Матенбдаран, 2005. 300 s.

- Harutyunyan ,G. G.: Constitutional culture: The lessons of the history and the challenges of the time, Yerevan, 2005. ISBN 99930-66-38-9.
- Odlišné stanovisko soudce Stanislava Balíka (ml.) k nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/06 , č. 10/2008 Sb.
- Орманян, М.: Армянская Церковь, Ереван: АНКЮНАКАР 2005, 238 s., ISBN 99941-949-4-1.
- Redgateová: E. A, Arméni, Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2003, 424 s. ISBN 80-7106-350-9.
- Šaginjan, V.: Dějiny Arménie od počátku až do roku 2000, Praha: Univerzita Karlova v Praze - Nakladatelství Karolinum 2001, 209 s. ISBN 80-246-0196-6.

Contact – email

Balikovi@seznam.cz

AEQUITAS JAKO PRVEK TVORBY ŘÍMSKÉHO PRÁVA

KAMILA BUBELOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá společensko-právními okolnostmi, které měly vliv na utváření římskoprávní představy o ekvité a rozбором několika případů, při kterých bylo právo aplikováno právě na jejím základě. Závěrem se autorka snaží dovést obecnější závěry o podstatě tohoto mimořádného fenoménu v dějinách práva a jeho přínosu pro současné právní systémy.

Key words in original language

Spřavedlnost; Aequitas; Římské právo; Soudní rozhodnutí; Rozsudek.

Abstract

The contribution deals with social and legal circumstances which influenced the formation of Roman perception of equity and analysis of several cases when the law was applied on its basis. In conclusion the author tries to deduce more general conclusions about the nature of this extraordinary phenomenon in the history of law and its benefits for present systems of law.

Key words

Aequitas; Equity; Justice; Decision; Roman law; Judgement.

I. Úvod

Když v roce 1993 publikoval prof. Peter Blaho svůj příspěvek Aequitas ako correctio iuris v římskom súkromnom práve,¹ vybral si pro úvodní vymezení problému jednu z encyklopedických variant vysvětlení obsahu římskoprávní aequitatis, jak je vykládá ve své knize H. Heuman.² Dovolím si tímto vymezením začít také a na práci prof. Blaha tak částečně navázat.

H. Heuman rozeznává pět významů pojmu aequitas v římském právu: 1. souměrná rovnováha v právních vztazích, 2. sladění právních poměrů, institutů a prostředků s duchem přirozeného nebo občanského práva (tzv. ratio), obzvláště působením přirozené ekvity v ius naturale nebo ius gentium, 3. shoda pozitivněprávních ustanovení se smyslem pro přirozené právo, 4. rozumové zohlednění individuality každého právního vztahu při

¹ Blaho, P.: Aequitas ako correctio iuris v římskom súkromnom práve, in: Slušnosť v práve (sborník z konference), Právnická fakulta Univerzity Komenského, Bratislava 1993, s. 97 – 109.

² Heuman, H. (ed. Seckel, E.): Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht, Jena 1907, s. 22.

aplikaci pozitivní právní normy, které jednak shodně rozhoduje shodně, ale zároveň věc přetváří při zvláštním posouzení každé kauzy, 5. zmírnění (zjemnění) přísného práva,³ aby se přiblížilo přirozenoprávnímu vnímání spravedlnosti (slušnosti) v pravém, původním smyslu.

Ani těchto pět vypočtených možných významů však ještě nezahrnuje všechny možné prvky působení *aequiatas* v římském právu, což je jeden z důvodů, proč je stále zkoumána jak s ohledem na její původní význam, tak s ohledem na její přínos pro moderní právní systémy.⁴ V tomto krátkém pojednání se chci pozastavit nad tím, jak *aequitas* působila na tvorbu práva v několika konkrétních případech.

Než však přistoupíme ke kazuistice, nelze opominout ani lingvistický úvod. Co vlastně v sémantické rovině znamená pro právníka slovo *aequitas*? Nemůže to být jenom rovnost, neboť pak by se vyjádřila slovem *aequalitas*,⁵ a nemůže to být ani spravedlnost, protože pro tu existuje ještě bližší (výstižnější) slovo *iustitia*.⁶ *Aequitas* je magistrátská (rozhodovací) nestrannost; oproti *ius* znamená vyšší spravedlnost s ohledem na mravnost a slušnost.⁷ Lze ji tedy přirovnat k úkolu současných soudců aplikovat právo v rámci soudcovského rozhodování podle § 3 odst. 1 občanského zákoníku v souladu s dobrými mravy.⁸ M. Bartošek ve své encyklopedii⁹ akcentuje právě tento pohled, když považuje ekvitu za nejdůležitější tvůrčí princip výkladu a tvorby římského práva, jehož východiskem byla formální rovnost občanů před zákonem a hledání správného východiska přirozeným právním cítěním (*aequitas naturalis*).

³ K tomu viz Pringsheim, F.: *Ius aequum und ius strictum*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Nr. 52, 1932, s. 78 – 155.

⁴ Jovanović, M.: *Aequitas and bona fides in the legal practice on ancient Rome and the prohibition of the abuse of rights*, in: *Facta universitatis – series Law and Politics*, vol. 1, Nr. 7, Niš 2003, s. 763 – 789 (dostupné online na <http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2003/lap2003-03.html> - citováno ke dni 29. 11. 2009).

⁵ Pražák, J., Novotný, F., Sedláček, J.: *Latinsko-český slovník*, KLP, Praha 1999, s. 41.

⁶ *Ibidem*, s. 741.

⁷ *Ibidem*, s. 42.

⁸ Nález Ústavního soudu ČR sp. zn. I. ÚS 643/04 (citováno dne vyhledávacího systému NALUS): „Zásada souladu práv, resp. jejich výkonu s dobrými mravy představuje významný princip, který v odůvodněných případech dovoluje zmírňovat tvrdost zákona a dává soudci prostor pro uplatnění pravidel slušnosti (ekvity). Pojem dobré mravy nelze vykládat pouze jako soubor mravních pravidel užívaných jako korektiv či doplňující obsahový faktor výkonu subjektivních práv a povinností, ale jako příkaz soudci rozhodovat v souladu s ekvitou („haec aequitas suggerit...“), což ve svých důsledcích znamená nastoupení cesty nalézání práva.“

⁹ Bartošek, M.: *Encyklopedie římského práva*, Panorama, Praha 1981, s. 65 – 66.

Oddělovat *aequitas*¹⁰ od *iustitiae* však zcela nelze, neboť jsou vzájemně provázány natolik, že např. v době císaře Claudia II.¹¹ byly vnímány jako synonyma, jak můžeme vyvodit z rubu mince,¹² na kterém je zobrazena alegorická postava bohyně Spravedlnosti (žena s mečem a váhami), ale nápis zní *Aequitas*.¹³ Není však úkolem tohoto příspěvku hledat obsah slova spravedlnost, ačkoli je to téma blízké; pojem spravedlnost budiž zkoumán zvlášť.¹⁴ Pro účely následujícího výkladu oddělme¹⁵ spravedlnost jako ideální vlastnost práva od *aequitatis* jako smyslu pro spravedlnost, prostředku a cesty k jejímu dosažení. Rovněž je třeba odlišit pojem *aequitas* od pojmu *bona fides*, který je významově užší a váže se k obligáčnímu a věcnému právu.¹⁶

II. Zastavení u Cicerona

Ačkoli M. T. Cicero¹⁷ nebyl právník, ale řečník, věnoval problematice smyslu pro spravedlnost samostatnou knihu.¹⁸ Nezapře v ní vliv stoické

¹⁰ K římskoprávnímu pojetí např. Mayer-May, T.: s. v. *Aequitas*, *Der Kleine Pauly*, Bd. 1, Stuttgart 1964, s. 97 – 98.

¹¹ Císař Claudius II. vládl Římské říši v letech 41 – 54 po Kr.

¹² Studie k této problematice viz Lange, H.: *Die Wörter Aequitas und Iustitia auf römischen Münzen*, dostupné online na <http://interclassica.um.es> – citováno ke dni 29. 11. 2009.

¹³ Fotokopii mince lze shlédnout online na <http://en.wikipedia.org/wiki/Aequitas> (citováno ze dne 29. 11. 2009).

¹⁴ Z široké nabídky literatury např. Večeřa, M.: *Spravedlnost v právu*, Masarykova univerzita, Brno 1997; Barány, E.: *Pojmy dobrého práva*, EuroKódex, Bratislava 2007; Dworkin, R.: *Když se práva berou vážně*, Praha 2001, Hart, H. L. A.: *Pojem práva*, Praha 2004, Rawls, J.: *Teorie spravedlnosti*, Praha 1995; Studený, V.: *O kvantitativní kvalifikaci spravedlnosti*, Masarykova univerzita, Brno 2006 (dostupné online, citováno ke dni 29. 11. 2009) a mnohé další.

¹⁵ Jakkoli jsem si vědoma, že např. Cicero tyto dva pojmy neobyčejně zdatně prolíná; viz např. „A spravedlivé činy jsou vesměs slušné, kdežto nespravedlivé jsou stejně tak neslušné, jako hanebné.“ Citováno z: Cicero, M. T.: *O povinnostech*, přeložil J. Ludvíkovský, Svoboda, Praha 1970, s. 62.

¹⁶ Fercia, R.: *Appunti in tema di obbligazioni generiche tra „bona fides“ ed „aequitas“*. In: *Diritto e Storia*, č. 5/2006, dostupné online na <http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Fercia-Obbligazioni-generiche-bona-fides-aequitas.htm> (citováno ke dni 29. 11. 2009). K pojmu dobrá víra v římském právu viz rovněž příspěvky českých a slovenských autorů ve sborníku *Bona fides*, Právnická fakulta Univerzity Karlovy, Praha 1999.

¹⁷ Marcus Tullius Cicero žil v letech 106 př. Kr. – 43 př. Kr.

¹⁸ Viz dílo citované v poznámce č. 15. K tématu rovněž v Ciceronových knihách *O zákonech* a *O nejvyšším dobru a zlu*.

filozofie,¹⁹ ale přes jasné filozofické zaměření výkladu z něj lze excerpovat i některé právní náhledy. Např. uvádí složky čestného jednání: 1. dávat každému, co jeho jest, 2. zachovávat smlouvy, 3. udržet si sílu vznešeného a nepřemožitelného ducha (opak malichernosti?) a 4. zachovávat řád a míru ve všech činech a slovech (uměřenost a zdrženlivost).²⁰

Z právních záležitostí bych ještě ráda zmínila, že Cicero dával i praktické návody, jak jednotlivých složek čestnosti (slušnosti) dosáhnout: např. k výše uvedenému bodu č. 1.: věci nezjištěné nepokládat za pravdivé (presumpce nevinny),²¹ spravedlnosti dosahovat čestnými způsoby (neboť teprve takové jednání zaručuje člověku označení „pocitivý muž“), tj. hlavně tak, aby člověk neškodil druhému, ledaže byl nespravedlivě napaden (nutná obrana), a aby užíval společných statků jako společných, a soukromých jako soukromých (ohled na společné zájmy a respekt k cizímu vlastnictví).²² O tom, že Ciceronovy výklady o smyslu pro čestnost a spravedlnost jsou skutečně obecného charakteru, svědčí i skutečnost, že jeho zásady převzal do výkladů o křesťanských ctnostech i sv. Ambrož.²³

K bodu 2. Cicero vysvětluje, že základem spravedlnosti je věrnost, tj. stálost a opravdovost v slibech a úmluvách; zatímco nespravedlnost se projevuje dvěma způsoby – křivdou druhému a neposkytnutím pomoci těm, jimž se křivda děje.²⁴ Křivda se podle něj děje dvojím způsobem, násilím nebo lstí; lest připomíná lišku, násilí lva, ale větší pohrdání zasluhuje lest, neboť žádný z druhů nespravedlnosti není horší, než když se snaží zdát pocitivými právě ti lidé, kteří se dopouštějí podvodu.²⁵ Podle Cicerona ten, kdo propadne touze po moci, cti a slávě, zapomíná na spravedlnost. Přesto však vidí i případy, kdy je možno z důvodu spravedlnosti zrušit závazky, a to tehdy, když by splnění bylo k neprospěchu toho, komu jsme slib dali. Zde citujme i nejčastější příklad prétorské pomoci proti přísnému právu, zavedení *actio doli* (žaloba z podvodu, nazývaná Ciceronem „metla na

¹⁹ Viz např. Dostálík, P.: Vliv řecké filozofie na formování římských představ o státu, in: Pocta Stanislavu Balíkovi k 80. narozeninám, Plzeň 2008, s. 66 – 78.

²⁰ Dílo citované v poznámce č. 15, s. 31.

²¹ Ibidem, s. 32.

²² Ibidem, s. 33; Pozn. aut.: Výklad pojmů v textu v závorkách vkládám podle významu, jaký mají v současném právu.

²³ Viz Jaroslav Ludvíkovský v předmluvě k dílu citovanému v poznámce č. 15. Prostřednictvím renesanční etiky Erasma Rotterdamského se Ciceronovy názory dostaly až do doby moderní, která označila ideál čestného člověka slovem *gentleman*. Srovnej také anglický výraz pro ekvitu: *fairness*, férovost.

²⁴ Viz dílo citované v poznámce č. 15, s. 34: „Nejčastěji se však lidé odhodlávají ke křivdě, aby dosáhli splnění svých choutek, a na této neřesti má největší podíl lakota.“

²⁵ Viz dílo citované v poznámce č. 15, s. 42.

všechny úskoky“): „A kdo by dále neuznal, že není třeba dodržovat takové sliby, které člověk činí pod nátlakem, ze strachu, nebo když byl obelstěn? Takové sliby přece většinou bývají prohlašovány právem přetorským a některé i přímo zákony za neplatné.“²⁶

K bodu 3. Cicero uvádí, že je nutno rozlišovat úmyslné a nedbalostní zavinění, neboť „při každém nespravedlivém činu je třeba pečlivě rozlišovat, zda se činí bezprávi v záchvatu nějaké vášně, jenž bývá obyčejně krátký a dočasný, nebo úmyslně a záměrně“. Rozlišovacím znakem pro rozeznání zlého úmyslu je mu pochybnost: čestnost je totiž sama svou podstatou jasná, kdežto jakékoli pochybování už prozrazuje, že člověk pomýšlí na bezprávi.²⁷

Nejrozsáhlejší výklad věnuje Cicero bodu 4. Aby nedocházelo ke „zlomyslnému a chytráckému výkladu práva“, z něhož pochází pořekadlo vrchol práva – vrchol bezprávi, je nutno postupovat čestně, tj. nevykládat literu zákona formalisticky. Uvádí zde příklad vojevůdce, který uzavřel s nepřítelem příměří na třicet dní a potom v noci pustošil nepřátelské území s odůvodněním, že příměří bylo uzavřeno na dny, nikoli na noci. Takové chytráctví se s čestností a smyslem pro spravedlnost neslučuje.²⁸ Vysvětluje také, že prokázání dobrodiní je otázka rozhodnutí, ale splatit dobrodiní musí každý, kdo chce být čestným člověkem: jedinou omluvou by mohlo být, že by se musel přitom dopustit nějakého bezprávi.²⁹

Právě smysl pro slušnost a poctivost dle Cicerona odlišuje člověka od zvířat, kterým lze přičíst např. statečnost. Smysl pro slušnost a poctivost (aequitas) má základ v pospolitosti lidí, v záměru vzájemně spolu vycházet. Hovoří i o správě společných věcí, které – pokud nebyly vyčleněny podle občanského práva správě soukromé – mají být užívány podle řecké zásady „mezi přáteli je vše společné“. ³⁰ Cicero považoval za součást slušnosti i zachovávání míry a řádu ve veškerém konání, neboť věděl, že je nesnadné, aby si ten, kdo zatouží vyniknout nad všechny (tj. získá např. magistraturu), zachoval smysl pro rovnost, jež je „nejvlastnějším znakem spravedlnosti“. ³¹

Není smyslem této práce vysvětlovat celou Ciceronovu nauku o smyslu pro spravedlnost; považovala jsem však za vhodné, abych ji zde krátce

²⁶ Ibidem, s. 37.

²⁷ Ibidem, s. 36.

²⁸ Ibidem, s. 38.

²⁹ Ibidem, s. 44.

³⁰ Ibidem, s. 46.

³¹ Ibidem, s. 50.

představila, neboť bude nápomocna pro větší srozumitelnost následujícího výkladu samotných právních pramenů.

III. Pojmy dobrého práva v římských pramenech

Pojem *aequitas* není jediná významová varianta, kterou v textech římských právníků nalezneme. Kromě ní se vyskytuje nejčastěji ještě obrat „*bonum et aequum*“ (dobré a správné), „*bonum*“ (dobro) nebo „*iniquum*“ (neslušnost, rozpor se smyslem pro spravedlnost, opak slova *aequitas*). Kromě klasické Celsovy definice, že právo je umění dobrého a spravedlivého (*ius est ars boni et aequi*)³² se v samém začátku první knihy Digest i císař Justinián hlásí ke znalosti dobrého a spravedlivého, neboť si přeje umět odlišit slušné od neslušného jako dovolené od nedovoleného a i on zakládá jejich použití na pravé, ne předstírané filozofii.³³ V těchto zmíněných pramenných místech se hovoří o pojmu *aequum*, a jeho významem zde není rovnost, nýbrž spravedlnost. Vidíme tedy, že kde je zajištěna rovnoprávnost, nastupuje i spravedlnost.

Rozdíl mezi spravedlností a ekvitou v římskoprávním pojmání můžeme demonstrovat na těchto dvou fragmentech:

D 1. 1. 10. pr. Ulpianus libro primo regularum: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*

Překlad: Ulpian v první knize Právních pravidel: Spravedlnost je neměnná a stálá vůle dát každému jeho právo.

D 1. 1. 11. pr. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum in quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.*

Překlad: Paulus v knize čtvrté svých komentářů K Sabinovi: Slovo právo užíváme ve více významech – v jednom je přirozeným právem, které hovoří o tom, co je slušné a dobré vždy.

Vycházejíc z těchto dvou fragmentů vidíme, že *aequitas* je cesta k naplnění *iustitiae*. *Iustitia* naplňuje právo člověka, aby obdržel (ve všech smyslech toho slova) vše, co mu náleží. A to lze realizovat pouze spojením ustanoveného práva s právem přirozeným, dle kterého každý člověk má smysl (cit) pro vyváženost mezi oprávněnými zájmy společnosti i jednotlivců.

³² D 1. 1. 1. pr.

³³ D 1. 1. 1. 1.

Jestliže je něco v rozporu se smyslem pro spravedlnost, je to iniquum, protože to neoprávněně škodí. Vezměme např. výrok Celsův:

D 22. 3. 13. idem libro trigesimo digestorum: Cum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in haec verba rescripsit: et durum et iniquum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur et deversae professiones proferunt, ea potissimum stare, quae nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet et ex eo potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilis videtur.

Překlad:³⁴

Tentýž ve 30. knize svých Digest: Pokud je zjišťován věk člověka, poskytl k tomu náš císař toto dobrozdání: Je-li u někoho zkoumána otázka jeho věku a jsou předkládána rozporná osvědčení, je tvrdé (kruté) a neslušné uznat právě to osvědčení, které škodí. Neboť při vyšetřování případu se musí hledat pravda a věk se určí podle toho osvědčení, jehož hodnověrnost je zřejmě důvěryhodnější.

Druhým prvkem ekvity je tedy odstraňování tvrdosti zákona. Zákonodárce na tomto místě ale neřekl, že ochranu proti škodě zasluhuje každé působení, které je tvrdé; tvrdost zákona totiž v oprávněných případech zajišťuje jeho účinnost; aby byl důvod tuto tvrdost odstranit, musí být jednání zároveň neslušné (iniquum).³⁵

Význam slova iniquum může být i nespravedlnost. Např. v Justiniánových Institucích se v souvislosti se zaváděním prétorské ochrany dědiců, kterým civilní právo odpíralo ochranu, hovoří o „zjevné nespravedlnosti“ a „nespravedlnosti práva“:

Just. Inst. 3. 7. pr. a 1.:

... Et si quidem ex naturalibus libertis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbantur querella: si vero adoptivus filius esset, aperte iniquum erat nihil iuris patrono superesse. 1. Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est. ...

Překlad:³⁶

³⁴ Překlad do slovenštiny viz Blaho, P., Vaňková, J.: Corpus iuris civilis – Digesta, domus I., EuroKódex, Bratislava 2008, s. 470.

³⁵ K aplikaci zásady *Lex dura, sed lex* viz blíže Blaho, P.: Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve, in: Slušnosť v práve (sborník z konference), Právnická fakulta Univerzity Komenského, Bratislava 1993, s. 106 – 107.

³⁶ Překlad do slovenštiny viz Blaho, P.: Justiniánske Inštitúcie, Iura Edition, Trnava 2000, s. 155.

Pokud (zůstavitel-propuštěnec) zanechal vlastního dědice, neexistovala žádná možnost stížení. Ale pokud zanechal adoptivního syna, bylo zjevně nespravedlivé, aby patronovi nezbylo dědické právo. 1. Proto tuto nespravedlnost práva později napravil prétorský edikt.

Naopak *aequum*, správné, je to, co slušnost činit přikazuje. Jako příklad můžeme uvést výrok Paulův:

D 47. 10. 2. Paulus libro 50 ad edictum: *Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est.*

Překlad: Paulus v 50. knize komentářů K ediktu: Byl-li manžel uražen bezprávím (iniurií), nemůže jeho žena žalovat, protože je správné, aby muži bránili ženy, nikoli ženy muže.

V tomto případě má slovo *aequum* pro jednání význam „správně konat“, neboť by nebyl logicky vhodný překlad slovem „spravedlivé“ či „rovné“ a už vůbec by pro porovnání postavení muže a ženy nepadalo do úvahy slovo „rovnoprávné“, které však bylo přiléhavým překladem ve fragmentu předchozím.

Aequitas jako slušnost lidského konání (ev. opak neslušnosti) však v římskoprávním pojetí není totožná s mravností či nemravností. Můžeme se o tom přesvědčit např. zde:

D 2. 14. 27. 4. Paulus libro tertio ad edictum: *Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel iniuriam poenam: sed post admissa haec pacisci possumus.*

Překlad:³⁷ Paulus ve třetí knize svých komentářů K ediktu: Dohody, jejichž důvod je nemravný, není třeba zachovávat, např. se s tebou dohodnu na krádeži nebo jiném bezpráví, že na tebe nepodám žalobu, když něco takového spácháš; protože je namísto strach z trestu za krádež nebo injurii. Ale po spáchání takových činů můžeme tuto dohodu uzavřít.

Nemravnost (*turpitude*) neměla v římském právu pouze ten význam, že se přičila hodnotám, které chránily zákony, ale i etickým hodnotám, jež vyznávala římská společnost v dané době. *Turpis* tedy nebyly pouze osoby, které spáchaly něco protiprávního, ale i ty, které žily způsobem přičícím se římskoprávnímu pojetí ctnosti, např. prostitutky nebo gladiátoři. Jakkoli dnes už prostituce nečiní lidi nezpůsobilými třeba ke svědecké výpovědi, přesto si stále tento mravní kontext kupodivu uchovává: provozování prostituce může být důvodem, pro který lze potomka právoplatně vydědit v souladu s požadavky českého občanského zákoníku. U nemravnosti nejde

³⁷ Slovenský překlad viz dílo uvedené v poznámce č. 34, s. 112 – 113.

tedy o nespravedlnost, nerovnost, nevyváženost nebo tvrdost, ale o odsouzeníhodnost.

Přejdeme nyní k ukázce aplikace samotné *aequitatis* v soudním sporu. Paulus v druhém titulu deváté knihy *Digest*, která pojednává o Akviliově zákoně (náhrada škody), vysvětluje případ, ve kterém byl usmrcen cizí otrok, jenž byl použit jako předmět zástavy. Řešil otázku, zda je možno dát žalobu na náhradu škody z Akviliova zákona nejen zástavnímu dlužníkovi (tj. vlastníkovu otroka), ale i zástavnímu věřiteli – pro případ, že dlužník by se stal insolventním a zničením zástavy (otroka) by byl věřitel poškozen. Paulus rozhoduje na základě *ekvity*:

D 9. 2. 30. 1. Paulus libro vicensimo secundo ad edictum: ... Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem. ...

Překlad:³⁸ Ale bylo by neslušné, aby ten, kdo otroka usmrtil, odpovídal vlastníkovu i věřiteli. Pouze pokud by se někdo domníval, že v tomto případě dlužník neutrpěl žádné bezpráví, protože je v jeho prospěch zaplatit dluh a získat přebytek, musí mu být dána žaloba na to, co přesáhne výši dluhu.

I pachatel deliktu má tedy právo (*aequitas* ve významu rovnost), aby se vůči němu postupovalo korektně a nebyl trestán víc, než odpovídá skutečné újmě, kterou způsobil. V tom můžeme vidět základ moderní retributivní spravedlnosti.

Na závěr svého příspěvku bych chtěla ještě zmínit pramenné místo, ze kterého se můžeme dozvědět, jakou vlastností *aequitas* oplývá. Obvykle k ní v pramenech nebývají přidávány přívlastky, takže se jedná o fragment poněkud atypický. Jeho autorem je Modestinus:³⁹

D 1. 3. 25. Modestinus libro VIII responsorum: Nulla iuris ratio aut *aequitatis* benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

Překlad:⁴⁰ Modestinus v 8. knize svých *Dobrozdání*: Ani smysl zákona ani zjemňující slušnost nedovoluje, abychom to, co bylo zavedeno jako výhoda pro lidi, v jejich neprospěch vykládali příliš přísně.

³⁸ Slovenský překlad *ibidem*, s. 201.

³⁹ Herennius Modestinus působil kolem roku 250 po Kr., žák Ulpianův.

⁴⁰ Slovenský překlad viz poznámka č. 34, s. 78.

Toto velmi významné interpretační pravidlo staví účel ekvity jednoznačně na místo vyšší, než samotný text zákona. Modestinus sděluje, že slušný (tj. naplňující spravedlnost) je pouze takový výklad, který je v souladu se záměrem zákona a navíc znemožňuje ublížit jeho adresátovi. Výklad slova *benignitas* je v tomto směru rozhodující. *Benignitas* je dobrotivost, laskavost, milost, nebo dokonce dobročinnost a štědrost.⁴¹ Na *benignitas* se často odvolávali císaři, neboť jejím prostřednictvím zdůvodňovali skutečné agraciace v konkrétních kauzách. U nich jistě šlo o *benignitas* ve významu milosti. Avšak ekvita nemá zajišťovat milost pro pachatele (tj. agraciaci), nýbrž tlumit nepřiměřenou tvrdost zákona. Můžeme tedy alegoricky říci, že *aequitas* podle Modestina je projevem dobrotivé, laskavé a štědré Spravedlnosti.

VI. Závěr

Slovo *aequitas* může v římském právu nabývat několik významových rovin – je spravedlností, je rovností (nikoli však ve smyslu rovnost muže a ženy), je smyslem pro dobro ostatních, je vyšším principem rozhodování a povinností soudcovou. V této krátké stati nemohl být proveden celistvý výzkum, který by vyžadoval podrobit zkoumání všechna pramenná místa s výskytem tohoto obratu, avšak nastínil alespoň část bohatství, které se v pojmu *aequitas* skrývá.

Contact – email

kamila.bubelova@upol.cz

⁴¹ Pražák, J., Novotný, F., Sedláček, J.: *Latinsko-český slovník*, KLP, Praha 1999, s. 156.

MORALLY CONTROVERSIAL LEGAL REGULATIONS

DAWID BUNIKOWSKI

Torun School of Banking, Wyższa Szkoła Bankowa w Toruniu, Toruń,
Polsko

Abstract

The subject of my paper is some reflections about morally and socially controversial cases such as abortion, euthanasia, pornography, prostitution, homosexual couples, cloning, human fertilization, some aspects of borderlines of law and medicine, bioethics, professional ethics, some institutions of family law (polygamy, bigamy, duties during and after marriage), etc., and, of course, legal regulations concerning them. *Prima facie*, laws concerning morally and socially controversial phenomena are “morally controversial legal regulations”. Obviously, we have some exceptions – there may be morally and socially controversial situations (e.g. abortion on demand or in a danger of mother’s life) in which legal regulation is required and is not controversial in chosen in one country (secularized and so called ‘full of hedonism’ the West). Law evaluated in the ground of different ethical systems and moralities in completely different ways is “morally controversial legal regulations”, in general. Law and public opinion are still changing in the field of law and morality and enforcement of morality by the law (vide: history of law). But some legal regulations like prostitution are always something controversial (from centuries) and it may be a fact that in such cases there are no “morally good” legal regulations and good legal solution. My considerations relate to four points: 1) relations between law and morality, 2) freedom as a value in context of enforcement of morality by the law (also some distinctions about theory of cognition, philosophical and religious ideas of freedom and interference of the state, the “crash of values”, the conflict of interests and rights), 3) morally, legally and socially controversial phenomena (it is a very wide concept and includes many moral phenomena) and morally controversial legal regulations in concrete states (USA, the West of Europe, Central-Eastern Europe and even Asia or Africa). It is an analysis of laws concerning abortion, euthanasia, artificial fertilization, cloning, suicide, institutionalization of homosexual couples, prostitution, pornography, borders of law, morality and medicine, duties in family law, medical ethics, legal ethics, “lie”, wrongful life, wrongful birth, legal and moral status of animals, polygamy, 4) complex social policy and limitation/solution of source of morally controversial phenomena such as abortion. My point of view is that I must have been considered both arguments pro and contra legalization of concrete moral evil (e.g. abortion, cloning). My research in every point seems to be interdisciplinary: there are moral, theological, philosophical, sociological, and legal aspects. First of all, contemporary legal regulations are analyzed. But legal regulations - in my opinion - always have their foundations, essence and directives in some philosophical and ideological conceptions of the world, society, family and person. So it is

a reason of such the wide and interdisciplinary research in my reflections. It is obvious that liberalization of the law in socially and morally controversial cases such as abortion, euthanasia etc. is going "well" in eyes of liberals and the left. I was seeking ethical or philosophical source of legal regulations, arguments pro and contra liberalization of the law in moral cases, consequences of the law, public opinion and its changes under the law enforced. The conclusion is that we live in the moment of history in which the liberalization of law in socially and morally cases is still spreading but it seems to be rather restrained and middle-of-the-road process. Law relates to many factors such as culture, religion, morality, economy, even climate, geography, politics etc. In my opinion every country must follow its own way in the field of enforcement of morality by the law. The states may have completely different legal regulations (and they have the right to that!) concerning socially and morally controversial phenomena, and according to me, it is absolutely normal and better situation than absolute legal unification and a lack of legal diversity. Of course, the border of legal regulation is the harm principle, universal values and universal human rights.

Key words

Law; Morality; Controversies.

The subject of my paper is some reflections about morally and socially controversial cases such as abortion, euthanasia, pornography, prostitution, homosexual couples, cloning, human fertilization, some aspects of borderlines of law and medicine, bioethics, professional ethics, some institutions of family law (polygamy, bigamy, duties during and after marriage), etc., and, of course, legal regulations concerning them. Prima facie, laws concerning morally and socially controversial phenomena are "morally controversial legal regulations". Obviously, we have some exceptions – there may be morally and socially controversial situations (e.g. abortion on demand or in a danger of mother's life) in which legal regulation is required and is not controversial in chosen in one country (secularized and so called 'full of hedonism' the West). Law evaluated in the ground of different ethical systems and moralities in completely different ways is "morally controversial legal regulations", in general. Law and public opinion are still changing in the field of law and morality and enforcement of morality by the law (vide: history of law). But some legal regulations like prostitution are always something controversial (from centuries) and it may be a fact that in such cases there are no "morally good" legal regulations and good legal solution.

My considerations relate to four points:

1. relations between law and morality,
2. freedom as a value in context of enforcement of morality by the law (also some distinctions about theory of cognition, philosophical and

religious ideas of freedom and interference of the state, the “crash of values”, the conflict of interests and rights),

3. morally, legally and socially controversial phenomena (it is a very wide concept and includes many moral phenomena) and morally controversial legal regulations in concrete states (USA, the West of Europe, Central-Eastern Europe and even Asia or Africa). It is an analysis of laws concerning abortion, euthanasia, artificial fertilization, cloning, suicide, institutionalization of homosexual couples, prostitution, pornography, borders of law, morality and medicine, duties in family law, medical ethics, legal ethics, "lie", wrongful life, wrongful birth, legal and moral status of animals, polygamy,
4. complex social policy and limitation/solution of source of morally controversial phenomena such as abortion. My point of view is that I must have been considered both arguments pro and contra legalization of concrete moral evil (e.g. abortion, cloning).

My research in every point seems to be interdisciplinary: there are moral, theological, philosophical, sociological, and legal aspects. First of all, contemporary legal regulations are analyzed. But legal regulations - in my opinion - always have their foundations, essence and directives in some philosophical and ideological conceptions of the world, society, family and person. So it is a reason of such the wide and interdisciplinary research in my reflections. It is obvious that liberalization of the law in socially and morally controversial cases such as abortion, euthanasia etc. is going "well" in eyes of liberals and the left. I was seeking ethical or philosophical source of legal regulations, arguments pro and contra liberalization of the law in moral cases, consequences of the law, public opinion and its changes under the law enforced.

The conclusion is that we live in the moment of history in which the liberalization of law in socially and morally cases is still spreading but it seems to be rather restrained and middle-of-the-road process. Law relates to many factors such as culture, religion, morality, economy, even climate, geography, politics etc. In my opinion every country must follow its own way in the field of enforcement of morality by the law. The states may have completely different legal regulations (and they have the right to that!) concerning socially and morally controversial phenomena, and according to me, it is absolutely normal and better situation than absolute legal unification and a lack of legal diversity. Of course, the border of legal regulation is the harm principle, universal values and universal human rights.

Contact – email

dawid.bunikowski@gmail.com

THE GENERATIONS OF HUMAN'S RIGHTS

ADRIAN VASILE CORNESCU

Faculty of Juridical Sciences University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract

The current article wants to treat the genesis of subjective rights, especially the fundamental human rights and identifying the four generations of rights as they appeared during time. A very important problem is represented also by the conflict between the generations of rights due to the process of multiplying them.

Key words

Professional self-governance; legal norm; judicial review.

The development of subjective rights, in terms of number, content and completeness of their function is strongly connected to the disequilibrium of the relationships between the individual (the citizen) and the social group (state), and it can astonish the evolution, in terms of human history.

In ancient times, the balance between the individual (citizen) and social group (state) was clearly in favor of the state. Individual rights were subordinated to the interest of the "fortress". This was the situation for the people who enjoy the status of citizen, for all other social classes or foreigners (barbarian people themselves), the situation was much more dramatic. In the medieval period, personal safety and private property were at the arbitrary disposal of the sovereign who had absolute rights without limits, the right to life and death over their subjects. This period generally is characterized by the existence of *the right to force* itself and not *the force of law*, subordinating rights of circumstance, to servitude towards the absolute monarch (monarchy by divine right). Under these conditions, individual rights were at the discretion of the ruling class, the senior pyramid to the monarch. In terms of the history of law, and general theory of law, this evolution may be surprised by the evolution of the generations of subjective human rights.¹ In essence, the evolution of generations of rights is a return, a refund of duties previously delegated to Hobbes's sovereign or government, citizen and civil society. On the other hand, represents a return to the *jusnaturalist* conception of subjective rights and to the valorization of persons in a juridical sense, as a human being.

¹ Silvia Castignone, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Ed. Laterza, Roma, 2004, p. 198

THE FIRST GENERATION OF SUBJECTIVE RIGHTS

This generation of subjective rights is *the generation of civil and political rights* acquired through the force of writing and of arms.

Once time passed and ideas and concepts about state were developed, political power, and right and freedom (the works of philosophers John Locke, Ch Montesquieu, Th. Hobbes, JJ Rousseau), appeared a fight against monarchical absolutism, struggle which will be successful, success expressed by documents with legal force as:

- Magna Charta in 1215
- Petition of Rights in 1628
- The Bill of Rights (Declaration of Rights) in 1689, England
- The American Declaration of Independence in 1776
- The French Declaration of Human and Citizen Rights in 1789.

Through these documents of constitutional nature, were established early forms of limitation of absolute power in the sense that:

1. There were established safeguards against the introduction of taxes by the king, without the approval of Parliament;
2. also have established safeguards against arrest of persons and confiscation of assets without observance of procedure of courts;
3. there were supported and declared the freedom of speech, that freedom of thought and the right to petition;
4. there were stated principles of individualism, starting from the idea expressed by the French Declaration of Human and Citizen Rights in 1789 as *"the purpose of each political associations is keeping natural and inderfeasible human rights."*

It is considered that the Declaration of human and citizens rights from 1789 expresses in the best way the idea that there are inherent human rights, rights that are exercised in a state which is not an end in itself, but only a mean to ensure coexistence of individuals and the exercise of individual rights. For this reason, it is estimated that it is an expression of the first generation of subjective rights. The French Declaration of Human and Citizens Rights from 1789 contained two new ideas:

1. the idea that man as an individual, benefits of "natural rights, inalienable and sacred" including *liberty and equality*;

2. The second idea is that the "purpose of all political associations is the preservation of the natural and inalienable rights of man" (Article 2 of the Declaration).

There are two categories of rights which the Declaration of Human and Citizens Rights from 1789 is referring to:

1. civil rights or human rights as:

- Freedom of opinion (Article 10)
- Freedom of expression and press (Article 11)
- Personal ownership (Article 17)
- The right to personal security in relation to justice and police (art. 7-9)
- Equality before the law (Art. 6)

2. political rights, those that allow citizen participation at power, namely:

- Equal access to public (Article 6)
- Participation in elaboration of laws (Article 6)
- Control of taxes (art. 13-14)
- Citizen control over the administration (Art. 15)

These rights represent the first generation of subjective rights, and more precisely those rights that refer to personal autonomy of the individual and the rights that enable citizen participation in power in a society where "the exercise of natural rights of each man has no limits, than those which ensure for the other members of society the same rights" (article 4). In the modern age, these rights have found their consecration in constitutions and in the laws of most countries, as well as in international documents. Among them we mention:

- The Universal Declaration of Human Rights U.N.
- The International Pact on Civil and Political Rights.

At regional level in Europe, there were created legal mechanisms for protecting these rights: the system of the Council of Europe and of European Court of Human Rights, based on European Convention of human rights and The Additional Protocols of this Convention.

In the system of protected rights which belong to the first generation protected by the European Convention on Human Rights and by The Additional Protocols to this Convention we mention:

1. The right to life.

- the Right to life;
- the Right to privacy;
- Prohibition of torture and inhuman or degrading punishments;
- Prohibition of slavery and forced labor.

2. Freedom and security of a person.

- the Right to a fair trial.

3. The right to property of the person or of a legal person.

4. Freedom of mind, of thought and religion.

5. Freedom of expression and information.

6. Freedom to free elections.

THE SECOND GENERATION OF SUBJECTIVE RIGHTS

In the category of socio-economical and cultural rights we can identify these categories of rights:

1. the right to work;
2. freedom of association;
3. the right to education, learning;
4. the right to insurance for sickness, old age and disability (Social insurance).

These rights come from positive law, as well as from international law (International Covenant on Economic, social and cultural). This dedication has not the same coverage, as in the case of first generation rights, as consecration requires significant effort from the State and so it is appropriate to everyone's prosperity. The second generation of rights, against the first generation of rights requires institutional support from the state, the first generation rights can be exercised independently and singular. The state must intervene through legislation to create an institutional system that allows the exercise, for example, of the right to education or retirement. It is estimated that if the first generation rights form "free status", social economic rights are related to the "social status" of the individual. In the system of rights that belong to the second generation and protected by The

European Convention on Human Rights, Additional Protocols to this Convention and The European Social Charter include:

1. freedom of meeting, association and establishing unions;
2. the right to education;
3. social rights (social security, pensions, medical services).

In the paper "Legal Sociology", Mrs. Professor Sofia Popescu treats the sociology of human rights and when she refers to the rights from the third generation of social rights she presents Norberto Bobbio's view, which asserted the importance of research "*for applying effective legal rules which affirm, recognize, define and assign human rights. It was given the example of the rules from the Italian Constitution which enshrines social rights which were called bashful as "programmatic" and that do not command, prohibit and allow hic et nunc, but command, prohibit and allow for future, without a certain overdue*"²

The same situation is found in the Romanian legal system and this way it appears to be more legitimate and interesting the question regarding the nature of these rights: they have the nature of rights in themselves or of moral or political goals, of some good intentions and goals of the future?

The same author, based on the above considerations, "inclined to mark a distinction between *a right of strong sense*, involving claims that enjoy effective legal protection and *rights in a weak sense*, marking a historical process that interests the sociologist of law. It is a process of transition, in a first phase from an unwritten system of rights in a weak sense, in conformity with the rules of natural or moral rules, to a system of rights, in a strong sense, consecrated by the positive right of national states that, later, which is actually now, is due to the emergence of international documents on human rights and there will be a reverse pass from a system of strong human rights, such as the ones recognized by national states to a system of human rights, in a weak sense, like the international one is."³

THE THIRD GENERATION OF HUMAN RIGHTS

In this category we can identify the so called ***solidarity rights***, rights which can not be exerted only by an individual, but only collectively, like:

1. the right of people to self-determination;

² Sofia Popescu, Legal Sociology, Ed. Lumina Lex, Bucharest, p.149

³ Sofia Popescu, op. cit. p.149-150

2. the right to peace;
3. the right to development;
4. the right to humanitarian assistance;
5. environmental law;
6. the right of sexual minorities, ethnic, religious, linguistic, etc.

These rights have a positive consecration, generally in international law.

The rights in this category can not be exerted individually, but only by groups or collectivities of people. The third generation rights require not only the need to create an institutional support by the State, but, as in the case of second generation rights, they need to restrict the first generation of rights, through a so called “positive discrimination”, in the sense that these rights, like the rights of any minority, require a limitation of rights of first generation. The environmental law allows social groups to live in a healthy environment, clean, without harmful agents to health but, in the same time, involves a number of limitations of rights of first or second generation, like owning a forest or the right to work.

Interestingly, regarding the right to environment is the jump which tends to do to the legal status of human beings, hypostasis in which environmental law would become a science of law, fundamental, subordinating all other branches of legal science. The doctrine about the environmental right, talks about these rights as “*rights of future generations*”. We appreciate that they should be seen within the tendency of assertion of the rights of the fourth generation of rights, because right now, the rights of future generations are only some developments trying to crystallize in the form of solidarity rights.

In the Romanian environmental law through the Water Law no. 137/1995 (subsequently repealed by Emergency Ordinance no. 195 of December 22, 2005) on environmental protection, we find an express reference to the rights of future generations, when the legislature defining the concept of “sustainable development” said that it is “a development that meets the needs of present without compromising the ability of future generations to meet theirs” - (Art. 1)

There are laws that recognize different and in some proportions, the existence and exercise of this kind of rights, environmental rights, rights of minorities. Romania is one of the countries that have recognized the great importance of third generation rights. We have the right to environment, the right of ethnic and sexual minorities (their substantial base being put after 1990, in the approach to join the Council of Europe and integration in the European Union, and harmonization of national legislation with international documents of the two regional organizations).

THE FOURTH GENERATION OF SUBJECTIVE RIGHTS

In this category are included the so called “rights related to genetic engineering”, rights which are on the doctrinal debate in what regards their recognition or prohibition of certain activities.

We could put in the same category the so called *rights of future generations*, as well as rights that can not belong to an individual nor to social groups, including nations, they belong *only to humanity* as a whole. The rights of humanity would treat the common assets of **the whole** humanity.

In the same category it is possible to insert rights deriving from exploration and exploitation of cosmic space. In the classic way it is considered that rights related to genetics can be classified as belonging to this last generation of rights, but even if fourth generation in itself is challenged as existence. In doing so, there are identified rights that ensure the inviolability of individual rights and unavailability of human body in terms of development of medical science, of genetics.

Studying the human genome, genetic manipulation, in vitro fertilization, experiences with human embryos, euthanasia and eugenics are activities that can generate complicated legal issues, ethical, moral and even religious, reason for which public opinion has led States to deal with regulation of these issues. The European Council recommends to member states to adopt principles which will govern the relation between genetic engineering and human rights, in such a way that the right to life and dignity would be understood as a right over genetic characteristics of a person. (Recommendation 934/1982).

Thus, each person has its right to life, dignity, personal identity, closely linked to its genetic type configuration, unique, right which it can transmit as genetic heritage to descendants, without being subject to genetic manipulation. From this perspective, human organ donation is prohibited.

In the same time, taking into consideration the principles of inviolability of a person and unavailability of human body, it must be accepted that genetic engineering can be applied for therapeutic purposes to treat and eliminate genetic diseases.

The central idea is that human being should not be genetically influenced, in any way. There are mentioned Nazi ideas about the superiority of a race which required the elimination of others, ideas embodied legal (and factual) in laws of euthanasia of mentally ill, the sterilization of persons with hereditary abnormalities, the bastards sterilization or prohibiting interethnic marriages. Just to avoid doing the same thing in history, the international community has proclaimed the fact that human genome is part of the human heritage.

The UNESCO Declaration on human genome from 1997:

1. stipulates the compulsoriness of the international community to protect the human genome, the right to genetic identity of a person entitled to the banning of cloning;
2. stipulates the obligation of States to defend the person and its dignity, regardless of its genetic characteristics;
3. stipulates limits of intervention on a person's genetic characteristics, subordinated to medical purposes, that concern human health;
4. the respect of humans ego from conception to real death.

In the debate are issues of assisted euthanasia (the right to die in peace and dignity), maintaining artificial life after brain death, sterilization, fetal status, infanticide (late abortion)⁴.

MULTIPLICATION AND INSTIUTIONALIZATION OF NEW RIGHTS

In their historical evolution, mentioned earlier in this paper, it is estimated that human rights have passed through four different processes:

1. of positivation.
2. of generalization.
3. of internationalization.
4. of specialization.

After the second world war, as a response to atrocities of the war and to affecting of human person, both in civil society, as well as in institutional, national and international level, humanity has sought to assert its valences and to obtain legal recognition and protection of its sacred values. So, appeared more demands from the individual, as well as from groups of individuals, demands which evolved and took up the legal form of subjective rights, the State recognizing and protecting them . What is characteristic of the postwar period is the *multiplying and institutionalization* of human rights. In the doctrine⁵ this legal and factual reality is undergoing critics:

⁴ See in the same sense, Duculescu Victor, Juridical protection of human rights. Internal and international means, Ed. Lumina Lex, p. 294-306

⁵ Sofia Popescu, Legal State in contemporary debates, Ed. Academiei Romane, Bucharest, 1998, p. 153-159; Henri Oberdoff, Droit de l'homme et libertes fondamentales, Ed. Armand Colin, Dalloz, Paris, 2003, p.13

1. it is considered as threatening the existence of legal States, weakening its authority;
2. the institutionalization of some rights would attract inefficiency of others;
3. the apparition of a conflict between different generations of rights.

Under the name of *human rights* there were to be affirmed, recognized and protected in national and international level, a number of rights of first and second generation rights. Subsequently, the concept of human rights had to be included rights of the third generation.

From the generations of rights only a part was defined as *human rights*. After a socio-legal criterion, the latter are different from the other subjective rights for two reasons:

1. they are fundamental rights, absolutely essential for human beings, as individuals or members of a community, rights recognized at an international level;
2. secondly, these are “models destined to convince, lacking any sanction, enjoying approval and spontaneous support, motivated by ethical values”. In the category of human rights, we can identify the rights from the first generation like: the right to life, personal safety, the right to property and rights from the second generation like: socio-economical rights or freedom rights (freedom of association) or from the third generation (minorities’ rights, the right to an environment).

On the other hand, the doctrine⁶ says that we are facing two tendencies:

- a. *of creating new subjective rights* (of children, old persons, sick people, those with disabilities);
- b. *of creating new subjects of rights* (the case of animals, environment, human specie). These tendencies are affronting the classical conception of subjective rights and cause reflection to the anticipation of future.

THE CONFLICT BETWEEN GENERATIONS OF RIGHTS

As shown above, the process of multiplication of rights led to the emergence of some frictions, of a conflict between them. Thus, the generation of social economical rights, which requires intervention and support of the state in the economy, for example, limits the rights of first generation and the right to property or rights that limit the power of the state (the issue of new taxes and control over their establishment). Or for example, the right to instruction, education, and freedom of scientific research come into conflict

⁶ Silvia Castignone, op.cit. p.200

with the field of genetic manipulation; the right to security of a person comes into conflict with the right to privacy.

It is estimated that the conflict between subjective rights of different generations or between them and those human goals which tend to jurisdize (fourth generation of rights) is a factor of crisis, a potential danger to the rule of law. The universal nature of subjective rights, qualified as human rights makes them have a transnational relevance, which involves treating them at an international level, beyond the position of the State in question.

It is estimated that the situation of conflict between rights is of two types:

1. conflicts opposing different conceptions about one and the same fundamental right;
2. conflicts that arise from the inability to protect or exercise a fundamental right, without violating another fundamental right;

It is very possible that the exercise of a fundamental right can not be plenary, without limitation of another fundamental right: the right to technological development within environmental law, the right to work, in relation to the right to social security. According to Mrs. Professor Sofia Popescu conflicts between different generations of subjective rights and fundamental rights are explained by the fact that they come from different social interests, protected by different rights and from the rivalry between the values that are protected by various fundamental rights to protect their "existence of second-generation rights (economical, social, cultural) and involves massive state legislature, are endangering the first generation of human rights (political and civil rights).⁷

So, the concern and obligation to organize the equilibrium of the exercise of subjective rights go to the State (and not only, also to the civil societies which may bring their own contribution). They must bring accord between the persons' interests (civil and political rights of first generation of rights) and the communities' interests (social solidarity rights from the second generation of rights). Such a State is the State of Rights and in a modern conception The Social State of Rights.

The subjective rights of an European citizen, mentioned in the Unions' Charter of fundamental rights, which belongs to the Treaty of European Constitution, are recognized in the spirit of society's evolution, social progress and scientific and technological development and, also, in

⁷ Sofia Popescu, *General Theory of Rights*, Ed. Lumina Lex, Bucharest, 2000, p.356

⁸ See the Treaty of institution of a Constitution for Europe, Ed. of the European Institute from Romania, Bucharest, 2005, p. 17, 19, 41.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

considering the responsibilities and duties which they imply for a third party and for the human community and future generations.⁸

Contact – email

cornescuadrian@yahoo.com

FORMOVANIE "HOMO IURIDICUS"

JÁN ČIPKÁR

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Slovenská
republika

Abstract in original language

Analýza normatívneho systému najrôznejších kultúr umožňuje vyčleniť okrem iných normatívnych regulátorov aj biologicko-psychologické, ktoré sa považujú za najstaršie a sú základom (genotypom) pre ostatné normatívne regulátory. V príspevku sa venuje pozornosť problematike tabu, totemu, mági, rituálu a obyčajam.

Key words in original language

Genotyp.

Abstract

In addition to other normative regulators the analysis of normative systems of various cultures enables the allocation of biological and psychological regulators, which are considered to be the oldest and serve as a basis (genotype) for other normative regulators. The focus of this contribution is aimed at the problematics of taboo, totem, magic, ritual and custom.

Key words

The genotyp.

1. NAMIESTO ÚVODU.

Prečo by sa mali v dnešnej dobe zaoberať nejakým „starovekým“ právom prvotnospoločnej spoločnosti? Žeby základná zápleтка, či intriga dejín ľudského rodu bola ukrytá práve v etape jeho predhistórie? Akákoľvek ľudská spoločnosť nie je schopná zabezpečiť svoju životnú činnosť (a vyžitie) bez základných regulátorov/regúl (ako sú sociálne normy, tabu, totem, mytológia, obyčaje, právo, mononormy, normy) správania svojich členov.¹

Analýza normatívneho systému najrôznejších kultúr umožňuje vyčleniť nasledujúce normatívne regulátory: 1. biologicko-psychologické, 2. manželsko-rodinné, 3. korporatívno-skupinové, 4. mytologicko-náboženské,

¹ Tento príspevok predstavuje výstup z riešenia čiastkovej úlohy grantového projektu VEGA č. 1/0325/08 – Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore.

5. právne a 6. morálne. Biologicko-psychologické regulátory sa považujú za najstaršie a sú základom (genotypom) pre ostatné normatívne regulátory.²

2. TABU AKO PROTOTYP PRÁVNEHO ZÁKAZU

Dôležitým faktorom biologickej evolúcie človeka bol skupinový výber. V súčasnej antropológii nachádza svoje zdôvodnenie idea o tom, že individuálny prirodzený výber prebiehal ako výber populácií (ako integrovaných celkov) a iba jednotlivé skupiny/stáda raných predľudí formovali samotných jednotlivcov a stimulovali individuálny výber.

Podľa objavov archeológov a antropológov dejiny ľudského rodu datujú svoj počiatok z dôb existencie homo habilis (pred 2 – 3 miliónmi rokov). Je zrejmé, že vznik novej kvality – ľudského spoločenstva nie je možné vysvetliť iba zákonmi biológie. Je potrebné brať do úvahy aj „sociálne“ faktory, determinujúce charakter vzájomných vzťahov medzi ľuďmi i so skupinou (celkom), v ktorej žili.

Ak je vychádzame z faktu, že už neandertálci si stavali spoločné bydliská, poznali rozvinuté lovecké hospodárstvo (kolektívne), praktikovali loveckú mágiu, t. j. žili v spoločenstve, ktoré nemôžeme už nazývať stádom, ale „praobčinou“, potom následne môžeme povedať, že počiatok rodovej organizácie má svoje miesto už v dobe paleolitu. Táto skutočnosť viedla k sformulovaniu myšlienky, že rodová organizácia predchádza homo sapiens a že zlomový moment v sociogenéze (t. j. vo vzniku najjednoduchšej sociálnej štruktúry) predbieha zlomovej zmene v antropogenéze (t. j. vo formovaní fyzického typu človeka, podobného dnešnému).

Od spoločného lovu ľudské bytosti sa dostávajú na vyšší stupeň svojej existencie – uvedomelo spoločným úsilím organizujú svoj život. Prvotné formy ľudskej činnosti predstavujú prispôbenie sa človeka okolitému prostrediu, čo nadobúda kolektívny charakter – „prvým človekom“ je a môže byť iba „množstvo ľudí“. Je logické predpokladať, že u tohto „množstva ľudí“ sa objavujú vnútorné vzťahy, vyžadujúce určitú reguláciu.

Základné formy prispôbenia sa ľudí k prostrediu sa prejavovali v podobe využívania prírodných prostriedkov, ich zdokonaľovaním metódou pokusov a chýb, a tiež aj uprednostňovaním úspešných vzorov správania a loveckej činnosti, budovania úkrytov, či obydli, čo si v konečnom dôsledku vyžadovalo hľadať spôsoby poskytnutia nadobudnutých návykov a skúseností ďalším pokoleniam.

V praobčine sa objavuje to, čo nebolo predtým: kolektívne vlastníctvo prostriedkov pre lov a prácu, spoločné obydli. Toto vlastníctvo sa stalo

² Pozri: Černых, Je. N. - Венгеров, А. В.: Структура нормативной системы в древних обществах. In: Od doklassovych obščestv k ranneklassovym. Moskva: 1987, s. 25

„socializujúcim“ faktorom, vyžadovalo taký vzťah k sebe, ktorý bol regulovaný určitými „normami“, pravidlami správania. Komunálne vzťahy bolo možné regulovať pod podmienkou zúčastnenia sa všetkých členov praobčiny v tomto procese, inak recidívy zoologickému individualizmu ohrozovali krehký základ jestvovania prvotnopospolného kolektívu. A teda, potreba v samoregulácii sa objavuje v najranejších štádiách sociogenézy ako prirodzený nevyhnutný predpoklad prežitia v podmienkach tvrdej selekcie.

Neandertálske pohrebiská staré 60 000 rokov svedčia o zachovávaní určitých rituálov (do hrobov dávali kvety) vo vzťahu k mŕtvym, svedčia aj o pravidlách a tradíciách v každodennom živote. Jedným z ďalších dôkazov predchádzania procesu sociogenézy pred antropogenezou je inštitút exogamie – uzatvorenie manželstva, pohlavné vzťahy iba s členmi iného rodu (a nie medzi pokrvnými príbuznými).

Zákaz nadväzovať intímne vzťahy s pokrvným príbuzným sa zakladalo na presvedčení o následnej možnosti vzniku defektného potomstva. Porušenie zákazu (tabu) na incest sa tvrdo trestalo (u severných národov – nivchov, vinník musel spáchať samovraždu). V antropologickej literatúre sa zákaz na uskutočnenie akejkoľvek činnosti označuje termínom – tabu (J. Coukke, keď plával v roku 1777 na ostrovy Tongo v Oceánii a na Tahiti počul používať domorodcov slovo tabu ako zákaz vykonať neprípustnú činnosť).

Formovanie spoločenských vzťahov (zameraných na neutralizáciu čisto biologických prejavov dominovania a zoologického individualizmu) prebiehalo prostredníctvom tvrdej samoregulácie praobčiny (išlo o zabezpečenie jej života, harmonizáciu kolektívnych a individuálnych záujmov, oslobodenie psychickej energie od strachu pred okolitým svetom a jej nasmerovanie na praktickú činnosť; zabezpečenie stabilných vzťahov – eliminovanie čisto subjektívnych motívov a okolností zo strany rodičov a súkmeňovcov).

Vznik rodu stimuloval zavŕšenie antroposociogenézy, vďaka ktorej samoregulácii spoločenstiev starovekých ľudí sa dosahovali sociálne kvality. Menil sa aj charakter samotnej samoregulácie. Vznikajú mnohopočetné nové tabu.

J. G. Fraser (1854 – 1941) v práci - Zlatá ratolesť (1890) opisuje rôzne druhy zákazov (zákaz na určité činnosti, tabu na ľudí, predmety, zakázané slová). Mnohé sa transformovali a zachovali dodnes.

1. Zakázané činnosti. Tabu na spolčovanie sa (kontakt) s cudzincami (potenciálnymi nositeľmi „zlej“ mágie s negatívnym vplyvom na kontaktujúcich sa). Napr. obyčaj zakrývať tvár (ženy), pretože duša opúšťa telo cez odhalené časti tela. Alebo vládcovia museli dodržiavať tabu na odchod z bydliska (nesmeli vstúpiť na zem), nesmeli sa kontaktovať s obyčajnými smrteľníkmi (japonskí, čínski, africkí vládcovia). Tabu na zvyšky jedál (príkaz ich zakopať do zeme, alebo zničiť ohňom).

2. Tabu na ľudí. Vzťahovalo sa na vodcov a vládcov (považujúcich za Bohočloveka). Bol daný zákaz pozerat' sa na nich. Ďalej to bol napr. zákaz kontaktu s ľuďmi nosiacimi smútok (ako majúcimi kontakt so zosnulými), tabu na tehotné ženy, tabu na vojakov vracajúcich sa z boja (karanténa, pobyt v tzv. mužských domoch), tabu na vrahov alebo katov (duše usmrtených ich prenasledovali).

3. Tabu na predmety a veci (na železo, na ostrú zbraň, na krv, na vlasy alebo nechty pri strihaní, na uzly, na prstene (aj dnes: čierna mačka, žena s prázdnyimi vedrami...)).

4. Zakázané slová. Zákaz na vlastné mená (zmena mena pri vstupe do kláštora), na mená mŕtvych, na mená vládcov a pod.

Tieto uvedené tabu boli svojráznymi sociálnymi normami prvotnopospolnej spoločnosti, dôležitým prostriedkom štandardného správania ľudí, potlačenie recidívy „zoologického individualizmu“, prostriedkom výchovy.

Tabu ako biologicko-psychologická (sankčná) norma zákazu sa stala genotypom iných normatívnych regulátorov (tabu na incest – požiadavka exogamie bola aj prvým manželsko-rodinným regulátorom).

3. TOTEM, MÝTUS A "IDEÁLNY PRÁVNÝ PORIADOK". OBYČAJ.

Skupinové regulátory. Pracovná činnosť skorej občiny vyššieho paleolitu, mezolitu a raného neolitu vyžadovala vyššiu úroveň kolektivismu (napr. pri poľovaní), širokú spoluprácu (lov rýb), špecializáciu pracovnej činnosti (výroba pracovných nástrojov...).

Samoregulácia životnej činnosti občiny sa realizovala prostredníctvom skupinových regulatívov pre zvýšenie úrovne jej organizovanosti, jej „normatívnosti“ (pri výmene predmetov medzi občinami). Reglamentu podliehajú vzťahy pohlaví (v patrilineárnych skupinách).

Normy prvobytnej občiny (prvobytná mononormatika, A. I. Peršic) neboli ešte diferencované podľa objektov činnosti na kolektívne a individuálne (neboli špecializované, boli monolitné).³ Objavujú sa tzv. mononormy – rôzne pravidlá správania prvotnopospolnej spoločnosti (rituály, obyčaje, náboženské normy...) jednotné pre všetkých členov spoločnosti. Všetky tieto pravidlá správania splývajú v nerozvinutom vedomí prvobytného človeka, kde rozhodujúcim sa stáva fungovanie jediného princípu, umožňujúceho rozlišovať to, čo je povinné a to, čo je nepovinné. Je

³ Pozri: Peršic, A. I.: Problemy normativnoj etnografiji. In: Issledovaniya po obščej etnografiji. Moskva 1979, s. 215 – 219. A taktiež: Aleksejev, V. P., Peršic, A. I.: Istorija pervobytnogo obščestva. Moskva 1990, s. 204.

pravdepodobné, že tieto mononormy zanikli so vznikom sociálnej diferenciácie.

Normotvorba prvobytného spoločenstva mala donucujúci charakter. Osud každého člena občiny závisel od vnútorného zjednotenia občiny, ktoré bolo možné dosiahnuť najmä tvrdou reglamentáciou všetkých stránok životnej činnosti (preto je aktuálna otázka najmä skupinových regulatívov). Hovoriť o nejakých individuálnych právach je priskoro. Reglamentácia života uzatvorených skupín prvobytných ľudí bola prostriedkom neutralizácie prejavov anarchizmu, podriadenie jednotlivca moci väčšiny bolo prirodzenou nevyhnutnosťou. Okrem „práva silnejšieho“ bolo aj „domáce právo“ (kódex privilégií mužov).

Donútenie v prvobytnej spoločnosti bolo skôr psychického rázu (antagonistické protirečenie medzi kolektívom a jednotlivcom nebolo). Bolo aj fyzické donútenie v podobe krvnej pomsty (čo nebolo charakteristické pre spoločnosť, ale bolo skôr prejavom jej divokosti).

Rodové zriadenie ako spoločenská organizácia najviac zodpovedala kočovnému spôsobu života. Jedným z druhov tohto štádia organizácie bola aj totemická organizácia. Podľa S. Freuda u Austrálčanov namiesto náboženských a sociálnych ustanovení existoval systém totemizmu. Austrálske kmene sa skladali z rodín alebo klanov, ktoré boli pomenované podľa svojho totemu (ktorým mohlo byť nejaké zviera, rastlina alebo sily prírody – dážď, voda a pod., nachádzajúci sa v určitom vzťahu k celej rodine).

Totem (ako kmeňový symbol primitívnych národov uctievaný v náboženskej podobe) vystupoval ako praotec celej rodiny, anjel – chrániteľ a pomocník, predpovedajúci budúcnosť a milujúci svoje deti, aj keď pre iných bol nebezpečný. Zo strany spoločenstva sa mu prejavovala určitá úcta a posvätnosť (bol striktný zákaz jeho zničenia, či konzumovania v prípade zvierat). Spolupatričnosť k totemu sa stala základom všetkých sociálnych povinností Austrálčanov. Členovia toho istého totemu nesmeli uzatvárať manželstvo, alebo mať medzi sebou pohlavný vzťah. Porušenie tohto zákazu sa trestalo aj smrťou oboch partnerov. Teda, totemizmus bol priamo spájaný s požiadavkou exogamie.

Je zrejmé, že totemizmus má dva aspekty – existuje ako spôsob sociálneho zoskupovania i ako náboženský systém povier a obyčají (ide o náboženstvo celej občiny a nie jednotlivca, náboženstvo je identické so sociálnosťou).

Inštitút totemizmu bol regulátorom príbuzenských vzťahov (napriek svojej mystickosti snád aj modelom súčasného rodinného práva). Totemizmus bol prvotnou formou uvedomenia príbuzenských vzťahov (pre právnu antropológiu je dôležité: pochopenie vzájomnej súčinnosti rodovej a občinnej organizácie, ich normatívnych regulátorov).

Mononormativizmus primitívnych spoločností (podobný ako u austrálskych aborigenov) treba prijímať dvojako: tabu a totemický symbolizmus sa môžu interpretovať ako niečo mýtické i ako úplne utilitárne predpisy (obalené do tabuizovanej formy). Prostredníctvom týchto mononoriem (rôznorodých tabu, totemickej symboliky a s nimi spätou rituálnosťou) sa dosiahol cieľ usporiadania života občín (pretože nijaké iné vonkajšie donútenie občina nepoznala, okrem svojrázneho chápania „kontroly“ zo strany duchov a božstiev).

Mýtologicko-náboženské a morálne regulátory. Ďalším dôležitým regulátorom správania pravekých ľudí bola mytológia. Slovo „mýtus“ je odvodené od gréckeho slovesa mytheuein, znamenajúceho „rozprávať“. Bolo to rozprávanie, ktoré dalo archaickému spoločenstvu odpoveď na základné otázky týkajúce sa jeho existencie. Odkiaľ pochádza svet, vesmír a v neposlednom rade aj odkiaľ pochádzajú ľudia.⁴

Mytológia obsahovala okrem iného aj konkrétne predpisy o správaní členov občiny. Mýtus predstavoval imperatívny model/vzor pre adekvátne formovanie ľudských väzieb a vzájomných vzťahov. Mytológia plnila funkciu vysvetlenia a legitimácie sociálnych noriem.

Mýty a povesti rôznych národov ponúkajú pre právnu antropológiu materiál o mononormatívnom starovekého človeka i obyčajnom práve minulosti. V mýtoch sa poukazuje na povinné plnenie určitých činností, povinnosti sú formulované zreteľne a nie dvojzmyselne (napr. v afrických: ak zomrel starší brat, mladší sa musel oženiť s jeho ženami, aby sa nestali ženami mužov z iného plemena). Alebo: aby nevymreli ľudia, tak bolo potrebné zachovať dobytok, za ktorým pôjdu a nebudú hladovať.

Mýtus utvrdzuje reálne vzniknutý regulatívny normatívny systém a tak vytvára normatívny precedens (reflektujúci budúcnosť). Plní dve funkcie: odráža jestvujúce normatívne regulatívy a kanonizujú ich slúži ako prameň normatívneho predpisu (obaleného do moralizátorskej formy: mýtus

4 Podľa tém, ktorými sa mýty zaoberajú a druhu otázok, na ktoré odpovedajú, rozdelíme mýty do niekoľkých skupín: 1. kozmologické (pôvod a vznik sveta), 2. teogonické (pôvod a zrodenie bohov), 3. etiologické (výklad o príčinách, pôvode a podstate rôznych predmetov, zvykov a javov), 4. heroické (pôvod a založenie danej kultúry). Podľa Mircea Eliade mýtus predstavuje scenár o počiatku ľudstva, ktorý musí byť spoločenstvom neustále opakovaný. Toto opakovanie, ktoré spočíva v imitácii – predvádzaní – deja mýtu, sa nazýva rituál. Rituál prírodných národov alebo archaických civilizácií nie je však v očiach archaických ľudí obyčajnou napodobneninou. Každý rituál má svoj božský model, archetyp (základný vzor správania, napríklad činnosť bohov pri stvorení sveta alebo víťazstvo mýtického predka), ktorý sa pri obrade sprítomňuje. Ide o časové sprítomnenie mýtkej udalosti. Typickým príkladom je tanec, ktorý vznikol ako súčasť náboženských obradov prírodných národov. K tejto problematike je možné odporučiť: Budil, I. T.: Mýtus, jazyk a kulturní antropológie. Praha: Triton 1995; Eliade, M.: Od Zalmoxida k Čingischánovi. Praha: Argo 1997; Eliade, M.: Inicie, rituály, tajné spoločnosti. Brno: Computer Press 2004.

vysvetľuje rovnako minulosť, súčasnosť i budúcnosť; mýtus ako prežívaná realita, a nie ako prerozprávané dejiny, historka, podobne ako biblická povesť o stvorení sveta, prvotnom hriechu a vykúpená smrť Krista).

Z mýtu vyčleňujeme jeho normatívnu, predpisujúcu stránku, akumulujúcu skúsenosť predchádzajúcich pokolení a predkladajúcu „ideálny“ model pre správanie. Aby ideálny model „pracoval“, musí byť reflektovaný v určitej činnosti (ako je napr. mágia, rituál, obyčaj).

Mýtus teda načrtáva akoby ideálny právny poriadok, ktorý by mal človek dodržiavať. Obyčaj (podobne ako aj rituál a obrad) vzniká na základe každodennej praxe opakovaním minulých činností, ktoré sa potvrdili v praxi. Obyčaj sa zakladá na skúsenosti (preto ju môžeme charakterizovať aj ako prežitý, životom odskúšaný právny poriadok).

Mágia, rituál (obrad), obyčaj. V archaických kultúrach bol vzťah k božstvu, ľuďom i okolitému svetu vytváraný kúzlom a magicky. Človek archaických kultúr ovláda svoj svet pomocou mágie. Mágia predchádzala náboženstvu. Čo človek nedosiahol racionálnym úsilím, pokúšal sa dosiahnuť pomocou magických obradov (cez tajné, tajomné poznanie, prvotnopospolnú alchýmiu; uvedené poznanie nebolo výsledkom božského zjavenia).

Mágia predstavuje akúsi vlastnosť vecí, alebo presnejšie, je vlastnosť spojitosti človeka s vecou. Aj keď nebola vytvorená človekom, bola vždy pre neho určená. V každej tradícii, v každej mytológii vystupuje mágia ako spolupatričnosť človeku, nadobudnutá od človeka alebo človeku podobnej bytosti.⁵

V mágii človek zdôrazňoval svoju autonómiu a pokúšal sa ovplyvniť zákony prírody, predísť im, zastaviť chod udalostí silou vôle a vykonaním tajnej rituálnej činnosti. Pozná tajomné sily dobra a zla a snaží sa ich zapojiť do svojich služieb. Ak chce dopriať dobro pre svojho blížneho, tak ho „požehná“ (lat. *signare*). Avšak ak chce uvaliť na niekoho zlo, tak to potom činí pomocou kliatby. Požehnania a kliatby sú spôsobmi magického používania čarovnej moci, ktorými je celý svet riadený. Človek môže požehnať aj sám seba na obranu proti zlému, môže udeliť požehnanie deťom odchádzajúcim z domu a tak ich dáva pod ochranu. Naopak, kliatbou sa privoláva nešťastie na iných alebo na seba samého. Deje sa to prostredníctvom magickej techniky čarovania a kúziel.

Pre ovládnutie a riadenie tajomných síl bolo potrebné zvláštne poznanie. Čarovať mohol iba ten, kto poznal slová, ktoré mohli byť vždy použité, presne vyslovené a v pravej chvíli a na pravom mieste zodpovedajúcimi posunkami realizované. Pri skrátení vyslovenej formuly, alebo pri jej doplnení, nemá to žiaduce účinky. Môže mať to opačný dosah voči

⁵ Pozri: Malinowski, B. K.: *Magic, Science and Religion*. In: *Science, Religion and Reality*. L: 1925, s. 75

čarujúcemu. Záleží len na tom, čo chce čarujúci dosiahnuť. Čarovanie je automaticky pôsobiacou technikou navodzovania zdaru alebo zmarenia, bez mravnej hodnoty a bez väzby na dobré alebo zlé úmysly. Znalosť kúzelných formúl a posunkov bola dôležitá pre zdravý život, úzkostlivo sa chránila a utajovala. Poznanie mágie sa dedilo z človeka na človeka ako tradícia cez zasvätenie a učenie.

Osvojované z detstva mýty a ústnym podaním zachovávané pravidlá správania sa v podobe nejakého ideálneho modelu práva v mágii neujali, ba skôr sa v nej odvrhovali a eliminovali, pretože sa spoliehali na špecifickú skúsenosť emocionálnych stavov, než na poslušné prijatie všeobecne uznávaného modelu.

Mágia v tomto zmysle sa stala modelom „deviantného“, t. j. protiprávneho správania. Napriek tomu bola (a v niektorých svojich prejavoch naďalej zostáva) súčasťou bytia človeka. Mágia ovplyvnila vznik mnohých kultov a obradov (odlišných od totemizmu), predurčených rôznym skupinám (erotické obrady a kulty alebo prisluhovanie určitým druhom činností – napr. poľovnícka mágia, kult pochovávaní a pod.).

Ďalším dôležitým sociálnym regulátorom bol rituál (pravidlo správania s akcentom na vonkajšiu formu jeho prevedenia, ktoré bolo stroho kanonizované; vykonávateľ poznal poriadok svojej činnosti.) a obrad. Začiatok rituálu nepredpokladal nevyhnutnú prítomnosť špeciálne na to pripravenej osoby: predpokladalo sa, že každý účastník rituálu pozná postupnosť krokov jeho naplnenia. Avšak životná skúsenosť bola taká, že sa vždy našiel nejaký neformálny líder pre výkon jednotlivých rituálnych činností, ktorý ovládal špecifiká daného rituálu a dozeral na to, aby sa dodržiavali určité potrebné pravidlá pri jeho realizácii.

Obrad sa odlišoval tvrdšími pravidlami, zložitou a počtom zúčastnených osôb (obrad v súvislosti s prechodom do vyššieho životného obdobia - dospelosti). Sociálny význam obradu bol vyšší, psychologickjší a vďaka výchovnému vplyvu silnejší (než u rituálu). Obrad predznamenal nielen nadobudnutie nového statusu človeka v súvislosti s jeho životnými a sociálnymi zmenami, ale aj udelenie nových práv a povinností. Takým bol napr. obrad iniciácie, známy mnohým národom.

Človek v tradičných spoločnostiach si vytváral o sebe svoj obraz. Tento obraz poznával a realizoval prostredníctvom iniciácie. Je zrejmé, že existovalo veľké množstvo typov a variant iniciácií, ktoré zodpovedali rozdielnym sociálnym štruktúram a rozmanitým kultúrnym horizontom. Existujú fakty, že všetky premoderné spoločnosti, t. j. tie, ktoré pretrvali na západe až do stredoveku a v ostatných častiach sveta až do prvej svetovej vojny, uznávali prvoradú úlohu ideám a technikám iniciácie.

Všeobecne pod iniciáciou sa chápe súhrn rituálov a taký obsah ústnych podaní, po ktorých nasleduje zásadná zmena náboženského a sociálneho statusu osoby, ktorá podstupuje iniciáciu: jedinec nadobúda iný spôsob

existencie v porovnaní so svojou existenciou pred iniciáciou. Najdôležitejšou kategóriou iniciácie je iniciácia v puberte so svojimi rituálmi nadobudnutia iného stavu (roly, postavenia) svojho života, ktorými musia prejsť všetci mladí z daného kmeňa, aby mohli byť prijatí medzi dospelých a stať sa zodpovednými členmi daného spoločenstva. Daná iniciácia uvádza nového člena zároveň do ľudského spoločenstva aj do sveta duchovných hodnôt. Učí sa správaniu, praktikám a inštitúcii dospelých, ale taktiež poznáva aj mýty a posvätné tradície kmeňa, poznáva mená bohov a históriu ich činov, poznáva mystické vzťahy, ktoré existujú medzi kmeňom a nadprirodzenými bytosťami, teda tie vzťahy, ktoré boli stanovené na samotnom počiatku.

Každá archaická (primitívna) spoločnosť má svoj koherentný celok mýtických tradícií, svoje „poňatie sveta“, ktoré je postupne odhaľované novému členovi v priebehu jeho iniciácie. Jedinci sa stávajú hodnými posvätného učenia až v priebehu duchovnej prípravy svojimi poručníkmi; zúčastňujú sa tajných obradov, podstupujú celý rad skúšok a predovšetkým tieto skúšky vytvárajú skúsenosť iniciácie: stretnutie s posvätným. Väčšina iniciačných skúšok zahŕňa tzv. rituálnu smrť, po ktorej nasleduje vzkriesenie alebo znovuzrodenie (ústredný moment všetkých iniciácií predstavuje obrad, ktorý symbolizuje smrť jedinca a jeho návrat medzi živých). Jediniec sa vracia žiť život nového človeka, ktorý si privlastnil nový spôsob bytia. Iniciačná smrť teda znamená zároveň koniec detstva a nevedomosti.

Archaické myslenie teda predpokladá, že človek je vytvorený: človek osamote, bez pomoci iných nemôže sa stať úplným človekom. Sú tu duchovní vodcovia (predstavitelia nadprirodzených bytostí), ktorí človeka formujú. „Znovuzrodenie“ uskutočnené prostredníctvom iniciácie nie je „prirodzené“, napriek tomu, že môžu byť použité symboly z tejto oblasti. Toto „zrodenie“ zahŕňa rituály, ktoré boli zavedené („akože“) nadprirodzenými bytosťami: predstavuje božské dielo, vytvorené vôľou a mocou nadprirodzených bytostí; nepatria „prírode“ (v modernom zmysle slova), ale posvätným dejinám, sprostredkovaným mýtmi. Teda, druhé v poradí iniciačné zrodenie neopakuje prvé biologické narodenie.

V dnešnom chápaní by sme mohli povedať, že iniciácia ukončuje život „prírodného človeka“ a uvádza nového člena do oblasti kultúry. Avšak, je potrebné poznamenať, že pre človeka archaickej spoločnosti nie je kultúra ľudským dielom, má nadprirodzený pôvod. Prostredníctvom nej človek vstupuje do kontaktu so svetom bohov a s inými nadprirodzenými bytosťami a podieľa sa na ich tvorivých aktivitách. Svet nadprirodzených bytostí je svetom, kde sa veci odohrali po prvýkrát, kde určitý čin (od tej doby znovu uskutočňovaný vďaka náboženstvu a jeho rituálom) bol prvýkrát realizovaný a naplnený zmyslom (kráčať v určitom postavení, vytrhnúť určitú liečivú bylinu, ísť na lov v určitom ročnom období a pod.), bol tiež svetom, v ktorom sa stretávali bohovia a hrdinovia, svetom, v ktorom ľudia vyhlásili určité normy, atď.

A práve mýty nás uvádzajú do sveta, ktorý nemôže byť „opísaný“, ale iba „vyrozprávaný“, pretože je upletený z činov, nepredvídateľných skutkov a z bájných premien. Tieto činy posvätných dejín nás uvádzajú do všetkého, čo sa stalo významné od stvorenia sveta, do všetkých udalostí, ktoré prispeli k tomu, aby sa človek stal takým, aký je dnes. Nováčik, ktorý je iniciáciou uvádzaný do mytologických tradícií kmeňa (daného spoločenstva), je zároveň uvádzaný do posvätných dejín sveta a človeka. A toto je dôvod, prečo je iniciácia tak dôležitá pre človeka v spoločnostiach existujúcich pred modernou spoločnosťou.

Všeobecne môžeme rozlíšiť tri veľké typy iniciácií.⁶ Prvý typ zahŕňa kolektívne rituály, prostredníctvom ktorých sa uskutočňuje prechod od detstva alebo adolescencie k dospelosti a ktorými musia prejsť všetci členovia spoločnosti („kmeňová iniciácia“, „rituály puberty“). Druhý typ zahŕňa rituály, týkajúce sa vstupu do nejakej tajnej spoločnosti (bratstva), vyhradenej iba jednému pohlaviu, nie sú povinné pre všetkých členov daného spoločenstva a väčšina z nich sa praktizuje iba v skupinách s veľmi obmedzeným počtom členov. Tretí typ je charakteristický pre mystické povolania (medicinman, šaman).

A nakoniec máme obyčaj ako prostriedok normatívnej regulácie. V tejto súvislosti je potrebné upozorniť na nerovnaké ponímanie „obyčaje“, aplikovanej v spoločenstvách existujúcich do vzniku štátnych útvarov a „obyčaje“ ako synonymu obyčajového (zvykového) práva národných štátnych útvarov s ich písaným právom, kde paralelne s ním majú svoje miesto aj normy obyčajového práva, zdedené z predchádzajúceho tzv. doštátneho obdobia, avšak s už s inými nadobudnutými vlastnosťami.

Obyčaj v prvom chápaní je produktom archaického spôsobu myslenia, obyčaj v druhom ponímaní je už produktom viac rozvinutej mentality, predpokladajúcej pluralizmus právnych princípov (prejavujúceho sa v podobe vyčlenenia sféry obyčajového práva mojich predkov a práva daného štátom, v ktorom žijem (či administráciou metropolu, zabezpečujúceho kontrolu nad daným teritóriom). Je zrejmé, že v skutočnosti nie je ľahké uviesť jednoznačnú deliacu čiaru medzi týmito dvomi pojmami obyčaje a najmä tam, kde obyčajové právo má už svoje hlboké historické korene. Avšak v rámci metodologického prístupu uvedené rozlišovanie chápania obyčaje má svoj zmysel.⁷ V našom prípade ide o obyčaj v prvom ponímaní a je potrebné zdôrazniť najmä to, že obyčaj sa zakladá na činnostiach mnohonásobne sa opakujúcich v minulosti, preto

6 Pozri bližšie: Eliade, M.: *Iniciace, rituály, tajné spoločnosti. Mystická zrozenie*. Brno: Computer Press 2004, s. 14.

7 Podobné rozlišovanie (vd'aka určitej tradícii v sociológii pochádza z čias M. Webera: *Ekonomika a spoločnosť*, 1922) má svoje miesto vo francúzskom slovníku etnológie a antropológie, pozri: *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*. Paris: 2000, p. 182 („Coutume“).

vystupuje ako „prežitý“ (časom a skúsenosťami, teda životom predchádzajúcich pokolení overený) poriadok. Dôsledkom porušenia, či nedodržania obyčaje nie sú spravidla veľmi tvrdé sankcie (hoci bývajú aj výnimky), avšak sila morálneho donútenia („spoločenskej mienky“) je natoľko významná, že takéto obyčaje sa stávajú fakticky prirodzenými pravidlami pre bytie človeka v spoločnosti.

V tejto časti problematiky je možné konštatovať, že samoregulácia života v prvotnospoločnej občine a regulácia správania človeka sa v nej realizujú vďaka pravidlám správania (mononormám) sprevádzaných danými rituálmi a obyčajami. Uvedené mononormy majú prirodzeno-povinnosť charakter. Najvyšší stupeň stmelenia danej občiny bolo možné dosiahnuť vďaka úplnej integrácii jednotlivca do jej štruktúr, čo sa považovalo za prirodzenú nevyhnutnosť. V neskoršom období pre normatívny systém spoločenstiev je charakteristická určitá zložitosť.

4. NA ZÁVER

Oddelenie skupinových a osobných záujmov podkopávalo tradičné štruktúry občinno-kmeňovej samosprávy. Proces vyčlenenia verejnej moci vyžadoval iné prostredie, než aký bol archaický kolektivismus rodokmeňového zriadenia.

Ak v podmienkach rodovej občiny jediným nárokovateľom na vodcovstvo bol staršina rodu, tak so vznikom teritoriálnej správy okruh pretendentov sa rozšíril nielen vďaka väčšiemu počtu kandidujúcich starejších rodov, ale aj vodcov klanov, žrecov, ochrancov totemov, liečiteľov, kováčov. Vznik majetníckej nerovnosti ovplyvňoval aj kandidátov na vodcovstvo: medzi nimi bolo viac zbohatnutých súkmeňovcov. Formuje sa nová sociálna hierarchia: nie totemická, nie pokrvná, ale hierarchia bohatstva a sociálneho vodcovstva, čo nachádza svoje vyjadrenie aj v normatívnom systéme – vzniká inštitút dedičstva. Dedenie majetku po otcovskej línii vedie k ďalšej individualizácii moci, jej personifikácii.

Aktuálne sú aj rôznorodé regionálne osobitosti spôsobov nastolenia osobnej moci: kandidatúra vekovo starších, sakralizovanie vodcov, vydobyvších si totem a právo, zložitý systém striedania lídrov klanov pri moci (v Afrike uzákonenie víťazov súťaží).

Osobitný význam mala inštitucionalizácia vekových, vojenských a obradových skupín (mužské zväzy), ktorých úloha bola nespochybniteľná pri presadzovaní vodcovstva ako antiprírodu kolektivismu občinno – plemennej samosprávy.

Vodcovstvo – je prvým krokom pre vytvorenie štátu s osobitným (oddeleným od sociuma) aparátom správy zakladajúcim sa predovšetkým na jednom vodcovi. Je to etapa, kedy rozdvojenie právneho bytia človeka, jeho osobných práv a jeho spoločenského statusu nadobúda konečnú formu.

Hierarchický počiatok v právnom statuse človeka, ktorý vznikol v epoche „vojenskej demokracie“ a rozvíjal sa v dobe vodcovstiev, v podmienkach „etatistického“ bytia človeka prvýkrát nadobúda inštitucionalizovaný charakter v podobe písomných noriem práva. Čím bol vyšší sociálny a politický status človeka v polise, štáte, tým viac práv nadobúda.

Napriek tomu nebol eliminovaný problém, nastolený Aristotelom: právo je miera spravodlivosti ako určitého stredu ujmu a výhody, obmedzujúca ľubovôľu.

Pre Aristotela je najdôležitejší „rovný vzťah“ človeka na súde, ktorý akoby rozotiera sociálne a vlastnícke (majetnícke) odlišnosti.

Hľadanie kompromisu medzi spravodlivosťou, ktorú garantuje štát a zákon a spravodlivosťou, ktorú každý človek chápe podľa seba, v európskom právnom myslení nachádza cestu práve prostredníctvom zabezpečenia formálnej rovnosti (zakotvenej v zákone a v súdnej procedúre).

Vzniká binom: štát – právo alebo právo – štát, v ktorom človek akoby nachádzal strednú pozíciu. Odteraz štát nachádza svoje právo – právo štátu (inú cestu mali tzv. tradičné právne systémy, vytvorené na nábožensko-etických základoch).

Literature:

- Aleksejev, V. P., Peršic, A. I.: Istorija pervobytnogo obščestva. Moskva 1990
- Budil, I. T.: Mýtus, jazyk a kulturní antropologie. Praha: Triton 1995
- Červená, K.: Business environment in the Slovak republic after the accession of the SR to EU – and economic aspects. In: Gospodarka i finanse w warunkach globalizacji: international scientific conference: Ciechocinek, 19 – 21 may 2008: Tom I. – Torun: Wyzsza Szkola Bankowa, 2008. – ISBN: 9788392360742
- Černych, Je. N. - Vengerov, A. B.: Struktura normativnoj sistemy v drevnich obščestvach. In: Od doklassovykh obščestv k ranneklassovym. Moskva: 1987
- Červená, K.: Malé a stredné podnikanie po začlenení SR do EÚ- Možnosti a perspektívy. In: Vplyv medzinárodného a európskeho práva na právny poriadok Slovenskej republiky: zborník príspevkov. – Košice, 2007. - ISBN: 978-80-89089-67-3

- Čipkár, J.: Úvod do právnej antropológie. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach 2008. – ISBN: 978-80-7097-726-2
- Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie. Paris: 2000, p. 182 („Coutume“).
- Eliade, M: Od Zalmoxida k Čingischánovi. Praha: Argo 1997;
- Eliade, M.: Iniciace, rituály, tajné společnosti. Mystická zrození. Brno: Computer Press 2004
- Knapp, V.: Teorie práva, I. vydání. Praha: C.H. Beck 1995. – ISBN: 80-7179-028-1
- Kovler, A. I.: Krizis demokracie? Demokracie na rubce XXI. Moskva 1997
- Kovler, A. I.: Antropologija práva, Moskva: Norma, 2002
- Lévi-Strauss: Anthropologie structurale. Paris: Plon, 1958
- Lévi-Strauss: Myšlení přírodních národů, Praha 1971
- Lukaševa, E. A.: Predislovje. In: Práva člověka: itogi veka, tendencije, perspektivy. Moskva 2002
- Malinowski, B. K.: Magic, Science and Religion. In: Science, Religion and Reality. L: 1925
- Nersesjanc, V. S.: Pravo i zakon. Moskva 1983
- Nersesjanc, V. S.: Jurisprudencia. Moskva 1998
- Nersesjanc, V. S.: Juridická antropologija kak nauka i učebnaja disciplína. In: Rulan, N.: Juridická antropologija. Moskva 1999
- Nersesjanc, V. S.: Obščaja teorija práva i gosudarstva. Moskva 2000
- Peršic, A. I.: Problemy normativnoj etnografiji. In: Issledovanija po obščej etnografiji. Moskva 1979
- Rouland, N.: Aux confins du droit. Paris 1991
- Rouland, N.: L'anthropologie juridique. (Série „Droit fondamental“), Paris 1980

*Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1*

- Rouland, N.: L'anthropologie juridique. Paris 1980 a tiež preklad: Rulan, N.: Juridičeskaja antropologija. Moskva 1999
- Sajdov, A. CH.: Meždunarodnoje pravo prav čeloveka. Moskva 2002
- Supatajev, M. A.: Kul'turologija i pravo. Moskva 1998

Contact – email

jan.cipkar@upjs.sk

PRÁVNÍ OBYČEJ JAKO PRAMEN PRÁVA V PRÁVU ŘÍMSKÉM

PETR DOSTALÍK

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language

N/A

Key words in original language

Právní obyčej; římské právo; právní věda; Digesta seu Pandectae; M. T. Cicero.

Abstract

N/A

Key words

Legal custom; roman law; roman legal science; Digesta seu Pandectae.

Namísto úvodu

Právní obyčej jako jeden z pramenů práva přitahuje již dlouhou dobu pozornost historiků i právních vědců. Právnímu obyčeji byla v romanistice vždy věnována zvýšená pozornost, od dob francouzské revoluce a vystoupení C. F. von Savignyho (1814 - Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft) ¹ se problém obyčejového práva, pojmu práva a právních pramenů stal problémem právní filozofie a obecné právní vědy.

Základní „stopou“ pro zkoumání právních obyčejů jsou výroky klasických právníků zachycené v právních a neprávních pramenech.

Úkolem tohoto příspěvku je prozkoumat právní obyčej jako pramen práva, tak jak jej zpracovává v historickém vývoji Zákon XII desek, předklasická právní věda (zde se musíme pro nedostatek pramenů právních opírat zejména o spisy M. T. Cicerona), a věda klasická, tak jak je zachycena v Digestech.

¹ Podle K. Rebra se právě Savignyho vlivem stala otázka právního obyčeje otázkou filozofickou a historickou, viz K. Rebro, *Juliánova nauka o práve obyčejovém*, Bratislava 1944, str. 9.

Právní obyčej

Právní obyčej - *consuetudo*, *mos* - primitivní způsob tvoření práva. Nejprůirozenější, nejspontánější pramen. "spontánní zachovávání nějaké normy, jež odpovídá právnímu přesvědčení národa."²

Inst. 1.2.3

"Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur."

"Z nepsaného se stalo právem, to, co zvyk potvrdil. Neboť dlouhotrvající mravy potvrzené souhlasem užívání mají stejnou platnost jako zákon."

Právo obyčejové předpokládá přesvědčení obyvatel, že norma je právně závazná. Norma musí být také trvale a dlouhodobě zachovávána. Musí tedy trvat po dlouhou dobu, nesmí odporovat zásadám rozumu a mravnosti. Za právní se pak nepovažují takové obyčeje, které jsou sice zachovávány, jejich zachovávání je však založeno na omylu nebo na nesprávném výroku zákona.³

Význam obyčeje pro vývoj římského práva spočívá jednak v tom, že se jedná o prvotní, jakkoli primitivní pramen práva, tak jak je tomu u všech ostatních národů.⁴

Význam obyčeje v římském právu je zdůrazněn tím, zejména v tom, že veškerá pozdější normotvorba, ať již na základě zákonů nebo stanovisek právníků či praetorské jurisdikce se nesnaží o vytváření nových právních norem, ale o správné poznání a pochopení již existujících právních obyčejů.⁵

A konečně, třetí význam římského obyčeje jako pramene práva je v tom, že právní obyčej platil vedle psaných právních norem. Přestože je zákon XII desek pouhým sepsáním obyčejového práva,⁶ od dob jeho vydání zákona

² P. Bonfante, *Institute práva římského*, Brno 1932, str.23.

³ Dig. 1.3.39

Celsus 23 Dig.

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.

⁴ P. Bonfante, *Institute práva římského*, Brno 1939, str.23

⁵ M. Kaser, *Romisches Privatrecht*, sv. 1, str. 25

⁶ Th. Kipp, *Geschichte der Quellen des Romischen Rechts*, Leipzig 1909, str. 37: "Die Gesetzgebung der XII Tafeln war gröstenteils Aufzeichnung alten Gewohnheitsrechtes."

nabývá stále většího významu psaný pramen práva - zákon, přijatý na zákonodárném shromáždění (*comitia curiata*, *concilium plebis*)⁷ a jeho interpretace nejprve pontifikální, později laickou právní vědou.

Raná práva a rané právní normy byly založeny obyčejí, ale od dob, kdy jsou psané záznamy, obyčej není hlavním zdrojem práva. To proto, že hlavním impulsem pro vývoj římského práva byla právní věda. Právníci mohli rozhodovat na buď na základě zákona nebo na základě obyčeje, ale materiálním pramenem bylo stanovisko právníka, ne obyčej.⁸ Přesto právní obyčej podržel svůj význam pro tvorbu práva a platily vedle sebe právní normy založené jak na obyčejí, tak na zákonu - např. Gaius 4.26-27, 28.9. Při popisu procesního institutu „*legiactio per pignoris capionem*“ rozlišuje Gaius dva případy – podle „zvykového práva“ - "*moribus*" se žaluje touto legisakcí v případě, že si voják vzal zástavu za peníze, které mu měly být vyplaceny jako žold nebo za státní příspěvek na jízdního koně. Na základě zákona (rozumí se XII desek) se žaluje touto legisakcí tehdy, pokud bylo koupeno obětní dobytče a peníze nebyly zaplacený.

Koexistence obyčeje vedle jiných jiných pramenů práva je jedním z hlavních rysů římského práva soukromého.¹⁰

Ve druhém století před Kristem nebyla velká část společenských vztahů regulována psaným právem, a byla tedy ponechána v rozhodovací pravomoci státních orgánů - zejména úředníků - nejvýznamnější je konzul a censor. Jako příklad můžeme uvést institut zneužití otcovské moci - v zákoně XII desek jsou pouze vyřešeny pouze nejvýznamnější problémy - propuštění z moci otcovské, otcovražda, ustanovení syna za dědice a způsob ustanovení poručníka. Například institut zneužití otcovské moci nebyl upraven vůbec a byl postihováno jako nemorální právě censory.¹¹ Právě tak institut otroctví není upraven zákony, ale naopak existují podrobné předpisy ohledně vedení sporu o svobodu člověka (*liber homo bona fides servient*), ohledně práva návratu (*postliminium* - to bylo řešeno dokonce zákonnou úpravou - viz *Lex Cornelia*). Zákony bylo upravovány pouze ty společenské vztahy, které byly sporné nebo zdrojem napětí ve státě (spory mezi *patricii* a *plebeji*), nebo to, co bylo římskými občany považováno za podstatné nebo

⁷ Text zákona měl pro Římany, stejně jako pro Řeky význam přímo posvátný - Kipp je přesvědčen o vlivu řeckého práva na právo římské - Th. Kipp, *op. cit.*, str 38: "Dass griechischen Recht den Inhalt der XII Tafeln beeinflusst hat, ist unzweifelhaft."

⁸ A. Watson, *Roman Law around 200 B.C.* str. 11-13.

⁹ Lat. text a český překlad viz *Gaius. Učebnice práva ve 4 knihách* (ed. J. Kincl), Plzeň 2007, str. 10.

¹⁰ O obyčejí jako pramene práva ústavního viz P. Dostálík, *Antická státověda v díle M. T. Cicerona*, Olomouc 2009.

¹¹ Týž, str. 11.

kde bylo z nějakého jiného důvodu třeba státního zásahu (změny dědického práva - ochrana vdov a sirotků nebo stanovení maximálních měr úroků apod).

Oblast, která nebyla upravena právem psaným, byla ponechána na právu obyčejovém, které bylo zpracováno a přetvořeno právní vědou a praetorskou pravotvornou činností podle potřeb konkrétního případu a podle zásad *aequity*.

Jeden z hlavních zdrojů informací o starém římském právu M. T. Cicero v prvním století před Kr. zřetelně rozlišuje právo na psané a nepsané

Cic. Part. Orat 36.130. - první část

"Sed propria legis et ea quae scripta sunt, et ea que sine litteris, aut gentium iure, aut maiorum iure retinentur. "

"Ale vlastní zákony (rozumí se právní normy) a ostatní psané normy, a také ty, které (platí) bez zapsání, jako právní normy, které platí na základě *ius gentium* (práva národů) nebo na základě práva předků (rozumí se obyčejové právo - pozn. P.D.)"

Cicero uvádí obyčej jako pramen práva i ve svém filozofickém spise *Topica*:

Cic. Top. 5.29.

„Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis *ius civile* dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.“¹²

"Můžeme tedy rozlišovat dva typy definic. Jedny definice jsou "rozdělující na části", jiné prostě pojmy dělí. Rozdělující na části je taková definice, která věc, o které se hovoří, rozčlení na jednotlivé díly, jako když se říká, že občanské právo se skládá z zákon, senatusconsult, rozsouzených věcí, stanovisek osob zkušených v právu, ediktů úředníků, mravů a *aequitě*."

Tato Ciceronova definice, jakkoli slouží pouze jako příklad, je zajímavá jednak tím, že Cicero počítá mezi prameny práva také soudní rozsudky a že mezi prameny práva občanského (v originálním lat. textu *civile* jako *mravy* - *mores*).

¹² Cit. podle Cicero's *Topica* (ed. a překl. Tobias Reinhardt), Oxford 2003, str. 127. Existují pochybnosti, zda tento text odpovídá právnímu pohledu na celou problematiku, avšak Cicero má k právníkům nejbližší, hovoří přímo o *ius civile*, ne o právu obecně. Viz *Folk Law: Essays in the Theory and Praxis of Lex Non Scripta*, sv. 1 (ed. A.D. Renteln a A. Dudes), Wisconsin 1995, str. 23.

Vyjdeme-li při interpretaci Ciceronova textu z definice právního obyčeje P. Bonfanteho, která je uvedena na počátku tohoto příspěvku, má termín *mos*¹³ v právním smyslu dvojí význam

- označuje jednak společenské zvyklosti (např. zvyk dávat dceři věno je také založen na mravech předků a přitom není právně závazný)
- označuje také společenský obyčej jako pramen práva (obvykle se udává *mores maiorum* - mravy předků, aby se zdůraznila starobylost tohoto obyčeje)

Významné je pokračování fragmentu z díla *Partitio Oratione*, které se po rozdělení práva na psané a nepsané zabývá výslovně právem obyčejovým:

Cic. Part. Orat. 36.130. pokračování

"Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud. Publicum lex senatus consultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio. Quae autem scripta non sunt, ae aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur. Atquae etiam hoc in primis, ut nostros mores legesque tueamur, quodam modo naturali iure praescriptum est."

"Právo, které bylo sepsáno rozlišujeme na právo veřejné a soukromé. (Pramenem) veřejného práva je zákon, rozhodnutí senátu, spojenecká smlouva, (pramenem) práva soukromého je závěť, smlouva nebo stipulace. Rovněž tak to právo, které má svůj původ v nepsaném, to nás zavazuje buď právními obyčeji nebo zvyklostmi lidí, a tedy jakoby souhlasem. A zde tedy ponejprv, pokud zachováváme naše zákony a obyčeje, jakobychom zachovávali to, co je předepsáno (nařízeno) přirozeným právem."

Costa popírá, že by Cicero rozlišoval mezi *ius scriptum* a *non scriptum* podobně jako texty v Digestech a domnívá se, že pod *ius non scriptum* Cicero rozumí *ius naturale*.¹⁴ Rebro uvádí, že jak *ius scriptum*, tak *ius non scriptum* patří obě pod pojem *lex* tedy právo lidské, a to je v protikladu k pojmu *ius naturale* - právo přirozené.¹⁵ Podle Cicerona se právo lidské dělí na právo psané a nepsané,¹⁶ a obyčej patří mezi právo nepsané, ale nevyčerpává jej.

¹³ Viz heslo *mores* v Paulys RE.

¹⁴ Costa, *Cicerone giureconsulto I*, str. 40.

¹⁵ K. Rebro, op. cit., str. 80.

¹⁶ Viz také Instit. orat. 2.13.6.

Stejně tak rozlišuje A. Gellius právo psané a nepsané a uznává derogační moc nepsaného práva, když uvádí, že Drakónovy zákony v Aténách byly zrušeny nikoli rozkazem, ale tichým a nepsaným souhlasem Atěňanů.¹⁷

Cicero, De inv. 2.22. 67.

"Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobabit. In se autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt, quod genus pactum, par, iudicatum."

"Má se za to, že obyčej je takové právo, které na základě vůle všech bylo potvrzeno bez zákona dlouhým užíváním. V obyčeji je obsaženo určité právo, právě proto, že bylo potvrzeno dlouhým užíváním. Ke kterým v tomto druhu a jsou mnohá jiná (ustanovení) a z těchto jiných je největší část, kterou praetori vydávají ve svých ediktech. Jiné druhy práva již určité byly učiněny zvykem, jako je dohoda stran, aequita, rozhodnutí soudu."

Jedná se tedy o takové právo, které se zakládá na vůli všech občanů, kteří ho však nevyslovili zákonným ustanovením, ale cestou zvyku, dlouhého času a tímto dlouhým časem je také potvrzované. Sporné při výkladu tohoto místa je, jaké je podle Cicerona postavení soudního rozhodnutí jako pramene práva. Rozděluje prameny práva na dvě velké skupiny - jednak ta ustanovení, která jsou určitá (tedy závazná) následkem zvyku (mezi ně patří i rozhodnutí praetorů vyhlášená v ediktech - tedy jako by praetori ve svých rozhodnutích nalézali obyčejové právo), jednak ta ustanovení, která se nemusela stát určitými, ale jako hotové, perfektní normy dlouhodobým užíváním přešly do práva obyčejového - tedy dohoda stran, rozhodnutí soudu nebo aequita.¹⁸

Stejně tak praetori přejímali do svých ediktů již hotové právní normy obyčejového práva a ne že by až převzetím se staly nezávazné zvyklosti právními normami.¹⁹

Cic. De inv. 2.54.162.

Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum maius factum propter consuetudinem videmus, aut quod in

¹⁷ A. Gellius, Noctae Atticae 18.4.

¹⁸ K. Rebro, "Právní normy vyjádřené ve formě smlouvy, soudního rozsudku nebo aequity přešly jako právní normy do obyčejového práva," op. cit. str.77

¹⁹ Tamtéž.

morem vetustas vulgi adprobatione perduxit, quod genus pactum est, par, iudicatum.

Obyčej je právem, co je možno lehčeji zachovávat na základě přírody a co závaznějším učinil zvyk, jako je např. náboženství, nebo jestliže z toho, o čem jsme mluvili předtím, co vychází z přírody a máme zato, že bylo uznáno za závazné skrze zvyklost nebo co na základě obecného schválení dlouhodobé užívání přivedlo mezi právní obyčeje, jako je soudní rozhodnutí stejně jako smlouva.

Cicero uplatňuje tedy oba znaky, jak souhlas občanů ("adprobatio vulgi"), tak dlouhodobé užívání ("vetustas").

Cicero odlišuje prostý obyčej od právního obyčeje. Rozdíl je v tom, že právní obyčej je založen na přesvědčení lidí, že se má zachovávat to, co je zachovááno.²⁰

Právem obyčejovým je to, co bez zákonného podkladu je zachovááno právě tak, jako by to bylo ustanoveno zákonem. Tedy hlavním prvkem je přesvědčení, že to, co se zachovává je ustanovené zákonem - opinio legis. Totéž, i když méně jasně říká Cicero.

Dalším znakem, o kterém prameny hovoří - je dlouhodobé užívání.²¹ Není ovšem uvedeno, jak dlouho má být obyčej zachováán. Co se týká důvodu platnosti právního obyčeje, uvádí Cicero, že normy obyčejového práva platí proto, že se již dlouho užívají.²² Jinde ovšem tvrdí, že obyčej je závazný proto, že je shodný s právem přirozeným,²³ příroda je pramenem závaznosti práva obyčejového.²⁴ Cicero také připomíná, že mnoho zákonů vyšlo z užívání díky svému stáří nebo bylo zrušeno novými zákony,²⁵ uvádí i případy, kdy byla zákonná norma doplněna mravy předků, který platil jako

²⁰ Her. 2.13.19.

²¹ Cic. Top. 90; Cic. De inv. 2.22. 67; Cic. De or. 2.358,1, 188; Liv. Ab, Urbe Con.27,8,9.

²² Cic. Epist. ad fam. 4.3.1; Cic. De inv. 2.54.162; Cic. Tusc. Disp. 2,40; Cic. Laelius De Amititia 68.

Cic. De off. 3.72. Ex quo intellegitur, quoniam iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia. Nec ulla perniciēs vitae maior inveniri potest quam in malitia simulatio intellegentiae, ex quo ista innumerabilia nascuntur, ut utilia cum honestis pugnare videantur. Quotus enim quisque reperietur, qui impunitate et ignorance omnium proposita abstinere possit iniuria.

²⁴ Cic. De nat. deorum 2,5. "Quis enim hippocentaurum fuisse aut Chimaeram putat, quaeve anus tam excors inveniri potest, quae illa, quae quondam credebantur apud inferos, portenta extimescat? Opinioni enim commenta delet dies, naturae iudicia confirmat."

²⁵ Cic. De orat. 1,247. "Cum autem quod amore patriae censes nos nostrorum maiorum inventa nosse debere, non vides veteres leges aut ipsas sua vetustate consenuisse aut novis legibus esse sublatis?"

zákon.²⁶ Stejně tak i A. Gellius uvádí, že právo obyčejové má moc rušit normy práva psaného,²⁷ dále uvádí, že některá místa Zákona XII desek byla zrušena neužíváním a nahrazena právem obyčejovým.²⁸

Podle Cicerona má právník ovládat nejen zákony a vyhlášky magistrátů, ale tak obyčej.²⁹ V soudní řeči obviňuje protistranu, že jedná v rozporu s obyčejem³⁰ - nebo v jiné soudní řeči tvrdí, že jeho protivník nedbá ani zákonů, ani obyčejů.³¹ Stejně tak i úředníci mají podle Cicerona povinnost dbát nejen norem práva psaného a praetorských ediktů, ale také *aequity* a právních obyčejů.³²

Právní obyčej nebyly pouze pramenem práva soukromého, ale na základě obyčeje - musí být ovšem splněny oba prvky - přesvědčení národa o závaznosti a vynutitelnosti právní normy a dlouhodobé užívání takového obyčeje - platí mnohé normy upravující římské právo ústavní, a také právo válečné - Cicero je přesvědčen o tom, že se válka má vést "*consuetudinis iura*" tedy podle pravidel zachovávaných zákony a obyčejí.³³

M. Kaser³⁴ ovšem tvrdí, že neprávní prameny nejsou zcela spolehlivé, že pojmy, kteří rétoři používají (*consuetudo*, *mos*) mají jiný význam u rétorů a u řečníků, protože rétoři vycházejí z řecké právní tradice, která je odlišná od práva národa římského.

Navíc se podle něj mohli řečníci v rámci soudních sporů dovolávat i neplatných nebo všeobecně neuznávaných právních zásad, a to tam, kde to mohlo být ve prospěch strany, kterou zastupovali. Řečníci jsou spíše nakloněni řeckým vlivům než konzervativní právníci, kteří zastupovali element čistě římský.

²⁶ De leg. 2.23. "Marcus: Ergo adeo expectate leges, quae genus illud optimum rei publicae contineant, et si quae forte a me hodie rogabuntur, quae non sint in nostra re publica nec fuerint, tamen <fu>erunt fere in more maiorum, qui tum ut lex valebat."

²⁷ Gell. Noctae Atticae, 12.13.5.

²⁸ Gell. Noctae Atticae, 20,1, 22.

²⁹ De orat 1.212.

³⁰ Cic. Pro P. Quintio 28 "contra ius consuetudinem, contra ius praetorum."

³¹ Cic. Pro A. Caecina 2, "contra ius morem et consuetudinem."

³² Cic. In Verr. 2.1.116 "ius consuetudo, aequitas, edicta."

³³ Cic. In. Verrem 2.4.122.

³⁴ Sav. Z. 59, str. 95 a násl. F. Schulz, *Principles of the Roman Law*

To, co bylo doposud ukázáno z neprávních pramenů podle mého soudu dokazuje, že rétoři se ve svých spisech zabývají otázkami čistě právními nebo právně-filozofickými a snaží se na ně nalézt odpověď aniž by sledovali jakýkoli určitý zájem. Navíc je třeba upozornit, že Cicero se zabývá problémem obyčejového práva nejen v soudních řečech (Pro Caecina, Pro P. Quntio, In Verrem), ale zejména v čistě teoretickém, filozofickém spisu De Inventione, který neměl žádnou souvislost s Ciceronovou řečnickou činností na foru. Navíc, jak uvádí K. Rebro,³⁵ pokud by obyčejové právo svědčilo v soudním sporu straně jedné, pak musely nastávat případy, kdy se mohly být použity druhou stranou v její prospěch, a to byl ten důvod, proč byla nauka o právních obyčejích rétorie rozpracovávána.

Kromě toho se v Ciceronových filozofických spisech (De legibus, De officiis) objevují úvahy o právním obyčeji jako o projevu přirozeného práva (ius naturale). V tomto případě je možno vidět v jeho úvahách odraz řecké filozofie, zejména nauky Aristotelovy. To že Cicero uvádí jako pramen závaznosti jak dlouhodobé užívání a přesvědčení o závaznosti, tak soulad s právem přirozeným podle mého soudu dokládá, že Cicero zpracovává nauku o právním obyčeji již zavedenou a čistě římskou (stopy této nauky nacházíme u Gaia (Gaius, I.1 - všichni, kteří se řídí zákony a obyčeji a Ulpiana Inst. 1.2.3) a jeho cílem je dát tuto nauku do souladu s "čerstvě importovanou" naukou o přirozeném právu.

Je tedy možno shrnout, že právní obyčej byl zdrojem práva jednak v nejstarších dobách, kdy byl základem všeho práva - ovšem právními obyčeji se myslí i právní normy náboženské, přesvědčení stařešinů jednotlivých rodů nebo patres familias, názory jurisprudence. V nejstarších dobách není možno oddělit právo a neprávní zvyklosti.³⁶

S rozvojem římského práva v jeho psaných formách je právo obyčejové zatlačováno do pozadí, ale neztrácí na svém významu a podle zpráv Cicerona a Gaia má v předklasickém období římského práva funkci nejen podpůrnou (subsidiární), ale také funkci interpretační (podle něj v podstatě soudí praetor) a derogační - mnohé zákony jsou podle Cicerona zrušeny neužíváním za mlčenlivého souhlasu všech a A. Gellius uvádí totéž o normách zákona XII desek.

Stěžejním pramenem poznání významu obyčejového práva jsou citace ze spisu právníka Iuliána, které se zachovaly v Digestech. Původně tvořily Iuliánův komentář k zákonu Iulia et Poppaea, kde Iulián chybějící úpravu právem psaným doplňoval použitím právního obyčeje.

³⁵ K. Rebro, op. cit., str. 82.

³⁶ K. Rebro, op. cit., str. 83.

Juliánův text má však širší právně-filozofický záměr, a odpovídá na otázku, zda se i v právu klasickém užívalo právního obyčeje pouze subsidiárně nebo zda měl i derogační funkci. Citované místo zní:

Dig. 1.3.32pr.

Iulianus 84 Dig.

"De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs roma utitur, servari oportet."

V těch případech, ve kterých se neužijí psané zákony, tehdy se přísluší starat, jak jsou (tyto otázky pozn. P.D.) upraveny v mravech a zvycích. A jestliže se v nějakém případě nedostává obyčeje, použije se to, co je tomuto případu nejbližší a co má s ním jistou souvislost. Jestliže se nic takového nenalezne, tehdy je třeba zachovávat právo které se užívá v městě Římě.

Dig. 1.3.32.1

Iulianus 84 Dig.

"Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur."

"Starý obyčej má nezaslouženě přednost před zákonem, a tak i právo, které je založeno na zvycích. Neboť jestliže nás samotné zákony nezavazují z žádné jiné příčiny, než že jsou přijaty rozhodnutím lidu, proto (v orig. po zásluze – pozn. P.D.) i ty, které lid potvrdil aniž by byly sepsány, zavazují všechny. Neboť co záleží na tom, zda lid veřejně vyhlásí (objasní) svou vůli hlasováním nebo samotnými věcmi a skutky. A z této věci se také vyvozuje, že zákony se zrušují nejen hlasováním zákonodárce, ale také neužíváním za mlčenlivého souhlasu všech."³⁷

Vycházíme - li z při interpretaci přímo z textu Digest, můžeme souhlasit spolu s K. Rebrem,³⁸ že podle Juliána tedy nejenže právní obyčej platí a

³⁷ srov.např spornou platnost zákona o zrušení šlechtických titulů

³⁸ K. Rebro, *Juliánova nauka o práve obyčajovom*, Bratislava 1944, str. 11.

užívá se tam, kde nejsou psané zákony ("causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est"), ale dokonce, tam, kde je stejná právní otázka upravena zákonem a obyčejem jinak, má přednost obyčej před zákonem, neboť i on vyjadřuje vůli lidu, jen na rozdíl od zákona je tato vůle vyjádřena konkludentně ("rebus ipsis et factis").

Moderní romanistika³⁹ podrobila tento fragment kritickému zkoumání a převládá v ní názor, že jej není možné připsat Iuliánovi, ale že je do značné míry interpolován. Významní autoři (Sollazi, M. Kaser) se domnívají, že původně hovořil Iulián pouze o mezerách v zákoně Iulia et Poppea a že text je porušen a význam obyčeje zdůrazněn kompilátory nebo poklasickými právníky a odráží právně-filozofickou nauku justiniánskou, která má svůj původ v berytském učení. Klasičtí právníci (zejm. Gaius, Paulus) neuvádí obyčej mezi prameny práva, a to co nalézáme v pracích např. Ulpiana, to je pouhá réterská ozdoba.

Domnívám se, že položíme-li vedle sebe neprávními prameny z doby konce republiky a prvního století císařství (Cicero, Livius) a doplníme-li je pozdějšími autory, pokud je jejich výklad relevantní ke staré době (Aulus Gellius a rušení ustanovení zákona XII desek mlčenlivým souhlasem všech), dojdeme k závěru, že místa, která se v právních pramenech zabývají obyčejem, nejsou interpolována, ale naopak můžeme dovodit, že obyčej jako pramen práva hrál v římském právu významnou úlohu. Nejprve, jako ve všech primitivních právních řádech, byl základním pramenem, to ještě v době, kdy není možné rozlišit právní normy od neprávních. Později, postupem psaného práva - edikty úředníků, zákony, senatusconsulta, soudní rozhodnutí bylo obyčejové právo zatlačeno poněkud do pozadí, ale upravovalo ty oblasti veřejného života, které nebyly normovány právem (otroctví, otcovskou moc), resp. právními normami byly regulovány pouze ty aspekty těchto společenských vztahů, které byly z určitého důvodu považovány za důležité pro římský stát.⁴⁰

Kromě toho byly právní obyčeje imperativem, kterým se řídil praetor při posuzování právní podstaty sporu a spolu s *aequitou*⁴¹ tvořili základní složku jeho diskreční pravomoci při uplatňování soudní a zákonodárné pravomoci.

Tomu nasvědčují i výroky klasických právníků, zejména Iuliana, které jsou dochovány v Digestech, podle kterých má obyčej nejen funkci subsidiární (a

³⁹ M. Kaser, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, SZ 59, str. 80 a násl., Perozzi, *Institutiones di dirrito Romano*, I, 2. vyd.

⁴⁰ F. Schultz, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936, str. 6-18.

⁴¹ K. Bubelová, *Aequitas jako prvek tvorby římského práva*, in: *Dny práva 2009*, sekce *Tvorba práva v historickém vývoji*, Právnická fakulta MU, Brno 2009 (v tisku).

slouží k tzv. vyplňování mezer v právu), ale také derogační, obyčej může rušit zákonný předpis. Bylo by zajímavé sledovat, jakým způsobem se tato nauka (svým původem repunlikánská) uplatnila přímo v právu justiniánském, tedy zkoumat, jaké stopy zanechal obyčej jako pramen práva v Digestech. Rozbor této problematiky by měl neblahý vliv na rozsah a strukturu článku vzhledem k zaměření tohoto článku na pramen práva obecně. Tomuto tématu bude věnováno samostatné pojednání.⁴²

Contact – email

petr.dostalík@seznam.cz

⁴² P. Dostalík, *Problematika subsidiarity obyčejového práva v právu Justiniánském* (v tisku).

MATERIÁLNÍ PRAMENY ŘÍMSKÉHO PRÁVA A JEJICH VLIV NA VZNIK SOUKROMÝCH KODIFIKACÍ

PAVEL SALÁK - MIROSLAV FRÝDEK

Právnická fakulta Masarykovy university, Brno, Česká republika
Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstract in original language

Meritem příspěvku jsou nenormativní, neoficiální sbírky římského práva. Práce je rozdělena do dvou částí. V první jsou zkoumány dvě soukromé sbírky, které se do dějin práva zapsaly jako *ius civile Papirianum* a *ius civile Flavianum*. Druhým zkoumaným obdobím je pak již doba císařského Říma. Hlavním pramenem práva jsou císařské konstituce a reskripty, které byly sebrány do dvou kodexů, které také byly jen soukromou iniciativou a jejich účelem bylo zpřehlednit rozsáhlou spleť císařských konstitucí a reskriptů. Tyto sbírky jsou označovány jako *Codex Gregorianus* a *Codex Hermogenianus*.

Key words in original language

Římské právo; *Ius civile papirianum*; *Ius civile Flavianum*; *Codex Gregorianus*; *Codex Hermogenianus*.

Abstract

The non-normative and unofficial collections of Roman law are the basis of the present conference paper. The work is dividend into two parts. In the first part, there are analysed two private collections that are known in our history as *ius civile Papirianum* and *ius civile Flavianum*. The second analysed period is the imperial Rome. The imperial constitutions and rescripts are the main sources of law. They were collected into two codes that were also only the private initiative and their aim was to make complicated imperial constitutions and rescripts more transparent. These collections are called *Codex Gregorianus* and *Codex Hermogenianus*.

Key words

Roman law; *Ius civile Papirianum*; *Ius civile Flavianum*; *Codex Gregorianus*; *Codex Hermogenianus*.

Úvod

Předložený konferenční příspěvek v sekci Tvorba práva v historickém vývoji směřuje do dvou období římského státu a jeho základem nejsou formální prameny práva, ale materiální prameny vzniku římského práva. Meritem příspěvku však nejsou normativní právní akty, ale nenormativní, neoficiální kodifikace římského práva, které se do dějin práva zapsaly jako *ius civile Papirianum* a *ius civile Flavianum*. V tomto prvním zkoumaném období jde o dvě soukromé sbírky, které spadají do nejstarších dějin starověkého Říma a snahou příspěvku je poodkrýt ony materiální prameny vzniku práva, tedy právní, společenské a jiné skutečnosti a události, které

vedly k soukromému sepsání platného práva. Materiální prameny vzniku práva jsou rozhodující společenské jevy, které se spolupodílejí – ovlivňují vznik práva; např. války, občanské nepokoje, velké zadlužení, neúroda, politická lobby etc. Formální prameny práva jsou jednotlivé „druhy“ normativních aktů.

Druhým zkoumaným obdobím je pak již doba císařského Říma a zkoumaným pramenem práva jsou pak císařské konstituce, které byly sebrány do dvou kodexů, které také byly jen soukromou iniciativou a jejich účelem bylo zpřehlednit rozsáhlou spleť císařských konstitucí. Materiální prameny vzniku práva ke Gregoriánovu a Hermogeniánovu kodexu je pak pozadí 3. a 4. století n. l., tedy období, kdy se historické období označované jako principát přibližuje k absolutnímu císařství a tím se i mění povaha právních pramenů.

Úvodem jen chceme připomenout vývoj kodifikací v kontinentální Evropě. V současné době je snad nepředstavitelná představa, že by nejdůležitější oblasti lidského života, které jsou právem upraveny, nebyly kodifikovány, tedy nebyly by upraveny v zákonících, které upravují celé právní odvětví (trestní, občanské, obchodní, ústavní...). Tato praxe je však snahou až pozdních dob. Příspěvek pojednává o pramenech práva v období starověku, a o období kodifikačním se dá hovořit v právní historii až od poloviny 18. století resp. počátku 19. století.

Je tedy nasnadě položit si otázku, co to vlastně kodifikace je, najít její určité společné znaky, které ji charakterizují. Pojem či slovo kodifikace, pochází z latinského slova *codex* – starší tvar *caudex*, [- icis, m], 1) kmen, nebo peň; - poněvadž staří psali na deskách dřevěných voskem potažených - desky (tabulky) zápisné, zápisky, kniha, spis, seznam¹. *Codex* je označení pro „výrobek“ na který se zapisovalo, *codex*, je také označení pro účetní knihu Římanů. Etymologie slova *codex* je tedy kniha. *Kodex* v právu je pak kniha jejímž obsahem jsou právní normy nebo právo obecně. V knize jsou tedy sepsány a v ní jsou soustředěny právní normy – platné právo a to s určitým záměrem, kterým bylo systematické zpracování určité právní oblasti.

V nejstarší době Říma, kdy právo bylo výlučně nepsané nebylo zapotřebí, aby bylo právo sepsáno či průběžně spisováno, pramenem práva byly především zvyky předků *mores maiorum* a právní zvyky *consecutudo*, které měly nepsanou podobu. O kodifikaci práva ve starověkém Římě můžeme hovořit až v těch okamžicích: kdy bylo nutné „mít po ruce“ sepsaná právní pravidla, v době, kdy bylo zapotřebí změnit zaběhnuté obyčeje nebo s právem seznámit širší veřejnost, tedy seznámit s právem všechny jeho

¹ Pražák, M., Novotný, F., Sedláček, J. : Latinsko – český slovník. Praha 1933, heslo *codex*, str. 225

adresáty (poslední poznámka směřuje již přímo k prolomení interpretačního monopolu pontifiků).

Obyčejové právo a potřeba jeho sepsání jako nutnost nebo exces?

Snad ve všech obdobích Říma byl pramenem práva právní obyčej *consecutudo*, jemu naroveň byl postaven tzv. zvyk předků *mores maiorum*. V nejstarších dobách byl právní obyčej takřka jediným pramenem práva. Tyto dva právní prameny vznikly a nejvíce se vyvíjely v rodové společnosti. V rodovém zřízení se jednalo o určité ustálené chování v určitých situacích, teprve s existencí králů začaly být určité společenské vztahy regulovány. Ale tyto tzv. královské zákony *leges regiae* jsou svou podstatou náboženské právní normy – *fas*. *Fas* je náboženský zákaz, který říkal to, co je zakázáno činit – tedy to, co je *nefas*, *fas* je pak to, co bylo dovoleno a *nefas* je pak negativně formulované pravidlo chování lidí z něhož se později vyvinuly právní normy².

O právu a o jeho vzniku nám podává krásný výklad Marcus Tullius Cicero ve svém spise *De officiis libri tres* II.12 *Myslím, že nejen u Médů, jak o tom vypravuje Hérodot, ale i u našich předků vešlo kdysi v obyčej volit lidi dobré povahy za krále, proto se dosáhlo spravedlnosti. Když byli lidé v míru utiskováni od lidí mocnějších, utíkali se vždy o pomoc k některému jednotlivci, vynikajícímu ctností. A ten, aby ochránil slabší před bezprávím, zavedl rovnost a podle stejného právního řádu vládl nejvyšším i nejnižším. A ze stejné příčiny jako království byly zavedeny také zákony. Neboť lidé si vždycky žádali rovné právo; vždyť jinak by to ani právo nebylo. Dokud lidé dosahovali takového práva od spravedlivého a poctivého jednotlivce, byli s ním spokojeni. Když tomu přestalo tak být, byly vynalezeny zákony³, aby se všemi lidmi vždycky mluvily jednou a touž řečí. Je tedy jasné, že k vládě bývali vybíráni ti, o jejichž spravedlnosti měl lid vysoké mínění.⁴*

Cicero vysvětluje důvod vzniku zákonů. Základní zásadu práva je rovnost a poskytnutí spravedlnosti. V nejstarší době král vládne všem stejně, všem poskytuje ochranu jejich právům a to je i základní imperativ práva, že právo musí být pro všechny rovné – stejné pro všechny jeho subjekty. Požadavek „rovného práva“ je jeho základní charakteristikou a pojmovým znakem práva. Tato základní myšlenka je i zahrnuta i do nejstaršího sepsání práva *Lex duodecim tabularum*

Consuetudo je obyčej, právní obyčej. Podmínky, toho, aby bylo *consecutudo* závazné: *usus longaevus*, *longa consecutudo* – dlouhotrvající, neměnné

² K tomuto tématu např. SKŘEJPEK, M.: *Ius et religio*.

³ Pozn. autora *leges sunt inventae* – zde spíše při překladu mělo být použito výrazu nalezeny

⁴ CICERO, M., T. *O povinnostech*. Svoboda. Praha. 1970, přeložil Jaroslav Bahník. str.

chování, *tacitus consensus populi* – tichý souhlas národa, *opinio necessitatis* – přesvědčení o právní závaznosti; to bylo vyžadováno především u nových obyčejů

Dig. 1.3.32pr. Iulianus 84 Dig. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs roma utitur, servari oportet. Dig. 1. 3. 32 Iulianus v 84 knize svých Digest V těch případech, pro které nemáme psané zákony, se musí zachovávat to, co se zavedlo mravem a obyčejem. Zakořeněný obyčej se plným právem zachovává jako zákon, a je to právo, o kterém se hovoří, že bylo ustanoveno obyčejí.

Dig. 1.3.33 Ulpianus 1 de off. procons. Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet. Dig. 1. 3. 33 Ulpianus 1 kniha o povinnostech místodržitele Dlouhotrvající obyčej se obvykle zachovává jako právo a zákon v těch případech, které nepocházejí z psaného práva.

Dig. 1.3.35 Hermogenianus 1 epit. Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur. Dig. 1. 3. 35 Hermogenianus 1 epit. Ale ne méně jako psané právo se zachovává i to, co se schválilo dlouhotrvajícím užíváním a též po dobu mnoho roků se dodržovalo jako tichá dohoda občanů.

Ius civile Papirianum - nastala v Římě stasis?

Ius civile Papirianum v pramenech též známá jako *de ritu sacrorum* je sbírka o níž se v římských pramenech traduje, že na konci královské doby byly sebrány a vydány královské zákony pontifikem Papiriem. Zpráva o této sbírce se dochovala v Justiniánských Digestech, Liviových dějinách (*Ab Urbe condita*) dále najdeme zmínky o *ius civile Papirianum* u Dionysia z Halikarnassu, dále u Servia v jeho komentáři k Vergilově *Aeneidě*.

Dig. 1. 2. 2. 2 Pomponius ... vyhlásili je i následující králové, všechny existují sepsané ve knize Sexta Papiria, který žil v té stejné době jako Tarquinius Superbus, syn Demerata z Korintu, a patřil nejvznešenějším mužům. Tato kniha jak jsme pověděli výše, se nazývá Papirianovo civilní (občanské) právo. Ne proto, že by do ní Papirius něco svého, ale proto, že uspořádal do jednoho celku zákony, které se vyhlašovaly bez pevného pořadí.

Pomponius nás v tomto fragmentu spravuje o tom, že v době krále Tarquinia Superba žil Sextus Papirius, který uspořádal královské zákony do jedné knihy.

Dig. 50. 16. 144 Paulus⁵ v tomto fragmentu je podáván výklad ke konkubinátu a je zde zmínka o tom, že existuje výklad *ius civile Papirianum*, který napsal Granius Flacus.

Livius Ab Urbe condita: VI, 1: Vyprávěl jsem o zahraničních válkách, o domácích rozbrojích, událostech temných už pro přílišnou starobylost, jak už se dávají rozpoznat z místa příliš vzdáleného. Důvod toho je také, že v těch časech bylo málo a poskrovnu literárních památek, jež jsou jedinou spolehlivou zárukou paměti vykonaných činů; i když některé byly zapsány v zápiscích nejvyšších kněží-pontifiků i v jiných státních i soukromých dokumentech, povětšinou zanikly po požáru města.

Tento fragment z Liviových Dějin nás informuje o tom, že Římané mají poskrovnu literárních památek, což je způsobeno především požárem města (patrně má Livius namysli požár při vyplenění Říma Galy v roce 390 nebo 386 př. n. l., kdy měly vzít za své i Zákony dvanácti desek).

Livius Ab Urbe condita I, 32: Nařídil tedy (pozn. Ancus Marcius), aby pontifex, to je nejvyšší kněz, je všechny ze zápisů králových vypsál a uveřejnil je na bílé desce a aby ji vyvěsil na veřejném místě. Z toho vznikla jakási naděje u občanů toužících po klidu.

Na závěr je ponechán fragment z první knihy Liviových Dějin, kde je patrná zmínka o tom, co Řekové označovali jako *stasis*, tedy období vnitřního nepokoje. V římském podání je pak *stasis* nepokoj ve smyslu, kdy až na patricijské kněží nebyli lidé znalí v textech právních norem a bylo potřebami lidí a doby sáhnuto k sepsání práva, zde jde o zápisky královských zákonů, který vydal pontifex.

Posledním fragmentem, který nám přibližuje vznik *ius civile Papirianum* je fragment Dionysa z Halikarnassu.

Dionysios z Halikarnassu, *Antiquitates Romanae* III, 36, 4 Ancus Marcius napsal na desky komentáře o posvátných věcech shromážděných pontifiky, které Numa Pompilius ustanovil. Ve starých časech nicméně byly tyto (soupisy) zničeny poté, co byli králové vyhnáni, ve skutečnosti byly znovu sepsány a veřejně vystaveny Gaiem Papiriem pontifikem maximem.

V Digestech nám Pomponius říká, že Papirius žil v době kralování Tarquinia Superba, Dionysios z Halikarnassu nám podává zprávu, že v době

⁵ Libro memorialium massurius scribit " pellicem" apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. granius flaccus in libro de iure papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam pallakyn graeci vocant.

Anca Marcia byly sepsány komentáře o posvátných věcech a po vyhnání králů byly znovu sepsány a veřejně vystaveny pontifikem maximem Papiriem. Vzhledem k přesnosti a znalosti dějin královského Říma je pravděpodobnější a věrohodnější verze, kterou podává Dionysios než verze, která je obsažena v Digestech.

Ius civile Flavianum

Vznik ius civile Flavianum předchází další období neklidu v Římské obci, které bylo namířeno proti monopolu římských kněží pontifiků, kteří měli monopol na výklad práva, ale také jako jediní v Římě znali kalendář, tedy znali, které dny jsou fasti, což jsou dny, kdy se mohou podávat žaloby a může se podstupovat soudní řízení a dny nefasti, kdy bylo zakázáno podstupovat soudní a veřejné jednání.

Ius civile Flavianum je soukromou sbírkou, která je připisována Cn. Flaviovi, který měl na konci jako sekretář (písař) Appia Claudia vydat dílo, které je známo pod označením ius civile Flavianum. Tato sbírka, kterou sepsal sekretář pontifika maxima Appia Claudia Caeca je doslovnou sbírkou legis actiones, tedy doslovné znění žalob v nejstarším římském legisakčním procesním systému. Další co, měl Gnaeus Flavius učinit je zveřejnění kalendáře, v němž jsou vyznačeny dny fasti, tedy dny, kdy je možno podat žalobu.⁶

Zveřejněním jednak přesného znění žalob a zveřejnění úředních dnů (fasti) došlo k prolomení pontifikální interpretace a římské právo od těchto dob dostává laický charakter. Začíná být pěstována právní věda (jurisprudence) pěstována právníky, kteří nejsou členy kněžského kolegia. Výklad a přizpůsobování římského práva se stalo pružnější a začalo být méně formalizované.

Dig. 1, 2, 2, 6 Pomponius ...a tak téměř ve stejném čase se zrodily tyto tři části práva: Zákon dvanácti desek, z něhož začalo vycházet občanské (civilní) právo a z těchto stejných předpisů se vytvořily žaloby. Ale všechny tyto předpisy, jako i znalost výkladu a formulování žalob patřily kolegiu pontifiků. Každý rok se ustanovovalo, kdo z nich bude spravovat soukromé záležitosti občanů. A národ se takřka sto let řídil tímto zvykem. 7. Když se později žalobami zabýval Appius Claudius a uvedl je do určité podoby, tak jeho tajemník Gnaeus Flavius, syn propuštěnce, odcizil z nich vytvořenou knihu a zveřejnil ji lidu. A lid tento dar vítal natolik, že se Flavius stal tribunem lidu, senátorem i kurulským aedilem. Tato kniha obsahuje žaloby a jmenuje se Favianovo civilní právo; tak jako předešlé Papirianovo civilní právo. Neboť ani Gnaeus Flavius nepřidal do knihy nic svého.

⁶ SCOTT, J., B. Law, The state, and the international community. Volume one. New Persey. The Lawbook Exchange, LTD. 2002, str.116-118.

Tyto dva fragmenty nám jasně dokazují, bez ohledu do jaké doby spadá sepsání práva Papirianem, že v Římě existovala tradice, podle níž existovaly tři základní psané prameny římského práva, a to: *ius civile Papirianum*, *Lex doudecim tabularum* a *ius civile Flavianum*. Tyto tři sbírky pak opravdu byly schopné pokrýt veškeré právo hmotné a procesní. Zde se již může hovořit o Liviovském *fons omnis publici privatique iuris*.

Kodex Gregorianus a Hermogenianus

Materiální prameny vzniku Gregoriánova a Hermogeniánova kodexu

V každé učebnici práva se dočteme, že *Codex Gregorianus* a *Codex Hermogenianus* patří mezi nejvýznamnější právní památky římského práva.⁷ Vzdor této skutečnosti, musíme říci, že kolem nich existuje mnoho dohadů a otázek. Nalézt na ně odpověď není však cílem tohoto příspěvku, jeho cílem je především zasadit je do kontextu doby, v níž vznikly.

Přesto se těmito otázkám a drobným záhadám spojeným s existencí těchto kodexů nevyhneme. Pro počáteční seznámení se však spokojme s konstatováním, že oba tyto kodexy vznikají během vlády císaře Diokleciána, někdy v první polovině devadesátých let 3. stol. n. l. a zahrnují v sobě císařské konstituce doby předchozí. Gregoriánský kodex je členěn na knihy, tituly a jednotlivé konstituce, přičemž tyto konstituce jsou řazeny v rámci titulů chronologicky. Obdobně je členěn i Hermogeniánský kodex, který obsahuje císařská reskripta. Jeho členění však spočívá pouze na titulech.⁸

Bohužel, do dnešních dob se ani jeden z těchto kodexů nezachoval v úplné podobě.⁹ Známe je v podstatě z útržkovitých zmínek v právních pramenech doby pozdější, především u Theodosiánského a Justiniánského kodexu. V tomto ohledu je nejdůležitější tzv. *Fragmenta Vaticana*.¹⁰ Je trochu zarážející, že velmi často se tyto zákony objevují v souvislosti

⁷ SKŘEJPEK, M. *Prameny římského práva*. 2. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2004, s. 129.

⁸ KRÜGER, P. *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 319

⁹ Edice známých pozůstatků viz HÄNEL, G. *Codicis Gregoriani ed codicis Hermogeniani fragmenta*. Bonn: Adolf Markus, 1835.

¹⁰ Tento spis byl objeven r . 1821 A. Majem ve Vatikánském palimpsestu. Obsahuje zlomky spisků významných právníků /Papinána, Paula, Ulpiana/ a několik zákonů Konstatina Velikého a Valentiniana. Vedle nich jsou tam zahrnuta i reskripta pocházející z obou kodexů. HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém soukromého práva římského*. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 76.

s kodifikacemi germánskými – přičemž u Vizigótského zákoníku *Lex Romana Visigothorum*¹¹ je extrakt z těchto dvou kodexů jakousi „přílohou“.

Ještě jednou se zastavme u jejich názvu. Slovem kodex dnes chápeme jako soubor norem, především právních, určitého odvětví. Latinský termín codex měl trochu jiný význam. Původně byl tento termín používán pro kmen, či desku, odtud se významově rozšířil na knihu, v době Říma v podobě dřevěných voskových tabulek svázaných k sobě, která postupně začala pro svou větší praktičnost nahrazovat svitky papýru či pergamenu. Označovaly se tak i účetní knihy, kam Římané zapisovali svá majetková vydání a příjmy a také výdaje. Později se tímto pojmem rozumělo shrnutí právní norem či zákonů. Z výše řečeného je patrné, že tyto dvě sbírky se od předchozích lišily i svou formou, nebyly již psány na svitku, nýbrž ve svázané knize.¹²

Druhou část názvu tvoří jména autorů, osob, jimž jsou tyto kodexy připisovány. Někdy dokonce se obě díla vyskytují i jen pod názvem Gregorianus a Hermogenianus. Je však otázkou, zda se autoři opravdu jmenovali takto a ne Gregorius a Hermogenes.¹³ V případě Gregoriana nemáme žádných jiných zpráv o jeho existenci, neexistuje zde jediný pramen, který by nás o jeho osobě informoval blíže. Každopádně ale muselo jít o vysokého úředníka, který se pohyboval na dvoře císaře Diokleciána, tedy ve východní části říše a patrně měl vazbu ke škole v Berytu.¹⁴ Pokud jde o Hermogeniana, zde je situace jiná. S tímto jménem se ve sledovaném období setkáváme a nacházíme jej i v jiných právních památkách. Problémem zde však je skutečnost, že jméno Hermogenianus je v daném období časté a nelze tedy s určitostí říci, zda jde o jednu, či různé osoby. Přesto však převládá názor, že jej lze ztotožnit s oním Hermogenianem, jež je citován v Justiniánských digestech a z jehož pera pochází i jiné právní památky jako *Juris Epitomae*.¹⁵

¹¹ Tento zákoník byl vydán Alarichem II. r. 506 a je též znám jako Alarichův Breviář. Zákoník je členěn do Leges, tvořených Theodosiánským kodexem, a Ius, kam jsou vedle Epitomei Gaii a úryvků z Papiniana zahrnuty i oba kodexy s komentářem. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 77, edice např. HÁNEL, edice např. G. Lex Romana Visigothorum. Berlin: Wilhelm Besser, 1847.

¹² KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 316.

¹³ KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 316-317.

¹⁴ KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 318, poz. č. 12.

¹⁵ SMITH, W. (ed) Dictionary of Greek and Roman Antiquities. 2. vydání, Boston: Little , Brown & Company, 1870, s. 421-422.

Každopádně skladba obou kodexů naznačuje, že vznikly ve východní části říše a konstituce ze západní části se sem dostaly dílem omylem, dílem byly doplněny při pozdějším přepisu, který vznikl na západě.¹⁶

Již bylo naznačeno, že kodexy vznikají v první polovině devadesátých let 3. stol. n.l. Přesnější datace v dané chvíli je opět dost těžko možná, z důvodu výše zmíněné zlomkovitosti. Např. Smith ve svém slovníku antické kultury uvádí, že Gregoriánský kodex obsahuje normy z doby vlády Diokleciána a Maximiána a stanovuje dobu jeho vzniku k roku 305. Hermogeniánský kodex pak v sobě obsahuje i normy Valentovi a Valentiana II., což posouvá dobu jeho vzniku do doby před nástup Konstantina Velikého.¹⁷

Podrobnější rozbor textu obou kodexů však ukázal, že tyto normy jsou v zásadě nikoliv původním dílem, ale doplňkem doby pozdější a všeobecně se tak uznává, že doba vzniku gregoriánského kodexu je někdy kolem let 291-292 n.l., neboť poslední císařská konstituce je datována rokem 290 n.l. Hermogeniánský kodex pak vzniká v letech následujících, neboť, až na jedinou výjimku, obsahuje reskripty z let 293-294 n.l. V tomto ohledu je třeba zmínit, že vazba mezi oběma kodexy je tak velmi těsná, že vždy jsou zmiňovány zároveň a Hermogeniánský kodex v podstatě je jakýmsi „doplňkem“ kodexů Gregoriánského.¹⁸ O skutečnosti, že Hermogeniánský kodex Gregoriánský následuje vypovídá i fakt, že vždy jsou jmenovány v tomto pořadí.¹⁹

Jestliže horní hranici nám představuje počátek devadesátých let 3. stol. pak dolní hranici s jistotou tvoří doba téměř o sto let dříve. Nejstarším doloženým fragmentem je konstituce císaře Septima Severa z r. 196 n.l.²⁰ Přesto však zlomkovitost našich poznatků o tomto díle vede řadu autorů k přesvědčení, že kodex sahal možná i hlouběji do minulosti, a jako dolní hranici vidí předpisy z doby Hadriánovi.²¹

¹⁶ KRÜGER, P. *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 321-322.

¹⁷ SMITH, W. (ed) *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. 2. vydání, Boston: Little , Brown & Company, 1870, s.301. Zde ale jde právě o ony pozdější doplňky.

¹⁸ SMITH, W. (ed) *Dictionary of Greek and Roman Antiquities*. 2. vydání, Boston: Little , Brown & Company, 1870, s. 301.

¹⁹ KRÜGER, P. *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 317.

²⁰ KRÜGER, P. *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 317.

²¹ SKŘEJPEK, M. *Prameny římského práva*. 2. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2004, s. 129.

S nástupem Oktaviána Augusta a počátkem principátu, jakkoliv jsou na odiv stavěny stále republikánské tradice, doznává celá společnost velkých změn. A tyto změny se pochopitelně projevují i v právu, včetně pramenů práva. Jestliže základní právo republikové je stavěno především na obyčejích, zákonech, plebiscitech, ediktech magistrátů a jurisprudenci, již Oktavianus Augustus se začíná opírat o zcela jiný orgán, který tak získává roli „normotvůrce“ – o senát.

Stále častěji se tak vedle zmiňovaných pramenů objevují *senatusconsulta*, jimž byla rovněž přiznána síla zákona.²² Sice ještě Oktavianus sám několikrát svolal komicie, aby došlo k hlasování o zákonech, již jeho následovníci komicie přestávají svolávat a za Tiberia pak komiciární shromáždění zcela mizí. Naopak čím dál jasněji vystupují do popředí, vedle ediktů magistrátských, konstituce císařské.²³ Císařské konstituce v zásadě vyplynuly z pravomoci magistrátské, která byla dána do rukou principovi – nejvýrazněji se to konec konců odráží na císařských ediktech. Císařské konstituce pak postupně vytlačují ostatní prameny práva, přičemž i zákonodárná role senátu postupně upadá a mizí za Severovců.

Konstituce císařů jsou v zásadě tvořeny čtyřmi typy dokumentů:

edicta – vychází z *ius edicendi* magistrátů a obsahovala ustanovení všeobecná

mandata – šlo o instrukce určené jednotlivým úředníkům či správcům v provinciích, směřující k vykonávání jejich úřadu

decreta – rozsudky, jež vyřizoval císař buď na základě apelace, nebo při jednání jednoinstančním

rescripta – dobrozdání císaře, odpovědi na dotazy od úředníků, či přímo od procesních stran

Podobně jako v případě magistrátů, považovalo se, že edikty jsou platné pouze po dobu daného panovníka. Každý nástupce však většinou obnovoval platnost předchozích ediktů, často i jen mlčky. Valná část císařských ediktů získala tím platnost trvalou. Dokonce nemělo na platnost ediktů vliv ani to, pokud bylo po smrti císaře nad ním vysloveno *damnatio memorie* nebo *rescissio actorum*. Podobně i mandata, ačkoliv byla určena pro konkrétního úředníka a tedy i územně omezena, nicméně některá pravidla pro dané úřednické kategorie vedla k jejich opakování a tím i k tomu, že získala *de facto* trvalou platnost. Obdobně tomu bylo i u dekretů a reskript, jakkoliv svým charakterem byly snad nejvíc určeny pouze pro dané strany či soudce.

²² GAI I 1,4

²³ GAI I 1,5

Naopak, tyto konstituce velmi často nebývaly omezeny pouze na příjemce, nýbrž získávaly obecnou závaznost.

Postupem času se čím dál víc prosazovala jak obecná závaznost tak i trvalá platnost císařských konstitucí, takže v době Hadriánově toto právníci všeobecně uznávali.²⁴ S nástupem Diokleciána a dominátu dochází ke změně pramenů a mizí postupně jak mandata, tak později i dekreta a reskripta, což souvisí se změnou soudního procesu.²⁵

Vedle problematiky pramenů práva je zde ovšem třeba zmínit i jinou skutečnost a to vývoj společnosti jako takové, tedy i dějiny obecné, či politické. Právo je do určité míry odrazem doby a proto je třeba zmínit i vývoj římského impéria v době z níž pocházejí konstituce zahrnuté v obou kodexech. Má-li být doba před nástupem Diokleciána charakterizována co nejstručněji, pak ji mohou vyjádřit nejlépe dvě slova. Úpadek a krize. Prakticky celou první polovinu 3. stol. n.l. se římský stát potáčí ve vleklých konfliktech nejen na svých hranicích, ale především vnitrostátních. K inflaci nedochází jen v oblasti ekonomické, ale o inflaci můžeme hovořit i u samotné hodnosti císaře. Onu inflaci nám nejlépe ukazuje případ, senátora, který císařský titul získal prostě tím, že v dražbě nabídl nejvyšší cenu²⁶ V období od r. 218 stol. n.l. do r. 268 n.l. zde máme cirká padesát uzurpátorů moci, kteří si osobují nárok na titul císař. Pohnutý charakter doby naznačuje i fakt, že i z těch „oficiálních“ císařů, kterých bylo celkem dvacet sedm, bylo sedmnáct zavražděno a dva donuceni k sebevraždě.²⁷ Za tímto tragickým osudem do značné míry stojí chamtivost, byli to vojáci, kteří zpravidla nové císaře provolávali a také je likvidovali. Nově jmenovaný císař přeci vždy musí odměnit ty, jež mu k úřadu dopomohli. Hovoříme o tzv. vojenské anarchii.

Charakter římské říše se od dob Augustových značně změnil, Řím pozvolna přestával být centrem a moc senátu, kdysi vyjádřená oním slavným SPQR upadala. Caracallův edikt, který přiznal římské občanství všem obyvatelům říše způsobil, že onen původní vztah k Římu jako centru ochladl. Nový panovníci pocházejí z provincií, přičemž nejvýznamněji se projevuje oblast pro Řím nejexponovanější – Podunají. Slabost jednotlivých panovníků, ať již vycházela z jejich osobních vlastností, nebo z ostatních okolností, jako

²⁴ Vycházeli přitom z teze, že na základě lex imperii lid svou moc přenesl na císaře. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 49an.

²⁵ HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 51-52.

²⁶ Byl to Didius Julianus, nicméně jeho vláda netrvala nijak dlouho. Po devíti týdnech byl z rozkazu Septima Severa, kterého provolali císařem jeho vojáci v Podunají, senátem popraven. GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999, s. 304.

²⁷ GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999, s. 308.

jejich závislost na prefektovy urbi²⁸, jen posilovala roli armády. Ne nadarmo Septimus Severus svým synům radil: „*Vycházejte spolu dobře, buďte štědrí k vojákům a o nic jiného se nestarejte.*“²⁹ Role senátu, jako instituce jmenující císaře pozvolna upadala a v podstatě se smrškla na pouhé formální posvěcení té osoby, kterou vybrali a prosadili vojáci. I v otázce nástupnictví v podstatě vítězil tou dobou princip, který prosazovali vojáci, tedy dědičnost, místo adoptování nástupců, což preferoval senát.³⁰

Je nasnadě, že doba takového chaosu a de facto bezvládní neposkytovala příliš právní jistoty a rovněž časté střídání panovníků a dokonce ztráta vlivu a určitých územích³¹ mohlo mít vliv na skutečnost, že o císařských konstitucích existovalo nízké povědomí.

Napomáhalo tomu i způsob zveřejňování konstitucí. Neexistovaly totiž žádné veřejné sbírky, kde by byly tyto konstituce zveřejňovány. Tento nedostatek se nejvíce projevoval u dekretů a reskript. Některé z nich platily jen pro konkrétní spor, jiné byly závazné obecně. Obecně závazná reskripta byla zasílána dotazujícím se úřadům formou dopisu a bylo pak na těchto úřadech, aby odpověď zveřejnily. Výjimkou byla pouze rescripta per subscriptionem, která byla vyvěšována veřejně.³² To však vždy v době vlády panovníka a jen na určitou dobu. Jinak však konstituce byly uloženy v archivu, takže povědomí o těchto pramenech práva bylo velmi malé. Soud jen velmi těžko mohl ověřovat platnost starých reskript, na něž se případné strany sporu odvolávaly.³³

²⁸ Tento úředník působil původně jako zástupce krále, za republiky jako zástupce konzulů, později tuto roli převzal městský praetor, od Tiberia se však stal jedním z císařských úředníků, který měl velitelskou pravomoc na policejními jednotkami v Římě a rovněž měl na starosti civilní a trestní soudní moc v oblasti Říma a okruhu sto padesáti kilometrů. BARTOŠEK, M. Encyklopedie římského práva. 1. vydání. Praha: Panorama, 1981, s. 259.

²⁹ GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999, s.305.

³⁰ Tento způsob, že císař zvolil svého nástupce po poradě se senátem mimo okruh své rodiny se osvědčil především v 2. stol. n.l. GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999, s. 309.

³¹ Za největší území, kde Řím ztratil vliv platilo především Galské císařství (259-273) a také Palmýrské království (267-272). Jestliže první útvar se nakonec spojil s Římem mírovou cestou, v případě Palmýrského království bylo třeba přikročit k vojenským operacím. BURIAN, J. Římské impérium. Vrchol a proměny antické civilizace. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Svoboda-Libertas, 1994, s. 127-129.

³² Praxi veřejného vyvěšení těchto reskriptů zavedl buď Traján nebo Hadrián, adresát pak měl možnost pořídit si ověřený opis. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 48-49.

³³ Tato reskripta, pokud strany neměly jejich ověřený opis, byla uložena výhradně v císařském archivu. KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 318.

V podstatě jediným zdrojem obecného císařských konstitucí byly práce právníků, které nejen že obsahovaly tyto konstituce, ale doplňovaly je i výkladem. Není náhodou, že šlo o právníky, kteří zastávali vysoké státní úřady. Ti totiž také díky svému postu měly přístup do císařského archivu. Osud tří nejčastěji citovaných autorů digest – Papiniána, Ulpiána a Paula – je však do značné míry příznačný sledované době. Papinián byl popraven císařem Caracallou r. 212 n. l., Ulpián byl zavražděn pretoriány r. 228 n.l. a o Paulovo smrti buď nevíme nic, nebo zemřel „*pessima morte*“ (nejhorší smrtí), kde však může jít o omyl a spojení jeho osoby s Ulpiánem.³⁴ Všichni tři působili³⁵ v úřadě *praefecta pretoriae*.³⁶ Tento vysoký úřad jak vidno byl neméně nebezpečný, než post císaře.

Jakkoliv se politická situace nástupem Diokleciána uklidnila, po stránce právních pramenů se ještě zhoršila. Jeho rozsáhlé reformy zcela změnily organizaci říše a zasáhly do mnoha oblastí. Je na snadě, že tyto reformy provázela značná legislativní činnost.³⁷ Není proto divu, že chaos a nízká informovanost o platném právu se ještě více prohlubovala, už i proto, že zde nebylo osob typu Ulpiána a jeho předchůdců. Po jejich smrti se ještě sice vyskytuje několik známých právníků, z nichž nejznámější je Modestinus, nicméně kolem poloviny 3. stol. dochází ke značnému úpadku právní vědy autoři této doby jsou vesměs anonymní a čerpají z jurisprudence klasické. Neklidná doba příliš nepřála vědeckému bádání.

Tato situace vyústila ve všeobecnou potřebu celkového souhrnu císařských konstitucí a to nejen vlády Diokleciánovi, ale především jeho předchůdců, neboť jak jsme si řekli, tyto konstituce platily nadále. A výsledkem této potřeby se stal Gregoriánský kodex. Kodex Hermogeniánský pak v sobě obsahuje v zásadě jen reskripty Diokleciánovy z let 293-294 n.l. a

³⁴ KINCL, J., URFUS, V., Římské právo. Praha: Panorama, 1990, s. 53.

³⁵ Papinián za Septima Severa, oba zbývající pak za Alexandra Severa. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 65-66.

³⁶ Praefectus praetorie byl původně za Augusta velitel císařské tělesné stráže – pretoriánské gardy. Později se stal vrchním velitelem všech jednotek v Itálii /s výjimkou oblasti, jíž spravoval praefectus urbanus/. Původně byly dva, později jejich počet byl různý – od jednoho až po čtyři. Byly principovými rádci a pomocníky, od Commoda pak měli pravomoc soudit v zastoupení císaře civilní i trestní spory v Itálii /opět vyjma území 150km od Říma/ a v provinciích. Šlo v podstatě o nejvyšší soudce a proti jejich rozhodnutí nebylo odvolání. Jedinou možností byla milost císaře. Směli vydávat i normativní příkazy. Za Diokleciána byl stanoven přesný počet praefectů praetorie a Konstantin Velký jej připravil o jeho vojenské pravomoci. BARTOŠEK, M. Encyklopedie římského práva. 1. vydání. Praha: Panorama, 1981, s. 260.

³⁷ Z doby Diokleciánovi máme dochováno cca 1300 císařských konstitucí, což je prakticky polovina ze všech konstitucí. TURPIN, W. The Law Codes and Late Roman Law. s. 340.

Gregoriánský kodex tak pouze doplnil, „novelizoval.“ Reagoval na určitý nárůst legislativy, k níž bezesporu se státoprávními změnami došlo.³⁸

Podle všeho, dílo těchto právníků nebylo oficiální sbírkou v době svého vzniku, vzešlo z jejich soukromé iniciativy, která reagovala na poptávku „zdola.“ Nemělo tedy povahu pramene práva. Skutečnost, že do jednoho textu byla shrnuta většina císařských konstitucí však byla natolik významná, že tato de facto „právní kniha“ se setkala se značným ohlasem a získala velké obliby.

Oba kodexy navíc předznamenal další vývoj a staly se svou formou vzorem při kodifikačních snahách císaře Theodosia II., které vyvrcholily r. 438 vydáním Theodosiánského kodexu.³⁹ Tento zákoník nejen že se inspiroval formou Gregoriánským a Hermogeniánským kodexem, ale na oba kodexy v podstatě navázal, neboť obsahuje konstituce císařů počínaje Konstantinem Velikým. Ostatně sám, na oba dva kodexy odkazuje.⁴⁰ Podobně na ně odkazuje při své kodifikační činnosti i císař Justinián.⁴¹ Můžeme tak s klidným svědomím říci, že alespoň dodatečně se tyto dvě soukromé sbírky staly oficiálním pramenem práva.

Literature:

- PRAŽÁK, J., NOVOTNÝ, F., SEDLÁČEK, J. Latinsko – český slovník, Praha: 1933, 1348 s.
- KINCL, J.: Gaius, Učebnice práva ve čtyřech knihách, Brno: Doplněk 1981, 274 s, ISBN 80-7239-057-0.
- HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém římského soukromého práva, Praha: 1910, 1243 s.

³⁸ Na druhou stranu nemůžeme říci, že ze skutečnosti, že nejvíce dochovaných konstitucí je z doby Diokleciánovi svědčí o mnohem rozsáhlejší legislativní činnosti. Nezapomeňme, že k přítomné době máme vždy více podkladů, než k době, jež již uplynula. TURPIN, W. The Law Codes and Late Roman Law. s. 341.

³⁹ Codex Theodosianus (CTh.), měl být souhrnem práva východořímského císaře Theodosia II. Práce bly zahájeny r. 429 n.l. a kodex byl publikován r. 438 s účinností od 1. ledna 439. Závazný však byl nejen na východě, ale i v západní části říše na základě žádosti císaře Valentiniana III. a jeho platnost formálně potvrdil i senát Říma. Zatímco na východě byl nahrazen kodifikací Justinianskou, na západě platil v podobě obyčejového práva v Itálii de facto až do 11. stol. Čerpaly z něj i kodifikační snahy Vizigótů. SKŘEJPEK, M. Prameny římského práva. 2. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2004, s. 159.

⁴⁰ CTh. 1,1,5: „*Ad similitudinem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclitus et post eum divi principes nosque tulimus, edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas...*“

⁴¹ TURPIN, W. The Law Codes and Late Roman Law. s. 340.

- TUREČEK, J., a kol.: Světové dějiny státu a práva ve starověku, Praha: Orbis, 1963, 637 s.
- Red. DJAKOV, V., N. a KOVALJOV, S., I. a kol.: Dějiny starověku, Praha: 1963, 774 s.
- LIVIUS: Dějiny, Praha: Svoboda, 1976, přeložil Pavel Kucharský, 660 s.
- SKŘEJPEK, M.: Římské právo v datech, Praha: C.H.Beck, 1997, 116 s., ISBN 80-7179-123-7.
- SKŘEJPEK, M.: Texty ke studiu římského práva, Praha: ORAC, 2001, 279 s., ISBN 80-86199-32-0.
- BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Praha: Academia, 1994, 471 s., ISBN 80-200-0243-X.
- BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva ve třech fázích jeho vývoje, Praha: Academia, 1995, 280 s., ISBN 80-200-05445-5.
- BARTOŠEK, M.: Škola právníckého myšlení, Praha: Karolinum, 1993, 380 s., ISBN 80-7066-579-3.
- KINCL, J., URFUS, V., SKŘEJPEK, M.: Římské právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 1995, 386 s., ISBN 80-7179-031-1.
- SKŘEJPEK, M.: Ius et religio, Právo a náboženství ve starověkém Římě, Praha: Vydavatelství 999, 1999, 371 s., ISBN 80-901064-8-X.
- GRANT, M: Dějiny antického Říma, Praha: BB art 1999, 472 s., ISBN 80-7257-009-9.
- BOHÁČEK, M.: Nástin přednášek o soukromém právu římském, Právo obligační, právo dědické, díl II., Praha: nákladem vlastním, 1946, 193 s.
- TACITUS: Letopisy, Praha: Svoboda 1975, přeložili Antonín Minařík a Antonín Hartmann, 554 s.
- TACITUS: Z dějin císařského Říma, Rozprava o řečnících, Praha: Svoboda, 1976, přeložili Antonín Minařík, Antonín Hartman a Václav Bahník, 473 s.
- ROBERT, J-N.: Řím 753 př.n.l. až 476 n. l., Praha: Lidové noviny, 2001, 270 s., ISBN 80-7106-398-3.

- KINCL, J.: Deset slavných procesů Marka Tullia, Praha: C.H.Beck, 1997, 267 s., ISBN 80-7179-178-4.
- PEČÍRKA, J., a kol.: Dějiny pravěku a starověku 2 díl, kapitoly 10-21, Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1979, 1091 s.
- HATTENHAUER, H.: Evropské dějiny práva, Praha: C.H.Beck, 1998, 708 s., ISBN 80-7179-056-7.
- DOBIÁŠ a kol.: Dějiny lidstva od pravěku k dnešku. Římské impérium, jeho vznik a rozklad, Praha: Melantrich, 1936, 695 s.
- KOLEKTIV AUTORŮ: Encyklopedie antiky, Praha: Academia, 1973, 741 s.
- REBRO, K.: Římské právo súkromé, Bratislava: Obzor, 1980, 278 s.
- CVETLER, J., Kincl, J.: Právo římské, Praha: 1970, 161 s.
- URFUS, V.: Obecné dějiny státu a práva, Římské právo soukromé, Brno: 1979, 95 s.
- SCHARR, E.: De romanorum iure Latine et Germanice (Römisches Privatrecht Lateinisch und Deutsch), Zürich: Artemis Verlag, 1960, 1400 s.
- KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912,
- HÄNEL, G. Codicis Gregoriani ed codicis Hermogeniani fragmenta. Bonn: Adolf Markus, 1835.
- HÄNEL, G.: Edice Lex Romana Visigothorum. Berlin: Wilhelm Besser, 1847.
- SKŘEJPEK, M. Prameny římského práva. 2. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2004,
- SMITH, W. (ed) Dictionary of Greek and Roman Antiquities. 2. vydání, Boston: Little , Brown & Company, 1870
- GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999,
- BURIAN, J. Římské impérium. Vrchol a proměny antické civilizace. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Svoboda-Libertas, 1994
- www.thelatinlibrary.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

- www.archive.org
- www.fordham.edu
- <http://penelope.uchicago.edu>

Contact – email

miroslav.frydek@upol.cz - 10908@mail.muni.cz

THE EVOLUTION OF THE REGULATIONS RELATING TO THE JURIDICAL INSTITUTION OF THE ADOPTION IN ROMANIA

ALIN-GHEORGHE GAVRILESCU

Faculty of Juridical Sciences “Constantin Brancusi” University of Targu-
Jiu, Romania

Abstract in original language

This paper presents aspects on the evolution of the regulations relating to the juridical institution of the adoption in Romania. In the Romanian law adoption is a traditional institution, being regulated even by the old legislative bodies (Ivan Gheorghe Caragea's Ruling, Scarlat Calimachi's Code). More complete regulations of the institution are found in Romanian Civil Code of 1865, Family Code, Law no. 11/1990, Government Emergency Ordinance no. 25/1997, Law no. 273/2004 with subsequent modifications.

Key words in original language

Adoption, law; Family Code.

In Romanian law, adoption has been regulated since old laws. Therefore, the Calimach Code called it “affiliation” and the Caragea Code provided that “adopting children is a gift for the consolation of those that cannot have children”.

The Civil Code from 1864, amended in 1906, regulated adoption as a solemn contract concluded between the adopter and the adopted. The adopter had to be at least 18 years older than the adopted and enjoy a good reputation. In the initial regulation, only the persons that had no children or legitimate offspring were allowed to adopt. If the adopter was married, the spouse's consent was necessary in order to adopt. The adopted could be major or minor. He could not be adopted by more persons, except for the case in which the adopters were spouses. The adoption consent was expressed in authentic form, and adoption had to be agreed on by the court of law sentencing on the adoption request through a resolution that was not motivated or appealed against in any way. Adoption was, basically, irrevocable. The adopted had still the possibility to ask for the annulment (revocation) of the adoption within a year from the coming of age, without being necessary to motivate the revocation request addressed to the juridical court.

Affiliation created civil kinship relations between the adopter and the adopted, as well as patrimonial relations between them similar to those resulting from the legitimate family, but it did not break the kinship relations between the adopted and its origin family; parental power was not passed over to the adopter and continue to belong to the natural parents of

the adopted. Later on, the Law no. 276/1944 established that, through the adoption effect, parental power passed to the adopter. The adopted came at the succession of its natural relatives and to that of the adopter, but not at the succession of the adopter's relatives. In return, the adopter had no right to the adopted succession.

By amending the Civil Code through the Decree no Prin. 131/1949 the right to adopt was also given to persons that had children or legitimate offspring, establishing, at the same time, that only minor children could be adopted and that adoption was to be made only for the best interest of the adopted. Also, it provided that through the adoption, the adopted and its offspring acquired the legal status of child and legitimate offspring of the adopter and at the same time, all the rights and duties between the adopted and its offspring ceased, on one hand, and the natural parents of the adopted and its relatives, on the other hand.

The Civil Code did not expressly regulate international adoption but it admitted that the adopter could be foreigner and because foreigners enjoyed all the civil rights in Romania and adoption was consider a civil law act¹.

Distinct from the regulation from the Civil Code, the Decree no. 182/1951 regulated the institution of adoption that had all the effects of a natural filiation (art. 1 par. 1). In the regulation of the Decree no. 182/1951 only two spouses were allowed to adopt together and at the same time; they could adopt only the child that had not turned 5 years old (exceptionally admitting the adoption of children older than 5 years old if they had been adopted or taken care of the ones that wanted to adopt them) and only if both parents were unknown, deceased, missing or if they had left them for more than a year; the adopted and its offspring exit the natural family and completely entered the adopters' family becoming relatives to adopters and their relatives².

Once with the enforcement of the Family Code from 1954 the provisions of the Civil Code that organized adoption were annulled, regulating it under the name of affiliation in the 3rd Chapter and the 2nd Title called "Kinship" from the Family Code. Including adoption in the Family Code was justified, except for its appurtenance to family law, and the need for a correlation between the regulations regarding the adoption and those regulating other institutions from this branch, respectively: filiation, support obligation etc. which are included in the same code³

¹ Marieta Avram, *Filiation. National and International Adoption*, All Beck Press, Bucharest, 2001, p. 94.

² For details see Traian Ionașcu, *From adoption to the affiliation established through the Decree no. 182 from 19th of October 1951* in „*Justiția Nouă*” nr. 7-8/1951, p. 745-752.

³ Alexandru Bacaci, Viorica-Claudia Dumitrache, Codruța Hageanu, *Family Law*, 4th edition, All Beck Press, Bucharest, 2005, p. 219.

Family Code regulated material law aspects of affiliation except for its nullity, a matter in which the general rules regarding the nullity of civil legal acts applied regarding the nullity of individual administrative legal acts regarding the affiliation consent decision⁴.

In the system of the Family Code, adoption appears as a child protection means art. 66 of the Family Code stating the principle that affiliation could only be made for the best interest of the adopted. Adoption was conceived as a means by which the child may receive the family it needs⁵ establishing the rule that only minor children could be adopted. Nonetheless, it exceptionally regulated the possibility to adopt a major person if it had been raised by the adopter during its minor years.

In the regulation of the Family Code, the lawmaker kept some of the interdictions from the Civil Code, like the maintenance of the impediment resulting from a previous adoption, waived some of them, like the negative condition that the adopter should not have any children or legitimate offspring or provided new ones like preventing adoption between brothers.

In order to conclude adoption, it provided the consent of the adopted, if it turned 10, along with the consent of its parents.

Adoption preserved its solemn character in the regulation of the Civil Code meaning that “ad validitatem” the consent had to be expressed in an authentic form⁶.

Adoption consent was given to the custody authority as administrative authority with attributions regarding minor children’s protection.

The Family Code regulated two types of adoption:

1. adoption with limited effects (art. 67-78) that had the following characteristics:

- the kinship relations between the adopted and its offspring, on one hand, and natural parents and its relatives, on the other hand, were maintained;
- kinship relations similar to those between natural parents and children were established between the adopted and its offspring, on one hand and the adopter, on the other hand.

2. adoption with full effects that had the following characteristics:

⁴ Ioan Albu, Ionel Reghini, Paul Andrei Szabó, *Affiliation*, Dacia Press, Cluj Napoca, 1977, p. 18.

⁵ Emese Florian, *Children’s Rights Protection*, C. H. Beck Press, Bucharest, 2006, p. 207.

⁶ Marieta Avram, *op. cit.*, p. 96.

- the kinship relations between the adopted and its offspring, on one hand, and its natural parents and their relatives, on the other hand, ceased, maintaining the impediment to marriage resulting from the blood kinship;
- kinship relations were established between the adopted and its offspring, on one hand and the adopter and its relatives, on the other hand.

As far as adoptions and affiliations existing at the enforcement date of the Family Code, art. 9 par. 1 of the Decree no. 32/1954 for enforcing the Family Code, established that they shall be applied the provisions of the Family Code, except for the validity conditions regulated by the old laws agreed upon. Decree no. 32/1954 also cancelled the Decree no. 131/1949 for adoption amendment and Decree no. 182/1951 that regulated affiliation with full effects of natural filiation (art. 49). Consequently, from the effective day of the Family Code, former adoptions became affiliations with limited effects regulated by the Family Code and former affiliations continued to have full effects regulated by the Family Code. The provisions of the Family Code regulated the transformation, at request, of the adoptions existing on the effective day of the Family Code, into affiliations with full effects of natural filiation (art. 78 Family Code as amended through the Law no. 4 from 04. 04. 1956 and the Decree no. 283 from 21st of June 1958).

International adoption was allowed, but according to the provisions of Decree no. 137/1956 it required the permit of the country's President in case of adopting a Romanian citizen by a foreigner or of a foreigner by a Romanian citizen.

Considering the practical need to especially protect the child that was to be adopted, beginning from 1990 this institution has received special normative acts.

First of all, through the Law no. 11/1990 regarding adoption consent, the ability to consent to the adoption was transferred from the custody authority to the court of law. Also, the subsidiary character of international adoption was established, in the sense that foreigners or Romanian citizens residing abroad were allowed to adopt only children recorded at the Romanian Adoptions Committee, incorporated through this law, and that cannot be entrusted or adopted in the country in the 6-month period from their registration (art. 3 par. 1). Law no. 11/1990 also established that if the adopter or the adopted were foreigners, each of them had to comply with, regarding the conditions for the conclusion of the adoption, to its national law, if the foreign law did not breach the public order of Romanian private international law and the fact that allowed to achieve material benefits for the adoption were incriminated. The Decree no. 137/1956 stipulating that international adoption was conditioned by the President's consent was abrogated.

Law no. 11/1990 was successively amended through the Law no. 48/1991 that replaced the term of affiliation from the Family Code and other

normative deeds, with the adoption one, as well as through the Law no. 65/1995 that amended and completed some provisions regarding international adoption, the most important amendment being the forbiddance of international adoption of children by the family, in order to mark the fact that international adoption was a means of protecting the child that was deprived of its familial environment⁷.

The provisions of the Family Code regarding the adoption as well as the other provisions existing in special laws in this matter were abrogated through the Government Emergency Ordinance no. 25 / 1997 regarding the legal status of adoption, approved with amendments through the Law no. 87/1998, that established a new legal and unitary in compliance with the international standards that Romania is a part of⁸. In the system of the Emergency Ordinance regarding the legal status of adoption no. 25/1997 adoption, international adoption included, was a means of protecting the child that established the filiation between the adopter and the child as well as the kinship between the child and the adopter's relatives (art. 1). This normative deed regulated only one type of adoption, adoption with full effects respectively, that had the following characteristics:

Filiation was established between the child and the adopter. Once with the establishment of the filiation through adoption, the filiation between the child and its natural parents ceased (art. 1 par. 4);

Kinship was established between the child and the adopter's relatives. Although the law did not expressly stipulate the doctrine, it underlined that kinship was also established between the adopted child's offspring and the adopter's relatives⁹;

The kinship between the adopted child and its natural relatives, as well as the kinship between the adopted child's offspring and its natural relatives ceased, preserving the impediment of marriage between the adopted and its natural relatives (art. 21 par. 3), as well as adopter's offspring and its natural relatives¹⁰.

The emergency ordinance regarding the legal status of adoption no. 25/1997 tried to align the internal legislation to international legislations in the matter, but in practice, it proved not to include enough guarantees for the adoption, especially the international one, to be able to occur, considering the superior interest of the child. The normative configuration of

⁷ Marieta Avram, *op. cit.*, p. 97.

⁸ Emese Florian, *op. cit.*, p. 207; Marieta Avram, *op. cit.*, p. 98.

⁹ Ion P. Filipescu, *Adoption and Protecting the Child in Difficulty*, All Beck Press, Bucharest, 1998, p. 2.

¹⁰ *Idem* p.3

international adoption has generated certain discontents, especially from the European Union¹¹

The Government Emergency Ordinance no. 121/2001 suspended, for 12 months from its enforcement, all the procedures with the object of Romanian children adoption by a foreign citizenship person or by a Romanian citizenship person or family residing abroad.

The Government Emergency Ordinance no. 121/2001 was approved, with amendments, through the Law no. 347/2002, that provided that the demands for adoption pending at law courts on the enforcement date of the Government Emergency Ordinance no. 121/2001 shall be settled according to the relevant regulations at their submission date. At the same time, it was provided that, in exceptional circumstances, required by the superior interest of the child, at the proposal of the National Authority for Child Protection and Adoption, certified by the General Secretariat of the Government, the Government may approve to submit some international adoption consent applications to the relevant courts of law.

The term for temporarily suspending all the procedures regarding international adoptions was successively prorogued through the Government Emergency Ordinances no. 123/2001 and no. 151/2002, Government Ordinance no. 16/2003 and Government Emergency Ordinance no. 7/2003, by 1st of June 2003. Law no. 233/2003 adopted Government Emergency Ordinance no. 7/2003, but with the amendment according to which the term in discussion was prorogued “until the enforcement date of the new regulations regarding the legal status of adoptions”.

The Government Emergency Ordinance no. 1/2004 cancelled art. 11-15 from Government Emergency Ordinance no. 121/2001, approved, as amended and completed through the Law no. 347/2002, as further amended. The Government Emergency Ordinance no. 1/2004 stipulates: “Applications for the consent on the adoption of Romanian children, submitted by a person or a family with foreign citizenship or by a person or a family with Romanian citizenship, residing abroad, for whom the Government approved the submission of the files to the relevant courts of law until the enforcement of this ordinance, shall be settled according to the relevant regulations on their submission date”.

At present, adoption is regulated by the Law no. 273/2004 regarding the legal status of adoption, as amended and completed through the Government Emergency Ordinance no. 102/2008, approved through the law. 49 from 20th of March 2009. Adoption is today the legal operation that allows to create the filiation connection between the adopter and the adopted as well

¹¹ Dan Lupaşcu, *Legal theoretical and practical aspects regarding adoption with special reference to the Law no. 273/2004*, Law Magazine no. 12/2004, p. 9.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

as a kinship relation between the adopted and adopter's relatives (art. 1 of the law).

Contact – email
alin77gav@yahoo.com

KNOWLEDGE – CULTURE AND DEMOCRACY PROGRESS

ADRIAN GORUN

Faculty of Letters and Social Sciences University “Constantin Brancusi” of
Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language

Between the knowledge process, culture and the progress of democracy are established a series of correlations that can be revealed only by understanding precisely those concepts. Regarding the term of clarification explanations generated by several factors is required. First, it is not a rigorous one, covering an imprecise territory, indefinite by references and miscellaneous connotations. Then, the judgment that knowledge is an essential and existential attribute of human being can not be ruled out, and it is at the same time, ascertaining but also critical and selective. It should also be put on the same plane an intrinsic and elementary knowledge which has a subjective and spontaneous sense, which is found in the human genetic code, with an objective, critical, reflective and deliberate knowledge which is an epistemic knowledge (scientific). Its bipolarity and processing should be examined by reporting its finite subject to the infinitely subject matter and the gnosiology problems and solutions aimed to a specific state of knowledge (subjective and scientific) bearing usually a mark of genres and forms of knowledge that, each time, enjoyed the prestige of epistemological, having even a paradigmatic role. The approach that I propose not only surprising the correlations between conceptual parts (knowledge epistemic-culture-democracy), but especially in developing content sequences relating to formal democracy and substantive democracy, the role of democracy and political culture in progress, we reveal the unsatisfactory nature of the concept gnosiology only in terms of internal consistency and simplicity, of consistency with its own theoretical and methodological assumptions. The nature which is studied nowadays is not a pre-human one. It is already processed and cultural valued. The systems of meaning can be deciphered only by considering the context, turning the research results in the field of cultural anthropology, psycho-sociology, and history culture and focusing on the social psyche in the reconstruction of the horizon of human reality. The human condition is the human axiological foundations of universe, universe that is not confined either to the ontic or at gnosiological ones. And this is because the values are immanent and transcendent both as valued objects and subjects which would value. Thus, value is a relationship assessment of goods or creation, by virtue of correspondence between their characteristics and human aspirations. Therefore, on can say that a political system is shaped by the cultural factors and the political system, in turn, can cause changes into the culture, influencing other behavioral patterns of the society. Culture creates tradition, form autonomous systems of knowledge, shaping the structure of some institutions. In other words, culture creates a

different quantum of social experience. Democracy is the political form that has proved long time, a great capacity for learning and a huge transformation potential that occurred as the idea of government by the majority. In our opinion, the concept of democracy points to a multitude of problems in terms of a failure (if not a crisis) in the epistemic domain. Conditions of democracy originated in the political system (as any political regime) is the essential way in which the policy models in real hypostasis and goal hypostasis, concrete in the governance exercised by many and the ideal of government by as much as possible. The gears of globalization and knowledge society, reconstruction of the experiments experienced democracy, acceptance of democratic governance as the axiom, acceptance of extending the scope of political participation and the idea of universality of voting, pluralism and compromise, the positive contamination into the international plan are not sufficient arguments to show justification and legitimacy of democratic regimes compared with the non-democratic ones. Furthermore, normative judgments can not substitute for objective judgments. The response to these challenges may be made only by bringing into question the concepts of formal democracy and substantive democracy.

Key words in original language

Democracy; democratic systems; epistemic knowledge; globalization.

**1. EPISTEMIC KNOWLEDGE – CULTURE – DEMOCRACY –
CONCEPTUAL REFERENCES**

All the great culture ages have proposed theses, principles and gnoseological problems to the meditation and reflection¹. Even in the cultures and mentalities qualified as proto-historical, archaic, mythological, myths, images and symbols are structures communicating about the meaning of those cultures exponents is attributed to knowledge, essential and existential coordinate of man.

There is no rough concept for what we generally name knowledge. This, especially to the extent where the term usually used is vague, and covers an imprecise “territory”, not determined by references and heterogeneous connotations. But this is way clarifications are necessary. Especially because the judgement according to which knowledge is the essential and existential feature of man cannot be denied. This judgement becomes indicative: a certain moment of knowledge is involved in any human activity and commitment. At the same time, it becomes critical and selective: we cannot put at the same level an elementary, intrinsic knowledge (human ontis attribute), found in the human genetic code, in the existential project of the human being (as a component of life), with an objective, critical, reflexive knowledge. The elementary knowledge

¹In order to clear about the process of the theory of knowledge, see P.P. Negulescu, New writings, I, The problem of knowledge, Academy Publisher RSR, Bucharest, 1969.

represents the universality and identity of the human being – as bio-psychic being, socio-cultural and action being, and it is “knowledge or thought in subjective meaning, consisting of a state of mind or consciousness or a disposition towards behaviour or reactions²”. By comparison (although the gradualness of the plans is obvious), the objective knowledge, critically controlled, represents knowledge or thought in objective meaning, consisting of problems, theories and arguments as such³.

Elementary knowledge is spontaneous, subdued at the same time to some freedom and constraints horizons appeared both from the genetic code and the life situations (individual and group); objective knowledge is intentional, obtained through special and specialized activities, explicitly following some justness, authenticity and probation ideals. Objective knowledge is the epistemic (scientific) knowledge.

At cultural and historical scale, we can identify knowledge systems more or less integrated, proper to some human communities, systems where there are structured different types of knowledge (differentiated, synthesized, and hierarchised):

a) perceptive knowledge, of common sense; b) technical and pragmatic knowledge; c) scientific knowledge; d) philosophical knowledge; e) mythical knowledge; f) religious knowledge; g) artistic knowledge.

At the same time, all the forms of conscience and ideologies (coercive or non-coercive) are associated with moments and coefficients of specific knowledge. Then, within the framework of knowledge types, the following forms of knowledge may be identified:

a) empirical – theoretical; b) positive – speculative; c) intuitive - reflexive; e) representative – symbolic; f) individual - collective s.a.

therefore, we discuss of types of knowledge:

- elementary, spontaneous, common, subjective;
- objectified, elaborated, reflexive, critical, scientific, knowledge systems, genera and forms of knowledge; the types and forms of knowledge , characterized by their variable modalities of expression, communication, and diffusion.

2K.R. Popper Epistemology without a known subject, in Epistemology. Contemporary orientations, Political Publisher, Bucharest, 1974, p. 72.

3Ibidem.

In this approach⁴, taking into consideration the gradual character of knowledge in general, but also by the benefits resulting from the empiricism – rationalism dispute (mediated in the modern age by Kant's criticism), we are concerned by illustrating the relation: scientific knowledge – culture (especially political culture) – the progress of democracy. We will focus on the difference between the scientific knowledge system and the system of opinions, on highlighting those field of reality liable of a certain knowledge (comparisons with fields where certitudes are subordinated to statistics), on the need of passing (within the process of knowledge) from the misleading appearance of things to the observation of their essence, on the existence or non-existence of adequate means of the subject at a certain point, in order to establish the validity of some knowledge results or at least certain degrees of its credibility.

Knowledge bipolarity and gradual character have to be analyzed by reporting its finite subject (a finitudine established by admitting the genetic, existential, potential – action limitations of the investigation means) to the infinite object (spatial and temporal infinite and various forms of manifestation). At the same time, we have to take into consideration one evidence: that gnoseologic problems and solutions also focus on a determined state of knowledge (subjective and scientific), having the fingerprint of genera and forms of knowledge which, in every age, have had an epistemological prestige, even with a paradigmatic role.

Knowing the knowledge has only one “royal” way: it is a moment of human knowledge below the historical possibility. In our steps, both in surprising the the correlations between conceptual references (epistemic knowledge – culture – democracy), but especially in developing the content sequences regarding formal democracy and substantial democracy, the role of knowledge and political culture in the progress of democracy (but also in underlining some intrinsic limitations of the “phantom-theory” of democracy) we issue the assumption that the appreciation of a gnoseologic conception only under the aspect of coherence and internal simplicity, of consistency with its own theoretical and methodological premises, is not enough

In the dispute between episteme and gray matter (Taminaux' paradox) we have to take into consideration the farther consequences of democracy theory development, the extra-gnoseologic contexts (ontological, psycho-anthropological) it engages.

⁴ Vezi Filosofie, Editura Didactică și Pedagogică, 1985, p. 220 și urm.

The contemporary picture of epistemological concerns and positions is extremely various. Participating in understanding the knowledge of society supposes a systematic analysis regarding:

- great internal transformations, regarding thought style or form produced in modern and current science, but especially the analysis of the new social-economic, cultural and political status of science within informational society;
- new methods and means allowing to carry theoretical researches (logical and mathematic, semantic, meta-theoretical) and empirical (psycho-genetic, psycho-sociological, historical, anthropological, cybernetic etc.), which used to be inaccessible;
- Philosophical and cultural traditions , contemporary scientific trends and schools (logical empiricism and analytical philosophy – R. Carnap, C.G. Hempel; critical rationalism– K.R. Popper; phenomenology – Ed. Husserl; neo-rationalism – G. Bachelard, F.Gonseth; genetic epistemology – J. Piaget; conceptual pragmatism – W.v.O. Quine; the new technology of science – Th.S. Kuhn, St. Toulmin; “scientific” realism – M Bunge, H. Putnam – the contextuality of truth – R. Rorty ş.a.);
- Methods, techniques, and instruments granting the epistemological researchers a higher degree of positivity, like: a direct analysis regarding epistemological problems that the top practice of scientific research supposes; formalising analysis and logical – mathematic reconstruction of scientific theories, as well as of intuitive epistemological concepts (theory, model, explanation, prediction, testing, truth etc.);
- Historical-critic and psycho-genetic methods (that underline the growth mechanisms of knowledge and the historical way in which they have evolved and succeeded their main hypotheses etc)⁵.

The nature studied by sciences nowadays, is not an anti-human nature; it is already processed and culturally valued. Significations systems may be decrypted only by taking into consideration the context, calling the results of the researchers in the field of cultural anthropology, psycho-sociology, the history of culture, placing the accent on knowing the social psychic in the process of “rebuilding” people’s reality horizon. In this context, Mircea Eliade uses the term of “semantic opacity” which means that any document, even contemporary ones, is “spiritually opaque” as long as it is not decrypted, by integrating it in a system of significations: “A prehistoric or contemporary tool only reveals its technological intentionality: everything

⁵Ibidem, p 226.

its producer or owners have thought, have imagined, have hoped related to it is unknown to us”⁶.

In a definition expressing the content essence, truth represents the value of knowledge. Man’s way of being, human nature, (Montaigne, Malraux), „mysterious being and for revelation” (Lucian Blaga) – is the grounds of the human axiological universe. Just like value judgements do not identify themselves with judgements about value, in the same way they do not resume themselves to ontic universe, not to the gnoseological one. This happens firstly because values are immanent and transcendent to valued objects and to valorising subjects. It is of great interest the idea expressed by a Shakespearian character in “Troilus and Cressida”: „ value dwells not in particular ...; It holds his estimate and dignity / As well wherein 'tis precious of itself /As in the prizer”. To put it in other words, values is when and where something (mainly anything) has less or more significance for someone (a human being capable of appreciation, compulsorily), involving a specific relation between the subject and the object.

A possible definition: Value is an appreciation relation of some goods or creations, in virtue of their correspondence between their features and man’s hopes.

Consequently, we may assume that value is not an intrinsic attribute of some objects (either material or ideal), not an intrinsic attribute of the subject, but a specific way of preferential and desiderative report of the subject towards the object based on social criteria⁷.

The system of values that offers structural identity to a community is defined as “a synthesis of cultural and civilisation components admitted as legitimate at communitarian level”⁸. Based on the symbolic interactions, culture is a system of “collective symbols”. Passing over the multitude of definitions given to culture, I believe that J.Plano’s is conclusive and edifying for our study: Culture is the assembly of behaviour patterns acquired and socially transmitted, specific to one society. As a defining element of a national group, it develops and preserves by studying, language, knowledge, folklore, faith, habits, traditions, institutions, both official and not official. In short, through the totality of social experience. In

6Mircea Eliade, *Istoria credințelor religioase*, vol. I, Editura Științifică și Enciclopedică, București, 1981, p 5.

7L. Grünberg, *Axiology and human nature*, Political Publisher, Bucharest, 1972, p 61-62; N. Rescher, *Introduction to Value Theory*, Prentice-Hall Inc; New Jersey, 1969, p 55.

P. Andrei, *The Philosophy of Value*, Foundations Publisher, Bucharest, 1945, p 23 și urm; I. Lavelle, *Traité des valeurs*, vol. I, P.U.F. Paris, 1951, p 92-93.

8Ștefan Buzărnescu, *The Sociology of Public Opinion*, Didactic and Paedagogic Publisher, R.A., Bucharest, p. 28.

a maximum essence, taking into consideration its political component also, we may say that a political system is modelled by cultural factors and political system, in its turn, can cause alterations at cultural level, influencing other behaviour patterns of the society. This requires another observation, namely that the existence of subcultures or counter-cultures, that may be depicted by alienating important groups from the dominant cultural group, can cause ostilities and tensions that, in their turn, may result into violence, repression and last revolution or civil war. This is a thesis that I shall take into consideration in analyzing democracy. The level (subsystem) of culture, social consciousness, ideology and spiritual life work together within the social system together with the level (subsystem) of the reports between human society – nature; the level (subsystem) of social structures and specific relations; the level (subsystem) of communitarian life.

Then, in the system of political culture, there are included:

- Ideas, conceptions, specific conscience forms – political, moral, philosophical, artistic, juridical, religious;
- Representations, mentalities, opinions, states of spirit, attitudes.

Briefly, representing the individual spiritual sphere, the condition of culture has a double meaning: it conditions and it is conditioned by the social environment.

We are interested on its impact upon the condition of the political system; values, aspirations cause representatives behaviours at individual, group, national, international level (especially through globalization). Culture creates tradition, forms autonomous knowledge systems, models the structure of institutions (creates another tonality of the social experience)⁹.

History is the control witness upon values and utilities of different political societies. This judgement may be issued both for democratic systems, and for non-democratic systems, especially regarding their legitimacy and legitimating.

Democracy is the political form that “has proven in time a great capacity of learning and a great potential of transformation”¹⁰; it has developed as an idea of government by the people, transforming the political life almost at the same time in Athens (and other cities– Greek states), as well as in the

⁹See Adrian Gorun, *Political Theory*, Presa universitară clujeană, Cluj Napoca, 2002, p. 43-47; Dumitru Lepădatu, *Political Processes and Phenomena*, Bucharest, Ed. Actami, 200, p. 59-66.

¹⁰Gianfranco Pasquino, *Political Science Course*, European Institute, 2002, p. 305.

castle state – Rome¹¹. Many authors have considered that Giovanni Sartori's exclamation: „Democracy! The name for a thing which does not exist”, included its work.

In my opinion¹², this exclamation is not compromising, but on the contrary, it draws the attention of many problems of the concept of democracy itself from the view of an epistemic lack (or even a crisis) in the field. The difference between the initial concept – current concept – actual reality is both historical and semantic – through the extension of the referential. The approaches of democratic systems are concerned both with the genesis, evolution and working of this type of system, as well as with its possible evolutions in the future; at the same time, the intensity and constancy of debates cannot exclude common historical aspects or the specific elements of democratic systems. “What we understand by democracy is not what an Athenian from Pericles' time used to understand– says R. Dahl. Greek, Roman, Medieval, and Renaissance notions combine from more recent centuries, to produce a mixture of theory and methods which is sometimes unconscious”¹³. This is why, a consistent definition of democracy is difficult, but political science today takes into consideration Schumpeter's definition more and more: „... democratic method is that institutional order for reaching to political decisions, orders where people get the right to decide, after a concurrent confrontation for getting popular vote”¹⁴. This definition has credits – illustrating the concurrent and edifying character of elections, including the principle of predicted reactions (Friedrich), but at the same time it is also too procedural, which makes the concept content too unilateral. We can establish that democracy – understood as method, as institutional order for reaching political decisions, is explained through the middle rank (in Kant's meaning, through relative purposes, corresponding to hypothetical imperatives). But democracy is a product (political system) and process through which reality (social ontis0 includes the desiderate gradually (understood here as a possible virtual). Originating in the political system (as any political system), democratic system is the essential way for the politics to transform into desiderate hypotheses and real hypotheses. In fact, government exercised by “the many” and the ideal of exercising the government by as many as possible. It is at the same time, an inclusive and exclusive process, a political system and a form of government (of life). It involves at the same time, potentia and potestas, puissance and pouvoir. It is mainly a system of the political power, but a measurement for the degree in

¹¹ Adrian Gorun, *Political Power and Political Systems*, Bibliotheca Publisher, 2006, p. 128.

¹²Ibidem, p. 129-130.

¹³Robert Dahl, *Democracy and its Critics*, Iași, European Institute, p. 10.

¹⁴ J.A.Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Row, 1942.

which this system (as self-government desiderate) complies with the human condition in such a type of community, and this measure – as result of individual self-evaluation (as a statistic mean of these self-assessments), involves the immanence of political culture and consequently a degree of knowledge. Man's self-consciousness shall include systematic elements (not just spontaneous), to the extent to which it is fundamented in cognitive and axiological structures into different degrees and ranks. In accordance with the level of these degrees and ranks, the consequences of democracy shall be received more spontaneously and more elaborately. The processing degree (individual's ability) of the gross democratic act shall lead to opinions (subjectively credible) or knowledge (with real and grounded attributes). This is the field (within this interval) of differentiation between the "phantom reception" of democracy, "the phantom theory" and a scientific theory, between the credibly subjectual opinion, the objective opinion (public opinion) and the scientific knowledge of democracy. But taking into consideration that democracy is the system of exercising the power by the many, with a desirable tendency, by as many, it is certain that public opinion becomes the standard of reporting in elaborating the answer to the question: how good is the democratic system? And even under the circumstance of globalization and the society of knowledge, the reconstruction of lived democratic experiments, accepting the democratic government as an axiom, accepting the extension of the political participation sphere and the idea of vote universality, pluralism and compromise, positive contamination within the international plan are not enough arguments to indicate the justification and legitimacy of democratic systems in comparison to non-democratic ones. Moreover, normative judgements cannot replace objective judgements. The answer to these challenges cannot be formulates unless discussing the problems of formal democracy and substantial democracy.

2. FORMAL DEMOCRACY AND SUBSTANTIAL DEMOCRACY

It is known that Ancient people did not treat politics as an "object" claiming a specific "method" represented by nature sciences, but looked at it as a system (politeia) offering the society its central meanings, "putting its institutions and rules in order, modelling the needs and lifestyle of its members"¹⁵.

In the Ancient people's view, politics was at the same time:

- A way of organizing the town;
- A way of life for people inside the town

¹⁵See Jean Baudouin, Introduction in Political Sociology, Macord Publisher, Timișoara, 1999, p. 89-90.

This originates the distinction between formal democracy and substantial democracy, but their coexistence also. Therefore, if democracy is reduced to developing the forms of organizing the Town, then it is formal; if, on the contrary, politics approaches at the same time as a form of organizing the Town and way of life for people inside the Town, democracy is formal and substantial.

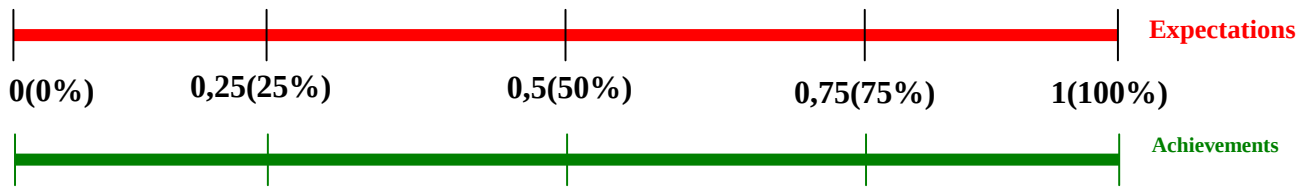
Democratic systems, like any type of political system, include immanent tensions, appeared especially in the plan of institutional modernization trials, due to complaints about the existent system (the limitations of the democratic system) reported to the desired way of organizing the Town. These limitations prove the persistence of the tensions between formal democracy, based on elaboration and compliance with the rules and procedures (including on institutional construction) and substantial democracy which has the finality of formal procedures results regarding citizens' welfare.

Formal democracy is the sine qua non condition (but not enough) for substantial democracy as in actu democracy (way of life); the first one is the way to reach and achieve the desired and expected human condition, and the second one expresses the extent to which the elaborated, built and enforced institutional and normative background transforms human condition, meaning the way of life for people in the Town. And, knowing the fact that formalized democratic societies are plural by nature (including even plural communities), they implicitly and implacably create not just poliarchies but hierarchies also (natural – objective, and more seriously, oligarchic type ones). Expectations, desires are structured in their turn into:

- a) subjectual – credible opinions (accepted / rejected / contested individual lifestyle);
- b) perceptions of groups, objectified communities – public opinion (accepted / contested lifestyle);
- c) elaborated forms of conscience (theories, doctrines, ideologies), regarding the capacity of formal democracy to transform human condition from a community (objective assessment of progress/ stagnation/ regress of lifestyle in accordance with formal democracy). From this point of view, conduct may be justifying / contesting.

All its three forms of structuring the expectations are comparative (either on time periods, either, when democratic systems succeed to non-democratic systems, comparisons are made through the view of human condition), and indicators used focus on the lifestyle as it is perceived (individually or at the level of some groups) as resulting from scientifically grounded analyses. The impact of being aware of the results of expectations reporting to achievements is underlined in behaviours (to vote, support or contestation actions – active behaviours – refrain, passivity, absence – passive behaviours).

POSSIBILITIES (ACHIEVEMENTS – EXPECTATIONS BAROMETER)



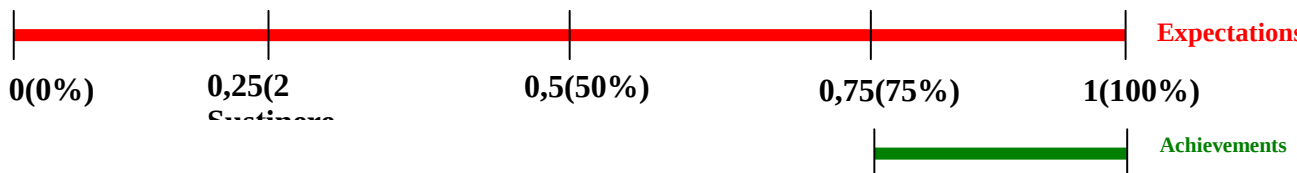
Case I. Achievable cases

0 expectations

1 expectations and 1 achievements (0 % lack of achievements), ideal case

Case II. Achievable cases for 1 expectations

2.1. Achievements with values: $(0,75 \div 1)$ (0,25 lack of achievements)

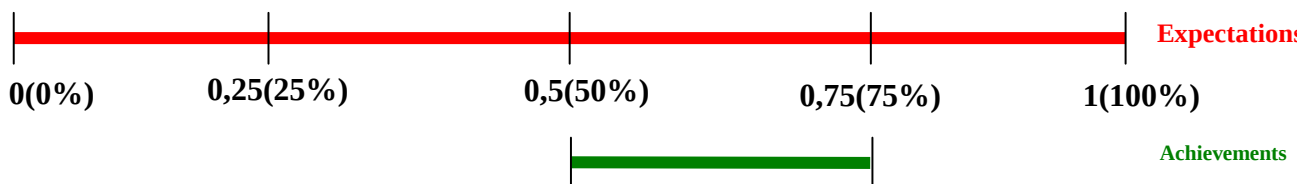


Active behaviour

Support-contestation

Statistically justification

2.2. Achievements with values: $(0,5 \div 0,75)$ (0,5 lack of achievements)

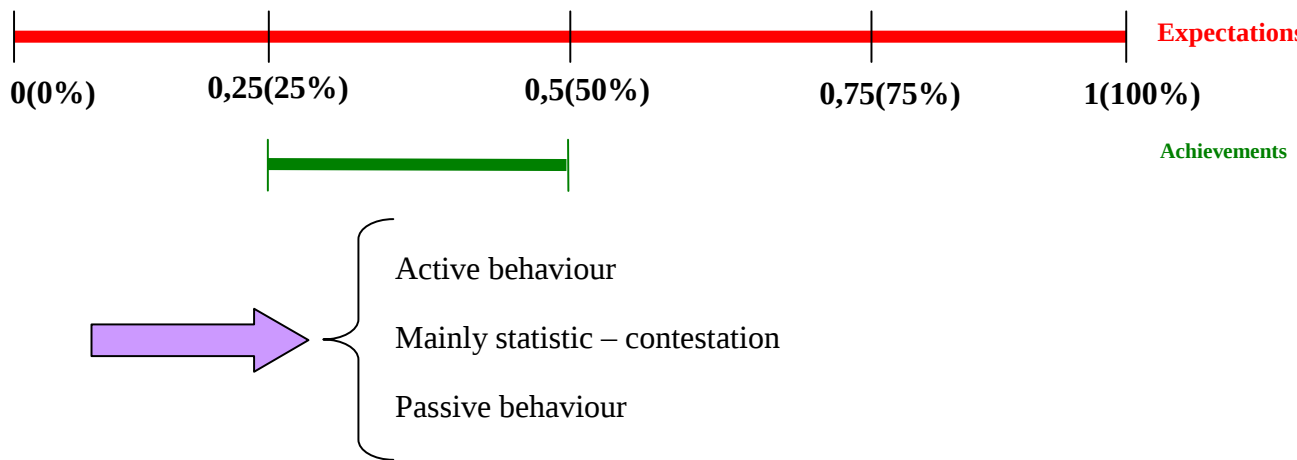


Active behaviour

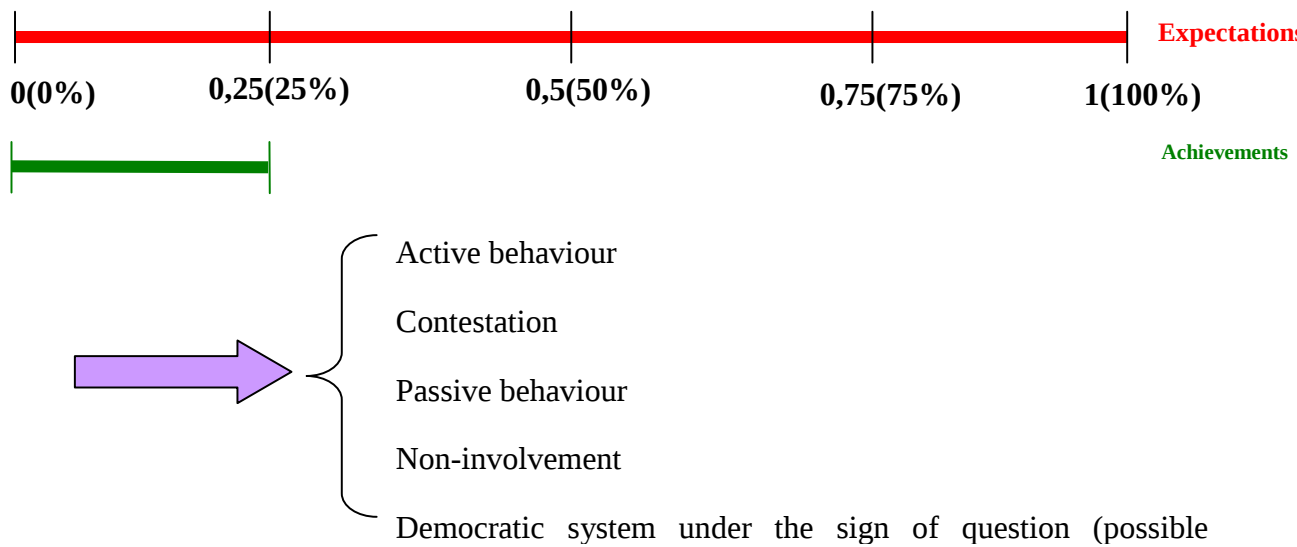
Support-contestation

Reserved iustification

2.3. Achievements with values: $(0,25 \div 0,5)$ (0,75 lack of achievements)



2.4. Achievements with values: $(0 \div 0,25)$ (1 lack of achievements)



3. KNOWLEDGE AND PROGRESS OF DEMOCRACY (DEMOCRACY AS PRODUCT AND PROCESS)

„By adopting this assumption (identifying the natural framework of democracy in nation – state - n.n.) says R. Dahl, which is not admitted very often, is how profoundly the passing from town-state to nation-state has affected the limitations and possibilities of democracy. The transformation is so profound that, if an Athenian citizen from the 5th century appeared among us suddenly (as an Athenian, he must be a man), he would probably think that we think as democracy is something completely strange, unattractive and non-democratic. An Athenian from Pericles' times would think of our democracy as far from democracy, firstly because of the consequences upon the political life and political institutions, of passing from a town-state, more intimate and participating, to the gigantic forms of government, more impersonal and more indirect.” – R. Dahl, *Democracy and its Critics*, Iași, European Institute, 2002.

Giving the attribute of democratic to a system depends on certain conditions, among which the determining role is held by: the non-restrictive character of electoral participation, the citizens' ability to freely exercise their activities considered fundamental for the vote organization; the possibility to exercise the rights considered indispensable for democratic life (meetings, exhibition, press). These conditions are completed by those formulated by R. Dahl:

I. Formulating preferences; II. Expressing preferences; III. Seeing its own preferences equally weighed within the government act¹⁶.

The following appear:

The historical coordinate of democracy (democratization)

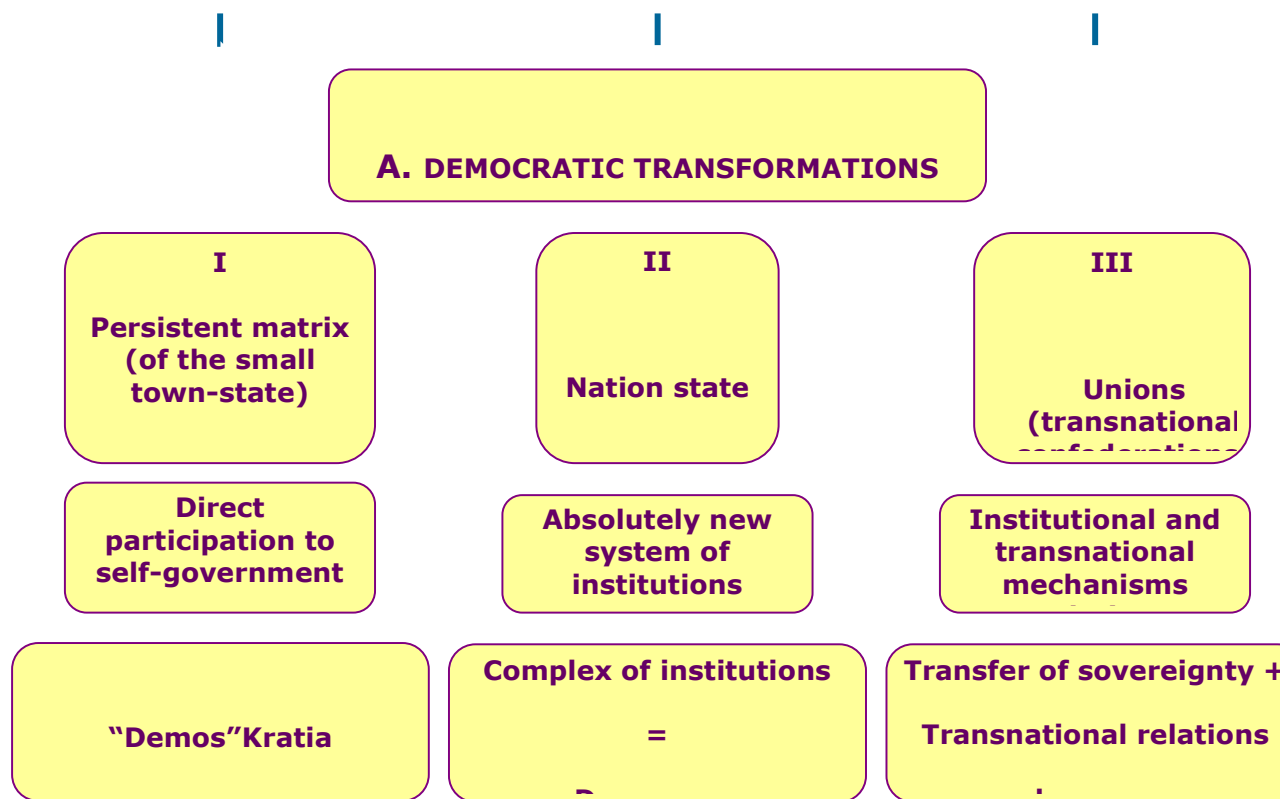
The two sides of democratization

The side of contesting in the relation with the authorities

The size of influential participation

¹⁶See Adrian Gorun, op. cit., p. 134-135

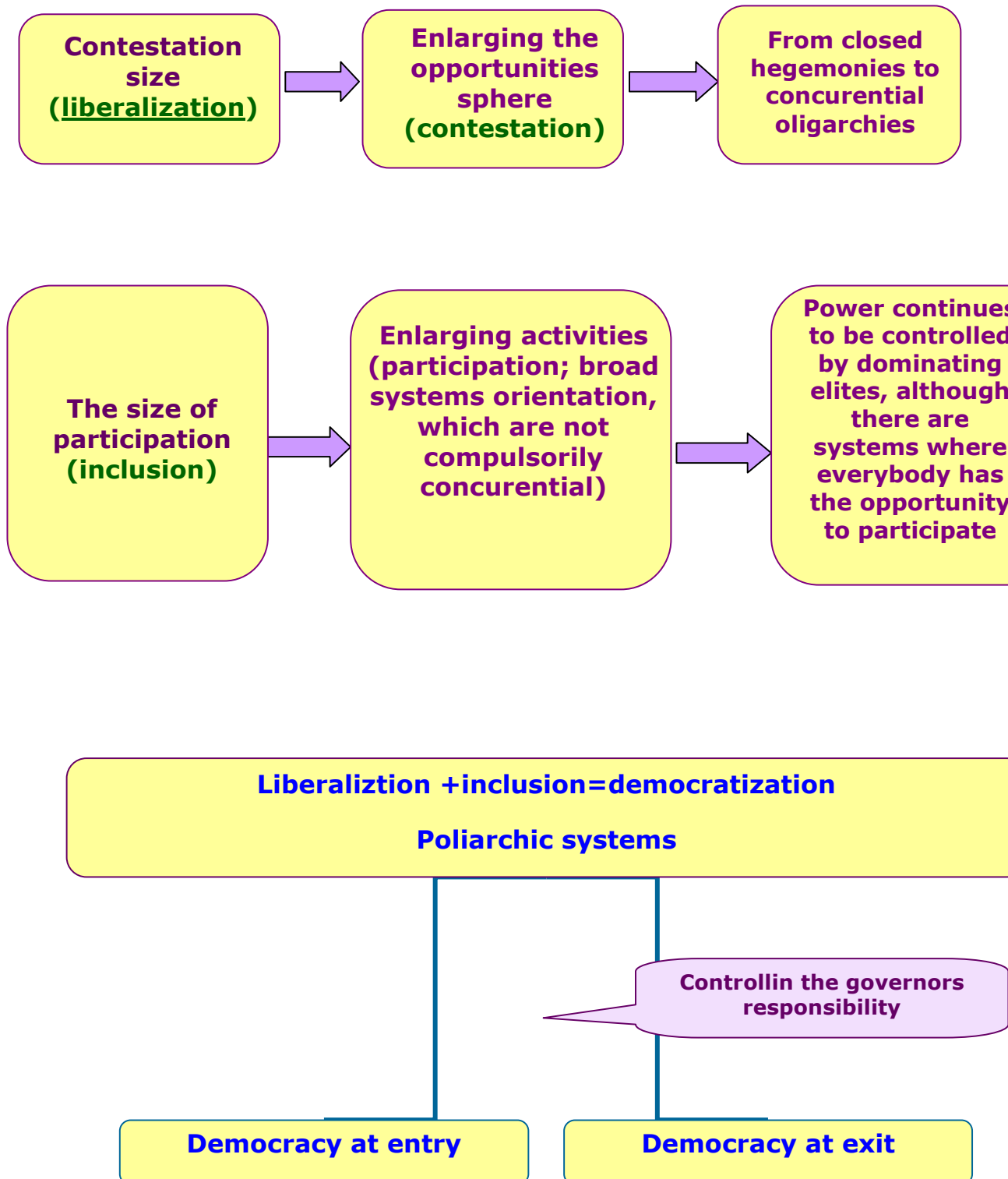
A. The historical side of democracy (democratization)



NOTE:

1. Transformations (democratic) → adaptations (conceptual) → connotations (new),
2. Enlarging the pattern sphere (from participating democracy) → democracy (representative) → transfer of legitimacy upon international organisms,
3. Inclusive and exclusive character of participation,
4. Profitable contamination (positive or negative) of democratization (especially in globalization age).

Sizes of democratization (at the level of nation-state)



NOTE: The process is not irreversible. Explanations are supported by the democratization phases.

The evolution from non-democratic systems to democratic systems (Dankwart Rustow).

a) Preliminary condition: participants' general consent regarding their belonging to the political community



fight between groups of elites

b) The fight between groups of elites is not finished through the “decisive” victory of a group upon the others, but through a compromise. Compromise is at the same refusal (marking the elites of group interest) and acceptance (reciprocal tolerance within living together which allows to initiate competition, but also the approval for entering to competition).

c)	HABITATION	GETTING FAMILIAR WITH DEMOCRATIC RULES, REGULATIONS AND PROCEDURES	
	(contextual factors are taken into consideration: historical memory of abandoned democracies, positive or negative contamination, existence or absence of competition market	(there may be risks, causing crisis that may lead to the fall of	⇒

The three waves of democratization (Huntington)

NOTE:1) The three waves of democratization illustrate the flow and backflow of democratic systems¹⁷.

2) The irreversible (or reversible) character of democratization depends on factors characterizing formal democracy (institutional construction, authority and legitimacy of democracy institutions, developed pluralism, real and functional pluripartidism, political culture, sustainable certification,

¹⁷See A. Gorun, op. Cit. p 148-150

stable internal and international political order, focusing on the domino effect of democratization processes) and especially substantially democracy (finishing poverty, the rhythm of economic and political reforms, individual social status, the power of example of the democratic pattern, weakening and limiting the pressure of backflow by limiting the consequences of authoritative systems).

Entropic factors

Seymour Martin Lipset's thesis: economic systems that manage to create and maintain a democratic system are the most developed ones. (indicators: income/inhabitant; training degree; urbanization percentage; level of industrialization; access to media; civilisation degree).

According to the thesis, a wrong conclusion that would lead to the following sociologic thesis:

All the social and economic systems that go beyond certain industrialization steps, alphabetization, and income/inhabitant will give birth to democratic systems.

This assumption is contradicted by the factual-historical reality.

This thesis has to be reformulated, taking into consideration the following aspects:

- in affirming democracy, aggregate features of the social and economic system are not priority, but the absence of significant unbalances and inequalities between different social groups; the appearance of a democratic system is achieved when inequalities are kept under control and unbalances are reduced;

- the social and economic development level is not of priority, but the ways in which it has been achieved; this especially to the extent in which attempts of achievement may lead to authoritative methods and unbalance the system. It is important to underline, Huntington's distinction between modernity and modernization (taking into consideration the differences between the slow progress and high, forced level of modernization).

Conclusion: efforts made for supporting a high level of modernization for a long time, implacably lead to the instability of political power and democratic system, making it possible for them to collapse. The high level of modernization, supported for long periods, undermines substantial democracy¹⁸.

¹⁸See detailed analysis in A. Gorun, op. Cit. p. 152-162

A general conclusion is also required: the concept of democracy, as elaborated and grounded the “phantom theory” of democracy is proved today – in the context of knowledge society” inconsistent and inefficient. Passing from “the phantom theory” to the scientific theory of democracy is not achieved without taking into consideration answers of the type:

- What are the people?
- Who are the people made of?
- Which are the sizes of democracy?
- Why does the utopia character of democratic ideal increase?
- Why does “democracy” means:
 - A distinct group of institutions and political practices;
 - A system of rights;
 - A social and economic order;
 - A system providing certain desirable results;
 - An unique process of taking compulsory collegial decisions etc.

LEGISLATIVNÍ PRAVIDLA V MINULOSTI A V SOUČASNOSTI

JAROSLAV GRINC

Fakulta sociálně ekonomická Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Ústí
nad Labem

Abstract in original language

Legislativní pravidla císařovny Marie Terezie, Legislativní pravidla vlády České republiky usnesení vlády č. 188 z roku 1998 o Legislativních pravidlech vlády, novely Legislativních pravidel vlády, budoucnost legislativních pravidel, návrhy změn legislativních pravidel.

Key words in original language

Legislativní pravidla; tvorba práva; zákonodárství.

Abstract

Legislative rules of empress Marie Terezie, Legislative rules of the government of the Czech republic, Resolution of the government Nr. 188 on from 1998 on the Legislative rules of the government, Future of the legislative rules. Proposals for changes of the legislative rules.

Key words

Legislative rules; legislation.

Legislativní pravidla v minulosti a v současnosti

1. Úvod

Vývoj legislativních pravidel v minulosti a v současnosti nepochybně doznal výrazných a významných změn, které se pro jejich složitý historický vývoj a obsáhlost této materie pokusím přiblížit jen v obecné rovině. Současně se pokusím nastínit určité možnosti zjednodušení legislativních pravidel a zejména poukázat na racionální možnosti srozumitelnosti výsledků legislativního procesu přijatelných pro jejich adresáty.

2. Stručný exkurz do historie

Lze konstatovat, že právo na počátku historicky zaznamenaných lidských dějin mělo podobu obyčejů. Ze své podstaty vznikalo přirozenou a spontánní cestou a v podstatě nevyžadovalo žádného zákonodárce, žádný legislativní proces. První cílevědomé zásahy do této oblasti se omezily na určitá nařízení samovládce a jeho věrné družiny o kterou se přirozeně opíral. Tento mocenský proces vycházel z postavení samovládce podporovaného právě a mnohdy jen touto svojí družinou, kterou získal na svoji stranu určitými privilegii, mnohdy postačilo, že šlo o člena družiny věrné samovládcovi a už samotná příslušnost k této družině svým způsobem

zavazovala k loajalitě, vymezovala a privilegovala své členy ve společnosti a odtud jim byla dána jakási „vyšší“ společenská role, která v podstatě postačovala k podmanění ostatních členů společnosti. Je přirozené, že takto vzniklý samovládce byl ze svého společenského postavení mocensky způsobilým k ukládání povinností v podobě nařízení, která kladla meze autonomii svévole a krevní msty a zakazovala obyčeje z politického, ekonomického či náboženského (christianizace) hlediska. V tomto vývojovém stadiu je problematické hovořit o jakékoliv legislativní technice.

Pomineme-li slavné římské právníky a právní filosofy a jejich slavná díla, pak jen velmi stručný historický vývoj legislativních pravidel nás nejspíše zavede do dob vlády Marie Terezie a zcela jistě pak do jednotlivých kodifikací té doby.

Za zmínku nepochybně stojí rakouský všeobecný občanský zákoník (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) z roku 1811¹, který vedle francouzského občanského zákoníku (Code civil) z roku 1804 je jedním z nejlepších kodifikací té doby, zdrojem poznání i vynikajícím dílem dosud nepřekonaným.

Položíme-li si otázku, proč tomu tak je, nepochybně dospějeme k závěru, že nešlo jen o důslednost tehdejší panovnice, ale i o její zvláštní cit pro právo, spravedlnost a srozumitelnost, tedy o pojmy velmi zásadní nejen z pohledu legislativního, ale i z pohledu adresátů zákona, jejich orientace v zákoně, pochopení toho, co je od nich touto právní normou požadováno, motivace jak se chovat, aby se nedostali do konfliktu se zákonem a ve svých důsledcích tento zákon má svojí jasnou srozumitelností i žádoucí preventivní účinky a je schopen rozvíjet nejen společnost, ale i právní vědomí či předvídatelnost práva.

Není od věci poznamenat legislativně velmi silných a neméně srozumitelných pět bodů, kterými velmi osvícená Marie Terezie svým vlastnoručním listem ze dne 4. srpna 1772 adresovaným tehdejšímu prezidentu nejvyššího soudu, kterým zákonodárné komisi nařídila přepracování celé osnovy tohoto zákoníku s tím, že zákonodárná komise se bude řídit těmito jejími zásadami:

- „1. Látku jest přehlédnouti a ze zákona vypustiti to,co patří do učebnice.*
- 2. Jest se vyjadřovati, pokud možno, krátce a zbytečné podrobnosti, zejména ty, které jsou pro zákonodárce lhostejné, jest přejíti.*
- 3. Jest se vystříhati dvojsmyslností, nejasností, zbytečného opakování a rozvláčnosti v nařízeních, o kterých žádný rozumný člověk nepochybuje.*

¹ vyhlášen patentem č. 946 sb. z.s. (sbírky zákonů soudních) z roku 1811 s platností pro všechny země tvořící císařství rakouské (vyjma koruny uherské) a nabyl účinnosti dnem 1. ledna 1812, novelizován byl v letech 1914, 1915 a 1916

4. *Není se vázati na římské právo a jest za základ bráti přirozenou slušnost.*

5. *Není se pouštěti do subtilností a jest usilovat o jednoduchost“².*

Těchto pět bodů Marie Terezie má nepochybně velmi racionální, legislativní i právní význam i po téměř dvou stech letech už proto, že velmi stručně a srozumitelně vytváří pevný základ legislativní techniky. Obávám se však, že u soudobých legislativců tento silný a racionální základ poněkud absentuje.

V této souvislosti je naprosto nemožné nezmínit se o mimořádném a jedinečném Komentáři k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanskému právu platnému na Slovensku a v Podkarpatské Rusi vydaném v roce 1935 nákladem právního nakladatelství V. Linhart v Praze, který zpracovali a uspořádali univerzitní profesori JUDr. František Rouček a JUDr. Jaromír Sedláček se svým okruhem spolupracovníků, neboť toto dílo je neustále živým zdrojem inspirace, studia, vědeckých prací a obdivu³.

Pokud vypustíme legislativní vývoj po roce 1948, který v některých právních odvětvích byl vzdor totalitarismu legislativně na velmi dobré úrovni a vydáme-li se na vývoj po roce 1989, pak se dostáváme do určitého historicky a legislativně poněkud nesourodého a chaotického procesu v němž dominuje pojem „legislativní smršť“.

Literature:

- Bárány, E.: *Zákon a demokracie*. In: sborník č. 2.
- Boguszak, J. – Čapek, J. – Gerloch, A.: *Teorie práva*. Praha, ASPI, 2004.
- Čebišová, T.: *Právo na dobré zákony (?)*. In: sborník č. 3.
- Filip, J.: *Ústavní soud a problémy legislativy v ČR*. In: sborník č. 3.
- Gerloch, A.: *K možnostem stabilizace právního řádu ČR a zvýšení efektivnosti legislativního procesu*. In: sborník č. 3.
- Gerloch, A.: *Teorie práva*. Plzeň, Aleš Čeněk, 2004.
- Grinc, J.: *Základy práva*. Univerzita J.E.Purkyně v Ústí nad Labem, 2007.
- Holländer, P.: *Ústavněprávní argumentace*. Praha, Linde, 2003.

² Rouček, Sedláček: Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanskému právu platnému na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, vydáno nákladem právního nakladatelství V. Linhart v Praze, 1935, díl I. str. 4

³ Grinc, J.: *Základy práva*, Univerzita Jana Evangelisty Purkyně v Ústí nad Labem, Fakulta sociálně ekonomická 2007

- Kadlecová, M. – Schelle, K. – Veselá, R. – Vlček, E.: *Vývoj českého soukromého práva*. Praha, Eurolex Bohemia, 2004.
- Knapp, V.: *Teorie práva*. Praha, C.H.Beck, 1995.
- Knapp, V. a kol.: *Tvorba práva a její současné problémy*. Praha, Linde, 1998.
- Kolář, P. – Pecháček, Š. – Syllová, J.: *Parlament České republiky 1993 – 2001*. Praha, Linde, 2002.
- Kolektiv autorů Právnické fakulty UK: *Dějiny evropského kontinentálního práva*. Praha, Linde, 2004.
- Krecht, J.: *Normativní regulace*. Praha, Vodnář, 1997.
- Kukliš, P.: *Niektoré problémy právnej normotvorby v Slovenskej republike*. In: sborník č. 3.
- Kysela, J.: *Zákonodárny proces v ČR jako forma racionálního právního diskursu*. In: sborník č. 3.
- Mikule, V.: *Některé otázky tvorby a kontroly právních předpisů v České republice*. In: sborník č. 3.
- Pavlíček, V. a kol.: *Ústavní právo a státověda. I. díl Obecná státověda*. Praha, Linde, 1998.
- Pavlíček, V. a kol.: *Ústavní právo a státověda. II. díl Ústavní právo České republiky. Část 2*. Praha, Linde, 2004.
- Pelikánová, I.: *Hledání práva – nesprávnost v právu*. In: sborník č.1.
- Přibáň, J.: *Legitimizační fikce legality*. In: sborník č.1.
- Přibáň, J.: *Suverenita, právo a legitimita*. Praha, Karolinum, 1997.
- Riebbels, F. (ed.): *Seminar of Councils of State in The Hague on 16 February 2004: Organisation of the advisory function of Councils of State*. http://www.juradmin.eu/en/newsletter/pdf/Hr_9-En.pdf (9. 3. 2007).
- Šín, Z.: *Legislativní pravidla IV*. Olomouc, Univerzita Palackého, 2006.
- Šín, Z.: *Tvorba práva*. Praha, C.H.Beck, 2003.

- Tichý, L.: *Mánie a fobie při aproximaci práva*. In: sborník č. 1.
- Urban, J.: *Teorie národního hospodářství*. Praha, Linde, 2006.
- Van Damme, M.: *The Council of State: Institution on the Junction of Three Traditional Powers of The State*. In: Vande Lanotte, J. (ed.): *The Principle of Equality: a South African and Belgian Perspective*. Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001. http://www.raadvst-consetat.be/pdf/council_of_state.pdf (9. 3. 2007)
- Wawrzyniak, J.: *Legislativní rada vlády a její úloha v procesu tvorby zákonů*. In: sborník č. 3.
- Wintr, J.: *Říše principů. Obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha, Karolinum, 2006.
- Wintr, J.: *Vliv politických idejí a programů na české zákonodárství v letech 1989-1998*. In: sborník č. 2.
- Gerloch, A. (ed.): *Teoretické problémy práva na prahu 21.století*. Praha, Univerzita Karlova, 2002.
- Gerloch, A. – Maršálek, P. (eds.): *Zákon v kontinentálním právu*. Praha, Eurolex Bohemia, 2005.
- Vostrá, L. – Čermáková, J. (eds.): *Otázky tvorby práva v České republice, Polské republice a Slovenské republice*. Plzeň, Aleš Čeněk, 2005.

Contact – email

Jaroslav.Grinc@ujep.cz

ZÁKON A ROZHODNUTÍ (K PROBLEMATICE TVORBY PRÁVA V MEZIVÁLEČNÉ PRÁVNÍ VĚDĚ)

ONDŘEJ HORÁK

Katedra teorie práva a právních dějin
Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language

Príspevok bude pojednávať o názorech meziválečné právní vědy (Krčmář, Kubeš a Sedláček) na tvorbu práva, především na vztah zákona a rozhodnutí, na roli judikatury a na právní interpretaci (resp. na § 6 a 7 ABGB).

Key words in original language

Tvorba práva; Právní interpretace; Zákon; Rozhodnutí; Judikatura; Obyčej; Meziválečná právní věda; Krčmář; Kubeš; Sedláček.

Abstract

The article deals with opinions of interwar jurisprudence on law creating (Krčmář, Kubeš, Sedláček), especially on act and decision, role of judicature and law interpretation (§ 6 a 7 ABGB).

Key words

Law creating; Law interpretation; Act; Decision; Judicature; Custom; Interwar jurisprudence; Krčmář; Kubeš; Sedláček.

Úvod

Na počátku nového milénia se na stránkách Českého časopisu historického vedla zajímavá polemika dvou historiků o pojetí národa v meziválečném Československu. Odrážela nejen odlišné názory na meziválečnou éru, ale i dva protichůdné argumentační přístupy: ze strany Evy Broklové nejen příkladně idealizující a dogmatický, ale i zbytečně osobně vyhocený.¹ S odstupem tyto příspěvky komentoval i Václav Pavlíček a na adresu obou historiků tehdy zazněla výtku, že nevěnovali pozornost problematice „s dostatečnými hledisky právními, tj. s ohledem na to, že soud může jen

¹ Srov. KUČERA, Jaroslav. Politický či přirozený národ? K pojetí národa v československém právním řádu meziválečného období. *ČČH*, 2001, roč. 99, č. 3, s. 548-568, a BROKLOVÁ, Eva. Politický nebo etnický národ? *ČČH*, 2002, roč. 100, č. 2, s. 379-394.). Polemika mimoděk odráží i jeden z příkladů soudobé cenzury, kdy dr. Broklová z pozice tehdejší ředitelky Masarykova ústavu již dříve odmítla publikovat jeden z Kučerových konferenčních příspěvků, který nekonvenoval s jejím názorem na to, jakou představu by si čtenáři měli udělat o první republice - Ústav by měl být přitom garantem vytváření podmínek pro objektivní bádání o meziválečné éře a pro vedení dialogu.

interpretovat platné předpisy, nikoliv je vytvářet“.² Obdobné tvrzení o roli soudů najdeme i v jiných jeho příspěvcích, např. že soud „právo nevytvářel, ale na základě platných právních norem svými nálezy právo nalézal“.³ Zatímco z hlediska právně-teoretického to může být otázka diskutabilní, tak z právně-historického to je tvrzení chybné. Na následujících stranách se pokusím alespoň výběrově představit jak názory meziválečné právní vědy, tak i několik takřka „učebnicových“ příkladů toho, jak meziválečná judikatura dotvářela či vytvářela právo.

Meziválečné polemiky (Kubeš vs. Krčmář)

K představení názorů meziválečné právní vědy využiji další polemiku, tentokrát meziválečnou, publikovanou pod stejnojmennými články „Zákon a rozhodnutí“.⁴ Rád bych ji však uvedl ještě jednou historiografickou poznámkou: když přijel Viktor Knapp v roce 1990 do Brna na konferenci o Františku Weyrova, zmínil ve své příspěvku, který věnoval otázkám právní interpretace, také jeden separát o vztahu zákona a rozhodnutí (kde byl otištěn nezjišťoval), který dostal od svého učitele Jana Krčmáře.⁵ Krčmář přímo a Weyr zprostředkovaně (svým dílem) pro něj sice byli „velcí učitelé“ (což se nevylučuje s tím, že s řadou názorů normativistů nesouhlasil), ve vlastním příspěvku mu však meziválečná právní věda vytvářela spíše „entree“ k představení jeho vlastních názorů na právní interpretaci. Na tomto případě je možné dobře demonstrovat, jak subjektivně může být vnímána hranice minulosti: nejen příslušnost k určité generaci, ale někdy jen pár let věkového rozdílu (Kubeš-Knapp) stačí k tomu, aby autorovi uniklo poměrně zajímavé pozadí celého sporu, což se (zřejmě) stalo právě v tomto případě. Zmiňovaný separát, resp. Krčmářův článek „Zákon a rozhodnutí“ totiž vyvolal velmi zajímavou a dobově příznačnou odpověď, která přinesla opětovné zhoršení vztahů mezi pražskou právní fakultou a brněnskými normativisty.⁶ Na Krčmářův článek zareagoval nadějný brněnský absolvent

² PAVLÍČEK, Václav. Vliv rakouských ústavních tradic na československou ústavnost. In MALÝ, Karel, SOUKUP, Ladislav (edd.). *Vývoj české ústavnosti v letech 1618-1918*. Praha : Karolinum, 2006, s. 765-781, cit. s. 769.

³ Týž. K ústavním aspektům práv menšin po vzniku Československa. In HARNA, J. a kol. (edd.). *Československo 1918-1938. Osudy demokracie ve střední Evropě*. Díl II. Praha : CeFReS; Historický ústav AV ČR, 1999, s. 594-601, cit. s. 596.

⁴ KRČMÁŘ, Jan. Zákon a rozhodnutí. *Sborník věd právních a státních*, 1932, roč. 32, s. 89-110, a KUBEŠ, Vladimír. Zákon a rozhodnutí. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1933, roč. 16, s. 56-78.

⁵ KNAPP, Viktor. Miniatura k poctě Františka Weyra (a také trochu jeho odpůrce Jana Krčmáře). In DOSTÁLOVÁ, Jana (ed.). *K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra*. Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Brno : Masarykova univerzita, 1992, s. 57-60.

⁶ K okolnostem vzniku a k významu těchto pojednání srov. KUBEŠ, Vladimír. *Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu*. Díl I. Brno : Masarykova univerzita, 1995, s. 241nn.

(tehdy ještě docent in spe) Vladimír Kubeš, pozdější významný civilista a právní filosof. I samo pozadí vzniku Kubešova příspěvku je poučné a ilustrativně odráží, jak učitelé výrazně a přitom nenásilně směřovali své žáky (v tomto konkrétním případě prof. Jaromír Sedláček, který ve svém semináři vychoval řadu skvělých právních vědců). Nechme však mluvit samotného Sedláčka prostřednictvím Kubešovy vzpomínky, která se váže k jednomu jejich letmému setkání po Kubešově studijním pobytu v Berlíně, kdy měl Sedláček prohlásit: „Podívejte se na právě vyšlé Krčmářovo pojednání ‚Zákon a rozhodnutí‘ a sežeňte si objemnou knihu švédského [dánského, O.H.] právního teoretika Alfa Rossa ‚Theorie der Rechtsquellen‘ z roku 1928 [1929, O. H.]. Budete-li mít chuť, tak o tom něco napište.“⁷ V jiné práci potom Kubeš vzpomíná, že ho k tomu Sedláček vyzval v semináři.⁸

Krčmář ve svém článku (ovlivněném Rossovou prací) došel k závěru, že ustálená soudní praxe může derogovat zákon,⁹ který podle Kubeše „jaksi nezapadal do celého jeho učení“. Kubeš ve svém pojednání podrobil ostré kritice pojetí Rossovo a tím i Krčmářovo a současně vyložil problematiku z hlediska normativní teorie. Ukázal, že v pojetí normativistů soudce právo pouze nenalézá (nejde o sylogismus, jak uváděl Krčmář), ale naopak dotváří, není pouze „ústý zákona“ (bouches de la loi), ale jde o tvůrčí proces: aplikace práva se neděje analytickými, nýbrž syntetickými soudy (odkazoval zvláště na Sedláčkovy práce). Podle Kubeše pak normativní teorie poprvé vědecky zdůvodnila teorii o svobodném nalézání práva. V rámci svého článku se dotknul i slavného § 7 ABGB pojednávajícího o rozhodování podle přirozených zásad právních. Na rozdíl od Krčmáře ho považoval za jedno z ústředních ustanovení celého občanského zákoníku, které by mělo být v „modernější“ podobě (tedy s vypuštěním odkazu na

⁷ Týž. „... a chtěl bych to všechno znovu“. [Paměti.] Brno : Masarykova univerzita, 1994, s. 31.

⁸ Týž. *Dějiny myšlení o státu a právu...*, s. 241.

⁹ „Po tom všem, co bylo právě pověděno, nerozpakuji se, vracím-li se k otázce položené výše pod č. 9, říci, že „platí“ právo, které je dáno ustálenou judikaturou, i když se odchyluje od smyslu zákonných textů zjištěného interpretačními metodami filologickou a logickou. Dokud judikatura o určité právní větě se neustálila, sub iudice lis est. Právní věta vyslovená soudcem, která se setká s jednomyslným odporem nauky (zjev asi řídký, hledíc k tomu, že významnější representanti nauky bývají individuality příliš vyhrcované) nebo aspoň s odporem „publicistů zvláště kvalifikovaných“ nebo zase s prudkým odporem významných činitelů politických, ještě „neplatí“. Když soudy přes to na oné právní větě se ustáli, pak lze říci, že „platí“. Z toho je pak arci patrné, že (platné právo je kategorií stále pohyblivou a že se mění nejen akty zákonodárnými, nýbrž i změnou judikatury). V judikatuře ustálená právní věta již „neplatí“, když se vyskytne rozhodnutí odchýlné a nová právní věta „platí“ buď ihned (je-li např. ve shodě s postuláty nauky důrazně hlášenými) nebo až se ustálí.“ KRČMÁŘ, Jan. Zákon a rozhodnutí. *Sborník věd právních a státních*, 1932, roč. 32, s. 109-110.

přirozené právo, např. obdoba čl. 1 odst. 2 švýcarského ZGB z roku 1907) zachováno i v připravované osnově občanského zákoníku.¹⁰

Pro Kubešovu odbornou dráhu byla tato polemika (resp. v ní řešené otázky) v jistém smyslu určující, protože stála na počátku dlouhé řady jeho prací pojednávajících o problematice tzv. mezer v právu, interpretace, tvorby práva a myšlenkové stavby ABGB vůbec,¹¹ zejména pak ovlivnila téma jeho habilitační přednášky o významu § 7 a chápání přirozených zásad právních jako „pozitivního práva sekundárního“, která také byla následně publikována a stala se jednou z jeho nejznámějších prací.¹² Kubeš se k zmíněným tématům vracel celý život, významný prostor jim věnoval i v rámci své poslední knihy o teorii a dějinách zákonodárství.¹³

Krčmářův článek však byl významný i pro další vývoj domácí právní vědy, a to paradoxně i po roce 1948, ovšem pouze zprostředkovaně pracemi Viktora Knappa.¹⁴ Ten sice (dobově pochopitelně) článek svého učitele neuváděl, ale jeho teze o „faktické“ závaznosti judikatury¹⁵ má svůj původ nepochybně u Krčmáře.

Úvahy o vztahu zákona a rozhodnutí byly v meziválečné literatuře poměrně časté, ještě před uvedenou polemikou látku velmi zdařile

¹⁰ KUBEŠ, Vladimír. Zákon a rozhodnutí. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1933, roč. 16, s. 56-78.

¹¹ KUBEŠ, Vladimír. Několik poznámek k superrevizní osnově všeobecného zákoníka občanského. (Příspěvek k studiu přirozených zásad právních ve smyslu § 7 obč. zák. z r. 1811.) *Časopis pro právní a státní vědu*, 1932, roč. 15, s. 210-231; Týž. „Positivní“ právo sekundární v občanských zákonících moderních států se zřetelem k osnově československého obč. zákoníka. *Časopis ...*, 1934, roč. 17, s. 314-323; Týž. „Přirozené zásady právní“ a „dobré mravy“ v obecném zákoníku občanském. In KRČMÁŘ, Jan (ed.). *Randův jubilejní památník*. K stému výročí narození Antonína Randy vydala Právnická fakulta Univerzity Karlovy. Praha : PF UK, 1934, s. 395-422, a Týž. Filosofický základ a celková výstavba o. z. o. z r. 1811 a vládního návrhu o. z. (Současné příspěvek k problému interpretačních a aplikačních předpisů.) In *Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně*, 1936-37, roč. 14, s. 37-64.

¹² Toto Kubešovo řešení opakovaně vyzdvihoval zvláště prof. Ernst Swoboda (srov. KUBEŠ, „... a chtěl bych to všechno znovu“, s. 39-40) a překvapivě se zmínka o něm objevuje, i když bez uvedení autora, i v literatuře vzniklé po roce 1948 (např. VAŠEČKA, Jan. *Věc v právním smyslu v historickém pohledu*. Brno : UJEP, 1979, s. 64).

¹³ KUBEŠ, Vladimír. *Theorie der Gesetzgebung. Materiale und formale Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart*. Wien-New York : Springer, 1987, k ABGB s. 84-90, k § 7 s. 85-88.

¹⁴ Srov. KNAPP, Viktor. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*, 1969, roč. 108, s. 81-91. Nověji: Týž. Přínos středoevropského soudnictví k evropské právní kultuře. *Právník*, 1993, roč. 132, s. 725-736.

¹⁵ K tomu např. KÜHN, Zdeněk. In Kol. aut. *Judikatura a právní argumentace*. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. Praha : Auditorium, 2006, s. 8-9.

z právněhistorického hlediska pojednal romanista Otakar Sommer, s jistým odstupem se pak k tématu stručněji vrátil (z hlediska „praktika“) první prezident Nejvyššího soudu Vladimír Fajnor.¹⁶ Nejpodrobněji se pak tématem tvorby práva zabýval procesualista Adolf Procházka¹⁷, další ze známých brněnských normativistů, mj. také čelný politik lidové strany a jeden z „doúnorových“ ministrů.¹⁸ Konečně můžeme také zmínit, že někteří z právních vědců uvažovali o převzetí institutu zásadních rozhodnutí, které znalo recipované slovenské právo (např. prof. Sedláček).

Recepční zákon a recepční judikatura

Pokud se chceme podívat na konkrétní příklady tvorby práva v meziválečné éře, nenajdeme myslím vhodnější ukázkou než problematiku „recepční normy“: oprávněnost Radbruchova tvrzení, že interpret může zákonu rozumět lépe než jeho tvůrce a že zákon může být chytřejší než jeho tvůrci - ba dokonce musí být chytřejší než jeho tvůrci, se v našich právních dějinách nejnázorněji projevila hned u prvního československého zákona.¹⁹

V textu zákona (čl. 2) a v návaznosti na něj i v základní soudobé historické a v právněhistorické literatuře čteme konstatování, že „veškeré dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení zůstávají prozatím v platnosti“. Tato formulace však nebyla vhodně zvolena a způsobila v dalším vývoji celou řadu komplikací. Díky tomu, že byl zákon č. 11/1918 Sb. z. a n. pevně svázán s datem 28. října 1918 a se vznikem Československa a že svůj hlavní úkol splnil v revolučních dnech - zřízení státu, udržení veřejného pořádku, zachování kontinuity a právní jistoty - nebyl později změněn. Naopak se zákon stal předmětem zužujících i rozšiřujících výkladů, které však v některých případech právní jistotu naopak oslabily.

V podstatě ani jeden výraz „recepční normy“ (čl. 2) nemohl být vykládán doslovně. Toho si prvorepubliková právní věda a justice reprezentovaná

¹⁶ SOMMER, Otakar. Soudce a občanský zákon. (Poznámka k § 7 ob. z. obč.) In ČÁDA, František (ed.). *Naše právo a stát*. Sborník k šedesátému výročí založení spolku československých právníků „Všehrd“. Praha : Spolek čsl. právníků „Všehrd“, 1928, s. 82-87.

¹⁷ Zvl. PROCHÁZKA, Adolf. *Tvorba práva a jeho nalézání*. Praha; Brno : Orbis, 1937. Dále v několika příspěvcích do jubilejních sborníků-poct (Englišova 1930, Kallabova 1939).

¹⁸ V současnosti se v Ústavu pro soudobé dějiny AV ČR (dr. Milan Drápala) připravují k vydání Procházkovy paměti *Ve víru století*.

¹⁹ K právnímu rozměru vzniku Československa a recepci práva, s odkazy na další literaturu, nověji srov. HORÁK, Ondřej. „Samostatný stát československý vstoupil v život.“ 28. říjen 1918 pohledem právníka a historika. In *Sborník příspěvků z konference Olomoucké právnické dny 2008*. Olomouc : UP, 2008, s. 769-777, a GABRIŠ, Tomáš. Vznik právního pořádku prvej ČSR. *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*, 2007, roč. 25, s. 107-119.

zvláště Nejvyšším soudem a Nejvyšším správním soudem byly dobře vědomy a jejich pohled se v obecné rovině příliš nelišil. Užívaly proto v různých modifikacích teleologické výklady a tomu odpovídající argumentaci.²⁰ Sporným bodem se mohlo stát (a také se stalo), zda určité zákony (resp. jejich části) recipovány byly či nikoliv. Základní rozdíl mezi zastávanými názory spočíval pak samozřejmě v tom, že pohled soudu byl pro konkrétní spory závazný. V platnosti nemohly předně zůstat „veškeré“ zákony – ze samé podstaty věci to nebylo možné. Řada předpisů, které se „nesrovnávaly s novým stavem“ tak recipována nebyla. V čl. 2 dále nalezneme ustanovení o tom, že platit mají „dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení“. Vzhledem k charakteru práva recipovaného na Slovensku a Podkarpatské Rusi muselo být při interpretaci použito rozšiřujícího výkladu, protože v obou těchto zemích si svůj význam podrželo ještě obyčejové právo. V tomto smyslu se tedy zákonodárce vyjádřil příliš úzce. Právní věda a praxe však na základě extenzivního výkladu shodně dovodily, že recipovány byly jak zákony a nařízení, tak i právní normy obecně - tedy psané i obyčejové právo.²¹

Možných výkladů recepčního zákona nalezneme desítky. Jsou zachyceny ve sbírkách rozhodnutí nejvyšších soudů – brněnského Nejvyššího soudu (sbírka Vážného) a pražského Nejvyššího správního soudu (sbírka Bohuslavova). Judikatura těchto soudů řešila otázky vzniku československého státu, platnosti mezinárodních smluv, problematiku nástupnictví po bývalé monarchii, změn ve vojenském trestním soudnictví a armádě, recepci obyčejového práva na Slovensku či ústavní svobody a

²⁰ Podle Jaromíra Sedláčka pozbyla platnosti všechna ustanovení dosavadního platného řádu, která odporovala postavení Národního výboru jako „vykonavatele státní svrchovanosti“. Měla to být „ustanovení týkající se císaře, dynastie, dvoru, ... dále předpisy o nejvyšších orgánech státu, t. j. říšské radě, o ministrech, o generálním štábu a o vrchním velení branné moci, o emblemech a symbolech státních, o zástupcích v cizích státech“. SEDLÁČEK, Jaromír. Ústavní listina a občanský zákoník. In *Naše právo a stát*. Praha : Spolek čsl. právníků „Všehrd“, 1928, s. 90.

Obdobně řešil tento problém také Nejvyšší soud (např. Vážný civ. 7751, zřejmě nejpropracovanější rozhodnutí vztahující se k recepci). Ve své argumentaci vyšel z úvodní věty preambule recepčního zákona (tj. „Samostatný stát československý vstoupil v život“), která podle něj nepřipouštěla, aby „zůstaly v platnosti ony říšské zákony rakouské, jež se s existencí a samostatností nově zřízeného československého státu nesrovnávají...“. Kromě pragmatické sankce tak přestaly platit „všechny zákony týčící se říšské ústavy, zejména delegací, říšské rady a zemských sněmů, jakož i volebních řádů do obou těchto sborů atd., samozřejmě pozbyly platnosti také předpisy o vyhlásování nálezů jménem císaře, o označování úřadů jako c. k. apod., takže co se třeba jen těchto drobností týče, bylo v této vstupní větě obsaženo in nuce vše, co potom předeepsal zákon na ochranu Československé republiky ze dne 23. července 1919, čís. 449 Sb. z. a n.“ Rozh. z 3. února 1928, R II 28/28. In VÁŽNÝ, František. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech občanských*. Sv. X. 1928. Praha 1929, s. 177-178.

²¹ Srov. LACLAVÍKOVÁ, Miriam. Recepce obyčejového práva a práva kuriálních decízií v prvej ČSR (příspěvek k historii súkromného práva na Slovensku). In *Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica*, 2005, roč. 2, s. 149-167.

jazykové právo. Nejvyšší soudy tak získaly možnost napravovat svými rozhodnutími nesmyslné důsledky, k nimž by bylo docházelo při sledování linie doslovného výkladu recepčního zákona. V jistém smyslu plnily roli dnešního Ústavního soudu, protože rozhodovaly o tom, zda určité právní předpisy byly/nebyly převzaty, tedy zda platí/neplatí – můžeme mluvit o tzv. negativní normotvorbě. Současně však měly příležitost se také aktivně podílet na formování právního řádu, když některými svými rozhodnutími suplovaly roli zákonodárce. Asi nikoho nepřekvapí, že k tomu docházelo v duchu posilování národních pozic a prosazování národních zájmů, často bohužel s pomocí výrazně účelového výkladu (např. u jazykového práva či pozemkové reformy).²²

Co tedy vlastně platilo po 28. říjnu 1918? Na tuto otázku nikdo přesnou odpověď neznal a ani znát nemohl. Alois Rašín do recepčního zákona žádnou obecnou derogační klausuli typu („pokud to neodporuje novému stavu“), jak bývá zvykem, nezahrnul. Zákonodárce to výslovně řešil až po šestnácti měsících, a to obecným derogačním ustanovením v článku IX. uvozovacího zákona č. 121/1920 Sb. z. a n. československé ústavní listiny, kde se říkalo, že všechna ustanovení, jež „odporují této ústavní listině a republikánské formě státu, dále všechny dřívější ústavní zákony, i když by jednotlivá jejich ustanovení nebyla v přímém rozporu s ústavními zákony Československé republiky“, pozbyla platnosti. Soudy se stejně většinou obracely k samotné recepční normě.

V prvních měsících po vzniku Československa však byla aplikační praxe u soudů problematická a nejednotná. Soudci si nebyli jistí, zda mohou předpisy, kde se mluví o císaři či monarchii automaticky vztáhnout na nový stát. Zákonodárce tuto „nejistotu“ částečně vyřešil zákonem ze dne 23. 7. 1919 č. 449 Sb. z. a n., o zákonné ochraně Československé republiky, kde stanovil, že se v recipovaných právních předpisech výrazy „rakouský“, „uherský“, „císařský“ a „královský“ a další jim podobné nahrazují příslušnými tvary termínů „československý“ a „Československá republika“. Můžeme říci, že šlo o deklaratorní akt, jakýsi „autentický výklad“ recepčního zákona. Přesto však byla některá ustanovení bývalého rakouského právního řádu jen velmi problematičtěji využitelná (např. ochrana cti prezidenta jako zločin podle § 63 trestního zákona o urážce Veličenstva, který se dříve trestal žalářem od jednoho do pěti let). Vzniklý stav byl pocíťován jako „mezera v právu“ a pro oblast trestního práva byl s odstupem řešen v rámci zákona na ochranu republiky č. 50/1923 Sb. z. a n.

²² Blíže: HORÁK, Ondřej. Vznik Československa a recepce práva. K právní povaze a významu zákona č. 11/1918 Sb. z. a n. s přihlédnutím k otázce recepce právního řádu. *Právněhistorické studie*, 2007, roč. 38, s. 153-169. K oblasti jazykového práva (nejen) po vzniku ČSR: Týž. Národnost jako právo i provinění. Zamyšlení nad významem etnicity v domácím právním vývoji v letech 1918 až 1948. In KNOLL, Vilém, KARHANOVÁ, Martina (edd.). *Naděje právní vědy*. Býkov 2007. Sborník z mezinárodního setkání mladých vědeckých pracovníků konaného ve dnech 12.-14. 10. 2007 na Zámeckém statku Býkov. Plzeň : A. Čeněk, 2008, s. 66-82.

Závěrečné zamyšlení

Řešení problematiky pramenů práva se v různých obměnách stále vrací zpět a vždy signalizuje snahu o změnu „paradigmatu“. Z dnešních právních teoretiků až na výjimky nikdo nepochybuje o tom, že aplikační činnost soudů je tvůrčí proces a že se soudy výrazně podílí na podobě právního řádu. Současná právní věda se navíc velmi intenzivně zabývá právní interpretací, argumentací a judikaturou²³ a snaží se přehodnotit otázku právních pramenů (resp. v jistém smyslu „hledá“ teoretické zdůvodnění „závaznosti judikatury“). Své inspirace autoři často nachází v obsáhlé zahraniční literatuře, jak kontinentální, tak angloamerické, pokud se budeme držet vymezení těchto (stále více se přibližujících) právních okruhů. Myslím si, že se však stále málo obrací k domácím tradicím, zvláště pak k meziválečné právní vědě (a to i přes její jistou módnost po roce 1990): v některých případech by se tak vyhnuli „objevování objeveného“ a jistě by získali řadu cenných inspirací (tezí a argumentů).²⁴ V případě závaznosti konstantní judikatury je myslím to nejpřirozenější řešení (i přes své kritiky) také nejakceptovatelnější: tedy chápat soudcovské právo (*usus fori*) jako právo obyčejové. A opět to není nic nového, evropská právní věda k tomu dospívá v podstatě v každé druhé generaci.

Contact – email

onhorak@post.cz

²³ Srov. zvl. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha : Karolinum, 2002; GERLOCH, Aleš, MARŠÁLEK, Pavel (edd.). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha : Eurolex Bohemia, 2003; HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha : Linde, 2003; KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře střeoevropského komunismu a transformace. Analýza příčin postkomunistické právní krize*. Praha : C.H. Beck, 2005; KÜHN, Zdeněk, BOBEK, Michal, POLČÁK, Radim (edd.). *Judikatura a právní argumentace. Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha : Auditorium, 2006; MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*. Brno : Tribun EU, 2008; GERLOCH, Aleš a kol. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha : ASPI, 2008, zvl. s. 86-110, či HANUŠ, Libor. *Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice*. Praha : C.H. Beck, 2008.

²⁴ Jedna drobnost za ostatní: Libor Hanuš ve své práci *Právní argumentace nebo svévole* (2008, s. 57) zmiňuje, že Radbruchovu myšlenku (interpret může zákonu rozumět lépe než jeho tvůrce a zákon může být chytřejší než jeho tvůrce - ba dokonce musí být chytřejší než jeho tvůrce) „objevil“ Pavel Holländer (*Ústavněprávní argumentace*, 2003). Ponechejme stranou, že obdobné názory měly v německé právní vědě delší tradici (Heindrich Töhl, Karl Bindig, Oskar von Büllow a další), především však není nutné nic „objevovat“, Radbruchova „Rechtsphilosophie“ patří ke klasickým právním pracím (1914, 1932 výrazně přepracovaná a od té doby vyšla ještě mnohokrát), zmíněný citát byl navíc českými právníky opakovaně zmiňován, např. také Vladimírem Kubešem v jeho článku *Zákon a rozhodnutí* či v 1. dílu jeho posmrtně vydané práce *Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu* (1995, s. 251).

NORIMBERSKÝ TRETNÝ TRIBUNÁL A JEHO VPLYV NA TVORBU MEDZINÁRODNÉHO PRÁVA

DANIEL KROŠLÁK

Právnická fakulta, Trnavská univerzita, Trnava, Slovenská republika

Abstract in original language

Príspevok analyzuje význam Norimberského trestného tribunálu na ďalší vývoj medzinárodného trestného práva. Prechádza cez historický vývoj trestania medzinárodných zločincov a s tým súvisiace medzinárodné zmluvy. Pri tom sa zameriava najmä na pojem zločinu podľa medzinárodného práva.

Key words in original language

Norimberský proces; Charta Medzinárodného vojenského tribunálu; návrh Kódexu zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva; Štatút Medzinárodného tribunálu pre bývalú Juhosláviu; Štatút Medzinárodného tribunálu pre Rwandu; Rímsky štatút Medzinárodného trestného súdu.

Abstract

This paper analyses significance of the Nuremberg military tribunal concerning further development of international criminal law. The author focuses especially on the concept of international crime.

Key words

Nuremberg trial; Charter of the IMT; the Draft code of crimes against the peace and security of mankind; the Statute of the International tribunal for the former Yugoslavia; the Statute of the International tribunal for Rwanda; the Rome statute of the ICC.

Úvod

Snaha o potrestanie medzinárodných zločinov má pomerne dlhú históriu. Už pred Prvou svetovou vojnou sa ustálilo „všeobecné presvedčenie civilizovaných národov, že určité činy, porušujúce medzinárodné právo najmä pri vedení vojny, sú zavrhnutiahodné a zasluhujú si potrestanie.“¹ V tej dobe však chýbalo presné vymedzenie protiprávných aktov a ich povahy z hľadiska možného postihu.² Za prvý pokus stíhať zločincov, ktorí porušili pravidlá medzinárodného práva je možné pokladať Versailleskú

¹ Šturma, P.: Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha : Karolinum, 2002, s. 113. Porovnaj Hobza, A.: Přehled mezinárodního práva válečného. Praha : Všehrad, 1946, s. 151.

² Bližšie pozri Hobza, cit. dielo, s. 151 a nasl.

mierovú zmluvu z roku 1919. Podľa nej mal byť zriadený medzinárodný tribunál, ktorému malo Nemecko vydať na trestné stíhanie bývalého cisára Wilhelma II. pre „najhrubšie porušenie medzinárodnej morálky a posvätnej autority zmlúv“³ a ďalšie osoby obvinené z porušenia vojnového práva.⁴

K realizácii trestného stíhania cisára a ostatných v uvedenej forme napokon nedošlo, ako píše Antonín Hobza, z dôvodov politických: „Veřejné mínění světové nebylo tehdy ještě dosti silné a sjednocené, aby si vynutilo provedení důsledků z nazírání, které již proniklo i do kolektivní smlouvy

³ Article 227 of the Treaty of Versailles:

„The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.“

⁴ Article 228 of the Treaty of Versailles:

The German Government recognizes the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities. Article 229 of the Treaty of Versailles:

Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power.

Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned.

In every case the accused will be entitled to name his own counsel.

mezinárodní.“⁵ „Nekonanie sa procesu“ mohlo súvisieť aj so svetovou verejnou mienkou. Základným dôvodom však zrejme bolo, že Nemci chceli zabrániť vydaniu zločincov, ktorí boli na zozname zostavenom Spojencami (Liste des personnes désignées par les Puissances Alliées pour être livrées par l'Allemagne en exécution des articles 228 à 230 du Traité de Versailles et du Protocole du 28 juin 1919). Energickými pokusmi o revíziu Versailleskej zmluvy sa im najprv podarilo oddialiť vydanie. Umožnila im to nejednotnosť Spojencov: Najmä Briti časom netrvali na pôvodnom zozname požadovaných zločincov a britská vláda bola ochotná urobiť čiastočnú revíziu. Čo sa týka Francúzov, tí takémuto kompromisu naklonení neboli. Problém mala vyriešiť konferencia Spojencov, ktorá sa konala v polovici februára 1920 v Londýne. Tým, že sa na konferencii nezúčastnili Spojené štáty americké, kľúčovú rolu zohralo na strane víťazov stojace Taliansko, ktoré naklonilo vážky rozhodnutia na britskú stranu. Návrh Britov znel: vykonať proces s vojnovými zločincami na nemeckom vnútroštátnom súde. Spojenci sa tiež zriekli možnosti do procesu nejakým spôsobom zasahovať. S výnimkou, že by procesy neboli vedené riadne a neboli uložené riadne tresty.

Následne sa od januára 1921 do novembra 1922 konalo na Ríšskom súde v Lipsku celkovo 17 procesov s vojnovými zločincami. Tieto, ako aj ďalšie až do roku 1927, však nenaplnili očakávania ohľadom potrestania medzinárodných zločincov.⁶

V medzivojnovom období, najmä v rokoch 1924 – 1938, bolo vypracovaných niekoľko návrhov na zriadenie medzinárodného trestného súdu zo strany nevládných organizácií ako napríklad International Association of Penal Law, International Law Association, alebo Interparliamentary Union. Žiadny z nich sa však nestal oficiálnym dokumentom. Výnimkou bol jedine návrh profesora Vespasiana V. Pellu, ktorý ovplyvnil Dohodu o predchádzaní a potláčaní terorizmu z roku 1937.⁷

Počas Druhej svetovej vojny sa otázka potrestania vojnových zločincov stala opäť aktuálnou. Už deklaráciou zo dňa 13. januára 1942 (St. James Palace) označili Spojenci „za jeden z hlavných vojnových cieľov potrestanie osôb zodpovedných za zločiny a to právnou cestou a bez ohľadu na to, či budú vinníci stíhaní ako jednotlivci alebo spoluzodpovední za zločiny, bez

⁵ Hobza, cit. dielo, s. 153.

⁶ Bližšie pozri Hankel, G.: Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg. Hamburg : HIS, 2003.

⁷ Politickým podnetom k jeho vypracovaniu bol atentát bulharského teroristu Vlada Černožemského v roku 1934 v Marseille, ktorého obeťou sa stal juhoslovanský kráľ Alexander I. Karadžordžević. Bližšie pozri napr. Saul, B.: The Legal Response of the League of Nations to Terrorism. In: Journal of International Criminal Justice, 2006, vol. 4, č. 1, s. 78-102.

ohľadu na to, či konali na základe rozkazu alebo na vlastnú zodpovednosť alebo sa len na zločinoch podieľali“. V októbri 1943 bola sedemnástimi štátmi, ktoré sa nachádzali vo vojnovom stave s Nemeckom, zriadená Komisia Spojených národov pre vojnové zločiny.

Ďalej nasledovala Moskovská deklarácia z 30. októbra 1943, týkajúca sa „zodpovednosti hitlerovcov za spáchané zverstvá“, v ktorej veľmoci nepripúšťali pochybnosti o tom, že sa budú konať procesy.⁸ Sovietske, americké a anglické predstavy sa však celkom nezhodovali: na Teheránskej konferencii (28. november – 1. december 1943) požadoval Stalin zastrelenie päťdesiatitisíc nemeckých dôstojníkov, politikov a sympatizantov, Churchill však túto myšlienku energicky odmietal. V porovnaní s požiadavkou „zastrelit’ všetkých vinníkov“ bol pre západných spojencov prijateľnejší akýkoľvek súdny proces.⁹

Za niekoľko týždňov zahájil Sovietsky zväz bez spoluúčasti ostatných Spojencov takzvaný „charkovský proces“, prvý verejný protinemecký proces s vojnovými zločincami. Obžalovaní boli traja nemeckí vojaci zajatí v Stalingrade. Proces začal 16. decembra 1943 a skončil po dvoch dňoch vynesením rozsudkov smrti obesením, ktoré boli vykonané verejne. Podľa moskovského rozhlasu bola poprava vykonaná v prítomnosti 40 tisíc divákov.¹⁰

Spojené štáty následne iniciovali zriadenie spoločného súdu víťazných mocností. 2. mája 1945 menoval nový americký prezident Harry Truman sudcu Najvyššieho súdu Spojených štátov Roberta Jacksona za splnomocnenca pre rokovanie s ostatnými veľmocami a šéfom zboru amerických žalobcov. V správe zo dňa 6. júna 1945 mu Jackson predložil plán hlavného norimberského procesu a načrtol už základné body obžaloby i hlavné právne problémy. V bode VII Postupimského protokolu potvrdili víťazné mocnosti svoj zámer postaviť nemeckých vojnových zločincov „pred rýchly a spravodlivý súd. Dúfajú, že rokovania v Londýne povedú k rýchlej dohode slúžiacej tomuto účelu, a považujú za záležitosť najväčšej

⁸ Bližšie pozri Declaration of atrocities made at the Moscow conference, October 1943: „... Let those who have hitherto not imbued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusers in order that justice may be done. ...” Online:

<http://www.ess.uwe.ac.uk/documents/moscwdecl.htm>

⁹ Bližšie pozri Tehran Conference: Tripartite Dinner Meeting. Online: <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=906>

¹⁰ Bližšie pozri Kochavi, A. J.: The Moscow Declaration, the Kharkov Trial, and the Question of a Policy on Major War Criminals in the Second World War. In: History, 1991, vol. 76, č. 248, s. 401 – 417.

dôležitosti, aby sa proces s týmito hlavnými zločincami konal v čo najbližšom možnom termíne.“¹¹

Tak sa prvou skutočne fungujúcou súdnou inšinciou trestajúcou medzinárodné zločiny stal Medzinárodný vojenský tribunál v Norimbergu, zriadený na základe Londýnskej dohody z 8. augusta 1945. Jeho súčasťou bola Charta Medzinárodného vojenského tribunálu, ktorá prvýkrát aj spresňovala a kategorizovala medzinárodné zločiny. V januári 1946 bola následne prijatá obdobná Charta pre Medzinárodný vojenský tribunál pre ďaleký východ v Tokiu.¹²

Zriadenie týchto tribunálov bolo od samotného počiatku široko diskutované tak v rámci právnej vedy, ako aj laickej verejnosti.¹³ Na jednej strane sa možno stretnúť s názormi hodnotiacimi činnosť Tribunálu pozitívne, na strane druhej sa hovorí o výkone „spravodlivosti víťazov“.¹⁴

Medzinárodný vojenský tribunál v Norimbergu

Zakladajúcim dokumentom Medzinárodného vojenského tribunálu bola Charta Medzinárodného vojenského tribunálu z roku 1945.

Podľa článku 2 Charty tvorili Tribunál štyria sudcovia menovaní víťaznými veľmocami. Podľa článku 4 ods. 4 dospieval Tribunál k rozhodnutiu väčšinou hlasov. Za predsedu Tribunálu bol zvolený britský sudca Geoffrey Lawrence. Ďalšími členmi boli Američan Francis Biddle, Francúz Henri Donnedieu de Vabres a za Sovietsky zväz Iona Timofjevič Nikitčenko.

Hlavnými žalobcami boli: sudca Najvyššieho súdu USA Robert Jackson, sir Hartley Shawcross za Veľkú Britániu, François de Menthon za Francúzsko a Roman Andrejevič Rudenko za Sovietsky zväz.

Trestné činy, ktoré mal Tribunál stíhať, boli vymedzené v článku 6 Charty:

¹¹ „... Die drei Regierungen bekräftigen ihre Absicht, diese Verbrecher einer schnellen und sicheren Gerichtsbarkeit zuzuführen. Sie hoffen, daß die Verhandlungen in London zu einer schnellen Vereinbarung führen, die diesem Zwecke dient, und sie betrachten es als eine Angelegenheit von größter Wichtigkeit, daß der Prozeß gegen diese Hauptverbrecher zum frühestmöglichen Zeitpunkt beginnt.“ ...“ Online: <http://www.documentarchiv.de/in/1945/potsdamer-abkommen.html>

¹² K tomu bližšie pozri napr. Osten, Philipp: Der Tokioter Kriegsverbrecherprozeß und die japanische Rechtswissenschaft. Berlin : BWV, 2003.

¹³ Spomienky účastníkov i názory právnej vedy sú pomerne reprezentatívne obsiahnuté v zborníku Mettraux, G. (ed.): Perspectives on the Nuremberg Trial. Oxford : Oxford University Press, 2008.

¹⁴ Takto sa vyjadril Hermann Göring ešte pred začatím procesu. Pozri Gilbert, G. M.: Norimberský deník. 2. vydanie. Praha : Mladá fronta, 1971, s. 15.

a) zločiny proti mieru: osnovanie, príprava, podnecovanie alebo podniknutie útočnej vojny alebo vojny porušujúcej medzinárodné zmluvy, dohody alebo záruky, alebo účasť na spoločnom pláne alebo spiknutí za účelom uskutočnenia ktoréhokoľvek z vyššie uvedených činov;

b) vojnové zločiny: porušenie zákonov vojny alebo vojnových zvyklostí. Medzi tieto porušenia patrí vražda, zlé nakladanie 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 nakladanie s nimi, vraždenie rukojemníkov, plienenie verejného alebo súkromného majetku, svojvoľné ničenie miest a obcí, pustošenie neodôvodnené vojenskou nutnosťou a iné zločiny;

c) 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 zeme, v ktorej boli zločiny spáchané.

Zaujímavé je, že z týchto troch skupín zločinov vyplynuli štyri body obžaloby, ktoré Briti a Američania presadili, t.j. aby bol k zločinom proti mieru, vojnovým zločinom a zločinom proti ľudskosti pridružený ešte zločin „spiknutia“, teda spoločného zosnovania zločinov. Veľmi im záležalo na tom, aby tu bola zakotvená trestnosť „conspiracy“. Rozsudok však bral na tento bod obžaloby len malý zreteľ.

Obžaloba bola vznesená 6. októbra 1945, súdny proces začal 20. novembra 1945 a bol ukončený vynesením rozsudkov 1. októbra 1946.¹⁵ Tie zneli nasledovne:

Trest smrti

Martin Bormann – vodcov tajomník (odsúdený in absentiam)

Hermann Wilhelm Göring – ríšsky maršal a veliteľ letectva

Joachim von Ribbentrop – ríšsky minister zahraničných vecí

Wilhelm Keitel – poľný maršal a náčelník štábu vrchného veliteľstva

Ernst Kaltenbrunner – poľný maršal a šéf bezpečnostnej služby

¹⁵ Bližšie pozri protokoly z procesu Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, 14. November 1945 - 1. Oktober 1946. [amtlicher Text in deutscher Sprache] 1. Band. Nürnberg : International Military Tribunal, 1947.

Alfred Rosenberg – minister pre okupované východné územia, ideológ strany

Hans Frank – guvernér Poľska

Julius Streicher – majiteľ a vydavateľ protižidovských novín Der Stürmer

Fritz Sauckel – splnomocnenec pre nasadenie pracovných síl

Alfred Jodl – náčelník Operačného štábu Vrchného veliteľstva brannej moci, rehabilitovaný 1953

Wilhelm Frick – minister vnútra a ríšsky protektor v Čechách a na Morave

Arthur Seyss-Inquart – guvernér Rakúska a holandský komisár

Doživotie

Rudolf Hess – Hitlerov zástupca a vodca NSDAP

Walter Funk – minister hospodárstva

Erich Raeder – veľkoadmirál a vrchný veliteľ námorníctva

20 rokov

Baldur von Schirach – vodca združenia nacistickej mládeže Hitler-Jugend

Albert Speer – Hitlerov architekt a minister zbrojnej výroby

15 rokov

Konstantin von Neurath – minister zahraničia do roku 1938, prvý protektor Čiech a Moravy

10 rokov

Karl Dönitz – admirál a Hitlerov nástupca vo funkcii hlavy štátu

Zastavenie trestného stíhania

Gustav Krupp von Bohlen und Halbach – riaditeľ koncernu Krupp, stíhanie zastavené pre vysoký vek a neuspokojivý zdravotný stav

Robert Ley – vedúci Deutsche Arbeitsfront (Nemeckého pracovného frontu), spáchal samovraždu ešte pred začiatkom hlavného pojednávania

Oslobodení

Hjalmar Schacht – prezident ríšskej banky, minister hospodárstva do roku 1937

Hans Fritzsche – vedúci ríšskeho rozhlasu

Franz von Papen – bývalý kancelár, veľvyslanec v Rakúsku a v Turecku

Medzinárodný vojenský tribunál v Norimbergu bol svojim vznikom a fungovaním jedinečnou inštitúciou, ktorá nemala priameho nástupcu. Jeho existencia (pokiaľ hovoríme o ich zakladajúcich dokumentoch a rozsudkoch) výrazne obohatila medzinárodné právo jednak zavedením katalógu zločinov podľa medzinárodného práva, ako aj presadením princípu individuálnej zodpovednosti podľa medzinárodného práva. Na základe toho sa potom podľa doktrinálnej predstavy stal jednotlivec subjektom medzinárodného práva (i keď v relatívne obmedzených parametroch). Ďalší vývoj medzinárodného trestného práva v rokoch „studenej vojny“ bol charakteristický stagnáciou, a to tak v oblasti právnej, ako aj inštitucionálnej regulácie.

Napriek tomu možno skonštatovať, že vytvorenie a činnosť Medzinárodného trestného tribunálu sa stali vzorom pre tieto medzinárodné dokumenty:

- Dohovor o genocíde (1948)
- Všeobecná deklarácia ľudských práv (1948)
- Norimberské princípy (1950)
- Dohovor o nepremlčateľnosti vojnových zločinov a zločinov proti ľudskosti (1968)
- Ženevský dohovor na ochranu obetí vojny (1949) a jeho dodatkové protokoly z roku 1977

V žiadnom z nasledujúcich prípadov, v ktorých bolo možné hovoriť o zločinoch podľa medzinárodného práva, však nedošlo k zriadeniu medzinárodného trestného súdu. Prielom priniesla až frustrácia medzinárodného spoločenstva z hromadného vraždenia, „etnických čistiek“ a ďalších zločinov spáchaných na území bývalej Juhoslávie v rámci konfliktov, ktoré vznikli po jej rozpade. Odpoveďou na tieto barbarstvá sa stalo zriadenie Medzinárodného tribunálu pre stíhanie osôb zodpovedných za závažné porušenia medzinárodného humanitárneho práva spáchané na území bývalej Juhoslávie od roku 1991. Tento tribunál vznikol na základe rezolúcie Bezpečnostnej rady OSN č. 827 z roku 1993 so sídlom v Haagu.

Obdobným spôsobom bol ako reakcia na genocídu v Rwande zriadený na základe rezolúcie Bezpečnostnej rady OSN č. 955 z roku 1994 i Medzinárodný tribunál pre Rwandu so sídlom v Arushi (Tanzánia).

Zločin podľa medzinárodného práva

Pojem „zločin podľa medzinárodného práva“ sa vo svojom klasickom ponímaní odvíja od Charty Norimberského trestného tribunálu, v zmysle ktorej sem zaradujeme tieto tri kategórie: zločiny proti mieru, vojnové zločiny a zločiny proti ľudskosti.

Prijatie Charty bolo začiatkom profilácie a spresňovania medzinárodných trestných zločinov. Už v roku 1947 bola Komisia pre medzinárodné právo poverená (rezolúcia Valného zhromaždenia OSN č. 177/II zo dňa 21. 11. 1947) úlohou vypracovať návrh dokumentu nazvaného Kódex zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva. Diskusia v Komisii sa vtedy zamerala predovšetkým na otázku, či sa zásady stanovené v rozsudku a Charte Medzinárodného trestného tribunálu stali zásadami medzinárodného práva. Komisia dospela ku kladnému záveru a v roku 1950 sformulovala Zásady medzinárodného práva uznané v Charte Norimberského tribunálu a jeho rozsudku.¹⁶

Prvý návrh samotného Kódexu zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva predložila Komisia v roku 1951, avšak k jeho prerokovaniu vo Valnom zhromaždení OSN nakoniec nedošlo a návrh bol vrátený Komisii na dopracovanie. S niekoľkými zmenami bol návrh Valnému zhromaždeniu opätovne predložený v roku 1954. Aj vtedy však bolo jeho prerokovanie odložené.

Až v roku 1978 požiadalo Valné zhromaždenie generálneho tajomníka OSN, aby vyzval členské štáty a príslušné organizácie na predloženie pripomienok k návrhu Kódexu a pripravil k tejto problematike správu. Následne poverilo Valné zhromaždenie (rezolúcia 36/106 z roku 1981) Komisiu pre medzinárodné právo vypracovaním nového návrhu Kódexu. Návrh dostal ucelené znenie nakoniec až v roku 1991.¹⁷

Jeho text obsahoval všeobecné zásady a obsiahly katalóg skutkových podstatí bez „norimberského“ rozlíšenia troch kategórií zločinov (t.j. zločiny proti mieru, zločiny proti ľudskosti a vojnové zločiny). Ako píše Šturma, „[t]áto zmena nebola popretím doterajšej klasifikácie, ale skôr odrážala rozšírenie zoznamu zločinov o niektoré nové skutkové podstaty, ktorých zaradenie mohlo vyvolávať problémy (ako napr. nedovolený obchod s drogami alebo úmyselné a ťažké poškodzovanie životného prostredia). Komisia tak zvolila pragmatické riešenie v očakávaní pripomienok zo strany

¹⁶ Mrázek, J.: K boji s mezinárodní zločinností z hlediska mezinárodního práva. Praha : Academia, 1979, s. 87 a nasl.; Klanduch, P.: Medzinárodný trestný súd a Organizácia Spojených národov. In: Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia. Bratislava : SSMP, 2006, s. 52 a nasl.

¹⁷ Bližšie pozri Mrázek, cit. dielo, s. 100 a nasl.; Šturma cit. dielo, s. 48 a nasl.; Klanduch, cit. dielo.

štátov, po ktorých vyhodnotení a zapracovaní až v roku 1994 pristúpila k prerokovaniu a prijatiu návrhu v druhom čítaní.¹⁸ To zakončila na zasadnutí v roku 1996 prijatím celého návrhu článkov Kódexu.

Kódex (ako to už vyplýva aj z jeho názvu) sa vzťahuje na zločiny proti mieru a bezpečnosti ľudstva a to bez ohľadu na skutočnosť, či takéto konania sú alebo nie sú trestné podľa vnútroštátneho práva. Základným princípom aplikácie jeho ustanovení je možnosť individuálnej zodpovednosti (čl. 2 ods. 1: Zločin proti mieru vyvoláva individuálnu zodpovednosť.). Toto pravidlo vychádza už z Charty a rozsudku Norimberského trestného tribunálu. Komisia sa odvoláva na názor Norimberského tribunálu, podľa ktorého „bolo konštatované, že medzinárodné právo sa týka konania suverénnych štátov a nestanovuje žiadny trest pre jednotlivcov ... Podľa názoru Tribunálu (tento právny názor) musí byť odmietnutý. To, že medzinárodné právo ukladá povinnosti a zodpovednosť jednotlivcom rovnako ako štátom, bolo uznané už dávno“.¹⁹

Tento princíp bol následne potvrdený v Zásadách medzinárodného práva uznaných v Charte Medzinárodného trestného tribunálu a v jeho rozsudku, rovnako aj v Štatúte Medzinárodného tribunálu pre bývalú Juhosláviu (čl. 7 ods. a čl. 23 ods. 1) a v Štatúte Medzinárodného tribunálu pre Rwandu (čl. 6 ods. 1 a čl. 22 ods. 1).

Ako to vyplýva z čl. 2 ods. 1 návrhu Kódexu, rozsah jeho pôsobnosti je obmedzený na jednotlivcov v zmysle fyzických osôb. Návrh pritom presne nerozlišuje, či sa jedná o jednotlivca so špeciálnym postavením (napr. jednotlivca konajúceho v postavení štátneho orgánu) alebo osobu bez takéhoto postavenia. Komentár k dotknutému ustanoveniu však uznáva, že „konanie, za ktoré je jednotlivec zodpovedný, by mohlo byť tiež pričítateľné štátu“, v prípade, že jednotlivec konal ako „orgán štátu“, „v záujme štátu“, „menom štátu“ alebo ako orgán de facto, bez akejkoľvek formálnej právomoci.²⁰ Z tohto dôvodu bol do Kódexu preto zaradený článok 4 (Zodpovednosť štátov), ktorý stanovil, že trestná zodpovednosť jednotlivcov za zločiny proti mieru a bezpečnosti ľudstva „nijakým spôsobom nebráni zodpovednosti štátov podľa medzinárodného práva.“²¹

Istú výnimku z tejto koncepcie (t.j. že zločin proti mieru môže každý jednotlivec) tvorí trestný čin agresie. V zmysle ustanovenia článku 2 ods. 2 v spojitosti s článkom 16 Kódexu nesie zodpovednosť za zločin agresie

¹⁸ Šturma, cit. dielo, s. 49.

¹⁹ Pozri Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgement, United States Government Printing Office, Washington, 1947, s. 52. Podľa Šturma, cit. dielo, s. 54.

²⁰ YILC, 1996, vol. II (Part Two), s. 19, § 4. Podľa Šturma, cit. dielo, s. 54.

²¹ YILC, 1996, vol. II (Part Two), s. 23. Podľa Šturma, cit. dielo, s. 54.

nesie ten, kto ako vodca alebo organizátor nariadi, alebo sa aktívne podieľa na plánovaní, príprave, zahájení či vedení agresie spáchanej štátom. Tu má uvedené konanie špecifickú povahu a môže byť spáchané len jednotlivcami, ktorí sú agentmi a ktorí uskutočňujú svoju právomoc vydávať rozkazy, pričom využívajú prostriedky, ktoré majú k dispozícii, na spáchanie tohto zločinu.²²

Pri ostatných zločinoch (zločin genocídy, zločin proti ľudskosti, zločin proti Spojeným národom a pridruženému personálu, vojnový zločin) sa zdá, že ich môže spáchať každý jednotlivec. V skutočnosti sa však tento predpoklad relativizuje v článku 2 ods. 3, na základe ktorého sa zdá, že vo väčšine prípadov bude páchatelom všetkých zločinov podľa Kódexu osoba, ktorá vystupuje (i keď len fakticky) v postavení štátneho orgánu. Konkrétne je tu ustanovené, že jednotlivec je zodpovedný za spáchanie niektorého z uvedených zločinov, ak:

- ho spácha úmyselne;
- nariadi spáchanie takého zločinu, ku ktorého spáchaniu skutočne dôjde alebo dôjde k jeho pokusu;
- nezabráni alebo nepotrestá spáchanie takéhoto zločinu za okolností stanovených v článku 6 Kódexu;
- napomáha, podnecuje alebo inak pomáha, priamo či nepriamo, pri spáchaní takého zločinu, a to vrátane poskytnutia prostriedkov na jeho spáchanie;
- sa priamo podieľa na plánovaní zločinu alebo spolčení za účelom spáchania zločinu, ku ktorého spáchaniu skutočne dôjde;
- priamo a verejne nabáda iného na spáchanie zločinu, ku ktorého spáchaniu skutočne dôjde;
- pokúsi sa spáchať taký zločin tým, že začne konať spôsobom naplňujúcim skutkovú podstatu zločinu, ktorého uskutočnenie však nie je dokonané vzhľadom na okolnosti nezávislé na jeho úmysloch.²³

K tomu je asi nutné dodať, že článok 7 Kódexu, v nadväznosti na Chartu a rozsudok Norimberského trestného tribunálu deklaruje plnú zodpovednosť jednotlivca konajúceho v postavení štátneho orgánu: „úradné postavenie jednotlivca, ktorý spácha zločin proti mieru a bezpečnosti ľudstva, aj keď

²² Porovnaj YILC, 1996, vol. II (Part Two), s. 19, § 5. Podľa Šturma, cit. dielo, s. 55. Bližšie k celkovej konštitúcii agresie ako zločinu proti medzinárodnému právu pozri Galdunová, K.: Trestný čin agresie. In: Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia. Bratislava : SSMP, 2006, s. 79 a nasl.

²³ Pozri článok 3 Kódexu.

konal ako čelný predstaviteľ štátu alebo vlády, nie je prekážkou jeho trestnej zodpovednosti a neslúži ani ako poľahčujúca okolnosť.“

Paralelne s procesom prípravy Kódexu zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva sa Komisia zaoberala i otázkou návrhu Štatútu medzinárodného trestného súdu. Jeho prijatie v roku 2002 sa nakoniec stalo zavŕšením snáh o vytvorenie stálej inštitúcie, ktorá by trestala medzinárodných zločincov.

Literature:

- Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, 14. November 1945 - 1. Oktober 1946. [amtlicher Text in deutscher Sprache] 1. Band. Nürnberg : International Military Tribunal, 1947.
- Galdunová, K.: Trestný čin agresie. In: Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia. Bratislava : SSMP, 2006.
- Gilbert, G. M.: Norimberský deník. 2. vydanie. Praha : Mladá fronta, 1971.
- Hankel, G.: Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg. Hamburg : HIS, 2003.
- Hobza, A.: Přehled mezinárodního práva válečného. Praha : Všehrd, 1946.
- Klanduch, P.: Medzinárodný trestný súd a Organizácia Spojených národov. In: Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia. Bratislava : SSMP, 2006.
- Kochavi, A. J.: The Moscow Declaration, the Kharkov Trial, and the Question of a Policy on Major War Criminals in the Second World War. In: History, 1991, vol. 76, č. 248, s. 401 – 417.
- Mettraux, G. (ed.): Perspectives on the Nuremberg Trial. Oxford : Oxford University Press, 2008.
- Mrázek, J.: K boji s mezinárodní zločinností z hlediska mezinárodního práva. Praha : Academia, 1979.
- Osten, Philipp: Der Tokioter Kriegsverbrecherprozeß und die japanische Rechtswissenschaft. Berlin : BWV, 2003.

*Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1*

- Saul, B.: The Legal Response of the League of Nations to Terrorism. In: Journal of International Criminal Justice, 2006, vol. 4, č. 1, s. 78-102.
- Šturma, P.: Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha : Karolinum, 2002.

Contact – email

daniel.kroslak@gmail.com

JUSTICE AS PRINCIPLE OF LAW CREATING IN LITHUANIA

LINAS BAUBLYS

Mykolas Romeris University, Lithuania

Abstract in original language

Contradiction of justice and law is a classical problem of legal and philosophical discourse. Evidently, that all classical thinkers (from Plato till Thomas Aquinas) believed in existence of some particular idea of justice. But some periods in thinking process (i.e. rationalism, empirism) and some historical events (i.e. Jan Huss process, 2 World wars) completely changed the definition of justice and also understanding of contradiction of justice and law. The goal of this article is to show how these scientific and historical changes influenced Lithuanian legal practice and legal doctrine. One of legal example of problematic of contradiction of justice and law is the process of the restitution of nationalized private property rights in Lithuania after regaining independence in 1990. One of political example of the relativity of justice is the process of impeachment to the one member of the Parliament of the Republic of Lithuania. The analysis of those examples show what a problem exists in the moral and legal consciousness and also in the jurisprudence of Lithuania. One of sources of this problem is scientific and historical changes of XIX and XX centuries.

Key words in original language

Justice; Justice and law contradiction; Valuable relativism; Legal practice; Legal discourse.

Contradiction of justice and law is a classical problem of legal and philosophical discourse. That's dogmatic that justice was the point of interest more than 2000 years in works of Hesiod (Works and days), Plato, Aristotle, stoics, Cicero, Ulpian, Augustine, Thomas Aquinas, Thomas Hobbes, John Locke, David Hume, John Rawls etc. Evidently, that all these classical thinkers believed in existence of some particular idea of justice.

But some periods in thinking process (i.e. rationalism, empirism, positivism) and some historical events (i.e. Jan Huss process, 2 world wars) completely changed the definition of justice and also understanding of justice and law contradiction.

Scientifically changes in the definition of justice was clearly pronounced in the conception of legal positivism from XIX century in works of J. Bentham, J. Austin, H. Kelsen, H.L.A. Hart etc¹. Legal positivism "states

¹ Rüthers B. Das Ungerechte an der Gerechtigkeit: Defizite eines Begriffs. Zürich, 1991, p. 7–16.

that there is no inherent or necessary connection between the validity conditions of law and ethics or morality. Therefore, in legal positivism, the law is seen as being conceptually separate (though of course not separated) from moral and ethical values, and it simply sees the law is posited by lawmakers, who are humans. It should be noted that although a positivist's view of law is that it is ultimately a matter of human custom or convention, this does not entail or presuppose that positivists endorse laws of any particular content, or the view that valid law is always to be obeyed by citizens or applied by judges. The positivist argument is solely about the nature of law as a human institution”².

Historical changes of XX century and their impact to justice as one of great human idea was clearly pronounced by J.-F.Lyotard, who wrote about the collapse of the “Grand Narrative”: “these meta-narratives - sometimes 'grand narratives' - are grand, large-scale theories and philosophies of the world, such as the progress of history, the know ability of everything by science, and the possibility of absolute freedom. Lyotard argues that we have ceased to believe that narratives of this kind are adequate to represent and contain us all. We have become alert to difference, diversity, the incompatibility of our aspirations, beliefs and desires, and for that reason post modernity is characterized by an abundance of micro narratives”³.

It means that modern justice conception is influenced by valuable relativism (i.e. euthanasia, abortion, cloning, homosexuality, set of taxes, even the judgment of the court).

How these scientific and historical changes influenced Lithuanian legal practice and legal doctrine is one of my scientific interests and also aim of this article.

I'd like to produce some legal and political examples.

First of them is the process of the restitution of nationalized private property rights (that the Soviet Union had abolished in 1940 and 1944) in Lithuania after regaining independence in 1990.

European foundation of restitution is Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, Article 1 of Protocol No.1 provides as follows: “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law”.

² http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_positivism

³ http://en.wikipedia.org/wiki/Jean-Fran%C3%A7ois_Lyotard#The_collapse_of_the_Grand_Narrative.22

The Parliament of the Republic of Lithuania legalized the restitution in “The Restitution of Property Act” of 1991.

It means that the Republic of Lithuania has obligated to protect the breached rights. Though, it is necessary to emphasize that it had a right not to do so as well, because The European Court of Human Rights has already pointed out the fact “that the state has no such duty as to return the nationalized property. However, if the state is able to shoulder this kind of duty, the individual has all the chances to defend his rights according to the Article 1 of Protocol No.1 from the moment of recognition of the right to nationalized property”⁴.

But the problem of restitution arose, because during the 50 years the nationalized houses were rented by other people who often did not know about the nationalization. So unconditional restitution would mean that these innocent people were sent out of their houses into the street. Thus, unconditional restitution would be unjust as well.

This question reached the Constitutional Court of the Republic of Lithuania and it expressed in its decree as follows:

“Upon nationalization and socialization in other unlawful manner of land, banks, heavy industry, other property, including residential houses, carried out of occupation government, the human natural rights to possess private property was denied. The property illegally disseized from did not become state property and it is to be considered disposed of by the state only in fact”⁵.

Nevertheless, taking into account the changed relations of legal property during these 50 years, the Constitutional Court pointed out that “the owners of nationalized property are not recognized as proprietors” though it would be followed from the earlier conclusion, that “the confiscated property did not become the state’s property.”

The Constitutional Court pointed out that:

“Justice may be implemented by ensuring the equilibrium of interests by escaping fortuity and self-will, instability of social life and conflict of interests. It is impossible to attain justice by recognizing the interests of only group or one person and by denying the interests of others at the same time. It is impossible to solve clashes of interests by making absolute the protection of rights of a person who attempts to restore the rights of

⁴ Švilpaitė E. Neišnaudotos galimybės: nuosavybės apsauga pagal Europos žmogaus teisių konvencijos Pirmąjį protokolą. Justitia, 2005 m. Nr. 1 (55), p. 44

⁵ The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania. 22. December 1995. http://www.lrkt.lt/doc_links/main.htm

ownership to residential house by getting it back in kind, and at the same time denying the right of tenants to possess a dwelling place”⁶.

It means that to attain justice in a case like that we have to strive for equilibrium of interests. The consequences of such solution was that restitution doesn't make place. It means that the people who lost their property until now doesn't have possibility to rebuilt owners rights.

As a prove, there can be given an example of one particular case, which has reached The European Court of Human Rights⁷. In that case it is specified that the owners of the nationalized property have handed an application for the return of the property held by state, but the judgment on their behalf was accepted only in year 2000 and only in the Supreme Court of Lithuania. Despite of the fact the institutions which were responsible for the restitution were not able to return the property and as a consequence the case reached The European Court of Human Rights in 2004. Thereby, rises a reasonable question, what is the commitment to return the nationalized property, worth? Citizens, who have already suffered from occupation authority, suffers once more for it's own – native country, Lithuania, because they are forced to litigate with it in courts for even more than ten years⁸.

To understand this problem we should ask the main question:

- Can equilibrium of interests be achieved in this case without restitution?
- Also we should ask other questions:
- Does it mean that the people who's property was nationalized are only the equal side of the interests?
- Does it mean that problem should be solved by compromise or equilibrium of interests?
- Does it mean that robbed people demand to restore their property without compromise is regarded as unjust?

To my opinion, the Constitutional Court's mistake is the proposition that the restoration of nationalized property is only a question of equilibrium of interest. In this case to achieve justice, firstly we should talk about

⁶ Ibid.

⁷ The ruling of the European Human Rights Court. Užkurėlienė v. Lithuania, no. 62988/00, ECHR 7 April 2005 <http://www.echr.coe.int/eng/Press/2005/April/Announcejudgments5-7042005.htm>

⁸ Ibid.

restitution, i.e. eliminating consequences of legal delict, not about compromise. The compromise of interest, i.e. protection of tenants, should be discussed only on the second place.

This problem could be solved:

- By recognizing the owners as aggrieved party and restoring their rights of ownership.
- By protection the rights of tenants, i.e. provide guaranties from wanton eviction till obtaining other or their own domicile.

The more interesting situation is in our neighboring country.

In 1917, a property was nationalized in Belarus. The law of privatization was passed in 1993. A citizen whose property was nationalized in 1917, in 1993 was still living in his house as a tenant. He appealed to the government institutions, asking to restore his property. The answer by the Court was that the citizen must acquire his lodging in common order⁹. Thus, the Constitutional Court let the citizen to buy his home from the state, that some years ago took his home from him.

One more legal example - the case V.Landsbergis vs. UAB „Ūkininko patarėjas“¹⁰.

Claimant V.Landsbergis has made a requirement that the announcement of the local newspaper „Ūkininko patarėjas“ which has accused him of stealing from Lithuania and „Mažeikių nafta“ and reselling to the Russia, should be recognized unfaithful and humiliating his as a human's honour and dignity. Claimant motivated his demand, by explaining that he certainly did not steal from Lithuania and „Mažeikių nafta“ and did not resell anything to Russia as well, and calling him a „theft“ was qualified by the claimant as an insult of his honour and dignity¹¹.

It is essential to stress that the claimant motivated his requirement by the decision No.1 made by the judges of the Supreme Court of Lithuania, which provides applying norms of the Civil Code, by defending human's honour and dignity civil cases, where is stated: “whether the broadcasted information are humiliating or not, should be proved by the claimant. Characteristics of the broadcasted information is not being determined, when the used words, are without a doubt humiliating. Definitions “theft”,

⁹ Bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Belarus. Minsk, 2005'4

¹⁰ The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania.
http://www.lat.lt/4_tpiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=27663

¹¹ Ibid.

“cheater”, “drunkard” etc., in society are usually interpreted homologous and spreading them to sensible and moral individuals certainly creates a negative opinion of the person”¹².

However, when this case was heard in the courts of Lithuania , it was clarified that all those affirmations which are understood in society homologous, and impacts the sensible and moral individuals in a negative way , do not always understood homologous in the courts. The court of first instance claimant’s accusation of being a “theft“ found unfaithful and his - V.Landsbergis, dignity and honour humiliating information. Court has explained his arguments by the practice of The Supreme Court. But the court of Appeal Court overruled the judgment made by the court of the First instance. Such a reasoning for determined judgment are completely complicated and uncertain¹³. That was also admitted by the Court of Cassation, which overruled the decision of the Appeal Court and stated, that the judgment of the court of the first instance is lawful and there can not be any disagreements¹⁴.

This case proves, that even visible expressions in the jurisprudence of Lithuania Courts sometimes can be recognized relatively.

Some more political examples.

The member of the Lithuanian Republic Parliament A. Butkevičius was sentenced to commit a crime for corruption. But when the Court decision came into force, the Parliament did not take away the deputy’s mandate because while voting there were not enough votes. So being in prison, he further was left the representative of nation. While being in prison! By the way, he was my representative, because he was selected in my electoral district.

A puppet government was established when the Red Army occupied Lithuania in the 1940s. Its leader J. Paleckis signed the treaty and proclaimed “The Declaration of signing up the Union of the Soviet Republics”¹⁵.

¹² The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania.
http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=26782

¹³ The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania.
http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=27663

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Lietuvos įstojimo į Sovietų Socialistinių Respublikų Sąjungos sąstatą deklaracija. *Vyriausybės žinios*. 1940, Nr. 719-5744

In the 1990s, when Lithuania restored its independence, the Parliament of the Republic of Lithuania passed the law that this “declaration” was acknowledged as unlawful.

However, the author’s son of this Declaration of the Puppet Government in 2004, when the Lithuania Republic became the member of the European Union, was elected as Lithuania representative member of European Parliament. So he holds one of the highest posts in foreign policy. In second time he was elected in 2009.

These and many other legal, political, economic etc. examples bring such conclusions:

1. The philosophic, moral, political etc. problem of definition of justice takes part in the law creation and judgment of Lithuania.
2. The conceptual problem of valuable relativity determines that the concrete problems and concrete legal cases becomes unresolved.
3. Therefore, many people in Lithuania do not trust in Justice.

Literature:

- Bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Belarus. Minsk, 2005’4
- http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_positivism
- http://en.wikipedia.org/wiki/Jean-Fran%C3%A7ois_Lyotard#The_collapse_of_the_22Grand_Narrative.22
- Lietuvos įstojimo į Sovietų Socialistinių Respublikų Sąjungos sąstatą deklaracija. Vyriausybės žinios. 1940, Nr. 719-5744
- Rüthers B. Das Ungerechte an der Gerechtigkeit: Defizite eines Begriffs. Zürich, 1991, p. 7–16.
- Švilpaitė E. Neišnaudotos galimybės: nuosavybės apsauga pagal Europos žmogaus teisių konvencijos Pirmąjį protokolą. Justitia, 2005 m. Nr. 1 (55), p. 44
- The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania. 22. December 1995. http://www.lrkt.lt/doc_links/main.htm
- The ruling of the European Human Rights Court. Užkurėlienė v. Lithuania, no. 62988/00, ECHR 7 April 2005

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

<http://www.echr.coe.int/eng/Press/2005/April/Announcejudgments5-7042005.htm>

- The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania.
http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=27663
- The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania.
http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=26782

Contact – email
temis@mruni.eu

DURATION, SPATIALITY AND ENFORCEABILITY OF LAW

CLAUDIU MANTA

The Faculty of Juridical Sciences, University“Constantin Brancusi” Targu-
Jiu, Romania

Abstract in original language

To take effect, a law must apply to certain individuals, situated on a determined territory, and between certain periods of time, set with precision or using as a general mark an indefinite period of time, its purpose being deducted from the point of view of the evolutions in the society or changing the political regimes.

Key words in original language

Law; political regim; abolition of the law.

To take effect, a law should apply to determined individuals, that belong to a given territory and in certain time, set with precision and using like a general marker indefinitely, its aims are supposed to be deducted by light of the evolution of society or political regimes change.

Subsection A. Duration of law

Analyzing retrospectively we observe that in the course of time, there were laws, which lasted very long. The law of 12 Plates was in force, with some amendments, more than a millennium. Now the default rate of elaboration of laws and default of the neutralization of their effects, by leaving the force has accelerated greatly. Low cadence of issuing laws can be explained by the slowness of socio-economic transformations. Oligarchy administration of ancient Greek claimed that "who dared to propose a new law should appear in public with halter neck. If the law fell the introducer was hanged on spot."¹ Note this is a sacralization of the existing legislation at that time. Nobody needs to arrogate the responsibility of, let's say legislative initiative, and if someone dare to support the need for some regulations takes a huge risk, that of losing their lives if, in the reaction towards its boldness it was an adversative one.

The force of a law is manifested between the two chronological marked dates: date of entry and date of exit of force. Social facts committed before the first moment or after consuming the second one are not applied the law.

¹ Popa Nicolae, Eremia Mihail – Constantin, Cristea Simona - General Theory of Law, op. cit. p.148; considering how many legislative projects does not stir the sympathy of the population, such legislation today would leave the Parliaments empty, the chosen ones being required to account for the inadvertence of election promises and their work deployed in the service of citizens.

Force of the law is the same throughout the period, in which the legislative act is into force and whenever it meet the conditions of law implementation, it will apply equally, whether it be at the beginning of the period, that is into force² or the day before its exit of force.

Date, on which a law entries into force, is set ordinarily when it is notified to the citizens. Doctrine and jurisprudence have established three criteria reporting the entry into force. After the first criterion, each state organization disposes by fundamental law or other given laws, on which the normative act, after it has traversed all the procedural steps entries into force. In our country, under the Constitution, a law entries into force three days after publication in the Official Gazette. After another criterion, coming into force is provided, expressly by the law published as being thereafter the publication in the Official Gazette, with a clear period of more than three days. Third of all, public disclosure, which is related, also the entry into force of the law³ can be done through a variety of forms and official documents according to specific features. The period of three days stipulated by Romanian positive law is calculated on calendar days as opposed to legal terms, calculated on days off and starts from the day of law publication in the Official Gazette, up to the hour 24 of the third day elapsed from the publication.⁴

Once entered into force, the law is applicable *ex nunc*, not for other events produced before its appearance, but with these exceptions: the notions of penal policy, when a crime committed before the appearance of a criminal law, but after its appearance, the regime of impunity for this is gentle, the new law retrospectives being applicable to that criminal offense; when the Parliament released a law, whose sense is not very clear, legislative authority will release a new legal document called, for interpretation and which logically will produce effects, retroactively from the date of the generation of interpretable law, because the legislative forum did not alter the original law, but only to interpret, providing additional explanations; third case of retroactivity is met, when a law expressly indicates, that will be applied to other situations (cases, circumstances) occurred before its appearance.⁵ It is recommended however that in a democratic society, the legislative power < exempt> the legislative system from those normative regulations.

End of the applicability of a law coincides with its exit of force. There are three ways for cessation of a law activity:

- fulfillment of term;

² Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, Ed. All- Beck, Bucharest, 2003, p. 404-405

³ Motica I. Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, Ed All-Beck, Bucharest, 2001, p97

⁴ Popa Nicolae, Eremia Mihail-Constantin, Cristea Simona - General Theory of Law, o.p. p149

⁵ Motica I. Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, op. cit. p97

- obsolescence;
- abolition.⁶

The completion of term implies that the law in question includes in its content a provision, where through establishes its validity. In the fulfillment of this period, the respective law shall cease to be active; its provisions automatically emerge in force without the need for any formality.

Obsolescence is another situation, whereat a law ceases to be applicable. Although the law in question, has not provided any term for exit of force, or if, it stipulated but has not reached it and although it is not submissive to repeal, however, the normative act issued a period of time before, by the legislative authority and entered into force in accordance with the legislation time, cannot produce effects because it became obsolete or surpassed by the realities of life. Obsolescence puts its mark in time on such a law, as it is not topical. To better understand this, we will consider the content of the Civil Code in force at art. 655 “the one who made against the defunct a capital charge, declared by justice being calumnious.”⁷ The present regulation represents, one of the three cases of deceased’s estate unworthy. Through Decree no. 6 / 1990 of the new regime installed at the head of the country, the capital punishment was abolished. How in this case an inheritance may be declared deceased’s estate unworthy, if he made a liar denounce, that attracted the author his death penalty, but the new legislation does not allow the pronouncement of such punishment, the provision of the Civil Code although being into force we can consider it obsolete.

The abolition of the law is the most common way of removal from the force. Depending on how it is displayed, the abolition may be: express and tacit, and depending on the size of legislative content out of force, the abolition can be total or partial.

The expression abolition is subdivided into direct abolition, when the new legislative act appeared to define precisely the law that is replaced and indirect, when the new normative act establishes only that its opposite provisions are out of force. The tacit abolition makes no reference to the cessation of force of other normative acts but the new appeared law juridifies otherwise that the old law did.⁸

The total abolition leads to the cessation of the effects of an entire normative act, while the partial one attracts the cessation of its action, only a part from a previous normative act. The abolition represents “an available document that can be achieved only by the state body which issued the act subject to abolition or an hierarchical body superior to this, and only by an act of the

⁶ Idem, p98

⁷ Civil Code, art.655, par. 2

⁸ Motica L Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, op. cit. p98

same legal value. (i.e. the law is repealed only by a law)".⁹ Functions of abolition in the harmonizing of legislation are: avoiding conflicts between the regulation of the old text and the new text; excluding the possibility that two laws regulate the same circumstance; the removal of un-correlation or discrepancies between laws; cosmetization of the legislative fund through the removal from action of laws, which tend or even have become obsolete, no longer being current with the legal order.¹⁰ Just like about non-retroactivity of law, we noted that there are some exceptions, such situations, that deviate from the rule are met also in case of the ultra-activity of law. One such case has in view the more favorable criminal law, that from reasons of humanistic nature of the one that legislates is applicable also after the exit of the force for the acts committed by state authorities, but unresolved by the scientific bodies, in the period when the criminal law was in force. The second case has in view the temporary criminal law, which is susceptible of application and after the completion of the period, to which was in force, only those committed and unsolved acts until the completion of that term.¹¹

Subsection B. The spatiality of law

While it is in force, a law applies in a given territory; the Romanian laws applicable in Romania, former Soviet laws apply across the USSR territory, and EU laws are put into execution within the determined space by the external borders of Member States.

By territory of the state we understand "the part of the globe, including soil, subsoil, waters and air crown, above the ground and water, on which the state exercises its sovereignty."¹² The soil represents the dry zone, over the area where people develop various activities, the subsoil represents the area located in the upper part of the earth's surface but also of the waters, waters include all rivers, lakes, interior ditches and maritime strip located along the coastline. For Romania, its width is 12 nautical miles. Although considered part of a state territory, the territorial sea must comply with the servitude of peaceful passage of vessels, of other states¹³ and the air column refers to the air space situated above the waters ground and territorial sea of a state climbed up at the lower altitude of the outer space.

The boundary between states is limited, which divides the sovereignty and authority of a state, from the one of another state. These limits are set by

9 Gorun Adrian - Philosophical foundations of law, Ed. Bibliotheca, Targoviste, p104; without the intervention of any form of abolition, practically a law is in force indefinitely, this doesn't occur if the society indifference towards its contents, so the law to descend on obsolete.

10 I. Mrejeru apud Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, op. cit. p409-410

11 Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, op. cit. p410

12 Drăganu Tudor - Constitutional law and political institutions, the elementary Treat Vol I, Ed. Lumina Lex, Bucharest, 1998, p192

13 Idem, p192

demarcation, mounds and palisades of earth or other natural signs. If the border between two states is a flowing water, the limit between countries will be established by common agreement or in the absence of agreement, the area where water depth is the widest will be considered as border. If the boundary between states is a lake, its center line will be fixed as boundary, and if, over the water, which constitutes the border a bridge is built, the border will be at the middle of that bridge.¹⁴

The principle of territoriality of the law stipulates that the state law is applied also on the surface of ships or aircraft to that state, to their own citizens. This means that on an aircraft or a spacecraft, the behavior of the ones from there is submissive to the jurisdiction of the state that owns the aircraft.¹⁵

Subsection C. The enforceability of law

Normative acts are issued for people, for people's interest and they are watching the modeling of human behavior by general rules.

In the implementation of law "in space and over the person function the territoriality principle derived from the sovereignty one - frequently called <the principle of territorial supremacy>. In its chastity, all persons (citizens or foreigners) are subject to the state in which territory it stood."¹⁶ Exceptions to the principle of territoriality are the following categories of persons, whom apply the law of its proper country, but not that of the state in which territory there are found: people, who enjoy the extraterritoriality, foreigners and stateless persons and citizens stood overseas.¹⁷

Persons that enjoy the extraterritoriality own the diplomatic immunity or are treated in the legal regime of the consuls. Diplomatic immunity involves exemption of people who formed the diplomatic body but also of those assimilated to it by state jurisdiction, on the territory where it deploys its activity. Diplomatic immunity has in its content, both materialized jurisdictional immunity, in the inviolability of persons, and inviolability of houses, namely buildings, diplomatic missions, inclusive their vehicles. If, however a person, who benefits from diplomatic immunity violates the state laws, where it exercises its diplomatic activity, the administration of that state will declare it persona non grata, which draws its recall by the state, which sent on a mission or if it does not happen, he will be expelled.¹⁸ The consulate agents of some foreign countries benefit also from some

14 Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, op. cit. p412

15If aboard of a spacecraft, national legislation it's prevail against astronauts, probably in the decade of the seventh century of the last century, in the period of hard land, a deflative behavior of one of the astronauts should be entered also in the incidence of American law, even if offense was committed on the surface of the Earth's natural satellite.

16 Gorun Adrian - Philosophical foundations of law, op. cit. p107

17 Motica L Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, op. cit. p101

18 Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, op. cit. p. 415.

privileges and set immunities, on the basis of reciprocity. Regarding the legal status of the foreign stand on the territory of another state, there are three types of governing it: a national system, based also on reciprocity, where through to the foreign, the host state gives the same rights as proper citizens, except those to elect and be elected; a special procedure by which the rights of foreigners are set specifically by international treaties or other agreements; the system of the most favored nation clause, which is the result of bipartite agreements and under which, the foreigners of a certain state stand in the territory of other countries have other facilities (customs, trade) compared to other foreigners, stand concomitant in the territory of that country.¹⁹

The application of criminal law is done also on the principle of territoriality, with three exceptions applicable to persons in accordance with following principles: the personality of the criminal law, this being the opposition to the Romanian citizen or stateless persons with residence in Romania in case that they commit some crimes, outside the country; the reality of criminal law, the laws with Romanian criminal provisions being applicable to foreigners, which outside the territory of our country have committed acts provided by the legislation of Romanian criminal law, if they were directed against any Romanian citizen or to the Romanian State; the universality of criminal law, that is applicable to foreigner, who's abroad, or to the stateless person with residence in Romania, that are committing a crime, punishable by law of the country, in whose territory the act was committed and the author is found in Romania.²⁰

Law aims to provide a social order that the entire society should benefit from on the whole but also each human individual in part. Source of misunderstandings, of conflicts and losses generated by default it is not in nature where we live, but in the way of approaching life by people. By its laws, the legal system tries to stem all these events or even reduce the weight of negative effects.

Contact – email

claudiumanta@yahoo.com

¹⁹ Motica L Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, op. cit. p. 102.

²⁰ Idem, p.103.

GESCHEITERTE MODERNISIERUNG DURCH TRANSFER: DIE ÖSTERREICHISCHE RECHTSFAMILIE UND DIE UNGARISCHE RECHTSKULTUR IM 19. JAHRHUNDERT*

NESCHWARA CHRISTIAN

Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien

Abstract in original language

Österreichs Recht hat im 19. Jahrhundert als eine der bedeutendsten europäischen Rechtsordnungen gegolten; durch den Transfer in Länder der ungarischen Krone hat sich seine räumliche Dimension seit 1849 beachtlich erweitert. Aufgrund der seit 1860 veränderten Verfassungssituation kommt es in Ungarn zur Aufhebung österreichischen Rechts, in den Nebenländern Kroatien-Slawonien und Siebenbürgen aber zu dessen Fortbildung.

Key words in original language

Rechtsüberleitung; Österreichisches Recht; Ungarische Rechtskultur; Kodifikation.

Abstract

Within the 19th century Austrian Law displayed a leading part as a supranational legal order in Europe: As a result of transferring it to the lands of the Hungarian Crown the space of validity got a remarkable expansion since 1849. The changing of constitutional basics after 1860 in Hungary was followed by the abolition of Austrian law, but in her "*partes adnexae*", Croatia-Slavonia and Transsylvania, Austrian law was kept in validity.

Key words

Legal transfer; Austrian Law; Hungarian legal culture; Codification.

* Der folgende Beitrag basiert auf einem Manuskript (im Umfang von etwa 120 Seiten), das für ein mehrbändiges Werk vorbereitet worden ist, welches aus Anlass des 200jährigen Bestandes des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 unter Mitwirkung von mehreren Mitgliedern am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte zur Drucklegung für 2011 vorbereitet wird.

1. DIMENSIONEN DER ÖSTERREICHISCHEN RECHTS-FAMILIE

1.1 UMFANG

Das österreichische Recht hat im 19. Jahrhundert neben dem französischen Recht¹ als die bedeutendste Rechtsordnung in Kontinentaleuropa gegolten; durch den nach 1849 erfolgten Transfer in Länder der ungarischen Krone hat sich die räumliche Dimension seiner Geltung beachtlich erweitert; es umfasste dadurch für etwa ein Jahrzehnt – bis zur Abtretung der Lombardei im Jahre 1859 – ein Geltungsgebiet im Ausmaß von etwa 660.000 Quadratkilometern unter Einschluss von fast 40 Millionen Einwohnern als Normunterworfenen, so dass man durchaus von der Existenz einer eigenen österreichischen Rechtsfamilie², von einem orbis iuris austriacus, in Europa sprechen konnte.

1.2 AUSBILDUNG

Den Kern dieses Rechtskreises bildete das Justizrecht, das im ausgehenden 18. Jahrhundert als politisches Instrument zum Zweck des Umbaus der Union der habsburgischen Länder zu einem gemeinsamen Staat gezielt Einsatz gefunden hat. Die in ihrer Struktur inhomogene Länderverbindung mit differenzierten Rechtstraditionen sollte auf dem Fundament des Justizrechts zu einem durch Rechtseinheit gekennzeichneten monarchischen Einheitsstaat umgeformt werden.³ Diese Zielsetzung konnte zunächst nur für einen Teil der habsburgischen Länderunion, nämlich für die deutschen Erbländer, die bis 1806 dem Verband des Heiligen Römischen Reiches angehört hatten, sowie für Galizien und die Bukowina verwirklicht werden. 1815/16 erfolgte eine erste markante Ausdehnung der Geltung österreichischer Justizgesetze auf die Lombardei und Venetien sowie Dalmatien.⁴

Der ungarische Länderkomplex – mit Ausnahme der Militärgrenze – ist dagegen von der Rechtsvereinheitlichung ausgenommen geblieben.⁵ Es war dies eine Folge der verfassungsrechtlichen Sonderstellung der ungarischen

¹ Dazu Konrad Zweigert / Hein Kötz (Hrsg.), Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996, 73 ff., insbesondere 84 ff.

² Helmut Slapnicka, Österreichs Recht außerhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraums, Wien 1973, 78.

³ Vergleiche Helmut Strakosch, Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753-1811), München 1976; detailreich: Wilhelm Brauneder, Österreichische Verfassungsgeschichte, 11. Auflage Wien 2009, 79 ff.

⁴ Wilhelm Brauneder, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, in Gutenberg-Jahrbuch, Mainz 1987, 247 f.

⁵ Dazu George Barany, Ungarns Verwaltung, in: Adam Wandruszka / Peter Urbanitsch (Hrsg.), Die Habsburgermonarchie 1848-1918, Band II (Rechtswesen), Wien 1975, 306–468, 365.

Länder im Verband des habsburgischen Gesamtstaates, die sich – vom Bestand eigener Rechtstraditionen abgesehen – vor allem auch in der Existenz von eigenen Zentralbehörden sowie einer eigenständigen Behördenorganisation auf mittlerer und lokaler Ebene manifestierte.

2. EXPANSION AUF DIE LÄNDER UNGARNS

2.1 VERFASSUNGSRECHTLICHE BEDINGUNGEN

Erst der Verlust dieser verfassungsrechtlichen Sonderstellung durch die Einbeziehung Ungarns in den Geltungsbereich der für den gesamten österreichischen Staatsverband geltenden Reichsverfassung von 1849 ermöglichte eine Ausdehnung des österreichischen Justizrechts auch auf Ungarn und seine Nebenländer Kroatien-Slawonien und Siebenbürgen.

Bis dahin hatten sich die ungarischen von den übrigen habsburgischen Ländern durch eine eigentümliche Rechtsordnung abgehoben, die im Privatrecht, besonders im Familien- und Erbrecht, durch Rechtsinstitute geprägt war, welche im Mittelalter wurzelten;⁶ dazu zählte vor allem das adelige Lehn- und Erbgütersystem mit seinem komplizierten Familien-Rückfallserbrecht, der Avitizität, welche einen freien Liegenschaftsverkehr nicht zuließ. Die ungarische Rechtsordnung bestand überdies aus einem vielfältigen Konglomerat von Rechtsquellen unterschiedlicher Qualität, zum Großteil gewohnheitsrechtlicher Herkunft, vermischt mit einer Fülle von lokalen Statutarrechten und vereinzelt Gesetzen sowie präjudiziellen Entscheidungen des ungarischen Höchstgerichts; überdies kam ergänzend noch das kanonische Recht hinzu. Dieses bunte Rechtsquellengemisch war nur zum Teil in systematischen Sammlungen erfasst, zunächst vor allem im Tripartitum aus dem 16. Jahrhundert bzw im "*Corpus Juris Hungarici*" seit dem 17. Jahrhundert.⁷

⁶ József Szalma, Parlament und Zivilgesetzgebung in Ungarn, in: Gábor Mathé / Barna Mezey (Hrsg.), Von den Ständeversammlungen bis zum parlamentarischen Regierungssystem in Ungarn. Studien zur Parlamentsgeschichte, Budapest-Graz 2001, 129–144, besonders 129–135. – Vereinzelt Versuche unter Josef II., österreichisches Justizrecht nach Ungarn zu transferieren, sind Episode geblieben: Vergleiche zum Eherecht Ferenc Mádl, Kodifikation des ungarischen Privat- und Handelsrechts im Zeitalter des Dualismus, in: Andor Csizmadia / Kálmán Kovács (Hrsg.), Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa 1848–1944, Budapest 1970, 93; Gábor Hamza, Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn, Budapest 2002, 132 ff.

⁷ János Zlinszky, Ungarn, in: Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band III (Das 19. Jahrhundert), Teil 2 (Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht), München 1972, 2149 ff., 2157, 2160 f., 2198–2200; Erich Heymann, Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn, Tübingen 1917, 9 ff.; Richard Zehntbauer, Einführung in die neuere Geschichte des ungarischen Privatrechts, Freiburg 1916, 20 f.; Carl Putz, Zur Frage der Rechts-Reception und Codification in Ungarn, Wien 1872, 53 ff.; Karl Szladits, Ungarn, in: Friedrich Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für

Bedingt durch die lang andauernde Zeit Besetzung durch die Osmanen war es in Ungarn bis zum Ende des 18. Jahrhunderts zu einem fast vollständigen Stillstand der Rechtsentwicklung gekommen; erst im Vormärz setzten auf Initiative der Stände Bemühungen um eine Modernisierung der Rechtsordnung ein; sie konzentrierten sich vor allem auf das Handelsrecht. Eine umfassende Erneuerung des Justizrechts, vor allem des Privatrechts, ist aber bis 1848 ausgeblieben.⁸ Erst in Verbindung mit den Zielsetzungen der Revolution zur Neugestaltung der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung wurde – auf der Grundlage einer eigenen Verfassung – auch für das Justizrecht eine Erneuerung ins Auge gefasst; die Hauptzielsetzung war es, eine Kodifikation des Privatrechts zustande zu bringen. Von einem Grundsatz-Beschluss über die Aufhebung der Avitizität abgesehen, konnte der Landtag aber unter den Bedingungen der Revolution dazu so gut wie keine Vorarbeiten leisten – mit dem Erlass der Reichsverfassung vom März 1849 waren sie wieder obsolet geworden.⁹

Es konnte nun aber, nachdem die Länder Ungarns dem Verband des Kaisertums Österreich verfassungsrechtlich völlig untergeordnet waren, eine Angleichung des ungarischen Justizrechts, vor allem auf dem Gebiet des Privat- und des Strafrechts an die Rechtsordnung Cisleithaniens in Erwägung gezogen werden.¹⁰ Die von der Verfassung 1849 proklamierte Rechtsangleichung¹¹ gab dann auch den Anstoß für konkrete Überlegungen zu Revision des ABGB¹² und des Strafgesetzes von 1803.¹³

das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Band I (Länderberichte), Berlin 1929, 276–286; Antal Almási, Ungarisches Privatrecht, Band I, Berlin-Leipzig 1924, 3 ff.; Sándor Plosz, Ungarns Justizwesen, in: Zeitschrift für Ungarisches öffentliches und Privatrecht (im Folgenden abgekürzt zitiert als ZUÖP), Band II (1896), 23 ff.; János Zlinszky, Die Rolle der Gerichtsbarkeit in der Gestaltung des ungarischen Privatrechts vom 16. bis zum 20. Jahrhundert, in: Jus Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, Band X (1983), 7 f., ferner Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 94 ff., 98, und Szalma, Parlament (wie Fußnote 6), 135 ff.

⁸ Hamza, Entwicklung (wie Fußnote 6), 134 ff.

⁹ Christian Neschwara, Die Geltung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in Ungarn und seinen Nebenländern von 1853 bis 1861, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung 114 (Wien-Köln-Weimar 1996), 362–376, besonders 363 f.

¹⁰ Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 100; Karl Szladits, Franz Deák und unser heutiges Privatrecht, in: ZUÖP (wie Fußnote 7), Band IX (1903), 320, 326; Szalma, Parlament (wie Fußnote 6), 136. – Ferner Zlinszky, Ungarn (wie FN 7), 2151; Verhandlungen des österreichischen verstärkten Reichsrathes 1860. Nach den stenographischen Berichten, Band II, (Neudruck) Wien 1972, 345 ff.; Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867 (im Folgenden abgekürzt zitiert als MRP), Abteilung V (Die Ministerien Erzherzog Rainer und Mensdorff), Band 4, Wien 1986, 24.

¹¹ Reichsgesetzblatt (im Folgenden abgekürzt zitiert als RGB1.) Nummer 150

¹² Neschwara, ABGB (wie Fußnote 9), 364 ff.

2.2 TRANSFER ÖSTERREICHISCHEN RECHTS SEIT 1852

2.2.1 VORBEREITUNGEN

Zur Vorbereitung der Einführung des ABGB in den Ländern Ungarns war bereits im April 1850 im Justizministerium in Wien eine Kommission eingesetzt worden, der auch Fachleute aus Ungarn beigezogen wurden. Nach ihrem Gutachten sollte eine schrittweise Adaptierung des Privatrechts vorbereitet werden – das Personenrecht, vor allem das Eherecht, hatte Priorität¹⁴, anschließend sollte das Erbrecht folgen. Bis Mitte Juli 1851 konnte zwar der Entwurf für ein neues ABGB-Personenrecht fertig gestellt werden – die weiteren Arbeiten waren durch die Aufhebung der Reichsverfassung 1849 mit Jahresende 1851 hinfällig geworden.¹⁵

Auf der Grundlage von neuen Verfassungsgrundsätzen waren mit Jahresbeginn 1852 die Weichen zu einer Vereinheitlichung der Justiz- und Verwaltungsorganisation für den Gesamtstaat unter Einschluss aller Länder gestellt worden, und damit war auch eine alle Länder des Gesamtstaates einschließende Unifizierung des Justizrechts in Aussicht genommen worden.¹⁶

2.2.2 ÜBERLEITUNG DES ABGB

Die Bemühungen der Regierung in Wien konzentrierten sich dabei zunächst auf das Strafrecht. Vorarbeiten für eine Revision des Strafgesetzes waren zwar bereits 1850 aufgenommen worden; die dringliche Notwendigkeit, für

¹³ RGB1. Nummer 25. Dazu eingehend Friedrich Hartl, Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848, in: Gabor Mathé / Werner Ogris (Hrsg.), Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX.–XX. Jahrhundert, Budapest 1996, 13–54; vergleiche auch Werner Ogris, Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien 1848–1918, in: Wandruszka / Urbanitsch (wie Fußnote 5), 538–622, 565.

¹⁴ Thomas Fellner, Die österreichische Zentralverwaltung (im Folgenden abgekürzt zitiert als ÖZV), Band III (Von der Märzrevolution bis zur Dezemberverfassung 1867), Teil 1 (Die Geschichte der Ministerien Kolowrat, Fiquelmont, Pillersdorff, Wessenberg-Doblhoff und Schwarzenberg), Wien 1964, 542 f.; Friedrich Walter (Hrsg.), Aus dem Nachlaß des Freiherrn Carl Friedrich Kübeck von Kübau, Wien 1960, 80 sowie 82. – Dazu auch die Akten des Justizministeriums in: Allgemeines Verwaltungsarchiv Wien Justizministerium, Signatur alt I B I (im Folgenden abgekürzt zitiert als AVA, JM), Karton 44, Post 4.

¹⁵ MRP (wie Fußnote 10), Abteilung III (Das Ministerium Buol-Schauenstein), Band 1, Wien 1975, 347 f., 384 Fußnote 4; vergleiche auch Walter, Kübeck (wie FN 14), 97 f.

¹⁶ Zugleich mit den Patenten vom 31. Dezember 1851, den sogenannten „Silvester“-Patenten (RGL. 1852 / Nummer 1 und 2), wovon das erste die Reichsverfassung und das zweite das am 4. März 1849 zugleich mit der Reichsverfassung für die cisleithanischen Länder des Kaisertums Österreich erlassene Grundrechte-Patent aufgehoben hat, erfolgte der Erlass der „Grundsätze für organische Einrichtungen in den Kronländern des österreichischen Kaiserstaates“, als Beilage zu einem Handschreiben des Kaisers an seine Minister vom 31. Dezember 1851 über die künftige verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Kaiserstaates: RGL. 1852 / Nummer 4.

Ungarn ein zeitgemäßes Strafrecht zu schaffen, führte dann aber doch nicht zum Erlass eines neuen Strafgesetzes, sondern bloß zu einer – um mehrere neue Bestimmungen ergänzten – Neuausgabe des alten Gesetzes aus 1803, das Ende Mai 1852 mit Wirkung ab 1. September unter Einschluss von Ungarn und seiner Nebenländer, in Kraft gesetzt wurde – ausgenommen blieb nur die Militärgrenze.¹⁷

Auch in Bezug auf die Einführung des ABGB in den ungarischen Ländern war die Regierung zunächst nicht mehr auf dessen Anpassung an die Verhältnisse in Ungarn eingestellt, sondern zu einer Total-Rezeption entschlossen: Es gab allerdings Vorbehalte gegen ein solches radikales Vorgehen, vor allem von Seiten der ungarischen Mitglieder im Reichsrat, dem Beratungsorgan des Kaisers in Fragen der Gesetzgebung; ihre Bedenken wurden von den Ministern mit dem Hinweis auf die Tatsache zurückgewiesen, dass auch 1815 in der Lombardei und in Venetien die Einführung des ABGB anstelle des Code civil ungeachtet der besonderen Eigentümlichkeiten dieser beiden Länder auf keinerlei Schwierigkeiten gestoßen sei. Bei der Einführung des ABGB in Ungarn wollte man dennoch behutsamer vorgehen – vor allem, um nicht ein neuerliches Aufflammen der Revolution zu provozieren: Es sollten "*angemessene Vorbereitungen*" vorangehen und es war die "*Beachtung der eigentümlichen Verhältnisse*" dieser Länder zugrunde zu legen.¹⁸

Die Arbeiten dafür wurden zu Ende April 1852, also knapp nach Erlass der Verfassungsgrundsätze, aufgenommen; sie betrafen alle Länder Ungarns – Siebenbürgen blieb zunächst ausgenommen. Um eine rasche Einführung des ABGB zu gewährleisten, wurde aber von einer Revision des Gesetzes mit Wirkung auch für die Länder seines bisherigen Geltungsbereichs Abstand genommen.¹⁹ Es war lediglich auf die Existenz von Verweisungen des ABGB auf andere Gesetze Rücksicht zu nehmen und es sollte den seit 1812 ergangenen "*nachträglichen Verordnungen*" Rechnung getragen werden, und zwar auf bemerkenswerte Weise: Dem in Buchform kundgemachten Gesetz wurde ein Anhang mit den für die Länder Ungarns maßgeblichen "*nachträglichen Verordnungen*" und im ABGB verwiesenen Gesetze – und zwar durch die Aufnahme der betreffenden Normen in einen Anhang zu dem jeweils als Gesetzbuch kundgemachten Text des ABGB –

¹⁷ Künftig: Christian Neschwara, Franz Zeiller und das Strafrecht: Seine Ambitionen zur Verbesserung des österreichischen Strafgesetzes von 1803, in: Felipe Westermayer (Hrsg.), Homenaje Al professor Bernardino Bravo Lira (= Revista Chilena de Historia del Derecho; 2010 im Erscheinen); und Thomas Olechowski, Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes 1852, in: Thomas Olechowski / Christian Neschwara / Alina Lengauer / Jürgen Busch (Hrsg.), Festschrift zum 75. Geburtstag für Werner Ogris (im Erscheinen 2010).

¹⁸ MRP (wie Fußnote 15), 347.

¹⁹ AVA, JM (wie Fußnote 14), Karton 44, Post 4.

beigebunden.²⁰ Im Übrigen wollte man den "eigentümlichen Verhältnissen in diesen Ländern" aber lediglich durch allfällige Beschränkungen der Anwendbarkeit von einzelnen Bestimmungen des ABGB Rechnung tragen, nicht aber durch eine Novellierung mit Wirkung für alle Länder; Beschränkungen in der Anwendung des ABGB in Ungarn waren dann auch nur für das Eherecht vorgesehen. Eine spezielle Regelung, in Verbindung mit einem eigenen Gesetz, haben außerdem die für das Erbrecht mit der Aufhebung der Avitizität verbundenen Rechtsfolgen erfahren.²¹ Der Titel der Ausgabe für Ungarn lautete: "*Ausztrai átalános polgári törvénykönyv kihirdettetett az 1852 november 29. nyiltparancscal Magyar-, Horvát- és Tótországban, a Szerbvajdaságban és a temesi bánságban, az ezm törvénykönyvre vonatkozó, a függelékben foglalt utólagos redevetkek együtt*"; bzw. jener der siebenbürgischen Variante: "... kihirdettetett az 1853 május 29. nyiltparancscal az Erdélyi nagyfejedelemségben ...".

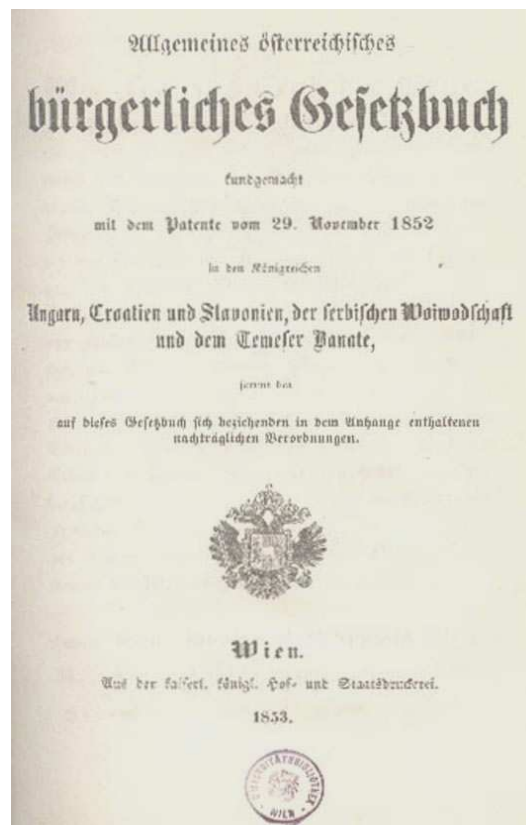


Abbildung 1: Deutschsprachige Ausgabe des österreichischen ABGB für Ungarn 1853
(Quelle: Privates Bildarchiv Christian Neschwara).

²⁰ MRP (wie Fußnote 10), 86 f.; AVA, JM (wie Fußnote 14), Karton 44, Post 12, Blatt 8.

²¹ Zu den Beschränkungen in der Anwendbarkeit des ABGB im Detail: St. [Moritz Stubenrauch, Hrsg.], Die Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Juni 1811 in Ungarn, Croatien, Slavonien, Serbien und dem Temeser Banate, in: Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung (im Folgenden abgekürzt zitiert als AÖG-Z) 1853, 1 f.

Nach dem für Ungarn und Kroatien-Slawonien sowie für die neuen Verwaltungsgebiete Wojwodina und Banat mit 1. Mai 1853 erfolgten Inkrafttreten des ABGB wurden auch konkrete Arbeiten für die Einführung des ABGB in Siebenbürgen aufgenommen. Sie haben sich bloß darauf beschränkt, das für die anderen Länder Ungarns bereits erlassene Kundmachungspatent zum ABGB sowie den Anhang der "*nachträglichen Verordnungen*" für Siebenbürgen zu adaptieren. Die Kundmachung erfolgte mit Wirkung ab 1. September 1853, und zwar inklusive der vorgelagerten Abschnitte der Militärgrenze, welche bereits 1851 dem Landesgebiet von Siebenbürgen inkorporiert worden war, während die übrigen Abschnitte der Militärgrenze ausgenommen blieben, wo das ABGB in der bereits seit 1812 kundgemachten Fassung fortbestand.²² Der Titel lautete in Kroatisch: "*Obci austrianski gradjanski zakonik proglasen patentom od 29. studenoga 1852 u kraljevinah Ugarskoj, Hérvatskoj i Slavonii, sérboskoj Wojvodini i tamiskom Banatu*". Für Siebenbürgen lautete der Titel in Rumänisch: "*Codicele civile Austriacu universale ...*".

КОДИЧЕЛЕ ЧИВІЛЕ

АВСТРИАКЪ УНИВЕРСАЛЕ

ПОВІДНОСТІ

ДН МАРЕЛЕ ПРИНЧИПАТЪ

АРДЕАЛЪ,

къ патента дін 29. Маѣ 1853;

де бургенъ

къ ордінъчівіле суплемментарі резервіоріе ла ачесту кодиче
де леуі ші купріне фн адігмантѣ.

Партеа пріма.



ВІЕНА.

Дін ч. р. тінорафіѣ де икрте ші де етате.
1860.

Allgemeines österreichisches

bürgerliches Gesetzbuch

kundgemacht

mit dem Patente vom 29. Mai 1853

in dem

Grossfürstenthume Siebenbürgen,

samt den

auf dieses Gesetzbuch sich beziehenden, in dem Anhange enthaltenen
nachträglichen Verordnungen.

Erster Theil.



Wien.

Aus der kais. k. königl. Hof- und Staatsdruckerei.
1860.

Abbildung 2: Doppelsprachige Ausgabe rumänisch(-kyrillisch)–deutsch 1860
(Quelle: Privates Bildarchiv Christian Neschwara).

²² Kundmachung für Ungarn, Kroatien-Slawonien, das Banat und die Woiwodina: Patent vom 29. November 1852, RGBl. 1852 / Nummer 246; für Siebenbürgen: Patent vom 29. Mai 1853, RGBl. Nummer 99; vergleiche Barany, Verwaltung (wie Fußnote 5), 365. – Kundgemacht wurde der authentische (um Druckfehler berichtigte) deutsche Text des ABGB. Zu den verschiedenen Ausgaben und Übersetzungen siehe auch: Jürgen Busch / Alexander Besenböck, Die Einführung des österreichischen ABGB, Gesamtstaatsidee und nationaler Partikularismus, in: Andreas Bauer / Karl H.L. Welker (Hrsg.), Europa und seine Regionen. 2000 Jahre Rechtsgeschichte, Wien 2007, 568 f.

Der 1811 gebrauchte Titelzusatz des ABGB "*für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*" war dem nun die gesamte Monarchie umfassenden Geltungsbereich nicht mehr entsprechend; die Kundmachung des ABGB für die ungarischen Länder und Siebenbürgen erfolgte daher jeweils unter dem Titel "*Allgemeines österreichisches bürgerliches Gesetzbuch*". Kundgemacht wurde zwar der authentische deutsche Text des ABGB von 1811, es standen aber in der Folge amtliche Übersetzungen, auch in doppelsprachigen Ausgaben zur Verfügung, nämlich in Deutsch-Ungarisch sowie in Deutsch-Kroatisch mit einer serbischen Variante; ihr Titel lautete in Serbisch: "*Sveobstij gradjanskij zakonik za sve jnemacke naseljedne zemlje austrijske monarchie*". Für Siebenbürgen gab es später außerdem noch eine doppelsprachige amtliche Ausgabe in Deutsch-Rumänisch, und zwar in kyrillischer Schrift.²³

2.2.3 ÜBERLEITUNG PRIVATRECHTLICHER NEBENGESetze

Neben dem ABGB ist – zum Teil bereits ab 1850 – in den ungarischen Ländern eine Reihe von anderen österreichischen privatrechtlichen Nebengesetzen²⁴ eingeführt worden, wodurch sich weitere Modifikationen der früheren Privatrechtssituation in Ungarn und Siebenbürgen ergeben haben; und zwar vor allem im Erbrecht durch die Beseitigung der Rechtsfolgen der Avitizität sowie im Sachenrecht durch die Umstellung des Liegenschaftsverkehrs auf das in den Erbländern etablierte Grundbuchsystem. Mit der Anlegung der Grundbücher wurde in Ungarn bereits zu Jahresbeginn 1850 begonnen; Ende 1855 erfolgte sodann der Erlass einer für alle Länder Ungarns allgemein geltenden Grundbuchsordnung;²⁵ ausgenommen blieb abermals Siebenbürgen, wo diese Grundbuchsordnung 1870, also erst nach der bereits 1867 erfolgten "*Wiedervereinigung*" mit dem Königreich Ungarn eingeführt worden ist.

²³ Brauner, ABGB, in Gutenberg-Jahrbuch (wie Fußnote 4) 236–238.

²⁴ Zlinszky, Ungarn (wie Fußnote 7), 2178 ff.; Carl Putz, System des ungarischen Privatrechts, Wien 1870, 50 ff.; Maximilian Fügner von Rechtborn, Das alte und neue Privatrecht in Ungarn, Hermannstadt 1858, 19 ff.

²⁵ Zu Jahresbeginn 1850 begann die Anlegung der Grundbücher in Ungarn (Landesgesetzblatt 1850 / Nummer 2), Ende Dezember 1852 folgte Siebenbürgen: Vergleiche dazu Ferdinand Schuster [Professor für Zivilgerichtliches Verfahrensrecht an der Universität Pest], Kurze Anleitung zum Studium der neuesten gesetzlichen Bestimmungen über die Einrichtung und Führung des Grundbuches in ... Ungarn ..., Wien 1857. Zu Jahresende 1855 (RGBl. 1855 / Nummer 222) wurde für alle Länder Ungarns eine allgemeine Grundbuchsordnung erlassen; ausgenommen hievon war Siebenbürgen, wo diese Grundbuchsordnung erst 1870, nach der Wiedervereinigung mit dem Königreich Ungarn, eingeführt wurde.

2.2.4 ÜBERLEITUNG WEITERER JUSTIZGESETZE

In Verbindung mit der Neuorganisation der Justiz kam es, vom Erlass des Strafgesetzes und des ABGB abgesehen, zur Schaffung von weiteren Teilkodifikationen, nämlich 1852 zum Erlass einer provisorischen Zivilprozessordnung und einer provisorischen Konkursordnung für Ungarn und Siebenbürgen²⁶, für alle Länder gemeinsam erfolgte 1853 der Erlass einer Strafprozessordnung²⁷ sowie 1854 der Erlass des Gesetzes über das Außerstreitverfahren 1854;²⁸ 1852 folgte noch der Erlass einer Advokaten-²⁹ und 1859 der Erlass einer Notariatsordnung für Ungarn und Siebenbürgen.³⁰

²⁶ Noch im selben Jahr erfolgte auch die Überleitung des österreichischen Zivilverfahrensrechts mit dem Erlass von provisorischen Zivilprozessordnungen für Ungarn samt den verselbständigten Verwaltungsgebieten Kroatien-Slawonien, Woïwodina und Banat, beziehungsweise für Siebenbürgen sowie mit dem Erlass einer für alle ungarischen Länder gemeinsamen Konkursordnung: Provisorische Zivilprozessordnungen: RGBl. Nummer 104 (Siebenbürgen) beziehungsweise 190 (Ungarn); provisorische Konkursordnung: RGBl. Nummer 132. – Zum Strafprozessrecht: Ogris, Rechtsentwicklung (wie Fußnote 5), 558; zum Strafrecht ebda 566; zum Zivilprozessrecht: Bernhard Schöniger-Hekele, Die österreichische Zivilprozessreform 1895. Wirkungen im Inland bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges 1914 – Ausstrahlungen ins Ausland, Frankfurt/Main etc. 2000, 127; Janos Zlinszky, Ungarn, Zivilprozeßrecht, in: Coing, Handbuch (wie Fußnote 7), 2820, 2826 f.; Katalin Gönczi, Das juristische Vermächtnis des 19. Jahrhunderts in Ungarn und seine Umgestaltung im europäischen Kontext, in: Thomas Giaro (Hrsg.), Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers, Band I (= Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 205), Frankfurt/Main 2006, 109–128, besonders 121.

²⁷ RGBl. Nummer 151.

²⁸ RGBl. Nummer 208. Dazu Rainer Sprung / Peter G. Mayr, Die Entstehung und Weiterentwicklung des Außerstreitgesetzes 1854, in: Winfried Kralik / Walter H. Rechberger (Hrsg.), Symposium Außerstreitreform, Wien 1992, 1–26, besonders 9. – Ferner dazu auch: Christian Neschwara, Ohne Notariat geht's auch? Notarielles Gerichtskommissariat und Außerstreitverfahren 1848–1854, in: Walter H. Rechberger (Hrsg.), Außerstreitverfahren zwischen 1854 und 2005 (= Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XXIX), Wien 2006, 31–39.

²⁹ RGBl. Nummer 109 (Siebenbürgen) und 170 (Ungarn). Dazu Krsiztina Korósne-Delacasse, Oktroyierte Rechtsanwaltsordnung in Ungarn oder die erste moderne Regelung, in: Markus Steppan / Helmuth Gebhardt (Hrsg.), Zur Geschichte des Rechts. Festschrift für Gernot Kocher zum 65. Geburtstag, Graz 2007, 205–212.

³⁰ RGBl. Nummer 23. – Dazu Christian Neschwara, Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa. Zur Geltung und Ausstrahlung des österreichischen Notariats, Wien 2000, 27–33; jüngst Christian Neschwara Österreich(-Ungarn): Geschichte und Historiographie des Notariats, für: Mathias Schmoeckel / Werner Schubert (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen (= Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte), Tübingen 2009, 241–277, besonders 265–276 (Exkurs: Ungarn).

2.3 AUSWIRKUNGEN DER GELTUNG ÖSTERREICHISCHEN RECHTS IM RECHTSLEBEN

2.3.1 ALLGEMEIN

Durch die Einführung österreichischen Rechts haben die ungarischen Länder – jedenfalls im Bereich des Justizrechts³¹ – einen markanten Modernisierungsschub ihrer Rechtsordnung sowie erstmals auch eine weitgehende Rechtseinheit erfahren, und zwar mit – rechtspolitisch gesehen – durchaus akzeptablen Lösungen, vor allem im Privatrecht, weil dadurch auch jenen Reformen Rechnung getragen worden ist, welche der ungarische Landtag 1848 als Voraussetzung für eine künftige ungarische Privatrechtskodifikation bereits grundsätzlich beschlossen hatte. Dass das Justizrecht in Ungarn nun endlich von seinen ständisch-feudalen Wurzeln befreit werden konnte und auf eine moderne gesetzliche Grundlage gestellt worden war, ist zwar durchaus positiv aufgenommen worden, die Einführung des österreichischen Rechts musste allerdings auch auf Ablehnung stoßen, weil dieser Transfer in Ungarn selbst weniger als Modernisierung, denn als eine massive Überfremdung der eigenen Rechtskultur empfunden worden war. Die Aufnahme des österreichischen Rechts gestaltete sich im Rechtsleben seiner neuen Geltungsgebiete auch durchaus nicht reibungslos. Vor allem hatte die Neuorganisation der Justiz in den ungarischen Ländern einen großen Bedarf an mit der österreichischen Rechtsordnung vertrauten Beamten hervorgerufen. Diese abrupt entstandene Nachfrage konnte zunächst nur dadurch gedeckt werden, dass aus den cisleithanischen Kronländern Beamte nach Ungarn versetzt wurden. Der Großteil dieser – insgesamt etwa 5000 – Beamten wurde von der Regierung in Böhmen und Mähren sowie in Galizien rekrutiert.

2.3.2 BEISPIEL: EIN BÖHMISCHER BEAMTER ALS ÖSTERREICHISCHER ENTWICKLUNGSHelfER IN DER UNGARISCHEN SLOWAKEI

Einer dieser Beamten, der "*als Assessor bei einem Gerichtshofe in einem deutsch-slavischen Kronlande*", vermutlich aus Mähren, nach Ungarn versetzt worden war, berichtete 1861 anonym rückblickend³² über seine

³¹ Zum Rechtsunterricht: Wilhelm Zorn, Die Organisation der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien in Ungarn seit 1860, in: Juristische Blätter 1884, 233 ff., 245 ff.; knapp dazu auch: Zlinszky, Gerichtsbarkeit (wie Fußnote 7), 133 ff. – Zur Rechtswissenschaft vergleiche: Moritz Stubenrauch, in der Vorrede zu seinem Kommentar, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ... stammt den dazu erflossenen Nachtrags-Verordnungen, 1853, III f.; ferner: Leopold Pfaff / Franz Hofmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band I, Teil 1, Wien 1877, 63, 67; Josef Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I (Allgemeiner Teil), 1856, 19; Zlinszky, Gerichtsbarkeit (wie Fußnote 7), 19, 26, 34.

³² Dazu: [anonym,] Acht Jahre Amtsleben in Ungarn. Von einem k.k. Stuhlrichter in Disponibilität, Leipzig 1861, in Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung [im Folgenden abgekürzt zitiert AÖG-Z] 1861, 203 f. und 206 ff.; dasselbe ausführlicher auch

Erlebnisse als juristischer Entwicklungshelfer in Ungarn – knapp zusammengefasst – Folgendes:

Er war zu Beginn des Jahres 1853 zunächst einem nicht näher bezeichneten *"ungarischen Collegialgerichte"* in der Slowakei zugeteilt worden, und zwar zum Zweck der praktischen Unterweisung des dortigen Gerichtspersonals *"in der Anwendung der österreichischen Gesetze"*. Er fand dort einen *"chaotischen Geschäftsgang"* vor, so dass er sich gezwungen sah, *"den gesamten Personalstand des Gerichtes, ... formell und materiell, theoretisch und praktisch, und von den Anfangsgründen beginnend"*, erst mit der neuen Rechtsordnung vertraut zu machen. Er war mit seinem Gerichtsvorsteher überein gekommen, dass er täglich durch zwei Stunden Vorlesungen über das gesamte materielle und formelle Justizrecht halten sollte, und zwar neben den ihm vom Oberlandesgerichtspräsidenten speziell übertragenen Erledigungen im gerichtlichen Verfahren. Er musste sich daher einen straffen Zeitplan zurechtlegen: Von 6 bis 8 Uhr früh hielt er seine Vorlesungen, an welchen – auf ihr eigenes Ansuchen – auch die Advokaten teilzunehmen berechtigt waren, anschließend folgten von 9 Uhr an zweimal die Woche Gerichtssitzungen; an den übrigen Tagen Unterweisungen des Kanzleipersonals, und zwar bis 11 Uhr und oft darüber hinaus; daran schlossen sich ab 13 Uhr ungarischer Sprachunterricht und später am Nachmittag noch Vorbereitungen für die nächsten Vorlesungen sowie die Erledigung der ihm sonst als Gerichtsbeamten übertragenen Arbeiten an. Nach eigenen Angaben musste er täglich 11, oft aber sogar bis zu 14 Stunden arbeiten. Der anonyme Gerichtsbeamte aus Österreich hatte mit seiner Ausbildungstechnik zwar einen großen Erfolg, sodass ihm auch die Bevölkerung *"wie ... einem Wunderdoctor"* ratsuchend zuströmte;³³ er selbst fühlte sich aber in seiner abgeschiedenen Lage dennoch zunehmend unangenehm und er hoffte auf die baldige Rückkehr auf seinen früheren Dienstposten. Stattdessen wurde er im April 1853 zum Stuhlrichter in einem – vom ihm – nicht näher bezeichneten Komitat in der Slowakei ernannt.³⁴

An dem ihm zugewiesenen neuen Dienstort musste er Geschäftsrückstände von mehreren Monaten übernehmen. In dem völligen Chaos der Gerichtsakten fand er *"unter dem Bette des Amtsdieners"*, der das Gerichtslokal bewohnte, unter anderem auch *"einen Haufen großer Bücher"* – die sich als die eben erst zur Anlegung gelieferten neuen Grundbücher herausstellten! Es standen ihm zwar mehrere ungarische Konzeptsbeamte zur Verfügung, denen die geltenden österreichischen Rechte aber fremd

in der [Zeitschrift] Gerichtshalle (im Folgenden abgekürzt zitiert GH), 1861, 138 f., 140 f., 146 f. und 154 ff.

³³ Amtsleben (wie Fußnote 32), in: AÖG-Z 12 (1861), 203 f.; Amtsleben (wie Fußnote 32), in: GH 5 (1861), 138, 140.

³⁴ Amtsleben (wie Fußnote 32), in: AÖG-Z 12 (1861), 204; Amtsleben (wie Fußnote 32), in: GH 5 (1861), 146.

blieben; sie konnten, wie er feststellte, bloß "*eben schreiben, aber nichts weiter*". Auch ein neues Gerichtsgebäude wurde bereitgestellt, es fehlte aber jegliche Kanzleieinrichtung; nüchtern konstatierte er: "*Ich sollte amtieren und hatte nichts, als die leeren Wände, keinen Tisch, keinen Sessel*".³⁵

2.3.3 BOYKOTT DER ÖSTERREICHISCHEN REGIERUNG UND DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTS

Die Anwendung des neuen Rechts durch ausländische, der Landessprache nicht mächtige bzw durch heimische, mit dem Gesetz aber nicht vertraute Beamte war einem Einleben des österreichischen Rechts in Ungarn auch nicht gerade förderlich; es wurde dort wie ein Besatzungsrecht empfunden und in den österreichischen Beamten sah man so etwas wie Kolonialoffiziere.³⁶ Die zum Teil offene Ablehnung, welche den österreichischen Beamten in Ungarn entgegenschlug, war vor allem auch eine Konsequenz der in Ungarn herrschenden Auffassung über seine verfassungswidrige Einbindung in das gesamtstaatliche Konzept der Verfassung von 1849 bzw der Verfassungsgrundsätze von 1852.

3. RÜCKZUG DER ÖSTERREICHISCHEN RECHTSFAMILIE AUS UNGARN SEIT 1860

3.1 VERFASSUNGSRECHTLICHE BEDINGUNGEN

Dem latenten Boykott gegen das österreichische Recht in Ungarn und den zugleich wachsenden Selbständigkeitsbestrebungen Ungarns musste auch schon bald nachgegeben werden, nämlich 1860 durch eine Annäherung an den in Ungarn vertretenen Standpunkt über seine verfassungsrechtliche Sonderstellung mit dem Erlass des Oktoberdiploms: Ungarn sollte damit zwar nicht auf den Status seiner staatsähnlichen Selbständigkeit von 1848 zurückgeführt werden, aber – mit Modifikationen – auf den Verfassungszustand vor der Revolution. Dies musste aber natürlich auch die Wiederherstellung der früheren Justizorganisation zur Folge haben – und damit war auch die weitere Geltung der österreichischen Justizgesetze, vor allem die des ABGB, in Ungarn prekär geworden, denn mit den Oktobererlassen von 1860 war die Justizgesetzgebung wieder in die Kompetenz der Landtage der ungarischen Länder zurückgefallen.³⁷

³⁵ Amtsleben (wie Fußnote 32), 207; Amtsleben (wie Fußnote 32), in: GH 5 (1861), 154 f.

³⁶ Otto Sashegyi, Ungarns politische Verwaltung in der Ära Bach 1849–1860, Graz 1979, 97 ff.; Anton Dauscher, Das ungarische Civil- und Strafrecht nach den Beschlüssen der Judex-Curial-Conferenz, 2. Auflage Wien 1862, 2 f.

³⁷ Brauner, Verfassungsgeschichte (wie Fußnote 3), 137 ff., 179, 181; Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 101; Dauscher, Civil- und Strafrecht (wie Fußnote 36), 2 f.; Szladits, Deák (wie Fußnote 10), 318 ff.; Zlinszky, Ungarn (wie Fußnote 7), 2152.

3.2 AUFHEBUNG ÖSTERREICHISCHEN RECHTS IN UNGARN: DIE JUDEXKURIALKONFERENZ 1861

Die Möglichkeiten einer Reorganisierung der ungarischen Rechtspflege auf der Grundlage des früheren ungarischen Rechts wurden auch bereits zu Jahresbeginn 1861 auf einer Konferenz von Politikern und juristischen Experten aus Ungarn unter dem Vorsitz des Judex Curiae, dem Präsidenten der im Oktober 1860 als Höchstgericht wieder hergestellten Septemviraltafel in Pest, erörtert. Außer der Behandlung von organisationsrechtlichen Fragen hatte die so genannte Judexkurialkonferenz außerdem die Aufgabe, jene *"Rechtsnormen zu bezeichnen bzw. zu verfassen, deren Anwendung [in der Rechtspflege] sie für angebracht hielt"*; definitive Änderungen der österreichischen Gerichtsorganisation und der bestehenden Justizgesetze sollten jedoch der künftigen ungarischen Gesetzgebung vorbehalten bleiben.³⁸

Dieser Plan ist aber faktisch bereits dadurch unterlaufen worden, dass von den meisten der in Ungarn in den Komitaten und Städten wiederhergestellten Selbstverwaltungs-Einrichtungen nicht nur die ihnen seit 1860 wieder zustehenden Verwaltungsagenden wahrgenommen, sondern auch die ihnen bis 1852 zugestandenen Gerichtsfunktionen usurpiert worden waren, wobei in Bezug auf das dabei anzuwendende Recht – ob das geltende österreichische oder das frühere ungarische – vor allem in den ländlichen Gerichtsbezirken völlige Willkür geherrscht haben soll; überaus problematische Folgen hatte diese Anarchie in der Justizpflege vor allem beim Umgang mit dem bestehenden österreichischen Strafrecht, das von der Rechtspflege zumeist nicht mehr angewendet wurde. Ein Berichterstatter aus Ungarn sprach damals von einem *"Zustand ... wahrer Rechts- und Gesetzlosigkeit"* wie man sie in Europa seit *"der großen Hunnenwanderung"* im Mittelalter nicht mehr erlebt habe.³⁹

Dieses unrechtmäßige Vorgehen der ungarischen Selbstverwaltungs-Einrichtungen hatte in der Folge auch die Entscheidungen der im Jänner 1861 einberufenen Judexkurialkonferenz entscheidend beeinflusst. Nachdem die Wiederherstellung der ungarischen Justizorganisation de facto bereits als vollzogen angesehen werden konnte, waren auch die damit verbundenen organisationsrechtlichen Fragen bereits präjudiziert. Die

³⁸ Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 102 ff., hier 102. Dazu aus zeitgenössischer Sicht: Maximilian Föger von Rechtborn, Über die Wiederherstellung des bestandenen ungarischen Privatrechtes. Ein civilistischer Beitrag zur Erörterung einer der belangreichsten Fragen für den bevorstehenden Landtag, Hermannstadt 1861; ferner: Szladits, Deák (wie Fußnote 10), 320 ff.; Dauscher, Civil- und Strafrecht (wie Fußnote 36), 2 f.

³⁹ Ein anonymen Berichterstatter aus Ungarn hat diese Situation der Anarchie in der ungarischen Justizpflege so beschrieben: Die Justiz in Ungarn, in: GH (wie Fußnote 32) 1861, 185.

Beratungen der Judexkurialkonferenz konnten sich daher sofort auf die Möglichkeiten der Wiederherstellung der ungarischen Justizgesetze konzentrieren, wobei – in Bezug auf die Frage des künftigen Privatrechts – zwei gegensätzliche Standpunkte auf einander prallten: Einer radikal-konservativen Mehrheit, welche auf eine Rückkehr zum vorrevolutionären Status drängte und damit auf die formelle Aufhebung des österreichischen Rechts abzielte, stand eine gemäßigt-liberale Minderheit gegenüber, welche darauf bedacht war, durch die provisorische Fortgeltung der österreichischen Justizverfassung auch die 1848 erzielten Errungenschaften für die Rechtspflege Ungarns weiter zu sichern. In der Schlussphase der Judexkurialkonferenz – Anfang März 1861 – konnte schließlich ein Kompromiss gefunden werden: Es sollte im Privatrecht weder zur Wiederherstellung des früheren ungarischen Rechts in Pausch und Bogen kommen, noch das Herzstück des österreichischen Justizrechts, das ABGB, unverändert beibehalten werden.

Eine an die Spitze der insgesamt bloß etwa 300 Paragraphen umfassenden Beschlüsse der Judexkurialkonferenz gestellte Generalklausel postulierte zwar den Grundsatz, dass die früheren ungarischen Privatesetze als wiederhergestellt anzusehen waren – aus Erwägungen der Rechtssicherheit und der Rechtskontinuität musste von diesem Prinzip allerdings eine Reihe von Ausnahmen vorgesehen werden, um den inzwischen veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen. Die Ergebnisse der Judexkurialkonferenz wurden daher auch als ein "*Ausgleich*"⁴⁰ in Bezug auf die Frage des in Ungarn geltenden Privatrechts angesehen. Sie versuchten zum einen, die Kontinuität mit dem früheren ungarischen Privatrecht zu wahren, und es zum anderen durch modernere Elemente zu ergänzen. Insgesamt schufen die Judexkurialkonferenz-Beschlüsse für das Privatrecht aber doch bloß den anachronistischen Torso einer Rechtsordnung, ein buntes Gemenge von überwiegend antiquierten ungarischen Rechtsvorschriften, in das einige neue Elemente aus österreichischen Gesetzen eingemischt wurden.⁴¹

⁴⁰ Szladits, Deák (wie Fußnote 10), 326; ferner vor allem Stefan Malfér, Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Ungarn zur Zeit des „Provisoriums“ 1861–1867, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1992, 32–44, besonders 32 f.

⁴¹ Dauscher, Civil- und Strafrecht (wie Fußnote 36), 7 ff.; Putz, System (wie Fußnote 24), 51; Zehntbauer, Einführung (wie Fußnote 7), 23 f.; Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 105 f.; Zlinszky, Gerichtsbarkeit (wie Fußnote 7), 168 ff.; Szalma, Parlament (wie Fußnote 6), 138 f.; Barany, Verwaltung (wie Fußnote 5), 367 f.; Emil Böszörményi-Nagy, Das ungarische Erbrecht im Dualismus, in: Csizmádia / Kovács (wie Fußnote 6), 417 f.

3.3 AUSWIRKUNGEN DER BESCHLÜSSE DER JUDEKURIALKONFERENZ BIS 1867

3.3.1 UNGARN

Dass Ungarn mit dem Wirksamwerden der Beschlüsse der Judexkurialkonferenz in seiner Privatrechtsentwicklung nahezu auf das Niveau des Vormärz zurückgeworfen worden war, hatte die Regierung in Wien zwar erkannt, sie war aber vor vollendete Tatsachen gestellt worden und musste, um einer weiteren Eskalation der chaotischen Zustände der ungarischen Rechtspflege entgegen zu treten, dem Kaiser die Anerkennung empfehlen. Die Beschlüsse der Judexkurialkonferenz haben mit der modifizierten Wiederherstellung des früheren ungarischen Justizrechts zugleich auch die Aufhebung der entsprechenden österreichischen Justizgesetze zur Folge gehabt, so dass mit einem Schlag fast alle seit 1849 von der österreichischen Regierung erzielten rechtspolitischen Erfolge, vor allem die Herstellung der Rechtseinheit im Gesamtstaat, wieder beseitigt waren.⁴²

Die Regierung in Wien war in der Folge auch bemüht, eine Revision Judexkurialkonferenz-Beschlüsse zu erwirken – nach der Aufnahme von Verhandlungen des Kaisers mit dem ungarischen Landtag über die Verwirklichung der Selbstständigkeitsbestrebungen Ungarns war solchen Überlegungen aber seit dem Herbst 1865 der Boden entzogen.⁴³

Der erfolgreiche Abschluss dieser Verhandlungen führte bekanntlich mit Jahresbeginn 1867 zur Begründung der staatlichen Selbständigkeit Ungarns auf der Grundlage seiner früheren Verfassung von 1848, und zwar unter Rückgliederung der 1849 als Kronländer verselbständigten Nebenländer. Dieser Wandel der verfassungsrechtlichen Grundlagen hatte zunächst aber nur in einem Teil dieser Länder das Außerkrafttreten des österreichischen Justizrechts nach sich gezogen, nämlich nur im Königreich Ungarn und in den mit ihm bereits seit 1860 wieder vereinigten Gebieten, nämlich in der Wojwodina und im Banat.

3.3.2 NEBENLÄNDER

Auf die ehemaligen Nebenländer Ungarns, Kroatien-Slawonien und Siebenbürgen, wurden die Judexkurialkonferenz-Beschlüsse aber nicht erstreckt; sie waren zwar seit 1867 mit Ungarn wieder staatsrechtlich

⁴² Dauscher, Civil- und Strafrecht (wie Fußnote 36), 2 ff.; Putz, System (wie Fußnote 24), 51; Zehntbauer, Einführung (wie Fußnote 7), 23; Almási, Privatrecht (wie Fußnote 7), 5 f.; Belá Sarlós, Das Rechtswesen in Ungarn, in: Wandruszka / Urbanitsch (wie Fußnote 5), 514 f.; Zlinszky, Ungarn (wie Fußnote 7), 2153; Malfér, ABGB (wie Fußnote 40), 32 f., 35 ff.; Pál Hofmann, Ein privatrechtliches Gesetzbuch für Ungarn, in: AÖG-Z (wie Fußnote 21) 1865, 123 f., 127 f.

⁴³ Brauner, Verfassungsgeschichte (wie Fußnote 3), 142.

verbunden, das österreichische Justizrecht blieb aber dennoch in Geltung: In Kroatien und Slawonien aufgrund eines 1868 mit dem Landtag von Ungarn vereinbarten Separat-Ausgleichs, wodurch diese Länder von der Geltung des ungarischen Justizrechts auf der Grundlage der Judexkurialkonferenz-Beschlüsse ausgenommen wurden; in Siebenbürgen blieb das österreichische Justizrecht, vor allem das ABGB, zum Teil stillschweigend in Geltung; ähnliches traf auch auf Fiume und das Küstenland zu; auf all diese Gebiete wurde die Wirksamkeit von neuen ungarischen Gesetzen nur erstreckt, soweit dies im Einzelfall auch ausdrücklich angeordnet worden war.⁴⁴

4. ENTWICKLUNG EINER NEUEN UNGARISCHEN RECHTSKULTUR SEIT 1867

Österreichisches Justizrecht, vor allem das ABGB, war daher in weiten Teilen des ungarischen Staatsgebiets in Geltung geblieben, seine Fortbildung wurde aber in die Zuständigkeit der jeweiligen Landesparlamente gelegt.⁴⁵ Mit der sukzessiven Etablierung einer neuen Justizgesetzgebung in Ungarn – durch das Handelsgesetzbuch von 1875 und das Ehegesetz 1896⁴⁶, durch das Strafgesetz von 1878 und durch die Strafprozessordnung von 1896, durch die Zivilprozessordnung von 1868, 1896 und 1911 sowie durch die Neugestaltung der Advokatur und den Erlass einer neuen Notariatsordnung 1874 – war allmählich ein von Cisleithanien völlig separierter Rechtsraum mit eigenständigem Charakter entstanden: Im Privatrecht traten die Unterschiede besonders deutlich hervor, weil der Komplex der ungarischen Länder – rechtsgeographisch betrachtet – in eine Vielzahl von unterschiedlichen Privatrechtsgebieten zerfallen war, in denen österreichisches Justizrecht einen jeweils anderen Grad an Geltung entfalten konnte.⁴⁷ Für den ungarischen Gesamtstaat war

⁴⁴ Hofmann, Gesetzbuch (wie Fußnote 42), 127 f.; Putz, System (wie Fußnote 24), 51; Szladits, Deák (wie Fußnote 10), 317, 326; Almási, Privatrecht (wie Fußnote 7), 19 f.; Szladits, Ungarn (wie Fußnote 7), 277; Zehntbauer, Einführung (wie Fußnote 7), 23 f.; Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 105; Böszörményi-Nagy, Erbrecht (wie Fußnote 41), 417; Barany, Verwaltung (wie Fußnote 5), 365, 472; Zlinszky, Ungarn (wie Fußnote 7), 2142 f., 2153.

⁴⁵ Vergleiche zur Situation in Bosnien-Herzegowina: Ivo Pilar, Entwicklungsgang der Rezeption des österr. allg. bürgerl. Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienrechts, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB, Band I, Wien 1911, 701 ff.; ferner: Busch / Besenböck, Von Mailand bis Czernowitz (wie Fußnote 22), 577.

⁴⁶ Vergleiche dazu Überleitung ungarischen Rechts im österreichischen Burgenland nach 1921, in: Jan Neckář / Michal Radvan / David Sehnálek / Jiří Valdhans (Hrsg), Dny práva – 2008 – Days of Law (Acta Universitatis Brunensis Iuridica 337), Brunn 2008, 60, 469-495

⁴⁷ Katalin Gönczi, Kontinuität und Wandel im ungarischen Rechtssystem der Zwischenkriegszeit, in: Giaro (wie FN 15), Band II (= Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 215), Frankfurt/Main 2007, 69–83.

daher vor allem die Schaffung eines eigenen Privatrechts-Gesetzbuchs als Symbol der staatlichen Einheit zu einem dringenden rechtspolitischen Anliegen geworden, weil die Judexkurialkonferenz-Beschlüsse das ABGB im Königreich Ungarn in der Praxis nicht durch das frühere ungarische Privatrecht ersetzen konnten. Das ungarische Privatrecht war 1861 zwar nominell wiederhergestellt worden, de facto blieb aber, insbesondere im Sachen- und im Obligationenrecht, das ABGB für die Vertrags- und Gerichtspraxis weiterhin grundlegend.⁴⁸

Es stand neben dem ungarischen Privatrecht außerdem im Rechtsunterricht an den ungarischen Rechtsfakultäten auf dem Programm und blieb damit auch für die Rechtswissenschaft präsent. Die ungarische Privatrechtswissenschaft hatte sich allerdings mit der Zuwendung zur deutschen Pandektistik und dem Vorliegen von Kodifikationsentwürfen zu einem ungarischen BGB um 1900 zunehmend ein eigenes – vom ABGB differenziertes und auch bewusst distanzierendes – Profil gegeben. Nach erfolglos aufgenommenen Versuchen, die Verwirklichung einer eigenen Privatrechtskodifikation sukzessive durch den Erlass von Teilkodifikationen zu erreichen, konzentrierten sich die Kodifikationsbemühungen in Ungarn seit 1895 auf Gesamtentwürfe; in den folgenden zwei Jahrzehnten bis 1916 wurden insgesamt fünf Fassungen ausgearbeitet; zum Vorbild für die ungarische Privatrechtskodifikation war nun zwar das deutsche BGB geworden; es zeigten sich aber auch Einflüsse des österreichischen ABGB.⁴⁹

5. AUSBLICK

Der gesamte Komplex der ungarischen Länder war also schon ab 1861 – rechtsgeographisch betrachtet – in mehrere Privatrechtsgebiete zerfallen. Das weitere Schicksal des ABGB in den ungarischen Ländern gestaltete sich in der Folge auch sehr unterschiedlich.⁵⁰ Außer im Königreich Ungarn selbst galt die Fassung von 1853 in den Nebenländern weiter. Seine Fortbildung lag aber unabhängig von der österreichischen Privatrechtsentwicklung in der Hand der jeweiligen Landtage, sodass sich

⁴⁸ János Zlinszky, Wissenschaft und Gerichtsbarkeit. Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert (= Ius Commune Sonderhefte 97), Frankfurt/Main 1997, 11 f.; Gönczi, Vermächtnis (wie Fußnote 26), 125 f.

⁴⁹ Gábor Mathé, Problems of codification during the Austrian-Hungarian dual monarchy, in: Mathé / Mezey (wie Fußnote 4), 28 f.; Szalma, Parlament (wie Fußnote 6), 140 f.; Hamza, Entwicklung (wie Fußnote 7), 137 ff.

⁵⁰ Dazu grundsätzlich: Slapnicka, Österreichs Recht (wie Fußnote 2) 71 ff., sowie Alexander Fedynskyi, Räumlicher Geltungsbereich des ABGB im Wandel der Zeit, Diss. iur. Wien 1944; vgl. auch Brauneder, ABGB (wie Fußnote 3), 248. Ferner: József Szalma, Geltung und Bedeutung der Kodifikationen Österreichs, Serbiens und Montenegros im ehemaligen Jugoslawien, in: ZNR 1994, 341 ff., sowie Nikola Gavella, Die Rolle des ABGB in der Rechtsordnung Kroatiens. Zum 140. Jahrestag seiner Einführung in Kroatien, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2 (München 1994), 603 ff.

für diese Länder allmählich unterschiedliche Textschichten des ABGB ausbildeten. Nach Ende des Ersten Weltkrieges wurden – definitiv aufgrund der Pariser Vororteverträge von 1919/20 – alle Geltungsgebiete des ABGB im Verband des ehemaligen ungarischen Gesamtstaates an die Nachfolgestaaten der Gesamtmonarchie abgetreten: Siebenbürgen fiel an Rumänien; Kroatien-Slawonien und die Wojwodina sowie die dem Banat nach 1867 inkorporierten Teile der Militärgrenze und Bosnien-Herzegowina wurden an Jugoslawien⁵¹ abgetreten; Fiume wurde Italien zugesprochen. Es blieb in allen von Ungarn abgetretenen Gebieten das ABGB nach dem jeweiligen Stand der Gesetzgebung vom 1. November 1918 in Geltung.⁵²

Die faktisch seit 1861 offene Kodifikationsfrage konnte nach 1918 selbst in Ungarn nicht realisiert werden.⁵³ Das ungarische Privatrecht in der Gestalt, die ihm die Judexkurialkonferenz-Beschlüsse verliehen hatte, wirkte – modifiziert durch Einzelgesetze und fortgebildet durch die Gerichtsbarkeit – nach dem Scheitern der Privatrechtskodifikation auf Grundlage eines 1928 fertiggestellten Entwurfs – sogar über das Ende des Zweiten Weltkrieges hinaus fort.⁵⁴ Erst 1959 wurde ein ungarisches Zivilgesetzbuch⁵⁵ erlassen, allerdings ruhten seine geistigen Grundlagen im Rechtsdenken des sozialistischen Rechtskreises. Dasselbe gilt für die ehemaligen ungarischen und nach 1918 an Jugoslawien abgetretenen Gebiete; es hat insbesondere jüngst in Kroatien auch die Schaffung von neuen Teilkodifikationen des Privatrechts, etwa im Sachen- und Obligationenrecht, beeinflusst.⁵⁶

⁵¹ Dazu künftig: József Szalma, Das ABGB in Serbien. Der Einfluß des ABGB auf das Serbische Bürgerliche Gesetzbuch von 1844, in: Wilhelm Brauner (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung vorbereitet für 2011).

⁵² Dazu künftig: József Szalma, Die Anwendung des ABGB im ehemaligen Südungarn (Woiwodina) in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und die Fortgeltung des ABGB als Rechtsregel nach 1918, sowie von Nikola Gavella, Das ABGB in Kroatien-Slawonien und Jugoslawien, in: Wilhelm Brauner (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung vorbereitet für 2011).

⁵³ Ungarn strebte nach 1920 eine Revision des Friedensvertrags von Trianon und eine Rückgliederung ehemals ungarischen Staatsgebiets an und wollte daher seine mit diesen Gebieten partiell gemeinsame Privatrechtskultur nicht von sich aus durch den Erlass einer neuen Privatrechtskodifikation verlassen.

⁵⁴ Kátalin Gönczi, Die historische Rechtsschule in Ungarn und ihre geistesgeschichtlichen Hintergründe, in: Orsolya Marta Péter / Béla Szabó (Hrsg.), *A bonis bona discere*. Festgabe für János Zlinszky zum 70. Geburtstag (= Ünnepi Tanulmányok V), Miskolc 1998, 446 ff.; Sarlós, Rechtswesen (wie Fußnote 42), 252 f.

⁵⁵ Hierzu insbesondere Ferenc Mádl, Das erste Ungarische Zivilgesetzbuch – das Gesetz vom Jahre 1959 – im Spiegel der Geschichte der zivilrechtlichen Kodifikation, in: Ferenc Mádl (Hrsg.), *Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien*, Budapest 1963, 56 ff.; Hamza, Entwicklung (wie Fußnote 6), 139 ff.

⁵⁶ Nikola Gavella, Die Rolle des ABGB in der Rechtsordnung Kroatiens. Zum 140. Jahrestag seiner Einführung in Kroatien, in: *Zeitschrift für Europ. Privatrecht* 1994, 603 ff.

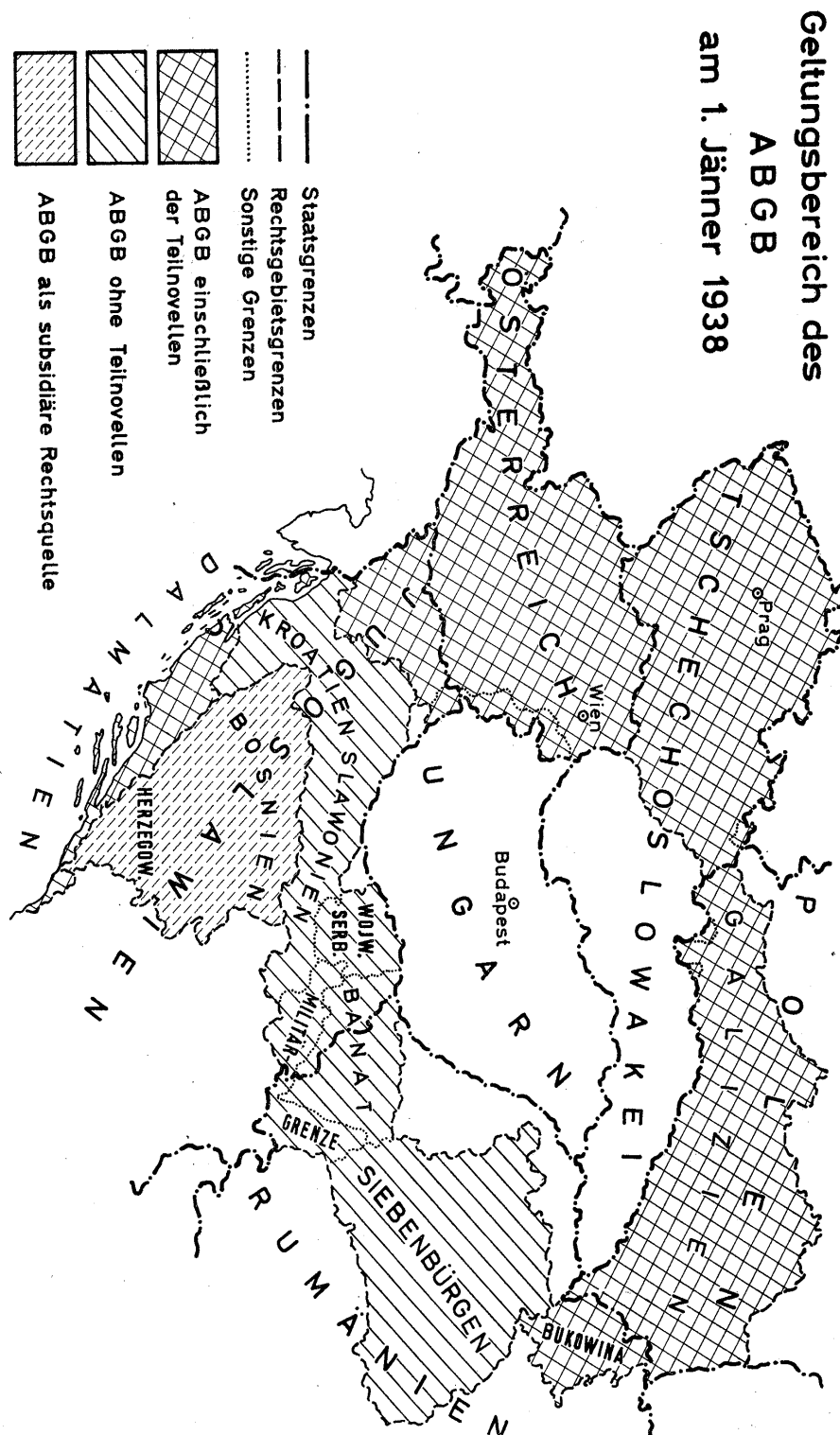


Abbildung 3. Geltungsbereich des ABGB am 1. Jänner 1938
(Quelle: Slapnicka, Österreichs Recht, wie Fußnote 2, 95).

6. LITERATUR:

6.1 SELBSTÄNDIGE WERKE

- Reichsgesetzblatt (für das Kaiserthum Österreich; abgekürzt zitiert RGBL.), Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1849–1918.
- Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung [abgekürzt zitiert AöG-Z], Wien: Dorfmeister 1850–1931.
- Unger Josef, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien: Breitkopf und Härtel 1856, Band I (Allgem. Teil), XVIII und 634 Seiten.
- Schuster Ferdinand, Kurze Anleitung zum Studium der neuesten gesetzlichen Bestimmungen über die Einrichtung und Führung des Grundbuches in ... Ungarn ..., Wien: Manz 1857, VIII und 148 Seiten.
- Gerichtshalle. Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft. Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft [abgekürzt zitiert GH], Wien 1857–1937: Breitenstein.
- Füger von Rechtborn Max, Das alte und neue Privatrecht in Ungarn, Hermannstadt: Steinhaußen 1858, X, 404 Seiten.
- Füger von Rechtborn Max, Über die Wiederherstellung des bestandenen ungarischen Privatrechtes. Ein civilistischer Beitrag zur Erörterung einer der belangreichsten Fragen für den bevorstehenden Landtag, Hermannstadt: Steinhaußen 1861, 113 Seiten.
- [anonym,] Acht Jahre Amtsleben in Ungarn. Von einem k.k. Stuhlrichter in Disponibilität, Leipzig: Oehme 1861, II und 47 Seiten.
- Dauscher Anton, Das ungarische Civil- und Strafrecht nach den Beschlüssen der Judex-Curial-Conferenz, 2. Auflage Wien: Manz 1862, XII und 372 Seiten.
- Putz Carl, System des ungarischen Privatrechts, Wien: Manz 1870, XVI und 388 Seiten.
- Putz Carl, Zur Frage der Rechts-Reception und Codification in Ungarn, Wien: Manz 1872, 47 Seiten.

- Juristische Blätter. Eine Wochenschrift [abgekürzt zitiert JBl], Wien: Carl Fromme 1872–1938.
- Pfaff Leopold / Hofmann Franz, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band I, Teil 1, Wien: Manz 1877, XII und 360 Seiten.
- Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung [abgekürzt zitiert ZRG / GA], Band 1, Weimar: Böhlau 1880 ff, ISSN 0323-4045.
- Zeitschrift für Ungarisches öffentliches und Privatrecht [abgekürzt zitiert ZUÖP], Pest: Pollitzer 1895–1907.
- Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches [abgekürzt zitiert FS ABGB], Band I, Wien: Manz 1911, X und 762 Seiten.
- Zehntbauer Richard, Einführung in die neuere Geschichte des ungarischen Privatrechts, Freiburg im Breisgau: Gschwendt 1916, 94 Seiten.
- Heymann Ernst, Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn, Tübingen: Mohr 1917, 119 Seiten.
- Almási Antal, Ungarisches Privatrecht, I, Berlin-Leipzig: de Gruyter 1924, XI und 330 Seiten.
- Gutenberg-Jahrbuch, Band 1, Mainz: Gutenberg-Gesellschaft 1926 ff, ISSN 0072-9094.
- Schlegelberger Friedrich (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Band I (Länderberichte), Berlin: Vahlen 1929, IV, 1016 Seiten.
- Fedynskyj Alexander, Räumlicher Geltungsbereich des ABGB im Wandel der Zeit, juristische Dissertation, juristische Dissertation Wien: 1944, IX und 164 Blätter.
- Walter Friedrich (Hrsg.), Aus dem Nachlaß des Freiherrn Carl Friedrich Kübeck von Kübau, Wien: Böhlau 1960, 216 Seiten.

- Mádl Ferenc (Hrsg.), Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien, Budapest: Akad. Kiado 1963, 381 Seiten.
- Fellner Thomas, Die österreichische Zentralverwaltung (im Folgenden abgekürzt zitiert als ÖZV), Band III (Von der Märzrevolution bis zur Dezemberverfassung 1867), Teil 1 (Die Geschichte der Ministerien Kolowrat, Fiquelmont, Pillersdorff, Wessenberg-Doblhoff und Schwarzenberg), Wien u.a.: Böhlau 1964, XIX und 589 Seiten.
- Csizmadia Andor / Kovács Karoly (Hrsg.), Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa, Budapest: Akad. Kiado 1970, XII und 460 Seiten.
- Coing Helmut (Hrsg), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte III (Das 19. Jahrhundert), Teil 2 (Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht), München: C.H. Beck 1972, XIX und 2840 Seiten, ISBN 3-406-08634-9.
- Slapnicka Helmut, Österreichs Recht außerhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraums, Wien: Verlag für Geschichte und Politik 1973, 106 Seiten, ISBN 3-7028-0058-1.
- Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867 [abgekürzt zitiert MRP], bearbeitet von Heindl Waltraud, Abteilung III (Das Ministerium Buol-Schauenstein), Band 1, Wien: Österreichischer Bundesverlag 1975, LXXVI und 580 Seiten, ISBN 3-215-71218.
- Wandruszka Adam / Urbanitsch Peter (Hrsg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Band II (Rechtswesen), Wien: Verlag der Österr. Akademie der Wissenschaften 1975, XVIII und 791 Seiten, ISBN 3-7001-0081-7.
- Strakosch Helmut, Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753–1811), München: Verlag für Geschichte und Politik 1976, 92 Seiten, ISBN 3-7028-0088-3.
- Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte [abgekürzt zitiert ZNR], 1 ff, Wien: Manz 1979 ff, ISSN: 0250-6459.

- Sashegyi Otto, Ungarns politische Verwaltung in der Ära Bach 1849–1860, Graz: Institut für Geschichte d. Univ. Graz, Abt. Südosteurop. Geschichte 1979, 143 Seiten.
- Zlinszky János, Wissenschaft und Gerichtsbarkeit. Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert (= Ius Commune. Sonderhefte 97), Frankfurt/Main: Klostermann 1983, XII, 222 Seiten, ISBN 3-465-02838-4.
- Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867 [abgekürzt zitiert MRP], Abteilung V (Die Ministerien Erzherzog Rainer und Mensdorff), Band 4, bearbeitet von Brettner-Messler Horst, Wien: Österr. Bundesverlag 1986, LXVIII, 363 Seiten, ISBN 3-215-06435-9.
- Kralik Winfried / Rechberger Walter H. (Hrsg.), Symposion Außerstreitreform (= Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XI), Wien 1992, 148 Seiten, ISBN 3-214-06961-6.
- Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [abgekürzt zitiert ZeuP], Band 1 ff, München: Beck 1993 ff, ISSN 0943-3929.
- Mathé Gábor / Ogris Werner (Hrsg.), Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX.–XX. Jahrhundert, Budapest: UNIO 1996, 269 Seiten.
- Zweigert Konrad / Kötz Hein (Hrsg.), Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen: Mohr 1996, XVII und 729 Seiten, ISBN 3-16-146548-2.
- Péter Orsolya Marta / Szabó Béla (Hrsg.), A bonis bona discere. Festgabe für János Zlinszky zum 70. Geburtstag (= Ünnepi Tanulmányok V), Miskolc: Bíbor 1998, 609 Seiten.
- Schöniger-Hekele Bernhard, Die österreichische Zivilprozessreform 1895. Wirkungen im Inland bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges 1914 – Ausstrahlungen ins Ausland, Frankfurt/Main etc.: Lang Verlag 2000, 204 Seiten, ISBN 3-03910-358-5.

- Mathé Gábor / Mezey Barna (Hrsg.), Von den Ständerversammlungen bis zum parlamentarischen Regierungssystem in Ungarn, Budapest-Graz: Eötvös Loránd-Univ., Jur. Fak. 2001, 153 Seiten.
- Hamza Gábor, Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn, Budapest 2002: Andrassy Gyula Deutsche Universität Budapest, 282 Seiten, ISBN 936-206-266-3.
- Rechberger Walter H. (Hrsg.), Außerstreitverfahren zwischen 1854 und 2005, Wien: Manz 2006, 54 Seiten, ISBN 978-3-214-14303-9.
- Giaro Thomas (Hrsg), Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers I, Frankfurt/Main: Klostermann 2006, VIII und 344 Seiten, ISBN 3-465-03489-9.
- Bauer Andreas (Hrsg.), Europa und seine Regionen. 2000 Jahre Rechtsgeschichte, Wien: Böhlau 2007, 764 Seiten, ISBN 3-412-13804-5.
- Steppan Markus / Gebhardt Helmuth (Hrsg.), Zur Geschichte des Rechts. Festschrift für Gernot Kocher zum 65. Geburtstag, Graz: Leykam 2007, 511 Seiten, ISBN 978-3-7011-0080-4.
- Giaro Thomas (Hrsg), Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers II, Frankfurt/Main: Klostermann 2007, VIII, 317 Seiten, ISBN 978-3-465-04017-0.
- Jan Neckář / Michal Radvan / David Sehnálek / Jiří Valdhans (Hrsg), Dny práva – 2008 – Days of Law (= Acta Universitatis Brunensis Iuridica 337), Brunn 2009, 469-495, ISBN 978-80-210-4733-4.
- Brauner Wilhelm, Österreichische Verfassungsgeschichte, 11. Auflage Wien: Manz 2009, 292 Seiten, ISBN 978-3-214-14876-8.
- Schmoeckel Mathias / Schubert Werner (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen, Tübingen: Mohr 2009, 619 Seiten, ISBN 978-3-8329-4068-3.

6.2 BEITRÄGE IN SAMMELBÄNDEN ODER ZEITSCHRIFTEN

- St. [= Moritz Stubenrauch], Die Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Juni 1811 in Ungarn, Croatien, Slavonien, Serbien und dem Temeser Banate, in: AöG-Z 4 (1853), 1 ff.
- [anonym,] Acht Jahre Amtsleben in Ungarn. Von einem k.k. Stuhlrichter in Disponibilität, Leipzig 1861, in: AÖG-Z 12 (1861), 203 f. und 206 ff.
- [anonym,] Acht Jahre Amtsleben in Ungarn. Von einem k.k. Stuhlrichter in Disponibilität, Leipzig 1861, in: GH 1861, 138 f., 140 f., 146 f. und 154 ff.
- [anonym,] Die Justiz in Ungarn, in: GH 1861, 185 f.
- Hofmann Pál, Ein privatrechtliches Gesetzbuch für Ungarn, in: AöG-Z 1865, 123 f., 127 f.
- Zorn Wilhelm, Die Organisation der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien in Ungarn seit 1860, in: JBl 1884, 233 ff, 245 ff.
- Plosz Sándor, Ungarns Justizwesen, in: ZUÖP II (1896), 23 ff.
- Szladits Karl, Franz Deák und unser heutiges Privatrecht, in: ZUÖP IX (1903), 326 ff.
- Pilar Ivo, Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienrechts, in: FS ABGB, Band I, Wien: Manz 1911, 703–726.
- Szladits Karl, Ungarn, in: Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band I, 276–286.
- Mádl Ferenc, Das erste Ungarische Zivilgesetzbuch – das Gesetz vom Jahre 1959 – im Spiegel der Geschichte der zivilrechtlichen Kodifikation, in: Mádl, Zivilgesetzbuch 76 ff.
- Mádl Ferenc, Kodifikation des ungarischen Privat- und Handelsrechts im Zeitalter des Dualismus, in: Csizmadia / Kovács, Entwicklung des Zivilrechts, 87–120.

- Böszörményi-Nagy Emil, Das ungarische Erbrecht im Dualismus, in: Csizmadia / Kovács, Entwicklung des Zivilrechts, 413–430.
- Zlinszky János, Ungarn, in: Coing (Hrsg), Handbuch der Quellen und Literatur III/2, 2141–2213.
- Barany George, Ungarns Verwaltung, in: Wandruszka / Urbanitsch, Habsburgermonarchie II, 306–456.
- Sarlós Bela, Das Rechtswesen in Ungarn, in: Wandruszka / Urbanitsch, Habsburgermonarchie II, 499–537.
- Ogris Werner, Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien 1848–1918, in: Wandruszka / Urbanitsch, Habsburgermonarchie II, 538–622.
- Neschwara Christian, Die Geltung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in Ungarn und seinen Nebenländern von 1853 bis 1861, in: ZRG / GA 113 (Wien-Köln-Weimar 1996), 362–376.
- Brauner Wilhelm, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, in: Gutenberg-Jahrbuch 62 (1987), 205–254.
- Sprung Rainer / Mayr Peter G., Die Entstehung und Weiterentwicklung des Außerstreitgesetzes 1854, in: Kralik / Rechberger, Symposium Außerstreitreform, 1–92.
- Malfér Stefan, Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Ungarn zur Zeit des "Provisoriums" 1861–1867, in: ZNR 14, Wien: Manz 1992, 32 ff.
- Szalma József, Geltung und Bedeutung der Kodifikationen Österreichs, Serbiens und Montenegros im ehemaligen Jugoslawien, in: ZNR 16, Wien: Manz 1994, 341 ff.
- Gavella Nikola, Die Rolle des ABGB in der Rechtsordnung Kroatiens, in: ZEuP 2 (1994), 603–623.
- Hartl Friedrich, Grundlinien der österreichischen Strafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848, in: Mathé / Ogris, Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation, 13–54.

- Mathé Gábor, Problems of codification during the Austrian-Hungarian dual monarchy, in: Mathé / Mezey, Von Ständeversammlungen zum parlamentarischen Regierungssystem, 25–40.
- Gönczi Kátalin, Die histor. Rechtsschule in Ungarn und ihre geistesgeschichtl. Hintergründe, in: Péter / Szabó, Festgabe Zlinszky, 446 ff.
- Szalma József, Parlament und Zivilgesetzgebung in Ungarn, in: Mathé / Mezey, Von Ständeversammlungen zum parlamentarischen Regierungssystem, 129–144.
- Neschwara Christian, Ohne Notariat geht's auch? Notarielles Gerichtskommissariat und Außerstreitverfahren 1848–1854, in: Rechberger, Außerstreitverfahren, 31–39.
- Gönczi Kátalin, Das juristische Vermächtnis des 19. Jahrhunderts in Ungarn und seine Umgestaltung im europäischen Kontext, in: Giaro, Modernisierung durch Transfer I, 109–128.
- Busch Jürgen / Besenböck Alexander, Von Mailand bis Czernowitz. Die Einführung des österreichischen ABGB, Gesamtstaatsidee und nationaler Partikularismus, in: Bauer, Europa und seine Regionen, 535–597.
- Korósne-Delacasse Krsztina, Oktroyierte Rechtsanwaltsordnung in Ungarn oder die erste moderne Regelung, in: Steppan / Gebhardt (Hrsg.), Festschrift Kocher, 205–212.
- Gönczi Kátalin, Kontinuität und Wandel im ungar. Rechtssystem der Zwischenkriegszeit, in: Giaro, Modernisierung durch Transfer II, 69–83.
- Neschwara Christian, Überleitung ungarischen Rechts im österreichischen Burgenland nach 1921, in: Neckář / Radvan / Sehnálek / Valdhans, Dny práva – 2008, 469-495.
- Neschwara Christian, Österreich(-Ungarn): Geschichte und Historiographie des Notariats, für: Schmoeckel / Schubert, Handbuch zur Geschichte des Notariats, 241–277.

6.3 BEITRÄGE (DRUCKLEGUNG IN VORBEREITUNG)

- Neschwara Christian, Franz Zeiller und das Strafrecht: Seine Ambitionen zur Verbesserung des österreichischen Strafgesetzes von 1803, in: Westermayer Felipe (Hrsg.), Homenaje Al professor Bernardino Bravo Lira (= Revista Chilena de Historia del Derecho; Drucklegung für Santiago de Chile: 2010 vorbereitet).
- Olechowski Thomas, Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes 1852, in: Olechowski Thomas / Neschwara Christian / Lengauer Alina / Busch Jürgen (Hrsg.), Festschrift zum 75. Geburtstag für Werner Ogris (Drucklegung für Wien: 2010 vorbereitet).
- Neschwara Christian, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Ungarn, in: Brauner Wilhelm (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung für Wien: 2011 vorbereitet).
- Gavella Nikola, Das ABGB in Kroatien-Slawonien und Jugoslawien, in: Brauner Wilhelm (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung für Wien: 2011 vorbereitet).
- Szalma József, Die Anwendung des ABGB im ehemaligen Südungarn (Woiwodina) in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und die Fortgeltung des ABGB als Rechtsregel nach 1918, in: Brauner Wilhelm (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung für Wien: 2011 vorbereitet).
- József Szalma, Das ABGB in Serbien. Der Einfluß des ABGB auf das Serbische Bürgerliche Gesetzbuch von 1844, in: Wilhelm Brauner (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung vorbereitet für 2011)

Contact – email

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien: A-1010 Wien, Schottenbaste 10–16, <http://homepage.univie.ac.at/christian.neschwara> – Christian.neschwara@univie.ac.at

DISKRIMINACE JAKO PRÁVOTVORNÝ ČINITEL V ŘÍMSKÉM PRÁVU

LUCIE OBROVSKÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

Příspěvek pojednává o problematice diskriminace ve vývoji práva, a to zejména v právu starověkého Říma. Dnešní pohled na zásadu rovnosti před zákonem je jiný než v dřívějších právních systémech. Proto je zajímavé srovnání dnešního pojetí této zásady a jejího vývoje, zejména ve společnostech, které počítají s nerovností jako s klasickou součástí právní reality. Příspěvek se zejména věnuje statusům v římském právu a v některých jiných právních systémech.

Key words in original language

Diskriminace; rovnost; otrok; otroctví; libertin; status; caput.

Abstract

This paper deals with the problem of discrimination in the history of law, especially in the ancient Rome. Contemporary conception of equality before the law differs from its conceptions in the past legal systems. It is interesting to compare the contemporary formal and material equality before the law and its development especially in those societies which presuppose the inequality as the element of the realm of law. This paper deals with the statuses in Roman law and other ancient law systems.

Key words

Discrimination; equality; slave; slavery; libertin; status; caput.

ÚVOD: DNEŠNÍ PŘÍSTUP K DISKRIMINACI

Rovný přístup ke spravedlnosti, přisouzení stejného množství práv všem osobám ve srovnatelné situaci, je základní premisou dnešních právních řádů. Zásada rovnosti bývá také vyjadřována negativním způsobem, a sice zákazem diskriminace. V zásadě obojí znamená totéž. Zajímavou skutečností je, že ačkoli dnes zajištění této zásady vnímáme jako stěžejní pro demokratickou společnost, je právní rovnost poměrně novým výdobytkem. Na zajištění stejné právní pozice bez ohledu na osobní, sociální nebo rodový status, případně bez ohledu na pohlaví, po většinu vývoje lidstva nemůžeme pomýšlet¹. Nicméně pro objektivní pohled je

¹ Stačí připomenout historii volebního práva ve Švýcarsku, které je v jiných ohledech považováno za zemi se silnou demokratickou tradicí. Poslední švýcarský kanton, který neopravňoval k volebnímu právu ženy, jej musel zavést až v roce 1990, po donucení zdejším Nejvyšším soudem.

potřeba dodat, že ani dnes nezajišťují všechny právní řády rovnost. Za všechny lze uvést příklad rozdílných trestů za cizoložství pro muže a ženy (u ženy je navíc většinou kvalifikováno i za situace, kdy je znásilněna) v právu šaría, které je uplatňováno například ve větší části Somálska. Žena, která se dopustí cizoložství, podstupuje velmi krutý trest smrti - ukamenování, zatímco na muži je proveden tělesný trest - bičování.²

Nutné je si uvědomit, že skutečnosti, které z dnešního právního pohledu jsou diskriminací, protože splňují určité, objektivně dané znaky, pochopitelně takto v minulosti nebyly chápány. Relativitu toho, co společnost chápe jako diskriminaci, ostatně vystihuje D. Falada v příspěvku *Diskriminace a personalita práva - úvaha o sedmi zastaveních*: "význam pojmu diskriminace, tak jak je chápán dnes, nelze...přenášet do jiných období...Tehdejší chápání...by patrně zapříčinilo, že tehdejší současníci by našemu přístupu vůbec nerozuměli. Podobně jako my vidíme projevy diskriminace tam, kde je Římané ani netuší, budou zcela jistě budoucí generace při zkoumání našeho právního řádu spatřovat diskriminaci i tam, kde my ji nevnímáme."³

Dnes je diskriminacím každé jednání, v rámci něhož je s osobami ve srovnatelných podmínkách zacházeno různým, pro jednu z nich znevýhodňujícím způsobem.⁴ Takové jednání tedy porušuje zásadu rovnosti. Jde zde nicméně o porušení právních předpisů konkrétním diskriminačním jednáním: samotné předpisy formálně musí rovnost dodržovat. Nicméně v minulosti byl nerovný stav mezi jednotlivými osobami přirozený a jistě chápán také jako spravedlivý - a podle toho vznikaly také právní předpisy, které a priori přidělují některým skupinám osob jiné množství práv než ostatním skupinám. Jsou tedy diskriminační už ze své podstaty.

Tyto jsou právě předmětem příspěvku - v římském právu jsou zastoupeny hojně. V podstatě až s počátkem novodobých revolucí se objevuje myšlenka rovných práv pro všechny lidi, kdy již sice neexistuje otroctví v pravém

² Takový verdikt, tj. absolutní trest, na základě kterého byla Chalíma Ibrahím Abdirahmánová po krk zavalena šterkem a poté ukamenována, vynesl v minulých dnech soudce radikální skupiny Šabáb, která v některých zemích zavádí právo šaría. Viz: http://zpravy.idnes.cz/muslimsti-povstalci-ukamenovali-v-somalsku-zenu-pro-cizolozstvi-10l-/zahranicni.asp?c=A081028_085518_zahranicni_cen. Podobné praktiky kritizuje mj. zpráva Amnesty International z letošního roku, podle níž jsou v mnoha zemích v mnoha životních oblastech. Více: Amnesty International Report 2009, 405 s, ISBN 978-0-86210-444-3.

³ Falada, D.: *Diskriminace a personalita práva - úvaha o sedmi zastaveních*. In: Ed. Bubelová, K.: *Sborník příspěvků ze IV. konference právních romanistů ČR a SR*, Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2001, s. 19.

⁴ K současnému pojetí antidiskriminačního práva více viz: Fredman, S: *Antidiskriminační právo*, Praha: Multikulturní centrum, 2007, 209 s., 978-80-254-1054-7. Nebo také Boučková, P.: *Rovnost a sociální práva*, Praha: Auditorium, 2009, 978-80-87284-02-5.

slova smyslu, ale panuje zásadní nerovnost mezi osobami podle jiných kritérií - např. podle sociálního statusu, rodové příslušnosti, množství majetku apod.

Předem se předesílá, že není možné v příspěvku postihnout všechny aspekty problematiky: spíše jde o přehled jednotlivých diskriminačních důvodů, které byly v právním řádu římského státu relevantní, jakož i o postižení oblastí právní reality, pro niž byla diskriminace v tomto právním systému nejvýznamnější. V tomto smyslu není blíže například rozváděn politický boj mezi patricijí a plebeji jako dvěma specifickými skupinami římské společnosti, byť by se do tohoto tématu zčásti také řadil: plebejci se uchylují posléze k boji za rovné postavení s patricijí, čehož projevem je například zajištění možnosti sňatků mezi patricijí a plebeji navzájem. Tento politický boj se tedy samozřejmě promítá také do práva.

Zajímavé problematice diskriminace v římském právu se (nikoli komplexně) věnuje také sborník příspěvků IV. konference právních romanistů, v němž se objevují například otázky určitých právních pokusů o odstranění diskriminace v Římě, a z nějž je také v příspěvku čerpáno.⁵

1. CAPUT – SPECIFICKÝ INSTITUT ŘÍMSKÉHO PRÁVA

Nejvýznamnější oblastí při charakteristice práva osob a pojetí nerovnosti v římském právu je nepochybně pojem *caput* a s ním spojené statusy osob (*status libertatis*, *status civitatis* a *status familiae*). Ty právě tvoří status svobodného Římana, jsou-li přítomny. *Caput* (doslova hlava) vyjadřuje právní osobnost, pozici v právním řádu - nebo také souhrn práv určité osoby. Proto změna této pozice je vyjadřována jako *capitis deminutio* neboli doslova zmenšení právní osobnosti. Podle toho, v jakém smyslu byly zmíněné tři statusy osoby, působil také pak právně *caput* osoby, a podle toho také určitá osoba má, případně nemá konkrétní práva.

Samotná tato skutečnost by zásadě rovnosti nejspíš nebránila, pokud by nicméně podmínka nabytí práv nebo případné odlišnosti spočívaly v objektivním, nepochybnitelném kritériu, kterým je například nabytí určitého věku pro uzavření manželství, výkon volebního práva apod. Tak je tomu dnes⁶, ovšem věk bude hrát při nabývání způsobilosti k právním úkonům obecně, jakož i k získání odpovědnosti v jednotlivých právních odvětvích, vždy určitou roli. V takovém ustanovení nespátřujeme problém: člověk sice musí dosáhnout k nabytí práva určitého věku, ale tato podmínka platí pro všechny stejně, tedy nezakládá neodůvodněné rozlišování. V

⁵ Ed.:Bubelová, K.: *Ius Romanum*, Sborník příspěvků ze IV. konference právních romanistů ČR a SR na téma Diskriminace v římském právu konané 2. a 3. 11. 2001, Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2001, 104, 80-244-0582-2.

⁶ Přesto se objevují diskuse například o tom, zda je naše věková hranice pro nabytí trestní odpovědnosti adekvátní, vzhledem k tomu, že v jiných státech je povětšinou nižší.

římskoprávním pojetí nastává ale potíží v tom, že lidé mají nestejnou pozici před zákonem už ze skutečnosti, jakým rodičům se vlastně narodí (buď jako svobodní, nicméně podřízeni pak paterovi, nebo jako *vernae*, tedy děti otroků, a ti jsou majetkem otrokáře). To je kritérium, které pochopitelně člověk ze své podstaty neovlivní: proto by na základě takové proměnné neměl disponovat méně nebo více výhodným právním postavením.

Z pohledu rovnosti je nejspíš nejvýznamnějším status *libertatis*. Rozdílné postavení svobodných a otroků je ale předmětem následující části, podobně jako krátká úvaha o přítomnosti diskriminace v římské rodině, přičemž rodinný stav je vyjádřen statusem *familiae*. Pokud bychom ale měli být striktní v posuzování dnešního a tehdejšího práva, je nepochybné, že také dnes mají občané státu jinou pozici než lidé, jež občanstvím nedisponují (tolik pokud jde o srovnání s římským statusem *civitatis*), a podobně není možné tvrdit, že by všichni členové rodiny měli stejné postavení: už tím, že může rodič jako zákonný zástupce za dítě rozhodovat o jeho úkonech, je vyjádřena nerovnost vztahu mezi nimi. Podobně také žena je podřízena svému muži nikoli jen v římské právní tradici, ale také v obdobích, která po římské době následují. Nicméně římská koncepce tento vztah v mnohém přerůstá: *pater* má nad ostatními členy rodiny, a tedy i nad ženou, téměř neomezenou moc.

Zajímavý nicméně z hlediska rovného postavení je také status *civitatis*, tedy ten status, který rozlišuje mezi domácími a cizími (*peregrini*). Mezi *peregriny* přitom patřily osoby, které neměly vůbec vztah k obci. Nicméně také původně občan mohl o své občanství přijít. Stalo se tak důsledkem trestu za spáchání velezrady. Zde je opět možné sledovat prolomení jednoho ze základních pravidel dnešní demokratické společnosti, a sice nemožnost pozbytí státního občanství proti vůli občana⁷. Náš právní řád neumožňuje udělení trestu v podobě odejmutí státního občanství⁸.

Problematika vztahu mezi státem a státním občanem je tedy i otázkou dnešního práva - také náš právní řád přisuzuje jiné postavení svému občanovi, a jiné apatridům nebo cizím státním příslušníkům. Narozdíl od dnešní doby ovšem římské "neobčané" jsou *a priori* nazýváni *hostes*, tedy nepřátelé. Tím se také vyjadřuje, že nemají obdobně privilegované postavení spojené s právy a povinnostmi jako občané říše. Římské právo tak důsledně uplatňuje zásadu *personalit*y práva, což lze ovšem chápat z dnešního pohledu jako diskriminační obecně pouze zčásti: také dnešní

⁷ Podle Ústavy ČR nemůže být nikdo proti své vůli zbaven státního občanství (čl. 12 odst. 2 úst. z. č. 1/1993 Sb.).

⁸ Trestními předpisy je umožněno pouze uložení trestu vyhoštění. Vyhoštění nicméně nesmí být uděleno státnímu občanovi, ale naopak osobám, které občanstvím nedisponují. Trestní zákon č. 140/1961 Sb., § 27 písm. ch).

právní řády v některých aspektech tuto zásadu, oproti zásadě teritoriality, uznávají.⁹

Kategorií, kterou ze současného práva ovšem neznáme, byli tzv. Latinové, která je právně odlišná jak od hostes, tak od občanů římských, a bývá řazena k peregrinům. V rámci této skupiny je navíc ještě rozlišováno mezi např. tzv. Latiny Iuniánskými (tito žili sice jako svobodní, ale umírali jako otroci). Pro většinu Latinů platí ovšem, že disponují dvěma nejvýznamnějšími právy občanů - právem obchodu a právem uzavřít sňatek. Vidíme tedy, že status libertatis je sledován podle kritéria, které daná osoba nemůže ovlivnit (tj. místo narození): Latinové byli potomci kmenů usazených ve střední části Apeninského poloostrova, zvané Latium, a podle toho vyhlíží její právní pozice. To je opět z pohledu dnešních diskriminačních teorií neakceptovatelné. Tyto skupiny, které jsou tedy svobodnými, ale nemají plnoprávné postavení jako občané, známe také z jiných starověkých států. Vedle spartských perioiků jsou to třeba také starobabylónští muškénové nebo chaldejští "Asyřané".¹⁰

2. OTROCTVÍ JAKO POPŘENÍ ZÁSADY ROVNOSTI LIDÍ

Otroctví je zásadní charakteristikou antického Říma: o římské společnosti se hovoří jako o otrokářské. Ostatně sám Gaius uvádí: "De condicione hominum: et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quot omnes homines aut liberi sunt aut servi".¹¹ Často bývá otrokova pozice v právním řádu popisována zásadou servus nullum caput habet (otrok nemá právní subjektivitu). V tomto smyslu je nejvýraznějším projevem vztahu otrokáře a otroka právo otrokáře svůj "majetek" beztrestně zabít, fyzicky jej trestat apod. Vztahují se tedy na otrokářovo vlastnické právo k otrokovi všechny jeho složky jako u jiných věcí, tzn. pán má také právo otroka beztrestně odložit a opustit, tak jako disponuje tímto právem dereliktce také vůči jiným předmětům svého vlastnictví.

Na straně druhé často tyto právní konsekvence neměly odpovídající reálné opodstatnění: často se stávalo, že pán ponechal jako jistou odměnu za vykonanou práci otrokovi majetek zvaný peculium, prostřednictvím kterého

⁹ Například ustanovení zákona o mezinárodním právu soukromém určuje, že způsobilost uzavřít manželství, jakož i podmínky jeho platnosti, se řídí právem státu, jehož je určitá osoba příslušníkem. In: zákon č. 97/1963 Sb., § 19. Podobně v autorském právu platí, že základní předpis, tj. autorský zákon, platí pro vytvoření díla českého státního občana, ať bylo vytvořeno kdekoli. In § 107 odst. 1 zákona č. 121/2000 Sb.

¹⁰ Klíma k těmto skupinám osob výslovně uvádí, že byli diskriminováni jak společensky, tak zejména právně. Klíma, J.: *Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho*, Praha: Academia, 1985, s. 244.

¹¹ O právním postavení osob: a základní rozdělení práva osob je tedy takové, že všichni lidé jsou buď svobodní, nebo otroci." Gaius I.9, Gaius: *Učebnice práva ve čtyřech knihách*, Praha: Doplněk, 1981, s. 32.

se nejeden otrok posléze vykoupil na svobodu. Lze také zmínit faktické rozdíly v postavení, resp. kvalitě života otroků státních a soukromých. Právní relevanci tyto rozdíly ale neměly.

Diskriminace otroků je evidentní již ze základního postulátu, jehož autorem je Ulpianus, a sice: *servus pro nullis habentur*, tedy otrok se nepovažuje za nic.¹² Dochází tedy zde k ztotožnění otroka nikoli se subjektem práva, kterým jsou všechny ostatní lidské bytosti, ale s objektem práva. Tento základní postulát se pak projevuje v mnoha oblastech právní reality: jak v právu soukromém, tak trestním, jak v hmotněprávních otázkách, tak v procesním postavení otroka. *Caput* tedy určuje také privilegované, případně znevýhodňující postavení například před soudem. Pokud se vrátíme k otrokům, tato skutečnost se projevuje například tím, že svědecká výpověď otrokova bude vážena před soudem jistě méně významně, než výpověď svobodné osoby. Podobně se nabízí diskriminační pozice otroka při metodách výslechu.

V neposlední řadě se trestního práva dotýká problematika rozdílných tělesných trestů pro svobodné a otroky, jakož i ztrestaných trestů smrti – například ukřižování bylo typicky způsobem trestu smrti pro otroky (a tedy i gladiátory), pro osoby bez občanských práv, případně pro piráty. Také jiné způsoby trestu smrti byly určeny jen pro určité skupiny lidí – například v armádě panovaly kruté tělesné tresty. Z pohledu dnešního práva pochopitelně i toto je projev diskriminace: dnešní právní řády povětšinou nemohou rozlišovat různé tresty pro různé skupiny lidí (ovšem viz výše uvedený případ práva šaría). Všimněme si navíc, že ačkoli v právu civilním je otrok věcí, v otázce odpovědnosti a trestního práva jakoby "ožil" - jakoby se stal účelově osobou.

Ve starověku i dalších obdobích se nicméně právě v oblasti trestního práva objevují jasné disproporce: ostatně i z nejznámějšího starověkého zákoníku, tj. zákoníku krále Chammurapiho víme, že otroci byli často trestáni za spáchání téhož trestného činu mnohem přísněji než svobodní. Stejně tak asyrské zákony přinášejí za tentýž čin pro svobodné například peněžitý trest, pro otroky ale zohavující tresty.¹³ Navíc otroci jsou diskriminováni také například v oblasti kontraktace, když tento významný zákoník stanoví, že

¹² D 50.17.32. Ulpianus současně ale na tomto místě polemizuje: z hlediska práva civilního (*ius civile*) je sice otrok ničím, z hlediska práva přirozeného (*ius naturale*) to ovšem neplatí: nakonec Ulpianus svou rozvahu (Ulp.43 Sab.) zakončuje formulí: "*omnes homines aequales sunt*". In: Honoré, T.: *Ulpian, Natural Law and Stoic Influence*, přístupné zde: http://www.historycooperative.org/journals/ahr/111.4/pdf/mathisen_ahr111.4.pdf.

¹³ Jsou jim utřaty uši a nos například. In Klíma, J.: *Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho*, Praha: Academia, 1985, s. 89.

pokud někdo převezme něco do úschovy nebo koupí bez písemné smlouvy něco od otroka, čeká jej trest smrti.¹⁴

Pro otázku diskriminace v trestním právu je pak nepochybně významnou skutečností dále to, že samotné nastolení otrockého stavu bylo po určitou část římského vývoje druhem trestu. Hovoříme pak o otroctví z trestu, tedy *servitus poenae*¹⁵. Také v přemyslovských Čechách je důvodem vzniku otroctví vedle narození také rozsudek.¹⁶ Možnost uvalení otroctví na původně svobodného člověka je opět dnešní optikou diskriminační. A podobně tak otroctví pro dluhy - už podle Zákona XII tabulí mohl věřitel dlužníka prodat tzv. *trans Tiberim* - za řeku Tiberu.¹⁷

Také v jiných starověkých státech¹⁸ je možné najít jasně diskriminační opatření ze strany státu: pomineme-li obecně existenci otroctví, nelze na tomto místě neuvést spartskou "specialitu" státního boje s otroky, a sice každoroční státní mocí posvěcené vraždění silných otroků, kteří by se v budoucnu mohli stát nebezpečnými pro stát (hovoříme o tzv. *krypteia*).¹⁹

Obecně také v jiných starověkých i pozdějších politických útvarech lze sledovat zejména nerovnost různých společenských vrstev před zákonem: děje se tomu tak mj. v Egyptě, Mezopotámii, v Sumeru, Indii, Číně, ale také u Inků nebo Mayů. Ve všech těchto státních útvarech, ale i jinde, se postupuje v rámci trestního řízení diskriminačně ve srovnání s jinými,

¹⁴ Viz k tomu blíže: Klíma, J.: *Nejstarší zákony lidstva: Chammurapi a jeho předchůdci*, Praha: Československá akademie věd, 1979, 382 s..

¹⁵ Nejčastější formou výkonu trestu bylo odsouzení do dolů (*in metallum*) nebo boj s šelmami (*ludum venatorium ad bestias*). Nebo byl člověk odsouzen k trestu smrti a současně zbaven svobody. Více k otroctví jako formě trestu in: Ed. Rodriguez, J.P.: *The historical encyclopedia of world slavery*, svazek I., Santa Barbara, 1997, s. 578, ISBN 0-8736-885-5.

¹⁶ Bílý, J. L.: *Právní dějiny na území České republiky*, Praha: Linde, 2003, s. 62-63, ISBN 80-7201-429-3.

¹⁷ Více k této otázce viz příspěvek A. Landy *Prodej svobodného člověka v římském právu*. In: Ed. Skřejpek, M.: *Sborník studentských příspěvků z konferencí římského práva*, Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2001, s. 9 a násl., ISBN 80-85889-39-0.

¹⁸ Na tomto místě nebudeme postavení otroků v jiných státech více rozvádět. Více k tomu viz Obrovská, L.: *Některé aspekty právního postavení otroka v antickém Římě a srovnání s jinými starověkými státy*, *Naděje právní vědy - Býkov* 2007, Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2008, s. 123-133, ISBN 978-80-7380-122-9. Nebo také Obrovská, L.: *Právní postavení otroka v antickém Řecku*, *Cofola 2008 Conference: Key points and ideas*, Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008, s. 239-241, ISBN 978-80-210-4629-0.

¹⁹ Vojáček, L. a kol. : *Dejiny verejného práva v Európe*, Bratislava: Vydavateľské oddelenie Práv UK, 2004, s. 60, ISBN 80-7160-176-4.

urozenějšími vrstvami společnosti. Přitom na výši trestu má vliv nejen postavení pachatele, ale také postavení poškozeného.²⁰

Toto je společné všem sledovaným starověkým i pozdějším civilizacím, podobně jako další zásada, která je zajímavá z pohledu rovnosti: jednotlivé společenské třídy nemají sice rovné postavení před zákonem, ale spojuje je absolutní podřízenost panovníkovi tak, jak ji popisuje Klíma: "ve vztahu k panovníkovi jako absolutnímu despotovi se mohli všichni občané v určitých případech dostat do postavení bezprávných subjektů na úrovni otroka."²¹ Tyto teze sice platí ve většině států, nicméně neznamená to, že neexistují rozdíly. Například egyptský otrok se může hájit na soudě²², což v jiných státech běžné není.

Otrok je zásadně omezen na právech, jak bylo už naznačeno výše, také v soukromoprávní oblasti - například pokud je mu dovolena kontraktace, vždy za tím účelem, aby zlepšil pánovo ekonomické postavení. Pokud otrok kontrahuje, vzniká z takového jednání nikoli klasická smlouva, ale pouze naturální obligace, která opět nemá tytéž důsledky jako klasická smlouva.

S otroctvím jsou dále spojeny další kategorie obyvatelstva: zejména půjde o libertiny a kolóny, pomineme-li osoby v mancipiu, tedy dočasném otroctví. Také propuštěnci - liberini - měli omezená práva, čili i zde spatřujeme rozdílné postavení před zákonem ve srovnání se svobodnými. Šlo o otroky, kteří byli propuštěni na svobodu. Tak jako jsme u statutu civitatis uváděli hraniční skupinu Latinů, kteří totiž mají více práv než cizinci, ale ne tolik jako občané, podobně to platí zde u statutu libertatis. Libertini tedy tvoří kategorii osob stojících na pomezí otroků a svobodných, což se přirozeně projevuje na množství přisouzených práv. Nemají proto práva občanů, například aktivní a pasivní volební právo, právo odvolat se při obvinění k lidu, nebo právo stát se knězem (propuštěncovy děti nicméně již nabývají všech práv). Libertus, tj. propuštěný otrok je k svému bývalému pánovi, nyní patronovi, vázán prostřednictvím ius patronatus.²³

Nelze dále při výkladu diskriminačního přístupu římského práva k jednotlivým osobám opomenout postavení další specifické skupiny obyvatelstva - kolónů. Tato vrstva se formuje až ke konci římského vývoje a někdy bývá popisována jako svobodná, jindy jako polosvobodná. Faktem zůstává, že postavení kolónů je natolik blízké otrockému, že dokonce bývají

²⁰ Balík, S., Balík, S. ml: Právní dějiny mimoevropských zemí, Dobrá Voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2003, s. 34, 47, 61, 69, 135, 139, ISBN 80-86473-25-2.

²¹ Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho, Praha: Academia, 1985, s. 250.

²² K postavení egyptského otroka viz Ed. Donadoni, S.: Egyptský člověk a jeho svět, Praha: Vyšehrad, 2006, 313 s., ISBN 80-7021-813-4.

²³ Bartošek, M: Encyklopedie římského práva, Praha: Panorama, 1981, s., 217.

nazývání "otroky hroudy" (*servi glebae*²⁴) jako vyjádření závislosti na půdě, kterou obdělávají - kolóni byli sice původně zcela svobodní rolníci, ale jejich závislost na velkostatkáři, na jehož půdě pracují, postupně vzrůstá.

Relativitu ve srovnání otroků a kolónů vyjadřuje Češka ve svém *Zániku antického světa*: "...společná práce vedla ke stírání ostrých rozdílů mezi osobně svobodnými nádeníky a otroky, ba nezdá se, že se člověk svobodný ocitl v postavení podřízeném otroku - mistrovi."²⁵ Na jiném místě dokonce zdůrazňuje, že nijak dobré vyhlídky neměl ani samotný propuštěnec: "otrok dostal při svém formálním propuštění na svobodu od svého pána...kus pole k obdělávání, pročež i nadále zůstal na svém patronovi zcela závislý."²⁶

3. DISKRIMINACE ŽEN A POJETÍ ŘÍMSKÉ RODINY

Postavení ženy v římském právu je otázkou zajímavou: je nicméně potřeba dospět k závěru, že jde o zásadní projev diskriminace římskoprávního systému. Žena je jednak vyloučena z politického života (to pochopitelně známe také z Řecka apod.), současně je podřízené její postavení v rodině. Zde se totiž její pozice vůči manželovi v případě tzv. přísného manželství popisuje jako *filiae loco*, neboli jakoby by manželka byla na pozici jeho dcery (a současně vůči svým dětem má pozici *sororis loco*, neboli je v pozici jakoby jejich sestry). Manželka ztrácí navíc vazbu na svou původní rodinu - což například neznáme z Egypta, kde se právní postavení ženy po uzavření sňatku nemění.

Také *Digesta* řadí často ženu do téhož ustanovení po bok například osobám bezectným, a dokonce někde otrokům²⁷. Tím je vyjádřena nízká míra úcty k ženám. Nejen v rámci rodiny se tak projevuje diskriminace žen. Obecně platí, že žena nesmí například volit, ani provádět rozličné právní úkony. Za ženu je provádí buď její manžel, nebo poručník (hovoříme o institutu *tutela mulierum*)²⁸.

²⁴ Nebo také *servi terrae*, tj. otroci země, což má stejný význam. Tamtéž, s. 106.

²⁵ Češka, J.: *Zánik antického světa*, Praha: Vyšehrad, 2000, s. 11, ISBN 80-7201-386-8.

²⁶ Tamtéž, s. 80.

²⁷ Například *Ulp.* 46, 1, 3. Podle tohoto ustanovení se nemohou otroci, ženy a děti stát ručiteli. Zdá se, že neexistuje ospravedlnitelný důvod k takové legislativní úpravě. Ustanovení je proto ukázkou čiré právní diskriminace.

²⁸ V Římě byl institut poručnictví a opatrovnictví využíván i ve vztahu k marnotratníkům nebo nedospělým. Zde je jistě takové jednání opodstatněné, ne ale v případě žen, které jsou tímto totiž stavěny rozumově na roveň nedospělých, šílenců a duševně nemocných. K těmto skupinám totiž také existoval poručník, případně opatrovník. Nicméně například právě ve vztahu k duševně nemocným jsou i současné české soudy a zákonodárci opakovaně kritizováni například za nadbytečné využívání institutu zbavení způsobilosti, když v jiných státech tato možnost není.

Mimořádný význam pro právní postavení má právě rodinný status. V tomto smyslu je nejvýznamnějším fenomén *patria potestas* (otcovská moc). Římská rodina totiž působí jako substrát osobně - majetkových vztahů, v rámci nichž má enormní moc právě otec rodiny. Všichni členové rodiny, a k těm se čítají také otroci, mu jsou podřízeni. Pouze syn se může z jeho moci vymanit, a sice tzv. emancipací, kdy se pak on sám stává *paterfamilias* v nově vzniknuvší rodině. Otcova moc má různé složky - a to vůči manželce (*manus*), vůči dětem (*patria potestas*) a vůči otrokům (*domestica potestas*).

Nejvýznamnějším oprávněním otce vůči své rodině je právo nad životem a smrtí - *ius vitae necisque*. *Pater* sice sezval zvláštní domácí soud, kterému přednesl svoje důvody pro výkon tohoto práva, nicméně uvažuje se, že tento neměl většího významu při rozhodování s nešťastníkovým osudem. "Trest", který stihl *patera* jednajícího nespravedlivě a vedeného pouze krutostí, měl pouze charakter odejmutí společenské váženosti.²⁹ Toto oprávnění neznáme ale pouze z Říma: uvádí se například jako hlavní oprávnění otce rodiny také ve starověké Palestině.³⁰ Naopak ve spartské společnosti toto oprávnění nebylo, což je s podivem vzhledem k pověstné spartské krutosti.

Nejčastějším prohřeškem, na základě kterého *pater* uplatnil právo nad životem a smrtí, bylo *cizoložství*. Nejen manželku, ale také dceru mohl takto potrestat, jak to dokládají *Papinianus* a *Ulpianus*.³¹ Jasně diskriminační bylo také trestání manželky například za požití vína - ať trestem tělesným, nebo jiným (původně dokonce trestem smrti).

Nerovnou pozici žen před zákonem neznáme pouze z Říma. Opět je prostoupena většinou tehdejších právních řádů. Zajímavým je například Právní zrcadlo asyrské ženy, jak jej popisují středoasyrské zákony. To je součást právního systému, v němž je žena sice na straně jedné chráněným subjektem (například jsou zde stanoveny vysoké tresty za znásilnění nebo způsobení potratu), na straně druhé jsou zde trestné činy, které jsou specificky páčány jen ženami a trestem se pak vyjadřuje podřízenost ženy manželovi: velmi často figuruje jako součást skutkové podstaty činu okolnost související s manželovou domácností nebo jeho osobností. Mimořádně ponižující a diskriminační je například trest za znásilnění mladé dcery - její otec dá znásilnit manželku pachatele.³² Potrestanou osobou tedy

²⁹ Ed Skřejpek, M.: Sborník studentských příspěvků z konferencí římského práva, Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2001, s. 54-55, ISBN 80-85889-39.

³⁰ Balík, S., Balík, S.: Právní dějiny mimoevropských civilizací, Dobrá Voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2003, s. 71, ISBN 80-86473-25-2.

³¹ D 48, 5, 23, 3 a 48, 5, 24, 1. *Pater* mohl ale právo vykonat jen tehdy, přistihl-li dceru ve svém domě či domě jejího manžela. Přístupné zde: <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-48.htm#5>.

³² Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho, Praha: Academia, 1985, s. 95.

není pachatel. Opět je zde vyjádřena mimořádná podřízenost ženy - otec znásilněné dívky tak zbavuje cti onoho pachatele.

4. DALŠÍ PROJEVY DISKRIMINACE V ŘÍMSKÉM PRÁVU

Existence otroctví, popírání rovnosti žen a mužů a enormní moc patera nejsou jedinými projevy diskriminačního přístupu v právu osob starověkého Říma. Dále s právní pozicí souvisí také rozdělení osob na osoby svého a cizího práva, které opět z dnešního pohledu lze chápat jako diskriminační: osobou cizího práva byli ženy, děti, manželky synů a zejména otroci. Tito všichni tedy podléhají jediné osobě svého práva, kterou může být jen pán rodiny, případně emancipovaný syn.

Dále s problematikou nerovnosti ve smyslu sociálním i právním souvisí rozdělení obyvatelstva v tzv. *honestiores* a *humiliores*. Tak jako se dichotomie sociálního postavení mezi patriciji a plebejci projevuje také v právu, podobně rozlišení těchto dvou kategorií (*honestiores* byli majetní oproti *humiliores*) je poznamenáno například důsledky v trestním právu, kde za stejný čin je *honestiorovi* uloženo vyhoštění, zatímco *humiliorovi* trest smrti apod. Výše zmíněný zákaz sňatků mezi patriciji a plebejci není jediným výrazem sociální nerovnosti starověkého práva. Například také v ptolemaiovském Egyptě byl kněžím zakázán sňatek s ženami jiných sociálních tříd. Ba co víc, docházelo také ke sňatkům svobodných s otroky, což je v Římě nepřijatelné.³³

Dále je potřeba zmínit tzv. *infamia*, neboli bezectnost. I zde se jedná spíše o kategorii sociální, ovšem s právními důsledky. Totiž bezecná osoba (povětšinou taková, která byla souzena pro závažný trestný čin) je jednak většinou přerazena z vyšší společenské třídy do nižší, jednak je jí upíráno volební právo a právo podílet se na soudním řízení. Odsouzenec je tak stíhán trestem dvakrát, a to udělením konkrétního trestu a vedle toho upřením těchto některých práv.

Velmi zajímavou je dále otázka vztahu římské vládní moci k určitým náboženstvím a s tím spojených právních důsledků. To, že víra v rukou světské moci je efektivním sjednocujícím faktorem, není třeba připomínat. Proto se také římská vládní moc snaží mít kontrolu nad vyznáním svého obyvatelstva. Přes poněkud zvláštní postavení židovské víry³⁴ v rámci říše nelze proto opomenout počáteční stíhání praktikujících křesťanů - křesťanství představovalo hrozbu decentralizace moci.

³³ Naskosová, P.: Římské a egyptské manželství, In: Ed Skřejpek, M.: Sborník studentských příspěvků z konferencí římského práva, Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2001, s. 73, ISBN 80-85889-39.

³⁴ Židé jsou v dalším období silně utlačovanou a diskriminovanou skupinou - také ve středověkých a novověkých Čechách nemají například ani politická práva. Bílý, J. L.: Právní dějiny na území České republiky, Praha: Linde, 2003, s. 123, ISBN 80-7201-429-3.

Proto ještě za Diocletiana je postaveno mimo zákon, podobně jako poté, co je v roce 313 Konstantinem uznáno státním náboženstvím, se tak děje všem odchylkám od oficiální víry. Hereze i apostazie jsou pak stíhány v trestních procesech, ostatně jako ve staletích následujících po pádu Říma. Jejich nerovná pozice se ale projevuje i v civilní oblasti: například mají omezenou testovací volnost.

Justinián odebrává také pohanům a židům jednak možnost sňatku s křesťanem, jednak možnost vlastnit otroky - křesťany. Stejně tak manichejští byli postaveni mimo zákon a byli velmi omezováni v majetkových pořízeních. Současně ale nelze upřít křesťanské filosofii podíl na zlepšení životních podmínek otroků -a samotným otroků tato víra přiznává lidství od přirozenosti: jestliže podle světského práva je otrok otrokem, "z boží milosti se stává svobodným a v církvi plnoprávným členem."³⁵

Ještě zmiňme diskriminaci podle jiných hledisek, které dnes jsou chápány jako diskriminační důvody, zejména sexuální orientace. V trestních řádech různých starověkých států objevují až bizarní tresty³⁶ za homosexuální styky (zajímavé je, že platily pouze pro muže, v čemž lze spatřovat další úroveň diskriminace). Vždy měly plnit úlohu difamující. Ovšem ve starověkých společnostech, kde spatřujeme tak zásadní popření rovnosti, jakými jsou rozvinuté otroctví nebo upalování heretiků pro odchýlení od oficiální víry, stěží můžeme čekat právní akceptaci sexuálních menšin.

5. ZÁVĚR

Příspěvek byl letným exkurzem do problematiky projevů diskriminace právního systému antického Říma, případně dalších starověkých právních systémů. Nemohl ale problematiku postihnout v celé její šíři. Pouze nastínil nejvýznamnější otázky římského práva, které mohou být dnešní optikou vnímány jako diskriminační, avšak v tehdejší době tak vnímány povětšinou nebyly: samotné rozdělení společnosti na svobodné a otroky bylo přirozené i v názorech známých filosofů a povětšinou o jeho opodstatněnosti nebylo pochybováno.

Snahy autorky jsou proto vedeny těmito okolnostmi: účelem příspěvku bylo shrnutí nejvýznamnějších diskriminačních faktorů v každodenním životě impéria. V tomto smyslu se nabízí jako zásadní zamyšlení nad právní pozicí otroků a propuštěnců, dále nad formací římské rodiny, ale také nad diskriminací podle pohlaví, neboť i to je pro římský stát velmi příznačné.

³⁵ Češka, J.: Zánik antického světa, Praha: Vyšehrad, 2000, s. 131, ISBN 80-7201-386-8.

³⁶ Například podle tzv. tabulky A středoasyrských zákonů pokud byl někdo usvědčen z homosexuality, byl potrestán homosexuálním stykem (!). Neboli trestný čin je současně trestem. Ba co víc, takto trestaným je pouze aktivní účastník, pasivní je považován za poškozeného. Tamtéž, s. 91-92.

Vždy je přitom potřeba si uvědomit, že zdaleka ne vždy splývá stav *de iure* a stav *de facto*, což je patrné například právě na každodenním životě některých otroků, ale i na postavení žen v různých dobách římského vývoje.

Z právního pohledu je sice otrok věcí, fakticky ale může disponovat i vlastním majetkem a vykoupit se na svobodu. Zde je možné sledovat vztah faktického a právního stavu hlavně v tom smyslu, že byt' otrok nemůže vlastnit určitý majetek - pán mu jej může kdykoli odebrat, fakticky se ušetřenými aktivy může vykoupit na svobodu. Právo tedy stanoví určitý právní rámec postavení otroků, ale konkrétní životní podmínky konkrétního člověka závisely spíše na přítomnosti nebo nepřítomnosti soucitu otrokáře. V tomto smyslu, zdá se, není mezi starověkými společnostmi, alespoň podle dochovaných pramenů, větších rozdílů.

Závěrem nelze než konstatovat, že v dnešní době hledíme na otázku rovnosti před zákonem zcela jinou optikou a s jinými prioritami než dřív. I v dnešní právní realitě se ale stále potýkáme s problémem diskriminace a otázky související navíc s tzv. pozitivní diskriminací neboli afirmativními opatřeními jsou víc než aktuální. Proto je dobré si uvědomit, že rovnost je kategorie velmi relativní: absolutní rovnosti a spravedlnosti nebude ani skrze právo jako mocenský nástroj dosaženo nejspíš nikdy.

Literature:

- Amnesty International Report 2009, 405 s, ISBN 978-0-86210-444-3.
- Balík, S., Balík, S.: Právní dějiny mimoevropských civilizací, Dobrá Voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2003, 181 s., ISBN 80-86473-25-2.
- Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Praha: Panorama, 1981, 507 s.
- Bílý, J. L.: Právní dějiny na území České republiky, Praha: Linde, 2003, 474 s., ISBN 80-7201-429-3.
- Boučková, P.: Rovnost a sociální práva, Praha: Auditorium, 2009, 978-80-87284-02-5.
- Bubelová, K.: *Ius Romanum*. Sborník příspěvků ze IV. konference právních romanistů ČR a SR na téma Diskriminace v římském právu konané 2. a 3. 11. 2001, Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2001, 104 s., 80-244-0582-2.
- Češka, J.: Zánik antického světa, Praha: Vyšehrad, 2000, 277 s., ISBN 80-7201-386-8

- Donadoni, S.: Egyptský člověk a jeho svět, Praha: Vyšehrad, 2006, 313 s., ISBN 80-7021-813-4.
- Fredman, S: Antidiskriminační právo, Praha: Multikulturní centrum, 2007, 209 s., 978-80-254-1054-7
- Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, Praha: Doplněk, 1981, s.
- Klíma, J.: Nejstarší zákony lidstva: Chammurapi a jeho předchůdci, Praha: Československá akademie věd, 1979, 382 s.
- Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho, Praha: Academia, 1985, s.
- Obrovská, L.: Některé aspekty právního postavení otroka v antickém Římě a srovnání s jinými starověkými státy, Naděje právní vědy - Býkov 2007, Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2008, 636 s., ISBN 978-80-7380-122-9
- Obrovská, L.: Právní postavení otroka v antickém Řecku, Cofola 2008 Conference: Key points and ideas, Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008, s. 239-241, ISBN 978-80-210-4629-0.
- Rodriguez, J.P: The historical encyclopedia of world slavery, svazek I., Santa Barbara, 1997, 578 s., ISBN 0-8736-885-5.
- Ed. Skřejpek, M.: Sborník studentských příspěvků z konferencí římského práva, Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2001, 97 s., ISBN 80-85889-39-0
- Vojáček, L. a kol. : Dejiny verejného práva v Európe, Bratislava: Vydavateľské oddelenie Práv UK, 2004, 385 s., ISBN 80-7160-176-4.
- Internetové zdroje a právní předpisy:
- http://zpravy.idnes.cz/muslimsti-povstalci-ukamenovali-v-somalsku-zenu-pro-cizolozstvi-10l-/zahranicni.asp?c=A081028_085518_zahranicni_cen
- http://www.historycooperative.org/journals/ahr/111.4/pdf/mathisen_ahr111.4.pdf
- <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-48.htm#5>

*Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1*

- Ústava ČR (z. č. 1/1993 Sb.)
- Trestní zákon (z. č. 140/1961 Sb.)
- Autorský zákon (z. č. 121/2000 Sb.)
- Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním (z. č. 97/1963 Sb.)

Contact – email

ObrovskáLucie@seznam.cz

TOWARDS TO THE MODERN PUBLIC HEALTH CARE SYSTEM IN HUNGARY (1867-1914)

BALÁZS PÁLVÖLGYI

Faculty of Law and Political Sciences, Széchenyi István University,
Hungary

Abstract in original language

The process of the reform of the public health system was parallel with the general reform of the public administration system in Hungary. After 1875 the new policy of the government tried to reform this base, and launched a systematic codifications-work to press back the municipalities from the local public administration. The act of public health (1876) determined precisely the position of the community in the system of public administration concerning public health.

Key words in original language

Health care systém; Hungary; 1867-1914; reform of administration.

Preface

Although the final steps were made within a few years, the developing of the health-insurance system had taken several years, and the slow process brought very serious problems to solve. In the following pages we will try to expose the most important points of the apparition and transformation of the public health in Hungary between the second half of the 19th century till 1914.

Changes in the financing (1724-1875)

It is admitted that the working of the health system became more and more expensive due to the new technologies, new tools and the high costs of human work. The 19th century, which abounded in inventions in the domain of biology helping the medical sciences, forced the reform of the system of the public health as well.

In the beginning of the period the base of the financing was that everybody paid the bill for themselves, which means that the functioning of the system was maintained by the patients. But what about those who weren't able to pay, and above all in cases (mainly in disasters) which could be dangerous for the community? That is the crucial question, the base on which the system of the modern public health developed.

As it was evident, that the poorest couldn't have remained without medical treatment either, a decree of 1724 ordered that the communities should pay

the bill of the treatment of their poorest inhabitants, in case the poor didn't have any relatives, which could be obliged to pay the bill.¹ This solution equalized the costs between the inhabitants of the community. The next few steps aimed to extend this circle in a geographical way with a certain tax tool: in 1851/52 they created the so called "National Found" system², in which the costs of the medical treatments were to pay from a base of an additional tax, and a decree of 1855 prescribed that the medical treatment costs of the poor were to pay from the Found of the country of the Crown, in which the patient was registered. The condition of use of the "free" medical treatment was the production of the certificate of poverty. In this system those hospitals could participate which accomplished some criteria, related mainly to the capacity and the number of the possible forms of treatments. The hospitals which could admit patients not only from community could demand the payment for the poor from the Found.

After the restitution of constitutionalism in Hungary (1867), the new solution with the Act of Communities (1871) went back again to the anterior system, so the communities became responsible for their poor, including the financial responsibility for paying hospital invoices for them.³ This law tended to give a solution for the problem of the certificate of residence, which could form a base for the free medical treatment as well. Although in the new liberal political climate the right for the free movement was evident, the admission of a poor person to the community could have had hard financial consequences in case of a long medical treatment. That was the main reason for the mainly refusing attitude of the communities towards the small people, namely that the communities tried to refuse, or at least spin out the admission when it was related with a treatment abroad.⁴ To summarize the system, the row of the natural/legal persons obliged to pay for a medical treatment: 1) the patient 2) in case of poverty (with certificate drawn up by the authorities of the community) the relatives of the patient (or

¹ *A magyar korona országainak nemzeti közegészségügye. Az egyes igazgatási tárgyak fejlődésének történetével – hivatalos adatok nyomán.* Közli DR. LINZBAUER XAV. FERENCZ, magy. kir. egyetemi orvostanár. Pest, 1868, Kugler. 34. BÉKÉSY, GÉZA: *A nyilvános betegápolás szabályai.* Budapest, 1902, Országos Központi Községi Nyomda Rt. továbbá 1898/XXI. tc. általános indoklása.

² cs.kir. BM 1852/33.009, magy. kir. udv. kancellária 1863/3244 – MOL K150-1867-17-IV-12-3833

³ 1871/XVIII.tc. 22§ g

⁴ We have to point out, that the general rules of registration weren't clear enough, and there were several opaque points in the serial of decrees, which aimed to give a solution. The position of women, children and domestic servants remained a vexed question, and therefore the misarranged system became a standing resource of hard financial problems for the communities and hospitals as well. – to the question: FELSZEGHY, BÉLA: *A községi illetőség*, Beszterce, é.n., Csallner Károly. PETRÓK, GYULA: *Illetőség, elhagyottá nyilvánítás, közsegélyezés*. Kaposvár, 1909, Szabó Lipót ny. POMOGYI, LÁSZLÓ: *Szegényügy és községi illetőség a polgári Magyarországon*. Budapest, 2001, Osiris. VITA, EMIL: *A községi illetőség*. MJÉ, 1912. szept., 36. füzet. A községek lépéseire példák: *Polgármesteri jelentés Karczag rendezett tanácsú város 1900. évi közigazgatási állapotáról*. Karczag, 1902, Szödi S. ny.

association, charity organization and employer) 3) the community (with right of recourse) 4) the municipality.

There remained the question of the patients treated in Austria. Till 1807, the bill of the poor hospitalized in Austria was automatically paid from the fundus confraternitatum, so from the found which was created by Joseph II. from the properties of some orders. In 1807, as the capital dwindled away, it was necessary to have a special permission for the payment. From 1810 there were the Hungarian municipalities that paid for the poor, and between 1814 and 1855 the whole system was based on mutuality, which means that every country paid for the hospitalization in its territory. From 1855 it became the state which paid for its own citizens.⁵ This system was adopted by the poor decree of 1872, and got only slightly modified by the further decrees, which aimed to make the process of payment precise.⁶ Concerning the other countries, the fate of the bill of medical treatment depended eventually on the existence of international treaties or conventions. Several government of the German Alliance concluded treaty to resolve the same problem, and Austria joined it in 1853. In 1867 Austria concluded a treaty with some cantons of Switzerland, and in the 60s and 90s with Italy. With France and England there was only an accord concerning mutual hospitalization of insane patients, and with the United States, Serbia, Rumania and Turkey no treaties existed.⁷

The malfunction of the financing-system

The result of this system wasn't splendid at all. The different parts of the public health system belonged mainly to the communities and municipalities, which meant that even the so called "public" hospitals worked above all with the subsidies of the owner, so the community or municipality and the income from the patients. The erroneous system of the 70s' created an unmanageable quantity of cases of contested registration. The situation was aggravated by the beginning of mass internal migration, which led to a considerable surplus in Budapest and in the developing cities of the country and to a shortage in workers and tax-payers on the confines of Hungary. Due to the ambiguity of the rules of residence and registration into the community in several cases in which the facts weren't evident, the Home Office which was competent to make a decision, made a conclusion favourable to Budapest, or to the developing community in which the poor settled to find a job.⁸ The strategy of the patients was absolutely

⁵ 855/6382 (márc. 6.) cs.kir. BM

⁶ BM 1872/8803, BM 1872/23.144, BM 1876/51.661, BM 1880/12.012

⁷ A Budai Cs. Kir. Helytartóság 1854. évi jan. hó 14-i 537. sz. rendelete, 1897/XV. tc., LINZBAUER, 1868, GRÓSZ LIPÓT, 1869

⁸ MOL K150-1653-1888-IV-23-6987

comprehensible. As Budapest had the largest capacity in medical treatment, the countryside-workers in need of hospitalization chose the capital in which they had better chances to have an adequate treatment as in their provenance. As a result, the municipalities and communities – according to the law of 1875⁹ – had to pay considerable amounts of medical treatment for the workers who didn't obtain normal residence in the capital and remained pro forma registered in the provenance-community.

Shortly after the law came into force, it became clear that each part of the system was adverse party and they had a stake in not to cooperate with each other. The fundamental interest of the communities and municipalities dictated that they try to avoid the payment for the poor as far as possible: so the costs should be born by the relatives of the patient and if it wasn't possible, they tried to shift the obligation on another municipality, although it is worth noting that in certain cases the community drew up the certificate of poverty – out of charity – even if the poor didn't accomplish all the criteria to obtain the document.¹⁰ This situation contributed to the phenomenon of the imperfect filling of the information-sheet which caused a chaotic plight in the central administration, because all the parties – except the Home Office – were interested in the failed process of the ascertainment of state of registry, because in this case it was the state which was obliged to pay for the medical treatment of the poor. In this system it was the hospitals which could never receive their money on time, so in consequence even the policy of the owner of the institution – which aimed to spare money – caused serious financial difficulties to the hospitals.¹¹ Finally, even the hospitals made several mistakes in the process of admission. It occurred repeatedly that the hospitals filled in the admission-sheet only after the beginning of the medical treatment, and it resulted from this that if the state of provenance of the patient wasn't clear enough, the ambiguity could contribute to the felonious slowness of the finishing of the process.¹²

The growing administrative problems of the system of 1875, and the growing financial difficulties in the budget forced the government to rethink the possibilities of modifying the system. As the reform of the whole administrative system was – due to political reasons - practically impossible, and because the competence of the municipalities remained a touchy point, the government which aimed in a fashion to put under control the local administration decided to progress only step by step to avoid the larger

⁹ 1875/III. tc.

¹⁰ THIM, JÓZSEF: *A szegény betegek gyógyításáról*. Gyógyászat 1896, jan. 12. 24-25.

¹¹ MOL K150-86-1870-IV-9-5304, MOL K150-179-1872-IV-9-332-38482

¹² BM 1885/8989 (márc. 3.)

political difficulties.¹³ This rather general political intention met the professional point of views of the experts of the public health system who already pointed out all the faults of the existing system to the political and the medical circles as well.¹⁴

The situation was given for the government: the system of the institution was financed supposedly by the communities and municipalities, and they decided in all the questions concerning its work. After a careful examination of the real financial situation of these legal persons, we could observe that it was eventually the state which maintained the whole system through the municipalities.

To have a better approach, it is absolutely necessary to have a look at the system of taxation at this time. In accordance with the laws of 1870s', the costs of the public health system were to finance from the "domiciliary-tax" in the municipalities (counties), from supplement-tax in the communities (cities), and from community-tax in the villages.¹⁵ There was a considerable difference between the financial possibilities of the municipalities (counties) and the other legal persons (cities and villages), namely during the preparation-works of the budget of 1868, the Ministry of Finance blocked the introduction of the taxation based on "domiciliary -tax" with a decree and accomplished a budget with the system of subsidies, which replaced the "domiciliary"-tax annually.¹⁶ The argument for this solution was that the municipalities effect tasks which form the tasks of the state anyhow and it is the municipality which accomplishes them instead of the direct state work. The municipalities lost their position concerning the taxation, added to which that the government created an institution for the execution of the taxation even on that level.¹⁷ After a series of restructurating of the levy and reorganization of the administration of the municipalities, they had to retire from the administration of their own budget. As the municipalities didn't

¹³ KOZÁRI, MÓNKA: *Tisza Kálmán és kormányzati rendszere*. Budapest, 2003, Napvilág., WLASSICS, GYULA: *Önkormányzat és felügyeleti jog*. Különlenyomat a „Jogállam” XIII. évfolyamának 1. füzetéből., Bp, 1914, 9.

¹⁴ DUBAY, MIKLÓS, DR.: *A közegészségügyi törvényjavaslathoz*. Bp, 1876, Franklin., CSATÁRY, LAJOS: *A közegészségügy államosítása, tekintettel a közigazgatási reformra*. Egészség, 1889/6, 271-276.

¹⁵ 1870/XLII. tc. 11§, 13.§, 1872/XXXVI. tc. 10§, 1871/XVIII. tc. 121.§, 119-120§

¹⁶ SZITA, JÁNOS: Tolna vármegye költségvetési gazdálkodása a dualizmus első éveiben (1867-1870). In: *Tanulmányok Tolna megye történetéből* V. Szekszárd, 1974, 319-342., a kérdéshez továbbá ld.: STIPTA, ISTVÁN: Megyei elképzelések a törvényhatóságok rendezéséről. In: *Jogtörténeti Tanulmányok* V. Budapest, 1983, Tankönyvkiadó. 305-319., illetve az 1886-os rendezéshez STIPTA, ISTVÁN: Parlamenti viták a területi önkormányzatról (1870-1886). In: *Hatalommegosztás és jogállamiság*. (szerk. Mezey Barna) Budapest, 1998, Osiris Könyvkiadó. 77-94.

¹⁷ VÖRÖS, KÁROLY, 1956, KMETY, KÁROLY: *A magyar közigazgatási jog kézikönyve*. Budapest, 1900, Politzer Zsigmond könyvkereskedő kiadása. KMETY KÁROLY: *A magyar pénzügyi jog kézikönyve*. Budapest, 1902, Politzer.

have any considerable assets which could give them a certain financial playground, there remained only the very limited possibility of the supplement-taxation as a plausible aid with which they could count.

The cities on the contrary had – in comparison to the municipalities – reserved all their financial liberties. The cities normally had much more property than the municipalities did, and they had flexible opportunities to levy their own taxes which they could do with their own staff. In accordance with laws of 1870s' the cities could impose taxation on the indirect state taxes, and could introduce customs and duties as well.¹⁸ After all, these kinds of incomes didn't appear in the outlays concerning the public health of the cities, it remained rather the use of the different duties such as the duty on the use of canalization, the duty on the meat-inspection, etc.¹⁹ So the communities could have used the system of the so called supplement-taxes, which was attached to the normal taxes of the state. This form of taxation, which aimed to finance the different expenses of the communities, in principle didn't have a ceiling, so it was the financial possibilities of the contributors of the city which could have formed a bar to the levy. During this period the communities expressed their opinion against the ruling system of the supplement-taxes which - in its argumentation – surcharged the whole system of taxation of the communities while the communities accomplished a state task maintaining an expensive public health institution. Therefore the cities claimed that the state ceded to them a part of the state taxes admitting that the cities' costs concerning the public health form a part of the central budget.²⁰ Whatsoever the supplement taxation of the cities continuously augmented and the difference between the levels of taxation became more and more considerable, which caused an unjust and unequal situation.

Tasks of public health in the communities

To make it precise the possibilities of the presence of the medical staff on the local level, it is to detail that there were two types of doctors in sense of the public administration. Firstly there was the so called doctor of the district and the municipality who worked in fact in the system of the administration of the municipality, with the most important task of controlling the public health institution and its situation, and secondly there was the so called doctor of the community/village/medical circle, who had the primary task of the medical attendance and curing the local patients. The system adjusted in 1876 with the public health act created a slightly confused situation because the purview of the two positions in certain cases

¹⁸ FABÓ, BEÁTA: *A budapesti vámvonalrendszer változása a XIX-XX. században*. Tanulmányok Budapest Múltjából (a továbbiakban TBM) XXV. (1996) 61-84.

¹⁹ MÁRFFY, EDE: *A városi adók és illetékek*. Budapest, 1908, Szföv. Háziny. 33.

²⁰ MÁRFFY, EDE: *A magyar városok háztartásának joga*. Bp, 1914, Szerzői kiadás.

overlapped, and in many occasions it was the doctor of the district who replaced the vacant doctor of the community/village/medical circle. Firstly it is worth to examining the situation of the community doctor because that should have been the key-position in the functioning of the public health system.

The base was given in the act of communities (1871), in the decree concerning the poor people (1872) and in the act of public health (1876). In accordance with these laws the community had to accomplish multiple obligations towards the poor people and had to maintain a more or less functioning public health system.

The act of public health (1876) determined precisely the position of the community in the system of public administration concerning public health: in this point of view the community formed the very last chain-link in the public administration, and enumerated the tasks as well: so from the tasks concerning the poor inhabitants came the obligation of medical attention of the poor and unrecoverably insane people, the blind, the deaf and dumb people, the foundlings and the foster-children. The vaccination and the social-hygiene were a community-obligation, as the maintenance of the cemetery and mortuary. Within this circle the community had to effect the food-²¹, and water control, and assure the cleanness of the streets. All these tasks were to accomplish by the local police which was in this period - except in Budapest - a community institution, so its costs burdened the local budget.

The budget of the communities was charged with the costs of the doctor's salary, which was a common obligation of the communities over 6000 inhabitants. The smaller villages could accomplish this obligation in the so called "public health circle" in which they could form groups and hire the medical personnel together. The forming of these circles caused serious tension between the participants, added to which, that sometimes the municipality intended to expand the obligations of the medical personnel, to assure the functioning of the public health in the villages as well.²²

As in accordance with the law the doctor had ordinary salary from the community but the level of the salary wasn't defined, - it was always defined by the municipalities (in accordance with the proposal of the community) - there were unimaginable differences between the incomes of the doctors of the communities. As in general the salary of the medical personnel depended on the financial situation of the community, and it was clear to the experts that the situation in which practically large districts remained without medical presence, could have changed only with a radical

²¹ BM 1876/31.026

²² MOL K150-748-1879-IV-1-48400

reform of the salary-system, which could have affected the political interests of the municipalities and communities as well.²³

The program of the nationalization of the public health system

By the end of the 19th century it became clear that the whole system was set to reform. The following questions remained to be clarified: how deep should the public health be restructured, where are the limits of the possibilities of the politics of the government, and how efficiently could the municipality defend its interest, because beyond the real quotidian problems of the financing of the public health system. In a wider point of view the great question was the re-definition of the role of the municipalities and communities in the structure of the public administration, and the marking of the new limits of its autonomy. As this point seemed to be a great, crucial point, a long debate could be observed which contained as much a political, as a professional argumentation. So by the examination of the events it is worth to considering the complexity of the problem.

The restructuring of the financing of the hospitals

In the former system it was the municipality which took place at the end of the queue of the participants obliged to pay for the poor patients. This solution created an obvious chaotic plight in which serious differences emerged between the levels of deficits of the municipalities. As the rules of the law of 1875 which gave a solution concerning medical treatment fees were deeply modified by the law of the mutual-aid society and the law which arranged the relation in this term between the farm-servant and the boss, it was high time to create a new law in which all the rules and modifications of this domain would be placed.

The real importance of the law of 1898 was given by the new institution of the so called 'national fund of medical-treatment' which aimed to counterbalance the immense differences between the poor and rich regions of the country. The cover of the costs of the new institution was created by the supplement taxes added to the direct taxes such as the direct state tax (taxation of property), the income tax and the company-tax. From this new resource the costs of treatment of the poor patients (in case of lacking relatives, mutual-aid societies etc.), the costs of the defense against the contagious diseases (except the cholera and the pest, because the costs of these diseases were to pay from the budget directly), the costs of the foundlings till age the of 7, and finally the costs of the accouchement in hospitals were paid.

²³ *A magyarországi községi- és körorvosok országos értekezletéből felterjesztett kérvény a nm. belügyminiszter urhoz.* in: *Közegészségügyi Kalauz*, 1879/21 (nov. 1.), 1-2.

The restructuring of the situation of the village doctors

In the forming of the public health system diverse associations of doctors participated which worked out drafts for the reform of institutions in the early 1870s', and naturally the association of the so-called district or circle doctors was founded as well. These forms of the profession could make pressure on the Home Office and deliver information during the process of planning of the reforms.

The fact that the location of the doctors wasn't balanced and the cities abounded with medical praxis was well known by the government. The internal migration of the medical personnel was a widespread phenomenon, and it became so intensive that it already imperiled the basic functioning of the system. In the poor regions it was to observe that the circles were too big, the consultation fees were too low and there wasn't any opportunity to create a private praxis for the doctors of the villages from which they could have had a supplementary income counterbalancing the absolutely low salary. That was the main reason of the internal migration which was strengthened by the erratic payment of the villages, which means that the doctors usually received their salary late, and they had to claim for their salary repeatedly which was a humiliating practice to them. Although the Home Office prescribed in some decrees that the salaries of the doctors should be payed on time, the roots of the problems didn't change, because the financial conditions of the villages didn't improve.²⁴ As the doctors claimed about the bad conditions again in 1881, the ministry decided to link the payment to the number of the inhabitants of the villages and to assure the payment on time, allowed the introduction of a supplement taxation, with which the costs of the medical personnel were incorporated in the official budget. With these measures the problem of the payment was resolved in many circles, but in certain strongly rural parts of the country it was possible to pay just once a year: at the harvest, when the country-folk sold the crop. In these parts of the country the doctors had to be satisfied with the part-payment and the payment in kind.²⁵

The situation in the countryside became more and more serious, added to which that the municipalities found a tricky solution to the problem: as the villages announced the vacancies with such a low salary that no application were received, therefore it became the district doctor – who was paid in practice by the state - who had to fulfill the task of the vacant doctor of the circle. So the doctor of the district, who was originally staff of the administration, with tasks of the public administration, became a certain supplement-doctor in case of the circle-doctor's absence.

²⁴ BM 1881/56.284/80

²⁵ MOL K150-1641-1888-IV-6-12031

As the government couldn't find a solution to the above mentioned problems, and the professionals insisted on creation of a new law, the government – taking into consideration the proposals of the medical associations – prepared a new law which had a double target. After a long preparation-period the new regulation came into effect in 1908.

The first point of view of its creation was the better definition of the purview of the doctor of the community/circle, so the doctor, who was originally in charge of the tasks of the medical treatment of the inhabitants of the community, and secondly had to accomplish some obligations concerning the administration of the public health system of its.

It remained the doctors' tasks to do the administrative work, so in accordance with the new law it was the doctor of the community/village/circle who had to accomplish the vaccination, the food-control, etc., to give information about the general trends of public health in his domain, and to participate in the work of the health commission of the community/village/circle.

The most important changes concerned the financial position of the doctors and the relation between the medical staff and the community/village/circle though. The salary of the doctor was defined by the law and represented in fact a mixed system in which the poorness of the territory should have been compensated. The compound salary chart had four elements: 1) basic salary 2) age-allowance 3) local-allowance 4) personal-allowance. Added to this salary the doctor had an accommodation-allowance or a real flat, the costs of the transport (of the medical visits), the fee of the medical visits. The law made a system of paid holiday and a financial base for pension to those doctors. The paid holiday of the doctors didn't only aim the recreation of the doctors. By that time the retraining-courses for doctors, which were organized by the universities in the summer period had become widespread. To give them an opportunity to participate as well, the system of replacement was to be resolved to.

Concerning the pension-system, with this new law the government launched the elaboration of a pension-institute, in which the payment of the doctors was completed by the state.²⁶ The first budget in which the items of the pension of these doctors appeared was the budget of 1913.²⁷

In the previous system it was the community in fact which defined the salary of the doctors, and it was clear enough that with a simple prescription even a new law couldn't change the reality, so that the communities/villages didn't have enough money to pay more to the doctors. Therefore it was the

²⁶ *A nyugdíj. Közegészségügy, 1913. szeptember 15.*

²⁷ BM 1913/147.000

state which paid the points 1)-3) of the salary and it was only the 4) point of the payment which charged the budget of the community.

The points 1)-2) of the salary was to pay automatically, the local-allowance was to pay only in case of the poorness of the medical circle which formed a barrier to the creation of a private-praxis to the doctor. Theoretically it was the local-allowance which should have compensated for the immense differences between the levels of incomes of the doctors, so that should have been the financial device to assure the functioning of the public health in the poor territory of the country. The 4th point of the salary in the new system, so the personal-allowance was set to be the compensation in the domains in which the doctors had a higher salary level than in the new system they would have had.

The new law guaranteed the on time payment of the salary: the municipalities had to form a medical found in which the Home Office transferred the amount once a year while the communities/villages should have paid the sum of the personal-allowance, the accommodation-allowance and the travelling charges quaterly.

Conclusions

The process of the reform of the public health system was parallel with the general reform of the public administration system in Hungary. As at the time of the Ausgleich (1867) the Hungarian politician circles and the public opinion esteemed the relatively autonomic municipality as the gage of constitutionalism, the modern centralism wasn't realizable. Therefore the municipalities and communities became a branch of the public administration which effected the law and the decrees – in fact with subsidies from the state – with their own personnel. After 1875 the new policy of the government tried to reform this base, and launched a systematic codifications-work to press back the municipalities from the local public administration. As the direct step of the take-over under state-control of the entire public administration broke down in the 1890s', the government succeeded with a step-by-step policy, with which by the beginning of the 20th century the withstand-capacity of the municipal interest-groups was eliminated, and the local public administration came under direct financial control of the government.

Within the framework of the reform-process the government worked out the take-over of the majority of the public health system. With the categorization of the hospitals, with the creation of the national fund of medical treatment and with the assurance of the salary of the doctors in the countryside the government created a modern public health system with which it could defend the population against the most dangerous contagious diseases of the period and to provide a basic medical attendance.

Contact – email
bpalvolgyi@yahoo.com

HISTORICAL EVOLUTION OF STATE LAND CADASTRE IN RUSSIAN FEDERATION

JULIA PESHKOVA

Faculty of law, Saint Petersburg State University of Aerospace
Instrumentation, Russia

Abstract

This contribution shows us that the all-round state approach to a land appraisal and land description existed not always. Herewith land registration is very important for development of state legal and economic relations because unrecorded land is not item of legal and economic turnover. On the basis of few written remaining certificates of the Ancient Russia period it is possible to consider that the princely authority realized necessity of the land registration even at that time. This article describes the whole historical evolution of the State Land Cadastre of the Russian Federation from the first attempt attachments of lot lands to geographical reference points to the today's satellite electronic account.

Key words

State Land Cadastre; Land appraisal; Land registry; National land census; Ordnance survey; Land surveying commission and expedition; Cadastral district; Cadastral region; Cadastral section; Land value.

The modern understanding of the State Land Cadastre is reflected in the special law accepted by the State Duma on November, 24th, 1999, it is «the organized code of the documentary data received as a result of carrying out of State cadastral registration of the ground areas, about a location area, a special-purpose designation and a legal status of the lands of the Russian Federation and data on territorial zones and presence located on the ground areas and objects strongly connected with the ground areas». The cadastral account, in turn, is defined as the description of the ground areas for the purpose of reception of individual characteristics of everyone, allowing unequivocally to allocate its (land plot) from others and to carry out a qualitative and economic estimation. Such descriptions are registered in the Uniform State Register of the lands with assignment to each land plot of its cadastral number.

Certainly, the all-round state approach to a land appraisal and land description existed not always. On the basis of few written remaining certificates of the Ancient Russia period it is possible to consider that the princely authority realized necessity of the land registration even at that time. According to Novgorod cadastres of the end of XV century which contain instructions on an accessory of the land plots to concrete owners, data on their area and an arrangement concerning natural reference points (the rivers, lakes, etc.), about fertility of the earth, the tradition of land description goes back to XI—XIII centuries.

In the Middle Ages at domination of feudal system of an economy when the ground rent expressed economic relations and distribution of state lands was a well-trying remedy of strengthening of the central power, last could not remain indifferent to a condition of ground fund. The size of a profitable part of treasury depended on it.

Development of so-called «cadastral» was finished approximately in 1551 which formulated principles and an order of the land description and accepted the unified unit of land taxation. It was "plough". The base size of a plough was 800 quarters of the land. However it could change depending on fertility of soil and a social status of the land owner.

According to principles of Ivan IV (1581) the National land census has been started (finished in 1592 in reign of his son Feodor). This census can be considered only conditionally as a prototype of cadastral account because it had a purpose — documentary nominal fixing of the peasants who were on the lands of concrete owners at that moment.

Further the government resorted to "patrols" (local censuses) not once, continuing to trace a condition of the lands. Especially sharp requirement for such measures was felt after the Time of Troubles in the conditions of deep economic crisis and ruin of the lands. The general land census has been spent in 1626. That census we can compare with the census of the period since 1766 (Catherine II) up to the end of XVIII century. It has received the name «Ordnance survey». Land survey has captured territory of 22 provinces. Its main objective was definition of a clear boundary of private landed estates and at the same time it solved many other problems concerning studying of economic position of the country. Besides detailed land maps, plans of provinces and districts Ordnance survey has left after itself the multivolume «economic notes». However, it's no regular and detailed data about quality of the surveyed lands and fertility of soils in it. It was no mass cadastral works in territory of the Russian empire up to the cancellation of the serfdom in 1861.

Serfdom liquidation has appreciably accelerated process of capitalisation of the lands. The lands of an agricultural purpose and occupied with industrial targets began to be involved actively in a market turn. Therefore there was a sharp requirement for new scale cadastral researches.

It was developed in the end of a XIX-th century on the basis of new founded state land surveying commissions and expeditions. The best scientists of that time conducting detailed research of a soil cover, productivity of cultures, efficiency of fodder grounds, location of the ground areas concerning the economic centres and commodity markets, took part in work of expeditions. Such indicators as presence of working and draught force, the size of capital investments, landed property and land tenure forms were carefully fixed also. Inspections were spent with application of the advanced foreign techniques of an estimation of the earth and on the basis of own original workings out which have essentially enriched world practice. Its data was

published in provincial state collections which have become the base of the state fiscal account, private transactions of purchase and sale of the land, bank hypothecary crediting.

Grandiose cadastral and land surveying work has been buried by 1917. The cadastral account seemed to be an unnecessary invention for the state. Having turned to the public property, the land has lost the former real price, and also its value. Considerable losses of the productive lands, its unreasonable withdrawal from an agricultural turn and transfer under industrial targets and objects of power departments, flooding of extensive territories for creation of artificial water basins became a consequence of it.

Returning to the account and an estimation of the lands by creation of uniform national state cadastre became a component of the agrarian reform developed in the Russian Federation in the beginning of 1990th years. On the State committee of the Russian Federation on land tenure and land management (State Committee on Land Resources and Development) founded in 1992, the problem on working out of methods of conducting a ground cadastre has been assigned. Only after finishing the necessary preparatory measures the Government of the Russian Federation has begun practical work on cadastre drawing up (by decree «About the state cadastral estimation of the earths», August 25th, 1999).

In November 1999 the State Duma had been passed the Federal law of the Russian Federation «About the state ground cadastre». The basic spheres of application of the cadastral account were: information supply of the state and municipal management of land resources, the state control over use and protection of the lands, actions for preservation and increase of fertility of the lands, the state registration of the rights to real estate and transactions with it, land management, economic land appraisal and account of land cost as a part of natural resources, establishment of a well-founded payment for the land.

The law has established compulsion of the cadastral account of all ground areas in territory of the Russian Federation irrespective of patterns of ownership, a special-purpose designation and resolved use of land plots. All registration data are registered in constantly filled up and updated uniform state register. It consists of following data on the ground areas: cadastral numbers; location (address); area; category of lands and resolved use of the ground areas; the description of borders of the ground areas and its separate parts; the real rights registered when due hereunder and restrictions (encumbrances); economic characteristics including the sizes of a payment for the land; qualitative characteristics including indicators of a condition of fertility of separate categories of the lands; presence of objects of the real estate strongly connected with the ground areas.

This act has established units of cadastral division of territory of the Russian Federation on cadastral districts, regions and sections to which the cadastral account is spent by a uniform technique. In September 2000 the

Government of the Russian Federation has accepted the Decree «About the statement of the rules for cadastral division of territory of the Russian Federation and the rules for assignment of cadastral numbers to the ground areas». According to it the cadastral district includes the territory of the subject of the Russian Federation (and also water area of internal waters and the territorial sea adjoining to this territory), cadastral region — territory of an administrative and territorial unit of the subject of the Russian Federation, cadastral section — small settlements, city blocks and other territories limited to natural and artificial objects.

In April, 2000 the Government of the Russian Federation has confirmed Rules for realization of the state cadastral valuation of lands. There is general principle of the cadastral valuation of lands in it — estimated zoning of territory. The estimated zone is understood as a part of the lands which are homogeneous for a special-purpose designation, a kind of functional use and relatives at cadastral cost.

Rules reflect three basic approaches which have developed in the modern theory of estimated activity: cost-based, comparative and profitable. The first provides definition of the expenses necessary for restoration or so-called "replacement" of object of an estimation taking into account its deterioration. The comparative approach reveals a project cost of an estimation proceeding from comparison of the prices for similar objects. Profitable is based on definition of size of expected profitable receipts from object of an estimation. Last two approaches are realised in Rules with the greatest completeness.

The cadastral valuation of lands of city and rural settlements, gardening and country associations first of all leans against the statistical analysis of market prices of similar objects of the real estate. On the contrary, at an estimation of agricultural lands out of line of city and rural settlements and the lands of wood fund it is necessary to use capitalization method of the settlement investment income.

Applied at a cadastral valuation of lands of an agricultural purpose the capitalization method of the rent considers many factors: condition of a soil cover, environmental conditions, location concerning commodity markets of agricultural and wood production, distance to the centre of an economy and warehousing and processing places, presence and quality of a high system. Concerning farmlands it is necessary to consider the categories of its use (an arable land, haymakings, pastures, personal plots, deposits).

The Government of the Russian Federation confirmed the rules for furnishing information of the state land cadastre in December 2000. This information is qualified as public, having open character except for carried to a category of the limited access (its list in the decree is absent). Therefore any citizen has the right to reception of necessary information from the state land cadastre without being obliged to prove the inquiry. The cadastral land registry of an agricultural purpose has come to the end in 2001.

The similar capitalization method of the investment income is used at a cadastral land registry of wood fund. Basic indicators for calculations are: base efficiency of the wood lands in natural and cost expression, estimated expenses for extraction, processing and transportation of wood, the price of realisation of finished goods. For the present ecological value of wood lands, protective function of wood plantings from erosion of soils, a wood role as supplier of valuable herbs, wild-growing berries and mushrooms is not considered.

At definition of cadastral land value of the industry out of settlements it is applied cost-based method together with the capitalization method of the investment income because there is a set of difficulties in reception of the authentic initial information. Therefore in some cases admits expedient to consider expenses for engineering-transport arrangement of territory of industrial regions.

Definition of cost of the ground areas occupied with industrial targets and objects of other special purpose concerns the most difficult kinds of cadastral works (the cosmodromes; starting complexes and the launchers used for space activity; sites under airdromes and other objects of air transport; the ground areas for placing of hydroelectric power stations, nuclear stations and other power stations; sites under objects of the road service, placed on strips of tap of highways). Here enter and especially protected territories. Territories of medical-improving districts and resorts, and also rest houses, boarding houses, objects of physical training and sports, etc. are considered as those.

The realisation of the Federal target program «Creation of the automated system of conducting the state land cadastre», confirmed by the Government of the Russian Federation in August 3rd, 1996 and prolonged till the end of 2001 by other Government Ordinance (December 30th, 2000) is finished. In all subjects of the Russian Federation it is developed more than 900 modern programmno-technical complexes of cadastral land registry. The Federal target program «The automated system of conducting the state land cadastre and the state registry of objects of the real estate» is valid. It is spent about 50 milliards rubles to finance this program using budgetary funds. The uniform system of bodies of the state cadastral registry — Federal official bodies «Ground cadastral chambers» is generated and installed in all territory of the Russian Federation. Transition to the centralised data storage of land statistics that provides possibility of a complex estimation of a current state and use of land resources became the important result.

Literature:

- Land Code of the Russian Federation, Moscow: Exsmo, 2009
- Forestry Code of the Russian Federation, Moscow: Exsmo, 2009
- Water Code of the Russian Federation, Moscow: Exsmo, 2009

- RF Presidential Edict No. 2130, December 11th, 1993 "Concerning the State Land Cadastre and registration of documents about estate in land"
- RF Government Ordinance No. 745, October 25th, 2001 About Confirmation of Federal Target Program "Creation of the automated system of conducting the state land cadastre and the state registry of objects of the real estate (2002 - 2007)"
- RF Government Ordinance No. 560, September 13th, 2005 About Confirmation of Subprogramme "Creation of the system of real estate cadastre (2006 - 2011)" of Federal Target Program "Creation of the automated system of conducting the state land cadastre and the state registry of objects of the real estate (2002 - 2007)"
- RF Government Ordinance No. 418, August 19th, 2004 About Confirmation of Regulation on Federal Land register of Property

Contact – email
jules84@mail.ru

CHRISTIANIZATION BY WAY OF LEGISLATION. THE THEODOSIAN CODE AS A SOURCE FOR THE RELIGIOUS POLICIES OF THE FIRST CHRISTIAN EMPERORS*

PÁL SÁRY

Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary

Abstract in original language

The imperial legislation played a central part in the Christianization of the pagan Roman Empire. The course of Christianization is mirrored clearly in the material of the Theodosian Code. Reading the texts of the constitutions we can recognize the main religious political aims which were set by the first Christian emperors: (1) destruction of the pagan religion, (2) consolidation of the Christian mentality and scale of values, (3) defence of the Christian religion against the external effects and assaults, (4) protection of the purity of faith and the unity of the church, (5) stabilization of the position of the church, (6) regulation of the position of the Jews.

Key words in original language

Roman law; Imperial legislation; Theodosian Code; Religious policy; Christianization.

The Theodosian Code contains more than 2500 imperial constitutions which were issued between 311 and 437. During this period many changes happened in the life of the Roman Empire. Among others the pagan empire became Christian during this time. The course of Christianization is mirrored clearly in the material of the Code. Reading the texts of the constitutions we can recognize the main religious political aims which were set by the first Christian emperors.

1. The first aim was the progressive destruction of the pagan religion. The Christian emperors prohibited the pagan ceremonies; they ordered to punish the various kinds of prediction, magic and especially the sacrifices.¹ The pagan worship of emperors was abolished: adoration of statues and images of emperors was prohibited.² In most cases the rebellious pagans were to be punished with death. The pagan temples were closed, demolished or transformed; the treasures and endowments of them were confiscated.³ The

* The research for this paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

¹ CTh 9.16.1-2, 4-12; 16.10.1-2, 4-13, 17, 19, 21, 23.

² CTh 15.4.1.

³ CTh 5.13.3; 10.1.8; 16.10.4, 10-11, 13, 16, 18-19, 20, 25.

pagan festivals and the privileges of the pagan priests were abolished.⁴ The pagans were excluded from the public offices.⁵

The first religious political steps of Constantine were very cautious: the prohibitions decreed by him were always combined with some concessions.⁶ The successors of Constantine dealt with the pagans much more harshly, and this change was expressed clearly by the rough drafting of their edicts.⁷

2. The second aim was the consolidation of the Christian mentality and scale of values. The Christian emperors protected virginity and sexual morality. They abolished the matrimonial pressure,⁸ and exempted those women who lived in perpetual virginity (in *virginitate perpetua viventes*) from the poll-tax (*capitatio*).⁹ The sexual crimes were punished severely.¹⁰ In the prisons men were to be separated from women.¹¹ The emperors made efforts to suppress the obscene pagan debauches,¹² and to prevent the increase of prostitution.¹³

Protecting the marriages and families they impeded divorces,¹⁴ and ordered to punish adultery by death.¹⁵ Separation of members of slave families was forbidden.¹⁶ The poor family men were given state support to feed their children.¹⁷ The widowers who remarried suffered pecuniary disadvantages.¹⁸

The power of the fathers and the masters was restricted. The fatherly right to kill the child (*ius vitae necisque*) was abolished.¹⁹ Reclaim an exposed child

⁴ CTh 2.8.22; 6.3.1; 16.10.14.

⁵ CTh 16.10.21.

⁶ While, e.g., private (domestic) rites were prohibited, public ceremonies were permitted (CTh 9.16.1-2; 16.10.1), or, while malevolent magic was prohibited, benevolent sorcery was permitted by him (CTh 9.16.2).

⁷ See, e.g., CTh 16.10.2: *cesset superstitio, sacrificiorum aboleatur insania*.

⁸ CTh. 8.16.1.

⁹ CTh 13.10.4.

¹⁰ CTh 9.7.3, 6; 9.8.1; 9.9.1; 9.24.1-2; 9.25.1-3.

¹¹ CTh 9.3.3.

¹² CTh 15.6.1-2.

¹³ CTh 15.8.1-2.

¹⁴ CTh 3.16.1-2; 16.2.44.

¹⁵ CTh 11.36.4.

¹⁶ CTh 2.25.1.

¹⁷ CTh 11.27.1-2.

¹⁸ CTh 3.8.1-3; 3.9.1; 8.13.1, 4; 8.18.3, 10.

¹⁹ CTh 9.14.1; 9.15.1.

from person who received him was prohibited.²⁰ Torture of slaves to death was declared a crime (homicidium).²¹

In the field of criminal law many other regulations were issued by the effect of Christianity. To sentence criminals to gladiatorial shows was forbidden.²² On Sundays the governors had to visit the prisons and control the conditions of the prisoners.²³ During Lent to conduct criminal procedures and execute corporal punishments was prohibited.²⁴ At Eastertide amnesty was granted for prisoners.²⁵

3. The third aim was the defence of the Christian religion against the external – pagan or Jewish – effects and assaults. The emperors protected the tranquillity of the Christian feasts. On Sundays, at Easter, Whitsun and Christmas all judicial procedure had to be suspended, and organization of spectacles was forbidden on these days.²⁶ Christians were exempted from the public duties which were connected with the pagan religion.²⁷ The actors who were baptized did not have to act on the stage any more.²⁸

Defending the Christian religion Theodosius the Great forbade Jews and Christians to intermarry.²⁹ Jews could not have any Christian slaves.³⁰ Jews had to perform their religious rites without violation of Christianity.³¹ The Jews who were baptized were given a special legal protection.³²

Protecting the religious piety trading of the relics of martyres was forbidden.³³ The ecclesiastical dresses were given legal defence.³⁴ Oath-breaking had to be punished for religious reasons.³⁵ Defending the Christian

²⁰ CTh 5.9.1-2.

²¹ CTh 9.12.1.

²² CTh 15.12.1.

²³ CTh 9.3.7.

²⁴ CTh 9.35.4-5.

²⁵ CTh 9.38.3-4, 6-8.

²⁶ CTh 2.8.1, 18-21, 23-25; 8.8.1; 15.5.2, 5.

²⁷ CTh 12.1.112; 16.1.1; 16.2.5.

²⁸ CTh 15.7.1-2, 4, 8-9.

²⁹ CTh 3.7.2.

³⁰ CTh 3.1.5; 16.8.19, 22, 26; 16.9.1-5.

³¹ CTh 16.8.18.

³² CTh 16.8.1, 5, 28.

³³ CTh 9.17.7.

³⁴ CTh 15.7.12.

³⁵ CTh 2.9.3.

faith apostasy (from Christianity to paganism or Judaism) was declared a crime.³⁶

4. The fourth aim was the protection of the purity of faith and the unity of the church. The Catholic emperors made efforts to confirm the Catholic religion and suppress the heresies. The imperial intervention in the religious cases was reasonable, because the religious conflicts endangered the unity of the whole empire.

Among the various heresies Arianism was the most dangerous. The struggle between the Catholics and the Arians finally ended with the victory of the Catholics. In 380, by his famous edict (*Cunctos populos*), Theodosius the Great declared the Catholic faith a state religion, and Arianism a heresy.³⁷ After this, obedience to the state included obedience to the Catholic Church, too.

The Catholic emperors forbade the heretics to come together, erect altars, build churches, teach their doctrines, perform religious services, ordain clerics.³⁸ The buildings and estates, in which they held their meetings, were forfeited to the state or the Catholic Church,³⁹ and the books, which contained their religious doctrines, were burned publicly.⁴⁰ The rebellious heretics usually had to pay a fine.⁴¹ The aim of the punishment was emendation; punishability was ceased by conversion to the Catholic faith.⁴² The incorrigible persons were exiled.⁴³

The heretics lost their honesty and ability to hold public offices.⁴⁴ They suffered many disadvantages in the field of the law of succession and obligations.⁴⁵ It is worthy of note that the slave-owners and the patrons could be punished, if their slaves or tenant-farmers became heretics.⁴⁶ It was a special case of secondary (vicarious) liability (*culpa in eligendo*) in Roman law.

³⁶ CTh 16.7.1-7; 16.8.1, 7, 23.

³⁷ CTh 16.1.2.

³⁸ CTh 16.5.6, 8-12, 14-15, 20-22, 24, 26, 30, 34, 36-38, 40, 45, 51, 53-54, 56-58, 65-66; 16.6.4, 7.

³⁹ CTh 16.5.3, 4, 8, 12, 21, 30, 33-34, 36, 40, 43, 45, 52, 54, 57-59, 65; 16.6.2, 4.

⁴⁰ CTh 16.5.34, 66.

⁴¹ The amount of the fine depended on the social position of the delinquents (CTh 16.5.52, 54).

⁴² CTh 16.5.41.

⁴³ CTh 16.5.13, 18, 20, 29-34, 36, 45, 52-54, 57-58, 62, 64-65; 16.6.6; 16.10.24.

⁴⁴ CTh 16.5.3, 7, 9, 25, 29, 42, 48, 54, 58, 61, 65.

⁴⁵ CTh 16.5.7, 9, 17-18, 23, 25, 27, 36, 40, 49, 54, 58, 65; 16.6.4; 16.7.3.

⁴⁶ CTh 16.5.52.

5. The fifth aim was the stabilization of the position of the church. The church was given many privileges. The clerics were exempted from the curial duties, some taxes and a lot of other compulsory obligations.⁴⁷ Collaterally, however, the emperors restricted the circle of those persons who could be enrolled in the clergy: e. g. ordination of curials, provincial officials, tax-collectors, bakers and swine collectors were prohibited.⁴⁸

In 321 bequests to the church were legalised.⁴⁹ In 434 the local churches and the monasteries were authorized the right of intestate succession.⁵⁰

The bishops were given official power. The religious disputes fell within the exclusive competence of the ecclesiastical courts.⁵¹ On basis of a compromise of the parties the bishops could adjudge secular legal disputes, too.⁵² The decision of the bishop was not appealable.⁵³ The secular authorities had to execute the episcopal resolutions.

The church enjoyed many judicial privileges. The clerics were exempted from the jurisdiction of the secular courts.⁵⁴ The bishops could not be compelled to give evidence.⁵⁵ The members of the clergy could not be tortured.⁵⁶ The disputed legal cases in which the church was involved had to be resolved without any delay.⁵⁷

The imperial constitutions granted the right of asylum to the churches.⁵⁸ Breaking of this right was declared a capital crime.⁵⁹ The church asylum provided effective shelter from the abuses of state authorities, local lords, and cruel slave-owners. It was possible, however, to misuse the right of asylum. For this reason the emperors restricted this right in some respects, e. g. they prohibited the clergymen to harbour debtors to the fisc.⁶⁰ At the same time the right of asylum was extended in space to the lounges, gardens

⁴⁷ CTh 8.5.46; 11.1.1, 33; 11.16.15, 18, 21-22; 13.1.1, 5, 11; 16.2.1-2, 7-11, 14-16, 24, 36, 40.

⁴⁸ CTh 8.4.7; 12.1.49, 59, 99, 104, 115, 121, 123, 163, 172; 14.3.11; 14.4.8; 16.2.3, 6, 17, 19, 21.

⁴⁹ CTh 16.2.4.

⁵⁰ CTh 5.3.1.

⁵¹ CTh 16.2.23; 16.11.1.

⁵² CTh 1.27.2.

⁵³ CTh 1.27.1-2.

⁵⁴ CTh 16.2.12, 41, 47.

⁵⁵ CTh 11.39.8.

⁵⁶ CTh 11.39.10.

⁵⁷ CTh 2.4.7.

⁵⁸ CTh 9.45.1-5.

⁵⁹ CTh 9.45.4.

⁶⁰ CTh 9.45.1, 3.

and courts of the churches on condition that the refugees were not allowed to sleep and eat within the sanctuary.⁶¹

The Christian emperors made the manumission of slaves possible in the churches.⁶² In the beginning those who were manumitted in a church, in the presence of clerics, became only Latins, but later such persons obtained the *civitas Romana*. The clerics could manumit their own slaves without any formal restriction.

According to the testimony of the Code, in the fourth and fifth centuries some clerics, monks, and especially the *parabalani* often intervened in public affairs, and stood up against every injustice; e. g. they impeded the execution of unfair judgements.⁶³ It is easy to understand that the emperors could not tolerate acts of this kind: so the clerics were forbidden to disturb the administration of justice in any way,⁶⁴ the over-zealous monks were banished from the cities,⁶⁵ the number of the *parabalani* was restricted, and they were prohibited to enter the meeting place of a municipal council or a courtroom.⁶⁶

The clerics were granted a special criminal protection; their physical insult was not a private delict but a public crime (cf. *privilegium canonis*).⁶⁷ Violation of the privileges of the church was declared also a crime.⁶⁸

6. Finally, the sixth aim was the regulation of the position of the Jews. As stated above some rights of the Jews in defence of Christianity were restricted, e. g. they were not allowed to have Christian slaves. As the pagans and the heretics, the Jews were also excluded from the public offices.⁶⁹ On the other hand, however, the Christian state protected the Jewish religion. The Jews could come together without any restriction, and could exercise their ancient religion.⁷⁰ It is true that they were prohibited to build new synagogues, but their old synagogues were granted legal protection by the state.⁷¹ They had their own judicial authorities.⁷² Jewish

⁶¹ CTh 9.45.4.

⁶² CTh 4.7.1.

⁶³ The *parabalani* belonged to a religious guild, whose members were occupied in attending sick persons.

⁶⁴ CTh 9.40.15-16; 11.36.31.

⁶⁵ CTh 16.3.1.

⁶⁶ CTh 16.2.42-43.

⁶⁷ CTh 16.2.31.

⁶⁸ CTh 16.2.34, 40.

⁶⁹ CTh 16.8.16, 24.

⁷⁰ CTh 2.8.26; 8.8.8; 16.8.9, 20.

⁷¹ CTh 7.8.2; 16.8.12, 21-22, 25-27.

⁷² CTh 2.1.10.

religious leaders enjoyed many privileges,⁷³ and anti-Semitic manifestations were declared crimes.⁷⁴

Since all these main aims could be realized, the pagan Roman Empire became Christian formally within some generations. It can be stated that the imperial legislation played a central part in this colossal change.

Literature:

- Biondi, B., *Il diritto romano cristiano*, I–III, Milano, 1952–1954.
- Boyd, W. K., *The Ecclesiastical Edicts of the Theodosian Code*, New York, 1905.
- Coleman-Norton, P. R., *Roman State & Christian Church. A Collection of Legal Documents to A.D. 535*, I–III, London, 1966.
- De Giovanni, L., *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti chiesa-stato*, Napoli, 1985.
- Di Mauro Todini, A., *Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo*, Roma, 1990.
- Escribano Paño, M. V., *La construction de l’image de l’hérétique dans le Code Théodosien XVI*, in J.-N. Guinot and F. Richard, eds., *Empire chrétien et Église aux IV^e et V^e siècles. Integration ou ‘concordat’? Le témoignage du Code théodosien*, Paris, 2008, pp. 389–412.
- Evans Grubbs, J., *Law and Family in Late Antiquity. The Emperor Constantine’s Marriage Legislation*, Oxford, 1995.
- Evans Grubbs, J., *Virgins and Widows, Show-Girls and Whores: Late Roman Legislation on Women and Christianity*, in R. W. Mathisen, ed., *Law, Society, and Authority in Late Antiquity*, Oxford, 1999, pp. 220–241.
- Ferrari Dalle Spade, G., *Immunità ecclesiastiche nel diritto romano imperiale*, *Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze. Lettere ed Arti* 99 (1939–1940), pp. 107–248.

⁷³ CTh 16.8.2-4, 10, 13, 15, 17.

⁷⁴ CTh 16.8.11-12, 21, 25-26; 16.10.24.

- Gaudemet, J., *L'Église dans l'empire romain (IVe-Ve siècles)*, Paris, 1958.
- Gemmiti, D., *La chiesa privilegiata nel Codice Teodosiano. Vescovo, clero e monaci: aspetti emblematici*, Napoli, Roma, 1991.
- Härtel, G., *Die Religionspolitik der römischen Kaiser von Diocletian 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), pp. 69–86.
- Herrmann, E., *Ecclesia in Re Publica. Die Entwicklung der Kirche von pseudostaatlicher zu staatlich inkorporierter Existenz*, Frankfurt am Main, Bern, Cirencester, 1980.
- Herrmann, J., *Cod. Theod. 9,45: De his, qui ad ecclesias confugiunt*, in G. Kleinheyer and P. Mikat, eds., *Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad*, Paderborn, 1979, pp. 271–282.
- Hunt, D., *Christianising the Roman Empire: the evidence of the Code*, in J. Harries and I. Wood, eds., *The Theodosian Code. Studies in the Imperial Law of Late Antiquity*, London, 1993, pp. 143–158.
- Huttman, M. A., *The Establishment of Christianity and the Proscription of Paganism*, New York, 1914.
- Joannou, P. P., *La législation impériale et la christianisation de l'Empire Romain (311–476)*, Roma, 1972.
- Kuefler, M. S., *The Marriage Revolution in Late Antiquity: The Theodosian Code and Later Roman Marriage Law*, *Journal of Family History* 32 (2007), pp. 343–370.
- Langenfeld, H., *Christianisierungspolitik und Sklavengesetzgebung der römischen Kaiser von Konstantin bis Theodosius II*, Bonn, 1977.
- Noethlichs, K. L., *Die gesetzgeberischen Maßnahmen der christlichen Kaiser des vierten Jahrhunderts gegen Häretiker, Heiden und Juden*, Köln, 1971.

- Noethlichs, K. L., Zur Einflussnahme des Staates auf die Entwicklung eines christlichen Klerikerstandes. Schicht- und berufsspezifische Bestimmungen für den Klerus im 4. und 5. Jahrhundert in den spätantiken Rechtsquellen, *Jahrbuch für Antike und Christentum* 15 (1972), pp. 28–59.
- Noethlichs, K. L., Materialien zum Bischofsbild aus den spätantiken Rechtsquellen, *Jahrbuch für Antike und Christentum* 16 (1973), pp. 28–59.
- Noethlichs, K. L., *Die Juden im christlichen Imperium Romanum*, Berlin, 2001.
- Rouge, J., La législation de Théodose contre les hérétiques. Traduction de C.Th. XVI,5,6–24, in *Epaktasis. Mélanges patristiques offerts au Cardinal Jean Daniélou*, Paris, 1972, pp. 635–649.
- Salzman, M. R., The Evidence for the Conversion of the Roman Empire to Christianity in Book 16 of the Theodosian Code, *Historia* 42 (1993), pp. 362–378.
- Sandwell, I., Outlawing 'Magic' or Outlawing 'Religion'? Libanius and the Theodosian Code as Evidence for Legislation against 'Pagan' Practices, in W. V. Harris, ed., *The Spread of Christianity in the First Four Centuries. Essays in Explanation*, Leiden, Boston, 2005, pp. 87–124.
- Sárý, P., Pogány birodalomból keresztény birodalom. A Római Birodalom kereszténnyé válása a Codex Theodosianus tükrében, Budapest, 2009.
- Tilden, P., *Religious intolerance in the later Roman empire: the evidence of the Theodosian code*, Exeter, 2006.
- Vogler, C., Les Juifs dans le Code Théodosien, in J. Le Brun, ed., *Les chrétiens devant le fait Juif*, Paris, 1979, pp. 35–74.
- Zuccotti, F., 'Furor hereticorum'. Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del Tardo Impero Romano, Milano, 1992.

*Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1*

Contact – email
sarypal@hotmail.com

ZÁKONODÁRNÁ ČINNOST REVOLUČNÍHO NÁRODNÍHO SHROMÁŽDĚNÍ (1918 – 1920) PŘI REFORMOVÁNÍ VEŘEJNÉ SPRÁVY

KAREL SCHELLE

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

Revoluční národní shromáždění vzniklo v polovině listopadu 1918 z Národního výboru. Jeho hlavním úkolem bylo připravit pro Československo definitivní ústavu. Souběžně s ústavou připravovalo však řadu doplňujících právních předpisů. K jednomu z nejdůležitějších patřily zákony vztahující se k reformování veřejné správy. Jako první si RNS vzalo za úkol oživit obecní zřízení. Proto již v lednu 1919 byly vydány dva pro obecní správu rozhodující zákony, a to tzv. novela obecního zřízení a zákon o volbách do obcí. V polovině roku 1919 došlo k jejich realizaci. Hlavním cílem však bylo připravit komplexní správní reformu sjednocující veřejnou správu na celém území československého státu. A tak společně s československou ústavou konce února 1920 byl vydán tzv. župní zákon, podle kterého mělo být československé území rozděleno na župy a ty dále na okresy. K jeho realizaci však nikdy nedošlo.

Key words in original language

Revoluční národní shromáždění.

Abstract

The Revolutionary National Assembly was established in the middle of November of 1918 as a successor of the National Committee. Its main purpose was to draft a final constitution for Czechoslovakia and thereto it worked on preparation of a number of supplementing legal regulations. Especially the laws on public administration reform were the most important ones. As its very first task, the RNA decided to revive municipal system and thus in January of 1919 the two crucial acts on municipal administration were passed, i.e. an amendment regarding municipal system and an Act on Municipal Elections and these acts were implemented in the middle of 1919. Nonetheless, the main goal was to prepare a complex reform of public administration that would unify public administration throughout the territory of Czechoslovakia. Hence, along with the Czechoslovakian Constitution, the Region Act, under which the Czechoslovakian territory was to be divided into regions which would further divide into districts, was passed at the end of February of 1920. However it has never been implemented.

Key words

The Revolutionary National Assembly

Veřejná správa převzatá Československou republikou z rakousko-uherské monarchie se stala jedním z těch problémů, které vládní místa nejen, že nemohla povšimnutí, ale naopak se musela připravit na jejich brzké řešení. Švehlova opatření v podobě zřízení bezmocných důvěrníků u orgánů politické správy v českých zemích, zdaleka nemohla uspokojit ani minimální požadavky na správní reformu, o níž se stále intenzivněji diskutovalo. Dosavadní veřejná správa těžkopádností, existencí značného množství předpisů, dvojí legislativou zemskou a říšskou, růzností v Čechách, na Moravě a ve Slezsku, zcela odlišným správním systémem na Slovensku a údajně přílišnou nákladností. Rovněž převzatá dvojkolejnost se stále více ukazovala jako brzda dalšího rozvoje celého správního systému. Proto částečná reforma obecního zřízení uskutečněná v únoru 1919 musela být považovaná jen jako dočasné opatření. Reformou veřejné správy se mělo navíc zajistit definitivní začlenění Slovenska a Podkarpatské Rusi do unitárního státu a tím zamezit autonomistickým snahám, které se od roku 1919 začínaly, především z řad slovenské ľudové strany objevovat, odkazujíc na ustanovení Pittsburské dohody. Nutnost reorganizovat veřejnou správu si v této době již tedy stále intenzivněji uvědomovaly v podstatě všechny politické kruhy. Z toho důvodu příprava zásadní reformy veřejné správy v Československu se stala jedním z nejdůležitějších úkolů, které byly postaveny před Švehlovo ministerstvo vnitra.

V této souvislosti je třeba si uvědomit, že myšlenka na reformu již zastaralého systému veřejné správy nevznikla až v důsledku vzniku Československé republiky, ale pouze se navazovalo na celou řadu reformních snah objevujících se již v posledním období habsburské monarchie.¹

Ani jeden z navrhovaných projektů v posledních dvaceti letech života habsburské monarchie nebyl ovšem uskutečněn, a tak organizace politické správy zůstala zcela nezměněná. Všechny návrhy ovšem i přes svoji značnou odlišnost měly jedno společné, hledaly východisko ve vytvoření menších správních útvarů v podobě krajů, které by se staly základní administrativní jednotkou v čele s politickými orgány s rozhodující pravomocí. Tím by se kraje staly jádrem celé soustavy politické správy. Tyto tendence rozpadem rakousko-uherské monarchie nezapadly, ale naopak teprve po vzniku Československa mohly být realizovány, samozřejmě s přihlédnutím k novým možnostem a potřebám československého státu, přičemž se muselo rovněž uvažovat o jejich použitelnosti pro Slovensko. Navíc projekt krajského zřízení musí být zbaven bývalého nacionálního náboje, kdy myšlenka na vytvoření krajů v rukou německých politiků měla sloužit k zaostření národnostního sporu a

¹ Z rozsáhlé literatury viz zejména: **Rieger, B.:** *Přehled nejnovějších návrhů zřízení krajského*, Praha 1903

pod záminkou národnostního vyrovnání přispět v Čechách k správnímu roztržení země a k vytvoření tzv. uzavřeného území.²

Rovněž municipální samospráva na Slovensku, jejíž základy pocházely ještě z feudálních Uher, čekala mnoho let na zásadnější reformu. Ani zde pokusy o podstatnější změnu celého správního systému, neměly pronikavější odezvu. Ať již návrh Szapáryho z roku 1897 nebo snahy Bánffyho směřující k postátnění uherské samosprávy, vždy narazily na odpor především uherské gentry, která téměř veškeré administrativní úřady měla ve svém držení.³

Převzatá rakouská a uherská správa recepčním zákonem z 28. října 1918 tedy nevyhovovala potřebám mladého československého státu. Reforma veřejné správy tedy za daných okolností byla zcela nevyhnutelná. Nová organizace správy navíc musela alespoň částečně splnit požadavky na „zlaicizování státní správy“.⁴ To pochopitelně, předpokládalo nejen odstranění dvoukolejnosti v českých zelních, ale zároveň její odbyrokratizování a postavení na zcela poněkud jiné základy. V souladu s tím bylo třeba zajistit optimálnější koncentraci správy sloučením agend v nejednom typu úřadu, čímž mělo dojít za účelem zrychlení a zpružnění úřadování ke zrušení zbytečných úřadů.⁵ Nutnost reformy veřejné správy byla tedy tak aktuální, že ministerstvo vnitra prakticky hned od svého vzniku začalo s její přípravou. Po zrušení národních výborů a vytvoření osnovy novely k obecnímu zřízení začalo se uvažovat o hlavních směrech, kterými bude reforma veřejné správy orientována. S prvními představami o úkolech, které čeká ministerstvo vnitra v tomto směru, seznámil Antonín Švehla veřejnost hned po Novém roce 1919 v poskytnutém rozhovoru pro Národní listy. Zde poukázal na pět nejdůležitějších momentů, s nimiž se bude v oblasti státní správy třeba vypořádat:

1. zlidovění zastupitelských správních sborů,

² **Houser, J. - Urfus, V.:** *Politická správa na Slovensku za buržoazní předmnichovské republiky*, Historický časopis, IX, 1961, s. 279.

³ K tomu **Rieger, B.:** *O samosprávě v Uhrách*. In: *Drobné spisy II*, Praha, 1919, s. 413n.

⁴ **Šťastný, K.:** *Několik slov k reformě správy*, Správní obzor, X, 1919, s. 103; **Laštovka, K.:** *Reforma správy politické*, Správní obzor, X., 1919, s. 19; **Hoetzel, J.:** *Důležitá otázka veřejné správy*, Národní politika ze 7. ledna 1919; **Hoetzel, J.:** *Dvojí správní kolej*, Národní politika z 18. prosince 1918.

⁵ **Kállay, J.:** *Organizácia verejnej správy*. In: *Slovensko kedysi a teraz*, sestavil E. W. **Seton Watson**, Praha 1931, s. 215; **Laštovka, K.:** *Dějiny organizace politické správy v Československé republice*. In: *Slovník veřejného práva československého*, díl I, Brno 1929, s. 357; **Drachovský, J.:** *Reforma veřejné správy v Československu*, Parlament, III, 1924, s. 251 n.

2. zajištění nové úpravy poměrů státní správy k samosprávě,
3. provedení nového rozdělení správních obvodů a jejich vztah k dosavadním zemským hranicím,
4. sblížení státního organismu se Slovenskem,
5. zrychlení a zlevnění celého správního postupu.

Úkoly to byly tedy nemalé a navíc jejich řešení velmi spěchalo.⁶

Ještě před zahájením prvních kroků v přípravě správní reformy musely být ovšem rozhodnuty hlavní zásady, na nichž bude reforma postavena. Především muselo být stanoveno, v jakém rozsahu bude reforma uskutečněna a jakých oblastí veřejné správy se bude dotýkat. Na tento problém nebylo těžké odpovědět. Nejvyšší správní úřady byly konstituovány teprve před několika týdny a na novele k obecnímu zřízení rovněž ještě nezaschl inkoust. Z těchto důvodů do reformy nebyly zahrnuty nejvyšší a nejnížší složky veřejné správy. Zároveň z reformy byla vyňata správa prováděná samosprávnými státními úřady a odbornými samosprávnými svazy.

Dále bylo třeba stanovit základní principy budoucí reformy. Jak již bylo uvedeno, bylo jisté, že správa musí být zorganizována tak, aby byla přístupnější obyvatelstvu, nebyla nákladná a svůj význam měl i unifikační prvek. S tím souviselo rozhodnutí, zda budoucí správa bude postavena na bývalém rakouském nebo uherském principu, případně zvolena varianta třetí kompromisní.

Jako podklad pro rozhodnutí sloužily jednak konkrétní zkušenosti přímo správních funkcionářů, které byly vtěleny do řady návrhů, námětů a úvah, jež bylo možné v té době nalézt nejen na stránkách denního tisku, ale i řady odborných časopisů, jakými byly například Věstník Českých okresů, Věstník českých měst, Správní obzor a další. Rovněž Klub konceptních úředníků českého zemského výboru vydal podnětnou studii nazvanou „Krajská správa“ obsahující některé zajímavé myšlenky. Druhým pramenem, z něhož mohli autoři hlavních zásad budoucí správní reformy čerpat, byly bývalé pokusy o správní reformu a to jak v Rakousku, tak v Uhrách. Konečně bezesporu použitelné byly i zkušenosti a návrhy z jiných států, především ve střední Evropě.

V lednu a únoru 1919 zároveň ministerstvo vnitra provedlo anketu v rámci níž se obrátilo jednak na zástupce autonomních útvarů, jimiž byly především Svaz českých okresů, Svaz českých měst, Ústředí starostenských sborů na Moravě a ve Slezsku a jednak na zástupce úředníků sdružených v

⁶ Národní listy z 1. ledna 1919.

Klubu českých úředníků zemského výboru, Jednotě českých samosprávných úředníků zemí koruny České, Jednotě právníků ve službách země, okresů a obcí, Klubu konceptních úředníků politické správy a Klubu konceptních úředníků politické správy a Klubu státních úředníků a posléze na obchodní a živnostenské komory a zemědělské rady, a požádalo je o odpovědi na pět otázek:

1. Zda je vhodné zřídit pro řádné obstarávání sjednocené vnitřní správy nové úřady - kraje a z jakých důvodů?
2. Kolik krajů by bylo účelné zřídit, v jaké velikosti a s jakým průměrným počtem obyvatelstva?
3. Jaká by měla být působnost krajských úřadů nejen vůči ostatním úřadům politické správy, ale i vůči samosprávným korporacím, a jaké změny s tím související by bylo potřebné uskutečnit v těchto úřadech a korporacích?
4. Jaká má být organizace krajských úřadů? Zda a v jaké míře by měla být u krajských úřadů přiznána účast zástupců obyvatelstva, jak by tito zástupci měli být ustaveni a v jaké formě by jejich účast měla být upravena?
5. Zda se má přiznat krajským úřadům i zákonodárná, resp. nařizovací pravomoc a v jakém rozsahu?⁷

Z dotazníku tedy vyplynulo, že ministerstvo vnitra v souladu s předválečnými koncepcemi správních reforem, počítalo se zavedením krajského zřízení, jako organizačního základu pro novou správní reformu, ovšem na zcela jiných principech. Důvod, proč anketa počítala s krajským řízením, je třeba hledat nejen ve změně politické situace, která se vytvořila vyhlášením samostatného československého státu, ale kraje jako nové administrativně teritoriální celky měly zabezpečit pružnější a levnější správu. Současně mělo krajské zřízení sloužit k snadnějšímu začlenění Slovenska do nového státu.⁸

V této fázi přípravy správní reformy však myšlenka krajského zřízení ještě zdaleka všude nevyvolala kladnou odezvu. Zcela jednoznačně ji zavrhlí představitelé okresní samosprávy v Čechách, kteří se za tím účelem sešli v dubnu 1919 v Praze na mimořádném sjezdu českých okresů. Pro zachování zemí se vyslovili i zástupci moravských okresních silničních výborů na sjezdu v Brně v březnu 1919. Ze stanoviska prezidia zemské správy politické v Praze vyplynulo, že její představitelé sice pro kraje, ale jen jako

⁷ Tisky RNS, tisk 2422, Správa výboru ústavního o návrhu zákona o zřízení župních a okresních úřadů v republice Československé.

⁸ **Houser, J. – Urfus, V.:** *Politická správa na Slovensku za buržoazní předmnichovské republiky*, Historický časopis, IX, 1961, s. 279; **Lipscher, L.:** *K vývinu politickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 184.

orgánů II. instance při zachování zemí. Podobný názor vyslovil Klub konceptních úředníků zemského výboru v Čechách. Naopak Jednota českých samosprávných úředníků se jednoznačně vyslovila pro zachování zemí a proti krajům. Krajské zřízení našlo negativní odezvu i u moravského zemského výboru v Brně atd. Na druhé straně řada jiných institucí a korporací k projektu krajského zřízení našla kladný vztah.⁹

Na základě došlých odpovědí vypracovalo ministerstvo vnitra pamětní spis o reformě vnitřní politické správy, který předložilo 3. května 1919 ministerské radě. Obsahoval hlavní zásady, podle nichž měla být vypracována osnova příslušného zákona. Správní reforma se měla podle jeho autorů zakládat na třech hlavních principech:

1. Správa vrchnostenská, zeměpanská i autonomní, měla být v zásadě sloučena, unifikována vždy v jediném státním úřadě. Obce měly sice zůstat jako samostatné korporace, ale jejich vrchnostenská pravomoc měla být ve smyslu novely k obecnímu zřízení přiměřeně upravena.

2. Obvody těchto úřadů měly být voleny tak, aby byly dost blízko obyvatelstvu, aby dále zabezpečovaly plné využívání odborného personálu, který by byl těmto úřadům přidělen, a popř. aby mohly být i finančně dosti silným nositelem různých veřejných místních úkolů, jež státní správa nechce nebo nemůže obstarávat svým nákladem. Při stanovení těchto obvodů nemuselo být přihlíženo k hranicím jednotlivých zemí.

3. Požadavku demokratizace správy mělo být vyhověno rozsáhlým přibíráním laického elementu k spolupůsobení a to nejen jako elementu poradního nýbrž i rozhodujícího.

V nižších instancích měl být zachován princip koncentrace správy. V I. instanci měly vykonávat politickou správu podkrajské úřady a statutární města, ve druhé instanci krajské úřady. Podkrajské úřady měly být zřizovány vždy pro obvod soudního okresu, protože se mělo za to, že tehdejší politické okresy jsou příliš velké a znemožňují užší styk úřadů s obyvatelstvem. Krajských úřadů mělo být v Čechách zřízeno 8, na Moravě a ve Slezsku 5, na Slovensku 6 a na Podkarpatské Rusi 1. Působnost těchto úřadů měla být upravena tak, že podkrajské úřady měly mít kompetenci dosavadních okresních hejtmanství a okresních výborů (resp. okresních silničních výborů), krajské úřady potom dosavadních zemských správ politických a zemských výborů. Značný důraz byl kladen na účast občanů ve veřejné správě. Z tohoto důvodu se měly u politických úřadů rozeznávat

⁹ *Mimořádný sjezd českých okresů Království českého (O reformě vnitřní správy)*, Praha 1919; k tomu řada článků ve Věstníku Poradního sboru českých okresů v Království českém, IX.; Brněnské noviny z 30. ledna 1920; Národní archiv (dále jen NA), fond MV 1918 - 1924, karton 104, sig. 3/18/1/2; tamtéž, karton 105, sign. 3/18/1/3; tamtéž, karton 110, sign. 3/18/1/29; atd.

dvě agendy: do první měly patřit ty záležitosti, které bylo nutno bezvýjimečně vyhradit úřednickému rozhodování, do druhé potom záležitosti „v nichž jde spíše o uplatňování jistých veřejných nároků a vyrovnavání jich mezi sebou, čili tzv. správní justice“.

U podkrajských a krajských úřadů měly být zřízeny zvláštní senáty, které by za řízení úředníka vykonávaly správní justici v celé veřejné správě. Senáty se měly skládat z 1 úředníka a 2 zástupců občanů. Úředník měl mít právo odvolat se proti usnesení senátu k vyšší instanci, když by podle jeho názoru bylo porušeno objektivní právo.

K obstarávání záležitostí, které dříve vykonávaly samosprávné korporace a které by stát na sebe nepřevzal (obor kulturní a tzv. blahobytová péče, jako např. školství, zdravotnictví, zprostředkování práce apod.) měly být zřízeny podkrajské a krajské výbory. Dvě třetiny jejich členů se měly volit, zatímco zbývající třetinu měla jmenovat vláda „aby byl paralyzován politický ráz všech veřejných voleb a přibrání i zástupci zkušení, ale v politických bojích se méně účastnivší“. Výbory měly konat schůze za předsednictví přednosty krajského a podkrajského úřadu, který měl mít právo jejich usnesení zastavit, pokud by se přičilo zákonu nebo nebylo účelné. Výbory měly být poradním orgánem svého úřadu, který by mohl a v jistých případech musel si vyžádat jejich dobré zdání a kromě toho měly volit členy soudních senátů pro správní justici.

Krajské úřady měly být konečně i orgánem zákonodárné moci. Jejich zákonodárná moc měla být ovšem omezena a měla se vztahovat na prováděcí předpisy k zákonům celostátním, pokud by to bylo v těchto výslovně připuštěno, a na jisté záležitosti týkající se například ochrany zemědělství, opatřování bytů, sociální péče, školství apod. Přitom muselo být stanoveno, že právo celostátní má přednost před právem druhého řádu (krajským) a že prezident má právo absolutního veta.¹⁰

Návrh reformy státní správy, byl tedy vzhledem k existujícímu stavu do značné míry pokrokového charakteru. Zvláště významné bylo ustanovení o účasti laického živlu jak v soudních senátech, tak v krajských a podkrajských výborech.

Pamětní spis byl ministerskou radou schválen 12. května 1919, přičemž v diskusi převládl názor, aby kraje byly spíše větší a aby neměly zákonodárnou pravomoc.¹¹ Poté byl spis okamžitě rozeslán na jednotlivá ministerstva k vyjádření. Návrhy obsažené v tomto spise také bezprostředně vyvolaly velmi živý ohlas.

¹⁰ Janák, J.: *Vývoj správy v českých zemích v epoše kapitalismu II, Období první a druhé republiky a okupace (1918 – 1945)*, Praha 1971, s. 55 - 56.

¹¹ NA, fond PMR. 1919 5 - 6; karton 4032, protokol ze 71. schůze vlády z 12. května 1919.

Zásadní problém, který se v dalších měsících při diskusích o budoucí reformě politické správy objevil, bylo zda-li má být přikročeno k zcela nové organizaci politické správy, zrušením tradičních zemí a vytvořením podstatně menších jednotek, nebo ponecháno již vžitě zemské zřízení a pouze v rámci něho přikročeno k reformním zásahům do správní organizace. V případě, že by měla být prosazena první varianta, s níž konečně počítalo i ministerstvo vnitra, vyvolala bouřlivé diskuse otázka o tom, jak velké administrativně-teritoriální celky se bude jednat, zda to budou kraje (resp. župy) malé, velké nebo střední, tedy mají-li mít 100 - 120 tisíc obyvatel, či 500 -700 tisíc obyvatel nebo zda se má jít ještě nad tento počet. Tyto problémy zůstaly v podstatě otevřeny až do posledních okamžiků přijetí zákona o správní reformě a staly se, vlastně ústředním mottem politického boje v rámci přípravy a projednávání návrhů i budoucí osnovy zákona zakotvujícího novou organizaci veřejné správy.¹²

V průběhu měsíce června 1919 byla také na ministerstvu vnitra, připravena první verze osnovy zákona o krajském zřízení a okamžitě rozeslána všem odborům ministerstva vnitra, ostatním ministerstvům, nejružnějším orgánům, organizacím, institucím, zájmovým korporacím a zemským politickým správám k vyjádření. Zároveň byla zřízena meziministerská komise pro přípravu veřejné správy.¹³ V červenci 1919 také vyšel zákon č. 431 Sb., jímž bylo zřízeno ministerstvo pro sjednocení správy a zákonodárství, běžně nazývané ministerstvem unifikací, do jehož čela byl v prosinci toho roku postaven Milan Hodža. Jejím úkolem bylo v maximální míře spolupracovat s ministerstvem vnitra při přípravě a provádění správní reformy se zvláštním zřetelem k podmínkám na Slovensku.

Pamětní spis ministerstva vnitra i prvotní osnova zákona pochopitelně nebyly všude přijaty příznivě. Nová koncepce správní organizace musela být tedy důsledně prosazována, přičemž bylo třeba čelit nejen různým zájmům některých politických stran, ale i snahám národnostních menšin o řešení postavení svých příslušníků prostřednictvím této reformy, případně i projevům lokálního patriotismu. Bylo třeba sladit radikální představy příslušníků sociálně demokratické levice s konzervativnějšími koncepcemi některých občanských stran. Rozhodující skutečností přitom bylo, že ministerstvo vnitra bylo v rukou agrární strany, a tak pochopitelně její zájmy zde sehrály důležitou roli. Zároveň je třeba vzít v úvahu i tu skutečnost, že i když reforma veřejné správy patřila prvořadým problémům, s nimiž se musela vládní místa brzy vypořádat, přece jen její příprava a konečně i projednávání osnovy zákona o nové organizaci správy, jak v

¹² **Laštovka, K.:** *Župní a okresní úřady v republice Československé*, s. 81n.; **Kahánek, F.:** *Ke vzniku zákona o župách*, Parlament, II., 1922 - 1923, s. 404n.

¹³ NA, fond 1918 - 1924, karton 104, sign. 3/18/1/2; tamtéž, karton 105, sign. 3/18/1/3; fond PMR 1919 - 1925, karton 1729, sign. 401 (58a - 58) 1.

ústavním výboru, tak v plénu Národního shromáždění, probíhalo společně s pěti nejdůležitějšími ústavními zákony v čele s ústavou Československé republiky. Tento moment sice na jedné straně ukazoval na důležitost řešení tohoto problému, na straně druhé však přece jen způsoboval, že pozornost vládních míst, politických stran i nejširší veřejnosti byla orientována na řešení zásadních státoprávních problémů a reformě veřejné správy tak byla věnována pozornost až na druhém místě. V neposlední řadě práci na přípravě správní reformy komplikovala velmi vyhrocená politická situace na Slovensku, ale i nejasnost v řešení tzv. těšínského problému a postavení nejvýchodnější části republiky Podkarpatské Rusi. Prosazení nových představ o budoucí organizaci státní správy bylo dosti složité, a jak se také ukázalo, do poslední chvíle nebylo jisté, zda návrhy ministerstva vnitra budou přijaty, případně jaké korekce bude třeba dodatečně ještě provést.

Hned po té co představy ministerstva vnitra pronikly mezi širší veřejnost, začala bouřlivá diskuse, jak v kuloárech všech významnějších politických stran, tak na stránkách celostátního a regionálního tisku i v odborných časopisech. Jak dále uvidíme, z politických stran, které zaujaly opoziční postoj proti navrhované správní formě, to byla strana národně demokratická a strana lidová. Se značnými rozpaky k reformě postavila veřejnost na Moravě. S velkým nadšením nebyl návrh reformy přijat ani na Slovensku.

V průběhu letních a podzimních měsíců roku 1919 na ministerstvo vnitra směřovaly desítky návrhů, námětů a stanovisek, kterými se různé organizace, instituce, představitelé zemských a okresních politických správ i územních samosprávných korporací snažili ovlivnit práce na připravované reformě a v té souvislosti mnohdy i prosadit svoje vlastní zájmy.

Zajímavý návrh přišel z Moravy obsažený v referátu L. Pluhaře, který odezněl na zasedání moravského zemského výboru 2. srpna 1919. Návrhy, které byly v něm obsažené, byly také převzaty do oficiálního stanoviska tohoto moravského orgánu. Autor návrhu vycházel ze skutečnosti, že ve všech zemích vývoj správy probíhal poněkud odlišně, z toho důvodu je třeba i další zásahy do státní správy přizpůsobit životním podmínkám každé země. Proto je nutné zachovat silné ústředí analogické vídeňské vládě a na druhé straně ponechat země s širokou autonomní pravomocí, což mělo být přeneseno i na Slovensko. V čele zemí se předpokládala existence zemských sněmů.¹⁴

Kritické stanovisko k předpokládané reformě politické správy vyjádřilo i ministerstvo pro správu Slovenska. Především se návrhu vytýkalo, že byl postaven na zásadách, které byly vypracovány ještě za monarchie, přičemž

¹⁴ **Pluhař, L.:** *O reformě zemské správy*, Brno 1919 (brožura vydaná do diskuse k vládnímu návrhu o reformě správy); **Lipscher, L.:** *K vývinu politickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 88; Moravská Orlice z 23. listopadu 1919; Socialistická budoucnost z 29. listopadu 1919.

se nepřihlíželo k vývoji na Slovensku. V. Šrobár dále navrhoval, aby Bratislava a Košice nenáležely k žádnému kraji (župě), ale byly přímo podřízeny ústřednímu úřadu a měly mít působnost krajských (župních) orgánů. Župana měl jmenovat přímo prezident republiky a okresní správa se měla na Slovensku jmenovat slůžnovská.¹⁵

Z ministerstva národní obrany přišla žádost, aby obvody krajů a podkrajů kryly s obvody nových divisních a doplňovacích velitelství.¹⁶ Všechny připomínky a další náměty, které ministerstvu vnitřní přišly, byly vyhodnoceny a některé z nich zapracovány do konečné podoby vládního návrhu zákona. Práce na přípravě reformy šly celkem rychle, a tak A. Švehla již 12. srpna 1919 mohl na schůzi vlády přednést hlavní zásady zákona o krajském zřízení. V rozsáhlé diskusi při jednání o tomto bodu bylo především upozorněno, že „zákonodárná činnost krajských sněmů mohla by vést k partikularismu“. Proto bylo vysloveno přání, aby tato činnost byla omezena pouze na věci místní správy. Zároveň bylo navrženo přejmenování krajských a podkrajských orgánů na orgány župní.¹⁷ O příčinách této změny se toho moc neví, předpokládá se, že autoři této myšlenky právě tímto chtěli zákon přizpůsobit historii a tradicím na Slovensku.¹⁸

V podstatě o měsíc později, 11. září 1919, podal již A. Švehla na schůzi vlády podrobnou zprávu o připravovaném župním zákonu. Většina členů vlády se k návrhu postavila příznivě. Odezněly zde však i kritické hlasy. Například ministr sociální péče L. Winter (sociálně demokratická strana) napadl vymezení kompetence župních zastupitelstev, dále se postavil proti jmenování určité části členů župních zastupitelstev a nesouhlasil s tím, aby všichni úředníci byli jmenováni. K posledním problémům se vyjádřil i V. Šrobár, který navrhl, aby v otázce jmenování úřednictva bylo sáhnuto k myšlence, která byla uplatňována v uherské komitátní správě, podle které by župan předkládal tera, z nichž by župní zastupitelstvo nebo župní výbor úředníky jmenoval. Kromě toho si Šrobár vyhradil týdenní lhůtu k podání dalších připomínek.¹⁹

¹⁵ **Lipscher, L.:** *K vývinu politickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 8; NA, fond PMR 1919 - 1925, karton 1729, sign. 401/58a - 58/1.

¹⁶ NA, fond MV 1918 - 1924, karton 105, sign. 3/18/1/3.

¹⁷ NA, fond PMR 1919 6 - 8, karton 4033, protokol ze 109. schůze vlády z 12. srpna 1919.

¹⁸ **Hoetzel, J.:** *Župy - země. Několik vzpomínek a poznámek*, čas. „Bratislava“, II 1928, s. 76.; **Všetečka, J.:** *Kraje či župy?*, Venkov z 1. října 1919; **Sokolovský, L.:** *Grad - španstvo - stolica - župa (Príspevok k terminológii dejín správy)*, Slovenská archivistika, XVI, 1981, s. 115.

¹⁹ NA, fond PMR 1919 8 - 10, karton 4034, protokol ze 117. schůze vlády z 11. září 1919.

Vláda se znovu k osnově zákona o župním zřízení vrátila až 10. října 1919. Objevil se zde však nový problém. Zároveň totiž ministr veřejných prací A. Hampl (sociálně demokratická strana) předložil svoji osnovu zákona o oddělení státní stavební správy od správy politické a požadoval, aby do župního zákona byla vložena věta, že „nynější státní služba stavební upravuje se s ohledem na tento zákon zvláštní“. Proti tomu se postavil Švehla, a tak na návrh V. Šrobára došlo znovu k odložení projednávání návrhu správní reformy.²⁰

Ke konečnému odsouhlasení vládního návrhu zákona o župním zřízení došlo až 16. října 1919 na 130. schůzi vlády. Ministru Hamplovi vyhověno nebylo, a tak tento svoji osnovu vzal zpět a hlasovat proti župnímu zřízení. Mezi Šrobárem a Švermou se nakonec všechny sporné momenty vyjasnily, a tak většinou hlasů členů ministerské rady byl vládní návrh zákona přijat.²¹

Předběžné porady s politickými stranami zahájila vláda, jak vyplynulo ze zpráv z denního tisku, 30. října 1919, kde jim zatím ještě neoficiálně předložila vládní návrh.²²

O nedočkavosti, s jakou se očekávala vládní předloha, svědčí i interpelace na vládu vznesená Fr. Weyrem v ústavním výboru Národního shromáždění 18. listopadu 1919. Tehdy nemožnost předložení vládní osnovy parlamentu zdůvodňoval B. Bobek, jako zástupce vlády, mimořádnou situací na Těšínsku, která ztěžuje práci na některých částech celého projektu správní reformy.²³

Konečná podoba návrhu se velmi brzy dostala i ve známost veřejnosti v podobě řady komentářů a stanovisek, které se začaly objevovat na stránkách denního tisku.

Až do poslední chvíle do skupiny stoupenců zemského zřízení a tedy odpůrců vypracované osnovy se postavili, jak jsme již uvedli, především představitelé národní demokracie a československé strany lidové.

Národní demokracie, u níž se projevovaly nacionalistické tendence, zdůrazňovala, že realizací tohoto zřízení by se v Čechách vytvořily dvě župy (Karlovarská a Česká), které by měly německou většinu. Národní

²⁰ NA, fond PMR 1919 8 - 10, karton 4034, protokol ze 128. schůze vlády z 10. října 1919; fond PMR 1919 - 1923, karton 1728, sign. 401/53 - 58.

²¹ NA, fond PMR 1919 8 - 10, karton 4034, protokol ze 130. schůze vlády z 16. října 1919.

²² Lidové noviny z 31. října 1919.

²³ Lidové noviny z 19. listopadu 1919; Rovnost ze stejného dne; Moravské noviny z 20. listopadu 1919.

demokraté se nemohli smířit s myšlenkou, že by se tyto župy mohly stát základem jakési národní samosprávy. „Proti čemu se stavíme“ - komentoval stanovisko národní demokracie K. Kramář při projednávání osnovy zákona v ústavním výboru Národního shromáždění — „proti dvěma německým župám, a to na smrt. Stavíme se proti kompetenci žup, která by z nich mohla učinit sněmy“.²⁴

Další důvod, jak tvrdili národní demokraté, měl citové podbarvení. Dokazovali, že zemské zřízení má v Čechách historické opodstatnění, jak to také při projednávání osnovy zákona v plénu Národního shromáždění vyjádřil poslanec J. Brabec: „My však jsme pomocí zemí koruny České a pomocí našeho historického útvaru utvořili samostatný český stát. Proto, neboť jsme měli tento historický útvar, byly nám na mezinárodní konferenci přiznány historické hranice“.²⁵

Přitom hrály svou roli i stranické zájmy, které byly podmíněny tím, že vysocí úředníci zemské správy v Čechách byli ve většině přívrženci národní demokracie, kterým se nechtělo zaměnit Prahu za venkovská župní sídla.²⁶ Ale župní zákon narazil na odpor i proto, poněvadž znamenal odstranění zažitého rakouského administrativního systému a jeho nahrazení něčím, co v podstatě vycházelo ze systému uherského.²⁷ Kromě toho národní demokraté tvrdili, že k myšlence převzetí zemského zřízení přišli vzhledem k poměrům, jaké se vytvořily na Slovensku. Dovožovali, že na Slovensku se vzrůstají silně autonomistické proudy. Jedině reforma, jakou navrhovali národní demokraté, měla tyto vlivy paralyzovat.²⁸ Navíc vznikly námitky, že podle župního zákona byla účast občanů na politické správě omezena. Zdůvodňovali to tím, že zástupci občanstva se nezúčastňují vrchnostenské správy ve vlastním slova smyslu, tj. na té části správy, která byla dosud vykonávána výlučně státními úředníky. Proto se podle nich neuskutečnila v Československu tzv. vrchnostenská samospráva.²⁹ Konečně je třeba vidět,

²⁴ Archiv Parlamentu ČR (dále jen AP), fond RNS, kanton 33, protokol ze schůze č. 153 ústavního výboru z 19. února 1920; srov. **Máša, J.:** *Varujeme v poslední hodině*, Lidové noviny z 9. ledna 1920.

²⁵ Těšnopisecké zprávy Národního shromáždění, zápis ze 126. schůze z 28. - 29. února 1920.

²⁶ Robotnické noviny z 30. dubna 1931; rovněž **Lipscher, L.:** *K vývinu politické správy na Slovensku v letech 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 91.

²⁷ **Lipscher, L.:** *K vývinu politické správy na Slovensku v letech 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 91.

²⁸ AP, fond RNS, kanton 33, protokol ze schůze ústavního výboru č. 153 a z 19. února 1920, dopolední zasedání; rovněž **Lipscher, L.:** *K vývinu politické správy na Slovensku v letech 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 91.

²⁹ **Baxa, B.:** *Zákon o župním zřízení a jeho nedostatky*, Praha 1922. s. 15; **Lipscher, L.:** *K vývinu politické správy na Slovensku v letech 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 92.

že jejich kladný vztah k zemím byl vyvolán tradičními úspěchy při volbách do zemských samosprávných orgánů. Svoje odmítavé stanovisko k župnímu zřízení vyslovili národní demokraté jednoznačně 25. ledna 1920 v Národních listech: „Jsme za zachování zemí. Nové kraje by nám zatížily rozpočet a neměli bychom pro ně úřednictvo. Vnutí-li nám župy, pak jsme pro ně jedině tehdy, nebude-li v Čechách ani jediného kraje čistě německého“. V tomto duchu hovořil K. Kramář v parlamentu při projednávání vládního návrhu. V konečné fázi se Kramář přiklonil k zřízení malých žup, které by se skládaly ze dvou nebo tří stávajících okresních hejtmanství, přičemž zemská samospráva by zůstala, jako zvláštní instance vlády zemské politické správy.³⁰ I když se stanovisko národních demokratů nepodařilo prosadit, vymohli si alespoň zakotvení do vládního návrhu vytvoření župních svazů, které měly být jakousi vzdálenou náhradou za země. Rovněž československá strana lidová bojovala za ponechání zemského zřízení. Svoje nejsilnější pozice měla na Moravě. Proto se hned po vytvoření ČSR u ní projevíly autonomistické sklony. Prosazování svých zájmů odůvodňovala, stejně jako strana národně demokratická, historickými reminiscencemi, o čemž se zmínil i J. Dolanský, který uvedl: „To má historický základ... je to přirozené, neboť ta autonomie moravská, jakou jsme ji měli a máme, se osvědčila, tím, že to, co v českém zápase na Moravě se dělo, dělo se právě pod heslem autonomie zemské“. Odpor národních demokratů a lidovců k župnímu zřízení vyvolal ve vládních kruzích přece jen určité rozpaky, a to i přes to, že obě strany stály mimo vládní koalici. Pravděpodobně z toho důvodu se 7. ledna 1920 uskutečnila schůzka ministra A. Švehly s A. Rašínem a J. Šrámkem o možném kompromisu v otázce zemských hranic a zemské autonomie. Podkladem jednání byl plán na zachování dosavadních zemských výborů ve změněné formě. Zmizely by pouze hranice mezi Moravou a Slezskem s tím, že by obě tyto země byly rozděleny na dvě nebo tři župy. Župy by tvořily zemský celek, v čele s voleným zvláštním zemským zastupitelstvem. Zastupitelstvo by se tak stalo stálým úřadem pro věci příkazané zemské správní kompetenci a tvořilo by vsunutou instanci mezi vládou a župami.³¹ K dohodě však nedošlo, a tak postoj národních demokratů a lidovců zůstal nezměněn.

Ostatní politické strany, resp. alespoň jejich pražská ústředí, byly proti převzetí zemské správy. Nejrozhodněji se za zrušení zemí postavili vedle agrárníků zástupci socialistických stran, kteří zpočátku brojili i proti vytvoření župních svazů. Proti zemskému zřízení rovněž vystoupili i zástupci Klubu slovenských poslanců. V ústavním výboru Národního shromáždění k tomu hovořili K. Medvecký a I. Derér. Dokazovali, že samospráva Slovenska je nežádoucí nejen z důvodů politických, ale i

³⁰ Lidové noviny z 9. ledna a 20. února 1920; České slovo 21. února 1920.

³¹ Těsnopisecké zprávy Národního shromáždění, zápis ze 126. schůze z 28. - 29. února 1920; rovněž **Lipscher, L.**: *K vývinu politickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 92.

organizačních. Poukazovali na to, že Slovensko nemůže být spravováno z jednoho centra, a proto nemůže tvořit jedinou administrativní jednotku. Historickým vývojem se vytvořila taková situace, že Slovensko bylo napojeno na Budapešť. Po vyhlášení samostatnosti zůstalo Slovensko bez jednotného centra. Ale i přírodou vytvořené podmínky na Slovensku mluví proti zemskému zřízení, jak to zdůvodňoval K. Medvecký: „Není to těleso homogenní, ale je jednotlivými dolinami a řekami rozdělené na údolí, která nemohou být jednotně spravovaná“. I. Dérer zase konstatoval, že zemská správa a s ní spojená autonomie má rozdílný význam pro obě části republiky. Pro české země je to otázka čistě správní, otázka správně technická. Ale pro Slovensko má autonomie nejen význam administrativně-organizační, ale inkorporuje v sobě i důležitý moment politický. Politickou škodlivost viděl Klub slovenských poslanců v tom, že autonomie poskytnutá Slovensku by posloužila maďarské iredentě, a to by vedlo k významnému oslabení československého státu.³² Stanovisko Klubu slovenských poslanců bylo konečně zcela jednoznačně vyjádřeno v rezoluci, kterou na plenárním zasedání Národního shromáždění 27. února 1920 přečetl I. Markovič: „Klub slovenských poslanců vidí nyní zabezpečené potřeby samosprávy Slovenska těmito ustanoveními, která jsou obsažena v zákonech, tvořících komplex ústavy, jmenovitě v zákoně o župním zřízení...župy a župní svazy zabezpečují Slovensku všechno, co potřebuje a co nyní samo může použít bez toho, že by samo sebe poškodilo“.³³ Je pochopitelné, že stanovisko Klubu slovenských poslanců, jež korespondovalo s názory většiny členů sociálně demokratické strany na Slovensku a slovenské strany národní, nebylo v souladu s požadavky slovenské lidové strany, jejíž představitelé stále intenzivněji začínali prosazovat vytvoření slovenské autonomie,³⁴ a rovněž maďarské občanské politické strany měly o budoucím správním uspořádání Slovenska poněkud jiné představy.

K významným odpůrcům zemského zřízení však patřila pochopitelně i strana agrární, která tímto postupem rovněž sledovala svoje politické cíle. Usilovala o vytvoření velkého počtu malých žup, čímž by bylo dosaženo co největšího centralizačního účinku.³⁵

Při sledování odezvy návrhů na správní reformu zavedením župního zřízení, není možné přejít bez povšimnutí názorové proudy, které se na tento problém vytvořily ve Slezsku a na Moravě.

³² Lidové noviny z 8. ledna 1920; AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru č. 153 a z 19. února 1920, dopolední zasedání rovněž **Lipscher, L.:** *K vývinu politické správy na Slovensku v letech 1918 – 1938*, Bratislava 1966, s. 93.

³³ Těšnopisecké zprávy Národního shromáždění, zápis ze 125. schůze z 27. února 1920; k tomu srov. *Národné noviny* z 29. února 1920.

³⁴ K tomu např. *Slovák* ze 13. ledna 1920.

³⁵ K tomu **Houser, J. – Urfus, V.:** *Politická správa na Slovensku za buržoazní předmnichovské republiky*, Historický časopis, IX, 1961, s. 279.

Zástupci slezských politických kruhů sice žádali pronikavou reformu veškeré vnitřní správy, která by stát zabezpečovala proti separatistickým snahám, zároveň však byli pro sloučení zeměpanské správy se správou autonomní na samosprávném základě. Na jedné straně uznávali, že zemská správa se osvědčila a lid si na ni zvykl a při budování státu by se neměly provádět náhlé a pronikavé změny, aby se dosavadní právní nejistota a zmatky příliš nevystupňovaly, zároveň však naléhavě upozorňovali, že pro Slezsko by mohl požadavek zemské autonomie být osudným. „Češi by tvořili při zachování historických hranic Slezska jen značnou menšinu obyvatelstva. Podle toho by byla měřena i jejich práva, proto není zde vážných důvodů udržet slezskou autonomii“. Někteří za slezských činitelů (například náměstek předsedy zemské správní komise v Opavě J. Lukeš) navrhovali připojit Slezsko k Moravě. Slezští představitelé politických stran župní zřízení všemožně podporovali, protože jak tvrdili „příšera separatismu je tak blízká, že ji lze vidět z denních zpráv listů. Žije na Slovensku a ohlásila se v Brně. Uzákoněna jest v Podkarpatské Rusi. Bylo by liknavostí nečelit těmto snahám rázně institucí župního zřízení“.³⁶ Ostravští sociální demokraté přišli s myšlenkou na vytvoření společné ostravsko-slezské župy.

Poněkud jiná situace byla na Moravě. Zde můžeme pozorovat až do poslední chvíle značně odmítavé stanovisko k župnímu zřízení. Projdeme-li všechny významnější moravské deníky počínaje levicovou Rovností a konče Moravskou Orlicí, setkáme se téměř všude s výrazným odporem proti připravované reformě.³⁷ Hlavním argumentem zde byla obava před rozdělením Moravy na jednotlivé župy, čímž by v podstatě zanikla jako samostatný útvar. Argumentovalo se zde odlišností od Čech, jak v kulturní, hospodářské, tak politické oblasti. S tím souvisel strach z přílišné centralizace a tím z „podřízenost Moravy Praze“. „V intencích Moravy je, aby zůstala pokud možno celou. Ať se toto zřízení nazve župou nebo zemí, je lhostejno, ale nelze souhlasit, aby Morava byla zmalomocněna rozdělením na několik žup“, — čteme na stránkách moravského tisku.³⁸ „Jedná se nám především, aby naše Morava neroztřískala se na několik

³⁶ **Lukeš, J.:** *Zemská samospráva či zřízení župní*, Venkov z 29. listopadu 1919; Lidové noviny z 2. ledna 1920.

³⁷ Např. **Špera, A. M.:** *Krajské zřízení a autonomie*, Rovnost z 2. září 1919; **Špera, A. M.:** *Krajské zřízení*, Rovnost z 20. a 25. listopadu 1919, 2. a 6. prosince 1919; *Reakční zákon o krajském zřízení*, Rovnost ze 7. prosince 1919; *Sociální demokraté a zemská autonomie*, Moravská Orlice z 26. listopadu 1919; *Župy*, Moravská Orlice z 25. února 1920; *Morava – odsouzení k smrti*, Občanské noviny z 21. ledna 1920; *Proč?*, Občanské noviny z 11. února 1920. Moravské stanovisko často podporovala i **Peroutkova** Tribuna - viz např. *Separatismus*, Tribuna z 10. prosince 1919; **Skýpala, O.:** *Autonomie Moravy*, Tribuna ze 14. prosince 1919.

³⁸ **Skýpala, O.:** *Autonomie Moravy*, Moravská Orlice ze 17. prosince 1919.

krajů, které by nebyly ničím jiným než několika kanceláři“, zdůrazňovala při jiné příležitosti Moravská Orlice.³⁹

Ve stejném duchu bylo publikováno i prohlášení zemského a krajského výkonného výboru československé sociální demokracie v Brně.⁴⁰ Zároveň bylo navrhováno ponechání obcí beze změny jako nejnižší jednotky, druhou správní jednotkou měl být okres v čele s okresním zastupitelstvem a voleným předsedou, který by byl potvrzen vládou. Jako třetí instance měly být zachovány země, kde by však došlo k sjednocení místodržitelství a zemského výboru v čele s voleným náčelníkem potvrzeným prezidentem republiky.⁴¹ Konference zemského zastupitelstva sociální demokracie na Moravě konaná 23. listopadu 1919 však přijala, ovšem pod vlivem přítomného A. Meissnera z Prahy, poněkud opatrnější stanovisko. Vyslovili se již pro krajské zřízení, ale pod podmínkou, že pravomoc zemské autonomie bude přenesena na jeden kraj.⁴² Stanovisko brněnských sociálních demokratů bylo tedy v zásadním rozporu s postojem sociálních demokratů v Ostravě.

Odmítavé stanovisko k navrhovanému župnímu zřízení zaujali i představitelé většiny ostatních politických stran působících na Moravě. Určitou nerozhodnost ovšem projeвили národní socialisté, kteří vystupovali s dosti nevyhraněným názorem. V jedné chvíli dokonce přišli s návrhem na rozdělení Moravy a Slezska na tři župy: brněnskou, olomouckou a moravsko-slezskou.⁴³

O odmítavém stanovisku moravského zemského výboru jsme se již zmiňovali na jiném místě. Svůj odpor k rozdělení Moravy vyslovili i zástupci moravských silničních výborů již 29. března 1919 a znovu potom 27. ledna 1920.⁴⁴

³⁹ *Župní zřízení*, Moravská Orlice z 3. prosince 1919.

⁴⁰ *Rovnost* z 5. listopadu 1919.

⁴¹ **Vaněk, K.:** *Zrušení zemských celků a zrušení krajů*, *Rovnost* z 6., 8. a 9. listopadu 1919.

⁴² *Rovnost* z 24. listopadu 1919.

⁴³ **Kokrhánek, J.:** *Reforma veřejné správy*, *Socialistická budoucnost* z 31. srpna 1919; **Kokrhánek, J.:** *Župní zřízení*, *Socialistická budoucnost* z 11. ledna 1920. K příznivcům župního zřízení patřily i některé politické kruhy v Olomouci. K tomu viz Našinec (Olomouc) ze 7. prosince 1919; *Rozdělení našich zemí dle krajů*, *Pozor* (Olomouc) z 20. srpna 1919.

⁴⁴ *Národní listy* z 29. ledna 1920; *Moravská Orlice* z 29. ledna 1920; *Brněnské noviny* z 30. ledna 1920.

Ke změně postoje, alespoň u moravských poslanců v Národním shromáždění, došlo až koncem ledna 1920, kdy se v Praze konala jejich porada nazvaná jako tzv. Moravské kolo. Poslanci všech politických stran působících na Moravě se zde dohodli, až na zástupce strany lidové, na jednotném postupu spočívajícím v podpoře vládního návrhu.⁴⁵

Ohlas vládní předlohy reformy státní správy byl tedy přijat značně rozporně. S odmítavým postojem přišli i zástupci českých menšin národnostně smíšených okresů, když v rezoluci Ústředního výboru obraných jednot českých a národnostně smíšených okresů zveřejněné 19. ledna 1920 se zcela jednoznačně postavili za zachování zemského zřízení.⁴⁶ Kriticky se k připravované reformě postavili rovněž představitelé německé menšiny v pohraničí, jejich nespokojenost především vyplývala z toho, že nebyli k přípravě pozváni.⁴⁷ Pražský večerník kritizoval Švehlův postup při prosazování zrušení zemí s poukazem na skutečnost, že zemské zemědělské rady zůstanou zachovány, z nichž by si agrárníci chtěli vytvořit druhou vládu, kam by se uchýlili kdyby „jim byla politická moc v republice vyrvána“.⁴⁸ Pro vládní kruhy však bylo rozhodující, že A. Švehla mohl konečně 2. prosince 1919 konstatovat, že v koalici stran zastoupených ve vládě bylo docíleno ve věci župního zřízení úplné dohody.⁴⁹

Značný rozruch v době přípravy a projednávání vládní osnovy župního zákona vzbudil rovněž problém, která města budou určena jako sídla župních úřadů. Některá města předvídalíc brzkou správní reformu zápas o získání sídla župního, resp. krajského úřadu zahájil dříve, než započala samotná příprava reformy.⁵⁰ Nervozitu a řevnivost mezi jednotlivými městy navíc vyhrotila i ta skutečnost, že ministerstvo vnitra nechávalo tento problém až do poslední chvíle nevyřešený.⁵¹ Ještě v době zahájení jednání v

⁴⁵ Moravská Orlice z 31. ledna 1920; **Weyr, F.:** *Župní zřízení*, Lidové noviny z 30. ledna 1920.

⁴⁶ *Projev českých menšin*, Národní listy z 19. ledna 1920; Lidové noviny ze stejného dne.

⁴⁷ Národní listy ze 16. ledna 1920; Národní politika z 18. ledna 1920.

⁴⁸ *Boj o zemskou autonomii*, Pražský večerník z 18. prosince 1919.

⁴⁹ NA, fond PMR 1919 10 - 12, karton 4035, protokol ze 144. schůze vlády z 2. prosince 1919.

⁵⁰ První žádosti o sídla okresních nebo krajských úřadů se dostály na ministerstvo vnitra již v polovině prosince 1918 (viz NA, fond MV 1918 – 1924, karton 98, sign. 3/5/1; tamtéž, karton 99, sign. 3/5/2, dále sign. 3/10/3; tamtéž, karton 101, sign. 3/11/2, 3/12/1, 3/12/2, atd.).

⁵¹ Ve skutečnosti však první návrh přílohy A byl hotov již v létě 1919 (viz NA, fond MV 1918 - 1924, karton 105, sign. 3/18/1/3; k tomu NA, fond PMR 1919 10 - 12, karton 4035, protokol ze 144. schůze vlády z 2. prosince 1919).

ústavním výboru o vládním návrhu nebyla příloha A, z níž byl patrný nejen rozsah žup, ale i jejich župní města k dispozici.⁵² Ještě pozoruhodnější je, že ještě 19. února 1920, tedy deset dní před odhlasováním župního zákona se vedla diskuse o jednom ze základních problémů, o velikosti žup.⁵³ Téhož dne došlo z podnětu sociálních demokratů k poradě některých poslanců Národního shromáždění. Výsledkem toho byla žádost, aby k území ostravské župy byly připojeny okresy valašsko-meziříčský, rožnovský a vsetínský z důvodů národnostních, hospodářských a komunikačních.⁵⁴

Situace začala nabývat na napjatosti o dva dny později, kdy denní tisk otiskl úřední zprávu z výboru. Na Moravě se počet navrhovaných žup ustálil na 5, moravsko-slezská župa měla být zvětšena na úkor župy uhersko-hradištské o tři valašské okresy Valašskokloboucko, Vsetínsko a Rožnovsko. Šlo tedy o snahu zachovat celý valašský región vcelku. Dále se začalo upouštět od přijetí jižních Čech k župě znojemské. Zároveň se rozpoutal boj o Prahu, zda má být samostatnou nebo zda bude spojena s župou venkovskou.

O další den později šlo již „do tuhého“. Zejména se to týkalo župy západomoravské. Sociální demokrat E. Burian navrhoval jako její centrum Třebíč. Hlasovali však pro něho jen tři poslanci. Dalšími kandidáty bylo Znojmo a Jihlava. Hlasování však dopadlo nerozhodně pro obě města, a tak do diskuse zasáhl K. Kramář, který zvrátil hlasování ve prospěch Znojma. Dalším napjatým bodem byl spor o sídlo župy severomoravské. Kandidáty zde byla Ostrava a Opava.⁵⁵ Při hlasování nakonec zvítězila rozdílem jednoho hlasu Ostrava. Zároveň byly zamítnuty návrhy na zrušení hradištské župy a na připojení Přibyslavi a Humpolce k západomoravské župě.

V Čechách se uvažovalo o volbě sídel žup v Praze, Hradci Králové, Chrudimi, Jičíně, České Lípě, Lounech, Karlových Varech, Plzni a Českých

⁵² AP, fond RNS, karton 32, protokol ze 120. schůze ústavního výboru z 27. ledna 1920.

⁵³ AP, fond RNS, karton 33, protokol ze 153. a schůze ústavního výboru z 19. února 1920.

⁵⁴ **Weyr, F.:** *O župní zřízení*, Lidové noviny z 20. února 1920.

⁵⁵ Spor o prvenství mezi Opavou a Ostravou začal již v polovině listopadu 1918. Dne 20. listopadu 1918 zaslal Zemský národní výbor pro Slezsko žádost do Prahy, v níž upozornil, že vzhledem k tomu, že vláda Sudetenlandu obsadila zemskou vládu v Opavě, přestala existovat druhá instance. V té souvislosti žádal, aby ze zemského hospodářského úřadu pro moravsko-slezský kamenouhelný revír v Moravské Ostravě byla vytvořena II. instance pro severní Moravu a Slezsko. Události se však vyvíjely jinak. Opava byla vojensky obsazena a vláda Sudetenlandu zrušena, proto prezídium ministerstva vnitra 20. ledna 1919 rozhodlo, že žádost je neaktuální. V dalších měsících se střídavě na ministerstvu vnitra objevovaly žádosti tu z Ostravy, tu zase z Opavy o získání sídla krajského, resp. župního úřadu. Zpočátku vítězila Opava pro kterou byl i zemský prezident Šrámek, v konečné fázi však rozhodly národnostní poměry pro Ostravu (NA, fond MV 1918 - 1924, karton 103, sign. 3/17/2. Dále k tomu: *V zápase o sídlo úřadu*, Slezský venkov z 19. srpna 1919, atd.).

Budějovicích. Vládní návrh však v této podobě zdaleka neprošel. Pro župu chrudimskou, tzv. Udržalovu, byly jako sídlo navrhovány Pardubice. Výsledkem hlasování však byla jejich „drtivá porážka ve prospěch Chrudimi. Ministr vnitra nato žádal revokaci a hlasování bylo odloženo. V jičínské župě vláda navrhovala jako sídlo župního úřadu Mladou Boleslav, pro niž aktivně agitoval tamní rodák A. Meissner. I když deputace mladoboleslavských občanů horlivě zpracovávala členy ústavního výboru, zvolen byl nakonec Jičín. Pro lounskou župu byl podle mínění vlády nejvhodnější jako sídlo úřadu Most. Ten však byl ústavním výborem zamítnut, přičemž hlasování mezi dalšími dvěma kandidáty Louny a Slaným dopadlo v této fázi zatím nerozhodné. V případě českobudějovické župy byl veden spor o to, zda k ní mají být připojeny i města Tábor a Milevsko. Návrh však byl zamítnut, a tak zůstala v původně navrhované podobě. U slovenských žup bylo stanoveno, že jejich počet bude šest, spor se vedl pouze ohledně Turčianského sv. Martina.⁵⁶

Dne 25. února 1920 to již vřelo i v samotném ústavním výboru. „na chodbách Národního shromáždění to dnes vypadá, jako když v domě hoří“ psaly Lidové noviny. „Byly tu deputace měst, které mezi sebou sváří o sídla župy. Rovněž deputace v počtu několika set osob – zemští samosprávní úředníci a zřízenci si stěžovali na finanční poškození novou organizací samosprávy“.⁵⁷ Nátlak na členy ústavního výboru od deputací potencionálních župních sídel byl rozhodně nepříjemný. Pro sídlo župy se stávkovalo v té době v Pardubicích a Mladé Boleslavi, v Táboře hrozilo složením funkce obecní zastupitelstvo, několikatisícový protestní tábor se konal v Chrudimi, z Opavy zaslaly tamější kluby českých politických stran otevřený list ministerskému předsedovi V. Tusarovi, vládě a členům Národního shromáždění, v němž protestovali proti tomu, aby sídlem se stala Ostrava atd. Tentýž den rovněž ústavní výbor zvažoval strategické zřetele při volbě župních sídel. Byli k tomu účelu vyslechnuti také generál M. Pellé a podplukovník generálního štábu Kalous.⁵⁸

O den později proběhlo v ústavním výboru další hlasování o sídlech žup a opět došlo ke změně. Místo Znojma byla dána přednost Jihlavě. Ostrava si uhájila své místo oproti Opavě, rozhodující v tomto případě bylo stanovisko generála Pellé, který Ostravu doporučil z vojensko-strategických důvodů. V Čechách pak místo Jičína dostala přednost Mladá Boleslav, místo Chrudimi byly zvoleny Pardubice. Vše se to dělo za dalšího soustředěného nátlaku

⁵⁶ AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru z 21. února 1920; *Župy na Moravě*, Lidové noviny z 22. února 1920; *Ústavní předlohy hotovy*, Lidové noviny z 23. února 1920.

⁵⁷ *Boj o sídla žup*, Lidové noviny z 25. února 1920.

⁵⁸ AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru z 25. února 1920.

řady někdy značně početných deputací českých a moravských měst.⁵⁹ Jeden z přítomných členů ústavního výboru prof. F. Weyr o tom napsal: „nebylo pro členy ústavního výboru trapnějšího hlasování než v dnešní schůzi, kdy se jednalo o sídlech žup. Města vysílala své zástupce, aby přesvědčili členy ústavního výboru, že sídlo župy nemůže být nikde jinde než v jejich městě“.⁶⁰ Argumentace těchto zástupců řevnicích měst byla protichůdná. Na jedné straně se tvrdilo, že město, které svého soupeře předčí všemi okolnostmi - úřady, školami, vojenskou posádkou, dobrým spojením dráhou atd. si zaslouhuje sídla župního úřadu. Zástupci dalších měst ovšem zase naopak uváděli, že jejich město tyto vymoženosti nemá, a tak právě proto mu patří alespoň sídlo župy. Některá města zašla dokonce až k výhrůžkám, když jejich zástupci začali šířit pověsti o tom, že v případě, když jejich město nebude zvoleno za sídlo župy, okresní hejtmán složí funkci, obyvatelstvo se neúčastní příštích voleb do Národního shromáždění atd.⁶¹

S definitivním rozbořem navrhované právní normy a s konečným rozhodnutím o sídlech župních úřadů seznámil tisk veřejnost až 28. února 1920. Při dalším jednání v plénu Národního shromáždění o osnově župního zákona se již v podstatě nic nezměnilo. Byla přijata varianta tzv. středně velkých žup po vzoru francouzských departmentu. Počet žup byl nakonec ustálen na 21, z toho 9 českých, 5 moravských, 1 těšínská, 6 slovenských. Župními sídly se staly v Čechách města Praha (pro tzv. župu venkovskou), Pardubice, Hradec Králové, Mladá Boleslav, Česká Lípa, Louny, Karlovy Vary, Plzeň a České Budějovice, na Moravě Jihlava, Brno, Olomouc Uherské Hradiště a Moravská Ostrava, ve Slezsku to byl pochopitelně Těšín a na Slovensku Bratislava, Nitra, Turčianský sv. Martin, Zvolen, Liptovský Sv. Mikuláš a Košice. Praha, jako hlavní město republiky, byla z župního zřízení vyňata.

Národním shromážděním byl župní zákon přijat v ranních hodinách 29. února společně s ústavní listinou československého státu, jazykovým zákonem a ústavními zákony o volebním soudu, volebním řádu do poslanecké sněmovny, o složení a pravomoci senátu. Jeho přijetím, jako

⁵⁹ AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru z 26. února 1920.

⁶⁰ **Weyr, F.:** *Sídla žup*, Lidové noviny z 26. února 1920.

⁶¹ Brněnské noviny z 28. února. 1920; *Spory o sídla žup*, Národní listy z 28. února 1920; značné humorně dnes vyznívá protest jičínské deputace, který popsaly Lidové noviny: „Velká smuteční standarta, s kterou přišli, nesla nápis: Protest pokořeného Jičína. Povykovali před sněmovnou, že se zdálo, že bude třeba jednání přerušiti, volali na poslance u okna: Táhněte od okna a pracujte! Platíme na vás! Fúj! Hanba! apod.“ (Lidové noviny z 27. února 1920). Ke sporu mezi městy o župní sídla viz dále Národní listy z 12. září 1919; *Reforma veřejné správy a český jih*, Národní listy z 25. září 1919; *Těšínsko samostatným krajem*, Národní listy z 19. listopadu 1919; Moravské noviny z 20. listopadu 1919; Pražský večerník z 28. února 1919; Reichenberger Zeitung (Liberec) z 27. února 1920; Venkov z 22., 24. a 26. února 1920, atd.

*Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1*

zákona č. 126 Sb., se měla začít jedna z důležitých etap ve vývoje československé státní správy, etapa, která však, jak se v dalších letech ukázalo, nepřinesla očekávaný výsledek.

Contact – email

karel.schelle@schelle.cz

THE RIGHT TO KEEP AND BEAR ARMS IN THE USA - THE SUPREME COURT DECISIONS AND THEORETICAL BACKGROUND

JOHAN SCHWEIGL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

Je právo nosit a držet zbraň přirozeným právem každého jednotlivce či je to výsadou, kterou musí udělit orgán státní moci? Autor tohoto článku se zaměřil na právo držet a nosit zbraň v USA, které je garantováno druhým dodatkem americké Ústavy. V první řadě popisuje způsob, jakým je toto právo chápáno Nejvyšším soudem USA a dále vymezuje některé teoretické přístupy, na nichž je toto právo postaveno.

Key words in original language

Ústava USA; Právo držet a nosit zbraně; Heller v. District of Columbia; John Lock; Otcí zakladatelé.

Abstract

Is the right to keep and bear arms a natural right of every individual or is it a privilege to be granted by government? This article is focused on the right to keep and bear arms, which is guaranteed by the Second Amendment to the American Constitution. Firstly, the author describes the way this right has been understood by the American Supreme Court and, secondly, he outlines some of the theoretical approaches on which this right was based.

Key words

American Constitution; Right to Keep and Bear Arms; Heller v. District of Columbia; John Lock; Founding Fathers.

Samotná podstata práva držet a nosit zbraň - tak jak byla chápána americkými otci zakladateli - v Evropě víceméně neexistuje a pokud se již objeví, tak je velmi často negována mlhavým a neurčitým, leč populárním pojmem "veřejného zájmu", na základě kterého je toto právo limitováno. Co vlastně měli tvůrci americké Ústavy a jejích prvních deseti dodatků na mysli, když považovali za důležité vymezit pravidlo, že "řádně organizovaná milice, jež je nezbytná pro bezpečnost svobodného státu a právo lidí držet a nosit zbraně, nesmí být omezována"? Účelem tohoto krátkého příspěvku není podat vyčerpávající přehled americké judikatury týkající se druhého dodatku americké Ústavy, ani analyzovat rozdíly mezi současnou právní úpravou držení zbraní v České republice a ve Spojených Státech. Naopak, autor se pokusí jen krátce shrnout teoretické základy práva na držení zbraní a při tom jen stručně shrne některá důležitá rozhodnutí amerických soudů, která toto právo formují či deformují. Závěrem se zamyslí nad některými ekonomickými aspekty zákonů regulujících držení zbraní.

V první řadě je nutné uvědomit si, že právo držet a nosit zbraň je v USA definováno na federální úrovni. Tato skutečnost - která se týká celého "Bill of Rights", tedy prvních deseti dodatků americké Ústavy - byla předmětem mnoha soudních sporů a k jejímu řešení docházelo až v souvislosti s vývojem tzv. inkorporační doktríny.¹ Tato řešila především nakolik svobody garantované Ústavou a jejími dodatky vážou moci jednotlivých států. Jak uvedl v první polovině 19. století John Marshall (Barron v. Baltimore - 1833), tak "Ústava dává pravomoci pouze federální vládě (moci) a proto prvních deset dodatků může omezovat pouze ty pravomoci, jež jí byly dány."² S postupem času však docházelo k tomu, že základní svobody garantované v "Bill of Rights" začali být prostřednictvím judikatury soudů (především Nejvyššího soudu USA) chápány tak, že zavazují i moci jednotlivých států. Jeden z prvotních impulzů k tomuto byl dán přijetím 14. dodatku a jeho "due process clause".³ Původně bylo účelem druhého dodatku jen vymezit určitý prostor, do kterého federální moc nesměla zasahovat. Tudíž nesměla narušovat práva občanů organizovat se v milici a nosit zbraně za účelem obrany, např. před možnou tyranií právě ze strany federální moci či za účelem lovu.

Jak uvádí J. Madison ve Federálních listech,⁴ tak na rozdíl od představitelů evropských států se ti američtí neobávají toho, že jejich občané jsou ozbrojeni - a právě toto, považuje za jednu z ohromných výhod, kterou Američané v porovnání s Evropany mají. Tedy z výše uvedeného - a ze samotného textu druhého dodatku, který nevytváří žádné nové, státem zaručené právo, ale jen konstatuje existenci určitého přirozeného práva, do kterého nemá být federální mocí zasahováno lze usoudit, že právo nosit zbraň není a nikdy nebylo chápáno jako "status positivus", tedy něco co má stát zajišťovat pro své občany, popř. povolovat na základě vydání licence, nýbrž jako Jellinekovský "status negativus", tedy sféru, v níž se nemá stát nijak angažovat. V tomto pojetí autor spatřuje největší rozdíl mezi "kontinentálním" přístupem k právu nosit zbraň a tím americkým. Pokud americký ústavodárce vycházel z toho, že se vznikem státu - v tomto případě federace - je třeba vymezit prostor, v němž státní či federální moc

¹ Více na: Kansas City School of Law web : The Incorporation Debate [citováno dne 28. 11. 2009]. Dostupné z: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/incorp.htm>.

² Spaeth, H. J., The Constitution of United States, 13. vydání, New York : HarperCollins Publishers, 1991, s. 105, ISBN: 0-06-467105-4.

³ Schweigl, J. District of Columbia v. Heller - "Završení evoluce" doktrínálních přístupů k interpretaci druhého dodatku americké Ústavy?, In Europeanization of the National Law, the Lisbon Treaty and Some Other Legal Issues. Brno : Masarykova universita. ISBN 978-80-210-4630-6, s. 1139-1151. 2008, Brno.

⁴ Madison, J. in Madison, J. a kol. Federalist Papers, Federalist No. 46, Electronic Version : The Pennsylvania State University, 2001, s. 214. Dostupné z: <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>.

není oprávněna regulovat, tak, z pohledu tohoto konkrétního práva, evropských ústavo- a zákonodárci zaujali naprosto opačnou pozici. Stát tuto svobodu reguluje a následně vydává licence, povolení - vytváří si tak, svým způsobem, určitou formu monopolu.

Američtí "Founding Fathers" byli velmi ovlivněni myšlenkami Johna Locka,⁵ který velmi respektoval soukromé vlastnictví a jeho nabývání odůvodňoval tvrzením, že: "kdo převede věc z jednoho stavu do druhého, získává právo ji vlastnit".⁶ Mimoto definoval i pojem "self-ownership" a tato práva spolu úzce spojoval: "Každý člověk má majetek ve své vlastní osobě. Tedy nikdo nemá žádná jiná práva, než ta k sobě. Práce jeho těla a práce jeho vlastních rukou je, jak můžeme říci, jeho. Cokoli on tedy vyjme z toho stavu, který vytvořila příroda, a co on smísil se svojí prací a přidal k tomu něco ze sebe, se stává jeho majetkem."⁷ Tedy na základě tohoto přístupu bylo právo držet a nosit zbraň - právo bránit svůj majetek - chápáno jako právo přirozené, do něhož neměla státní moc zasahovat (koncepce svobody). Dále Lock tvrdí, že lidé vstupují do společnosti ne proto, aby nějaká nová práva získali, nýbrž s cílem ochránit svůj majetek a "pokud tedy vláda nalomí důvěru, kterou do ní lidložil, pozbývá moci, kterou jí lid svěřil a ta přechází na lid, jenž má právo chopit se své původní svobody".⁸ I k tomuto potřebuje lid prostředky, jak případně tohoto práva využít a "navíc vědomí, že lid se může vzbouřit, je podle Locka nejlepší zábranou proti vládě útlu." ⁹

Zaručuje-li tedy druhý dodatek právo nosit zbraň, je na místě tázat se, o jakou zbraň se jedná a kdo toto právo má. Na tyto a podobné otázky odpovídala s postupem času judikatura amerických soudů (především Nejvyšší soud). Např. v případě *United States v. Miller* (1939) bylo stanoveno, že puška s upilovanou hlavní (sawed off gun) není typem zbraně, který používá milice, a tak se na ni druhý dodatek nevztahuje. Případ *Lewis v. United States* (1980) zase řeší otázku, jak omezit právo vlastnit zbraň pachatelům trestných činů: "Tento soud již opakovaně projevil názor, že moc zákonodárná může v souladu s Ústavou zakázat pachatelům trestných činů vykonávat i činnosti, které jsou mnohem více fundamentálního rázu, než právo nosit zbraň."

⁵ Především pak Thomas Jefferson. Více: Leiser, B. M. Thomas Jefferson. In: Velké postavy západního myšlení. Praha : Prostor, 2. vydání. 2008, str. 364 an. ISBN: 80-7260-002-8.

⁶ Ibid. Burton, M. L. John Lock. Str. 275 an.

⁷ Lock, J. In. Rothbard, M. N. The Ethics of Liberty. 2. vydání, New York : New York University Press, 1998, s. 22. Dostupné i v elektronické podobě: <http://mises.org/rothbard/ethics.pdf>.

⁸ Opt. Cit. Burton, M. L. str. 276.

⁹ Ibid.

Mezi klíčové rozhodnutí patří ovšem až nedávný případ *District of Columbia v. Heller* (2008), ve kterém, v zásadě, Nejvyšší soud řešil otázku, zdali se právo nosit a držet zbraň vztahuje na "všechny" jednotlivce či pouze na ty, kteří jsou členy organizované milice a NS poprvé ve své historii vyřkl, že ve "federálních enklávách" (nezmínil jednotlivé státy), má jednotlivec toto právo bez ohledu na to, zdali je či není členem milice. Za zmínku určitě stojí i právě probíhající případ *McDonald v. Chicago*, ve kterém jedná o to, zdali je úprava držení ručních zbraní v Chicagu v souladu s Ústavou.

Ať se již týká o regulaci čehokoliv, je důležité mít vždy na paměti základní cíl takové regulace a její účel - a toto se vztahuje jak ke stanovování mezí základních lidských svobod (svobody užívat střelnou zbraň), tak i podmínek, na základě kterých může být vystavena licence k užívání zbraně. Obecně se regulace zdůvodňuje tím, že zbraně se "mohou dostat do špatných rukou"¹⁰ a proto je ve "veřejném zájmu" jejich držení regulovat. Přesto, že "veřejném zájmu" dochází k regulaci mnoha aspektů našich životů, autor se domnívá, že málokdo si položil otázku, co vlastně tím "veřejným zájmem" ve skutečnosti je. Jak se měří? Kdo ho určuje a definuje? Není to náhodou pojem nebezpečný, který, protože může být velmi jednoduše aplikován na v podstatě jakoukoliv situaci, tak velmi často - ač pod jinými názvy - sloužil jako zástěrka k páchání zločinů, byť třeba i ve jménu práva? A neměla by mu z tohoto důvodu být věnována mnohem větší pozornost?

I kdybychom akceptovali, že přísná regulace držení zbraní je ve "veřejném zájmu", tak nesmíme zapomínat na existenci substitutů, ke kterým se vždy poptávající obrátí, pokud je mu - ať již z ekonomických, právních či jiných důvodů - odepřena možnost pořídit si určitý produkt. Osoby poptávající po zbraních lze rozdělit do několika skupin. Na ty, co zbraň chtějí ke sportovním účelům, k vlastní obraně, k obraně jiných (pracovní nástroj), na ty co ji chtějí k páchání trestné činnosti, a zcela jistě i další. U každé z těchto osob zákonitě existuje určitý zájem (potřeba), kterého může být dosaženo právě za použití poptávané zbraně. Zde se může jednat o zážitek ze střelby (sportovci), pocit jistoty a bezpečí (ti, co mají zbraň k vlastní obraně), možnost výkonu určité práce (pracovníci bezpečnostních agentur), páchání trestné činnosti (pachatelé), atd. Jsou-li tedy kladeny překážky tomu, aby si osoby náležící do těchto skupin pořídili zbraň legálním způsobem, pak si ti, u kterých pro ně pozitivní aspekt držení zbraní převáží nad zákonnými překážkami, pořídí zbraň stejně - ale nelegálním způsobem. Které osoby, z těch výše uvedených, takto nejčastěji učiní? A jaké nevýhody to přinese těm, kteří tak neučiní?

¹⁰ Bilefsky, D. Herald Tribune web : EU legislators push tougher gun controls [citováno dne 14. 4. 2008]. Dostupné z: <http://www.iht.com/articles/2007/11/29/europe/union.php>.

Mějme stále na paměti výše uvedené skupiny poptávajících a vraťme se zpět k otázce existence substitutů. Sportovci mohou začít střílet z jiných (povolených či lépe dostupných zbraní), lidé vyžadující zbraň na obranu začnou hledat jiné - dostupnější, stejně jako tomu bude i u těch, kteří ochranu poskytují v rámci své podnikatelské činnosti. S hledáním substitutů tomu nebude jinak ani u těch, kteří se snaží získat zbraň pro páchaní trestné činnosti. "Pokud jsou střelné zbraně zakázány, tak není důvod očekávat, že zarytí pachatelé trestných činů začnou věnovat pozornost právu. Tito pachatelé budou vždy schopni pořídit si zbraň; budou to nevinné oběti, kdo bude trpět..."¹¹

Ovšem zamysleme se nad skupinou pachatelů hromadných střelb v amerických školách - osob, které střílejí jen z toho důvodu, aby zabili co nejvíce lidí. Každá taková nešťastná událost vyvolá vlnu diskuzí o tom, jak, kdyby střelné zbraně nebyly tak lehce dostupné, tak by k něčemu podobnému nedocházelo, a proto je třeba jejich držení přísněji regulovat. S. A. Kjar se ve své článku "Why Economists Tend to Oppose Gun Control Laws"¹² zamýšlí nad tím, jaký substitut by mohl být těmito pachateli zvolen, pokud by byli omezeni v přístupu ke střelným zbraním: "Mnoho lidí tvrdí, že pokud by střelec neměl pistole a náboje, tak by nebyl schopen zastřelit všechny tyto lidi. Toto je jistě pravda. Ale z tohoto, dále vyvozují, že pokud by neměl pistole a náboje, tak by nebyl schopen zabít všechny tyto lidi. Ale toto je kompletně jiná otázka." Jako nejpravděpodobnější variantu substitutu označuje výrobu trhavin, která, pokud má pachatel v úmyslu zabít co nejvíce lidí, mu k tomuto účelu může posloužit ještě lépe než střelná zbraň.

Co se efektivity a účelu zákonů limitujících právo držet zbraň týče, je nutno mít stále na paměti existenci substitutů, a uvědomovat si, že ne každá regulace přináší takové výsledky, které jsou od ní očekávány. Např. profesor historie J. L. Malcom uvádí, že v Anglii po staletí klesala míra násilné trestné činnosti a paradoxně se začala navyšovat až po té, co byly přijaty přísnější zákony regulující držení zbraní.¹³ K tomuto podobně i Rothbard: "Z dalekosáhlé studie provedené na University of Wisconsin na podzim 1975 jasně vyplývá, že zákony regulující držení zbraní nemají ani individuální ani kolektivní efekt na snižování míry násilné trestné činnosti."¹⁴

¹¹ Rothbard, M.: *For a New Liberty*, New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 2002, s. 115, ISBN 0-02-074690-3.

¹² Dostupné zde: Mises.org web: <http://mises.org/story/2562>.

¹³ Ostrowski, J. Mises.org web: *The Why of Gun Ownership*. [citováno 28. 11. 2009]. Dostupné z: <http://mises.org/daily/1111>.

¹⁴ Rothbard, M. N. *Opt. Cit. For a New Liberty*, s. 117.

Závěrem autor připomíná základní skutečnost spojenou s úpravou držení zbraní v USA. Právo držet zbraň je tam koncipováno jako "status negativus", tedy sféra jednotlivce, do níž nemá být federální mocí zasahováno, na rozdíl o úpravy většiny ostatních států, kde je toto koncipováno jako státem přiznaná výsada. Ze samotného znění druhého dodatku lze vyvodit, že právo držet zbraň je přirozeným právem a státní (v tomto případě federální) moc se musí zdržet jakýchkoliv zásahů do něj. Obecně vzato, zákony regulující držení zbraní jsou stejné jako jiné zákony regulující společenské vztahy a pokud již má docházet k regulaci držení zbraní, tak je třeba brát v úvahu i ekonomické aspekty, které sebou takové zákony přinášejí, obzvláště existenci substitutů, k nimž se poptávající mohou obrátit v případech, kdy získat střelnou zbraň by již pro ně nebylo efektivní, resp. kdy by náklady převážili užitek. Vhodné je také uvažovat nad tím, na kolik je třeba určité společenské vztahy regulovat, a pokud je tak již činěno, tak nakolik se tak může dít ve jménu tak obecného, mlhavého a lehce zneužitelného pojmu, jakým je tzv. "veřejný zájem".

"Američané mají to právo a výhodu, že mohou držet zbraně - na rozdíl od občanů jiných zemí, jejichž vlády nedůvěřují občanům se zbraněmi". James Madison - The Federalist Papers

Literature:

- Spaeth, H. J., The Constitution of United States, 13. vydání, New York : HarperCollins Publishers, 1991, ISBN: 0-06-467105-4
- Schweigl, J. District of Columbia v. Heller - "Završení evoluce" doktrínálních přístupů k interpretaci druhého dodatku americké Ústavy?, In Europeanization of the National Law, the Lisbon Treaty and Some Other Legal Issues. Brno : Masarykova universita. ISBN 978-80-210-4630-6, s. 1139-1151. 2008, Brno.
- Madison, J. a kol. Federalist Papers, Federalist No. 46, Electronic Version: The Pennsylvania State University, 2001. Dostupné z: <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>.
- Leiser, B.M. a kol.: Thomas Jefferson. In: Velké postavy západního myšlení. Praha : Prostor, 2. vydání. 2008, str. 364 an. ISBN: 80-7260-002-8.
- Rothbard, M. N. The Ethics of Liberty. 2. vydání, New York : New York University Press, 1998. Dostupné i v elektronické podobě: <http://mises.org/rothbard/ethics.pdf>

- Bilefsky, D. Herald Tribune web : EU legislators push tougher gun controls [citováno dne 14. 4. 2008]. Dostupné z: <http://www.iht.com/articles/2007/11/29/europe/union.php>.
- Rothbard, M.: For a New Liberty, New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 2002, ISBN 0-02-074690-3.
- Ostrowski, J. Mises.org web: The Why of Gun Ownership. [citováno 28. 11. 2009]. Dostupné z: <http://mises.org/daily/1111>.

Contact – email

johan.schweigl@seznam.cz

TVORBA NOVÉHO ČESKOSLOVENSKÉHO RODINNÉHO PRÁVA V OBDOBÍ TZV. PRÁVNICKEJ DVOJROČNICE 1948 - 1950

IVANA ŠOŠKOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici

Abstrakt

Príspevok sa zameriava na podmienky prípravy a prijatia Zákona č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve ako prvého výsledku tzv. právnickej dvojročnice v ČSR. Vzorom a príkladom pre organizáciu a postupy pri legislatívnych prácach boli skúsenosti Sovietskeho zväzu, zo sovietskej právnej vedy boli preberané i základné zásady tvorby nového práva. Autorka okrem ozrejmienia legislatívnych postupov pri tvorbe nového rodinnoprávneho kódexu prináša na podklade archívnych výskumov i pohľad do zákulisia kreovania a precizovania konkrétnych noriem súvisiacich so zavedením obligatórneho občianskeho sobáša.

Kľúčové slová

Rodinné právo; Ľudová demokracia; ČSR; Ústava 9. mája 1948; Právnická dvojročnica; Legislatívne práce; Kodifikácia práva; Unifikácia práva; Zákon č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve; Manželstvo; Uzavretie manželstva; Sobáš občiansky; Sobáš cirkevný.

Abstract

The article is aimed at the circumstances of the preparation and adoption of the Act No. 265/1949 Coll. on family law as the first result of so called legal "two-year" period 1948-1950 in the Czechoslovak Republic. As a standard sample for organization and progress of legal work were used the Soviet Union experiences; the basic principles for creation of the new law were taken from the Soviet legal science as well. Author in addition to explaining the legislative procedures by creating the new code of family law brings also archivelly founded "back-view" over forming and adjusting some concrete rules associated with obligatory civil marriage.

Key words

Family law; People`s democracy; Czechoslovak republic; The Constitution of 9th May 1948; Legal "two-year" period of 1948-1950; Legislative works; Codification of law; Unification of law; Act No 265/1949 Coll. on family law; Matrimony; The act of marriage.

1. PODMIENKY PRÍPRAVY A PRIJATIA ZÁKONA O RODINNOM PRÁVE Č. 265/1949 SB.

Príprava nového rodinného práva bola súčasťou markantných zmien právneho poriadku, naštartovaných tzv. právnickou dvojročnicou, vyhlásenou v roku 1948. Bol to jasný dôsledok prevratných zmien, ku

ktorým došlo v hospodárskom aj politickom zriadení československého štátu najmä po „februárovej revolúcii“. Ľudová demokracia mala predstavovať vývojové obdobie postupnej cesty k socializmu. Ústava z 9.mája 1948 určila hlavné zásady nového spoločenského štátneho poriadku a sformulovala hospodárske a politické základy štátneho zriadenia i zásady demokratických reforiem vo všetkých odboroch štátneho, politického i kultúrneho života. Tým sa prirodzene zmenil i pomer ľudovodemokratického štátu k rodine a jej miestu v spoločenskom poriadku, ktorý sa mal nanovo „prebudovať“, zmeny nastali i v samotných osobných vzťahoch ľudí.

Stále platné manželské či rodinné právo pochádzalo ešte z obdobia, ktoré bolo teraz kritizované pre uprednostňovanie súkromnovlastníckych vzťahov, triednu nerovnosť i nerovnosť pohlaví. Toto právo akoby fixovalo rodinné vzťahy, v ktorých sa odrážali vplyvy už prežitých či prekonaných predstáv a rodinnoprávnych inštitútov. Boli to normy, ktoré už novodobým pomerom nevyhovovali. Domnievam sa, že ani práce na reforme rodinného resp. občianskeho práva za prvej republiky, pokiaľ by nejakú novelizáciu priniesli (a ako vieme, nepriniesli), by už v danej situácii nemali svoj efekt. Všeobecne sa uznávala potreba nahradiť tieto prežité zákony novými kódexami, ktoré by zodpovedali prenikavým zmenám v hospodárskom i politickom zriadení ľudovo demokratického štátu.¹ V duchu marxistickej právovedy, ktorá sa stala ideologickým základom budovania nového štátu a práva, štát smerujúci k „prekonaniu antagonistických tried a odstráneniu vykorisťovania človeka človekom“ nemohol opomenúť oblasť pomerov týkajúcich sa manželstva a rodiny.² „Je nasnadě, že bez očistění rodinných vztahů od všech těchto nepříznivých vlivů, bez uzákonění zásad, na nichž lze budovat nový řád pro mnoho milionů lidí, nebylo by možno jíti k socialismu.“³

Základné zásady týkajúce sa i práva rodinného priniesla Ústava 9. mája. V § 1 bola zakotvená rovnosť občanov pred zákonom (ods. 1) a rovnaké postavenie mužov a žien v rodine i v spoločnosti (ods. 2). § 10 zabezpečoval manželstvu, rodine a materstvu osobitnú ochranu štátom (ods. 1), v § 11 ods.1 bola deťom zaručená zvláštna starostlivosť a ochrana zo strany štátu, v zmysle ods.2 pôvod dieťaťa nesmel byť jeho právom na újmu. Po zabezpečení najvyššej ústavnej ochrany manželstva a rodiny bolo možné následne prikrčiť k prácam na novej ucelenej rodinnoprávnej úprave. V zmysle uznesenia vlády zo dňa 7.júla 1948 mal minister spravodlivosti A. Čepička podľa možnosti do 1. septembra 1950 predložiť osnovy zákonov, ktorými malo byť materiálne i formálne právo z odboru pôsobnosti

¹ Neuman, Alois: Nový právní řád v lidové demokracii. (II. doplnené vydanie), Orbis, Praha 1952. str. 85.

² Blažke, Jaromír: Ideové základy nového rodinného práva. Právník, 1950. str. 8.

³ Tamtiež.

ministerstva spravodlivosti nanovo a jednotne kodifikované pre celé štátne územie, a to spôsobom zodpovedajúcim vtedajším sociálnym a hospodárskym pomerom. Týmto počínom boli v rámci zahájenej právnickej dvojročnice začaté i práce na novom rodinnom práve.

Je potrebné zdôrazniť, že vzorom a príkladom pre organizáciu a postupy pri legislatívnych prácach vo všeobecnosti mali byť skúsenosti Sovietskeho zväzu. Zo sovietskej právnej vedy boli prevzaté i základné zásady prác: zásada plánovania (všetky rezorty postupovali podľa čiastkových plánov), zásada širokej účasti ľudu na zákonodarných prácach, ktorá mala byť znakom najvyššej demokracie, s akou ľudovodemokratický štát pristupoval k budovaniu nového právneho poriadku, a napokon zásada kolektívnej práce, ktorá mala nahradiť neosvedčenú individuálnu prácu referentov.⁴

Už v marci 1948 bol ministrom spravodlivosti A. Čepičkom na Sekretariáte Právnickej komisie schválený rámcový plán k prebudovaniu základných častí právneho poriadku ČSR v priebehu 2 rokov (vypracovaný prof. Dr. Turečkom).⁵ Tento obsahoval Smernice pre prípravu nového právneho poriadku, ktoré mali „býti jednoduchou a pevnou základnou pro kodifikační práce.“ Smernice sa rozdeľovali na obsahové a organizačné.

Obsahové smernice určovali, že zákonodarné práce budú vychádzať zo zásad novej ústavnej listiny, že nový právny poriadok má byť „opravdu ľudový – právo bude sloužiti lidu“⁶, zákony budú vyhovovať životným záujmom pracujúceho ľudu, teda budú vykazovať tendenciu socializačnú. Nový právny poriadok mal v zmysle týchto smerníc radikálne odstrániť všetky prežitky ohľadne právnych inštitútov, zbytočný formalizmus a byrokratizmus.⁷ Pri jeho kreovaní sa malo prihliadať i na cudzie právne poriadky, menovite na právne poriadky ľudových demokracií slovanských – nemal však byť púhou recepciou cudzích zákonov. Z hľadiska formálneho mali mať nové zákony zrozumiteľný, jednoduchý a jazykovo správny text.

⁴ Tamtiež, str. 9 – 11.

⁵ Schválený rámcový plán, vypracovaný prof. Dr. Turečkom, k přebudování základních částí našeho právního řádu v průběhu 2 let – odsouhlasen ministrem spravedlnosti Dr. Čepičkou, Praha 23.3.1948. Sekretariát Právnické komise. Situační zprávy právnické komise při ÚV KSČ z období 1945-1951. SÚA Praha, Archiv ÚV KSČ, fond č. 100/1 Generální sekretariát ÚV KSČ, sv. 70, arch. j.: 545 (Generální sekretariát ÚV KSČ 1945-51 – Situace a legislativní práce na úseku práva).

⁶ Tamtiež.

⁷ „Nový právní řád bude životný a hospodárny; je proto třeba radikálně odstraniti přežilé právní instituce, veškerý zbytečný formalismus a byrokratizmus. Avšak, co se v životě osvědčilo a odpovídá požadavkům dneška, bude v novém právním řádu zachováno. Nový právní řád nebude pouhou revizí dosavadních zákonů. Bude životný i z toho hlediska, že se při něm přihlédne i k cizím právním řádům, jmenovitě k právním řádům lidových demokracií slovanských. Nový právní řád však nebude pouhou recepcí cizích zákonů.“ Tamtiež.

Po uskutočnení dvojročnice nemal v justícii existovať zákon, ktorého úradný text by bol ešte nemecký alebo maďarský. Celkovo mali kodifikácie právny poriadok na území ČSR unifikovať v zmysle jednotného štátu dvoch rovnoprávných národov Čechov a Slovákov. Pokiaľ išlo o organizačné smernice, tie ukladali ministerstvu spravodlivosti, aby zriadilo sekciu pre nový právny poriadok a vedecký zbor pre nový právny poriadok.

Pre prebudovanie základných častí právneho poriadku ľudovodemokratickej ČSR, ktoré sa malo uskutočniť behom krátkeho dvojročného obdobia, bol na Ministerstve spravodlivosti vytvorený Odbor pre urýchlenú kodifikáciu práva. V rámci neho potom boli zriadené zvláštne kodifikačné komisie, ako viacčlenné kolektívy, kde okrem právnikov mali svoje podstatné zastúpenie i neprávnicki, najmä zástupcovia celonárodných organizácií, robotníci priamo z podnikov, verejní funkcionári, poslanci a podobne. Tieto komisie vykonávali čiastkové pracovné úlohy spoločne s príslušnými odbornými oddeleniami kodifikačného odboru ministerstva, prípadne vytvárali ďalšie subkomisie, ktoré za prizvania ďalších expertov danú látku podrobne a dialektickou metódou spracovávali.⁸ Na študijných oddeleniach sa za pomoci externých prekladateľov zabezpečovali odborné preklady právnickej literatúry, učebníc či zákonov, prevažne z prác sovietskych autorov a autorov z krajín ľudovej demokracie. Kodifikačná komisia občianskoprávna vytvorila spolu 10 subkomisií a ich elaboráty boli spoločne podkladom pre konečnú redakciu kodifikačných osnov.

Práce na novom rodinnom práve sa sústredili v Subkomisii pre právo rodinné, vytvorenej pri kodifikačnej komisii občiansko-právnej. V tejto subkomisii pracovali vedľa právnikov aj zástupcovia masových a záujmových organizácií, ako boli Revolučné odborové hnutie, Jednotný svaz českých zemédlcov, Československý zväz žien (predtým Rada žien), Československý zväz mládeže, zástupcovia z radov robotníkov a robotníčiek a zástupcovia ľudu.⁹ Tým bol zákon skutočne „ľudovým“ výtvorom. Úlohou jeho tvorcov bolo vychádzať zo starostlivého rozboru súčasného života tak, aby zákon zodpovedal nielen hospodárskym a spoločenským pomerom tohto vývojového obdobia cesty k socializmu, ale „aby na rozdiel od právnych predpisov doby kapitalistickej, ktoré mali charakter noriem konzervačných, bol hnacou silou úsilia o dosiahnutie socializmu“¹⁰.

⁸ Neuman, Alois: Nový právní řád v lidové demokracii. (II. doplnené vydanie), Orbis, Praha 1952. str. 86.

⁹ Patschová, Z.: Ideové zásady nového čs. rodinného práva. Článek pro Biuletin Československého práva. Zdroj: Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnická komise ÚV KSČ 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddělení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkám rodinného a manželského práva, arch.j.265, list č.5.

¹⁰ Tamtiež.

Skúsenosti ZSSR neslúžili teda len ako vzor pre priebeh a organizáciu legislatívnych prác na novom právnom poriadku, ale, ako priamo vyplývalo i zo spomenutej Smernice Právnickej komisie, sovietske právo spolu s právom ostatných najmä slovanských ľudovodemokratických štátov boli východiskom a vzorom tiež pre obsahovú stránku novovznikajúcich noriem. Aby sa negovalo minulostné vnímanie rodinných vzťahov ako vzťahov založených na majetkovoprávnom podklade, bola podľa vzoru ZSSR úprava rodinných vzťahov vyčlenená do osobitného zákona. Zákomom č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve sa tak rodinné právo stalo samostatným odvetvím práva.¹¹ Navyše, i skutočnosť, že zákon o rodinnom práve bol prvým kódexom prijatým v ľudovodemokratickom Československu v rámci právnickej dvojročnice vôbec, symbolicky zodpovedala vydarenej snahe nasledovať sovietsky vzor, keďže i tam úplne prvým kódexom zákonov po roku 1917 bol Kódex zákonov o aktoch občianskeho stavu, práve manželskom, rodinnom a poručenskom z roku 1918.¹² Zvláštnosťou zákona o rodinnom práve bolo, že bol vypracovaný ako spoločný návrh s Poľskom¹³ v zime a na jar r.1949, keď na základe zmluvy o právnej pomoci s Poľskom bola zriadená zmiešaná československo-poľská komisia, ktorej úlohou bola spoločná právna úprava pomerov, ktoré sa vyskytovali v ľudových demokraciách na ich prechode od kapitalizmu k socializmu.¹⁴ Československý zákon o rodinnom práve sa tak až na niekoľko odchýliek zhodoval s poľským zákonom o rodinnom práve, účinným v Poľsku od 1. septembra 1950.¹⁵

¹¹ „... netvoří již součást práva občanského, jak je tomu v kapitalistických státech, kde právní úprava rodinných vztahů se řídí soukromovlastnickými zájmy buržoasie, nýbrž tvoří zvláštní oblast, v níž je zdůrazněna nová funkce rodinných vztahů, oproštěných od majetkovoprávních zájmů a sloužících výstavbě socialistické společnosti.“. Tamtiež.

¹² „A dnes v Sovětském svěze platný Kódex zákonov o manželstve, rodine a opatrovnictve přijatý na 3. schůzce XII. Zasedání Ústředního všeruského výkonného výboru z 19. februára 1926 bol všetkým ľudovým demokraciám vzorom k usporiadaniu manželských a rodinných pomerov v období ich cesty k socializmu.“ Patschová, Z.: Rodinné právo. Podmienky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond č.29: Právnická komise ÚV KSČ (1945-1955), archivní jednotka č.265: Studijní materiály k rodinnému a manželskému právu. č.listu: 11.

¹³ „Úprava nových manželských a rodinných poměrů v Československu i v Polsku vypracovala totiž své doby československo-polská Stálá právnická komise ve formě shodného návrhu. Tento návrh sloužil za podklad ke kodifikaci rodinného práva u nás i v Polsku.“ Pertželka, Karel: O rozvodu manželství. Právnik, 1950. str.20.

¹⁴ Patschová, Z.: Ideové zásady nového čs. rodinného práva. Článek pro Biuletin Československého práva. c.d., list č.7.

¹⁵ „Je tedy i tato skutečnost nejlepším svědectvím, že jen ve svazku lidových demokracií, vedených velkým Sovětským svazem, lze uskutečnit ty nejužší formy spolupráce v takové míře, jaká je absolutně nemyslitelná u států kapitalistických.“ Tamtiež, list č.7. na týchto tvrdeniach možno vidieť silné antikapitalistické zmýšľanie autorky a jej hlboké presvedčenie o správnom smerovaní k socializmu pod vedením Sovietskeho zväzu.

Nový z.č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve (ďalej len ZoRP) nadobudol účinnosť od 1. januára 1950. Ako všetky ľudovodemokratické normy upravujúce rodinné právo spočíval na základných zásadách: monogamného manželstva, obligatórneho občianskeho sobáša, dôslednej právnej rovnosti muža a ženy voči sebe ako manželov, i voči deťom ako rodičov (rodičovnská moc nahradila dovtedajšiu moc otcovskú) a napokon na zásade rovnosti manželských a nemanželských detí.

2. UZATVORENIE MANŽELSTVA PODĽA ZÁKONA O RODINNOM PRÁVE Č. 265/1949 SB.

Manželstvo v zmysle §1 ZoRP vznikalo súhlasným prehlásením snúbencov – muža a ženy pred miestnym národným výborom (ďalej len MNV), že spolu vstupujú do manželstva. Ak by toto ich prehlásenie nebolo vykonané pred MNV, manželstvo vôbec nevznikalo (§1 ods.2 ZoRP).

Prehlásenie, že chcú manželstvo uzavrieť, boli snúbenci povinní vykonať jedine pred orgánom štátnej moci, t.j. pred predsedom MNV alebo potom pred funkcionárom alebo zamestnancom tohto ľudového orgánu, ktorého predseda so súhlasom rady takouto funkciou poveril.¹⁶ Išlo tu o zákonom dôsledne prevedenú zásadu obligatórneho občianskeho sobáša. Čo všetko však predchádzalo uzákoneniu takéhoto znenia?

2.1 SOBÁŠ CIRKEVNÝ, ČI SOBÁŠ OBČIANSKY?¹⁷

Problematika civilného sobáša a jeho obligatórnosti alebo fakultatívnosti nebola v období príprav nového ZoRP žiadnou novinkou. Bol to problém, ktorý historicky siahal ešte do čias Rakúska-Uhorska a ktorému sa právna veda nevyhla ani v období prvej ČSR vzhľadom na potrebu unifikácie práva.

Po vzniku prvej ČSR totiž pre územie Čiech a Moravy ostal v platnosti ríšsky zákon č.47/1868, ktorý zavádzal pre príslušníkov všetkých cirkví a náboženských spoločností štátom uznaných občiansky sobáš, avšak len podporne, ako sobáš subsidiárnej povahy. Cirkevný sobáš bol totiž uzákonený povinne, cirkev dokonca dostala pokyn neuskutočňovať sobáše proti pravidlám kanonického práva.¹⁸ Len v prípade, že by duchovný správca odmietol svoju účasť na sobášnom akte z dôvodov neuznávaných štátnym právom, mali snúbenci „podpornú“ možnosť uzatvoriť manželstvo

¹⁶ Komentár k Zákonu o právu rodinném, vydal Právnický ústav Ministerstva spravodlnosti, Orbis – Praha, 1954. str. 29.

¹⁷ „Vedle sňatku církevního, konfesního nebo - jak lid později říkal – vedle sňatku na faře se vyvinul sňatek světský, občanský, civilní – jak se v nejnovějších dobách u nás říkalo – sňatek na radnici.“ Tureček, Josef: Občanský sňatek. Právník, č.2-3/1950. str.72-73.

¹⁸ Kadlecová,M., Schelle,K., Veselá,R., Vlček,E.: Vývoj českého soukromého práva. Eurolex Bohemia s.r.o., Praha 2004. str.115.

pred svetským orgánom štátu, teda civilným spôsobom. Pre osoby, ktoré sa nehlásili k žiadnemu náboženskému vyznaniu, t.j. nepatrili k žiadnej štátom uznanej cirkvi alebo náboženskej spoločnosti, bol od roku 1870 uzákonený sobáš civilný povinne, teda obligatórne.¹⁹

V Uhorsku, a samozrejme po recepcii práva v roku 1918 na území Slovenska bola situácia iná. Zák.čl. XXXI/1894 o manželskom práve uzákoňoval obligatórny občiansky sobáš, čo znamenalo, že priamo z moci zákona sa za uzavretie manželstva nepovažoval žiadny prejav manželského súhlasu, ktorý by bol uskutočnený pred iným, než civilným (svetským) úradníkom príslušným podľa zákona. Túto rôznorodosť právnych úprav ohľadne vstupu do manželstva sa snažila unifikovať tzv. manželská novela – z.č. 320/1919 Sb.z. a n., ktorou sa menili ustanovenia občianskeho práva o obradnostiach zmluvy manželskej, o rozluke a prekážkach manželstva. Napriek pôvodne navrhovanému obligatórnemu občianskemu sobášu, ktorý bol vnímaný ako právna nutnosť pre všetkých občanov bez rozdielu ich náboženského vyznania či bezvyznania, zaviedla nakoniec pre celú ČSR civilný sobáš na výber daný²⁰, to značí fakultatívny s tým, že podľa §12 manželskej novely snúbencom civilne už zosobášeným bolo ponechané na vôľu, či sa chcú taktiež podrobiť obradu cirkevnému. V praxi to potom vyzeralo tak, že snúbenci, ktorí síce uznávali právo štátu na občiansku evidenciu sobášov a na občiansky sobáš, avšak vnútorne sa nechceli rozísť s cirkvou, ktorej boli členmi, volili si zásadne cirkevnú formu uzavretia manželstva. Cirkev totiž žiadala na svojich členoch zachovávanie cirkevnej formy práve pre sviatostné účinky takto uzatvoreného manželstva.

Pri tvorbe nového ľudovodemokratického práva otázka zavedenia obligatórneho občianskeho sobáša v pripravovanom Zákone o rodinnom práve súvisela s viacerými faktormi:

1. Predovšetkým Ústava 9. mája deklarovala rovnosť všetkých občanov pred zákonom (§1) a takisto právo každého vyznávať akúkoľvek náboženskú vieru alebo byť bez vyznania (§16 ods.1). Všetky náboženské vyznania ako aj bezvyznania požívali rovnosť pred zákonom (§16 ods.2) Táto rovnosť občanov pred zákonom bez ohľadu na ich náboženské vyznanie alebo ateizmus musela byť prirodzene premietnutá aj do všetkých platných právnych predpisov. Občiansky sobáš túto zásadu svojou podstatou podporoval.
2. Po ďalšie, manželstvo plnilo predovšetkým spoločenskú funkciu – jemu ako základu rodiny, na ktorej mal stáť zdravý rozvoj národa (§10 ods.2

¹⁹ Bližšie pozri Tureček, Josef: Občianský sňatek. Právnik, č.2-3/1950. str.74.

²⁰ „Lid byl klamán neodpovědnými výroky o tom, že nelze pro vřelé náboženské cítění Slováků uzákoniti povinné občanské oddávky, zatím co od zákona z r.1894 nahoře uvedeného byl na Slovensku povinným občanský sňatek i s civilními matrikami o sňatcích, narozeních a úmrtích.“ Tamtiež, str.74

Ústavy 9. mája), bola zverená obnova spoločnosti. Preto ho štát spolu s rodinou a materstvom považoval za nutné chrániť maximálnou možnou mierou, t.j. ústavne. Uvedená obnova spoločnosti – to bolo to dôležité spoločenské poslanie manželstva a rodiny, to bol ten hlavný dôvod, pre ktorý štát venoval manželstvu a rodine svoju všestrannú pozornosť a považoval ich za inštitúty, ktoré nemohli byť vnímané len ako čisto súkromná vec jednotlivcov.²¹ Manželstvo malo mať predovšetkým funkciu spoločenskú, prestávalo byť súkromnou záležitosťou, malo významné spoločenské poslanie - aby rodina ním založená posilňovala spoločenské zriadenie a najmä zabezpečovala socialistickú výchovu detí.²² „Jestliže manželství přestává být soukromou záležitostí, je třeba, aby si stát od samého jeho vzniku zajistil účast.“²³ Štát v ústave (§10 Ústavy 9.mája) garantoval ochranu manželstva, taktiež rodiny a materstva, preto prirodzene vyžadoval²⁴, aby mal pri samotnom vzniku manželstva zabezpečenú svoju účasť. Takéto vysvetlenie prinášala aj novodobá právna veda, ktorá mala za to, že štát tak uzákoňoval iba to, čo bolo naozaj jeho.²⁵ Tieto výroky jednoznačne dokumentujú snahu vtedajšieho zákonodarcu postaviť existenciu a fungovanie rodiny čo najviac pod kontrolu štátu²⁶, manželstvo, manželské a rodinné právo z neho vyplývajúce dôsledne sekularizovať, zosvetšitiť a čo najviac zlaicizovať.

²¹ „Tato zásada povinného občanského sňatku je samozřejmým důsledkem uspořádání poměrů v lidové demokratické státě, kde manželství a rodina pro své důležité společenské poslání přestává být soukromou věcí jednotlivce a těší se všestranné pozornosti státu.“ Dr. Zdenka Patschová: Rodinné právo. Podmínky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond č.29: Právnická komise ÚV KSČ (1945-1955), archivní jednotka č.265: Studijní materiály k rodinnému a manželskému právu. č.listu: 15.

²² Pozri prejav ministra spravodlivosti A. Čepičku, ktorý predniesol dňa 7.decembra 1949 na 37. schôdzi Národného zhromaždenia RČS pri prejednávaní vládneho návrhu zákona (tisk 378) o práve rodinnom (tisk 382). Zdroj: www.psp.cz – Digitální knihovna/ NS RČS 1948-1954 – stenoprotokoly/ 37. schůze/ středa 7. prosince 1949.

²³ Tamtiež.

²⁴ „Jen přirozeným důsledkem je proto požadavek, aby manželství byla zakládána podle práva státu, který je jedině s to poskytnout účinnou ochranu tomuto společenskému svazku.“ Komentář k Zákonu o právu rodinném, vydal Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis – Praha, 1954. str. 30.

²⁵ „...se marně tážeme, proč se z určitých stran, nám ovšem málo nakloněných, vyčítá zrovna lidové demokracii čs., že zavedla povinný občanský sňatek pro všechny osoby bez rozdílu náboženského nebo bezbožeckého přesvědčení a bez rozdílu příslušnosti občanů k té či oné církvi nebo náboženské společnosti anebo k útvaru osob bezvyznání. Stát toliko uzákonil, což jeho jest.“ Tamtiež, str.75-76.

²⁶ Veselá, R. a kolektív: Rodina a rodinné právo – historie, současnost a perspektivy. Eurolex Bohemia, Praha 2005. str.93.

Pri problematike občianskeho alebo cirkevného sobáša, resp. pri otázke, prečo mal byť občiansky sobáš obligatórny, považujem za dôležité poukázať i na súvislosť s charakterom nového právneho poriadku, ktorý mala ľudová demokracia vytvoriť. Bol nastolený socialistický ideál, ktorý znamenal, že sa malo vytvoriť celkom nové právo, zbavené starých vplyvov, napasované na novú porevolučnú éru. A tak sa to samozrejme dotklo i oblasti rodinného práva, ktoré bolo do prijatia ZoRP silne poznačené historickým vplyvom kanonického práva a v otázke uzatvárania sobášov i vplyvom cirkví a náboženských spoločností vôbec. Toto dobové vnímanie a vážnosť problému možno doložiť i na príklade rozhovoru prezidenta republiky Klementa Gottwalda s členmi vlády o príprave rôznych kódexov práva²⁷ z roku 1949:

Prezident republiky: „Budete mít v nejbližší době mnoho práce na chystaném právním řádu. Tu botu můžeme ušít, říkali právníci, tak, aby noha rostla podle staré boty. A v právu je ještě dosti těch „starých bot“ – římské, církevní právo a vše, co s tím souvisí. Život prošel dvěma světovými válkami a nevím kolika revolucemi a toto zůstávalo. To je nesmysl. Nakonec si život prosadí své.“

V rámci podávania správ prezidentovi o priebehu zjazdu demokratických právnikov spomenul potom dr. Procházka svoje debaty s viacerými zahraničnými delegátmi, mimo iné aj s delegátom britským.²⁸ Na to sa prezident Gottwald úplne nesúvisle s témou rozhovoril o anglickom zvykovom práve, pričom tým chcel poukázať na odlišný zámer práva ľudskej demokracie. Domnievam sa, že – ako bude evidentné z rozhovoru – právo ľudskej demokracie sledovalo cieľ byť právom živým, ktoré nemalo na rozdiel od common law pertifikovať dovtedajší status quo. Nové právo malo byť niečím výnimočným, čo citlivo sklbi staré pomery s novými. Preto bolo želaním vytvoriť ho tak, aby v súlade so životnou a ideovo-morálnou realitou jednak do určitej miery spoločenskej vzťahy odrážalo, ale na druhej strane aby ponechávalo priestor pre prispôsobovanie, formovanie, ak si to prax vyžiada :

Prezident republiky: „Nejsem odborník, ale je známo, že právě Angličané nemají žádné zvláštní právo. Mají tam hlavně zvykové právo. Ústava je také zvyková. Kdyby chtěli prakticky udržovat všechnu formálnost při konglomerátu předpisů z různých dob a příležitostí, vznikl by u nich úplný galimatyáš, vlastně blázeňec. To není náš socialistický ideál! Nechceme, aby

²⁷ Zprávy B. Ečera o průběhu sjezdu Mezinárodní federace demokratických právníků – zápis o přijetí delegace IV. sjezdu čs. právníků u presidenta republiky Klementa Gottwalda v Lánech dne 24.9.1949. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, archivní jednotka č.942, svazek 62, str.61-64. V čele delegácie vystupovali námestník predsedu vlády Zdeněk Fierlinger a minister spravodlivosti Dr. Alexej Čepička.

²⁸ Meno spomínaného delegáta je na originále dokumentu zabielené. Pozn. autorky.

se noha přizpůsobovala botě. Ale ta musí „pasovat“, aby nebyla možnost libovolného výkladu. Konec konců jsme to znali, jak využívali paragrafů proti nám, jak je dovedli vykládat! Teď máme na pořadu rodinný kódex. Ten již tak neroste. Dělal se na tom mnoho a vy to sami víte nejlépe. Bude to souviset s církevními věcmi.“

S. Fierlinger: „Při rodinném kodexu nebude mnoho potíží.“

S. Dr. Čepička: „Církev se bude snažit obrátit to proti nám.“

Prezident republiky: „Mám velké obavy v tomto směru. Mám obavy, že povinný občanský sňatek, zejména na venkově, bude odrazovat od tohoto druhu svatby, poněvadž nebude s tou nutnou parádou: muzikou, varhanami, proslovy, kadidlem, květinami. Jsou na to obce zařízeny?“

S. Fierlinger: „To se udělá.“

Prezident republiky: „To je velmi důležité. ... Já si na to nepotrpím, ale věřte mi, že prostředí, ve kterém se provádí svatební akt, musí být důstojné.“

S. Fierlinger: „To dokazují zkušenosti ze Sovětského svazu. V nejmladších svazových republikách, v Estonsku a j., se konají občanské sňatky s veškerou slavnostností. Uvažuje se o tom, zda by neměly být zavedeny slavnostní obřady i v ostatních částech SSSR.“

Prezident republiky: „Ve větších městech mají již jakési zkušenosti. V Praze to dělají již důstojně.“

S. Čepička: „V okresních národních výborech bude zvláštní síň s příslušným zařízením. Nemusíme se obávat národních výborů, poněvadž mají již od r.1945 větší vážnost a učiní-li ústřední úřad včas potřebné přípravy a bude-li při tom pamatovat i na podrobnosti /hudební doprovod ev. za použití místního rozhlasu a pod./, nebude třeba mít obavy.“

Prezident republiky: „Muselo by se to dělat tak, že by se sňatky soustředili na určitý den a z Prahy by se vysílala slavnostní hudba, která by se reprodukovala místním rozhlasem ve svatební síni.“

S. Čepička: „Dá se to upravit tak, že se dají do obcí vhodné gramofónové desky. Je také třeba, aby v místnosti byli květiny.“

Prezident republiky: „Ministerstvo vnitra to musí vše připravit. Musí dbát o to, aby občanské sňatky měly důstojný rámec. Jinak to může mnoho lidí odradit. Svatebčané by se chodili na národní výbor jen zapsat, ale hlavní obřad by viděli v kostele. Myslíte, že to uděláte již od 1. ledna, že zákon i předpisy o vedení matrik budou již v platnosti?“

S. Čepička: „To nesouvisí. Ministerstvo připravuje osnovu, kterou se bude řešit otázka matrik. Bude to jako doposud. Církev musí hlásit každý sňatek

ONV. Tím získá stát kontrolu. Sňatek neoznámený ONV je z hlediska občanského práva napadatelny.“

Tento prepis záznamu som si dovoľila publikovať takmer celý v časti, kde sa týkal rodinného práva. Je zaujímavý z viacerých hľadísk. Cítiť z neho jasnú orientáciu práva podľa vzoru ZSSR, kde v súlade s ním bolo potrebné nasledovať spomenutý socialistický ideál. Staré právo bolo už prekonané a teraz aj nevyhovujúce myšlienkam ľudovodemokratického štátu. „Staré boty“ – rímske, cirkevné právo a všetko čo s tým súviselo, bolo potrebné raz a navždy odložiť, čakalo sa na úplne nové, na mieru napasované topánky. Domnievam sa však, že každý človek potrebuje určitý čas, aby sa od starej, dobre známej veci odpútal, a s novou vecou sa takpovediac zžil. V rozhovore naznačené obavy prezidenta, že by povinný občiansky sobáš mohol ľudí odrádzať od takéhoto druhu svadby, najmä kvôli chýbajúcej „paráde“, boli len dôkazom toho, že v danom období bol vplyv cirkví resp. náboženských spoločností pri takom dôležitom životnom kroku, akým bolo uzatvorenie manželstva stále veľmi veľký, že náboženský obrad sa vždy robieval s pravdepodobne väčšou slávou, než to dokázali zabezpečiť civilné orgány. Toto všetko si zákonodarcovia uvedomovali. A aby sa im postupne aj v praxi podarilo obligatórny občiansky sobáš efektívne presadiť ako ten dôležitejší, ten „hlavný a podstatný“ oproti obradu náboženskému, museli sa dôkladne zaoberať aj problémom úpravy samotnej obradnej siene a slávnostného, dôstojného procesu oddávania na národných výboroch.

Zmeniť cítenie a najmä myslenie ľudí v tomto smere predstavovalo pre zákonodarcov veľký otáznik. Po dlhodobom zaužívaní fakultatívneho sobáša chcieť odrazu po ľuďoch, aby hlavný alebo lepšie povedané prvoradý obrad nevideli v kostole, ale pred orgánom štátnej správy – to vzhľadom na citlivosť problému vyžadovalo postupovať obozretné. Na druhej strane však postup musel byť dôrazný, pokiaľ išlo o zadefinovanie postavenia a úlohy štátu pri úprave manželstva a vzťahov z neho vznikajúcich. Podarilo sa?

V načrtnutom smere sa diskutabilným stalo ustanovenie ZoRP o náboženských sobášnych obradoch. V pripravovanom návrhu ZoRP, v pôvodnej jeho osnove, riešil otázku, či manželstvo možno alebo nemožno uzatvoriť aj náboženským obradom konkrétne § 7. Vzhľadom na zámer definitívne a jasne zakotviť prvoradý význam občianskeho sobáša, bolo jeho znenie nasledovné: „*Sobášne obrady náboženské sa nedovoľujú pred uzavretím manželstva podľa tohto zákona.*“²⁹ Táto negatívna formulácia však nebola šťastná, nakoľko narazila na § 17 Ústavy, ktorý garantoval voľnosť uskutočňovania náboženských obradov: „*Každý má voľnosť provádět úkony spojené s jakýmkoli náboženským vyznáním nebo bezvyznáním. Výkon tohto práva však nesmí být v neshodě s veřejným*

²⁹ Vládný návrh zákona o práve rodinnom (tisk 378). www.psp.cz – Digitální knihovna/NS RČS 1948-1954 – tisky.

pořádkem ani dobrými mravy. Nedovoluje se zneužívat ho k nenáboženským účelům.“³⁰ Znamenalo to, že v zmysle ústavy mal každý voľnosť robiť úkony spojené s akýmkoľvek náboženským vyznaním. Táto voľnosť vykonávania bola obmedzená len v dvojakom smere, a to:

- a. úkony nesmeli byť v nezhode s verejným poriadkom a dobrými mravmi,
- b. nesmeli sa zneužívať k nenáboženským účelom.

Podľa archívnych materiálov³¹, kde bola v poznámkach priamo z Ministerstva spravodlivosti podaná analýza pôvodného znenia §-u 7 v súvislosti s § 17 Ústavy, stálo vysvetlenie, že „niet pochýb o tom, že sobášne náboženské obrady ani neodporujú dobrým mravom a verejnému poriadku, ani nie sú zneužitím k nenáboženským účelom. Preto ich štát nemôže ani zakázať ani nijak obmedziť.“ Pretože ak by § 7 zakazoval náboženské sobášne obrady pred uzavretím manželstva pred MNV, obmedzoval by voľnosť náboženských úkonov zaručenú ústavou a stával by sa tak protiústavným.

Ministerstvo spravodlivosti považovalo tento § 7 navrhovaného ZoRP za jeden z bodov, ktoré ostávali pred svojim schvaľovaním v Národnom zhromaždení „právne i politicky spornými.“ V spomenutých poznámkach k osnove zákonníka rodinného práva, ktoré išli mimochodom ako informačný materiál priamo k prezidentovi republiky, sa objavil rukou dopísaný dôvetok „... a vyžadujú rozhodnutie predsedníctva ÚV KSČ.“³² Jasný dôkaz toho, že ustanovenia, ktoré boli právne citlivé a mohli mať vážny ideologický dopad, sa predkladali predsedníctvu strany na posúdenie pred ustálením ich definitívnej podoby.

A tak sa po narazení na rozpor s ústavou našiel iný uhol pohľadu: „Avšak nemáme ani politicky záujem na tom, aby boli sobášne náboženské obrady zakázané alebo obmedzené. Náš záujem sa vyčerpáva tým, že cirkevnému sobášu nepriznáme právnu relevanciu. Pre vznik manželstva pred zákonom zavádzame obligatórnu formu civilného sobáša.“ Vzhľadom na takéto poňatie veci sa zmienku o náboženských obradoch teda odporúčalo zmeniť,

³⁰ §17 ods.1 Ústavy Československej republiky, ústavný zákon č. 150/1948 Sb. zo dňa 9. mája 1948. Zdroj: ASPI – stav k 1.3.2002. Obsah a text 150/1948 Sb. – posledný stav textu.

³¹ Poznámky k osnove zákoníku rodinného práva. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, a.j. č.940, sv. 61, str.41.

³² Tamtiež. Text pripomienok je písaný strojopisom, v niektorých častiach zoškrtnutý a podpísaný rukou. Text nie je parafovaný. Z upraveného znenia však vyplýva, že ho niekto osobne predkladal prezidentovi pre jeho informovanosť o pripomienkach k navrhovanému zneniu určitých ustanovení ZoRP, preto sa domnievam, že by text mohol upravovať priamo vtedajší minister spravodlivosti Dr. Alexej Čepička.

a to tak, ako to žiadali najmä predstavitelia Lidové strany³³ – aby bola pojatá hneď do §-u 1, kam vraj dobre logicky zapadala, takže potom by § 1 ZoRP znel takto:

/1/ Manželstvo sa uzatvára súhlasným vyhlásením muža a ženy (snúbencov) pred miestnym národným výborom, že spolu vstupujú do manželstva.

/2/ Snúbenci sa môžu vedľa toho podrobiť aj sobášnym obradom náboženským; ak však nebude vyhlásenie snúbencov urobené pred miestnym národným výborom, manželstvo nevznikne.³⁴

Ak sa teda odporúčalo, aby zmienka o náboženských obradoch bola pojatá hneď do §-u 1 ZoRP, malo to automaticky znamenať, že § 7 sa vo svojom znení z osnovy vylúči? Uspokojovalo by toto nové odporúčané znenie §-u 1 zámer zákonodarcu, že ľud zmení svoje nazeranie a za podstatný, hlavný sobáš bude považovať práve sobáš „na radnici“ a „uvedomelo“, keď bude chcieť uspokojiť aj svoje náboženské potreby podrobí sa až dodatočne obradu náboženskému? Ved' z ods.2 navrhovaného znenia §-u 1 ZoRP podľa môjho názoru nijako nevyplývala povinnosť uzavrieť najprv civilný sobáš pred MNV a až ako druhý v poradí prípadne aj sobáš cirkevný. Nijako sa tu teoreticky nedala vylúčiť možnosť, že by snúbenci najprv išli uzatvoriť sobáš „do kostola“, tam by si splnili svoju náboženskú povinnosť, cirkev by prehlásila ich manželstvo za sviatosť, a potom dodatočne, aby teda aj štát priznal ich zväzku právnu relevanciu, išli by z akejsi nutnosti vykonať tiež obrad občiansky pred MNV. V tejto teoretickej rovine, ktorú odsek 2 priam otvorene pripúšťal, by sa tak nič nemenilo oproti minulosti. Bol tu veľký predpoklad, že snúbenci naďalej budú vidieť hlavný zmysel práve v manželstve uzatvorenom cirkevným spôsobom. A to chcel zákonodarca eliminovať.

Z uvedených dôvodov bol nakoniec § 1 ZoRP zmenený. Vo svojom prvom odseku ostal takmer bezo zmeny, odstránila sa len zátvorka so slovom „snúbencov“, vnímaná ako nadbytočná. Vecne však tomuto odseku nebolo čo vyčítať. V druhom odseku sa pre spornosť odstránila celá prvá veta, takže na ods.1 potom stroho, vecne a jasne nadväzoval ods.2 v znení: „*Ak sa toto vyhlásenie snúbencov neurobí pred miestnym národným výborom, manželstvo nevznikne.*“ Záležitosť jednoznačná, bez možnosti rôzneho výkladu.

Zmienka o náboženských obradoch sa tak z §-u 1 opäť vytratila. Napokon ostalo pri pôvodnom úmysle riešiť túto problematiku samostatným paragrafom, ktorý by jasne stanovil kedy a či vôbec bolo možné náboženské sobášne obrady vykonávať. § 7 opäť našiel svoje miesto v návrhu zákona.

³³ Tiež ide o informáciu dopísanú rukou vľavo na margu hárku vedľa textu.

³⁴ Tamtiež. Poznámky k osnove zákoníku rodinného práva.

Aby sa učinilo zadosť ústavnosti jeho ustanovenia, pôvodné jeho znenie sa škrtlo a nahradilo sa novým znením³⁵: „*Náboženské sobášne obrady sa dovoľujú; smú sa však vykonať až po uzavretí manželstva podľa tohto zákona.*“ A v týchto zneniach boli 7.decembra 1949 definitívne schválené: § 1 ZoRP, ako aj s ním úzko súvisiaci § 7 ZoRP.

Z požiadavky povinného občianskeho sobáša vyplývalo, že manželstvo, ktoré by bolo uzatvorené len podľa obradu náboženského, nebolo vôbec považované za manželstvo. Z hľadiska svetského práva vôbec nevzniklo. Kňaz resp. duchovný, ktorý by vykonal náboženský manželský obrad skôr, ako mu snúbenci predložili sobášny list o uzavretí civilného manželstva pred príslušným MNV sa tak dopúšťal protiprávneho konania, pričom postačovalo konanie z nedbanlivosti.³⁶ Rovnako konanie snúbencov bolo v rozpore s právom - snúbenci tak porušovali jednak svoje základné povinnosti³⁷ občanov k štátu a spoločnosti v zmysle § 30 ods.1 ústavy³⁸, a ďalej tým, že sa obrátili na duchovného, aby s nimi vykonal sobášny obrad prv než budú oddaní, mohli byť podľa okolností prípadu braní na zodpovednosť pre návod alebo pomoc na protiprávny čin. § 7 ZoRP tak po

³⁵ Ústavno-právny výbor prejednal na svojej schôdzi konanej dňa 30.novembra 1949 vládny návrh zákona (tisk 378) o práve rodinnom a uzniesol sa jednomyselne odporučiť Národnému zhromaždeniu jeho prijatie s týmito zmenami: ...§7 sa škrtá a nahradzuje sa novým znením: „...“ Tisk č.382 – Zpráva výboru ústavně-právního k vládnímu návrhu zákona (tisk 378) o právu rodinném. Národní shromáždění republiky Československé 1949, I. volební období, 4. zasedání. Státní ústřední archiv v Praze.

³⁶ So sankcionovaním takéhoto nedovoleného postupu sa počítalo už pri legislatívnych prípravách nového Trestného zákona. Nový kódex trestného práva z.č.86/1950 Sb. Trestný zákon zo dňa 18.7.1950 nakoniec uvedené konanie duchovného kvalifikoval v piatej hlave s názvom Trestné činy proti rodine a mládeži, v §207 ako trestný čin Porušenia zákona o rodinnom práve: „*Kto při výkoně svoje duchovenske činnosti alebo podobnej svoje náboženske funkcie poruší, čo aj z nedbanlivosti, ustanovenia zákona o rodinnom práve, najmä tým, že vykoná náboženské sobášne obrady s osobami, ktoré spolu neuzavreli manželstvo, potresce sa odňatím slobody až na jeden rok.*“ V identickom znení zostala ochrana pred porušovaním zákona o rodinnom práve zakotvená potom aj v novšom Trestnom zákone č.140/1961 Sb. Z nezmeneného komentára k nemu, konkrétne už vtedy k §211 zakotvujúcemu TČ Porušovania zákona o rodinnom práve vyplýva, že duchovný tu bol v takýchto prípadoch posudzovaný ako priamy páchatel, snúbenci, ktorí by ho žiadali o sobášny obrad, hoci neboli zosobášení podľa ZoRP, mohli byť stíhaní pre navádzanie alebo pomoc na uvedený trestný čin. Pozri Trestný zákon – komentár. Osveta, Bratislava, 1964. str. 754.

³⁷ „*Přední povinností každého občana státu je, aby především šetřil zákony. Výkon náboženských obřadů, resp. náboženská víra či vyznání náboženské jsou mu ovšem zaručeny. Povinnosti ke státu jsou však primární a proto také nutno především respektovat státní zřízení.*“ Komentář k Zákonu o právu rodinném, vydal Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis – Praha, 1954. str. 43.

³⁸ §30 Ústavy 9. mája patril medzi ustanovenia ústavy zaradené pod spoločný názov *Základné povinnosti občana k státu a k společnosti*. Znenie ods.1 tohto paragrafu bolo: „*Každý občan je povinný být Československe republice verný, zachovávat ústavu i zákony a každým svojim konáním dbat na záujmy státu.*“

formálnej i obsahovej stránke uzatváral výpočet paragrafov upravujúcich celý proces uzatvárania manželstva, jeho formu a náležitosti, a tvoril tak za nimi všetkými akúsi pomyselnú „bodku“, za ktorou už ohľadne uzatvárania platného manželstva malo byť snúbencom všetko definitívne jasné.

Literatúra:

- Blažke, Jaromír: Ideové základy nového rodinného práva. Právnik, 1950.
- Kadlecová,M., Schelle,K., Veselá,R., Vlček,E.: Vývoj českého soukromého práva. Eurolex Bohemia s.r.o., Praha 2004.
- Komentář k Zákonu o právu rodinném, vydal Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis – Praha, 1954.
- Neuman, Alois: Nový právní řád v lidové demokracii. (II. doplnené vydanie), Orbis, Praha 1952.
- Schválený rámcový plán, vypracovaný prof. Dr. Turečkem, k přebudování základních částí našeho právního řádu v průběhu 2 let – odsouhlasen ministrem spravedlnosti Dr. Čepičkou, Praha 23.3.1948. Sekretariát Právnické komise. Situační zprávy právnické komise při ÚV KSČ z období 1945-1951. SÚA Praha, Archiv ÚV KSČ, fond č. 100/1 Generální sekretariát ÚV KSČ, sv. 70, arch. j.: 545 (Generální sekretariát ÚV KSČ 1945-51 – Situace a legislativní práce na úseku práva).
- Patschová, Z.: Ideové zásady nového čs. rodinného práva. Článek pro Biuletin Československého práva. Zdroj: Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnická komise ÚV KSČ 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddelení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkám rodinného a manželského práva, arch.j.265
- Patschová, Z.: Rodinné právo. Podmínky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond č.29: Právnická komise ÚV KSČ (1945-1955), archivní jednotka č.265: Studijní materiály k rodinnému a manželskému právu.
- Pertželka, Karel: O rozvodu manželství. Právnik, 1950.

- Poznámky k osnově zákoníku rodinného práva. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, a.j. č.940, sv. 61, str.41.
- Prejav ministra spravodlivosti A. Čepičku, ktorý predniesol dňa 7.decembra 1949 na 37. schôdzi Národného zhromaždenia RČS pri prejednávaní vládneho návrhu zákona (tisk 378) o práve rodinnom (tisk 382). Zdroj: www.psp.cz – Digitální knihovna/ NS RČS 1948-1954 – stenoprotokoly/ 37. schůze/ středa 7. prosince 1949.
- Tureček, Josef: Občanský sňatek. Právník, č.2-3/1950.
- Veselá, R. a kolektiv: Rodina a rodinné právo – historie, současnost a perspektivy. Eurolex Bohemia, Praha 2005.
- Zprávy B. Ečera o průběhu sjezdu Mezinárodní federace demokratických právníků – zápis o přijetí delegace IV. sjezdu čs. právníků u presidenta republiky Klementa Gottwalda v Lánech dne 24.9.1949. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, archivní jednotka č.942, svazek 62, str.61-64.

Kontakt – email:

ivana.soskova@umb.sk; ivkasoska@hotmail.com

PRÁVNÍ PRAMENY V POČÁTCÍCH STAROVĚKÉHO ŘÍMA

IVANA STARÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstrakt v rodném jazyce

Práce se zabývá prameny práva v počátcích starověkého Říma. Pozornost je věnována zejména právu zvykovému, podle kterého obyvatelé Říma žili až do 5.století před naším letopočtem. Zvykové právo je velmi silně svázáno s náboženskými normami. S vývojem společnosti se dospívá k názoru, že je nutno zvykové právo kodifikovat, a proto vzniká první psaný pramen práva v podobě Zákona 12 desek.

Klíčová slova v originálním jazyce

Řím; zvykové právo; obyčejové právo; náboženství; bohové; kodifikace; Zákon 12 desek.

Abstract

This thesis deals with the issue of the sources of law in the early stages of the Ancient Rome. Particular attention is paid to the customary law, according to which the citizens of Rome lived until the 5th century BC. There is a very close connection between the customary law and religious norms. As the society developed it was considered necessary to codify the customary law, which led to the creation of the first written source of law, the Law of the Twelve Tables.

Key words

Rome; customary law; common law; religion; gods; codification; The Law of the Twelve Tables.

Příspěvek se zaměřuje na prameny práva v počátcích starověkého Říma. Článek bude rozdělen na dvě části. Nejprve je pozornost zaměřena na nejstarší období římského státu, pro které se vžilo označení doba královská. Druhá část bude věnována období republiky a první kodifikaci zvykového práva.

Řím vznikl zhruba v 8. století př. n. l. a o jeho založení hovoří legenda, podle níž byl Řím založen Romulem v roce 753 př. n. l. V 8. století byla Itálie rozdrobena na řadu obcí, které vždy tvořily svazek. Mezi takovou obec můžeme zařadit i Řím. Tato nevelká obec se nacházela na břehu Tiberu a většina obyvatel se živila zemědělstvím.

V raných dobách říše žilo římské obyvatelstvo v rodovém zřízení. Základní jednotku společnosti tvoří rod neboli gens a v čele stojí stařešina, který řídil usnesení rodových shromáždění.

V 8. století př. n. l. nebyl Řím a jeho právo vázáno psanými prameny práva. Zhruba tři století žili obyvatelé Říma podle zvyklostí a obyčejů, které převzali od svých předků. Nutno říci, že tyto zvyklosti a obyčeje nedosahovaly podoby právních norem. S první kodifikací práva se setkáváme až v 5. století. Do této doby se obyvatelstvo řídilo nepsaným zvykovým právem.

Každý právní systém, ani Řím nebyl výjimkou, se vyvinul z obyčejového práva. Pokud by jsme chtěli stručně charakterizovat zvykové právo, musíme vyjít z definice, že zvykem se rozumí to, co se dodržuje a respektuje.

Zvykové právo starého Říma je velmi úzce propojeno s náboženskými normami. Dá se říci, že náboženství si svůj vliv udržovalo po celé trvání římské říše a každodenně se objevovalo v běžném životě Římanů. Zvyklosti a obyčeje měly tedy s náboženskými představami velmi silné pouto, často byly považovány za vůli bohů nebo za pravidla, která lidem nastolili sami bohové. Platilo pravidlo, že co je správné z pohledu náboženských norem, je dovoleno i z pohledu práva. Nedocházelo tedy k rozlišování fas¹ a ius².

Fas můžeme považovat za předchůdce práva a lze ho chápat jako právo bohů. Většinou se však jednalo o soubor názorů starých Římanů na to, co je spravedlivé. Fas je mnohem starším termínem než ius a můžeme jím označit jakoukoliv normu, která má v sobě něco náboženského.

Ius je označení pro právo, které tvoří již sami lidé bez ohledu na bohy. Toto právo by už nemělo mít vazbu na náboženství, protože právo se nemá shodovat s náboženstvím.

Ius Quiritum neboli národní obyčejové římské právo vycházelo celé z náboženských zákazů a příkazů.

Římané se snažili v době zvykového práva normovat své jednání ve vztahu k přirozeným silám, aby minimalizovali nebezpečí, které jim hrozilo z porušování obyčejových pravidel, které ovšem nebyly přesně dané jako u psaných pramenů práva.

Na život Římanů, kteří se řídili zvykovým právem, měla vliv bohyně Iustitia. Bohyně Iustitia byla obdobou řecké bohyně spravedlnosti Themidy. Řecká bohyně spravedlnosti byla také znázorňována s váhami v ruce a musela být vždy přítomna svému muži, pokud vykonával funkci nejvyššího soudce.

¹ Boží výrok

² Právo

Římané své bohyni kromě vah vložili do rukou i meč. Váhy měly být symbolem rozhodčí činnosti a meč znázorňoval činnost vykonávající spravedlnost. Na Iustitii nebylo hleděno jako na pomocnici nejvyššího boha, ale jí samotné náleželo postavení soudkyně, které byl svěřen výkon božského práva a spravedlnosti. Právě zde se setkáváme s principem *aequitas* neboli spravedlnost, který se spolu s principem dobré víry prolíná celým římským právem. Právě v době zvykového práva neměl být člověk tím, kdo měří své skutky, ale měl být vydán zmiňované bohyni spravedlnosti, které jako jedině příslušel výkon božského práva.

Se zvykovým právem se setkáváme v oblasti soukromého i veřejného práva. Jako příklad pro soukromé právo nám může sloužit římská rodina zvaná *familia*.

V starých časech Říma převažoval náboženský charakter rodiny. V čele sakrální římské rodiny stál *pater familias*, který byl nadán neomezenou pravomocí nad členy své rodiny. On jediný měl postavení osoby *sui iuris*³ a rozhodoval o složení své rodiny, neboť mohl odložit postižené dítě, které by na rodinu mohlo přinést hněv bohů. V rodině měl *pater familias* postavení kněze, které bylo obdobné s postavením pontifika. Sám otec dohlížel na to, zda nejsou porušována pravidla nastolená bohy. Pokud by otec zjistil porušení pravidel, byl povinen vykonat očištění rodiny.

Jak jsem již říkala výše právo, kterým se řídilo obyvatelstvo Říma v počátcích svého vzniku, bylo vytvořeno z pravidel světské povahy (*ius*) a z pravidel, která měla zajistit přízeň bohů prostřednictvím věšteg, rituálů (*fas*). Snad proto bylo přirozené, že funkce výkladu práva se ujali právě pontifikové. Pontifikové byli kněžský sbor, který byl podle tradice založen králem Numa Pompiliusem. Prvním pontifikům král uložil dozor na tím, aby nedocházelo k rušení *ius divinum*⁴. Sbor měl původně tři členy, později pět. Tato hodnota byla v počátku svého vzniku vyhrazena pouze patriciům⁵, ale zákonem *lex Ogulnia*⁶ došlo k omezení jejich svrchovanosti. Členství ve sboru bylo doživotní.

Kněží byli považováni za ochránce práva bohů. Podle docenta Skřejpka byli pontifikové ztělesněním tradičních římských hodnot, byli nositeli nejen tradic náboženství, ale i práva. Právě pontifikům náleželo interpretovat principy *fas* a *ius*.

³ Osoba nepodřízená cizímu právu

⁴ Božské právo

⁵ Privilegovaná vrstva římského obyvatelstva

⁶ Zákon vydaný 300 př.n.l., který umožnil vstup nepriviligované vrstvě obyvatelstva (plebejové) do sborů pontifiků a augurů. Patriciové si svůj monopol udrželi pouze u *feitálů* (vyhlašovali válku).

Pontifikové asistovali při hledání práva, poskytovali rady králi, prétorům a snad právě proto jim byl svěřena interpretace právní normy, na kterou vlastnili monopol. Pontifikové často vydávali responsa neboli posudky, které obsahovaly neblahé znamení.

Pontifikům náležel dohled nad římským kalendářem, který měl právě dopad na právo veřejné. Kněží tímto způsobem zasahovali do politiky a upevňovali tím svoje mocenské postavení, protože vědu ohledně kalendáře pěstovali jako tajnou nauku. Pontifikové měli monopol na rozhodnutí, kdy je možno konat právní jednání. Právní úkony nebylo možno činit v dnech zasvěcených bohům, tyto dny bývaly označovány písmenem N⁷. V těchto dnech bylo zakázáno soudit, pohřbívát a bylo zakázáno činit vše, co by odvádělo pozornost lidí od náboženských úkonů.

Pro veřejné právo měli ještě velký význam augurové⁸. Tento sbor vznikl asi již v době rodové společnosti a za nejstarší vykladače znamení můžeme považovat Romula a Remuse. Původní počet odpovídal počtu tří tribuů, ale s vývojem společnosti jejich počet stoupal. Augurové svoje výklady nejčastěji provozovali na základě letu ptáků, ze kterého zkoumali, zda jsou bohové nakloněni k státnímu aktu. Augurové byli přítomni při každé významné příležitosti a často svými výklady ovlivňovali veřejné právo římské.

Na rozvoj mezinárodního práva v Římě měli značný vliv knežský sbor fetiálů, kteří jako jediní si zachovali složení pouze z privilegované vrstvy římského obyvatelstva. Do pravomoci výše uvedeného kněžského sboru patřilo vyhlášení válečného stavu, uzavírání mezinárodních smluv. Všechny činnosti fetiálů byly svázány množstvím formalit.

Pontifikové jako jediní kněží Říma zasahovali i do oblastí práva soukromého. Svůj vliv uplatňovali ve věcech, které se týkaly římské familie. Byli přítomni při řadě právních úkonů jako bylo uzavření sňatku, adopce a nebo sepsání závěti.

Pontifikové si o svých poznatcích z právní praxe vedli zápisy⁹ a s nadsázkou tedy můžeme říci, že pontifikové byli zakladateli římské právní vědy.

Na závěr je nutno ještě zmínit tresty zvykového práva. Zvykové právo bylo typické svými příkazy a zákazy, které často pocházely od dávných předků. Celé zvykové právo a „trestní právo“, bylo ovlivněno magií a tím i související trest. Nutno říci, že porušení pravidel docházelo k narušení

⁷ Dies nefasti

⁸ Znalci, vykladači znamení, kterým bohové projeví svoji vůli

⁹ Commentarii pontificum

rovnováhy mezi člověkem a bohy. Jenže problém spočíval v tom, že trest nedopadal pouze na pachatele, ale na celou společnost.

Porušení fas mělo různou intenzitu, neboť Římané znali činy odčinitelné¹⁰ a neodčinitelné¹¹. Při neodčinitelných činech měl pachatel trest, který odpovídal činu smrti a mohl být postižen dvojím trestem. Pachatel mohl být zasvěcen i se svým majetkem uraženému bohu a byl ponechán plně jeho hněvu. Pachatel nebyl již nikým chráněn a mohl být beztrestně zabit a byl nucen opustit římskou obec.¹²

Na pachatele mohl být uvalen i trest v podobě přímé spravedlnosti¹³. Zde již pachatel nečekal na hněv bohů a iniciativy se ujal stát, který provinilce ihned usmrtil. Tímto trestem byly postihovány nejtěžší zločiny jako projev bezbožnosti, noční krádež, kde pachatel býval oběšen. Za živa byla pohřbena Vestálka, která porušila slib čistoty. Byla zazděna do kamenné hrobky, neboť stále platila její nedotknutelnost. V době královské se setkáváme i s tresty, které měly pachateli před smrtí způsobit ještě bolest. Často byli zločinci zašíváni do koženého vaku spolu se zvířaty¹⁴ a tento vak byl hozen do vody.

Vliv náboženství na právo se prolíná celou dobou královskou a svoji úlohu sehrálo náboženství i v právu trestním, ale i zde se již setkáváme z poznatky, které jsou typičtější pro dobu pozdější. Zejména mám na mysli rozlišování úmyslu a nedbalosti.

Pokud hovoříme o pramenech práva v počátcích Říma musíme uvést i královské zákony zvané *leges regiae*. Jsou považovány za nejstarší právní normy, které se ovšem nedochovaly v pravém znění. Tyto zákazy a příkazy jsou tvořeny právě samotnými králi. Tyto zákony byly vytvořeny za účelem obyčej doplnit a nebo upřesnit. Sám bájný zakladatel Říma král Romulus vydával zákony.

Jedním z nich vložil moc zastávat úřady, soudit a být kněžími do rukou patriciům a plebejové se měli věnovat hospodářské činnosti. Romulus ovšem ve svém zákoně nestanovil trest za vraždu otce, protože on každou vraždu považoval za otcovraždu.

¹⁰ *Scellus expiabile*. K odčinění postačí provedení náboženského úkonu na usmíření božstva

¹¹ *Scellus inexpiabile*. K očištění pachatele již nebylo možno použít obět, ale pachatel již odpovídal sám za sebe a i svým majetkem.

¹² Latinský termín pro tento trest je *consecratio capitis et bonorum*

¹³ *Deo necari*

¹⁴ Většinou se jednalo o opici, hada nebo kohouta

Král Numa Pompilius také psal zákony a jeho múzou byla nymfa Egerie, která byla jeho rádčyní ve věcech náboženských a právních. Numa Pompilius ustanovil pro římské vdovy dobu smutku 10 měsíců a v této době se nemohly provdat. Pokud by tak učinila, byla jí nařízena oběť v podobě březí krávy.

Neustálé boje mezi patricii a plebeji o výklad norem zvykového práva zapříčinily první kodifikaci zvykového práva v římském právu.

Tímto počinem mělo být omezeno svévolné vykládání práva pontifiky. Pontifikové zvykové právo vykládali na soudě ve prospěch privilegované části obyvatelstva, a proto plebejové usilovali o sepsání norem zvykového práva. Právo před sepsáním Zákona 12 desek mělo podobu zvykového práva, které bylo značně ovlivňováno právě normami náboženskými. V této době byl život Římanů ovlivňován bohy a pravidla chování také byly považovány za vůli bohů.

V roce 462 př. n. l. navrhl tribun lidu Terentius Arsa, aby byla zvolena komise pro sepsání zákonů, jelikož tato komise nebyla ustanovena a plebejové trvali na kodifikaci, byla jimi vyslána komise do Řecka (některé prameny hovoří pouze o Sicílii), kde měl být pořízen opis jejich zákonodárství - Solonovi zákony.

Po návratu komise byla ustanovena komise decemvirů (skupina 10 zákonodárců), kteří měli za úkol sepsat římské zvykové právo a za rok ho předložit ke schválení lidovému shromáždění. Po dobu působení decemvirů byly suspendovány plebejské i patricijské úřady. Po roce bylo sepsáno a přijato 10 tabulí, ale byla ustanovena ještě jedna komise, která měla vytvořit další sepsání zvykového práva, protože přijaté desky neobsahovaly všechny sporné body. Decemvirové byli opět zvoleni na dobu jednoho roku, ti ovšem chtěli nastolit v Římě tyranii, proto byli ze své funkce svrženi. Na návrh nových konzulů došlo k přijetí zbývajících sporných bodů obsažených na deskách a tak vznikla první kodifikace zvykového práva v podobě Zákona 12 desek.

Zákon 12 desek nemůžeme chápat jako sepsání celé zvykového římského práva, ale bylo to sepsání sporného nebo nepřesného práva soukromého a veřejného. Ustanovení byla sepsána v imperativu a měla kauzuistický charakter.

První tři tabule věnovali decemvirové právu procesnímu, čtvrtá tabule se věnuje právu rodinnému, dědické právo je upraveno tabulí pátou, soukromému právu a věcnému právu je vyhrazena tabule šestá a sedmá, další dvě tabule obsahují ustanovení o právu trestním a zbývajících tři desky obsahují správu římského státu a doplňky.

V době kodifikace zvykového práva byl Řím primitivním agrárním státem s málo rozvinutou směnou, rozvinutou řemeslnou výrobou a obchodem. Setkáváme se s tím zejména v oddílu o dědění a právu rodinném, kde je

zachována forma rodu a není zde ještě tato jednotka překonána. Neomezená moc pater familias také zůstala zachována. Otec rodiny vlastnil neomezenou moc nad členy své rodiny, ale i nad svým majetkem. Otec mohl děti prodat do otroctví, trestat a dokonce je mohl i usmrtit.

Zákon proti sobě staví zámožné občany a chudé a také pro ně jsou stanovena různá pravidla. Dlužníci většinou propadají věřiteli, kteří je mohou zabít a nebo prodat do otroctví. O otroctví se Zákon 12 desek výrazněji ve svých ustanovení nezmiňuje, protože v době republiky nebylo otroctví a ani obchod s nimi plně rozvinutý institut.

Pro právo trestní platila formulace nejdůležitějších trestů za úplatnost soudce, vraždu nebo zradu.

Na konci Zákona 12 desek se setkáváme s ustanovením, které omezuje okázalost při pohřbech a také je zde popřena zásada zákona, že kodifikací došlo k odstranění rozdílů mezi vrstvami obyvatelstva. Zákon přísně zakazuje sňatky mezi patricii a plebejci.

Vydáním zákona došlo k odstranění diferenciací mezi obyvatelstvem a právo již nebylo vykládáno pontifiky pouze ve prospěch privilegované vrstvy. Pontifikové ovšem svoji moc po vydání Zákona 12 desek neztratili. Kodifikace práva podmínila pontifiky k činnosti interpretační, protože jak jsem již říkala výše, Zákon 12 desek obsahoval pouze sporná nebo nejasná ustanovení vycházející ze zvykového práva. Jejich povinností bylo vyložení sporných bodů zákona, později dospívají i činnosti, která spočívá ve vytváření nových ustanovení. V této době dochází již k tomu, že pontifikové nevlastní výhradní monopol na výklad právních norem a do jejich činnosti se dostává i laický prvek. Díky interpretaci tvořivé objevovali Římané nové instituty práva.

Ačkoliv se nám právo v počátcích Říma může zdát primitivní a často až bájně založené, musím říci, že nejen díky interpretaci pontifiků objevilo a získalo instituty práva, které daly později vzniknout dokonalému právnímu systému, kterým se nechaly často inspirovat jiné země pro svůj právní řád.

Literatura:

- Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva : Panorama, 1981, 507 s.
- Bělovský, P. : Advokacie a jurisprudence ve starověkém Římě : Karolinum, 2005, 116 s. ,ISBN 80 – 246 – 0975 - 4
- Cvetler, J., Kincl, J. : Obecné dějiny státu a práva – stát a právo v otrokářském Římě : Univerzita Karlova Praha, 1975, 116 s.
- Hošek, R. : Římské náboženství : Státní pedagogické vydavatelství, 1968

*Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1*

- Kincl, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : Římské právo : C.H:BECK, 1995, 386 s., ISBN 80 7179 – 031 – 1
- Skřejpek, M. : Ius et Religio : Vydavatelství 999, 1999, 317 s., ISBN 80 – 901064 – 8 – X
- Skřejpek, M. : Texty ke studiu římského práva : ORAC , 2001, 277 s. ISBN 80 – 86199 – 32- 0

Kontakt – email

ivanastara@post.cz

AUTONOMNÍ NORMOTVORBA STAVOVSKÝCH KORPORACÍ V PŘEDBĚLOHORSKÝCH ČECHÁCH

MAREK STARÝ

FPR ZČU v Plzni

Abstract in original language

Příspěvek se snaží upozornit na speciální oblast normotvorby v předbělohorské době. Vzhledem k partikularitě práva, kdy paralelně působily různé právní normy pro různé skupiny obyvatel státu (v závislosti na jejich společenské příslušnosti), docházelo k tomu, že stavovské korporace mohly v některých případech vydávat vlastní předpisy, závazné pro jejich členy, tj. bylo zde tvořeno jakési autonomní právo. Příspěvek dále analyzuje obsah dvou patrně nejvýznamnějších autonomních předpisů, řádů panského a rytířského stavu z let 1501, resp. 1609.

Key words in original language

Stav; Autonomní právo; Normotvorba; Šlechta; Zemský sněm.

Abstract

This paper tries to call attention to special kind of rule-making in the Czech history in the period before the battle on the White Mountain. It took place in some cases - considering the particularity of law - that estates' corporations could pass special statutes which obligated only their members. So some special autonomous law originated. The paper further analyses the content of two probably most important autonomous enactments of this kind - The Order of the Lords' Estate (1501) and The Order of the Knights' Estate (1609).

Key words

Estate; Autonomous law; Rule-making; Nobility; Land diet.

Sledovat proces tvorby práva ve středověku a raném novověku je úkol, stavící před svého řešitele nejedno úskalí, jež zájemce o právo novodobé překonávat nemusí. Zmínit je možno například jen zvolna odeznívající význam právního obyčeje, s odstupem staletí relativně obtížně identifikovatelného a uchopitelného, nejasnou úlohu precedenčních nálezů některých soudů či nepřehlednost normotvorných aktů, které ještě nebyly jednotně formálně publikovány, nehledě na nevyhnutelně jen částečnou zachovalost právních pramenů, a to formálních i gnozeologických.

Další, neméně významný problém reprezentuje i princip personality práva, jímž bylo objektivní právo této epochy do značné míry charakterizováno. Nešlo přitom ani o vázanost právního řádu na osobu, která je povinna a zároveň i oprávněna se jím řídit bez ohledu na teritorium, v němž se

pohybuje.¹ I s tímto mechanismem se lze v evropských právních dějinách setkat, představa o jeho masovém rozšíření a uznávání ovšem nepůsobí příliš věrohodně. Už s ohledem na praktické obtíže, které by důsledné uplatňování takto pojaté závaznosti práva s sebou přinášelo. Pokud se tedy hovoří o personalitě práva, je zapotřebí mnohem více akcentovat skutečnost, že drtivá většina platných právních norem měla v té době nějakým způsobem omezenou osobní působnost. Namísto jednoho právního řádu tak ve státě fakticky souběžně existovalo několik konkurujících si systémů právních norem, vztahujících se na jednotlivé sociální skupiny obyvatelstva. Důsledkem toho byla i nutnost vytvořit kolizní pravidla pro některé oblasti právních vztahů.²

Dobově proměnlivá byla také legislativní pravomoc panovníka ve vztahu k těmto jednotlivým dílčím právním řádům. Obecně samozřejmě platilo, že panovník vystupoval mimo jiné i v roli zákonodárce, jeho libovůle v oblasti legislativy byla ale postupně omezována nutností souhlasu dalších významných reprezentantů feudální společnosti, kteří v českém prostředí po husitských válkách do značné míry tvorbu práva prostřednictvím normativních aktů stáhli do značné míry na sebe a panovníkovi ponechali pouze právo iniciativy, resp. konečného souhlasu s přijatými právními pravidly.

Cílem tohoto příspěvku je pokusit se identifikovat oblasti autonomní tvorby právních norem, která by byla výhradně v rukou jednotlivých stavovských korporací a která by se vztahovala pouze a výhradně na jejich členy. Časově je příspěvek vymezen léty 1526-1620, tedy nástupem Habsburků na český trůn na jedné a bělohorskou bitvou, která v Čechách výrazně pozměnila uspořádání veřejné moci a panovníkovi přiznala víceméně neomezenou zákonodárnou moc ve vztahu ke všem vrstvám feudální společnosti, na druhé straně.³

Je všeobecně známo, že na rozdíl od ostatních zemí České koruny, konstituovaly se v Čechách po husitských válkách pouze tři privilegované

¹ V tomto duchu definují personalitu např. Václav VANĚČEK, *Dějiny státu a práva v Československu*, Praha 1976, s. 91, či Karel MALÝ a kol., *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*, Praha 1999, s. 81. I oni ale nabízejí i alternativní vnímání tohoto pojmu.

² Patrně nejznámějším příkladem normativního aktu kolizní povahy je tzv. Svatováclavská smlouva z roku 1517. O ní K. MALÝ, *Svatováclavská smlouva. Třídní kompromis mezi šlechtou a městy z roku 1517*. *Acta Universitatis Carolinae. Iuridica*. Vol. II. No. 2, 1956, s. 195-222, nově spíše popularizačně Jindřich FRANCEK, 24.10.1517. *Svatováclavská smlouva. Urození versus Neurození*, Praha 2006.

³ *Obnovené Právo a zřízení zemské dědičného království Českého*, ed. Hermenegild JIREČEK, Praha 1888, s. 16-17, čl. A 8; pro Moravu obdobně *Obnovené zřízení zemské dědičného markhrabství moravského 1628*, ed. H. JIREČEK, Brno 1890, s. 12-13, čl. IV odst. 8.

stavy, panský, rytířský a městský. Stejně tak je známo, že tyto stavy, respektive jejich reprezentanti, se společně podílely na vytváření zemského práva na půdě zemského sněmu. Zemské právo je tu přitom chápáno v širším slova smyslu, tedy jako veškeré právo platné v Čechách, ať už byla jeho osobní působnost jakkoli široká či omezená.⁴

Bohužel, právě zemský sněm je paradoxně orgánem, jemuž doposud nebyla věnována adekvátní pozornost. Na přelomu 19. a 20. století proběhly sice velkoryse pojaté ediční práce, jejichž zásluhou byla zpřístupněna masa výsledků jeho rozhodovací činnosti a souvisejících písemností veřejného i soukromého charakteru,⁵ na ně ale navázala pouze jediná monografie zaměřená na období vlády Ferdinanda I., jejíž rodný list byl vystaven před více než sto lety.⁶ Z dalších prací stojí za zmínku stručné, přehledové studie Václava Vaněčka a Jaroslava Pánka.⁷ Z klasických právně historických kompendií nabízí nejvíce informací o zemském sněmu Jan Kapras.⁸

Je ovšem zřejmé, že většina legislativních výstupů českého zemského sněmu se vymyká výše formulovanému zaměření tohoto příspěvku. Právo vznikalo součinností všech tří stavů⁹ a osobní působnost jednotlivých norem měla zpravidla širší rozsah. Nezřídka bylo ostatně sněmovními usneseními normováno i chování poddaných, kteří sami žádné korporativní těleso nevytvářeli. Toto pravidlo mělo ale i své výjimky. Stejně tak ostatně přijímaly jednotlivé korporace na půdě zemského sněmu separátně (a častěji, než by se zdálo) i konkrétní, individuální právní akty.

Možnost autonomní normotvorby je jasně signalizována zněním posledního článku tzv. Vladislavského zřízení zemského, v té podobě, ve které bylo roku 1500 schváleno a posléze i panovníkem sankcionováno. Jde konkrétně o konstatování, že „též ještě sobě oba dva stavové svobodu pozuostavují, očby se kolivěk ty dva stavy na obecniem sněmu svolili, budú mocí práva

⁴ K pojetí zemského práva jako všeobecného pojmu pro právo platné v zemi a zároveň i užšího označení pro právo šlechtické viz Nejvyššího sudího království českého Ondřeje z Dubé *Práva zemská česká*, ed. František ČÁDA, Praha 1930, s. 124, čl. 11.

⁵ *Sněmy české od léta 1526 až po naši dobu*, díl I.-XI., XV., Praha 1877-1941.

⁶ František HNÍDEK, *Sněm český za Ferdinanda I.*, Praha 1905.

⁷ V. VANĚČEK, *České sněmy za stavovské monarchie (od poloviny 15. století do počátku třicetileté války)*. In: *Česká národní rada, sněm českého lidu*, Praha 1970, s. 103-116; Jaroslav PÁNEK, *Český a moravský zemský sněm v politickém systému České koruny doby předbělohorské (1526-1620)*. In: *Sejm czeski od czasów najdawniejszych do 1913 roku*, Opole 2000, s. 31-47.

⁸ Jan KAPRAS, *Právní dějiny zemí koruny České. Díl II.: Dějiny státního zřízení. Část 1.: Doba předbělohorská*, Praha 1913, s. 435-447.

⁹ Průběh standardního sněmovního usnášení popisuje např. Pavel Stránský *O státě českém*, ed. B. RYBA, Praha 1940, kap. XIII, odst. 4, s. 250-251.

[svého] přičiniti aneb ujeti“.¹⁰ I když se tato normativní věta jistě primárně vztahuje k možnosti dále zemské zřízení měnit a doplňovat, je v něm nepochybně zároveň obsažena i možnost upravovat vnitřní organizaci obou šlechtických stavů.¹¹

O tom, že autonomní normotvorba existovala, svědčí nade vší pochybnost tzv. řády, jimiž bylo v určitých ohledech upraveno vnitřní fungování obou korporací šlechtických. Šlo tu především o hierarchii jejich členů při veřejných setkáváních (opět samozřejmě především na půdě zemského sněmu) a o způsob přijímání členů nových. Tedy přesně o ty záležitosti, jež lze v obsahu autonomního předpisu očekávat nejspíše. Právě tyto řády tvořily základ stavovské autonomní normotvorby. Její další rozsah nelze vymezit bez podrobné analýzy materiálů spojených s činností zemských sněmů. Prostor pro další právně-historické bádání tu každopádně zůstává otevřený.

Jako první z těchto vnitřních předpisů vznikl v Čechách v roce 1501 (27. dubna) Řád stavu panského. Nepochybně byl okamžitě po svém schválení intabulován do zemských desk. Vzhledem k tomu, že většina kvaternů padla v roce 1541 za obět' ničivému požáru pražského hradu, musel být tento akt proveden 6. ledna 1542 znovu.¹²

V úvodu řádu je obsažen odkaz právě na poslední článek zemského zřízení a je zde též naznačen průběh schvalování tohoto normativního aktu. Píše se zde, že páni „o to jsou se svolili mezi sebou“ a následně „to na pány z rytířstva snežše, s jich vědomiem“ nechali řád intabulovat. Jinými slovy, do pomyslného legislativního procesu se určitým způsobem zapojily oba šlechtické stavy, rytířský ale víceméně jen tím, že vzal rozhodnutí svých urozenějších kolegů na vědomí.

Vnitřní hierarchie panského stavu, o níž jedinou tu vlastně šlo, byla stanovena primárně na základě kritéria chronologického, uplatněného ovšem ve dvou doplňujících se podobách. Panské rody byly rozděleny do

¹⁰ Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny (Svatováclavská smlouva a Zřízení o ručnicích). Edice, ed. Petr Kreuz – Ivan Martinovský, Dolní Břežany 2007, s. 266, čl. 576.

¹¹ Pokud jde o stav městský, jeho úloha se v dynamické době přelomu 15. a 16. století poněkud měnila. V prešpurském zůstání z roku 1499 bylo dohodnuto, že „což se vpisovanie ve dsky zemské potreba zemských dotýče, kolikrát by toho kdy která taková zemská potřeba přišla, ta nemá ve dsky zemské kladena ani vpisována býti, leč v přítomnosti všech tří stavuov, totižto panského, rytířského a městského“. Archiv český (=AČ), díl V., ed. František Palacký, Praha 1862, s. 496-516, č. 65 (zde s. 497-498). Do zemského zřízení v původním znění nebyla ale tato věta pojata a teprve na základě kompromisní dohody z roku 1508 bylo znění posledního článku změněno a byla doplněna věta, že „což by v nahoře psaných knihách psáno bylo, ježto by městského stavu se dotýkalo ... také bez jejich třetího hlasu nemá se přičiniti ani ujímati“.

¹² Národní archiv (=NA) Praha, fond Desky zemské, sign. DZV 41, fol. B 25v - B 26v. Editován byl v AČ, díl VI., ed. František Palacký, Praha 1872, s. 231-232, č. 12.

dvou skupin – starožitné (starobylé) a novožitné (nově povýšené). Zásadně přitom platilo, že příslušníci první skupiny mají přednost před těmi, kdo spadají do skupiny druhé. V rámci takto vydělených skupin byli páni hierarchicky řazeni „po letech“, tj. podle svého stáří. Je potřeba zdůraznit, že šlo o stáří konkrétní fyzické osoby, nikoli o starobylost jejího panství. To znamená – neporovnávalo se, který rod dříve dosáhl panského statusu (v rámci kategorie starožitných rodů nebyl tento moment ostatně u řady rodů vůbec dohledatelný, neboť se k aristokracii řadily „odnepaměti“). Úplně stejným způsobem byli seřazeni i páni novožitní, přičemž řád obzvláště zdůrazňoval, že „nemají se v to táhnúti, ani se lety ani jiným nad tyto rody staré žádnou vymyšlenou věcí ani úřady výšiti“. Individuální výjimky z tohoto pravidla byly připuštěny pouze u „roduov panských před tímto zřízením přijatých“. Tedy u těch, které nebyly považovány za starožitné, nicméně jejich příslušnost k panskému stavu byla založena ještě před schválením a intabulací Řádu. Ty měly být „při to[m] zuostaveni a zachováni býti, při čemž jsou prve před tímto zapsání[m] zachováni byly“. Jinými slovy, byla ponechána v platnosti individuální subjektivní práva, případně jejich příslušníkům přiznaná při jejich přijímání. Další výjimku z výše popsané hierarchie představovali nejvyšší zemští úředníci, kteří při všech příležitostech předcházeli (bez ohledu na svůj věk či rodovou příslušnost) všechny ostatní členy panské korporace.¹³

Již na první pohled je kuriózní, že ustanovení Řádu se víceméně drží v hranicích právních norem, které se k těmto záležitostem vztahují již ve Vladislavském zřízení zemském, schváleném o rok dříve. Již zde je totiž konstatováno, že „což se panských roduov starých dotýče, ti sedajte jedni nad druhými podle let“ a „což se pánuov nových dotýče, ti sedajte pod starými rody panskými a nad staré rody se netřete, a to též vedle let sedajte mezi sebou“.¹⁴ Vnucuje se tudíž otázka, zda z věcného hlediska bylo vůbec nutné, aby se páni tímto způsobem exponovali. Zřejmě nebylo. A právě proto lze uvažovat o tom, že hlavním smyslem Řádu bylo v nově nastoleném právním prostředí výrazně demonstrovat samostatnou normotvornou kompetenci panské stavovské korporace.

Po deseti letech, 13. května 1511, byl Řád doplněn dodatkem, který tuto vcelku logickou a jednoznačnou úpravu poněkud zkomplikoval. De iure totiž kategorii novožitných pánů rozdělil na dvě, neboť určil, že „kteříž by

¹³ Panskému stavu příslušelo v Čechách 8 z 12 nejvyšších zemských úřadů, a sice: 1. nejvyšší purkrabí, 2. nejvyšší hofmistr, 3. nejvyšší maršálek, 4. nejvyšší komorník, 5. zemský sudí, 6. nejvyšší kancléř, 7. dvorský sudí, 8. purkrabí karlštejský. Určitou výjimku z tohoto fixního pořadí představovali pouze zápisy do zemských desk, v nichž se uváděli přítomní členové zemského soudu při jednotlivých zasedáních. Zde byli jako první uvedeni komorník a zemský sudí a pak teprve ostatní úředníci.

¹⁴ Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, s. 180, čl. 245 a 246. Dotyčné články jsou převzaty z obecného nálezu krále Vladislava Jagellonského z 5. června 1497 – viz Archiv český, díl V., s. 474-476, č. 51, část F.

páni po tomto času po dnešní den byli v panský stav přijati, se také nad ty, kteříž jsou před tímto časem přijati, nemají se nad ně po letech ani po ničemž jiné[m] třieti a výžšiti, než po nich též pořád po letech sedati a místa držeti“. Jinými slovy, po starožitných rodech měly následovat rody přijaté do panského stavu do roku 1511 a teprve po nich ostatní.¹⁵

Vedle výše zmíněného řešil doplněk Řádu i otázku budoucího rozšiřování panského stavu. Ta byla ve velmi obecné rovině normována již ve Vladislavském zřízení zemském, podle něhož mohli panského stavu užívat pouze ti, kdo byli „od krále Jeho Milosti a od pánuov přijati“, přičemž jejich panský stav nezákládaly „pruovody anebo listy, kteréž sú sobě jednali a vyprosili“.¹⁶ V jiné části zmíněné kodifikace pak bylo opakováno, že kdo se chce stát pánem, „ten toho hled’ na králi Jeho Milosti a pániech podle obyčeje starodávnieho“.¹⁷ Nyní došlo k právně pozoruhodné situaci, kdy tento obecný zemský zákon byl proveden usnesením jednoho ze zemských stavů. Mechanismus normotvorby samosprávných celků, pohybující se v mezích předpisu vyšší právní síly, tu představuje poměrně lákavou analogii. Páni konkrétně rozhodli, že o vstup mezi nejurozenější elitu království smí usilovat pouze ten, kdo by „stav svojo vladyský do čtvrtého kolena před námi provedl“, druhou podmínkou pak byla jeho neposkvrněná čest.

Na rozdíl od Moravy, český vnitřní statut panského stavu vůbec neřešil otázku přechodu šlechtických rodů z kategorie „novožitných“ do „starožitných“ pánů. Zajímavá je tato skutečnost zejména v tom světle, že moravští páni přijali podobný řád se souhlasem krále Matyáše již o více než dvě desetiletí dříve, 6. září 1479.¹⁸ V něm bylo hned v úvodu explicitně jmenováno čtrnáct starodávnych rodů, tvořících privilegovanou elitu

¹⁵ Seznam 47 panských rodů, které byly považovány za starožitné, byl v roce 1501 vepsán do zemských desk, jak dosvědčuje tzv. Talmberský kodex, uložený v Knihovna Národního muzea, sign. I A 1, fol. 215v. Seznam do literatury uvedl již František PALACKÝ, Zběrky ze starožitnosti československé. Časopis Českého museum 2/V, 1831, s. 169-174. Tentýž seznam je obsažen i v tzv. Hořovickém kodexu – viz Knihovna Národního muzea Praha, sign. II C 2, fol. 395r. Připojena zmínka o přijetí pánů Roupovských z Roupova a Zmrzlíků ze Svojšína v roce 1501 a Firšiců z Nabdína o rok později. Právě tyto rody měly tedy tvořit onu nově zavedenou prostřední kategorii. Zajímavé je, že mezi starožitné byly zařazeny i rody, u nichž se o starobylosti dalo v pravém slova smyslu jen stěží hovořit, jelikož byly do panského stavu přijaty v roce 1479 – páni z Lobkovic, z Ronšperka, ze Smiřic a z Veitmile.

¹⁶ Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, s. 180, čl. 247.

¹⁷ Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, s. 239, čl. 481.

¹⁸ Byl intabulován o rok později a edičně zpřístupněn v Moravské zemské desky II. 1480-1566. Kraj olomoucký, ed. František MATĚJEK, Brno 1948, kniha XII., s. 3-4, č. 2; Moravské zemské desky II. 1480-1566. Kraj brněnský, ed. Tomáš KALINA, Praha 1950, kniha XV. (XI.), s. 3-5, č. 2. Zde je také na s. 2 v pozn. 2 zdůvodněna správná datace usnesení, často kladeného až do roku 1480.

panského stavu.¹⁹ Za zemskými úředníky měli sedět – od nejstaršího k nejmladšímu – senioři těchto rodů a za nimi měli být podle téhož klíče seřazeni ostatní jejich příslušníci. Pánům z Doubravice a Tvorkovským z Kravař, „kterýchž jsou předkové dokonale panství nepožívali a ke dskám poslové nebývali“, byla dána možnost svou starožitnost dokázat a přiřadit se k první skupině, v opačném případě měli být řazeni do skupiny rodů novožitných společně s dalšími třemi rody, jejichž příslušníci „z kterýchž koli příčin za panoše držáni byli léta některá ... a za krále Jiřího teprv své rody vyvedli a do stolic jsou uvedeni“.²⁰ I zde bylo klíčem pro určování pořadí ve sněmech a soudech i při jiných veřejných příležitostech datum narození jednotlivých pánů, bez ohledu na to, ke kterému rodu příslušeli.²¹ Novožitní páni pak měli povinnost „netřít se“ nad starožitné pány „až do časův těch, jakož obyčej v zemi jest, až do pokolení třetího“, avšak bylo jim umožněno, aby ve třetí generaci „v rody staré též přijati byli“. Totéž platilo pro nově přijaté pány z Veitmile a Tunkly z Brníčka i všechny v budoucnu přijaté pány – i o nich usnesení pravilo: „ti mají se též zachovati do třetího pokolení a jim se též staň po třetím pokolení“. Relativně podrobně byla popsána i procedura přijetí nových pánů včetně textu přísahy, kterou museli skládat. Přijímání se mělo odehrávat na zemském soudu, uvedení novopečeného pána do soudní lavice pak bylo úkolem zemského komorníka.²²

Podobně jako páni, přikročili v Čechách k autonomní normativní úpravě vnitřních poměrů své korporace i příslušníci druhého šlechtického stavu. Poněkud podrobnější Řád stavu rytířského vznikl ovšem teprve na samém konci předbělohorské epochy. Schválen byl na zemském sněmu 23. října 1609, intabulován pak byl 18. února 1610.²³ Určitou míru inspirace výše popsaným normotvorným aktem korporace panské přitom rozhodně nezapře. Je to patrné již v úvodu, kde se odkazuje na „mocnost“, kterou si šlechtické stavy vyhradily v zemském zákoníku a kde se analogicky jako u Řádu stavu panského hovoří o tom, že předpis byl do zemských desk vložen s vědomím panského stavu, na jehož příslušníky byl na zemském sněmu

¹⁹ Páni z Cimburka, z Lipé, z Lomnice, z Hradce, z Pernštejna, ze Šternberka, z Lichtenštejna, z Boskovic, z Kunštátu, z Lichtenburka, z Valdštejna, z Vlašimi, ze Sovince a z Krajku.

²⁰ Páni z Landštejna, z Miličina a z Ludanic.

²¹ Formulace „ti také již pod rody staršími sedajte a způsob svouj mějte vedle let svých jakožto rodové starí“ přitom nasvědčuje tomu, že i zde měla přednost skupina rodových seniorů, formulace je ale poněkud nejasná a připouští obojí výklad.

²² K přijímání pánů na Moravě blíže František KAMENÍČEK, *Zemské sněmy a sjezdy moravské*, díl III., Brno 1905, s. 29-42.

²³ DZV 183, fol. A 26v – A 29v; edice Vladimír KLECANDA, *Přijímání do rytířského stavu v zemích českých a rakouských na počátku novověku (Příspěvek k dějinám nižší šlechty)*. *Časopis archivní školy VI*, 1928, s. 85-87, č. 4.

„vznešen“. Určitý posun v mocenském uspořádání státního organismu se ovšem odrazil v tom, že zatímco páni poněkud přezíravě svůj řád přijali bez jakékoliv účasti panovníka a teprve ex post došlo k jeho spíše formálnímu potvrzení i ze strany Vladislava Jagellonského, který jeho obsah označil za panskou „starodávni zvyklost a svobodu“ (s připomenutím svého podílu na vytváření nových pánů),²⁴ rytíři „to předně při Jeho Milosti císařské jakožto králi českým ponížene a poddaně vyhledávali“ a teprve se souhlasem Rudolfa II. nechali svůj Řád intabulovat.

Hlavní důvod, který potřebu přijetí dotyčného autonomního aktu vyvolal, byl patrně opakující se výskyt osob, které se označovaly a vystupovaly jako rytíři, ačkoliv k tomu neexistoval odpovídající právní titul. Některé dokonce mohly „nad starožitné rody se tříti“, což bylo vnímáno jako „zlehčení“ celého stavu. Proto bylo v Řádu zdůrazněno, že udělování erbů je sice prerogativem panovníka,²⁵ samo o sobě ale příslušnost k rytířské korporaci nezakládá a je nezbytné, aby zájemci „na sněmu obecném toho náležitě a uctivě při témž stavu rytířském a vladysckém vyhledávali“. Řád zároveň stanovil další podmínky, které byli takoví zájemci povinni splnit. Šlo jednak o doložení legitimního manželského původu, vztahující se nejen na žadatele, ale i na dvě generace jeho předků, a dále pak o to, aby žadatelé „dobré a poctivé chování prokázali“. Zcela samozřejmým bylo také předložení královského majestátu, udělujícího erb.²⁶ Po přijetí na zemském sněmu pak byli povinni se u zemských desk přiznat, že budou zachovávat zemské zřízení, které tu je zjevně nutno chápat extenzivně, tedy včetně Řádu jakožto předpisu ho provádějícího.

Také Řád stavu rytířského de iure konstituoval nepřekročitelnou hranici mezi starožitnými a novějšími rytířskými rody. Nově přijaté rody měly až do třetí generace uzavřený přístup k nejvyšším zemským úřadům, které rytířskému stavu přináležely, a i v případě, že by jejich příslušníci pronikli do úřadů nižších, měli mít ve všech případech své místo až za starožitnými rytíři. Podobně jako u stavu panského se pak hierarchie rytířstva komplikoval tím, že ti, „kteříž by po tomto čase do stavu rytířského přijati byli“, měli mít své místo až za novožitnými rytíři, přijatými před

²⁴ Viz dekret ze 17. února 1502, uložený v NA Praha, fond Archiv České koruny, č. 1832 a editovaný v AČ VI., s. 236-237, č. 15. Zajímavé je, že přijímání nových pánů má podle této listiny schvalovat nikoli panská korporace jako celek, ale pouze „páni z rodů starožitných“.

²⁵ Ustanovovalo tak již Vladislavské zřízení zemské a následně i další zemská zřízení z let 1549 a 1564. Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, s. 239, čl. 482; Codex juris Bohemici, Tomi IV. pars 1. sectio I., ed. Josef Jireček – Hermenegild Jireček, Pragae 1882, Práva a zřízení zemská království českého z léta M.D.LXIII., s. 145, čl. A 23, s. 505, čl. A 15.

²⁶ Také v tomto směru byla úloha panovníka při rozšiřování rytířského stavu silnější než u stavu panského, kde se vystačilo s neformální panovníkovou přímluvou a hlavní tíha rozhodnutí skutečně ležela pouze a výhradně na pánech shromážděných na zemském sněmu.

schválením Řádu. Špatné zkušenosti s erbovníky z 15. století, kteří byli často náchylni podporovat v politických půtkách mezi jednotlivými stavy spíše města než rytířstvo,²⁷ pak našly svůj odraz v požadavku, aby každý nově přijatý rytíř „k stavu svému všelijakou poctivost a šetrnost choval a proti těmž stavu svému nic neslušného před sebe nebral a nečinil a k stavu městskému nikdy více se nenavracoval“.

Zatímco soubor panských rodů byl relativně úzký a bylo víceméně nemožné, aby se mezi panskou elitu vetřel jedinec, který by k ní nepatřil, u mnohem četnějšího rytířského stavu nebylo toto nebezpečí v žádném případě jen hypotetické. Proto se na rozdíl od Řádu stavu panského v Řádu rytířském objevilo výstražné ustanovení, podle něž ten, komu by se neoprávněné užívání rytířského stavu či titulu prokázalo, měl být „ke dckám zemským oznámen a vedle spravedlivého Jeho Milosti císařské nejvyšších ouředníkův a soudcův zemských uznání jiným ku příkladu ztrestán“. Další specifickou oblastí, na níž musel Řád stavu rytířského reagovat, bylo tak zvané erbovní strýcovství. Stalo se totiž častým jevem, že rytíři a vladykové přijímali k svému erbu a predikátů různé příbuzné a přátele jakožto „erbovní strýce“. Pokud by tato praxe zůstala bez jakéhokoliv omezení zachována, znamenalo by to, že by rytířský stav ztratil nad rozšiřováním své členské základny jakoukoliv kontrolu. Proto Řád zdůrazňoval, že přijetí k erbu a rodu je možno výhradně se souhlasem panovníka, o jehož výsostné právo („regalii“) se jedná a že i tento souhlas zakládá pouze právo užívat predikátu a heraldického znamení, nikoli ovšem příslušnost ke stavovské korporaci. K jejímu získání bylo opět zapotřebí, aby příslušný povýšenec „toho při stavu rytířským na obecném sněmě vyhledával a pořádně do stavu rytířského podle zřízení zemského a zvyklého chvalitebného obyčeje přijat byl“.

Podobně jako u vyššího šlechtického stavu, i zde platilo, že na Moravě byli rytíři zřetelně iniciativnější. Neomezili se ovšem na jeden stěžejní předpis, ale otázku fungování a rozšiřování svého stavu upravovali postupně jednotlivými sněmovními usneseními. Z nich nejdůležitější jsou z roku 1535,²⁸ 1556 a 1575. Úprava byla obdobná jako u stavu panského jak co se týkalo způsobu přijímání nových členů, tak v té rovině, že ve třetí generaci mohlo na žádost dojít k posunu rodu mezi starožitné. V usnesení z roku 1575 se pak objevuje zajímavé ustanovení, stanovící kolik členů rytířského

²⁷ Srovnej k tomu V. KLECANDA, Přijímání do rytířského stavu v zemích českých a rakouských na počátku novověku, s. 6-9.

²⁸ Od tohoto roku byla také vedena Kniha stavu rytířského, již vydal Mojmír ŠVÁBENSKÝ, Knihy přijímání do rytířského stavu Moravského markrabství. In: Josef PILNÁČEK, Neznámé rody a znaky staré Moravy, Brno 1983, s. 250-267.

stavu musí být na zemském sněmu přítomno, aby vůbec bylo možno nového člena přijmout.²⁹

Řády, vztahující se k vnitřnímu životu jednotlivých šlechtických stavů a k jejich personálním obměnám lze z hlediska současného nepochybně nejilustrativněji srovnávat s vnitřními předpisy osobních veřejnoprávních korporací a i tento přírůbek zpětně dále posiluje tezi, že veřejnoprávní korporace je v současné terminologii nejpříhodnější výraz, kterým lze z právně-historického pohledu raně novověká stavovská uskupení popsat.³⁰ To už je ale námět pro samostatnou (minimálně) studii.

Contact – email
starym@seznam.cz

²⁹ K moravským poměrům blíže F. KAMENÍČEK, Zemské sněmy a sjezdy moravské, III. díl, s. 42-55; V. KLECANDA, Přijímání do rytířského stavu v zemích českých a rakouských na počátku novověku, s. 43-45.

³⁰ Je na místě upozornit zde alespoň na výrok, že „byl to mocný duch korporační, který ovšem všechny stavy pronikal“, jehož autorem byl již před bezmála půl druhým staletím Vincenc BRANDL, Stav panský a rytířský. Časopis Matice moravské I, 1869, s. 168.

ÚSTAVNÍ VÝBOR NÁRODNÍHO SHROMÁŽDĚNÍ A SBOR ZNALCŮ JAKO TVŮRCI ÚSTAVY Z ROKU 1948

MARTIN ŠMÍD

Fakulta ekonomicko-správní, Univerzita Pardubice, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek pojednává o procesu tvorby Ústavy 9. května 1948. Zaměřuje se zejména na roli jednotlivých činitelů, kteří se na tomto procesu podíleli - ústavního výboru Národního shromáždění a povolaného sboru expertů - a vztahy mezi nimi. Shrnuje jak utvoření těchto institucí, tak průběh jejich jednání a otázky, které řešily.

Key words in original language

Ústavní právo; Ústava 9. května; Tvorba práva.

Abstract

The paper concerns with the process of making of the Constitution of 9th May 1948. It is focused on the role of particular actors who participate in this process - Constitutional Committee of the National Assembly and summoned board of experts - and relations between them. It summarizes both the creation of these institution and the questions having been solved.

Key words

Constitutional law; Constitution of 9th May; Law making.

1. ÚVOD

Z právního hlediska bylo jedním z nejdůležitějších témat prvních poválečných let vytvoření nové ústavy, která měla zohlednit novou etapu vývoje Československa, byť některé významné právní změny proběhly už prostřednictvím dekretů prezidenta republiky. Ostatně právě za účelem schválení nové ústavy bylo ústavním zákonem č. 65/1946 Sb. rozhodnuto o ustavení jednokomorového Ústavodárného Národního shromáždění.

Tato priorita vyplývá jak z názvu, tak ze systematiky tohoto zákona, když čl. 1 odst. 1 uvádí: "Ústavodárnému Národnímu shromáždění, jež bude zvoleno podle všeobecného, rovného, přímého a tajného práva hlasovacího a podle zásady poměrného zastoupení, přísluší, aby Československé republice dalo novou ústavu." Teprve odst. 2 stanovil, že vedle to vykonává moc zákonodárnou pro celé území Československé republiky. I samotné volební období ústavodárného shromáždění bylo omezeno termínem, kdy se sejde zákonodárný sbor zvolený podle nové ústavy (nejdéle však na dva roky).

2. VÝCHOZÍ SITUACE

Vytvoření nového ústavního dokumentu se v důsledku vnitrostátních i mezinárodněpolitických změn ukázalo jako nevyhnutelné, neboť ústavní listina z roku 1920 už neodpovídala soudobé situaci. Vzhledem k odsunu se stala nadbytečnou úprava národnostních menšin, Podkarpatská Rus se jako Zakarpatská Ukrajina stala součástí Sovětského svazu, existovaly nové dohody (především Košický vládní program) a i obecně se podstatně proměnila vnitřní situace. Prvorepubliková ústava také neumožňovala řešit aktuální problémy práva (zejména ústavnost dekretů prezidenta republiky či kontinuitu a diskontinuitu právních aktů z doby okupace a Slovenského štátu).¹

Všeobecně převládalo přesvědčení vybudovat stát na jiných principech, než na kterých stála první republika, což vyplývá také z ustavení Národní fronty a tím de facto odstranění klasického parlamentarismu s vládnoucími a opozičními stranami.

3. UTVOŘENÍ ÚSTAVNÍHO VÝBORU A SBORU ZNALCŮ

Ústava nebyla tvořena jako vládní návrh, jak bylo u ústavních změn tradicí, ale výlučně v kompetenci Ústavodárného národního shromáždění.² Za tímto účelem byl v říjnu roku 1946 ústavním zákonem č. 197/1946 Sb. vytvořen ústavní výbor shromáždění o 36 členech zvolených dle zásady poměrného zastoupení. Předsedou se stal Oldřich John, poslanec za sociální demokracii, generálním zpravodajem návrhu ústavy byl pak komunistický poslanec, profesor Vladimír Procházka.

V roce 1947 jmenoval výbor poradní sbor expertů na ústavu, byť i zde se projevil princip politického obsazování, „a to tak, že zásadně každá politická strana (alespoň ta větší) navrhla dva znalce, avšak přece jen bylo možno zjistit, že odborníci nebyli opomenuti.“³

¹ Šimáčková, K.: Fiktivní nebo reálná ústava. Paradoxy ústavního vývoje socialistického Československa. In: Komunistické právo v Československu, s. 127.

² „Ba ono československé Národní shromáždění, vyšlé z voleb konaných 1946, šlo v aversi proti jakékoli spolupráci mimoparlamentních činitelů ještě mnohem dále, než dosud učinil jakýkoliv jiný parlament, odmítajíc dokonce spolupráci vlády na sdělávání původní osnovy nové ústavy, čímž utvořilo pravý unikát v dosavadních dějinách parlamentární legislativy: odmítlo totiž učiniti nějaký vládní návrh osnovy nové ústavy předmětem oficiálního jednání svého ústavního výboru a vyslovilo přání, aby si tento výbor, pokud se týče jeho referent (zpravodaj) takovou osnovu vypracoval sám.“

Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951), s. 200.

³ „Za komunistickou stranu se stali experty profesoři Hobza (Karlova universita) a Dr. Outrata, za Československou stranu národně socialistickou profesor Kubeš (právnícká fakulta brněnská) a prof. Bušek (právnícká fakulta pražská), za Československou stranu lidovou profesor Weyr (právnícká fakulta brněnská) a profesor Hoetzel (právnícká fakulta

Samotné ustavení tohoto externího sboru znalců ale nebylo jednoduché - alespoň podle svědectví jednoho z přímých účastníků, Františka Weyra: "Vcelku možno říci, že ve příčině povolání nějakého zvláštního mimoparlamentárního znaleckého sboru nejevila se v naší politické veřejnosti žádná jednotnost. (...) Z jednotlivých politických stran byly otevřeně pro povolání zvláštních expertů strana lidová a národněsocialistická, kdežto u sociálních demokratů a zejména u komunistů projevoval se více méně značný odpor proti němu. Rozumí se, že při tom vyjadřovány byly obvyklé pochybnosti, připomínající výlučnou kompetenci členů parlamentu jakožto volených zástupců lidu k rozhodování o příští ústavě - jako by experti nebyli také zástupci téhož lidu nebo jako kdyby někdo byl pro experty požadoval právo přímého rozhodování o ústavě a nebylo šlo o pouze nezávazný jejich poradní hlas."⁴

Na základě návrhu Vladimíra Kubeše jednal takto ustavený sbor samostatně a jeho první schůze se uskutečnily na přelomu dubna a května 1947 v Praze; dle záznamů Františka Weyra 23. dubna v budově Národního shromáždění. I po samotném ustavení sboru se objevovaly (zejména ze strany komunistických zástupců) návrhy, které práci sboru znesnadňovaly. Jednak protestovali proti jeho samotnému pravidelnému scházení, jak ironicky komentuje Weyr: "Při tom padla také, pokud se aspoň pamatuji, z téže strany poznámka, že by si snad po případě mohli jednotliví experti svá písemná vyjadřování poštou vyměňovati a touto cestou o nich diskutovati. Pokud jsem všemu tomu dobře porozuměl, děly se tyto a jiné jim podobné projevy pod pláštíkem úzkostlivé ochrany demokratického parlamentárního principu, jež by mohla pouhá existence nějakého mimoparlamentního, byť jen poradního sboru, jakož i skutečnost jeho scházení se, nebezpečně ohrožovati. Snad tu byly obavy před nějakým ozbrojeným spiknutím nebo povstáním těchto nebezpečných profesorů, kteří se zde chystali na parlamentní půdě hromadně zasedati a rokovati."⁵ Stejně protesty se vznášely proti ustavení řádného prezidia sboru a proti hlasování (a sčítání hlasů tak proto bylo prováděno pouze interně, bez dalších následků).

pražská), za Komunistickou stranu Slovenska povereník Dr. Viktory a Dr. Horváth, za ostatní strany první prezident nejvyššího soudu Dr. Derer, prof. Kizlink (právnícká fakulta bratislavská), dále za Československou stranu sociálně demokratickou Dr. Meissner, dříve předseda ústavního výboru, z jehož práce vznikla naše první ústava, a profesor Peška (právnícká fakulta pražská) a za Demokratickou stranu Slovenska profesori právnícké fakulty bratislavské Ratica a Matura.“

Kubeš, V.: Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu, s. 8-9.

⁴ Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951), s. 198-199.

⁵ Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951), s. 198-199.

4. ŘEŠENÉ OTÁZKY

Dále si nastihneme některé nejdůležitější problémy, kterými se ústavní výbor a sbor znalců při tvorbě ústavy zabývaly. Zprvu byly řešeny obecné (koncepční i terminologické) otázky, např. zda má ústava zahrnovat veškeré předpisy ústavního charakteru či nikoliv. Právě na těchto nejobecnějších otázkách, jako je diskuse o vhodnosti použití termínu "lidově demokratická republika", lze asi nejlépe ilustrovat rozdílné postoje k dalšímu směřování československého státu.

Další debata, která byla vedena, se týkala státoprávního vztahu mezi českými zeměmi a Slovenskem, která nakonec vyústila ve tři možná řešení:

1. vytvoření jednotného parlamentu a vedle stojících zemských sněmů s taxativně vymezenou pravomocí,
2. tzv. rozestup jednotného parlamentu: tedy, že k úpravě záležitostí týkajících se ústavního poměru Čechů a Slováků by bylo třeba dosáhnout většiny mezi českými i slovenskými poslanci zvlášť,
3. zřízení slovenské autonomie (asymetrické řešení).

Výsledné asymetrické řešení nepovažuji za příliš šťastné, i když v kontextu dalšího vývoje ztrácí řešení této otázky na významu.

V této souvislosti je možné zmínit návrhy slovenských stran na ústavní úpravu československých vztahů; své návrhy vypracovala Komunistická strana Slovenska, Demokratická strana i Strana slobody. Slovenští komunisté (kteří původně zastávali odlišné stanovisko od KSČ) později od svého návrhu ustoupili. Strana slobody zastávala koncepci vycházející z tzv. "rozestupové alternativy", podle níž by se Národní shromáždění rozestupovalo na národní rady (ČNR a SNR). Podle návrhu slovenských demokratů měla vedle Národního shromáždění existovat samostatná Slovenská národní rada.⁶ Prosazovala tak asymetrický model, byť postavení slovenských orgánů mělo být silnější, než jak bylo později realizováno. Její původní návrh z roku 1947, který počítal s federativním uspořádáním ČSR, neměl u českých stran naději na podporu.

Sbor expertů řešil podrobně i další otázky, jako např. organizaci národních výborů (pro zajímavost, vyslovil se pro zemské uspořádání; ani tento názor sboru expertů nebyl respektován a vyšší územně-správní jednotkou se později staly kraje zřízené na základě ústavy zákonem č. 280/1948 Sb. o krajském zřízení), vztah mezinárodního a vnitrostátního práva, otázku správního soudnictví či postavení ústavního soudu.

⁶ Text tohoto návrhu je dostupný v: Grónský, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Díl II. (1945-1960), s. 276-282.

Ke sporům pak docházelo zejména při projednávání expertních návrhů v samotném ústavním výboru. V zásadě lze tyto konflikty charakterizovat jako střetnutí mezi Kubešovými návrhy, které zpracoval na základě svých původních návrhů a výsledků porad znalců a které tak byly předkládány výboru jako jeho většinové stanovisko, a koncepcí zastávanou generálním zpravodajem Procházkou - tedy střetnutí představ komunistické a národně socialistické strany. Kubešova koncepce byla později předložena národně socialistickou stranou a zveřejněna počátkem roku 1948 s předmluvou Prokopa Drtiny.⁷

Profesor Kubeš se snažil ve svém návrhu navázat na ústavní zásady první republiky, čemuž odpovídá i recepce slavnostního úvodu ústavní listiny z roku 1920. Největší rozdíly mezi oběma pojetími jsou patrné především v základním pojetí státu.⁸

Porady expertního sboru vyzněly do prázdna a poslední schůze se uskutečnila 7. listopadu 1947, byť řada důležitých otázek ještě čekala na rozřešení - např. primát mezinárodního práva nad vnitrostátním, kontinuita československého právního řádu či formulace případné preambule. "O všem tom tedy patrně jednal parlamentní ústavní výbor, který vůbec projevoval po celou dobu své činnosti záviděníhodnou dávku sebevědomí, nepotřeboval žádného odborného poučení nebo dobrého zdání ze strany nějakých zvláštních expertů (znalců) - a dnes po několikaletém odstupu, jakož i po zkušenostech získaných po událostech v měsíci únoru roku 1948 ostatně víme, že by tyto posudky byly určitě vyzněly naprázdno, a to zcela bez ohledu na jejich obsah, odůvodnění a případnou hodnotu."⁹ Lze snad jen dodat, že i kdyby sebelepší návrhy expertů prošly, o to horším způsobem by byla ústava v dalších letech pošlapána.

5. ZÁVĚR

Přestože projednávání návrhů ústavy probíhalo ještě před únorovým převratem, většinou byl prosazen text, který odpovídal představám

⁷ Šimáčková, K.: Fiktivní nebo reálná ústava. Paradoxy ústavního vývoje socialistického Československa. In: Komunistické právo v Československu, s. 128.

⁸ Např. dle finální verze ústavy (čl. I, odst. 1) je Československo lidově demokratickou republikou. Oproti tomu Kubeš hovoří o demokratické republice a navrhuje znění: "Demokracie je zaručena po stránce politické, sociální i hospodářské, jak to stanoví tato ústava." K tomuto odstavci přidává komentář: "Odstavec 2 je značné důležitosti, neboť se v něm praví, že zásada demokracie má být provedena nejen na poli politickém, nýbrž i sociálním a hospodářském (...). Jde o obsahové vystižení nevhodného, poněvadž pleonastického výrazu 'lidová demokracie'."

Grónský, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Díl II. (1945-1960), s. 276-282.

⁹ Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951), s. 207-208.

komunistické strany. Samotné schvalování proběhlo až po únorovém puči, což mělo za následek reinterpretaci řady dalších, jinak neutrálních ustanovení.¹⁰

Dle Oldřicha Johna (předsedy ústavního výboru) po únoru ústavní výbor přestal být "bitevním polem", ale stal se pouhým schvalovatelem koncepcí, které odhlasovalo předsednictvo ÚV KSČ a které k jednání výboru postupně předkládal zpravodaj Vladimír Procházka.¹¹

Lze tedy říci, že za normálních (demokratických) okolností by tvorba nové ústavy v relativním časovém klidu, navíc za účasti širokého spektra tehdejších odborníků, byla jedinečnou příležitostí k vytvoření legislativního díla, které pak mohlo platit ještě desetiletí (ne-li dodnes).

Je tedy škoda, že sbor znalců, který s takovým záměrem ke svému úkolu přistupoval, pracoval vlastně zbytečně, byť význam své činnosti nemohl sám nijak ovlivnit. Přesto je pro právní teorii i historii velmi cenné sledovat záznamy a debaty, týkající se tvorby Ústavy 9. května.

Literature

- Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds.): Komunistické právo v Československu : Kapitoly z dějin bezpráví. Brno: Masarykova univerzita, 2009, 1008 p., ISBN 978-80-210-4844-7
- Kubeš, V.. Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu : II. díl. Brno: Masarykova univerzita, 1995, 250 p., ISBN 80-210-1143-2
- Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951). Brno : Atlantis, 2004, 231 p., ISBN 80-7108-195-7
- Grónský, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Díl II. (1945-1960). Praha: Karolinum, 2006, 512 p., ISBN 80-246-1210-0

Contact – email

martin.smid@upce.cz

¹⁰ Šimáčková, K.: Fiktivní nebo reálná ústava. Paradoxy ústavního vývoje socialistického Československa. In: Komunistické právo v Československu, s. 128.

¹¹ Grónský, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Díl II. (1945-1960), s. 329.

NAJSTARŠIA ÚPRAVA DEDIČSKÉHO PRÁVA NA PRÍKLADE SLOBODNÉHO KRÁĽOVSKÉHO MESTA TRNAVY DO KONCA 16. STOROČIA

ADRIANA ŠVECOVÁ

Právnická fakulta Trnavské univerzity v Trnavě

Abstract in original language

N/A

Key words in original language

N/A

Abstract

N/A

Key words

N/A

Úvod

Na prvý pohľad téma ponúka dve dimenzie: mesto a právo. Uhorsko a jeho mestotvorný proces je v časovej defenzíve pri tvorbe urbánneho prostredia minimálne o jedno storočie pozadu. Z toho titulu i kreovanie mestského právneho, zásadne partikulárneho systému sa vyvíja od momentu udelenia mestského privilégia a povýšenia doterajšej sídliskovej aglomerácie na mesto, ktorého stredoveké právo označilo za uholný kameň mestského práva, za čo sa ako právnu kategóriu a formálny písomný prameň práva vo všeobecnosti považuje i historiografia¹. V slobodnom kráľovskom meste Trnave sa takým časovým medzníkom udelenia výsad stal rok 1238, v ktorom Belo IV. poskytol podľa vzoru stoličnobelehradských Latínov (*ius Albensis civitatis*) výsady, aké táto komunita v Stoličnom Belehrade v prvej polovici 13. storočia sama užívala². Všeobecne známou skutočnosťou,

¹ Odkázať možno na Werböczyho Tripartitum a jeho časť III/čl. 8: „*mestom sa nazýva akási jednota mešťanov, pretože ho obýva mnoho obyvateľstva. Je tiež tvorené početnosťou domov a ulíc, obohnané mestskými hradbami a vežami, obdarované výsadami pre dobrý a dôstojný život ... a takáto spoločnosť mešťanov tvorí jednu komunitu*“. Citované podľa MARKUS, D. (ed.): *Magyar törvénytár. Werböczy István Harmáskönyve*. Budapest, 1898, s. 388.

² Originál uložený v Štátny archív Bratislava, pobočka Trnava (ďalej len ŠABA, pob. TT), L – 1, pozri k tomu tiež RÁBIK, V.: *Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495*. Trnava : Filozofická fakulta, Trnavská univerzita, 2006, s. 15 a nasl., LEHOTSKÁ, D.: Vývoj mestského práva na Slovensku. In *Sborník Filozofickej fakulty Univerzity Komenského – Historica X*, 1959, s. 107 – 108. Bližšie tiež k románskej (latinskej) komunite a k užšiemu vzťahu než lež právnej filiácie pozri FÜGEDİ, E.: Die Städte im mittelalterlichen Ungarn. Versuch einer Forschungsbilanz. In *Städte im*

priradujúc ju k úvodným právokreujúcim explikáciám, je nielen dlhší vývojový „trend“ urbanizácie stredovekého Uhorska (resp. Slovenska, ktoré sa vždy ponímalo v jeho rámci ako najurbanizovanejšia časť) ale aj fenomén špecifickej národnostnej skladby v uhorských/resp. slovenských mestách (čo možno stotožniť bezpochyby aj s Trnavou)³. Rozhodnutie ozrejmiť si niektoré problémy dedičského práva Trnavy vychádza z významu, aký sa pripisoval už v stredoveku tomuto mestu, keďže išlo o jedno z najvýznamnejších miest Uhorska (ako jedna z prvých získala Trnava status slobodného kráľovského mesta⁴), priradila sa k materským mestám a reprezentantovi právnej filiácie magdeburského mestského okruhu v Uhorsku a tvoriaceho postupne aj vlastné filie (na západnom Slovensku)⁵.

Zúženie preskúmvanej tématiky širokého okruhu trnavského mestského práva nabáda k vecnoprávnej reštrikcii, in concreto k voľbe poznávania všeobecných zásad dedičského mestského práva na príklade tohto slobodného kráľovského mesta. Štúdia sa sústreďí formou základnej sumarizačnej skratky a syntézy na relevantné kogentné ustanovenia, právne možnosti a limity práva zriadiť testament⁶ a práva slobodnej dispozície s majetkom s prihliadnutím na okruh zákonných dedičov a ich neopomenuteľných nárokov (intestátne dedenie). Zároveň poukáže na subsidiárne postavenie dedenia zo zákona a na hlavné dedičské skupiny, ktorých ustanovenie rešpektovala aj testamentárna úprava, zdokumentovaná v zachovaných závetoch ranného novoveku zo 16. storočia. Relevantnou sa v tejto súvislosti stala priamo príslušná časť zbierky tavernického práva, ktorej III. časť približuje kauzistický poňatý, modelové prípady riešenia typických dedičskoprávnych otázok určenia dediča, dedičskoprávnych nárokov, a predovšetkým podporuje (konkretizuje) testamentárnu slobodu v medziach meštianskeho práva, opierajúc sa o pôvodné obyčajové mestské právo a právne výsady udelené tomu ktorému mestu. V dotknutom sa

Donauraum. Hrgs. Von R. Marsina, Bratislava, 1993, s. 43 – 44; FÜGEDI, E.: Die Entstehung des Städtewesens in Ungarn. In *Alba regia. Annales Musei Stephani regis*, 1969, X, s. 111 – 124.

³ Ponaučenia kráľovičovi Imrichovi sa zmieňujú o uhorskej krajine a kráľovstve, ktoré vzrastá a vzmáha sa práve otvorenosťou voči hosťom (*hospites*), „ktorí so sebou prinášajú rozličné jazyky a zvyklosti, rozličné náuky a zbrane“. Citované podľa MARSINA, R.: *Legendy stredovekého Slovenska. Ideály stredovekého človeka očami cirkevných spisovateľov*. Budmerice : Rak, 1997, s. 29 – 30.

⁴ RÁBIK, V.: *Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495*, s. 9.

⁵ LEHOTSKÁ, D.: *Vývoj mestského práva na Slovensku*, s. 81.

⁶ Právne pojmy testament a závet sa chápu v ich synonymickom lingvistickom ponímaní, vzhľadom na novoveké chápanie testamentu ako právneho úkonu *mortis causa* a závetu, ktorý je v modernej právnej vede a praxi prijímaný ako jeho nástupca v slovenskej právnej terminológii.

normuje a akoby „kodifikuje“ právo tavernických miest, medzi ktoré sa prirad'ovala aj Trnava.

Fond mestského magistrátu zachoval pre štúdium pramennú bázu originálnych testamentov až od počiatku 16. storočia, i preto predložené syntézy sa opierajú o nižšie opísané pramene normotvorby a právnej praxe Trnavy až z obdobia ranného novoveku. Vo fonde Testamentales trnavského archívu⁷ sa nachádza chronologicky kontinuálne zachovávaný závetný materiál až od roku 1511 a do konca 16. storočia sa archivuje v ňom dodnes 157 originálnych závetov, ktoré spolu s odpismi tvoria skupinu 177 listín úkonov mortis causa z uvedeného obdobia⁸. K bádateľskému východisku trnavskej závetnej praxe a právnych noriem dedičského práva je potrebné uviesť, že zo stredoveku sa žiaľ nezachovali také mestské knihy či iné priame, primárne pramene, ktoré by publikovali v početnejšej kvantite pramene poznania uvedeného dedičskoprávneho rázu⁹. Ostatne bola publikovaná pokonávka vo veci závetu mešťana Hanusa Graffena a jeho manželky Margaréty z roku 1504, ktorý sa nachádza v záverečných zápisoch účtovnej mestskej knihy príjmov z farnosti sv. Mikuláša¹⁰. V tej istej knihe sa nachádza ešte i registový záznam úkonu poslednej vôle (alebo

⁷ ŠABA, pob. TT, Magistrát mesta Trnavy (MG TT), f. Testamentales.

⁸ ŠABA, pob. TT, MG TT, f. Testamentales, škatuľa 1, 2. V nasledujúcich poznámkach pod čiarou len odkaz na signatúru uvedeného fondu Testamentales. Spracované in ŠTULJARTEROVÁ, K.: *Testamenty z rokov 1511 – 1600 ako prameň k dejinám Trnavy*. Rkp. Diplomovej práce, FF UK, Bratislava, 1972. Slovenské závetý z druhej polovice 16. storočia publikoval ŠIMONČIČ, J.: Slovenské testamenty a inventáre z Trnavy z druhej polovice 16. storočia. In *Západné Slovensko III.*, Bratislava, 1976, s. 69 – 87.

⁹ V tejto súvislosti treba podať vysvetlenie, že v Trnave je dnes k archívnemu výskumu k dispozícii len účtovná kniha z rokov 1394 – 1530. Predsa však charakter jej zápisov podnecuje k záveru, že mesto zriadilo aj iné pomocné knihy, napr. i ostatnom čase novoobjavenú účtovnú mestskú knihu príjmov trnavskej fary, ktorú mesto ako vykonávateľ patronátneho práva viedlo od apríla 1495, na čo odkazuje priamo V. Rábik, keď v edícii uvedenej knihy konštatuje: „*evidencia príjmov trnavskej fary patrila k základným povinnostiam predstaviteľov mesta Trnava, ktoré jej vznikalo z výkonu patronátneho práva*“, udeleného už v Belovom privilegii z r. 1238. In RÁBIK, V.: *Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495*, s. 36, 109. K mestským knihám a úradnému spisomňovaniu na Slovensku a v Trnave pozri napr. ČORDÁŠOVÁ, S.: Vývoj spisomňovania v Trnave do roku 1526. In *Slovenská archivistika*, 1975, r. 10, č. 1, s. 102 – 121; BARTL, J.: Mestské knihy na Slovensku a problémy ich štúdia. In *Studia historica Tyrnaviensia III.*, Trnava, 2003, s. 225 – 240.

¹⁰ Tvrdenú skutočnosť, že ide o mestskú knihu, podporil zápis originálnej poznámky k spomínanej pokonávke o závete Hanusa Graffena uvádzajúci, že závet sa nechal zapísať aj do „do mestskej knihy“ („*das sy den sprucht haben in statt Buch lassen vermerken und verschreiben*“). RÁBIK, V.: *Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495*, s. 97.

len jej časti, dotýkajúcej sa fundácie farského kostola sv. Mikuláša) vdovy, vznešenej pani Barbary, manželky Ondreja Pognara z roku 1512¹¹.

1. K prameňom dedičskoprávnej úpravy v mestskom práve Trnavy

Výskum ranonovovekých testamentov poukázal na všeobecnú právnu úpravu dedenia v mestách, ako ich prezentuje Š. Luby v Dejínach súkromného práva na Slovensku¹². Princípy, ktoré uvádza, sú zhodné a aplikovateľné i na Trnavu, hoci musíme v spojitosti s trnavským dedičským právom a právnymi obyčajami venovať pozornosť otázke zákonnej, takpovediac normatívnej roviny súvisiacej so závetmi. Už obvyklou neblahou skutočnosťou zostáva, že akty normatívnej povahy v stredovekom práve (a najmä ak ide o oblasť zaradenú dnes k súkromnému právu) skôr absentovali v písanej podobe a mestá (nevynímajúc Trnavu) sa spravovali vlastnými právnymi obyčajami, realizovanými najmä a predovšetkým v rozhodnutiach mestského a neskôr aj apelačného súdnictva (v prípade Trnavy tavernického súdu) a nesporovými agendami zápisov do mestských kníh.

Pre skúmané odvetvie dedičského práva sa v úvode prihliadne na originálne znenie výsadnej listiny z roku 1238, ktorá právo dediť definovala dosť všeobecne za podmienky právneho partikularizmu: „nikto z nich nesmie svojej dedičstvo alebo nehnuteľný majetok, nachádzajúci sa v chotári ich mesta, komukoľvek odpredať alebo darovať, ak len nie tomu, ktorý nám bude preukazovať podobnú službu ako mešťania tohto mesta. Ak niektorí z nich umrú bez dediča, majú právo poručiť svoj hnutel'ný majetok komukoľvek budú chcieť“¹³. Jednoduchou konklúziou možno teda vyvodiť záver, že uvedené výsady umožňovali slobodne nakladať so svojím majetkom, predovšetkým s nehnuteľnosťami, za obligatórnej podmienky voľby sukcesora z radov tunajšieho mešťanstva, čím sa prirodzene podporovala pôvodná domáca komunita v prevodoch a prechodom mestských nehnuteľností. Druhé ustanovenie podporilo voľnú dispozíciu s majetkom v rozsahu slobodnej voľby univerzálneho právneho nástupcu, ako aj singulárneho sukcesora – odkazovníka výhradne hnutel'ného

¹¹ Oba zápisy aj ich preklad vid' v prílohe III. s prihliadnutím na ich význam vzorov nepočetne zachovaných, neskorostredovekých trnavských závetov a dedičských pokonávok.

¹² LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Bratislava : Iura edition, 2002, s. 523 – 524 a 531.

¹³ „nullus ipsorum hereditates ... possessiones suas immobiles... vendere possit vel conferre, nisi ei, qui nobis consimile servicium .. exhibebit. .. quicumque sine herede decesserit, bona sua mobilia cuicumque voluerit, conferendi habeat facultatem. In MARSINA, R. (ed.): *Codex diplomaticus et epistolaris Slovaciae. Tomus II*. Bratislava : Obzor, 1987, s. 31.

majetku¹⁴. Práva priznané Trnave¹⁵ sa vzťahovali nielen na domáчих, ale rovnako i na hostí usádzajúcich sa v meste.

Pozornosť v súvislosti s intestátnym dedením v Trnave by sa mala sústrediť aj na normatívnu rovinu písanej podoby trnavského rukopisu Summy legum Raimundi¹⁶. O jej aplikácii v Trnave svedčí fakt, že ju pre potreby mesta v druhej polovici 16. storočia odpísal zrejme trnavský richtár, ktorého nemecký historik Krones v druhej polovici 19. storočia nesprávne identifikoval ako autora spomínanej zbierky¹⁷. Vzhľadom na fakt, že sa nám nepodarilo získať mikrofilm rukopisu, uloženého v rumunskom Brašove, kde má byť podľa poznámky prof. Rebra uložený¹⁸, nemožno zaujať dnes stanovisko k obsahu jednotlivých kapitol¹⁹.

Nie je náhodou, že praktické využitie Summy v tavernických mestách (tak i v Trnave) našlo svoje vyjadrenie aj v zbierke tavernického práva od Jána

¹⁴ „Item nullus ipsorum hereditates vel possessiones suas immobiles in ipsorum terminis constitutas cuiquam vendere possit vel conferre, nisi ei, qui nobis consimile servitium cum civibus ipsius ville exhibebit. Item quicumque ex ipsis sine herede decesserint, bona sua mobilia cuicumque voluerint, conferendi habeant facultatem.“, in *Codex diplomaticus et epistolaris Slovaciae. Tomus II*, s. 31; preklad uverejnený in *Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti I*. Bratislava: Národné literárne centrum, 1998, s. 128 – 130. Bližšiu charakteristiku výsad Trnavy uverejnil HÚŠČAVA, A.: *Najstaršie výsady mesta Trnavy*. Bratislava, 1939, s. 42.

¹⁵ V privilegii Bela IV. označenej pod názvom „Zumbothel“. Totožnú dispozíciu s meštianskym majetkom ustanovil o približne dve storočia neskôr aj Menší dekrét Žigmunda Luxemburského z 15. apríla 1405. Publikovaný v DÖRY, F. – BÓNIS, G. – BÁCSKAI, V.: *Decreta regni Hungarie, Gesetze und Verordnungen Ungarns 1301 – 1457*. Budapest : Akadémia kiadó, 1976, s. 189 – 212, MALÝ, K. – SIVÁK, F.: *Dejiny štátu a práva v Česko-slovensku do roku 1918*. Bratislava : Obzor, 1992, s. 96.

¹⁶ Trnavskému exempláru Summy sa venoval v štúdiu REBRO, K.: Trnavský rukopis Summy Legum Raimundi. In *Slovenská archivistika*, r. 1969, s. 71 – 82. Rukopis Summy používaný v Trnave sa zaraďuje do D skupiny rukopisov, spolu s dvoma bratislavskými exemplármi je publikovaný v nemčine, aj keď jeho jazyk je už novší a preklad bol urobený podľa neznámej predlohy, odlišnej od bratislavských rukopisov. Bližšie REBRO, K.: Summa Legum Raimundi v mestskom práve na Slovensku. In *Sborník filozofickej fakulty UK*, Bratislava, roč. XV, 1964, s. 163.

¹⁷ REBRO, K.: *Trnavský rukopis Summy Legum Raimundi*, s. 71 - 72. K. Rebro uvádza, že Summa progresívnymi prvkami pomáhala vyplniť existujúce medzery v mestskom práve a prispôbovala ho novým výzvam a požiadavkám neskorého stredoveku popri stabilizačnej funkcii. Prirodzeným spôsobom mestské právo aj unifikovala pre potreby slovenských resp. uhorských mestských centier. Pozri bližšie tiež GÖNCZI, K. : *Ungarisches Stadtrecht aus europäischer Sicht*. Frankfurt am Main : Klostermann, 1997, s. 193. Autorka uvádza aj podstatnú bibliografiu k tejto téme.

¹⁸ REBRO, K.: *Trnavský rukopis Summy legum Raimundi*, s. 72, pozn. 8.

¹⁹ V prílohe I. sa publikujú aspoň ich latinsko-nemecké označenia.

Thuz de Laak, ktorá Summu pripojila ako svoj dodatok²⁰. Zbierka tavevníckého práva (*Articuli iuris tavernicalis*) priniesla predovšetkým prepotrebnú, aj keď nedostatočnú, orientáciu v spleti nejednotnej judikatúry súdov slobodných kráľovských miest, ktorou sa aj Trnava riadila ako jedno z pôvodných tavevníckych miest. Z početných zachovaní a vydaní jeden jej nemecký rukopis z druhej polovice 16. storočia zaradil do tretej knihy články dedičského práva a ich obsah sa počas nasledujúcich storočí aplikoval i v Trnave, čo možno bezpečne dedukovať z výskumu obsahovej stránky testamentov z obdobia novoveku²¹. Na druhej strane ale v uvedenej časti zbierky absentovali články kodifikujúce dedenie zo zákona, je preto zrejmé, že uvedená oblasť právnych vzťahov sa ponechávala aplikácii dovtedajšieho obyčajového práva každého mesta, o ktorom sa možno dozvedieť aj výsledkov právnej (resp. testamentárnej) praxe²².

Okrem uvedenej zbierky je vhodné spomenúť aj iné v Trnave používané dielo zo 16. storočia, ktoré by malo byť uložené v knižnici Univerzity v Blatnom Potoku. V nej sa má uchovávať latinský rukopis *Annales seu tabulae chronologicae ... a Pantaleone Candido Austriaco*. Jeho tretia časť pojednávala o *factis testamentariis*, konkrétne sa modelovali rôzne právne situácie dedičskej postupnosti *descendentov*, *ascendentov* a manželov, riešili sa otázky dedenia *aviticitného* a *nadobudnutého* majetku²³.

Prehľad podstatných prameňov dedičskoprávnej úpravy zakončí odkaz na úpravu dedičského práva vo *Werböczyho Opus Tripartite*. Jeho autor v prvej časti sumarizoval (okrem iného) podstaty dedičského šľachtického práva a príslušné ustanovenia uvedenej „syntézy“ uhorského šľachtického obyčajového práva sa prakticky využívali aj v slovenských mestách, Trnavu nevynímajúc, v ktorých sa najmä po Moháčskej porážke usádzala vo väčšej miere uhorská šľachta. Extenzívny výkladom šľachtického práva pre

²⁰ MICHNAY, A. – LICHNER, P.: *Ofner Stadtrecht von MCCXLIV – MCCCCXXI*. Bratislava 1845, s. 13, MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*. Bratislava : Veda, 1985, s. 54 – 56, Autorka uvádza súpis odpisov zbierky procesného práva (prvé vydanie *Articuli iuris tavernicalis* z roku 1479), v jednom odpise z druhej polovice 16. storočia sa nachádza aj explicit bratislavského latinského rkp. Summy, s. 55.

²¹ Vid' jej obsah v nasledujúcej kapitole. Dedenie *ab intestato et testato* podľa trnavskej závetnej praxe zo 16. storočia. Zo skorších štúdií autorky vid' napr. ŠVECOVÁ, A.: *Ustanowienie dziedzica w testamencie a dziedziczenie beztestamentowe w prawie węgierskim : analiza praktyki z pierwszej połowy 19 wieku w mieście Trnawa*. In *Czasopismo prawnohistoryczne*, Tom 60, zes. 1, 2008, s. 215-230; ŠVECOVÁ, A.: *Formálno-právna stránka závetov trnavských mešťanov z prvej polovice 19. storočia*. In *Slovenská archivistika*, roč. 42, č. 2, 2007, s. 53-77; ŠVECOVÁ, A.: *Dedičské právo mešťanov v novoveku : (východiská a základné schémy na príklade slobodného kráľovského mesta Trnavy)*. In *Stát a právo v období absolutismu : sborník*, (ed.) Karel Schelle, Ladislav Vojáček, Masarykova universita: Brno, 2005, s. 132-153.

²² Na zmienenu tézu upozornila MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*, s. 44.

²³ HARSÁNYI, I.: Buda, Pest, Kassa, Bártfa, Nagyszombat, Poszony, Eperjes, Sopron városok polgári jogai és régi szokásai. In *Történelmi Tár*, 1909, s. 52 – 87.

novousadených mešťanov – šľachticov sa v dovtedy uzavretej komunite s prevahou remeselníkov a obchodníkov vedno s aplikáciou a realizáciou súkromnoprávných inštitútov šľachtického práva (aviticinný majetok, delenie majetku mužskej a ženskej vetvy) v Trnave (a podobne aj v ďalších mestách) vytváralo nové mestské právo, blízke svojou povahou, charakterom a východiskami šľachtickej societe, pri zachovaní podstaty vlastníckeho a tiež dedičského práva platného pre mešťanov v minulosti (majú sa na mysli právne pomery spojené s koakvizíciou, rovnosťou dedičov z hľadiska pohlavia, práva manželky na dedičný podiel z dedičstva po manželovi). Prvá časť Tripartita riešila v samostatných článkoch²⁴ (včlenených medzi články o vlastníckych vzťahoch manželov, majetkového spoločenstva rodinného nedielu, nárokoch ženy – manželky, vdovy alebo nevesty, dedičnej delby) bezprostredne otázku dedičstva, druhov majetku vhodných na testovanie, okruhy subjektov určených za dedičov, nároky kráľovského fisku a iné otázky (ako imanentná súčasť vysporiadania potenciálnych dedičov – najbližších príbuzných sa vnímala delba kondivizionárov rodinného nedielu pred alebo po smrti otca, hlavy rodiny). Okrem toho Tripartitum v III. časti v čl. 14 (Ako treba nadobudnúť držbu dedičstva medzi občanmi?), v čl. 16 (Ako treba medzi občanmi prevziať do držby dedičstvo a jeho príslušenstvo?) riešil všeobecné otázky mestského práva spojeného výhradne s právnou formou (riadnou štatúciou) zviazanou s prechodom a prevodom práva k mestského, dedičnému nehnuteľnému majetku.

1.1. Dedenie zo zákona versus dedenie zo závetu podľa zbierky tavernického práva

Pomenovanie uvedenej tretej knihy je výstižné: „Volget die dritte Tractirung von den Testamentordnungen“²⁵. Jej dvadsaťjeden článkov možno zhrnúť podľa ich obsahu v nasledujúcich, zovšeobecňujúcich postulátoch, dotýkajúcich sa dedenia zo zákona aj zo závetu :

1, slobodná dispozícia so samostatne nadobudnutým majetkom muža (inter vivos aj mortis causa)²⁶;

²⁴ Odkaz príkladne na čl. 13, 17, 18, 19, 20, 21, 27, 29, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 50, 57, 58, 64, 89, 99, 102 v I. časti.

²⁵ Publikované v preklade podľa MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*, s. 201 – 206 v prílohe II.

²⁶ *Item so iemand Erbschafften hat oder unbewegliche Gütter, wie die nun sein wollen, die oder welche er mit seiner eigenen Arbeit, Mühe et Expens erworben, ohne Verhinderung des Weibes, Kinder, Brüder, Schwester und anderer Blutsfreunde, hat er freywillige Macht von denselbigen zu verlassen, zu geben und zu legiren beide beim Leben, als im Sterben, wem er will, ohne Verhinderung allerley Verbot, die da geschehen sindt oder geschehen sollen.*

- 2, určenie zákonného podielu pre manželku a deti zo starootcovej a otcovej časti manželovho majetku²⁷;
- 3, ustanovenie o obvenení (Morgengab) pre manželku a zákaz manželovi testovať ho²⁸;
- 4, slobodná dispozícia (inter vivos a mortis causa) manželky so samostatným majetkom, nadobudnutým dedením po svojich rodičoch, rodine²⁹;
- 5, slobodná dispozícia (inter vivos a mortis causa) manžela so svojím samostatne nadobudnutým majetkom³⁰;
- 6, určenie zákonných dedičov samostatne nadobudnutého majetku (s výnimkou zariadenia domácnosti) manžela a manželky v prospech pozostaleho manžela/lky a spoločných detí³¹;
- 7, ustanovenie o možnosti deľby zákonných dedičov (synov) po smrti otca³²;

²⁷ *Item so iemand grossvätterlich oder vätterliche Erbschafft hette und durch Noth nicht bedrungen und in dem Fahl, das er nicht zur Erledigung seines Kopfs hat müssen dargeben, so er all sein Lebtage derselben Erbschafft gebraucht hette, alsdann gerathen die nemblichen Erbschafften aufs Weib, Kinder und die er zu Erben haben wirdt, nach erblichen Rechte.*

²⁸ *Item so einer ein Weib nemme und er zum Zeichen der Morgengab unbewegliche Güter, nemblich, gottgeb was für Erbschafften in Gegenwart frommer Mitbürger seinem Weib gebe, oder zu geben verspreche, von denselbigen soll er hinforter keine Macht haben, zu geben oder zu verlassen oder zu legiren, sondern das Weib soll sie besizen mit stetten erblichen Recht.*

²⁹ *Item so jemand ein Weib hat und sie von ihren Eltern Erbschafften hette, soll sie volkömbliche Macht haben zu geben, zu legieren, beyde bey ihrem Leben, als im Sterben, wem sie will.*

³⁰ *Item so ein Manne, gottgeb welches Weibes von seinen Eltern Erbgüter hette, oder andere Ding, welche oder wie die nun sein mögen, ein Testament legiret, soll er dergleichen volle Macht haben dieselbigen zu legiren, zu geben und nach seinen Wolgefallen zu verlassen, beyde beim Leben, als im Sterben.*

³¹ *Item so auf irgendein Weise auf dem Manne oder Weib etliche Güter gefielen, bewegliche und unbewegliche, ausgenommen das Hausgerath, durch eines oder der andern Absterben, nemblich des Mannes oder des Weibes, so sie Kinder haben, als dann sollen die auf den lebendigen Manne oder Weib, oder Kinder, so sie es erleben, zugleich gefallen dieselbigen mit Recht zu besizen.*

³² *Item in dem Fall, wo ein Mann stürbe, wann noch seine Kinder klein sindt, ohne irgendeine geschene Theilung, nach dem sie nun ins Alter kommen, so es sich zu trüge, das eine oder einer sich sollte verheirathen, die andern aber in Keuschheit lebten und das verheuratete Kind wollte seinen Theil nach gemachten Theilung haben. Zum ersten und für allen Dingen soll man einen ieden soviel von vätterlichen Güter geben, als viel zur*

8, o voľnej dispozícii rodičov z majetkom po oddelení synov a dcér a ustanovenie o zákonných dedičov t.j. pozostalého manžela/lky a detí (ak žijú) rovnakým dielom³³;

9, zákaz testovať bez súhlasu manžela/lky domáce zariadenie a náradie (tzv. Hausgerath)³⁴;

10, slobodná dispozícia len s určeným a oddeleným dedičským podielom³⁵;

11, možnosť testovať spoločne nadobudnutý majetok manželom iba so súhlasom manželky, zároveň určenie zákonného nároku jednej polovice z koakvizície³⁶;

Hochzeit des Verheurathen gegeben ist, ausgenommen das Haussgerathe, welche immerzu vom Manne aufs Weib gerathen und sollen vom Weib auf dem Manne gefallen. Was sonst etwas übrig ist, soll in gleiche Theil nach der Zahl der Kinderpersohn, beide Mannsbild als Weibsbild, oder der Mutter, die noch bey Leben sindt, gleichmessig getheilt werden.

³³ *Item wenn nun ein Theilung geschehen ist zwischen Brüder und Schwester, Vatter und Mutter, so sie im Brod voneinander abgesondert sindt, die Jungfrauen verheirathet sindt und die Söne in die Ehe getretten, alsdann kompt solcher Theil nicht auf die Brüder oder Schwestern, sondern wenn er will, hat er damit freyen Willen zuthun. So er aber, oder sie understirt angienge, es sey auf dem Mann oder das Weib, alsdann kompt ein solch Theil vom Manne aufs Weib und vom Weib auf dem Manne und so sie Kinder haben, auf sie gleichmessig zu theilen.*

³⁴ *Item Hausgerathe sind dise Ding: Weiberkleider wie die nun sindt, dergleichen auch Männerkleider, ein silberner oder übergoldter Gürtl, vier silberne Bächer oder weniger und nicht mehr, zwölf silberne Löffel und nicht mehr, Mans Waffen, Kuffen, Fass, alle Bettkleider wasserley Condition die sein, alle Zugehöre so zum Bau der Weingärten gehören und zum Ackerbauen von Nöhten ist. Diss alles soll nach dem Todt des Mannes aufs Weib und nach dem Todt des Weibes auf den Mann gefallen nach Erforderung der Gewohnheite der siben Freystädte. Aber das diss Recht bey Kräfteften erhalten werde, wo der Mann in Gegenwart seines Weibes oder das Weib in Gegenwart ihres Mannes, sie oder er etwas legiren wolten mit Verwilligung der Partheyen und ohne Widerrede, gottgeb wenn ers legirte aus Willen der Partheyen, so mag ers legiren was oder wem er will.*

³⁵ *Item so iemand erbliche Gütter kauft hette und derselbigen ihre Namen von wem oder von welchen die erblichen Gütter kauft sindt, besonders in den Stadtbrief verschrieben werden laut der Intitulirung ihrer Namen unangelegen, wer es aus ihnen kauft hat, soll ein ieder unter ihnen gleichen Theil haben von den erblichen Güttern. Und so iemand aus ihnen ein Testament oder ein Vergebung sich zu thun unterstunde, so kann ers allein was sein Theil anbetrifft thun, von dem andern soll er allzumahl stillschweigen.*

³⁶ *Item so irgendein Mensch zuletzt testiren solte von den Dingen, die er mit dem Weib zugleich versamlet und erworben hat, in Gegenwart des Weibes und ohne ihre Verbot, dasselbige Testament soll für kräftig gehalten werden. Wenn es aber das Weib höret und ein Verbot darauf thut, wofern es nur glaubwürdigen Persohnen bewusst ist, das sie es ehrlich und treulich miteinander erworben haben, alsdann soll mann dem Weib rechtes und gleiches halbes Theil aller Gütter durch sie, wie vorgemeldet, erworben, zutheilen dieselbigen für und für zu besitzen.*

12, zákaz testovania v prospech neusporiadane žijúcich potomkov na ujmu ostatných detí³⁷;

13, ustanovenie o prepadnutí zákonného podielu z koakvizície nemravne žijúcej manželky v prospech jej manžela³⁸;

14, zákaz testovať otcovskú časť v prospech syna heretika, odpadlíka od viery, príslušníka osmanského (tureckého) náboženstva³⁹;

15, ustanovenie o právnej disproporcii manželských a nemanželských detí, ktoré nemajú nárok na rovnaký podiel ako potomkovia pochádzajúci z legitímneho manželského zväzku⁴⁰;

16, ustanovenie o neplatnosti testamentu (výnimku tvorí testament v prospech legátov), ktorý ukracuje veriteľov⁴¹;

³⁷ *Item so ein Mensch nach seinem Absterben etliche Ding oder Güter den Söhnen oder Töchtern verliese unnd so der Sohn ein Schalck, ein Spieler, ein Brasser, ein Zubringer der Dinge und Vätterlichen Güter und ein Hurer were, oder die Tochter ein unehrlich Leben führende, das Lob der Eltern beflecken, solte sich selbs zur Unzucht begeben oder würde zu einer Ehebrecherin, alsdann sollen solcher Theil nicht auf sie, sondern auf die andern Brüder und Schwestern, die ein ehrliches Leben führen, gewendet und durch die That entzogen werden. Wo aber Bruder und Schwestern nicht sindt, sollen andere, gottgeb was für Bluthfreundt, die ein ehrliches Leben führen, mit Recht dieselbigen Güter besitzen nach stetem erblichen Rechte.*

³⁸ *Item so ein Mann ein Weib hette, die ein Hure und Ehebrecherin were unangelegen, das sie die beweglichen und unbeweglichen Güter zum Manne bracht hat, wofern nur diss durch ein Geschrey den Nachbarn zu Ohren bracht wird der Mann es selbs merckhete und sein Gewissen besorgete, so sie in ein Kranckheit fele, kann sie kein Testament machen, denn sie hat alles Recht, das sie in dem erblichen Gut gehabt und beweglichen Gütern aus Mittel des begangen ...asters, wie vorbemeldet, verlohren, sondern die Güter sollen ohne Schaden auf den Mann gefallen.*

³⁹ *Item so irgedein Mensch in seinen Testament, denen Söhnen oder Sohne von seinem erblichen Gut und beweglichen Dingen etwas verliesse und der nembliche wollte sich mit denselbigen beweglichen Gütern zu einen untreuen Nation begeben, hienge derselben an unnd hielte mit ihr Gemeischaft, als nemblich die da Vilephysten seindt, Spaltungstifter, Türcken und so er den Christlichen Glauben gering achten und dieselbige müßbreuchliche Secten preisen sollte und geb für er wolle zwischen sie ziehen, ein solch Theil einen solchen legirt soll ihm nicht gelassen werden, sondern so er leibliche Brüder oder Schwestern haben würde, von den man sagt, das sie ein gutes Lob und ehrlich Leben führen, soll mans denselben zutheilen und verzeichnen mit stetem Recht zubesitzen. So er aber nicht Brüder hat, so soll mans andern seinen Bluthfreunden, die ein ehrliches Leben führen, durch die That geben zu besitzen.*

⁴⁰ *Item so einer ein ehelich Weib hat und er in der Testirung zulezt den natürlichen Söhnen mit den ehrlichen Söhnen erbliche Güter und beweglichen Dingen etwas verliese, also das sie gleiche Theilung empfangen sollten in den erblichen Gütern, allsdann nach Erforderung der Gewohnheit vo Alters her der Städte können die natürlichen Söhne mit den ehelichen Söhnen nicht Theil haben, unangelegen, das die ordentliche Testierung auf irgendeine Weise oder durch iemand geschehen ist.*

17, ustanovenie o neplatnosti testamentu spísanom klamlivým, podvodným spôsobom⁴²;

18, zákaz vydedenia potomkov a uzákonenie zásady neopomenuteľných dedičov- legítimných potomkov⁴³;

19, možnosť dedičnej delby synov v prípade uzavretia nového manželstva otca alebo matky⁴⁴;

⁴¹ Item so halt, welcher Mensch ein Testament machte von seinen beweglichen und unbeweglichen Gütern dem Weib, Kindern aufs Bauen der Spytalkirchen, oder befiehlte denen Armen, Almosen, gottgeb wie, oder halt welchen auszutheilen und so er Schuldner haben wirdt, die mit gnugsamer schriftlichen Beweisung über ihren Schulden gefestiget sindt, als nemblich der geschwornen Bürger oder anderer glaubwürdigen und ehrlicher Leute dasselbige Testament soll nichts gelten, das er zum ersten gemacht hat. Es sey dann, das von den nemblichen Gütern, wie es die Verrichtsleute und ehrliche geschworne Bürger dem Recht zugleich gemess und seinen Heil duncken wirdt nach seiner Weise den Schulden bezahlet wirdte und gefragt, ob auch die Erben etwas besizen oder auf Almosen der Armen auszutheilen etwas gegeben soll werden.

⁴² Item so ein Testament gemacht wirdt durch irgendeinen Auslendischen Schuzerben, Khauffmanne oder Einwohner, auf des man ihn aus fürgesezten Betrug aufs allerherrlichste ein Begräbnüss seinen Leihe wegen seines Absterbens erzeugen solle, derhalben nach Erfoderung der Zeugen er in seinen Testament den Brüdern legierte, wo er ihn nun eine Stelle seines Leibs begrebnüss deputiert hat und verliesse 100 Fl. in Gold mit Bemeldung eines Mitburgers, der sich wol gehabt in der Stadt gesessen und spreche, das er bey ihm habe im Einlag 200 oder 300 Fl. im Goldt und bemeldet der gleichen den andern dritten und vierden Mitburger, der ein wohlhabender Manne ist, bey welchen gleicherwiese in so grosser oder grösserer Summa, denn vorgesagt ist, sein Geld wehre und der nemblich alles im Testament legierte einer Kirchen, so viel einem Altar so viel, den Witben und Armen so viel, den Brüdern und Priestern so viel und diss nembliche Testament geschehe im Abwesen derselbigen Bürger, bey welchen er fürgegeben, das sein Geld eingelegt were. Endlich aber wenn er nun gestorben, die, welchen er testamentlich legiert hat, zu denselbigen Bürger giengen und begehreten, das sie der Summa des Gelds durch den Testierer, wie vorgesagt, verlassen ein Bezahlung thun solten, sie aber antworteten: Wir kennen den Menschen nicht, wir haben weder sein Geldt gesehen, er hat wol viel mögen testieren, aber es ist niemand, der das Testament verrichte. Denn weil es kein effentlich Zeugnüss hat, soll es für nichts und undüchtig gehalten und gesprochen werden.

⁴³ Item wo iergendein Mensch Söhn hette, die ein ehrliches Leben führeten, das Gerücht ihres Lob verwhreten, die Güter der Eltern glücklich regiereten und arbeiteten nach den Willen Ihrer Eltern, ihnen ihre Bürden neigerten und gehorsam befunden werden und theten iegliche Arbeit zur Ermehrung der vätterlichen Erbgüter mit Schweiss und aus Willen ihrer Eltern sich in den Ehestand begeben. Welches, wo es nach seiner Weise den Nachbarn bekannt ist und bewust, so können sie nicht vom denn vätterlichen Erbtheil ausgeschlossen werden, sondern man soll ihnen ihr Theil volkömblich von denn vätterlichen Gütern geben, ja, nach der Eltern Absterben solen billich solche Güter auf die frommen Erben gefallen. Doch das diss unversehet erhalten werde, das wo etliche Eltern von ihren Gütern für ihren Seelen Heil testamentametlicherweise etwas legieren solten.

⁴⁴ Item wo solchen Söhnen, die ein ehrliches Leben führen unter beiden Eltern der Vatter überlebte und ein ander Weib nehme oder die Mutter überbliebe unnd einen andern Mann nehme und solche Sohne köndten wegen des Stiefvatters oder der Stiefmutter nicht beysammen bleiben, wie es den gemeiniglich pflegt zu geschehen, so können sie billich ihr

20, ustanovenie o strate nároku na dedičstvo pre potomkov pri urážke, útokoch na rodičov – zákonné ustanovenie slobody testovania rodičov v prospech tretích osôb⁴⁵;

21, možnosť testátora bez zákonného dediča testovať v prospech tretej osoby (opatrovníka) za podmienky recipročne poskytnutého zaopatrenia a všestrannej pomoci až do smrti testátora⁴⁶;

2. Dedenie ab intestato atque testato podľa trnavskej závetnej praxe zo 16. storočia

Zo znenia originálnych závetov z uvedeného fondu Testamentales, možno vyvodit' všeobecnejšie závery, ktorých výpovednú hodnotu oslabuje len pomerne malý okruh dotknutých testamentov (157 originálnych listín). I preto vedec musí prihliadať na skutočnosť sondážneho výskumu a bádateľský rámec pre budúcnosť rozšíriť o teritoriálne blízke fondy, keď už trnavský fond neposkytuje väčšiu kvantitu zachovaných archiválií. Odhliadnuc od reštriktívneho archívneho materiálu samotná obsahová matéria metódou analýzy umožňuje excerptovať a syntetizovať nateraz len

Theil, beide in erblichen Gütern, als in andern Dingen, welche sie miteinander erworben, mit Recht haben.

⁴⁵ *Item so ein Sohn den Vatter oder Mutter mit Schelbworten entehren solte oder schlüge unnd seine Eltern es nur dem Richter und den geschwornen Bürgern mit Klagen ansageten, das es die Nachbarn hörten, so soll er all sein Theil, was er hette, sollen haben, von väterlichen Gütern, beide beweglichen und unbeweglichen, ia nach grossväterlichen, so etliche weren, wasserley (volajaké) Manier die sein wolten, durch die That verlieren und soll von denselbigen allzumahl abgesondert werden unnd die Eltern mögen sie geben, wem sie wollen.*

⁴⁶ *Item so irgendein Mensch, der nun alt worden ist, oder wird sonst mit Schwachheit bedrungen, bewegliche Güter und gute Erbtheil hete, welche er wegen der Schwachheit seines Leibes nich kann lassen bauen oder nicht köndte und er wehlete ihm einen glaubwürdigen Manne, auf welchen er den Stab seines Alters oder Schwachheit legen köndte ind spreche: Lieber Herr, oder Liber Bruder, oder Liber Freundt, siehe, ich bin mit Schwachheit des Alters umgeben, auch Andere Gebrechen haben mich bedrungen, also fern, das ich meinen Erbgütern nicht mehr vorstehen kann und ich will sie von mir nicht vergeben noch verkauffen, habe mir derhalben in meinem Gemüt fürgenommen, wo es dir gefellt, will ich alles in deine Hände begeben und werden unter deinen Gewalt sein, das du sie mit Bau erhaltest und wirst mir geben, solang ich lebe, was zur Nahrung und Kleidung von Nöthen thut. Auch das ich auch überhaben sey von dir und die dir zugehören, weil ich ein alter Manne bin, aller unbilicher Wort, so mir etwas entziehen und eine Entehrung zumasseten. Diss, wo du thut wirst nach meinem Abschied, will ich und verspreche, das alle meine Güter dein sollen sein, bewegliche und unbewegliche für und an zubesizen. So er verhiessen wirdt er wölle es allzumahl thun und thete ein Bekäntrnis in Gegenwart des Richters und der geschwornen Bürger und so er zulezt ehe den erstürber wegen seines Alters und wegen seiner Schwachheit, übel und unehrlich verhalten wirdt mit Hunger, Durst und Nackheit bedrungen wirdt und protestirte darüber oftermahls unnd liesse ihn in Gegenwart des Richters und der geschwornen Bürger dessenthalben fordern und wo es also gefunden wirdt, allsdann soll alle Bekantnuss widerrufen werden sampt dem Brieff und der alte Mann soll frey gesprochen werden mit seinen Erbgütern nach seinen Wolgefallen.*

zásady zachovávané v dedení zo zákona a zo závetu, ktoré možno zo závetných dispozícií verifikovať, a ktoré budú predmetom nasledujúceho prvostupňového a čiastočne preto schématického výkladu, ved' napokon o prvotnú schému ide.

Pochopiť vzájomný vzťah dedenia z oboch titulov znamená v materiálno-právnej rovine uvedenie si faktu, že testamentárne dedenie pri ustanovení dedičov vychádzalo zo zákonných limitov určiť za dedičov najprv zákonných dedičov, resp. pridržať sa právnych obyčají a v nich obsiahnutých zásad, o ktorých pojedná nasledujúca podkapitola (venovaná čiastočne aj špecifikám šľachtického dedenia zo zákona). Testátna prax a dedenie z nej v zásade mali tieto zásady a princípy rešpektovať, a pokiaľ možno ich neobchádzať.

2.1. Zásady zachovávané v dedení ab instato (zo zákona)

Všeobecný postulát supremácie právnej obyčaje nad zákonnou úpravou v stredovekom a čiastočne novovekom práve sa realizoval predovšetkým v súkromnom práve, t.j. v rovine dedičského zákonného práva sa prikláňali subjekty k uplatňovaniu dlhodobo uplatňovaných právnych obyčají, ktorých pôvod nech už bol akýkoľvek, sa obsahovo stotožnil s rímskym zákonným dedičským právom, ktoré povolávalo dediť zákonných potomkov a manželku cum manu v triede sui heredes⁴⁷.

V dedení zo zákona trnavská obyčajová úprava vyčlenila rovnako z okruhu rodiny, so svojou prirodzenou snahou všemožne chrániť i integrovať svojich členov v spoločnosti a stmelujúcom mestskom milieu, možné subjekty dedenia zo zákona, a to najbližších príbuzných. V súvisi zákonnej dedičskej sukcesie sa v minulosti (rovnako i v súčasnom dedičskom práve) zdôrazňoval princíp neopomenuteľnosti descendentov – legitímnych potomkov, udomácnení zrejme už vo včasnom vývoji individuálneho vlastníctva a realizácie dispozičného práva s ním. Výlučnosť zákonných potomkov v postavení legitímneho dediča (pri opomenutí najmä manžela/lky ako dediča/čky), s poukazom na mnohé znenia skúmaných závetov a ich preferencia pred inými dedičskými skupinami vychádzala zo zákonnej úpravy posilňujúcej rodinné väzby a prirodzeným spôsobom kompenzovala neraz aktívnu účasť potomkov (dospelých) na rozmnožení pozostalosti za života rodičov, poručiteľov. Descendenti sa nominovali spolu s manželom/kou za zákonných dedičov prvej dedičskej skupiny⁴⁸ za

⁴⁷ BLAHO P. – ŽIDLICKÁ M. – HARAMIA I.: *Základy rímskeho práva*. Bratislava : Manz, 1997, s. 150.

⁴⁸ Formula *institutionis haeredis* dedičov prvej skupiny: „*domum autem suam in hac civitates habitam, cuius media partem pro dote, reliquit marito suo Georgio Hrachowecz iur perpetuo, alteram mediam partem dictis orphanis suis filio Michaeli et filiae Margarethae supranominatis.*“ – 3-4-33. Dedenia potomkov spolu s pozostalým manželom v rovnakom dedičskom podieli, in 3-1-4, 3-3-30, 3-2-5, 3-4-35, 3-3-43, 3-4-5 a pod.

dvoch podmienok, že bližší príbuzní (vo význame dedičov rovnakého stupňa) vylučovali vzdialenejších (dedenie per capita) a vzdialenejší potomkovia dedili len podiel pripadajúci na ich predka ako zákonného dediča (napr. dedenie vnukov, na ktorých pripadol rodičovský podiel – in stirpes). Podiely pozostaleho manžela a detí boli pritom rovnaké, keď doslovné znenie zbierky tavernického práva uvádzalo: „Ak zomrie on (muž) alebo ona (žena), potom podiel muža pripadne žene a podiel ženy mužovi a ak majú deti, rozdelia sa s nimi rovnakým dielom“⁴⁹. Dedenie v prvej zákonnej dedičskej skupine (dedenie potomkov výlučne prípadne i spolu s pozostalým manželom/ou) predstavoval zachovanej vzorke 157 závetov 94 rozhodnutí institutionis haeredis v prospech dedenia descendentov (cca 60 %).

Práva ešte nenarodených detí sa chránili možnosťou odkázať v testamente príslušný podiel nasciturovi. Tak testoval trnavský občan Baltazár Kolderer 21. júna 1568, zanechajúc svojmu nenarodenému dieťaťu dom a vinice. Len ak by zomrel, manželka si má rozdeliť pozostalosť s Koldererovými bočnými príbuznými⁵⁰. Dedičská postupnosť v prospech právom chránených osôb - pohrobkov sa uzákonila pre šľachtu v Tripartite II. časti čl. 62 a 63⁵¹, čím sa ošetrili dedičské práva nascitura aj zákonnou formou, dovtedy chránené len obyčajovou formou. Práva nedospelých potomkov opätovne chránila inštitúcia poručníkov a kurátorov⁵².

V kontexte vzájomného manželského dedenia je nutné podotknúť, že inštitút spoločne nadobudnutého majetku manželov – koakvizície (pôvodne rozvíjaný ako meštiansky právny inštitút) bol predmetom dedenia v prospech pozostaleho manžela, pri ktorom sa testátor neobmedzoval v nakladaní s príslušným koakvizíčným podielom ani formou testátneho určenia dediča – obvykle manžela/lky ako univerzálneho dediča celej koakvizície, prípadne i celej pozostalosti poručiťa/ky. Závety však na uvedený inštitút iste prihliadali, keďže testátor mohol nakladať len s polovicou podielu s koakvizície. Dedenie najmä pozostalých manželiek je

V závete Vavrinca Szabóa sa uvádza, že deti sú jedinými dedičmi, keďže manželka poručiťa už nežila, 3-3-43.

⁴⁹ Citované podľa MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*, s. 202, na uvedený prípad tiež upozornil LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 530.

⁵⁰ 3-2-11, podobne aj v 3-2-6, 3-3-30.

⁵¹ „*Posthumi autem sunt, qui post humationem seu sepulturam patris legitime nascuntur, et dico notantur legitime, quia si partus facta humatione viri, post decem menses fieret; tunc infant ille, recte, de iureque posthumus non docetur, non enim ex thoro, semineque mariti defuncti, sed potius ex fornicatione mulieris praesumeretur in lucem prodire. Et hi omnes, tam concepti, etiam nati, et posthumi legitime tamen generati, et iuribus paternis aequaliter semper succedunt*“.

⁵² 3-2-7, 3-4-41.

zachytené vo viacerých závetoch, no vo všeobecnosti platilo, že pozostalý partner dedil prednostne, ak nie sú priami potomkovia, na čo poukázal testátor Ján Pogner⁵³.

Druhú zákonnú skupinu dedičov tvorili ascendentí a kolateráli, ktorí dedili rovnakým dielom, čo do výšky svojich podielov pri zachovaní dedičských nárokov oboch pohlaví. Účasť bočných príbuzných a ascendentov na dedení zo zákona sa riadila vo svojej podstate subsidiárnym princípom, umožňujúcim vzájomne dediť, len ak nebolo neopomenuteľných dedičov prvej skupiny⁵⁴. Uvedenú právo v zákone testamentárna prax Trnavy v samostatnej nadobudnutom a hnuťnom majetku dodržiavala tak, že sa testovalo v prospech priamych príbuzných, manželky, a rodičia, boční príbuzní, prípadne tretie osoby dedili menšie podiely a peňažné sumy⁵⁵.

Vo vzťahu k sukcesii colateralis a ascendetium sa však dodržiavala zásada, že dedičný majetok dedili príbuzní pôvodnej rodiny poručiťa (teda rodičia a súrodenci poručiťa podľa princípu paterna paternis, materna maternis)⁵⁶. Naplnenie uvedeného modelu bolo ovládané zásadou subsidiarity, čo znamenalo, že dediči druhej skupiny nastupovali len vtedy, keď nebolo dedičov prvej skupiny a aj medzi skôr prevládali kolateráli než ascendentí, čoho dôkazom sú niektoré trnavské testamentárne dispozície⁵⁷. Do pozornosti sa tu musí predsunúť nie tak zriedkavý variant deľby dedičstva medzi manželku a súrodencov pri absencii potomkov⁵⁸. Tripartitum v I. časti (čl. 47) uzákoňuje zákonný nárok bočných príbuzných (len bratov) muža bez dedičov zo zákona a zo závetu

Boční príbuzní (bratia, sestry a ich potomkovia) sa vyskytovali aj v inej súvislosti, a to s dedičskými spormi. Častejšie vystupovali ako aktívne

⁵³ 3-1-10.

⁵⁴ „so mein Son Hannsell one leibes Erben mitt todt abging, soll mein Haus Wirdt meinen zweyen Schwester, Katharina Mathes und Margareta Wirselschwarin die leitten zu Windisch Nußdorff beden der kyrchwingarten gelassen indenoch ihren Kindern zustellen“ – 3-3-36, alebo „reliqua omnia quocunque nomine tandem appelrvi aut dici possint .. mobilia, ubicunque locorum tandem sint, premisa sub conditione , decedente nempe filia mea Catharina ante nubile annos, vel sine haerede, in quatuor partes aequales divido, unam nempe quartam partam lego consanguineis meis propinquieribus a patre ut duo descendencium tres partes alias lego consanguineis meis a matre, vel in materna linea posititis.“ – 3-4-41, podobne tiež 3-4-36, 3-4-47.

⁵⁵ Príklad závetu Eleny, vdovy po Jánovi Statlerovi, ktorá rozdelila všetok svoj majetok na dve polovice, jednu z nich určila deťom a druhú bratovi Valentínovi, ktorý sa mal postarať aj o jej potomstvo, 3-1-18, podobne 3-1-1.

⁵⁶ LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 530.

⁵⁷ 3-1-26, 3-1-29, 3-1-34, 3-2-4, 3-1-8,

⁵⁸ 3-2-12, 3-2-29, 3-3-33, 3-3-37.

legitimovaní, dožadující sa v žalobnom petite svojho zákonného dedičského podielu (podľa zásady *materna maternis paterna paternis*) na úkor dedičov zo závetu, napr. testament Anny Šimoničovej zo 7. apríla 1588 spomínal nevyriešený spor o dedičstvo po prvom manželovi Jakubovi Remenárovi, na ktorý si robila nárok jeho sestra Alžbeta a ako právny dôvod uvádzala opätovný vydaj testátorky⁵⁹, alebo priamy odkaz v závete Sebastiana Venteya ako bezdetnému z 2. marca 1665, ktorý zanecháva svojej milovanej matke za jej pomoc pri nadobudnutí testátorovho samostatne nadobudnutého majetku⁶⁰.

Obvyklým sa stalo odkazovať menšie peňažné obnosy v prospech cirkvi na účely *pias causas* (pobožného účelu na spásu duše – *pro remedio animae*)⁶¹. Pokiaľ nebolo žiadnych zákonných dedičov, poručiteľ mohol zriadiť závet v prospech tretej osoby alebo dedičstvo pripadlo mestu ako odúmrt'⁶². V zložitej situácii, komu pripadne majetok bezdetného poručiteľa, opomínajúceho i vedľajších príbuzných ako zákonných dedičov (znásobené i absenciou dedičov zo závetu), sa právna obyčaj priklonila v podstate k stavovskej príslušnosti deficianta, keď pre mešťanov na post povolaného subjektu z titulu odúmrtie určil mesto a v prípade šľachty kráľovský fiskus. Ešte i v čase 17. storočia zákonné články LXXXVII/1647 a XVI/1649 riešili túto právnu situáciu v slobodných kráľovských („in teritoriisque liberarum regiarumque civitatum“), ako aj v kráľovských a zemepanských mestách („oppidorum“) odvolávajúc sa na staré obyčaje („in antiquis ipsarum, in longo usu roboratis iuribus“), ale in concreto na mestskú šľachtu sa vzťahoval osobitný § 2 z čl. 16/1649, ktorý uzákonil zákaz priamej devolúcie dedičstva na mesto, keďže dedičstvo malo byť najprv predmetom súdneho konania riadnych šľachtických súdov – sedrie alebo najvyšších kráľovských súdov⁶³. Pri previnení *nota infidelitatis* celá pozostalosť prechádzala priamo na kráľovský fiskus⁶⁴.

Podstatný znak dedičského práva bez rozdielu uplatňovaného dedičského titulu, dodržiavaný hlavne v dedičskom práve šľachty, vývojovo neskôr aj

⁵⁹ 3-4-33.

⁶⁰ „*Proinde omnia bona mea superius specificata domine matri mee lego in perpetuum et quidem libera libere.*“ – 3-3-23.

⁶¹ 3-4-13, 3-4-20

⁶² Uvedené dedičské skupiny potvrdzujú všeobecné závery k dedeniu v mestách in LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 530- 531.

⁶³ „*In bonis vero, seu domibus nobilitaribus et totaliter exemptis, intra vel extra moenis civitatum habitis, nullam civitates devolutionis iurisdictionem habeant et bona ejusmodi non ipsarum, sed suae majestatis collationi, etjudicatu dominorum iudicum regni ordinariorum, et comitatu subsint*“ – z. čl. XVI/1649 § 2.

⁶⁴ Tripartitum v I/čl. 16.

u mešťanstva (koláciu však nepotvrdili skúmané závety pre ich zostručený formulár koncentrujúci sa na distribúciu aktív a pasív v prospech závetne určených dedičov a odkazovníkov), predstavovala povinnosť zachovávať kolačný princíp (collatio) – započítanie vecí, ktoré potomok (alebo dedič) dostal už za života poručiteľa, do jeho dedičského podielu⁶⁵. Z vyjadrenia o spravodlivom rozdelení dedičstva medzi manžela a synov v závete Kataríny Kováčovej z 9. marca 1579 možno dedukovať, že sa realizovala aj uvedená zásada⁶⁶. Do dedičského podielu sa preto zarátavali bežne poskytované bezodplatné plnenia, s výnimkou drobných príležitostných darov a tiež darov, ktoré darca preukázateľne nepovažoval za vhodné zarátat⁶⁷. Pre ženy znamenalo uplatňovanie kolácie započítanie vecí odovzdaných ex titulo quartae puellaris⁶⁸. V tejto súvislosti je vhodné podotknúť, že totožné chápanie inštitútu kolácie pozná aj súčasné právo⁶⁹.

Princíp kolácie vyjadroval prirodzenú spravodlivosť pre jednotlivých potomkov, nadobúdajúcich týmto spôsobom rovnako určené podiely z dedičstva a zároveň v sekundárnom význame sa dotýkal a riešil descendentné dedenie, v skutočnosti veľkosť dedičských podielov oddelených synov (prípadne dcér). Kolácia sa uplatnila hlavne vtedy, keď dochádzalo k rodinnej deľbe (divisio) a osamostatneniu, emancipácii dospelých synov alebo k vydaju dcér, jej význam bol teda multiplikačný, rozširujúci sa aj na prípady už oddelených potomkov, nadobúdajúcich konkrétne časti poručiteľovho alebo spoločného majetku rodiny, ktoré sa im započítali pri následnom dedičskom konaní po otcovi, matke, ascendentovi alebo vedľajšom príbuznom⁷⁰. So zmienenou možnosťou uplatnenia

⁶⁵ V rímskom práve sa počítalo s ňou v zmysle nevyhnutnosti vnieť, započítať vlastný majetok emancipovanej osoby do pozostalosti majetku, aby sa mohla rozdeliť medzi všetkých spoludedíčov. Bližšie BLAHO P. – ŽIDLICKÁ M. – HARAMIA I.: *Základy rímskeho práva*. Bratislava : Manz, 1997, s. 140.

⁶⁶ 3-4-26.

⁶⁷ LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 516.

⁶⁸ Trip. I/čl. 101, § 4: „*si filiae portiones, de rebus mobilibus paternis, post eius obitum non tulerunt, nam hoc modo portiones huius modi ad maritatem cedent; insuper et quartalia sua rehabebunt.*“

⁶⁹ Pre porovnanie uvádzame znenie § 484 OZ: „*Súd potvrdí nadobudnutie dedičstva podľa dedičských podielov. Pri dedení zo zákona sa dedičovi do jeho podielu započíta to, čo za života poručiteľa od neho bezplatne dostal, pokiaľ nejde o obvyklé darovania; ak ide o dediča uvedeného v ustanovení § 473 ods. 2 (potomkovia zákoných dedíčov 1. dedičskej skupiny – vnuci, pravnuci.), započíta sa okrem toho aj to, čo od poručiteľa bezplatne dostal dedičov predok. Pri dedení zo závetu treba toto započítanie urobiť, ak na to dal poručiteľ príkaz, alebo ak by inak obdarovaný dedič bol oproti dedičovi uvedeného v ustanovení § 479 (neopomenuteľní dediči) neodôvodnene zvýhodnený.*“

⁷⁰ Kolačný princíp dodržiavali testátori v skúmaných závetoch a rovnako aj právny vzťah k oddeleným dospelým potomkom predstavoval dôležitú poznámku hodnú notifikovania v závetoch.

kolačného princípu počítal aj článok 8 III. knihy tavernického práva, ktorý ale demonštroval nárok len na otcovskú čiastku oddeleného (ženatého) syna jednoznačne výjmcu tzv. Hausgerath patriaci vždy manželke⁷¹.

2.2. Náčrt praxe formálnoprávnych úkonov spojených so zriadením úkonov posledného poriadku

Na podklade jednotlivých závetov a ich záverečných koroboračných formúl môžeme rekonštruovať priebeh testovacieho aktu. Rozlišovali sa však dva druhy – verejný (pred dvomi svedkami a notárom vyslanými mestskou radou) a súkromný, zriadený pred piatimi svedkami s vyhlásením testátora, že s jeho obsahom súhlasí a že obsahuje skutočne jeho poslednú vôľu („letzter Wille, Testament/um, Satzung, Ordnung, ultima voluntas“). Trnava však zachovávala dlhodobú obvyčaj archivácie i súkromných nielen verejných závetov v archíve mestskej kancelárie. Vydavateľom v ojedinelých prípadoch sú aj cirkevné ustanovizne, príkladne závet Barbary Varatkyovej vydala Ostrihomská kapitula, pričom kapitula zdedila časť jej nehnuteľného majetku⁷².

Z mestskej praxe overovacích svedeckých klauzúl a signovania vieme, že za svedkov predovšetkým verejných závetov sa povolávali richtár, prísazní mesta a mestský notár i kňazi⁷³. Ich úlohou bolo: zostaviť text závetu, overiť platnosť úkonu poslednej vôle (najčastejšie ústnou výpoveďou testátora pred svedkami⁷⁴), ustanoviť svedkov za exekútorov závetu⁷⁵, odovzdať ho do archívu mesta alebo na iné bezpečné miesto, otvoriť a publikovať závet po smrti testátora, dozeráť na výkon závetu a prípadne i spravovať majetok pre nedospelých dedičov⁷⁶. Závety šľachticov reprezentuje napríklad Gregor Šibrik, ktorého závet bol confirmovaný kráľovskou listinou Ferdinanda I. roku 1553 a podobnú žiadosť adresovala

⁷¹ „und das verheurathe Kind wollte seinen Theil nach gemachten Theilung haben, .. ausgenommen das Haussgerathe, welche immerzu vom Manne aufs Weib gerathen“ – citované podľa MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*, s. 202.

⁷² 3-4-47.

⁷³ Tabuľku ich mien obsahuje diplomová práca ŠTULRAJTEROVÁ, K.: *Testamenty z rokov 1511 – 1600*, s. 21-22. Za svedka sa povoláva napr. v dvoch prípadoch kňaz a spovedník páter Osvald – 3-1-8, 3-1-6.

⁷⁴ Overovacia klauzula: „*Presentibus ibidem et ex ore meo prescriptum testamentum meum audientibus, et per me protestibus vocatis et requisitis ... mená svedkov .. hoc testamentum ex ore esdem testatoris sic excepi, sic audivis et propria manu transscripsi, per ipsum dominum Sebastianum Venthey ad hoc singulariter vocatus et requisitus*“ – 3-3-23.

⁷⁵ „*huius que testamenti mei, et ultime voluntatis mee tutores et executores: dominum Joannem Fedelhauzer te dominum Volfgangum Judeam de Chaste commisi et constitui*.“ – 3-3-23.

⁷⁶ Príklad závetu Jána Hybnera – 3-4-41.

na kráľovskú kanceláriu aj jeho manželka Veronika Péčová v roku 1556, ktorá sa realizovala sa v roku 1567 konfirmáciou Maximiliána II.⁷⁷ V dotknutom sa potvrdila platnosť šľachtických závetov, spoločenskú nadradenosť a zrejme sa i overila právna situácia nakladania so zdedeným (aviticitným) majetkom. Poukaz na uvedené konfirmačné listiny dokazuje, že panovník bol najvyššou súdnou inštanciou, a uvedenou praxou konfirmácie závetu sa mohlo predísť prípadným sporom v budúcnosti.

Záver

Obsah inkriminovaných článkov zbierky tavernického práva, vychádzajúc z prvotnej testovacej slobody v privilégii Bela IV. z r. 1238, pri porovnaní skúmaných, testamentárnych dispozícií indikuje záverečné zhodnotenie, že uvádzané charakteristiky a postuláty dedičského práva sa v nezmenenej podobe dodržiavali v sledovanom časopriestore mesta Trnavy a možno ich celkom prirodzene označiť za základné pramene v závetnom aj zákonnom dedení. Na tomto mieste možno preto rekapitulovať len podstatné:

- v meste sa zachovávala pôvodná obyčajová úprava, ktorej partikulárnosť uhorské, celokrajinské zákonodarstvo len potvrdzovalo, na druhej strane tavernické mestá (ako bola aj Trnava) sa riadili úpravou v zbierke *Articuli iuris tavernicalis* (príp. skôr platnou *Summa legum Raimundi* alebo s veľkou pravdepodobnosťou aj inými anonymnými zbierkami, kompendiami);
- zreteľným spôsobom sa dodržiaval postulát primátu dedenia potomkov – legitímnych manželských detí (pochádzajúcich často z viacerých manželstiev),
- priznalo sa popri zákonných potomkoch rovnaké právo dedenia manželke, ktorá bola na úrovni zákonnej neopomenuteľnej dedičky;
- uznával sa zákonný dedičský nárok⁷⁸ kolaterálov a ascendentov na zdedený majetok podľa zásady *paterna paternis, materna maternis*.
- zachovával sa princíp kolácie – započítania do dedičstva všetkých aktív, darov a pod., ktoré už dedič za života poručiteľa dostal.

Otázky vynárajúce sa pri dedení majetku nadobudnutého počas manželského súžitia, jeho nezriedka odlišná právna rovina, vysporiadanie sa s manželkou po smrti manžela – vydanie obvenenia a vena, charakter jednotlivých vecí prináležiacich do dedičstva (rozlišovanie medzi zdedeným

⁷⁷ Formula: „*ut item testamentum ac omnia et singula in eo contenta, ratum, et accepta habentes acceptare, approbare, ratificare, roborareque ac pro eadem domina Veronica aliisque legatariis innovan perpetuo valiturum gratiose confirmare dignaremur.*“ – 3-2-12.

⁷⁸ Ide prirodzene o obyčajovú nie zákonnú normu.

(otcovským alebo materským) a spolu alebo samostatne nadobudnutým majetkom), prípadne negatívne vymedzenie pozostalosti vo vzťahu k blízkym či vzdialenejším rodinným príslušníkom predstavovali problémy hodné riešenia všeobecnejšou, de facto obyčajovou úpravou. Ako nasvedčujú komplikované dedičské kauzy⁷⁹, meritum týchto sporov je zosobnené práve v uvedených typických dedičskoprávnych problémoch v nadväznosti na ich riešenie v taverníckom práve.

Obsah skúmaných závetov dokazuje, že sa testátori na predmetné články (ako aj krajinské zákonné články 17. a 18. storočia) nikdy neodvolávali, vonkoncom ich necitovali (čo je e converso prax neskoršej, od 18. storočia počnúc, trnavskej závetnej praxe) a možno sa domnievať, že testátori o nich možno ani nevedeli ako o kodifikovaných normách mestského práva. Dlhodobým používaním ich prostý mešťan chápal ako právo obyčajové, z ktorého zrejme aj pochádzali a dlhodobou aplikáciou sa včlenili prirodzene do korpusu mestského práva. Inak povedané testátori za účasti zástupcov mesta v postavení svedkov a notárov realizovali vlastne len po stáročia normy taverníckeho práva, ktoré taktiež vychádzalo zo skorších obyčají, prípadne právnych zbierok užívaných v mestách ako normatívne pramene.

Naostatok je vhodné uviesť hypotézu (pri uvedení si faktu absencie iných zachovaných prameňov mestskej legislatívy pre súkromnoprávnu oblasť, a nota bene i pre dedičské právo), že práve prednesené články taverníckeho práva možno ponímať ako generálnu právnu úpravu legis scriptae pre Trnavu a predmet bádania (dedenie a jeho súvis s právom zriadiť závet). Keďže predmet úvodného výskumu sa obmedzil nateraz výhradne na fond úkonov mortis causa (teda nielen závetov ale aj napr. dedičských pokonávok, donatio mortis causa, manželských zmlúv, pozostalostných inventárov, kodicilov a pod.) z pohľadu práva zriadiť závet a práva nadobudnúť dedičstvo z titulu dedenia zo závetu (a obmedzení slobodne testovať), nemožno preto uvedenú myšlienku podoprieť relevantnými dôkaznými materiálmi, aj keď mnohé indície napovedajú, že také hospodárske, spoločenské a kultúrne centrum, akým bola Trnava, by sa nespravovala v rozhodujúcich úkonoch mortis causa výhradne nepísanými obyčajami zhmotnenými prípadne v súdnej praxi mesta ale aj písaným právom. Následný výskum a spracovanie vecne a chronologicky príbuzných fondov trnavského magistrátu alebo ďalších miest by mohlo uvedený názor vyvrátiť alebo potvrdiť.

⁷⁹ V ŠABA, pob. TT, MG TT, f. Deputationalia a Hereditaria sa archivujú okrem listín istým spôsobom zviazaných a odkazujúcich na dedičské spory, potvrdenia o exekúcii testamentov aj iné správy mestských komisií (deputácií). Fond Deputationalia obsahuje spisy, ktoré vynikli z úradnej činnosti senátorov, poverených richtárom prieskumom určených vecí mesta a mešťanov. Výsledné správy týchto deputačných komisií obsahujú tiež inventáre, rozdelenia a súpisy majetkov, relácie, účty, kvitancie, licitácie a ďalšie. Fond pochádza z rokov 1530 – 1851, obsahuje 91 kartónov a fond Hereditaria z rokov 1717 – 1830, zachoval sa iba 1 kartón.

PRÍLOHA I.

Súhrn článkov venovaných dedeniu zo závetu, zákona a ďalších právnych okruhov spojených s dedením v trnavskom rukopise Summy legum Raimundi

(Publikované podľa REBRO, K.: Trnavský rukopis Summy legum Raimundi. In Slovenská archivistika, roč. IV, 1969, s. 75 - 76.)

Das andre Buch

Cap. XXXVI. Donatio causa mortis potest revocari. Das die Donation, welche des Todshalben geschieht, widerrufft kan werden.

Cap. XXXVII. De dote, et eius speciebus. Vom Hayratgut, und dessen species.

Cap. XXXVIII. Quid sit dos. Was das Heyratgut sey.

Cap. XXXIX. Dos quando debeat expediri. Wann der Mann dem Weib die Widerlag zu thun schuldig.

Cap. XL. Dos repeti potest. Wann das Heyratgut abgefordert mag werden.

Cap. XLI. De dotis restitutione. Von Widerzalung des Heyratguts.

Cap. XLII. De cautela. Von der Cautel, oder Versicherhait.

Cap. XLIII. De paraferna. Von andern des Weibsgüter, zu griechisch paraferna genandt.

Cap. XLIII. Per testamentum acquiritur. Wie man durch Testament überkombt.

Cap. XLV. Ad faciendum testamentum quae requiruntur. Was zum Testamentmachen gehörtt.

Cap. XLVI. Quibus potest legari et testari. Wem man etwas schaffen und testiren mag.

Cap. XLVII. Quae res poterunt legari. Was für Dingen mögen verschafft werden.

Cap. XLVIII. Quae res non poterunt legari. Was für Dingen nit können verschafft werden.

Cap. XLIX. Quid sit legatum. Was ain Geschäft sey

Cap. L. Quantum testari possit. Wievil man verschaffen mag.

Cap. LI. De solenni testamento. Von ainem zierlichen Testament.

Cap. LII. De testamentorum testibus. Von Zeugen des Testaments.

Cap. LIII. Quare fiunt testamenta. Warums die Testament aufgerichtet werden.

Cap. LIIII. De institutione haeredum. Von Einsetzung der Erben.

Cap. LV. De haeredibus et haereditate. Von Erben, und Erbschafften.

Cap. LVI. Institutionis modus. Die Weyss, wie man einsetzt.

Cap. LVII. Exhaeredatio filiorum. Die Enterbung der Söhne.

Cap. LVIII. De exhaeredatione filiarum. Von Enterbung der Töchtern.

Cap. LIX. De substitutione. Von der Afftereinsetzung

Cap. LX. Quomodo quis potest testari. Wan ainer testiren mag.

Cap. LXI. Executio testamenti. Von des Testament Execution.

Cap. LXII. Intestatus quot modis dicitur. Auf wievil Weyss ainer one Testament abgeht.

Cap. LXIII. De iure successionis ab intestato. Von Erbgerechtigkait so one Testament anfallet.

Cap. LXIII. De successione descendentium. Von Erbschafft der absteigenden Lini.

Cap. LXV. Successio collateralium. Von Erbfall der Beyseitsfreunden.

Cap. LXVI. De successione ascendentium. Von Erbfall der aufsteigenden Personen.

Cap. LXVII. Successio uxorum. Von Erbfall, der auf die Weyber kombt.

Cap. LXVIII. Quando succedit fiscus. Wan die Camer erbet.

PRÍLOHA II.

Preklad III. časti zbierky tavernického práva nazvanej „O testamentoch“

(Publikované podľa MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*. Bratislava : Veda, 1985, s. 201 – 206.)

1: Ak každý, kto vlastní dedičné statky alebo nehnuteľnosti, ktoré vlastní a nadobudol akýmkoľvek spôsobom svojou prácou, námahou a vlastnými nákladmi, bez (spoluvlastníckeho) nároku manželky, detí, bratov, sestier a iných pokrvných príbuzných, má slobodnú dispozíciu komukoľvek zanechať, dať alebo poručiť ich úkonom medzi živými aj pre prípad smrti,

bez obmedzenia akéhokolvek zákazu, ktorý sa (obvykle) určuje alebo by sa mohol určiť.

2: Ak každý, kto vlastní starootcovský a otcovský majetok (dedičstvo) a nie je donútený núdzou alebo ak by musel svoju hlavu vykupovať a uvedený majetok by musel spotrebovať, potom toto dedičstvo poručí svojej žene, deťom a tým, ktorí sú jeho dedičmi podľa dedičského práva.

3: Každý kto si zoberie ženu za manželku a na znak obvenenia jej dá isté nehnuteľné veci alebo jej ich sľúbi dať, na tieto nehnuteľnosti od toho okamihu nemá žiadne právo ich darovať alebo zanechať alebo poručiť, ale manželka má dedičské právo ich vlastníť (držať) podľa zákona.

4: Ak má niekto manželku, a táto vlastní od svojich rodičov dedičné statky, má ona plné právo ich darovať, poručiť tak počas života ako aj pre prípad smrti, ako ona uzná za vhodné.

5: Tak ako má manželka právo na dedičstvo po svojich rodičoch alebo na iné veci, s právom testovať o nich, tak má manžel tiež právo na na svoje dedičstvo a rozhodovať o ňom medzi živými aj pre prípad smrti.

6: Akýmkoľvek spôsobom nadobudnuté hnutel'né alebo nehnuteľné veci manželom alebo manželkou, s výnimkou zariadenia domácnosti, po smrti jedného alebo druhého, bude držať rovnakým právom preživší manžel/ka alebo deti, ak ich prežijú.

7: V prípade smrti muža, ktorého deti sú ešte neplnoleté a bez akejkol'vek deľby jeho majetku, až do času svojej plnoletosti („kým neprídu do svojho veku“), keď sa jedno z nich bude chcieť oženiť a ostatné budú žiť v otcovskom dome (in Keuschheit), a tento ženatý syn bude chcieť svoj podiel zo všetkého otcovského majetku, s výnimkou domáceho zariadenia, ktoré vždy patrilo vdove po zomrelom. V takom prípade sa má rozdeliť všetko rovnakým dielom podľa počtu detí oboch pohlaví, a jeden diel prináleží manželke (matke detí).

8: Pokiaľ už došlo k (dedičnej) deľbe medzi bratmi, sestrami, otcom a matkou, a sú oddelení vo svojom chlebe, dievčatá sú už vydaté a synovia oženení, potom ich podiel nepripadne bratom alebo sestrám, ale každý z nich má právo slobodnej dispozície. Avšak ak ktokolvek z nich zomrie, pripadne majetok manžela na manželku a majetok manželkin na manžela, a ak majú deti, rozdelia sa títo rovnakým dielom.

9: K domácomu zariadeniu patrí: všetko ženské ako aj mužské oblečenie, strieborný a pozlátený opasok, štyri strieborné poháre alebo i menšieho nie však väčšieho počtu, dvanásť strieborných lyžíc ale nie viac, manželova zbraň, kaďa, sud, všetka postelná bielizeň, a náradie potrebné pre vinohradníctvo alebo obrábanie pôdy, toto všetko po smrti manžela pripadne manželke a po smrti manželky manželovi podľa požiadavky obyčaje siedmich slobodných miest. Ale toto právo sa zachová aj vtedy, ak

manžel v prítomnosti manželky alebo manželka v prítomnosti manžela bude chcieť niečo odkázať so súhlasom partnera a bez protirečenia, nech má právo čokoľvek a komukoľvek chce.

10: Každý, kto kúpi dedičný majetok, ako aj ten, s ktorým ho nadobudol (kúpil) a jeho meno ako aj každého, kto kupoval s ním tento majetok, sa uviedol do mestskej knihy a ich mená boli do nej intabulované, vlastnia rovnakým dielom tieto dedičné statky. A ktokoľvek z nich, kto by spísal testament alebo uskutočnil iný prevod, môže tak urobiť len so svojím podielom, o ostatnom nech naveky mlčí.

11: Každý mešťan, ktorý chce testovať o veciach, ktoré nadobudol spolu so svojou manželkou, jeho testament v tejto veci je iba vtedy platný, aj tak urobí v jej prítomnosti a nie proti jej súhlasu. Ak však manželka nebude súhlasiť a vyjadrí svoj odpor, musí byť za prítomnosti hodnoverných osôb vyjadrené, že ho nadobudli skutočne spoločne, potom sa má oddeliť manželke právo a rovnaká polovica zo všetkých statkov, ktorú ona nadobudla.

12: Ak zomrie niekto a jeho majetok by mal prejsť na synov a dcéry, a ak takýto syn je hráčom, mánotratníkom, donášačom alebo by bol smilník, alebo ak by dcéra viedla nepočetný život, ktorý by poškvŕňoval rodičov, a mala by alebo by bola cudzoložnica, potom podiel takýchto detí im nepripadne, ale ho dostanú iní bratia a sestry, ktorý vedú slušný život, keďže sa títo svojím správaným vylúčili z dedenia. Ak však nie sú takýto početní bratia a sestry, majú dediť iní pokrvní príbuzní, ktorí vedú čestný život, s právom tieto majetky držať a s rovnakým dedičským právom ako nehodné deti.

13: Ak má niekto manželku, a táto cudzoloží a priniesla do manželstva isté hnutelné a nehnuteľné majetky, a manžel sa o jej cudzoložstve dozvedel od susedov, a ak ona upadne do choroby, nemôže spísať testament, keďže stratila týmto činom právo o svojom dedičnom majetku a hnutelnostiach testovať, ale tieto majetky pripadnú bez odškodnenia manželovi.

14: Ak niekto vo svojom testamente niečo zo svojich dedičných statkov a hnutelností niečo zanechá svojmu synovi alebo synom a tento/títo sa bude chcieť so svojím majetkom odsťahovať k neveriacim alebo vyhľadáva nečestnú spoločnosť kacírov a Turkov a málo dbá tak na svoju kresťanskú vieru alebo bude chcieť podporovať takéto sekty, alebo sa k nim bude chcieť odsťahovať, nemá sa mu nič odkazovať, ale ak bude mať pokrvných bratov alebo sestry, ktorý budú viesť čestný život, týmto sa má všetko rozdeliť a majetok podržať. Ale ak nebude žiadnych bratov, má sa majetok ponechať iným početným príbuzným.

15: Ak niekto má manželku a testamentom zanechá niečo svojim nemanželským synom spolu s manželskými synmi dedičný majetok a hnutelnosti, tak že títo nemanželskí dostanú rovnaký podiel na dedičnom majetku, potom podľa požiadavky pradávej mestskej právnej obyčaje

nemôžu mať rovnaký podiel nelegitímni synovia s legitímnymi, priznávajúc, že riadne testovanie nemôže ísť v prospech kohokoľvek a akýmkoľvek spôsobom.

16: Platí, že ak niekto nariadi manželke a deťom vo svojom testamente (ktorým by ukrátil svojich veriteľov) prenechať svoj nehnuteľný a hnutel'ný majetok v prospech stavby nemocnice (špitálu), alebo ho zanechá pre chudobných a pre almužny, a podobným spôsobom ho rozdelí, a ak je sám dlžníkom a jeho dlhy boli riadne zapísané a posilnené svedectvom prisazných svedkov alebo iných ctihodných a dôveryhodných ľudí, takýto testament nemôže platiť, ak by sa splnilo vyššie uvedené, iba ak najprv pomerne zaplatí svoje dlhy zo svojich hnutel'ností, podľa rozhodnutia ctihodných a vážených mužov, (potom) môže (niečo) určiť aj svojim dedičom a tiež chudobným na almužnu.

17: Ak cudzinec, buď obchodník alebo akýkoľvek cudzí obyvateľ, zriadi testament, v ktorom by sa podvodne uviedol jeho veľkolepý pohreb po skone, a z požiadavky svedkov by v testamente odkázal iba svojim bratom na pohreb 100 zl. v zlate s ohlásením jedného občana, ktorý je usporiadaným a plnoprávne usadeným v meste, a povie, že u neho má uložené 200 alebo 300 zl. v zlate a pozve tiež druhého podobného občana, a tiež tretieho a štvrtého, ktorí sú tiež počestní občania, u ktorých je uložená v takej istej veľkej alebo väčšej sume, no testátor napokon určil, že jeho všetky peniaze závetom budú určené s časti nejakému kostolu, nejakému oltáru, a niečo prev vdovy a chudobných a niečo rehoľným bratom a kňazom, a závet sa naplní v neprítomnosti oných občanov, ktorým testátor prenechal peniaze, aby ich rozdelil. Konečne keď on zomrie, tí, ktorým v testamente niečo odkázal, prídu k oným občanom a žiadajú od nich, aby im vyplátili testátorom v záвете určené peniaze, ale oni odpovedia: my nepoznáme onoho človeka (testátora), a nevideli sme ani jeho peniaze, a hoci mohol niečo závetne odkázať, nie je nikto, kto by závet vykonal. Keďže neexistovalo žiadne verejné svedectvo, má sa takýto závet považovať za neplatný.

18: Ak má nejaký muž synov, ktorí vedú počestný život, a počestne si na svoj chlieb zarábajú, majetky rodičov požehnane spravujú, a pracujú podľa vôle svojich rodičov, a ich bremená znášajú a sú poslušní a vykonajú každú prácu na zvel'adenie otcovských majetkov v pote tváre a podľa vôle svojich rodičov sa oženia. A toto je tiež známe susedom, takýchto (synov) nemožno vylúčiť z dedenia otcovských majetkov, ale ich podiel z otcovských majetkov im musí byť v plnosti vydaný, a tiež po skone rodičov majú tieto majetky pripadnúť pobožným dedičom. A prirodzene že sa má dodržať ustanovenie, pokiaľ by rodičia na svoju spásu chceli niečo testamentárne zanechať, má to platiť.

19: Tam kde sú synovia, ktorí vedú počestný život a ich otec (po smrti ich matky) si zoberie inú manželku alebo ak matka si zoberie iného manžela, synovia nemusia zostávať so svojim otčimom alebo macochou, ako sa to

svedčí, ale môžu si právom zobrať svoj podiel na dedičnom majetku aj iných veciach, ktoré sa nadobudli.

20: Ak syn zneuctí slovne svojho otca alebo matku alebo ich napadne a rodičia sa žalovali len u richtára a prisažných, tak že to počuli aj susedia, tak potom sa má jeho podiel, ktorý má dostať z otcovských aj starootcovských hnutelných aj nehnuteľných majetkov, ako aj ktoré rodina vlastní, má svoj podiel stratiť týmto skutkom (takýmto maniermi), a má byť z neho navždy vylúčený, a rodičia môžu s ním naložiť, ako chcú.

21: Keď človek, ktorý zostarol a už je nemohúcny a mal by majetky a dedičstvo, ktoré by pre svoju slabosť už nemohol spravovať pre seba, a vybral by si čestného muža, na ktorého by sa v svojej starobe a slabosti mohol oprieť, a povedal by mu milý pán, alebo milý brat, milý priateľ, pozri, ja som slabý, nevládny a chorý, nemôžem už pracovať na svojich majetkoch. Ale nechcem majetky darovať alebo predať, tak som si povedal, že keby sa ti páčilo, tak všetko vložím do tvojich rúk a bude pod tvojou mocou, aby si to zveľaďoval (zväčšoval) a za to mi dáš, čo potrebujem pre moje živobytie, ošatenie a moju ostatnú potrebu. Lebo som starým človekom, nebudeš so mnou zle hovoriť a budeš ma dobre držať. Toto dodržiš až do môjho odchodu a za to ti sľúbim všetky moje majetky, hnutelné aj nehnuteľné. Keď to prisľúbil, že tak urobí v prítomnosti richtára a prisažných, ale keď sa tento človek zachová nečestne a nechal ho starého človeka o hlade, neodetého, a protestoval by tento stariec viackrát a upozornil by ho v prítomnosti richtára a prisažných a títo by to uznali a zrušili by slovo aj spísané svedectvo a stariec by bol oslobodený od svojho sľubu vo veci svojho majetku k svojej spokojnosti.

PRÍLOHA III.

Zápisy v mestskej knihe príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša, publikujúcej dva právne úkony, pochádzajúce z mestskej notárskej praxe trnavskej mestskej kancelárie a priradujúce sa k najstarším zachovaným úkonom posledného poriadku a jeho vysporiadania

(Publikované podľa RÁBIK, V.: Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša knihe príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495, s. 290 – 294.)

1. Závet vznešenej pani Barbory, manželky Ondreja Pognara, 10. január 1512

Item anno Domini 1512 feria tertia ante festum sancti Pauli Conversacionis obyt (!) honesta dominia Barbara coniunx circumspecti domini Andree Pognar, que licet corpori debet et infirma mente tantum et racione per omnia compositionis tale edidit suum finale testamentum coram circumspectis Marco Bydmen iudice civitatis Thirnavienisi et magistro Henrico Probus (!) predicatore Alemanorum et confessore suo in hec verba:

Ego, Barbara, vineam meam nomine Pognar sitam et habitam in villam Nucum Alemanicali lego viro meo Andree Pognar libere eadem uti, vendi, testari et ad quoslibet usus suos committi tamquam cum suo proprio hereditario bono, sine contradictione omnium amicorum meorum, quibus simpliciter nullam iurisdiccione in hac vinea reliquo, hoc unum tamen exempto, ut idem Andreas maritus meus ad ecclesiam parochialem dicti sancti Nicolai pro salute anime solvere et dare tenetur florenos centum sine aliquali contradiccione cum sua facultate poterit, prout ipse maritus meus esse voluntati me obligavit et promisit satisfacere, si vero contingerit, quod hec vinea ad quoscunque manus devenerit quosque idem centi (!) florenos non fuerit ad sanctum Nicolaum soluti, extunc prefata vinea pignus esse debeat ecclesie sancti Nicolai iam dicti donec et quosque illi centum florenos non essent soluti, ne itaque a memoria hominum labitur, presenti libro civitatis hanc ultimam meam voluntatem inscribi feci.

Preklad:

V roku Pána 1512 10. januára (na tretiu feriu pred sviatkom Obratenia sv. Pavla) vznešená pani Barbora, manželka obozretného pána Ondreja Pognara, ktorá síce slabá na tele ale zdravá mysl'ou a rozumom zriadila svoj konečný testament pred obozretným Markom Bydmenom, trnavským richtárom a magistrom Henrikom Probusom, nemeckým kazateľom a svojím spovedníkom, týmito slovami:

Ja, Barbora, zanechávam svoju vinicu, zvanú Pognar, nachádzajúcu sa v dedine Dolné Orešany, Ondrejovi Pognarovi (jej manželovi) s právom užívania, predaja, testovania a pre akýkoľvek úžitok a s právom nadobudnutia ho do svojho dedičného majetku, bez protirečenia všetkých priateľov, ktorým týmto nezanechávam žiadne právo na ňu, avšak iba za jednej jedinej podmienky, že onen Ondrej, môj manžel, za spásu (mojej) duše zaplatí a daruje farskému kostolu sv. Mikuláša sto zlatých bez akéhokoľvek protirečenia, pretože však ma môj manžel splnomocnil túto vinicu odovzdať do akýchkoľvek rúk, pokiaľ nebude zaplatených sto zlatých kostolu sv. Mikuláša, dotiaľ môže slúžiť táto vinica ako pignus. A táto moja posledná vôľa, keďže aj ľudská pamäť je slabá, nechala sa zapísať do mestskej knihy.

2. Pokonávka v dedičskom spore o závet Hanusa Graffena medzi jeho zákonnými a závetnými dedičmi, 10. február 1504

Wir Thomas Huss, Hanus Goldschmid, Michel Feyer, Bernhart Hoffman anstatt Wolfgang Forster, Andre Pogner als gwaltiger Irer payden Hawsfrau genant Katherina und Barbara geschwistratt anstatt Irer schwester Elena auff ainen darnach, Hanus Schneider, Caspar Lewbater, Hanus Mestel und Jacob Puknar all mitpurger zw Thirna anstatt Wolfgang Moler, wekennen allermeniklich nach dem als ein zwitracht zwischen denn gemelten partheyen erstanden als antreffundt ein Testament von Hanusen Graffen und seiner gelassen hawsfrau Margarethe, die darnach ain hawsfrau wurden Wolfgang Moler nach dem sii petracht haben merer frandschafft inn

ainem gütlichen Vertrag zw erlangen dan inn Rechten, haben uns payder parthey gepeten solche ier zwitracht und hanndel zw verheren eines eidem klag und antwurtt vernemen und inn solchen ain redlichen spruch thuen wellen und ainikeyt machen, des sii uns payde parthey obgemelt mit hantgelubter trewen fur sii all ir erben und alle dy, dy von iren wegen mechten hindern versprochen und gelubt, was wir inn solchen sprechen hanndeln machen und thuen, das sii das tritt unczerprochenlich und unbider Rufflich wellen halden und kainerlay einred, awsczug wieder inn geystlichen nach weltlichen gerichten durch sich selbs ader ander von iren wegen geprauchen nach nuczten, awf solches wir dieser payder parthein nemlich als Wolfgang Forster, Andre Pagner als gwaltiger irer payder hawsfrau als geschwistrat Elene irer Schwester awff ainen als klager, und Wolfgang Moler ein hawswirt Margarethe der gott genand die ain gelasene witib Hanusen Graffen awff dem andern tayl als antburter, nach dem wir ir payde klag und antwort Einred und gegen red vernomen und zwischen inn payden ainen gutlichen vertrag ain helliklich gesprochen und gemacht haben unbider Rufflich als hernach begriffen ist.

Anfentlichen sprechen wir sii alle zw guten franden, darnach sprechen wir, das Wolfgang Moler soll uber antwurten den gemelten Wolfgang Forster, Andree Pagner als nagst erben anstatt irer paydr hawsfrawen die genanten Elenam die ain tochter Hanus Graffen, doch von inn payden vergumen die zw halden uncz auff sonntag der ersten fast wochen nagst kunftig.

Mer ain weingarten genant der dreysiger zw Windischen Nusdarff mit sambt ainemfasser wien daran gewaxen diez vergangen Jar, so der Elene von iren vater Hanus Graffen geschafft doch nach Innhaltung des geschafft.

Mer ain haws in Sandt Jacobs gasen auch der gemelten Elene von iren geschafft vater solcher Erb frey und ledig, doch sonder vergunnen das Wolfgang Moler inn Haws uncz auff Michaelis nagst kunftig frey siczen soll. In der gemachen was inn awficzaigt werdt, dan sol abtreten solche hawsung.

Mer ain Weingart genant der helblinger zw Windischen Nusdarff den Hanus Graffen gemelten Margarethe seiner hawsffraw geschafft hat und sii in iren testament der gemelten Elenam vergessen von solcher weingart soll er auch geben fur iren tayl florenos XVI, und inn Jars frist soll er peczalen.

Mer der zwayer weingarten in der Helle liegund soll er mit sambt senen kinderen frey und ledig policzen als den helblinger.

Mer hat unns versprochen sonderlich Wolfgang Moler so es gott schickt das Elena sich verheiratatt das er sii zw solcher heyratt vell petrewen und uns das gemeltt was das sein soll das wir dach also verhalten uncz zw seiner zeyt und mer zw geben wen man muent, ob er aber vor da gott gur sey mit tod abging ee sii sich peheyratt wil er solches in seinem Testament schaffen, und soll auch dicz mal krefftklich geschafft sein, ob es schon in seinen Testament nicht begriffen war.

Mer was diser Elena von Margaretha irer mueter Inhalt ires Testament awss der farunden hab geschafft ist wurden.

Und solcher veraingung und spruchen zw mereren kreften der durcht haben wir Wolfgang Forster, Andree Pogner und Wolfgang Moler payde parthay dy ersam weys herren Richter und Ratt der stat Thirna vleyssiklich gepeten, das sy den sprucht haben in statt Buch lassen vermerken und verschreiben. Geschehen zw Thirna am Sambstg beate Scolatica virginis anno Domini millesimo quingentesimo quarto.

Preklad:

My Tomáš Huss, Hanus Goldschmid, Michal Feyer, Bernhart Hoffman namiesto Wolfganga Forstera, Andreja Pognera ako zástupcov svojich manželiek Katarína a Barbory a ich sestry Eleny na jednej strane a Hanus Schneider, Caspar Lewbater, Hanus Mestel a Jakub Prukmar, všetci obyvatelia mesta Trnava namiesto Wolfganga Molera vyznávame potom, čo vznikol spor medzi vyššie uvedenými stránkami vo veci testamentu Hanusena Graffena a jeho pozostalej manželky Margaréty, ktorá neskôr bola manželkou Wolfganga Molera, a potom, čo chceli dosiahnuť z titulu väčšieho priateľstva dobrú pokonávku podľa práva, obe stránky nás požiadali, aby tento spor a dohadovanie sa ustalo, a každá žaloba a odpoveď by bola vypočutá, v tomto aby sa riadne rozhodnuté a dosiahol sa prijateľný konsenzus, toto od nás žiadali obe stránky s pevnou dôverou pre seba aj pre svojich dedičov a pre všetkých tých, ktorí sľúbili ich cesty zahatať, čo my v takýchto prípadoch robíme, a stránky chcú neodvolateľne toto dodržať a neprotirečiť, aby sa to nimi alebo inými nezneužilo ani na cirkevnom ani na svetskom súde a tak sme my obe stránky menovite Wolfganga Forstera, Andreja Pognera ako zástupcov svojich manželiek a ich sestry Eleny na jednej strane ako žalobcov, a Wolfganga Molera a jeho manželku Margaretu, vdovu po Hanussenovi Graffenovi z druhej strany ako žalovanú stranu (povolali), a potom, čo sme obe strany vypočuli, vyjadrili sme novú neodvolateľnú pokonávku medzi nimi, ako je zaznamenané nižšie.

Na úvod vyhlasujeme ich za dobrých priateľov a vyhlasujeme tiež, že Wolfgang Moler má prevziať záväzok, že menovaní Wolfgang Forster und Ondrej Pogner budú následní dediči namiesto svojich manželiek a menovanej Eleny, dcér Hanusena Graffena, a aby sa toto začalo dodržiavať od nedele najbližšieho prvého pôstneho týždňa.

Ďalej vinica nazývaná tridsiata v Dolných Orešanoch spolu s jedným sudom vína z tohto minulého roka, toto odkázal Elene jej otec Hanus Graffen, keď dodrží testament.

Ďalej dom na Svätajakubskej ulici, ktorý jej tiež určil otec ako jedinej a slobodnej dedičku, tento dom môže však podľa tejto dohody držať Wolfgang Moler od sviatku sv. Michala pre budúcnosť. Ak nedodrží, čo mu bolo uložené, má ho odstúpiť.

Ďalej vinicu nazývanú helblinger na mieste Windischer Nusdarff, ktorú zanechal Hanus Graffen svojej manželke Margarete a ona vo svojom závete opomenula Elenu, z tejto vinice má dať Wolfgang Moler 16 zlatých v lehote jedného roka.

Ďalej dve vinice ležiace na mieste zvanom Helle má držať slobodne so svojimi deťmi ako tú helblingerovskú.

Ďalej nám Wolfgang Moler osobitne slúbil, že ak Boh dá, a Elena sa vydá, tak sa postará o ňu postará a ak bude môcť dá jej aj viac, než je nevyhnutné, ak však zomrie skôr, než sa vydá, môže svoj majetok usporiadať v závete a má sa jeho rozhodnutie mortis causa dodržať, ak tak už vo svojom závete neurobil.

Ďalej všetko čo Elena dostala od Margarety, svojej matky, v jej závete aus der farunden má sa dodržať.

Aby táto dohoda a pokonávka nadobudla väčšiu silu, poprosili sme my Wolfgang Forster, Ondrej Pogner a Wolfgang Moler pánov richtára a prísazných mesta Trnava, aby túto dohodu nechali poznamenať a zapísať do mestskej knihy. Stalo sa v Trnave v nedeľu, na sviatok svätej Scolastiky, panny, roku Pána tisícpäťstoštyri.

Contact – email
asvecova@truni.sk

PRAMENY PRÁVA V NACISTICKÉM NĚMECKU

JAROMÍR TAUCHEN

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

Tento článek se věnuje analýze pramenů práva v nacistickém Německu a subjektům, které byly nadány legislativní pravomocí. Mimo standardních psaných pramenů práva však v rámci snah o tzv. obnovu práva zavedli nacisté i další prameny práva, jako byla národně socialistická ideologie, program NSDAP, Vůdcova vůle či zdravé národní cítění. Národně socialistická ideologie měla přednost před vázaností soudce na zákon. Obsah pojmu „zdravé národní cítění“ stanovoval Vůdce a ostatní představitelé nacistické strany. Vůdcovo mínění se stalo pramenem práva, který měl přednost před právem pozitivním.

Key words in original language

Třetí říše; prameny práva; národní socialismus; zdravé národní cítění; neurčité právní pojmy; generální klauzule.

Abstract

After the Nazis took over the state power in Germany (30th January 1933), they started changing the law that had been valid since the times of the Weimar Republic (1919 - 1933). On the outside, the Third Reich seemed to be characterized by fixed rules and order, but on the inside, on the contrary, by disorder, absence of rules and terror. Besides the default written sources of law, the Nazis put into practice also other sources of law, such as National Socialistic ideology, the program of the NSDAP, Führer's will or so-called healthy national feeling.

Key words

Third Reich; sources of law; National Socialism; healthy national feeling; vague concepts of law.

1. ÚVODEM

Poté co dne 30. ledna 1933 národní socialisté převzali moc v Německu, započali se změnami v právním řádu, který zdědili z dob Výmarské republiky. Třetí říše byla státem, jehož vnější strana se vyznačovala pevně stanovenými pravidly a pořádkem, jeho vnitřní strana pak naopak nepořádkem, neexistencí pravidel a terorem.

Jednou z hlavních snah národních socialistů bylo, aby jejich činy měly zdání legality a aby všechna opatření, která prováděli, měla své zakotvení v právních předpisech.

Prameny práva z období Výmarské republiky zůstaly zachovány, avšak Říšský sněm již nevydával zákony (po schválení zmocňovacího zákona již pravidelně nezasedal a zákonů schválil pouze několik). Právní předpisy tak vydávala především říšská vláda, kdy se jednalo o nařízení s mocí zákona. Ty pak byly prováděny nejrozličnějšími prováděcími nařízeními, vyhláškami a výnosy říšských ministrů či dalších osob nadaných legislativní pravomocí.

Mimo standardních psaných pramenů práva však v rámci snah o tzv. obnovu práva (*Rechtserneuerung*) zavedli nacisté i další prameny práva, jako byla národně socialistická ideologie, program NSDAP, Vůdcova vůle či zdravé národní cítění.

Zároveň byly vytvořeny teorie o výkladu právních norem, opírající se o generální klauzule a neurčité právní pojmy, avšak jejich reprodukce je poměrně složitá, neboť právní věda v období národního socialismu netvořila žádný uzavřený systém myšlenek, protože ty byly často nejasné, nesrozumitelné a neurčité. Spíše by se tyto myšlenky daly nazvat frázemi, jejichž účelem bylo přetvořit německé právo v nástroj k ochraně nastoleného národně socialistického pořádku. Z důvodu zachování zdání legality nacisté v průběhu 30. let nerušili velké množství právních předpisů převzatých z Výmarské republiky, nýbrž změnili jejich smysl tím, že právní normy interpretovali podle svých politických zájmů.

2. TRADIČNÍ PRAMENY PRÁVA

2.1 ŘÍŠSKÝ SNĚM, ŘÍŠSKÁ VLÁDA A ZEMSKÉ SNĚMY

Při analýze pramenů práva v Německu je třeba tradičně vycházet z jeho spolkového uspořádání a rozlišovat říšské právní předpisy a právní předpisy jednotlivých zemí.

Až do okamžiku převzetí moci národními socialisty byly říšské zákony, nařízení či vyhlášky vydávány postupem, který byl v souladu s ustanoveními Výmarské ústavy. Tato situace se však změnila po 30. lednu 1933, kdy byla ustanovení Výmarské ústavy obcházena, dosavadní platné zákony pozbyly platnosti a byla vydána celá řada nových právních předpisů, což se částečně stalo legální cestou. Jak na více místech tohoto příspěvku ještě dále zazní, jednou z hlavních snah národních socialistů bylo, aby jejich činy měly zdání legality a aby všechna opatření, která prováděli, měla své zakotvení v právních předpisech.¹

Podle čl. 68 Ústavy Německé říše návrhy zákonů mohla podat buď říšská vláda se souhlasem říšské rady, nebo je mohli podávat poslanci říšského

¹ Staff, I. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1964, s. 50.

sněmu. Poté se o říšských zákonech rozhodovalo v říšském sněmu.² Tímto způsobem ústavně schválené zákony následně vyhotovil říšský prezident a vyhlásil je v říšském věstníku zákonů (*Reichsgesetzblatt*). Ústava sama mohla být změněna legislativní cestou za účasti dvou třetin zákonodárců říšského sněmu a nejméně dvou třetin hlasujících (čl. 76). Po uchopení moci nacisty byl výše nastíněný legislativní proces zcela bezvýznamný, neboť za pomoci „zmocňovacího“ zákona byly tyto právní garance velmi jednoduchým způsobem odstraněny.

Zákon o odstranění nouze národa a říše, pro který se však výhradně používá označení zmocňovací zákon (*Ermächtigungsgesetz*), byl schválen na zasedání říšského sněmu 23. března 1933.³ Z přítomných 535 poslanců byl schválen 441 hlasy.⁴ Jediní sociální demokraté hlasovali proti 94 hlasy. Formálně byla legalita zachována, neboť bylo při hlasování dosaženo potřebné dvoutřetinové většiny. Hlasování o zmocňovacím zákoně bylo však výsledkem teroru, lži a podvodu ze strany národních socialistů. Před samotným hlasováním bylo 12 poslanců Sociální demokracie a 83 poslanců Komunistické strany na základě nouzového nařízení prezidenta Hindenburga zatčeno a zadržováno v tzv. ochranné vazbě. To bylo v rozporu s čl. 37 Výmarské ústavy, podle kterého žádný člen říšského sněmu nemohl být bez jeho souhlasu říšským sněmem zatčen.⁵ Rovněž čl. 21 a čl. 36 Výmarské ústavy zaručující poslancům říšského sněmu svobodnou tvorbu jejich vůle a ochranu před stíháním za jejich hlasování byly ze strany národních socialistů porušeny za pomoci nátlaku a zastrašování, které vyvíjeli vůči poslancům ostatních politických stran.

² K zákonodárnému procesu a činnosti říšského sněmu v období Třetí říše blíže: Hubert, P. *Uniformierter Reichstag. Die Geschichte der Pseudo-Volksvertretung 1933 – 1945*. Düsseldorf: Droste Verlag, 1992.

³ Ke zmocňovacímu zákonu a procesu jeho přijetí podrobně např. Frei, N. *Der Führerstaat. Nationalsozialistische Herrschaft 1933 bis 1945*. 7. rozšířené vydání. München: dtv, 2002, s. 55 – 68; Hildebrand, K. *Das Dritte Reich*. 6. Vydání. München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2003, s. 4.; Evans, J. *Das Dritte Reich. Aufstieg*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2004, s. 464 – 468.

⁴ Údaj o počtu 441 hlasů pro zmocňovací zákon byl převzat z: Staff, I. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1964, s. 51; v německé literatuře se však lze setkat i s údaji odlišnými, např. Roeser uvádí počet 444, viz. Roeser, F. *Das Sondergericht Essen 1942 -1945*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, s. 8, stejně tak Laufs, A. *Rechtsentwicklungen in Deutschland*. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996, s. 360.

⁵ Čl. 37 Ústavy Německé říše zněl: „žádný člen říšského nebo zemského sněmu nemůže být bez schválení sněmu, ke kterému přísluší, odveden k vyšetřování nebo zatčen během zasedacího období, ledaže by byl zadržen při spáchání trestného činu nebo v průběhu následujícího dne po jeho spáchání. To samé je vyžadováno při každém omezení osobní svobody, která omezuje výkon poslaneckého mandátu.“

Carl Schmitt, korunní právní teoretik Třetí říše označil tento zákon za „výraz vítězství národní revoluce“ a do Německých právnických novin (Deutsche Richterzeitung) napsal:

„Byl vytvořen nový říšský zákonodárce, který vydává nejen nařízení, nýbrž i říšské zákony ve formálním smyslu. Tímto je překonán přenesený pojem zákona parlamentního státu, pro který bylo příznačné spolupůsobení zastupitelského sboru na legislativním procesu. Je to významný zlom v ústavněprávních dějinách“⁶

Zmocňovací zákon umožnil říšské vládě, aby vedle říšského sněmu schvalovala zákony, takže tímto se stali Hitler a jeho vláda nezávislí na říšském prezidentovi a jeho nouzových nařízeních. Vydáním zmocňovacího zákona rovněž došlo k oslabení pozice konzervativních ministrů (nečlenů NSDAP), neboť ti si mohli být až do této doby jisti, že jim Hindenburg bude v průběhu legislativního procesu „krýt záda“, neboť až do 24. března spadalo vyhotovování zákonů do kompetence říšského prezidenta.

Oslabena byla pozice např. ministra spravedlnosti Franze Gürtnera, který doporučil prezidentu Hindenburgovi, aby odmítl Hitlerem navrhované nouzové nařízení v případě van der Lubbe, které zavádělo zpětnou účinnost zákona. Říšský prezident v tomto případě vyhověl námitkám ministerstva spravedlnosti a zřejmě i z důvodů vlastního svědomí toto nouzové nařízení vydat odmítl.⁷ Po tom, kdy vstoupil zmocňovací zákon v platnost, již ministr spravedlnosti tuto možnost v zájmu práva ovlivňovat říšského prezidenta neměl.

Zmocňovací zákon měl pozbyt platnosti 1. dubna 1937, jeho platnost však byla v letech 1937 a 1939 zákonem prodloužena a v roce 1943 ji Hitler svým výnosem dokonce prodloužil sám.⁸

Jak uvádí Laufs, „*národní socialisté se po provedeném státním převratu, který se udál ‚v rouše‘ legality a vyvaroval se očividnému porušení Ústavy či zákona. Vůdce se nejevil jako uzurpátor a nacisté se nemuseli obávat odporu ze strany soudců a úřednictva, zvláště když před jejich očima stále měli neduhy Výmarského systému*“.⁹

⁶ Citováno dle: Laufs, A. *Rechtsentwicklungen in Deutschland*. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996, s. 361.

⁷ Gruchmann, L. *Justiz im Dritten Reich 1933 – 1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*. 3. Vydání. München: R. Oldenbourg Verlag, 2001, s. 67 – 68.

⁸ V roce 1937 zákonem (RGBl. I., S. 105), v roce 1939 zákonem (RGBl. I., S. 95) a v roce 1943 výnosem Vůdce (RGBl. I., S. 295); blíže: Roeser, F. *Das Sondergericht Essen 1942 - 1945*. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, s. 9.

⁹ Laufs, A. *Rechtsentwicklungen in Deutschland*. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996, s. 363.

Říšská vláda využívala v plném rozsahu své právo, které ji přiznal zmocňovací zákon. Na některých známých výročí z tohoto období je zřetelně vidět, že se národní socialisté za pomoci slibů a lži snažili ostatní ubezpečovat, že jejich „národní revoluce“ probíhá zcela legální cestou a zcela legálními prostředky. Po prolomení jedné ze základních zásad každého demokratického státu, kterou představuje dělba moci ve státě, nehrál říšský sněm po 24. březnu 1933 v zákonodárném procesu již žádnou roli a sloužil pouze jako auditorium pro Hitlerovy projevy a jeho úloha již byla pouze reprezentativní.¹⁰

Zákon o odstranění nouze národa a Říše (zmocňovací zákon) z 24. března 1933 a zákon o nové struktuře Říše z 30. ledna 1934 částečně odstranily zákonodárné právo říšského sněmu, které tak existovalo nadále vedle zákonodárné iniciativy říšské vlády s Vůdcem v čele. Prakticky ale říšský sněm toto právo nevykonával. Zákony, které schválil říšský sněm, podléhaly vyhlášení říšským kancléřem, tzn. bez Vůdcovy vůle nemohly nabýt právní závaznosti. Podle Ústavy Výmarské republiky byla říšská vláda kolegiální grémium, které se radilo za předsednictví říšského kancléře o návrzích zákonů a otázkách, které se dotýkaly rezortu více říšských ministrů, přičemž hlas říšského kancléře rozhodoval pouze při rovnosti hlasů.

Po uchopení moci došlo však ke změně situace, kdy se jevílo jako nemyslitelné, že by vláda schválila usnesení proti vůli Vůdce. Postavení říšské vlády se tedy změnilo z rozhodovacího orgánu pouze v poradní orgán Vůdce.

Totální koncentrace vrchnostenské moci v rukou Vůdce ve vztahu k říšské vládě byla do právní úpravy zakotvena zákonem přísaze říšských ministrů a členů zemských vlád ze dne 16. října 1934 (RGBl. I, S. 973), přičemž tyto osoby musely Vůdci přísahat věrnost a poslušnost, pracovat pro blaho německého národa, ctít zákony a plnit přidělené úkoly. V prvních měsících vlády národních socialistů, když byla říšská vláda ještě koaličním kabinetem, dodržoval Hitler pravidelný rozvrh zasedání vlády. Od roku 1935 byl kabinet svoláván s odstupem několika měsíců. Poslední zasedání říšské vlády se konalo 5. února 1938.¹¹

¹⁰ Říšský sněm vydal po schválení zmocňovacího zákona již jen sedm zákonů, ze kterých dva prodlužovaly platnost zmocňovacímu zákonu. Mezi zbylých pět náležely: zákon o nové organizaci Říše z roku 1934, zákon o říšských vlajkách, zákon o říšském občanství a zákon k ochraně německé krve a německé cti z roku 1935 a zákon o znovuzачlenění Gdaňska do Německé říše z roku 1939. V roce 1933 vydala vláda celkem 218 zákonů, v roce 1934 jich bylo 190 a rok následující již jen 149 a v dalších letech používala říšská vláda vládní nařízení namísto zákonů. Blíže: Laufs, A. *Rechtsentwicklungen in Deutschland*. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996, s. 362.

¹¹ Broszat, M. *Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*. München: dtv, 1969, s. 350.

Po uchopení moci bylo rovněž posíleno postavení říšských ministrů v oblasti zákonodárského procesu. Na základě čl. 1 zákona o odstranění nouze národa a Říše (zmocňovacího zákona) mohla vydávat zákony rovněž říšská vláda, která se skládala z jednotlivých ministrů, kteří se také stali nositeli zákonodárství. Posílení spoluúčasti ministrů na zákonodárství se projevil rovněž v tom, že podle legislativní praxe vytvořené ve Třetí Říši byly vydávány pouze rámcové zákony a tyto byly na základě v nich obsažených zmocnění doplněny vyhláškami a nařízeními jednotlivých ministerstev.¹²

Zákon o lidovém hlasování z 14. července 1933 (RGBl. I., S. 479) zařadil mezi zákonodárce i samotný německý národ. Říšská vláda byla oprávněna dotázat se přímo státních příslušníků Německé říše, zda vysloví souhlas se zamýšleným opatřením, přičemž se mohlo jednat i zákon. K hlasování byly oprávněny všechny osoby, kterým náleželo volební právo (zákon o volebním právu do říšského sněmu ze 7. března 1936 RGBl. I., S. 133). Při lidovém hlasování rozhodovala většina z odevzdaných platných hlasů, což platilo i v situaci, kdy se hlasování dotýkalo zákona, který měnil ustanovení Ústavy. Zákon, se kterým byl v lidovém hlasování vyjádřen souhlas, již nepodléhal schválení říšským sněmem; poté co ho říšský kancléř vyhotovil, byl zveřejněn v říšském věstníku a zpravidla vstoupil v platnost následující den po vyhlášení (čl. 3 zmocňovacího zákona).¹³

Ke změně došlo i na zemské úrovni. Zglajchšaltování zemí (podřízení zemí jednotné linii) dovršil „předběžný“ zákon o zglajchšaltování zemí s Říší z 31. března 1933 (RGBl. I, S. 153), který z důvodu „zjednodušení zemského zákonodárství“ po vzoru zmocňovacího zákona umožnil vydávat zemským vládám, které již byly ovládnuty národními socialisty, zemské zákony. Zemské sněmy, stejně jako i říšský sněm na říšské úrovni, byly prakticky vyřazeny ze zákonodárského procesu.

Národní socialisté potřebovali podřídit zemské vlády svému vlivu, a proto z osobního podnětu Hitlera byl vydán 7. dubna 1933 druhý zákon o zglajchšaltování zemí s Říší (RGBl. I, S. 173), který upravoval dosazení říšských místodržících do jednotlivých zemí. Úkolem říšského místodržícího bylo dohlížet na dodržování směrnic politiky vytyčené říšským kancléřem v německých zemích.¹⁴ Mezi jeho oprávnění spadalo kromě jmenování a odvolání předsedy zemské vlády a na základě jeho návrhu i zbylých členů zemské vlády, rozpuštění zemského sněmu a

¹² Meier-Benneckenstein, P. *Das Dritte Reich im Aufbau. Band 4. Staat und Verwaltung.* Berlin: Junker und Dünhaupt Verlag, 1939, s. 64.

¹³ Schorn, H. *Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963, s. 13.

¹⁴ Klagges, D., Stoll, F. *So ward das Reich.* Frankfurt am Main: Verlag Moritz Diesterweg, 1943, s. 203.

nařízení nových voleb, také vyhotovení a vyhlášení zemských zákonů včetně zákonů, které přijala zemská vláda na základě prvního zákona o zglajchšaltování zemí s Říší.

Zákonem o novém uspořádání Říše z 30. ledna 1934 (RGBl. I., S. 75) přešla výsostná práva zemí na Říši. Dle tohoto byly zemské vlády podřízeny vládě říšské a zemské sněmy byly zrušeny. Zemským sněmům jako zastupitelským sborům tedy již právo zákonodárné iniciativy nepříslušelo.

2.2 VŮDCE JAKO ZÁKONODÁRNÝ SUBJEKT

Ve Třetí říši se postupně prosadil princip koncentrace státní moci v rukou jedné osoby, kterou byl Vůdce a říšský kancléř Adolf Hitler. Dle národně socialistické ideologie vycházela reálná vláda Adolfa Hitlera z „vyššího zákona“ (duch národa, vůle národa...), který mohl německému národu zprostředkovat pouze Vůdce, a také pouze on byl oprávněn k autentické interpretaci vůle německého národa.¹⁵ Z důvodu, že německý národ byl považován za vlastní politickou veličinu a Vůdce za vykonavatele její vůle, stal se Hitler nositelem veškeré státní moci namísto neosobní korporace, kterou je stát.¹⁶ Hitlerova moc by se dala označit jako rozsáhlá, totální, výlučná a neomezená. Hitler se považoval za reprezentanta národa, ochránce světového názoru, ochránce Říše, prvního zákonodárce v Říši, ale především byl oslavován jako „ochránce národa“

Především zákonodárství bylo plně v rukách Vůdce. Ministerstva, vláda, země ani správní soudy neměly moc zvrátit jeho příkaz. Poté, co Hitler sám prodloužil tzv. zmocňovací zákon, nemusely již jeho příkazy a pokyny počítat jakékoliv konkrétní formy a mohly být vydávány dle jeho libosti.

V roce 1939 charakterizoval Curt Rothenberger vztah zákona a rozkazu Vůdce následovně:

„Zákon je rozkaz Vůdce. Soudce, který má tento zákon aplikovat, není vázán jen na zákon, nýbrž také na jednotný názor Vůdce.“¹⁷

Jakým způsobem bylo nahlíženo na Hitlera, názorně dokumentuje prohlášení předsedy vrchního zemského soudu z roku 1944:

¹⁵ Säcker, F.J. a kol. *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, s. 85.

¹⁶ Hemper, W. *Die nationalistische Staatsauffassung in der Rechtssprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*. Berlin: Duncker & Humboldt, 1974, s. 58.

¹⁷ Rothenberger, C. *Die Stellung des Richters im Führerstaat*. in: *Deutsches Recht*, 1939, s. 831; citováno dle: Schuster, J. *Freimauer und Justiz in Norddeutschland unter dem Nationalsozialismus. Die beruflichen Folgen der Mitgliedschaft in Logen für Richter und Staatsanwälte*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007, s. 36.

„Nejvyšší soudce německého národa je Vůdce sám. V něm jako ve vzoru pro každého soudce jsou ztělesněny všechny ony nejlepší vlastnosti, kterými se osoba soudce vyznačuje, ona znalost práva a znalost všech těch věčných, neotřesitelných zásad lidského řádu.“¹⁸

„Perverze“ práva, ke které došlo po událostech z 30. června 1934, je patrná rovněž z článku uveřejněném v časopise *Juristische Wochenschrift*:

„Německý národ je z celé duše hluboce vděčný svému Vůdci za osvobozující čin z 30. června 1934. Mnohem důležitější ale je, co tím Vůdce jako ochránce práva ukázal německému právníkovi. Vůdce se jako nejvyšší soudce německého národa postavil do čela všem německým služebníkům práva a stal se jejich vůdcem a přenesl na každého, kdo je povolán k ochraně německého práva, povinnost ochraňovat německý národ. Soudce Adolf Hitler se musí oprostít od otroctví paragrafů pozitivního práva, musí se osvobodit od ‚motivů a vůle zákonodárce‘ období, které dnes již náleží minulosti. Musí si být vědom toho, že je pro výklad a aplikaci zákonů určující jen vůle – vůle národněsocialistického hnutí.“¹⁹

Na této ukázce je názorně vidět, kam až klesla národně socialistická právní věda a jak se ochotně propůjčila ke krytí nacistických zločinů.

Vůdcova moc byla dalekosáhlá, věcně a časově neomezená, Vůdce se nemusel ze svého jednání nikomu zodpovídat a nebyl omezen žádnými právními normami a sám byl považován „za nositele nejvyšší suverenity ve Velkoněmecké Říši a za jediný zdroj veškerého práva“.²⁰ Podle národně socialistické právní vědy byl Vůdce zodpovědný pouze svému svědomí a byl chápán jako „exekutor“ vůle národa.²¹ Nejen že Vůdce nebyl vázán žádnými podmínkami, ale k udržení jeho moci byl oprávněn využít jak právní tak, i všechny dostupné faktické prostředky odporující platným zákonům.

Státní aparát nacistického Německa byl založen na vůdcovském principu. Ten spočíval v premise, že na místo národa nastupuje Vůdce, jehož vůle je „jediná správná“. Podle svého uvážení přenáší část své moci na jiné osoby,

¹⁸ Předseda vrchního zemského soudu v Mnichově Stepp, citováno dle: Wagner, A. *Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat*. Stuttgart: Deutsche Ver.-Anst., 1968, s. 205 – 206.

¹⁹ *Juristische Wochenschrift* 1934, s. 1881, autor neuveden; článek otištěn v: Schorn, H. *Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1959, s. 91.

²⁰ Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 84.

²¹ Nunweiler, A. *Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung „im Dritten Reich“*. Baden – Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, s. 270.

kteřé jsou mu bezpodmínečně podříceny. V kteroukoli dobu disponuje oprávněním dávat rozkazy, které jsou v hierarchii moci vykonávány směrem „dolů“. Zároveň je vytvořen systém nadřícenosti a podřícenosti s „Vůdcem“ na vrcholu.²²

Co se týče forem pramenů práva, které Vůdce vydával, jednalo se výnosy (*Erlässe*) či vyhlášky (*Verordnungen*). Ty by se daly rozlišit podle toho, jakou oblast měly regulovat: stranu (NSDAP), stát či brannou moc (*Wehrmacht*). Z pohledu hierarchie norem, nezáleželo na tom, k jaké oblasti se výnos či vyhláška Vůdce vztahovaly, neboť požívaly stejnou právní sílu. Co se týče jejich vztahu k zákonům, byly postaveny na stejnou úroveň. Charakteristickým znakem pramenů práva ve Třetí říši byla rovněž neexistence hierarchie norem a vyhlášky mohly měnit či rušit zákony. V moderním právním státě stanoví práva a povinnosti zákon, ke kterému jsou v případě potřeby vydány prováděcí předpisy. Nacistická legislativa tuto zásadu nectila a práva a povinnosti ukládaly i prováděcí předpisy. V průběhu války již ležela zákonodárná činnost především v rukou říšských ministrů, kteří vydávali vyhlášky stanovující práva a povinnosti.

2.3 DALŠÍ SUBJEKTY NADANÉ LEGISLATIVNÍ PRAVOMOCÍ

Mimo Vůdce, říšský sněm, říšskou vládu (zemské vlády) a říšské ministry byly nadány legislativní pravomocí i další subjekty, které mohly pro oblast, kterou spravovaly, vydávat právní předpisy. Jednalo se o Ministerskou radu pro obranu Říše, Generálního zmocněnce pro říšskou správu, Pověřence pro čtyřletý plán, říšského ministra pro letectví a vrchního velitele vojenského letectva a tzv. „kolegium tří“.²³

I. K jednotnému řízení státní správy a hospodářství vydal Hitler 30. srpna 1939 výnos o zřízení ministerské rady pro obranu Říše (RGBl. I, S. 1539). Ministerská rada pro obranu Říše (*Ministerrat für die Reichsverteidigung*) byla zřícena jako stálý výbor pouze se šesti členy, jimž předsedal Hermann Göring. Byla oprávněna vydávat k jednotnému vedení správy a hospodářství nařízení se silou zákona. Ministerská rada ztratila na významu, když byly již v prvních dnech války proti Polsku vytvořeny zákonné podklady pro reorganizaci správy a hospodářství pro válečné poměry a pravomoc vydávat nařízení zůstala jednotlivým rezortům.²⁴ Teoreticky se tento „válečný kabinet“ mohl stát novým kolegiálním orgánem říšské vlády. Ve skutečnosti

²² K tomu blíže: Tauchen, J. *Prosazení vůdcovského principu ve státním aparátu Třetí říše*. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, roč. 15, č. 2, s. 159-164.

²³ K tomu blíže: Tauchen, J. *Organizace vnitřní správy státního aparátu nacistického Německa*. In Právní a ekonomické problémy současnosti VII. Ostrava: KEY Publishing, 2008, s. 152-160.

²⁴ Ministerská rada se sešla jako kolegium jen šestkrát, naposledy 15. listopadu 1939 a do konce roku vydala 58 nařízení.

však Göring nevyužil všech možností a vyslovil se pro odložení veškerých obsáhlejších návrhů zákonů na dobu neurčitou, pokud nesouvisely přímo s obranou Říše. Zároveň existence ministerské rady pro obranu Říše znamenala principiální posílení zákonodárné iniciativy jednotlivých ministrů říšské vlády, protože vydávala nařízení bez Hitlera a pouze v případech pochybností si tento souhlas vyžádala.²⁵

V únoru 1940 omezil Hitler pravomoc ministerské rady pouze na neodkladné záležitosti bez politického významu. Zrušena ale nebyla a zůstala bez formálních zasedání činná a přispěla tak k roztržtění zákonodárství v národně socialistickém státě.²⁶

II. Na základě tajného a v říšském věstníku nezveřejněného zákona o obraně Říše ze 4. září 1938 byl vytvořen úřad generálního zmocněnce pro říšskou správu (*Generalbevollmächtigter für die Reichsverwaltung*). V případě vypuknutí války měl převzít jednotné vedení nevojenské státní správy. Ke splnění tohoto účelu mu bylo podřazeno ministerstvo vnitra, ministerstvo spravedlnosti, ministerstvo pro správu církví, ministerstvo pro výchovu a ministerstvo pro územní plánování. Podobnou koncentraci pravomocí ostatních ministerstev měl v rukou Generální zmocněnec pro hospodářství (*Generallbevollmächtigter für die Wirtschaft*), který mohl podle výše uvedeného zákona dávat pokyny ministru hospodářství, ministru práce, ministru pro výživu, říšskému lesmistrovi a komisaři příslušnému pro stanovení cen.²⁷ Generální zmocněnci pro říšskou správu a pro hospodářství byli oprávněni vydávat vyhlášky.

III. Jedním z bodů národně socialistického programu bylo zvýšit domácí výrobu a rozšířit surovinovou základnu, k čemuž sloužil první čtyřletý plán.²⁸ Cílem druhého čtyřletého plánu vyhlášeného v roce 1936 bylo nasměrovat hospodářství na urychlené vyzbrojení a zabezpečit soběstačnost, neboť se závislostí na surovinových zdrojích z okolních států by Německo nemohlo vést válku.²⁹ K jednotnému řízení a sloučení všech rozhodujících kompetencí ve státě a straně vydal Hitler nařízení k provedení čtyřletého

²⁵ Broszat, M. *Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*. München: dtv, 1969, s. 382.

²⁶ Jeserich, K., Pohl, H., Unruh, G.Ch. a kol. *Deutsche Verwaltungsgeschichte. Band 4. Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus*. Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 1985, s. 759.

²⁷ Vojáček, L. a kol. *Právní dějiny 2. Státy západní Evropy a USA*. Brno: Doplněk, 1999, s. 116.

²⁸ Meier-Benneckenstein, P. *Das Dritte Reich im Aufbau. Band 5. Partei und Staat*. Berlin: Junker und Dünhaupt Verlag, 1941, s. 282.

²⁹ Klagges, D., Stoll, F. *So ward das Reich*. Frankfurt am Main: Verlag Moritz Diesterweg, 1943, s. 200.

plánu z 18. října 1936 (RGL. I., S. 887), ve kterém pověřil předsedu pruské vlády Göringa provedením všech potřebných opatření k jeho uskutečnění a přenesl na něj pravomoc vydávat výnosy a správně právní předpisy. V této souvislosti je nutné poukázat především na právní předpisy vztahující se k řízení válečného hospodářství.

IV. Říšský ministr pro letectví a vrchní velitel vojenského letectva (*Luftwaffe*) byl oprávněn vydávat po dobu války právní předpisy týkající se letecké ochrany.

V. Na generálního zmocněnce pro říšskou správu, hospodářství a šéfa vrchního velení Wehrmachtu byla přenesena společná pravomoc vydávat nařízení pro nehospospodářskou oblast podobnou té, kterou disponoval Göring jako zmocněnec pro čtyřletý plán.³⁰ Ačkoliv se nekonala žádná řádná zasedání, vžilo se označení „kolegium tří“. Každý člen ve shodě s ostatními dvěma mohl vydávat nařízení pro svůj okruh působnosti, které se mohlo odchylovat od platných zákonů. Až do skončení války bylo v mnoha případech vytvořeno „nové“ právo právě nařízeními kolegia tří. V lednu 1940 zaujal místo generálního zmocněnce pro hospodářství bez jakéhokoli veřejného oznámení zmocněnec pro čtyřletý plán.

Zmínit je nutné také právo vydávat právní předpisy, které příslušelo říšským místodržícím v říšských župách: Sudety, Východní marka, Gdaňsk-Západní Prusko, Povartí a hansovní město Hamburg. Říšští místodržící v těchto oblastech mohli se souhlasem příslušného říšského ministra a ministra vnitra vydávat vyhlášky, pokud to neodporovalo nadřazenému říšskému právu.³¹

3. NOVÉ PRAMENY PRÁVA

Národně socialistická právní věda uznávala kromě tradičních psaných pramenů práva (ústava, zákon, vyhláška) rovněž prameny, které neměly jasný obsah a sloužily k tomu, aby nacisté jejich použitím mohli legální cestou zlikvidovat své odpůrce a dosáhnout svých zločinných cílů. Zákony se staly prostředkem pro politické pronásledování a rasovou diskriminaci.

Mezi nové prameny práva v období Třetí říše náležely:

- národně socialistická ideologie,
- program NSDAP,

³⁰ Broszat, M. *Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*. München: dtv, 1969, s. 383.

³¹ Rapsch, A. *Gesetzgebung unter nationalsozialistischer Gewaltherrschaft*. In: Salje, P. *Recht und Unrecht im Nationalsozialismus*. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 1985, s. 145.

- Vůdcova vůle,
- zdravé národní cítění.

Výše zmíněné nové prameny práva přinesly v aplikační praxi podstatné problémy, především co se týče jejich vztahu k tradičním pramenům práva. S tím souvisela otázka, jaký pramen práva měl při aplikaci vlastně přednost. Hlavní funkcí nových pramenů práva bylo to, aby bylo za pomoci nového výkladu „staré právo“ zbaveno své platnosti a Vůdcova vůle, program NSDAP, národně socialistická ideologie a zdravé národní cítění měly přednost před psaným právem. Jak již bylo zmíněno výše, tyto nové prameny práva byly nejasné a otázkou bylo, co je vlastně jejich obsahem, nebo, vyjádřeno jinak, jakým způsobem jejich obsah naplnit.

Adolf Hitler ve své knize *Mein Kampf* uvádí:

„Každý světový názor, ať už je tisíckrát správný a pro lidstvo nanejvýš užitečný, zůstane bezvýznamný pro uspořádání života národů tak dlouho, dokud se jeho zásady nestanou korouhví bojového hnutí, které musí zůstat tak dlouho stranou, dokud působení těchto zásad nebylo zavrženo vítězstvím světonázorových idejí a stranická dogmata netvoří základní zákony státu národního společenství.“³²

Za základní prosazované postuláty národně socialistické ideologie (světového názoru) byly považovány postuláty o nerovnosti ras, antisemitismus či vůdcovský princip.

Na program NSDAP z 24. února 1920 se soudy odvolávaly přímo jako na pramen práva. Tak např. Říšský pracovní soud považoval ve svých rozhodnutích antisemitské body 4 a 5 programu³³ za „ústavní zásady“ a „cíle německého vedení státu při řešení židovské otázky“.³⁴

Vznik programu NSDAP patří dodnes k nejméně probádaným oblastem národně socialistického hnutí, neboť je k dispozici jen minimum pramenů. Většinu z dvaceti pěti bodů tvořících stranický program formuloval zámečník a drážní úředník Anton Drexler, který založil 5. ledna 1919

³² Hitler, A. *Mein Kampf*. Přeložil Slavomír Michalčík. Pohořelice: Otakar II., 2000, s. 278.

³³ Bod č. 4 zněl: „Státním občanem může být pouze soukmenovec. Soukmenovcem je pouze ten, kdo je německé krve, bez ohledu na vyznání. Žádný Žid nemůže proto být soukmenovcem.“

Bod č. 5 zněl: „Kdo není státním občanem, může žít v Německu pouze jako host a musí podléhat cizineckým zákonům.“

³⁴ Říšský pracovní soud, rozsudek z 9. ledna 1940 (otištěn v časopise *Deutsches Recht* 1940, s. 876); rozsudek ze 7. února 1940 (otištěn v časopise *Deutsches Recht* 1940, s. 1326) – citováno dle: Rüthers, B. *Entartetes Recht*. München: C.H.Beck, 1988, s. 29.

Německou stranu práce (*Deutsche Arbeiterpartei – DAP*), předchůdkyni Národně socialistické německé dělnické strany.³⁵ NSDAP původní program DAP převzala a revidovala. O programu NSDAP řekl dlouholetý právní zástupce nacistické strany a pozdější ministr Hans Frank: „je stejně tak dobře míněný, jako nepraktický.“³⁶ Program NSDAP nebyl žádnou důkladně promyšlenou vědeckou prací, nýbrž narychlo sepsaný Hitlerův „spisek“, jehož cílem byl především rétorický účinek působící na široké masy obyvatelstva.

Mezi další „nové“ prameny práva mezi léty 1933 – 1945 náleželo tzv. „zdravé národní cítění“. V oblasti trestního práva sloužilo a podpořilo nelidské zosobnění trestněprávní praxe. S tím souviselo zavedení zásady analogie a přijetí doprovodných hmotněprávních a procesněprávních předpisů, čímž se otevřela cesta pro radikalizaci trestního práva. Obsah pojmu „zdravé národní cítění“ stanovoval Vůdce a ostatní představitelé nacistické strany. Vůdcovo mínění se stalo pramenem práva, který měl přednost před právem pozitivním.

Podle Hitlerova přesvědčení bylo nutno přetvořit zákonodárnou a soudní moc v politické zbraně systému. Měly by být konstruovány tak, aby byla vůdcova vůle přímo aplikovatelná. Jako vzor mu sloužil anglický ústavní systém, ve kterém nejsou ústavní normy písemně zachyceny. Toto mělo umožnit, aby byly prosazeny aktuální politické požadavky. Dle jeho představ, stát a národní společenství zmocnili Vůdce jednat podle toho, jak on sám uzná za vhodné. Kteroukoliv právní normu mohl tak Vůdce prolomit a kterékoliv soudní rozhodnutí mohl Vůdce svým rozhodnutím změnit, pokud se neshodovalo s jeho právním názorem na řešení právní věci.

V souvislosti s výkladem o „nových“ pramenech práva a jejich vztahu k „psaným“ pramenům se jeví jako účelné, nastínit myšlenkový pochod soudce ve Třetí říši při soudním rozhodování, který se odlišuje od tvorby vůle dnes. Tento proces nastínil Viktor Knapp na základě Freislerova článku v časopise *Deutsche Justiz* následovně:

„Nejprve je třeba objasnit skutkovou podstatu. Dále musí soudce naslouchat hlasu národního svědomí, zdravému národnímu právnímu citu, jemuž lze naslouchati jen ve vlastním nitru. Konečnou fází je určení, zda takto zjištěná myšlenka je vyjádřena nějakým zákonem a jestliže ano, je nutné opřít rozhodnutí o zákon.“³⁷

³⁵ Pieler, P. *Das römische Recht im nationalsozialistischen Staat*. In: Davy, U. a kol. *Nationalsozialismus und Recht*. Wien: Anton Orac, 1990, s. 427.

³⁶ Frank, H. *Im Angesicht des Galgens*. 2. Vydání. Neuhaus b. Schliersee: Frank, 1955, s. 31.

³⁷ *Deutsche Justiz*, 1936, s. 1572 násl; citováno dle: Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Reprint z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 153.

Tento proces je však dost složitý a jak Knapp uvádí: „je tato věc však značně sporná i v samotné nacistické ideologii“. Problém nastává v okamžiku, když se zjištěná myšlenka neshoduje s vůlí zákonodárce. Tento problém však odpadá, jestliže se jedná o právní předpis vydaný v období Třetí říše, protože tato právní norma je čerpána z neomylného zřídla *Volksgeistu* v krvi *Vůdcově*. V tomto případě je tedy rozhodující vůle zákonodárce, která determinuje vůli soudcovu bez ohledu na to, co slyší ve svém nitru. V případě zákonů z doby před rokem 1933 je jimi soudce vázán jen potud, pokud výsledek odpovídá nacistickému světovému názoru; pokud by mu odporoval, tak je soudce povinen rozhodnout proti tomuto zákonu.³⁸

4. ZÁVĚREM

Od roku 1933 až do začátku druhé světové války schválil říšský sněm pouze devět zákonů; vedle toho vydala říšská vláda více než 4500 zákonů a v tomto období vstoupil v platnost ještě větší počet *Vůdcových* výnosů a nařízení se silou zákona. Přitom měly všechny Hitlerovy výroky charakter prvořadého pramene práva stojícího nad zákonem.³⁹ Charakteristikou národněsocialistických právních předpisů bylo to, že jejich cílem nebylo dosažení spravedlnosti. Záměrně a zcela otevřeně popíraly zásadu rovnosti a další základní právní zásady, které byly vytvořeny v průběhu právního vývoje, a to nejen v posledních několika staletích. Němečtí soudci se tak dostali do dilematu, zda vůbec, popř. jakým způsobem tyto zákony, které byly v rozporu se spravedlností, aplikovat. Zákonu jako pramenu práva se nepřikládal tak velký význam jako dalším pramenům: *vůdcově* vůli, programu NSDAP, národně socialistické ideologii či zdravému národnímu cítění.⁴⁰ Stále více bylo rozšiřováno používání neurčitých právních pojmů.

Spolu s nástupem národního socialismu k moci se změnil vztah práva vůči státu a jednotlivci. Zatímco před rokem 1933 stál jednatel v popředí zájmu a zákony vázaly jak stát, tak i jednotlivce a sloužily k jeho ochraně, po uchopení moci se situace radikálně změnila, když úkolem soudů již nebylo hájit zájmy jednotlivce, nýbrž zájmy celku. Celek, který byl reprezentován německým národem, nyní požíval prvořadé soudní ochrany. Vedle tradičních psaných právních pramenů se objevily nové prameny práva, kterými byl soudce vázán, jako např. *Vůdcova* vůle či národně socialistická ideologie,⁴¹ která měla přednost před vázaností soudce na zákon.

³⁸ Tamtéž, s. 154 – 156.

³⁹ Benz, W., Graml, H., Weiss, H. (Vyd.) *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*. München: dtv, 1997, s. 96.

⁴⁰ Fieberg, G. *Justiz im nationalistischen Deutschland*. Köln: Bundesanzeiger, 1984, s. 29.

⁴¹ Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Reprint z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 50.

Závěrem se mi jeví jako vhodné uvést charakteristiku pramenů práva v nacistickém Německu, kterou uvádí ve své práci Bernd Rüthers. Ten stanovil celkem 15 tezí, charakterizujících právo ve Třetí říši, přičemž pramenů práva se týkají následující tři:

1. Generální klauzule a neurčité právní pojmy posloužily jako „vstupní brána“ pro ospravedlnění a stabilizaci nacistické ideologie.
2. Soudy mohly aplikovat vedle generálních klauzulí stanovených v zákoně rovněž klauzule, které neměly zákonný podklad. Tímto byla do právního řádu zavedena nová hodnocení, která vytlačila zákonné právní předpisy („bojové klauzule“).
3. Nové prameny práva a panující nejasnosti ohledně jejich místa v hierarchii norem byly vhodné prostředky k tomu, aby tyto sloužily ke změně obsahu právního řádu ve prospěch uskutečnění cílů národních socialistů.⁴²

Literature:

- Benz, W., Graml, H., Weiss, H. (Vyd.): Enzyklopädie des Nationalsozialismus. München: dtv, 1997
- Broszat, M.: Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung. München: dtv, 1969
- Davy, U. a kol.: Nationalsozialismus und Recht. Wien: Anton Orac, 1990
- Fieberg, G.: Justiz im nationalistischen Deutschland. Köln: Bundesanzeiger, 1984
- Frank, H.: Im Angesicht des Galgens. 2. Vydání. Neuhaus b. Schliersee: Frank, 1955
- Gruchmann, L.: Justiz im Dritten Reich 1933 – 1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner. 3. Vydání. München: R. Oldenbourg Verlag, 2001
- Hemper, W.: Die nationalistische Staatsauffassung in der Rechtssprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Berlin: Duncker & Humboldt, 1974

⁴² Rüthers, B. *Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945*. In: Säcker, F. J. *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, s. 34.

- Hitler, A.: Mein Kampf. Přeložil Slavomír Michalčík. Pohořelice: Otakar II., 2000
- Jeserich, K., Pohl, H., Unruh, G. Ch. a kol.: Deutsche Verwaltungsgeschichte. Band 4. Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus. Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 1985
- Klagges, D., Stoll, F.: So ward das Reich. Frankfurt am Main: Verlag Moritz Diesterweg, 1943
- Knapp, V.: Problém nacistické právní filosofie. Reprint z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002
- Laufs, A.: Rechtsentwicklungen in Deutschland. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996
- Majer, D.: Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987
- Meier-Benneckenstein, P.: Das Dritte Reich im Aufbau. Band 5. Partei und Staat. Berlin: Junker und Dünhaupt Verlag, 1941
- Nunweiler, A.: Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung „im Dritten Reich“. Baden – Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996
- Roeser, F.: Das Sondergericht Essen 1942 -1945. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000
- Rüthers, B.: Entartetes Recht. München: C.H.Beck, 1988
- Säcker, F. J.: Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Baden - Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992
- Salje, P.: Recht und Unrecht im Nationalsozialismus. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 1985
- Schorn, H.: Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963
- Staff, I.: Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1964

- Tauchen, J.: Organizace vnitřní správy státního aparátu nacistického Německa. In Právní a ekonomické problémy současnosti VII. Ostrava: KEY Publishing, 2008, s. 152 - 160
- Tauchen, J.: Prosazení vůdcovského principu ve státním aparátu Třetí říše. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, roč. 15, č. 2, s. 159 - 164
- Vojáček, L. a kol.: Právní dějiny 2. Státy západní Evropy a USA. Brno: Doplněk, 1999
- Wagner, A.: Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat. Stuttgart: Deutsche Ver.-Anst., 1968

Contact – email

jaromir.tauchen@law.muni.cz

THE MORAL IN LAW

JIŘÍ TUZA - DANA ZAPLETALOVÁ

Mendelova zemědělská a lesnická univerzita

Abstract in original language

Právo a morálka ovlivňují chování ve společnosti po celou dobu existence práva. Vlivem vývoje společnosti se tyto fenomény vyvíjí a je jim přisuzována větší či menší důležitost podle toho o jaké historické období se jedná. Přestože se právní a morální normy v mnohém liší, jsou základem udržení řádu v moderní společnosti. Po období právního pozitivizmu charakteristickém pro dvacáté století se morálka prostřednictvím přirozeně právních teorií do práva ve větší míře vrací.

Key words in original language

Morálka; Právo; Etika; Vývoj; Význam.

Abstract

Law and moral affect behavior in a society through existence of law. These phenomena are developing owing to evolution of society and the importance (greater or lesser) is attributed to them in conformity with the contextual epoch. Notwithstanding that legal and moral rules are different in many respects, there are the base of the preservation of the society frame. Moral is significantly getting back into law via jus naturae theories after the positivism era of Twentieth Century.

Key words

Moral; Law; Ethics; Evolution; Meaning.

Právo a morálka mají společné kořeny v obyčejích, které regulovaly chování ve společnosti. Jednotlivé normy se postupně oddělily a vytvořily samostatné normativní systémy, které mohou k projevům chování a společenským situacím přistupovat zcela rozdílně. Právo je na rozdíl od ostatních normativních systémů vytvářeno zásadně státní mocí, a to cílevědomě a s ohledem na politické cíle, kulturní tradice a uznávané hodnoty ve společnosti, na rozdíl od ostatních normativních systémů je všeobecně závazné, jejich dodržování je vynucováno i sankcionováno státní mocí. Právo v objektivním smyslu představuje souhrn obecných právních pravidel, z nichž pro určitý subjekt, splňuje-li podmínky jimi stanovené, vyplývají právní následky. Takovým následkem práva ve smyslu objektivním je pak právo ve smyslu subjektivním, nebo-li oprávnění přiznaná subjektu právem objektivním, případně akty aplikace práva. V právních vztazích pak oprávnění jednoho subjektu odpovídá povinnost subjektu druhého, případně všech ostatních.

Fenomény morálka a právo spolu velmi úzce souvisí a v každém právním systému je možno určité prvky morálky (obvykle prostřednictvím

přirozeného práva) nalézt. Na morálku v právu je možno nazírat z několika úhlů pohledu. Může to být pohled zákonodárce, který vytváří právo a v podstatě také rozhoduje o tom, do jaké míry bude právní norma korespondovat s morálkou, pohled nestranného pozorovatele, který hodnotí právu i morálku bez toho, aniž by se podílel na tvorbě práva, jeho interpretaci či jeho aplikaci, pohled soudce, který platné právo interpretuje a aplikuje a při své rozhodovací činnosti se řídí buď „jen“ platným právem, nebo (tam, kde mu to právo umožňuje, případně to přímo stanoví) rovněž morálkou, dobrými mravy, mravními principy. Samozřejmě nemůžeme opomenout i pohled a úsudek vědecký a filozofický, který není nestranný a hledá vědecké zdůvodnění vztahu práva a morálky, jejich souvislostí a vzájemné podmíněnosti. Tyto náhledy se liší ve způsobu hledání odpovědi na otázku co má být a co je. „Tezi institucionálního sepětí práva a morálky je možno považovat za důvodnou a přesvědčivou, přičemž tato platí nejen jako ultima ratio rozhodování hraničního orgánu, nýbrž i v dalších kontextech, a to zejména při aplikační činnosti státních orgánů. Stěží si lze představit jejich rozumné a spravedlivé rozhodování bez přítomnosti mravních principů (bez přítomnosti akceptovaných mravních hodnot) při interpretaci právních předpisů. Právní řád, jehož existence by spočívala pouze na systému sankcí (zejména uvnitř systému orgánů moci), a to bez jakéhokoli sepětí se společností akceptovatelnými morálními principy, ztrácí jakoukoli legitimitu“. „Otázka institucionálního sepětí morálky a práva v demokratickém právním státě se tak transformuje do otázky chápání suverenity“.¹ Naskytá se otázka jaké množství morálních prvků, či morálky by mělo právo obsahovat, aby mohlo být považováno za dobré právo. V kapitolách o morálce bylo zmíněno, že obtížně může být stanoven nějaký univerzální model či systém morálních norem a stejně tak bude zřejmě nemožné univerzálně stanovit ideální množství morálky v právu. Naproti tomu se také naskytá elementární otázka, proč by právo a morálka mělo mít společný obsah. Pokud budeme obecně vycházet z předpokladu, že cílem práva a morálky je přežití lidského jedince a celé společnosti, potom je takový společný obsah nezbytný. Jinak by nebylo možno zajistit ať již dobrovolnou, nebo nucenou spolupráci lidí. „Kdyby takový obsah chyběl, lidé – takoví, jací jsou – by neměli žádný důvod dodržovat jakákoli pravidla“.² Co tedy očekáváme od společného obsahu práva a morálky? Jednak je to prostředek proti lidské zranitelnosti. Společný obsah vyjádřený zpravidla formou zákazů a příkazů má zabránit svévolnému používání násilí v podobě zabíjení a způsobování újmy. Jelikož člověk nemá od přírody žádnou účinnou ochranu svého těla, nahrazuje ochranu tělesné integrity právo a morálka. Dále za důvod společného obsahu práva a morálky můžeme považovat dosažení přibližné rovnosti. Lidé jsou silnější a slabší co do fyzické síly a intelektu. Nikdo ale není silnější než určité společenství lidí a pokud si chce „silnější“ udržet své postavení ve společnosti, potřebuje

¹ HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2006, s. 34, 35 an.

² HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2004, str. 192

spolupráci ostatních. Toho může dosáhnout prostřednictvím morálních a právních pravidel. Na druhé straně ale stejný mechanismus zabraňuje kvůli silnějšího vůči slabšímu a zamezení, nebo alespoň omezení, agrese mezi lidmi. Dalším významným důvodem je ochrana vlastnictví, které je nezbytné a alespoň v minimální míře nutné pro přežití, a s tím související omezenost zdrojů. Právo a morálka tak chrání nejen majetek, ale také jeho užívání a plody. Zabraňuje také poškozování a ničení majetku.

Model jednoty práva a morálky není v právní teorii ničím novým a již v devatenáctém století se můžeme setkat s názorem, že právo představuje určité minimum morálky. Takovéto spojení práva a morálky, však není zcela objektivní. Tak právo v celé své šíři nemůže být ovlivňováno morálkou, neboť některé oblasti práva jsou ve vztahu k morálce zcela irelevantní, jako například dopravní předpisy. Dále různorodý je i způsob vzájemného ovlivňování a působení práva a morálky. Různé jsou také cíle, kterých má být morálkou a právem dosaženo. Český právní řád se musel po listopadu 1989 vypořádat s konfliktem totalitního a demokratického systému, což byl jeden z předpokladů budování právního státu, ale také s možností ucházet se o členství v EU. „Z nástinu možných řešení napětí mezi morálkou a právem při překonávání totalitního systému, jakož i jejich ilustrací konkrétními případy, lze snad vyvodit dvě zobecňující teze: Tou první je spojení pozitivistického přístupu k řešení uvedeného problému s prolomením zákazu retroaktivity a s jeho možným uplatněním v pozici prostředku legislativního, tou druhou je pak spojení iusnaturalistického přístupu priority fundamentálních hodnot ochrany lidské důstojnosti, svobody a spravedlnosti v případech jejich extrémního rozporu s pozitivním právem, a to s derogačními (případně kasačními) důsledky, zajišťované prostředky judičními“.³

Názor, že právo je minimem morálky může být tedy použit pouze jako přirovnání.⁴ Přesto však společný obsah práva a morálky může umožňovat společnosti dosahovat dlouhodobých cílů a podporovat vzájemnou zdrženlivost a bránit ziskům, zejména ve vztahu ke zneužití moci. Umožňuje také využít donucovací systém.

Morálka a respektování práva

V souvislosti s morálkou je možno položit otázku, zda mají lidé morální povinnost být poslušni práva. Jako prodloužení teorií o morálce a příčině je možno chápat právní pravidlo.

³ HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2006, s. 39

⁴ blíže HARVÁNEK, J. aj. *Teorie práva*. 2008, s. 73 an.

Lidské chování může být právní, tedy v souladu s právem, nebo protiprávní, tedy v rozporu s právem. Lidské chování však může být z hlediska právního zcela indiferentní. Přesto podléhá hodnocení, především z aspektu dobra a zla. Takové hodnocení označujeme za hodnocení morální.

Z filozofie, původní racionální univerzální vědy, která se snažila nalézt odpovědi v souvislosti s existencí člověka a celého světa, se vydělila etika jako věda o morálce, nebo-li nauka o mravnosti, o podstatě morálního vědomí a jeho původu. Etika se snaží vědecky zdůvodnit odpovědi na otázky typu co je správné a morální a jakým způsobem se mají členové lidské společnosti chovat, aby bylo dosaženo dobra a souladu s morálkou. Každé chování člověka je hodnoceno z aspektu dobra a zla, ať již je toto chování předmětem regulace právních norem či „jen“ norem morálních. Obdobně je hodnoceno dodržování práva: lidé, kteří se dopouštějí porušování platného práva, jsou velmi často odsuzováni i z morálního hlediska ostatními členy společnosti. V poslední době se však stále častěji setkáváme s takovými jevy ve společnosti, kdy dokonce i sami zákonodárci nerespektují základní morální principy, porušují právní normy a vyhýbají se sankcím. V souvislosti s porušováním práva dokonce vystupují jako morálně akceptovatelní, což lze chápat jako velmi nebezpečný společenský jev již z toho důvodu, že se chování představitelů státní moci může považovat za modelové pro ostatní. Tento jev potvrzuje názory, že pro současnou společnost je typický hodnotový systém silně ovlivněný tržním mechanismem, osobním prospěchem a nezodpovědností jednotlivců vůči společnosti, zprostředkovaně pak i nezodpovědností společnosti jako celku. Milan Machovec označuje tento stav ve společnosti za devastující. „Ale zatímco proměnu řeky ve stoku rozezná každý, u člověka samého jsou projevy devastace těžko rozeznatelné a vědomí je buď nedovede nebo nechce přiznat. Ale všechno to, byť ještě propletené a obtížné, by ještě šlo zvládnout. Především by pak musela být vůle to zvládnout a vytrvat. To vše jsou již vlastnosti mravní – a právě těch se dnes především nedostává.“⁵ Velmi často se v současnosti hovoří o období morálního relativismu, který je typický tím, že morální soudy jsou výrazem preferencí, postojů a pocitů. Podle morálního relativismu neexistují žádné absolutní morální hodnoty.⁶

V této souvislosti je třeba velice opatrně přistupovat k morálním soudům obyčejného člověka. Tyto morální soudy mohou být chápány jako určitý nutný předstupeň kritického zhodnocení ve vztahu k právu a morálce, na které právo spočívá. „Dokud si neujasníme, jaká praktická morálka a jaký morální soud se v právu odrážejí, nemůžeme právo rozumně kritizovat; jakmile si to však ujasníme, zbývá se už jen ptát, zda taková praxe, nebo

⁵ MACHOVEC, M. *Filozofie tváří tvář zániku*. 2006, s. 13 – 14.

⁶ MATOCHOVÁ, S. *Etika a právo v kontextu lékařské etiky*. 2009, s. 37 – 38.

takový soud jsou rozumné a dávají smysl a zda jsou v souladu s ostatními principy, jimž právo údajně slouží“.⁷

Další otázkou je, zda morálně vinit člověka, pokud nerespektuje právo. Pochybnost morální viny může vycházet ze skutečnosti, že právní norma je nespravedlivá a že dříve běžná morální povinnost řídit se touto normou již pominula. Dále je otázkou, zda je na místě morální odsouzení, pokud k porušení práva došlo nedopatřením, nebo náhodou.

Například v evropském právu se morálka prolíná v základních zásadách uvedených v Chartě OSN. Jedná se zejména o zásadu zákazu hrozby a použití síly v mezinárodních vztazích, zásadu mírového řešení mezinárodních sporů, povinnosti států vzájemně spolupracovat, povinnosti vzájemně nezasahovat do vnitřních pravomocí států, zásadu rovných práv a práva národů na sebeurčení, svrchovanosti a rovnosti a povinnosti svědomitě plnit mezinárodní závazky.⁸

Morálka, přirozené právo a právní pozitivizmus

Mezi morálkou a právem existuje množství různých typů vztahů. Některé přístupy uvádějí souvislost mezi morálkou a právem, jiné naopak souvislost mezi morálkou a právem popírají. Není také možné tvrdit, že vždy je vývoj práva ovlivněn morálkou už vzhledem ke skutečnosti proměnlivosti morálky ve vývoji společnosti. Také tvrzení, že právní systém se musí shodovat s morálkou a přesvědčení, že morálním závazkem je podřídit se právnímu systému, není zcela pravdivé. Z těchto hodnocení vyplývá určité napětí mezi právním pozitivizmem a přirozeným právem.

Pozitivněprávní přístup považuje za právo jen to, co je zakotveno státní mocí v platných právních normách. Popírá možnost poznání "správného" práva a morálku vnímá zcela nezávisle na právu a naopak. Morálka tvoří obecný rámec životních forem a institucí, odráží se v chování osob jako individualit v rámci jedné společnosti nebo její vrstvy. V každé společnosti existuje více a často velmi odlišných morálních hodnot a pravidel. Každý člen společnosti hodnotí vlastní chování stejně jako chování ostatních z hlediska osobního morálního přesvědčení. Morálka a morální principy jsou pro právo zcela indiferentní a právo může mít jakýkoliv obsah.

Zatímco z hlediska právního pozitivizmu se tvrdí, že zákony nemusí splňovat požadavky morálky, přirozeně právní teorie například uvádí, že „.....existují jisté principy lidského jednání, které čekají na to, až budou objeveny lidským rozumem, a právo vytvořené člověkem, má-li být platné,

⁷ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. 2001, s. 26

⁸ AZUD, J. Některé otázky povahy, obsahu a výkladu zásad mezinárodního práva. In *Sborník z vědecké konference pořádané ve dnech 17. – 19. října 2007 V Tatranské Štrbě*. 2007, s. 103 an.

s nimi musí být v souladu“.⁹ O vztahu těchto dvou teorií existuje množství literatury přijímající, nebo odmítající podobná tvrzení. Někteří moderní kritici přirozeného práva se domnívají, že tvrzení objevit náležité chování lidským rozumem vyvěrá z dvojznačnosti slova zákon. Matoucím způsobem jsou potom ztotožňovány zákony přírodní a zákony vyžadující určitý způsob chování lidí. Zatímco zákony přírodní je možno objevit pozorováním a označují se jako deskriptivní, zákony lidského chování pozorováním být objeveny nemohou z toho důvodu, že nevyjadřují a nepopisují skutečnosti, ale mají preskriptivní charakter, protože stanovují pouze požadavky na určitý způsob lidského chování. Zatímco preskriptivní zákony je možno porušit a ony stále zůstávají zákony, zákony deskriptivní, přírodní, porušit nelze. Tyto rozdíly ve významu slova zákon korespondují s odlišnostmi výrazů musím, měl bych a jsem nucen. Z tohoto pohledu je výraz přirozené právo přirovnáno k omylu způsobeným neschopností vnímat odlišné významy slova zákon.

Weinberger vidí v současné právní filozofii mezi pozitivizmem a učením přirozeného práva určité sblížovací tendence. Tento jev je dle něj podmíněn dvěma momenty. „1. Problémová situace v právní vědě staví všechny badatele před stejné úkoly a problémy, takže je třeba brát na zřetel hlediska pozic protivníků, když se chceme náležitě vypořádat s těmito fenomény a s s tímto úkolem; 2. sporná otázka se postaví do jiného světla tím, že se dostane do středu zájmu problém zdůvodnění a argumentace, čímž vznikne perspektiva, kde nelze pokročit dále tím, že se někdo pouze hlásí k pozitivizmu nebo k přirozenému právu. Charakter pozitivistických i přirozeněprávních učením se změnil. Pozitivisté se stávají opatrnějšími při formulaci svých tezí a otevřenějšími při určování výzkumného programu právní vědy. Moderní nauky přirozeného práva nevystupují jako apodiktické systémy víry, nýbrž jako racionálně argumentující vědecké teorie, a to i tehdy, když je autor motivován stanovisky víry. Rovněž si zastánci přirozeného práva dnes většinou uvědomují to, že citlivým bodem není teze o existenci imanentních hodnot a praktického poznání, ale pouze otázka, jak lze doložit, resp. Zdůvodnit imanentní právní zásady“.¹⁰

I přes množství kritických teorií jsou některé formulace přirozeného práva stále prosazovány. Hlavní důvod můžeme spatřovat nikoli v nějaké božské, nebo lidské autoritě či metafyzice, ale především v obsahu. Přirozené právo tak obsahuje některé základní pravdy, které jsou nezbytné k pochopení práva a morálky. Teorie přirozeného práva, pramenící ze staršího pojetí přírody, vychází z předpokladu, že každý člověk a každá jednotlivá věc nemá pouze tendenci k udržení vlastní existence, ale neustále se vyvíjí za dosažením určitého optimálního stavu a tento má být určitým dobrem, nebo cílem. Podle tohoto teologického názoru je také člověk považován za něco,

⁹ HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2004, str. 186

¹⁰ WEINBERGER, O. *Filozofie, právo, morálka*. Brno, 1993, s. 64 an.

co směřuje ke stanovenému určenému optimálnímu stavu, což může činit vědomě. Směřování k tomuto cíli také zahrnuje „...rozvoj a dokonalost mysli a charakteru, které se projevují v myšlení a jednání. Na rozdíl od ostatních věcí je člověk rozumem a úvahou zjistit, co je k dosažení této dokonalosti mysli a charakteru třeba, a může po tom toužit“.¹¹ Některé aspekty tohoto teleologického hlediska stále přežívají, neboť pochází z oblasti biologických faktů, která je sdílena člověkem spolu s ostatními živočichy. Tomuto způsobu myšlení odpovídá předpoklad, že cílem lidského chování je přežití. Tento předpoklad je podporován skutečností, že většina lidí chce pokračování své existence. Z toho také vyplývá, že určité činnosti člověka, které jsou označovány jako přirozeně dobré, jsou také nezbytné pro přežití. Tento závěr představuje určitou velmi ucelenou verzi přirozeného práva, která je ovšem pouze základem a nejnižší úrovní lidských cílů a lidského dobra. Bez onoho zmiňovaného základu ovšem není možný další rozvoj člověka. Potom je rozvoj lidské společnosti podmiňován existencí zákona, respektováním základních morálních principů, které je možné nazvat slušností a nalézáním spravedlnosti, ke které by právo i morálka měly společně směřovat. Takto oslabená verze přirozeného práva má mnoho společných vlastností s právem a morálkou. Můžeme se také pokusit najít mezi společenskými opatřeními, která slouží k zachování existence společnosti, taková opatření, která bychom mohli názorně označit jako přirozené zákony, které mohou být objeveny lidským rozumem.

Zjednodušené pojetí přirozených práv dle Thomase Hobbesa je také možno shrnout do věty, co nechceš aby se dělo tobě, nedělej ani sám jiným.¹² Jaký je tedy vztah přirozených práv k právu a morálce? V období po druhé světové válce připustili i zastánci pozitivněprávních teorií určité přirozenoprávní minimum v právu, zejména v souvislosti s obsahem a ochranou základních lidských práv a svobod. Jeden z nejvýznamnějších představitelů právního pozitivismu 20. století H. L. A. Hart upozorňuje na nutnost zakotvit určité minimální morální principy při vytváření práva, ale také při jeho aplikaci, zejména v soudcovském rozhodování. Jako pozitivista zdůrazňuje ideu spravedlnosti v právu. Podle něj existuje mezi právem a morálkou více různých vztahů, které lze postihnout. Hart dochází k závěru, že i pozitivní právo směřuje k morálce a spravedlnosti a při interpretaci práva je nutno vycházet ze skutečnosti, že interpretovaná právní pravidla jsou vytvářena s určitou představou o spravedlnosti s cílem zohlednit zavedené mravní principy uznávané danou společností.

Pokud budeme vycházet z předpokladu, že cílem lidského soužití je život, potom v každé společnosti musí existovat určitá pravidla chování, bez kterých by tato součinnost zanikla. „Taková pravidla ve společnosti tvoří společný prvek práva a konvenční morálky libovolné společnosti, jenž

¹¹ HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2004, s. 189

¹² VALEŠ, L. *Dějiny politických teorií*. 2004, s. 131

dospěla do bodu, kdy je rozeznává jako odlišné formy společenské kontroly“.¹³ Spolu s těmito pravidly tak nacházíme v právu a morálce určité pravidlo, které je pro konkrétní společnost příznačné. „Všeobecné uznávané principy jednání založené na prostých pravdách, jež se týkají lidských bytostí, jejich přirozeného prostředí a cílů, můžeme považovat za minimální obsah přirozeného práva“.¹⁴ Tento minimální obsah přirozeného práva vychází z význačných rysů lidské povahy. A absence tohoto obsahu, činí z práva poměrně snadno zneužitelný nástroj moci, což opět koresponduje s rysy lidské povahy a přirozené touze člověka po moci.

Mezi nejvýznamnější představitele přirozenoprávní školy 20. století patří Ronald Dworkin, který ve svém díle zdůrazňuje význam jurisprudence (právní vědy), za jejíž hlavní úkol považuje hledání odpovědi na otázku jaké by právo mělo být. Dalším úkolem jurisprudence je propojení teorie morálky s teorií práva, což by mělo vést k dosažení spravedlnosti. Rovněž Dworkin klade důraz na soudcovské rozhodování, které má aplikovat právo, ale také principy morálky. Jen tak lze dosáhnout spravedlivého rozhodnutí. Podle Dworkina představují principy to, co je považováno převážnou částí společnosti za správné a spravedlivé, principy jsou tedy prostředkem, jak dosáhnout spravedlnosti

Právní pozitivismus expandující počátkem devatenáctého století předpokládá zejména politickou stabilitu a důvěru v tuto stabilitu. Dále předpokládá, že zákonodárce je natolik předvídatelný, že v kodexu zachytí všechny právem předpokládané společenské situace. S jistými výhradami je možno říci, že právní pozitivismus v průběhu devatenáctého století plnil svoje poslání, ovšem politická nestabilita po první světové válce zmíněná východiska právního pozitivismu učinila nereálnými a nesplnitelnými. „Nová doba vyžadovala aktivnější přístup soudců k aplikaci zákonů. Zákonný pozitivismus se stal nepraktickou překážkou právního vývoje a byl odmítnut soudcovskou praxí (nikoli ovšem nutně právní vědou) již před druhou světovou válkou“.¹⁵ Zákonný pozitivismus se také jeví jako nevhodný v současné době, kdy je znatelná expanze moderního správního a ústavního práva. Zákonný pozitivismus se postupně stává nemožným a také nežádoucím. Tento stav se dále prohlubuje vlivem globalizace a evropské integrace, kdy stále více narůstá role srovnávacího práva a budování jednotné evropské právní kultury. V pluralitě právních systémů se dogmatický přístup k právu stává nepřesvědčivým a ztrácí na významu.¹⁶

¹³ HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2004, str. 192

¹⁴ tamtéž, s. 176

¹⁵ KÜHN, Z., BOBEK, M., POLČÁK, R. *Judikatura a právní argumentace*. 2006, s. 4

¹⁶ blíže tamtéž, s. 4 an.

Závěr

Z uvedeného lze vyvodit následující závěry:

Morálka a právo jsou nezbytné pro zachování a fungování společnosti a společenských vztahů.

Pokud z práva vyloučena morálka, jsou popírány základní společenské hodnoty a nelze dosáhnout spravedlnosti v právu.

Právo a morálka jsou dva samostatné normativní systémy, které mají společný původ a nejvíce se podílejí na regulaci lidského chování.

Etika je vědou o morálce, snaží se nalézt vědecké (filozofické) zdůvodnění rozumného, spravedlivého a tedy morálního jednání a pravidel.

Většinou společnosti je vyžadováno dodržování mravních zásad a principů, ale na individuální úrovni je jejich dodržování závislé na morální úrovni každého jedince, na jeho vnitřním přesvědčení a schopnosti i způsobu vnímání a hodnocení toho, co je dobré nebo špatné.

Morálka i právo mají dynamický charakter. Právo se mění podle potřeby společnosti a je zrcadlem hodnot, které společnost preferuje a respektuje. Morálka je nezbytným předpokladem jak pro vytváření hodnot, tak pro udržení společenských vztahů, k přežití lidské společnosti a k rozlišování dobra a zla. Velkou roli zde hrají autority.

Přirozené právo je vnímáno jako zvláštní forma morálních hodnot. Pozitivní právo připouští určité minimum přirozeného práva vyjádřeného v právních principech, které jsou odrazem morálních hodnot.

Literature:

- DWORKIN, R. Když se práva berou vážně. Praha : Oikoymenh, 2001, 455 s.
- HART, H. L. A. Pojem práva. Praha : Prostor, 2004, 312 s.
- HOLLÄNDER, P. Filosofie práva. Plzeň : Aleš Čeněk, 2006, 303 s.
- MACHOVEC, M. Filosofie tváří tvář zániku. Praha: Akropolis, 2006. ISBN 82-86903-16-8.
- MATOCHOVÁ, S. Etika a právo v kontextu lékařské etiky. Brno: MU, 2009.
- HARVÁNEK, J. et al. Teorie práva. Plzeň : Aleš Čeněk, 2008, 501 s.

- AZUD, J. Některé otázky povahy, obsahu a výkladu zásad mezinárodního práva, In Sborník z vědecké konference pořádané ve dnech 17. – 19. října 2007 V Tatranské Štrbě. Slovak Academic Press, 2007
- WEINBERGER, O. Filozofie, právo, morálka. Brno : Masarykova univerzita, 1993, 178 s.
- VALEŠ, L. Dějiny politických teorií. Plzeň : Aleš Čeněk, 2004, 236 s.
- KÜHN, Z., BOBEK, M., POLČÁK, R. Judikatura a právní argumentace : teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. Praha : Auditorium, 2006, 234 s.

Contact – email
jirituza@volny.cz

THE LEGAL NOTION OF LAW – EVOLUTION

ADELIN UNGUREANU

Faculty of Juridical Sciences University “Constantin Brancusi” of Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language

From the first regulations to the present positive law, the society organization was based on certain predetermined rules, in whose limits subjective rights of each holder of rights must be exercised. The legislative evolution had a permanent basis over time. From custom to the present legal codes or from moral and religious rules to legal rules in all branches of law, the legislation has evolved immensely nowadays, including the extension of legislative typology.

Key words in original language

Law; positive law; legal rules; subjective rights.

I. Evolution and actuality

Being of Latin origin the word "law" has lasted over centuries and features in the common language of contemporaneity. World states (democratic or less democratic) are governed by certain rules presently in force, all of them forming the positive law of that state (e.g. Polish positive law, Colombian or the Indonesian positive law). In terms of their preparation, depending on the older particularities, laws are the legislative product of collective fora (Parliament, Assembly, Congress), but also the work of the executive or the chief of state as their lever.

State law requires the interception of older power excesses through legal rules. This means that the ultimate force in ensuring social order is held by law, any person in the state regardless of position, which he has or the influence or economic position, that is, shall not be allowed to overcome the limits of legislative rules. In Romania this is reflected explicitly in the Constitution, "nobody is above the law"¹. But laws are made by people and depending on the evolution of society, of interstate relations, and the interests of society in general, or of those who lead the company at a time, the content of normative acts changes or even more a law is removed in whole, being replaced by other considered provisions, to be outdated or that regulate, in a more suitable area in question. Parliamentarians assert that a law is not perfect, but perfectible, and its effects are related not only to normative content, but also to its application in the territory. For instance, the reforms of agricultural order from the time of A.I. Cuza, found their

¹ Romanian Constitution, art. 16, par. 2

applicability based on the Prime Minister's circular, and the results were placed on three components: peasants appropriation by law, persons who committed or benefited from the abuse of authorities and received land in areas more higher than they would be due and unappropriation peasants.

Law, in its wider meaning, has a triple semantics: the rule of law, religious or moral; law of nature and law in the sense of logic, normal rule. Following the lead of semantic division, legal law is used with a dual purpose: first as a legal instrument issued by a state legislative forum and then as sentences or phrases from the content of these laws, which establish certain behavior, to be followed (kept) by people². For example, the Law 215/2001 is a normative act of the Romanian Parliament and regulates the public local administration, and the provisions, which establish the responsibilities of the Local Council representatives, normative propositions, covering the skills of deliberative body of a locality. Laws, strictly, are necessary and general regularities in the relations between entities³, are issued by the legislative institution, with the observance of the set procedure and in order to regularize some social relations⁴.

The conditions for a legal act to have the status of the law are these:

- to have normative content;
- to come from the state legislative body;
- to be developed and adopted by an exact procedure;
- to be issued by the legislative body, when exercising his responsibilities, like primary regulation of social relations.

In terms of its form, law can be divided into chapters, which consist of several sections, which in their turn consist of a number of articles, the latter being composed by one or more paragraphs. For a casual identification, but also for an accurate assessment of legal acts, law has a number expressed in principle to the entry into force (e.g., Law 1 / 2000), an adoption date (the day when it is adopted as final by the Parliament), a targeted and highlighted object (i.e. restitution of property) and a date of publication in the Official (Newsletter) Gazette, depending on which it depends upon the entry into force, unless the law itself provides an exact time of entry into force.

As it is known, law was separated from morality and customs, and the first written statutes meant a custom amount, general and frequently used. The exact origin of the first laws is hard to tell. Sophocles in Antigone said

² Mihai C. Gheorghe – Theory of Law, 2nd edition, All Beck Press, Bucharest 2004, p. 56

³Idem, p. 57

⁴ Mihai Gheorghe – Law Fundamentals. Theory of Objective Law Origins, 3rd vol., All Beck Press, Bucharest, 2002, p.157

"nobody knows where the laws come from; they are eternal⁵." Over centuries, Montesquieu claimed that the laws "should be suited to individual conditions of the country, with the climate - cold, warm or temperate - soil quality, with the location, with the sheer size⁶." Considering that law is not a rigid science, like technical sciences, Jean Carbonnier insists on the evolution of the Law itself, this does not mean that in his opinion the permissible maximum threshold of the behavior, but it turned into a process of governance⁷, in a tool within the reach of the leaders, by which they guided the destinies of a country. Inhering trying to highlight the personality of one who is found in the legislative forum, and of those that had addressed a law entry into force, considered that the one who has legislative responsibilities should be an exceptional thinker, a deep analyst, a philosopher but simultaneously his mind, to be reflected in the content of the law translated by a clear and simple language, that law should be understood by anyone irrespective of the social stage⁸, which is located or the training and knowledge, that a person has acquired.

Knowing that law is the emanation of the general will, made through the body, which represents this will, it occupies the first position in the hierarchy of normative acts, and its provisions are mandatory for both the government and governance, are general and impersonal being likely for application for an unspecified number of people, in many similar situations, establish rules of social behavior, forcing the subject of law to act in one way or contrary to refrain from certain facts and unlike other laws, the regulations provide also a negative consequence against the person who violate the regulatory device, presented in the form of a penalty that shall be applied by the coercive power of the state, to that person (natural or legal), which had a different behavior than the one opposable by law⁹.

In the Declaration of human and citizens' rights from France in 1789, law was defined as "an expression of general will¹⁰". In an utopian way it would mean that the entire voting population of a country should participate directly in the development and approval of regulatory acts. This is practically impossible due to the high volume of issued legal acts, but also to inspect each individual, it was a solution by which the laws reflect in the content of the general will, precisely because, as those mandated to work on their preparation are elected by the people. For the population to have also

5 Popa Nicolae, Eremia Mihail-Constantin, Cristea Simona – General Theory of Law, 2nd edition, All Beck Press, Bucharest 2005; appeared initially as simple customs, their role was to regulate interhuman relations, a role they have today.

6 Montesquieu – On the Spirit of Laws, apud Popa Nicolae, Eremia Mihail-Constantin, Cristea Simona – General Theory of Law, p. 45; he claimed that it is applicable nowadays as well, and this is why we are able to talk of the positive law of a certain state.

7 Popa Nicolae, Eremia Mihail-Constantin, Cristea Simona – General Theory of Law, p. 192

8Idem, p. 191

9Draganu Tudor – Constitutional Law and Political Institutions, Elementary Treaty, 2nd vol, Lumina Lex Press, Bucharest, 1998, p. 98-99

10 The Declaration of human and citizens' rights, art. 6

direct access to the legislative process there is the possibility of initiation without intermediary, by citizens of some legislative proposals or the possibility of population pronouncement by referendum regarding the opportunity of some normative acts.

Legal norms should be formulated in an abstract way, so that should not be fixed before the appearance of laws, the people who apply to, but they are prepared for the implementation including those who form the majority in the legislative forum. In this sense those, who form the majority thinking that the legal regulation which they adopt is opposable, they will have the interest, that law be as close to reality and to the general objectives of the society¹¹.

In conclusion, we say that law is "that act adopted by the state having the status of national representatives, which sets general and impersonal rules of social behavior, which may be mandatory and enforced to be sanctioned through the force of state coercion."¹²

Types of laws

We have already said that laws are issued only by the Parliament, but the vastness of this term draws the idea that law is also an international treaty, which joined the Romanian state or a document prepared by a local deliberative body. Regarding the first situation, indeed international treaties are ratified by law by the legislative forum, so the above idea is not very far from reality, in the second case we cannot speak of a law but of a regulation of a collective body applicable at the level of an administrative unit (municipality or county).

Laws are classified according to several criteria as follows:

- depending on the formal modality proper to their adoption we have: constitutional, organic and ordinary laws;
- depending on the scope of application we get: general, special or exceptional laws;
- according to the content we forfeited: material laws and procedural laws, the latter subdividing into organization of courts laws, competence laws and procedures for carrying out the activity of judging the sake laws;
- depending on the authority that exercises the legislative function by the regulatory acts issued, we have: the Constitution, international treaties, Community laws, legislative acts;

¹¹ Draganu Tudor – Constitutional Law and Political Institutions, p. 100

¹² Idem, p.99; nobody except for the institutions holding the legislative position, may issue laws, and they have to comply with certain features

- by prescribing sanctions there are: perfect and imperfect laws;
- depending on the legal component of the text, we distinguish: direct regulatory laws, empowerment, control, framework-laws¹³.

A special category of laws are interpretation laws. Throughout the summary of this work as I have already made reference to them, when I analyzed the retroactivity of law highlighting the exception that they constitute from the non-retroactivity principle, we will only add that the interpretation law aims to eliminate the unclear, difficult interpretative or other ambiguities. "Interpretive law shall not be confused with the non-legal laws of interpretation of the legal law. Interpretive laws of legal law have methodological character, as the interpretation is the only method of application of legal rules, it can be used by various exponents.¹⁴"

Constitutional laws are those that involve the review of the fundamental law of the country. The initiators of such laws may be: the President of the country at the proposal of the Government, one fourth of the total number of parliamentarians, or 500,000 citizens voting¹⁵. The procedure of adopting such laws involves a minimum percentage of 66% of the total members of each Chamber, which was to agree with the content of constitutional laws. Such regulations come into force not by been simply adopted by the parliament even if it is a qualified majority of 2 / 3 of all officials, but it needs the opinion of all adult population of the country, which within 30 days of its adoption by Parliament, it is invited to a referendum to express their option by secret ballot¹⁶. In case of constitutional laws there is no Chamber of reflection or first Chamber, nor a decision Chamber. Only in this category of laws Romanian Constitution mentioned the possibility of mediation. If, two different Chambers adopt a project of constitutional law differently, a mediation committee is formed with the participation of mixed participation: deputies and senators. If the committee does not find any (common ground) in the final form of the law, it shall organize a joint session of both Chambers, and the decisions will be taken with a qualified majority of 3 / 4 of all parliamentarians.

It is perhaps important to clarify that customary, among constitutional laws, does not fit to the constitution, being the supreme law of the country, different from the rest of constitutional laws, that fact may be developed only with the compliance of the Constitution¹⁷.

13 Mihai Gheorghe – Law Fundamentals 3rd vol, p. 167-169

14Idem, p. 168 (footnotes); any law may be interpreted, but if we get this far, the role of lawmaking authority would not be to issue laws but indicate what their purpose is

15 Romanian Constitution, art. 150

16 Muraru Ioan, Tanasecu Simina – Constitutional Law and Political Institutions, p. 309

17 Zamfirescu Zoica – Constitutional Law p. 198

Organic laws are not defined by the legislator, as he adds only the domains that are regulated by these categories of laws. According to the constitutional text the organic law shall regulate: the electoral system; organization and operation of the Permanent Electoral Authority; organization, operation and financing of the political parties; the status of Deputies and Senators, the establishment of the emoluments and other rights; organization and holding of a referendum, organization of the government and of the Supreme Council of National Defense, the state of partial or total mobilization of the armed forces and the state of war, the state of siege and emergency; crimes, punishment and the execution thereof; the granting of amnesty or collective pardon; the status of magistrates; administrative court; organization and operation of the Superior Council of Magistracy; the courts, the Public Ministry and the Court of Auditors; the general system of property and inheritance; the general organization of education; the organization of local public administration; of the territory, as well as general state regarding local autonomy; the general state regarding work reports; unions, employers and social protection, the status of national minorities in Romania, the general state of cults; other fields for which the Constitution provides the adoption of organic laws¹⁸. This last provision of Article of the supreme law refers to: getting and losing the Romanian citizenship, the organization of the Constitutional Court, the role of the Legislative Council, functioning of institution Ombudsman or the election of emblem or seal of the country¹⁹.

Considering the regulatory scope covered by organic laws, we infer the importance of this category of laws.

The main areas of activity are regulated by laws – the organic law, whenever appropriate. Viewed hierarchically with the constitutional law and the ordinary one, the organic law is situated on an intermediate position between them. An organic law enacts with the absolute majority of votes, i.e. 50% plus one vote, of the total number of members of each Chamber²⁰. With reference to the governed matter, the organic law is constitutional but if we refer to the steps taken in the preparation procedure, we find similarity with the adoption of ordinary laws. Professor Deleanu supported in the year of adoption of this Constitution of Romania that "organic laws should be enacted to deal with Constitutional matters, but after the usual procedure in which the ordinary laws are enacted²¹."

Both areas subject to regulation but also to the majority needed to adopt, the organic laws are proving their superiority over the ordinary ones. An

¹⁸Romanian Constitution, art. 73

¹⁹ Zamfirescu Zoica – Constitutional Law p. 199

²⁰Idem, p. 199

²¹Official Gazette, part. 2, 2nd year, no. 9/29.03.1991, professor Ion Deleanu's opinion within the Constituent Meeting from 27.03.1991, apud Zamfirescu Zoica – Constitutional Law p. 199-200; in case of such an adoption procedure, the difference between the two categories of laws is reduced

organic law is adopted, with majority of votes of the present parliamentarians, obvious in the vote moment, within each Chamber. Areas for the regulation of which ordinary laws are elaborated are derived by reading those covered by the regulations for organic laws, those areas that are not retrieved at the organic law being to the competence of laws category, which shall be enacted by simple majority. However, if we look at the constitutional text, we see that the general state of cults is governable to regulation by organic law. This means that in the domain of cults, the ordinary laws can not contain legal rules. But it specifies that only the general state has the competence of an organic law, and this is looming the possibility that particular aspects of cults can be also regulate through ordinary laws.

It was a time not too distant in the history of Romania, when regulatory acts were enacted unanimously, by the institution that held the legislative function. Because unanimity among a collective body, comprising several hundred people is hard to believe that can be done only in terms of beliefs of these people but not by other means, the democratic regime has allowed the right to hold opinions and to support it by voting for representative people, unanimous vote belonging to the past.

Although ordinary laws are regarded as one of the 3 steps in terms of their importance, the Government may not be empowered by the Parliament to issue orders in certain fields of which regulation belongs to this category of laws²².

In the Romanian legal system previous to the current Constitution, the share of the ordinary laws was very high compared to other types. During this time an organic law was enacted, according to the same procedure used in case of ordinary laws, the mention of the organic law being only theoretical, because practical, their adoption was identical. Only after the introduction of majority voting criterion necessary for adoption, a clearer distinction between the two types of law were created²³, and implicitly the need for precise delimitation of what the legislator should have in view, that initiates a legislative project.

If the Parliament adopts an ordinary law in a field, which belongs to the organic law, the Constitutional Court after the verification of this issue may declare a law as unconstitutional²⁴. A body that constantly checks the constitutionality of laws gives them the possibility not to declare that the respective law is outside the limits set by the Constitution.

Both the Senate and the Chamber of Deputies debated and adopted it as being the first notified Chamber, or the decision Chamber, both organic and

²²Ionescu Cristian – Constitutional Law and Political Institutions, 2nd vol, p. 286

²³Muraru Ioan, Tanasecu Simina - Constitutional Law and Political Institutions, p. 509-510

²⁴Mihai Gheorghe – Law Fundamentals, 3rd vol, p. 166

ordinary laws, neither being by exclusive competence to only one of the Chambers.

Nearby the constitution, it is subordinate to constitutional laws, the organic and the ordinary ones, according to their legal force and on the same line of laws decreasing, the acts emitted by executive power and those emitted by public county authorities and to the level of locality²⁵ are subordinate to them. Differences between the three categories of laws vary depending on their commencement, on the areas reserved for them and not least by the majority of votes needed for enactment.

General laws are the common law and regulate the scope of social relations specific to branches of law. In the field of relations between individuals, a general law is precisely the Civil Code. Like the Constitution, codes contain general provisions, but a code of laws regulates only in a certain branch of law (civil, family, customs) and is below the fundamental law, both by content, by way of adoption and change, not least because of the requirement to harmonize the text with the one of supreme law.

Special laws have as the regulation object, only certain relationships within a branch of law. Through them the organization and operation of legal institutions may be determined, like that of marriage or only certain aspects of it. In case the general rules laid down some rules on social relationships, which are also regularized by a special law, but in a different way, the law applied is *lex speciali derogat generale*²⁶.

Exceptional laws are adopted in some cases, in a special period, which crosses a state. One such case is that in which the occurred events invoke the installation of the condition of necessity. In such crisis situations quick and effective measures are required. Such measures cannot be arranged only in an already established legal framework. Because the normal elaboration of the laws also involved some deadlines for their entry into force, the State is unable to effectively solve rising problems. Release of exceptional laws allows the state organization to dispose the necessary measures for the resolution of situations, that have generated the establishment of the condition of necessity.

Material laws own in their content a provision, which regulates social relations from only one branch of law or related to sub-branches. There are material those laws which include legal rules from the sphere of civil law, criminal law, the commercial law²⁷ and other fields of law. Unlike the material laws, the procedure ones do not contain provisions, that regulate individual behavior but other aspects of organizational nature. Law proceedings are organized for that matter of activities of the trial (the

²⁵ Ionescu Cristian – Constitutional Law and Political Institutions, 2nd vol, p. 287

²⁶ Mihai Gheorghe – Law Fundamentals, 3rd vol, p. 167

²⁷ Mihai C. Gheorghe – Theory of Law, p. 110

judicial process), territorial and material competence of courts are established, depending on the degree of jurisdiction and their territorial location and are given criteria and directions regarding the materialize of judgments decree, i.e. putting into execution²⁸ of this city knowing that not everything the court decides is translated into practice by the parties, which were in dispute. Laws of organization of courts regulate the organization of the judiciary system, both the civil courts and of those with a military character. Competencies laws establish for each type of court, which are their responsibilities and what can spread their activities, and the laws regarding the procedures for carrying out on the activity of judging the reasons²⁹ includes rules, that determine the details of the unfolding of a process including the early phase of the criminal action.

Constitution in its quality of supreme law in the state is also the general framework for all legislation in force or which shall come into force in the future. International treaties to which our country adheres become practical rules of internal law after the time of their ratification by the Parliament. Community laws have great importance both in the current period but from now on as well, because of the intentions of the country's integration into European structures. Among other criteria and conditions to be met, compatibility of domestic legislation with the European Community is impetuously necessary. Harmonization of laws is even a guarantee of the states desires, which join the European Union, about a full integration. To the level of all, EU is a legislative forum entitled by the European Parliament. In its content there are found elected euro-parliamentarians by an electoral system extended to all Member States, in each state, which has been integrated into the dramatic political and economic construction after the end of the Second World War.

Perfect laws are those that cancel their contrary effects, stipulated in other normative acts or simply disband those normative acts, while the imperfect ones³⁰ do not contain any negative consequences for a law whose content would conflict with this.

Direct regulatory laws establish the deployment or the organization of some activities. The diplomatic laws are the acts of empowerment performed by a legislative authority. Such a situation is the empowerment of the Government by the Parliament to issue orders, during the parliamentary vacation. Control laws show the modality and the role of parliamentary observation and framework laws establish limits that cannot be overcome by other laws, which shall succeed.

Contact – email

adelin13ungureanu@yahoo.com

²⁸ Idem, p. 110

²⁹ Idem, p. 110

³⁰ Mihai Gheorghe – Law Fundamentals, 3rd vol, p. 169

ZMĚNY RODINNÉHO PRÁVA ZA PROTEKTORÁTU

RENATA VESELÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

Příspěvek je věnován změnám v oblasti rodinného práva za protektorátu. Zmiňuje se zejména o nařízení o provedení a doplnění manželského zákona a o sjednocení mezinárodního práva rodinného z roku 1941 a let následujících.

Key words in original language

Rodinné právo; Protektorát.

Abstract

The contribution deals with changes in the field of the family law during protectorate. It makes reference especially to the statute of fulfilment and completion of the matrimony act and about unification of the international law.

Key words

Family Law; Protectorate.

Zásadní změna způsobená obsazením českých zemí nacistickou armádou 15. března 1939 a následné zřízení Protektorátu Čechy a Morava znamenalo pro české obyvatelstvo ztrátu všech do té doby ještě existujících formálně demokratických svobod. Z hlediska právního postavení se na protektorátním území rozlišovaly z hlediska práva tři skupiny osob. V rámci nacistických právních pojmů šlo o politicky i právně plnoprávné německé říšské občany, dále Čechy, kterým byla udělena protektorátní příslušnost a třetí skupinu představovala skupina naprosto bezprávných obyvatel, na něž se v plném rozsahu vztahovaly rasistické předpisy (židé, cikáni). Toto rozličné právní postavení populace i válečné události pochopitelně nacházely odraz i ve změnách dosavadního občanského, respektive rodinného práva.

Počáteční vážný zásah s dopadem na oblast rodinného práva způsobil totiž už samotný Výnos Vůdce a říšského kancléře ze dne 16. března 1939 o Protektorátu Čechy a Morava.¹ Podle jeho druhého článku, prvního odstavce byli totiž příslušníci německého národa, obyvatelé protektorátu prohlášeni za německé státní příslušníky. Od tohoto data se na právní poměry německých státních příslušníků (tedy i bývalých československých občanů německé národnosti) pohlíželo jako na osoby, které se mají zejména v oblasti práva osobního, rodinného a dědického řídit právem jejich

¹ Výnos byl vyhlášen pod číslem 75/1939 ve Sbírce zákonů a nařízení

domoviny, t. j. německého práva. Výnos pro ně stanovil aplikaci německých zákonů týkajících se osobního statutu i německou soudní pravomoc.

K provedení uvedeného výnosu bylo již 20. července 1939 s účinností od 1. srpna téhož roku vydáno nařízení o použití německého práva pro německé státní příslušníky v Protektorátu Čechy a Morava. V prvním paragrafu nařízení bylo jednoznačně určeno, že na právní poměry německých státních příslušníků - tedy i postavení bývalých československých státních příslušníků německé národnosti, prohlášených dne 16. března 1939 Hitlerem za německé státní příslušníky „jest v Protektorátu Čechy a Morava použito práva jejich domoviny (německého práva), pokud toto právo stanoví použití zákonů domovského státu“. Zároveň byla zdůrazněno, že právo domoviny platí zvláště v oboru práva osobního, rodinného a dědického. Zvláštní odstavec věnovalo nařízení otázkám sňatku a rozvodu. Pro formu sňatku určilo použití německého práva v případě, že muž byl německým státním příslušníkem.

K platnosti manželství se vyžadovalo, aby k jeho uzavření došlo před německým stavovským úředníkem. Navíc zmíněné nařízení přeneslo působnost k přeměně rozvodu manželství v rozluku z úředního soudu v Litoměřicích na úřední soud v Praze a také vedení evidence uzavřených manželství svěřilo pro „německá“ manželství německým stavovským úředníkům. Zmíněným nařízením byl tedy prohlouben anomální stav platnosti dvojího práva v oblasti rodinně právních vztahů na území protektorátu. Nešlo však bohužel o zásah poslední.

Ještě výrazněji totiž do rodinných vztahů v protektorátu zasáhlo recipování norimberských zákonů pro všechny jeho obyvatele. Hlavním úkolem rasistických norem v počáteční fázi okupace bylo zajistit nacistům veškeré majetkové hodnoty náležející do té doby židovskému obyvatelstvu. V dalším období však už protektorátní vláda vydala takovou normu, která zasáhla přímo osobní statut a důstojnost židovských obyvatel protektorátu. Bylo jí vládní nařízení ze dne 4. července 1940 č. 136 Sb. V tomto případě šlo vlastně již o kopii norimberského zákona na ochranu německé krve a německé cti a jeho prováděcích předpisů. Vládní nařízení o právním postavení židů ve veřejném životě obsahovalo jednak vymezení okruhu osob, na něž se vztahovalo, jednak zvláštní omezení osoby.

Neslavným vyvrcholením legislativní horlivosti protektorátní vlády v této oblasti se stalo vládní nařízení ze dne 17. března 1942 č. 85 Sb., kterým se vydávají další předpisy o židech a židovských míšencích. Jak nařízení konstatovalo, bylo vydáno k doplnění říšských právních předpisů – norimberských zákonů a jejich prováděcích norem. Druhý paragraf tohoto nařízení zakazoval protektorátním příslušníkům uzavřít manželství s osobou židovského původu. Výjimku z tohoto zákazu mohl poskytnout pouze ministr vnitra, Na manželství uzavřené proti tomuto zákazu, a to i v cizině, byla stanovena sankce neplatnosti a neplatnost měla být vyřešena z moci úřední. Snoubenci byli povinni písemně před sňatkovým úřadem prohlásit, že neexistují překážky k uzavření manželství buď podle říšských právních

předpisů a nebo podle § 2 tohoto nařízení a na požádání sňatkového úřadu skutečnost, že zde nejsou překážky manželství, také prokázat. Jestliže by se překážky manželské objevily, sňatkový úřad nesměl přijmout prohlášení k přivolení manželství. Pátý paragraf vládního nařízení č. 85/1942 Sb. pak dokonce zakazoval mimomanželský pohlavní styk mezi židem a protektorátním příslušníkem, který nebyl žid nebo židovský míšenec se dvěma úplně židovskými prarodiči ve smyslu § 1 tohoto nařízení.

Aby bylo těmto bezprecedentním příkazům vyhověno a aby byla dodržena právně teoretická struktura uvedeného nařízení, obsahovaly jeho následující části také velmi přísné sankce. Kdo by jednal proti zákazu „smíšeného manželství“ mohl být potrestán žalářem od 1 roku do 15 let. Za porušení zákazu mimomanželského pohlavního styku byl pro muže stanoven trest podle právní kvalifikace uvedeného jednání diferenciovaně, avšak o nic méně přísně. Pokud by bylo kvalifikováno jako přečin, mohl být viník potrestán tuhým vězením až do 5 let. Pokud by bylo shledáno zločinem, hrozilo se trestem žaláře od 1 do 15 let. Zúčastněná žena měla být podle § 8 odst. 2 vyňata z potrestání.

A ještě jednu sankci sui generis za uzavření manželství mezi protektorátním příslušníkem a osobou židovského původu stanovil § 4 zmiňovaného vládního nařízení. Dovoloval totiž zůstaviteli, který byl protektorátním příslušníkem a nebyl židovského původu, aby svého „nežidovského“ potomka vydědil v případě, jestliže by tento uzavřel manželství proti ustanovením nařízení nebo proti ustanovení obdobných říšských právních norem. Také takovým způsobem se zákonodárce pokoušel prosadit říšské představy o zachování „čistoty rasy“. Navíc i administrativní praxe činila nátlak, aby dosáhla rozlučování rasově smíšených manželství i germanizace manželství smíšených národnostně.

V oblasti sňatkových předpisů následně došlo ještě k dalším změnám. Vládní nařízení ze dne 26. června 1941 o příslušnosti biskupů římskokatolické církve při oddavkách vydané ve sbírce pod číslem 292 přineslo změnu manželské novely z předmnichovské republiky (zákon 320/1919 Sb. z. a n.) Vláda protektorátu jím umožnila, aby oddavky, pro něž byl dříve příslušný farář římskokatolické církve, vykonal vedle toho také biskup (kapitulní vikář) této církve, a to v hranicích své diecéze. Jak podotkl dobový komentář, již v době vydání tohoto nařízení však bylo zřejmé, že nebude mít většího praktického významu.

Následovalo nařízení o provedení a doplnění manželského zákona a o sjednocování mezinárodního práva rodinného ze dne 25. října 1941. Nové říšské nařízení změnilo právní řád platný v Protektorátu Čechy a Morava v míře dosti podstatné. Prvá část zasahuje do protektorátního práva manželského ustanovením o neplatnosti manželství pro porušení ustanovení o formě uzavírání manželství v protektorátu. Druhá část přináší v § 2 ustanovení o přeměněné rozvodu manželství na rozluku a může dosáhnout i na protektorátní příslušníky, pokud jsou rozvedenými manžely příslušníků německých. Nejvýznamnější je část třetí: zavádí do protektorátního práva

ustanovení mezinárodního práva rodinného, a to ustanovení obsažená v uvozovacím zákonu k německému občanskému zákoníku. Část čtvrtá unifikuje předpisy o příslušnosti ve věcech manželských a přináší některé další změny říšských předpisů. Pátá část upravuje uznávání cizích rozhodnutí v manželských věcech a zasahuje i do práva protektorátního.²

Říšským nařízením o přizpůsobení předpisů rodinného práva ze dne 6. února 1943 byla nově upravena některá ustanovení jednak práva občanského, jednak práva procesního a to – jak již naznačuje nadpis nařízení – pokud zasahují do oboru práva rodinného nebo s ním souvisejí.

Nařízení má 5 článků:

Článek 1 a 2 mění některá ustanovení materiálního práva rodinného a to článek 1 některé paragrafy říšského občanského zákona, článek 2 pak některé paragrafy všeobecného občanského zákoníku platného v Sudetech a v protektorátu.

Článek 3 upravuje formální právo, t. j. předpisy o příslušnosti a řízení ve sporech o uznání a popírání manželského původu, jakož i v nikoliv ryze majetkoprávních sporech vznikajících z poměru mezi rodiči a dětmi a ve sporech o zjištění pokrevního původu dítěte nemanželského.

Článek 4 obsahuje ustanovení o zjišťování rodového původu vyšetřením po stránce dědičnosti a rasového původu.

Článek 5 obsahuje přechodná ustanovení.³

Podrobně popsat konkrétní dopad jednotlivých ustanovení protektorátních nařízení na společenskou realitu by jistě zasloužilo spíše sociologickou než právní studii. Přesto nelze období protektorátu ani z hlediska vývoje rodinného práva považovat za právně historicky objasněné a bude nepochybně třeba se k tématu v dalším výzkumu navrátit.

Literature:

- Hoffmann, J. Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, ročník I, III. 1941, 1943
- Sbírka zákonů a nařízení Protektorátu Čechy a Morava

Contact – email

renata.vesela@law.muni.cz

² Hoffmann, J., Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, ročník III. (1941), str. 1425

³ Hoffmann, J., Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, ročník V. (1943), str. 169

SNR JAKO TVŮRCE PRÁVA V LETECH 1944-1948

LADISLAV VOJÁČEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language

SNR vznikla jako revoluční orgán, který si osoboval zákonodárnou a výkonnou moc na území Slovenska. Při výkonu zákonodárné činnosti konkurovala dekretální činnosti prezidenta republiky a zákonodárné činnosti pozdějšího parlamentu. Zajímavé je sledovat způsob vymezení její působnosti i obsahové odlišnosti jejích nařízení od úpravy platné v českých zemích.

Key words in original language

Nařízení SNR č. 30/1945 Sb. n. SNR; První pražská dohoda; Národní správa; Retribuce.

Abstract

The Slovak National Council was established as a revolutionary body, holding both legislative and executive power within the territory of Slovakia. By its legislative acts it competed with the decrees issued by the President of the Republic as well as the legislation later made by the Parliament. It is interesting to observe the way its authority was defined and the differences between the content of the regulations issued within its power and of the legislation enacted in the Czech countries.

Key words

Collection of the Regulations of the Slovak National Council; Regulation No. 30/1945; First Treaty of Prague; National administration; Retribution.

Poznámka na úvod

Pravomoc vydávat právní předpisy se silou zákona příslušela v původně unitárním Československu především Národnímu shromáždění (od začátku roku 1968 transformovanému do podoby dvoukomorového Federálního shromáždění a doplněnému národními radami), ale získaly ji i jiné subjekty. V prvních dnech existence československého státu to byl Národní výbor československý, krátce na to – nad rámec své kompetence – občas i ministr s plnou mocí pro správu Slovenska, pak na základě zmocňovacího zákonodárství vláda (a podle druhorepublikového ústavního zákona také prezident republiky) a od roku 1944 pak Slovenská národní rada (a v letech 1945 až 1946 krátce – opět na základě zmocnění – i Sbor pověřenců).

Slovenská národní rada vydávala jako právní předpisy s právní silou zákona do roku 1948 svá nařízení (nařízení SNR), pak zákony. K jejich publikaci vydávala zvláštní sbírku (Sb. n. SNR) a od roku 1948 do konce padesátých let Sbírkou zákonů SNR (Sb. SNR). Jak o tom svědčí i obsah jednotlivých

ročníků této sbírky, nejintenzivněji si počínala v prvních letech své existence a pak její zákonodárná činnost prudce upadla. Právě u počátku činnosti SNR bych se chtěl několika reflexemi, vážícími se ke zdrojům její zákonodárné pravomoci, k vymezení její kompetence i k formální stránce vydávání nařízení SNR, zastavit.

Zrod Slovenské národní rady jako zákonodárce

Legislativní činnost slovenských orgánů z doby Slovenského národního povstání tvořila součást méně zřetelného zákulisí, které ve válečné situaci a při permanentních vojenských střetech povstalců s nacistickými okupanty a s jim poplatným režimem rozhodně nepoutalo hlavní pozornost veřejnosti. Přesto vydávání právních předpisů představovalo významnou součást činnosti povstaleckých orgánů a stalo se i předmětem sporu s československou politickou reprezentací v exilu. Do právotvorné činnosti SNR se totiž promítaly nejen momentální aktuální problémy, ale také představy o budoucím postavení Slovenska v obnovovaném Československu i o celkovém směřování obnoveného státu.

Nařizovací pravomoc Slovenské národní rady se zpočátku revolučně opírala o ustanovení jejího prvního nařízení (č. 1/1944 Sb. n. SNR z 1. září 1944).¹ Nařízení prohlašovalo Slovenskou národní radu za vykonavatelku celé zákonodárné, vládní a výkonné moci na Slovensku. Odvrhlo tedy princip dělby moci a veškerou moc soustředilo v ruku jediného orgánu. Pravomoc k přijímání právních předpisů nejvyšší právní síly si vyhradilo Plénium Slovenské národní rady.

Stav, kdy si Slovenská národní rada přisvojila veškerou zákonodárnou pravomoc na území Slovenska, ovšem mohl být v souvislosti obnovením československého státu jen provizorním řešením. V souvislosti s příchodem prezidenta republiky a vlády na osvobozené území jej bylo třeba modifikovat. Otázku rozsahu zákonodárné kompetence SNR v situaci, kdy si konkurovala s obnovenými celostátními orgány, v obecných rysech řešil Košický vládní program. Je obecně známo, že právě tato jeho ustanovení se nerodila lehce. O postavení a kompetencích slovenských národních orgánů se v březnu 1945 v Moskvě vedly velmi ostré debaty, které v jisté fázi hrozily přejít v neřešitelný konflikt a zhatění jednání o nové vládě a jejím programu. Přesvědčení účastníků o vážnosti chvíle a nutnosti dohody je nakonec udrželo u jednacího stolu a vedlo – už i za účasti představitelů Slovenské národní rady – ke schválení kompromisní formulace VI. kapitoly vládního programu².

¹ Publikováno například in *Dokumenty k vývoji československého ústavního práva*. Sestavil V. Flegl, Praha, 1989, str. 30.

² Text VI. kapitoly nejnověji in *Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti*. II., č. 272, Bratislava 1998, str. 407-408. O vývoji stanoviska slovenských činitelů ke státoprávnímu uspořádání před přijetím Košického vládního programu viz BARNOVSKÝ,

Košický vládní program přiznával Slovenské národní radě právní status zakotvený v nařízení č. 1/1944 Sb. n. SNR (vykonavatelka moci zákonodárné, vládní a výkonné na Slovensku) s tím, že v záležitostech celostátní povahy přísluší zákonodárná moc pro celé území státu prezidentu republiky a že o budoucím rozdělení kompetencí mezi ústřední a slovenské orgány se dohodnou legitimní zástupci českého a slovenského národa. SNR pak 21. dubna 1945 toto politické rozhodnutí přenesla do právního řádu platného na Slovensku nařízením č. 30/1945 Sb. n. SNR o zákonodárné moci na Slovensku. Zrušila ustanovení § 1 nařízení SNR č. 1/1944 Sb. n. SNR a stanovila, že zákonodárnou moc na Slovensku vykonává Slovenská národní rada v duchu upřímné shody s prezidentem a vládou Československé republiky. Zároveň konstatovala, že zákonodárná moc ve věcech celostátní povahy přísluší prezidentu republiky po dohodě se Slovenskou národní radou. Uskutečňuje ji formou dekretů prezidenta republiky, v nichž výslovně uvede, že se vydávají po dohodě se Slovenskou národní radou. Také k tomu, aby byla nějaké záležitosti přiznána celostátní povaha, nařízení vyžadovalo dohodu se Slovenskou národní radou.

Slovenská národní rada tímto svým nařízením vytvořila nezbytný prostor pro hledání optimálního poměru mezi kompetencí ústředních a slovenských orgánů na Slovensku. V podmínkách asymetrického uspořádání, které pak vzniklo³, a v politické situaci následujících měsíců a let se to ovšem ukázalo jako jen velmi obtížně řešitelný problém. V první fázi, v době do svolání Prozatímního národního shromáždění, byla ve výhodnější pozici SNR, protože ve sporných situacích ona – tím, že dala či nedala souhlas k prezidentskému dekretu – určovala, jaký bude rozsah působnosti „celostátního“ zákonodárce. S ustavením Prozatímního národního shromáždění (28. října 1945) je však spojeno zcela jiné řešení. Podle čl. 1., odst. 1 ústavního dekretu prezidenta republiky č. 47/1945 Sb. o Prozatímním Národním shromáždění "vykonává moc zákonodárnou podle tohoto dekretu pro celé území Československé republiky Prozatímní Národní shromáždění", aniž by se zmiňovala jakákoliv ingerence slovenských národních orgánů. Od tohoto okamžiku Slovenská národní rada ztratila svůj – do té doby zásadní – podíl na celostátním zákonodárství. Do budoucna jen ve věcech týkajících se ústavně-právního postavení Slovenska platil zákaz majorizace přítomných slovenských poslanců Prozatímního národního shromáždění.

M.: Kontinuita a diskontinuita štátoprávných predstáv povstaleckej reprezentácie po porážke povstania. In: *Slovensko na konci druhej svetovej vojny (stav, východiská a perspektivy)*. Bratislava, 1994, str. 72 an.

³ Slovenští političtí činitelé ovšem předpokládali zavedení federativního uspořádání; k tomu viz *Komunistická strana Slovenska. Dokumenty z konferencí a plén 1944 – 1948*. Bratislava, 1971, dok. č. 23, str. 83 – 85 a například CHOVANEC, J.: *Československá socialistická federace*, Praha, 1979, str. 51 a 52.).

Ustanovení prvního nařízení SNR, nařízení č. 30/1945 Sb. n. SNR a souvisících dokumentů se bezprostředně dotýkala také vztahu k dřívějšímu právu, který s tvorbou práva nedílně souvisí. Významné je to především proto, že se přístup vlády a prezidenta republiky na jedné straně a SNR na straně druhé k tomuto problému, tedy k otázce právní kontinuity, diametrálně lišil. Vzhledem k tomu, že tato problematika je v československé právněhistorické literatuře poměrně frekventovaná,⁴ dotkneme se jí nejdříve a jen stručně.

Poměr SNR ke staršímu zákonodárství

Při analýze tohoto problému je třeba zkoumat především právní důsledky vydání nařízení SNR č. 1/1944 Sb. n. SNR a konfrontovat je s ustanoveními ústavního prezidentského dekretu č. 11/1944 Ú. v. o obnovení právního pořádku, vydaného v návaznosti na ústavní dekret č. 2/1940 Ú. v., upravující prozatímní způsob výkonu zákonodárné moci orgány zahraničního odboje.

a) Jak všichni víme, ústavní dekret č. 11/1944 Ú. v. vycházel z představy o kontinuálním navázání na předmnichovské poměry a o nepřijetí pomnichovských, protektorátních a slovenských norem za součást československého právního řádu. SNR – v situaci navozené prezidentským dekretem – řešila otázku kontinuity originálním způsobem. Její přístup však byl originálním právě jen v dané situaci, tedy ve vztahu k řešení zvolenému orgány londýnského prozatímního zřízení. Obecně šlo spíše o postup zcela standardní. Na rozdíl prezidentského dekretu nařízení SNR ponechávalo v platnosti všechny zákony, nařízení a opatření, „pokial’ neodporujú duchu republikánsko-demokratickému“. SNR tak vlastně zvolila stejný přístup jako v roce 1918 při vzniku republiky Národní výbor československý, jen díky dodatku o potřebě souladu s republikánsko-demokratickým duchem doby jej legislativně lépe vyjádřila. Prakticky to znamenalo, že na Slovensku nadále platily normy převzaté z první republiky, ale také, pokud odpovídaly uvedenému omezení, normy z pomnichovského období a slovenské právní předpisy z let 1939 – 1944.

Na druhé straně se však do právního řádu platného na Slovensku nerecipovaly předpisy londýnského prozatímního státního zřízení, protože se tam v době vydání prvního nařízení SNR nepoužívaly. Už z jednání v Londýně v roce 1944 vyplynulo, že vláda bude muset – byť se to mnoha jejím členům přičilo – toto pojetí Slovenské národní rady respektovat. Jeho akceptování, ale zároveň i jistá rezerva k němu se odrazily v pojetí vyhlášky ministra vnitra č. 30 Sb. z 27. července 1945, která ústavní dekret prezidenta republiky č. 11/1944 Ú. v. ponechala v platnosti s tím, že „platí zatím jen

⁴ Této problematice se dotýkají zejména práce J. BENI, J. BUDNÍKA, V. KNAPPA, Š. LUBYHO, Z. NEUBAUERA nebo M. TAKÁČE. Ve svých pracích se jí věnují také obecní historici a přímí političtí aktéři té doby.

v zemích České a Moravskoslezské“. Někteří právní teoretici a historici vyvozovali z toho, že se zákonodárství SNR odvíjelo od prvního nařízení SNR, závěr, že až do vydání nařízení č. 30/1945 Sb. n. SNR Slovensko k Československu (normativně) nepatřilo. Vzhledem k tehdejší situaci jej však nepovažují za adekvátní.⁵

Vraťme se však k vlastnímu pojetí kontinuity. Při pohledu z většího nadhledu tedy bylo originální a nestandardní spíše řešení z Londýna. Podle něj obnovovaný československý právní řád tvořily právní předpisy platné v Československu do 29. září 1938, pokud mezitím nebyly zrušeny nebo změněny, a právní předpisy vydané orgány prozatímního státního zřízení v Londýně, ovšem s tím, že podléhaly ratihabici. Problematičnost „londýnského“ řešení spočívala v tom, že předpisy z doby nesvobody, které tvůrci ústavního dekretu (aby nenarušili politicky žádoucí představu o kontinuálním navázání poválečného právního řádu na právní řád předmnichovský) nepojali do československého právního řádu, nebylo možné zcela ignorovat. Opírala se o ně totiž řada oprávněných nároků československých občanů a jejich zrušením by jim vznikla neodůvodněná újma. Proto, aby učinil zadost reálným potřebám života, londýnský zákonodárce konstatoval, že se z vůle československé zákonodárné moci mají nadále používat ty z nich, které obsahově neodporují znění nebo demokratickým zásadám československého právního řádu. Výslovně se při tom vylučovala použitelnost předpisů z oblasti trestního soudního práva, trestního soudního řízení, osobního práva a rodinného práva.

A propos: Domysleme, co vlastně ona použitelnost, kterou dřívější právo neznalo, skutečně znamenala. Vyjde to najevo, když si ujasníme vztah použitelné pomnichovské normy a příslušné normy předmnichovské, kterou použitelná norma nahradila. Vzhledem k tomu, že je těžko představitelné, že by se používala druhorepubliková nebo protektorátní norma, avšak platila by jí nahrazená norma z první republiky, použitelným normám nutně musíme přiznat i derogační účinky. Z toho pak vyplývá jediný logický závěr: použitelné normy k československému právnímu řádu tedy sice formálně nepatřily, avšak v realitě šlo o zcela totožnou situaci, jako by byly platné, protože dřívější předpis plně nahrazovaly.

b) Odlišný přístup české a slovenské politické reprezentace k problému kontinuity neměl jen praktický, ale také politický rozměr. Londýnští činitelé tím, že trvali na kontinuitě s právním řádem první republiky, dávali najevo, že nepředpokládají podstatnější modifikace prvorepublikového uspořádání, i když s blížícím se koncem války si stále zřetelněji uvědomovali, že změny nastanou a že nebudou malé. Naopak Slovenská národní rada s výrazným

⁵ Příslušné argumenty jsem uvedl v článku VOJÁČEK, L.: První pražské dohoda – přijatelný kompromis nebo úspěch pražského centralismu? In: *K 75. narozeninám profesora Hubenáka. Zborník z medzinárodnej právno-historickej konferencie konanej pri tejto príležitosti*. PF UMB, Banská Bystrica, 2004, str. 69 – 77.

zastoupením komunistů od počátku vystupovala ve vztahu k platnému právu radikálněji a "robila revolúciu aj proti československému právnemu poriadku, najmä proti ustanoveniam čl. Ústavy"⁶. Nechtěla tedy uznat jen vynucené změny, jejichž odmítnutí by vyvolalo praktické problémy, ale měla ambici aktivně spoluvytvářet novou podobu obnoveného Československa, zejména chtěla nově právně upravit vztah Čechů a Slováků a potvrdit svou legitimitu.

SNR jako zákonodárce po osvobození

V roce 1945 se z nacistického područí vymanily nejdříve východní oblasti Československé republiky a na osvobozeném území postupně obnovily svou činnost slovenské národní orgány, ustavené v době národního povstání. Zpočátku tu začaly vyvíjet činnost Delegace Slovenské národní rady pro osvobozené území a její Předsednictvo, pak i Sbor pověřenců (7. února 1945) a nakonec i obnovená Slovenská národní rada.⁷

Zákonodárné pravomoci se na osvobozeném území nejdříve chopilo Předsednictvo Delegace Slovenské národní rady, které v duchu posledního nařízení povstalecké Slovenské národní rady (nařízení č. 40/1944 Sb. n. SNR, které umožňovalo přenést pravomoci Slovenské národní rady na její předsednictvo nebo dokonce na jeho jednotlivé členy) vykonávalo veškerou působnost Slovenské národní rady, jak ji vymezoval § 1 nařízení SNR č. 1/1944 Sb. n. SNR. Začalo tedy vystupovat jako zákonodárný (a zároveň vládní a výkonný) orgán a schvalovalo, podepisovalo a publikovalo všechna nařízení a vyhlášky. Plénium Delegace Slovenské národní rady nebylo z právotvorného procesu zcela vyloučeno, neboť mělo jednotlivá nařízení a vyhlášky také projednávat, avšak rozhodující slovo příslušelo jejímu Předsednictvu. Slovenští činitelé tedy pro přechodnou dobu zvolili podobný model jako dříve československé londýnské vedení. Postavili Delegaci SNR, v níž ještě nezasedala ani polovina členů Slovenské národní rady a tedy nebyla dostatečně reprezentativní, do pozice poradního sboru Předsednictva, tj. do podobné pozice, v jaké byla v Londýně Státní rada.

Obnovené Předsednictvo Delegace Slovenské národní rady vydalo svá první nařízení 21. února 1945 (nařízením č. 1/1945 Sb. n. SNR o zřízení ústředních orgánů ex post konstituovalo 12 pověřenectev a Sbor pověřenců Slovenské národní rady a nař. č. 2/1945 Sb. n. SNR vytvořilo Úřad Předsednictva Slovenské národní rady) a poslední 9. dubna (nař. č. 28/1945 Sb. n. SNR o Organizačním předpise pro Národní bezpečnost). Mezitím se totiž počet členů Delegace Slovenské národní rady už zvýšil natolik, že byli schopni vystupovat jako Slovenská národní rada. Obnovené plénium Slovenské národní rady ve svém prvním "košickém" nařízení (nař. SNR č.

⁶ LUBY, Š.: *Obnova práva. Právny obzor*, č. 1 – 2/1946, str. 9.

⁷ Slovenské národní orgány zpočátku sídlily v Košicích. Do Bratislavy přenesly své sídlo začátkem května 1945. Plénium SNR se tu sešlo ke svému prvnímu jednání 15. května.

29/1945 Sb. n. SNR o pominutí platnosti nařízení SNR č. 40/1944 Sb. n. SNR z 11. dubna 1945) proto konstatovalo, že pominuly mimořádné okolnosti, pro něž bylo vydáno nařízení SNR č. 40/1944 Sb. n. SNR, o něž se opírala činnost prvních slovenských orgánů na osvobozeném území, a že se tedy ujímá svých kompetencí. Jak se toho ostatně ještě dotkneme, i potom si však Předsednictvo Slovenské národní rady⁸ v legislativě podrželo velmi silnou pozici.

Ještě je třeba připomenout, že na základě nařízení SNR č. 95/1945 Sb. n. SNR z 23. srpna o zmocnění Sboru pověřenců SNR k mimořádným opatřením ve věcech rekonstrukce dostal právo vydávat nařízení s právní silou nařízení SNR dočasně (na jeden rok) také Sbor pověřenců SNR. Sbor pověřenců a jednotliví pověřenci vedle toho samozřejmě disponovali též odvozenou nařizovací pravomocí a vydávali prováděcí nařízení (Sbor pověřenců) a vyhlášky (pověřenci)⁹. Je třeba říci, že četnost a tedy i význam jejich odvozené právotvorby rychle rostly.

Vymezení kompetencí orgánů zákonodárné moci

První kompetenční problém mezi vládou a prezidentem jako celostátním zákonodárcem a SNR jako slovenským zákonodárcem na sebe nenechal dlouho čekat. Vyvstal už v květnu 1945 v souvislosti s vydáním dekretu prezidenta republiky č. 5/1945 Sb.¹⁰, kterým vláda vyslovila neplatnost některých majetkoprávních jednání z doby nesvobody a zaváděla národní správu nepřátelského majetku.¹¹ Slovenská strana se na poslední chvíli rozhodla neakceptovat celostátní úpravu a předepsaný souhlas k vydání prezidentského dekretu neudělila.¹² Následná jednání vyústila do podepsání

⁸ Původně je tvořili dva předsedové – každý za jednu ze slovenských politických stran – a šest místopředsedů. Po formálním oddělení Sboru pověřenců jako samostatného orgánu vládní a výkonné moci na podzim 1945 stál v čele Slovenské národní rady jen jeden předseda a čtyřčlenné Předsednictvo. Do čela Sboru pověřenců, do té doby řízeného Předsednictvem Slovenské národní rady, se postavil předseda. Zároveň se z Úřadu Předsednictva Slovenské národní rady vyčlenil Úřad Předsednictva Sboru pověřenců. (Srovnej k tomu nařízení SNR č. 111/1945 Sb. n. SNR).

⁹ Sbor pověřenců takto vydal například prováděcí nařízení č. 55/1945 Sb. n. SNR k nařízení SNR o potrestání fašistických zločinců, okupantů, zrádců a kolaborantů a o zřízení lidového soudnictví.

¹⁰ Dekret prezidenta republiky č. 5/1945 Sb. z 19. května 1945 o neplatnosti některých majetkově-právních jednání z doby nesvobody a o národní správě majetkových hodnot Němců, Maďarů, zrádců a kolaborantů a některých organizací a ústavů.

¹¹ K hlubším příčinám sporu o tento prezidentský dekret VOJÁČEK, L.: Příčiny sporu o dekret prezidenta republiky č. 5/1945 Sb. In: *Dekréty Edvarda Beneše v povojnovom období*. Prešov: Spoločenskovedný ústav SAV v Košiciach vo vydavateľstve Universum, 2004, s. 81 – 89.

¹² K tomu srovnej nařízení SNR č. 50/1945 Sb. n. SNR o národní správě a část zápisu 19. schůze vlády, zahrnující závěr rozpravy k osnově dekretu prezidenta republiky o národní

známé první pražské dohody z 1. června 1945.¹³ V jejím prvním článku smluvní strany konstatovaly, že Slovenská národní rada je nositelkou státní, tedy i zákonodárné moci na území Slovenska, a ve druhém článku vymezily společné věci. Jejich celostátní úprava prozatímně (do ustavení provizorního československého zastupitelského sboru) příslušela prezidentu republiky, který tuto svou pravomoc vykonával na návrh československé vlády a po dohodě se Slovenskou národní radou. Za společné věci se označovaly zásadní celostátní hospodářské, sociální, kulturní a administrativně-politické záležitosti, které byly v příslušném ustanovení v devatenácti položkách vypočítány.¹⁴ Uvedený výčet bylo možné rozšířit o záležitosti, na nichž se obě strany dohodnou (pod č. 20 dohoda uváděla věci "ktoré sa majú na základe vzájomnej dohody jednotne upraviť").

Zdánlivě jasné vymezení ovšem v některých případech neurčovalo kompetenci celostátních orgánů jednoznačně. Bylo tomu tak tehdy, kdy za společnou věc označovalo "zásadní úpravu" určité oblasti (základních občanských práv a svobod, vnitřní bezpečnosti, školství, výchovy a národní osvěty, hospodářských, zásobovacích a vyživovacích věcí atp.). Ani uzavření první pražské dohody proto nezamezilo novým kompetenčním sporům. Ústřední orgány si stěžovaly, že Slovenská národní rada a Sbor pověřenců upravují otázky spadající do celostátní působnosti, zatímco SNR považovala přístup „Prahy“ k její kompetenci za příliš restriktivní.¹⁵

Přijetí první pražské dohody považují za kompromis v dané chvíli přijatelný, tedy relativně výhodný pro obě strany. Návrat k čechoslovakistickému pojetí, který by konvenoval nemalé části českých politiků, už neměl šanci na úspěch. Ovšem také okamžité zakotvení federativního uspořádání, proklamované slovenskou stranou, se jevilo jako neprůchodné, neboť se proti němu stavěly vlivné skupiny v české politice a velká část české veřejnosti (zároveň však pražská dohoda neznamenal definitivní odmítnutí federativního řešení). SNR – ovšem jen pro první fázi

správě (1. bod programu), 17. května 1945, Praha; text in *Dekrety prezidenta republiky 1940 – 1945. Dokumenty*, 1, č. 12.4., Brno 1945, s. 230 – 235.

¹³ Dohodu československé vlády a Předsednictva Slovenské národní rady vláda schválila 2. června (toto datum je zpravidla – nesprávně – uváděno jako datum jejího uzavření) a plénum Slovenské národní rady 5. června 1945. Text například in VESELÝ, Z.: *Dějiny českého státu v dokumentech*. Praha, 1994, str. 380 – 381, *Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti*. II., č. 278, Bratislava 1998, str. 430 – 432 nebo *Dokumenty k vývoji československého ústavního práva*, Sestavil V. Flegl, Praha, 1989, s. 89 – 92.

¹⁴ Výčet společných věcí byl uveřejněn ve Sbírce zákonů a nařízení jako příloha k vyhlášce ministra vnitra z 18. dubna 1946 č. 66/1946 Sb., kterou se činí opatření podle čl. 1, odst. 4 ústavního zákona o ústavodárném Národním shromáždění.

¹⁵ SÚA, fond ÚPV 1945 – 1952, kart. 894, sign. 862/11 (viz JECH, K.: Ke vztahu mezi ústavními orgány ČSR a Slovenskou národní radou 1944 – 1946. In: *Česko-slovenská historická ročenka* 1996. Brno, 1996, str. 148).

– navíc získala možnost určovat, co bude upraveno celostátním zákonodárstvím. Proto jsem přesvědčen, že se mýlí ti slovenští kritici první pražské dohody, kteří v ní vidí vítězství pražského centralismu.¹⁶ Rozhodně v samotné dohodě nešlo o „drastický zásah do pravomoci SNR“¹⁷, jak napsal F. Vnuk, a už vůbec není pravdivé tvrzení R. Letze, že prezident „mal prakticky neobmedzenú zákonodarnú moc ... a SNR tak bola odsúdená hrať roľu štatistu“.¹⁸

Na druhé straně nelze popřít, že již v roce 1945 začal reálný vliv SNR klesat. Ovšem ne hned s přijetím první pražské dohody a ne jako její nutná konsekvence. „Pražský centralismus“ začal – řečeno sportovní terminologií – získávat body až později. Je zajímavé, že mnoha hodnotitelům česko-slovenských státoprávních poměrů na čele s těmi nejvíce kritickými zcela unikl důležitý moment, v němž se poměr sil skutečně začal obracet a kdy se výhoda přesunula na stranu celostátních orgánů. Jak již víme, bylo jím svolání Prozatímního národního shromáždění.

Legislativní proces

Formální úprava legislativního procesu zpravidla nepodléhá zásadním změnám. Jde o technickou záležitost, která se opírá o vžitou tradici a ani po zásadních politických změnách se zpravidla zásadně nemění. Ani nejvyšší slovenský orgán vžitou tradicí zcela nepohrdl a ani pohrdnout nemohl.¹⁹ Přece jen ji však poněkud modifikoval, když ji již v povstaleckém období přizpůsobil mimořádným okolnostem. I v době povstání však Předsednictvo Slovenské národní rady věnovalo formální stránce vydávání nařízení, tedy legislativnímu procesu, pozoruhodně velkou pozornost. Nesporně to souviselo s účastí řady právníků v povstaleckých orgánech.

Za SNP a pak až do roku 1948 vykonávalo zákonodárnou pravomoc Plénium Slovenské národní rady formou nařízení. Toto označení mělo odlišit nové právní předpisy od recipovaných zákonů i od budoucích aktů celostátního

¹⁶ Zvlášť kritičtí byli exiloví historici; přehled charakteristických hodnocení in VOJÁČEK, L.: První pražské dohoda – přijatelný kompromis nebo úspěch pražského centralismu? In: *K 75. narozeninám profesora Hubenáka. Zborník z medzinárodnej právno-historickej konferencie konanej pri tejto príležitosti*. PF UMB, Banská Bystrica, 2004, str. 69 – 77.

¹⁷ VNUK, F.: *Slovensko v rokoch 1945 – 1948*. I., Toronto-Sv. Jur, 1994, str. 93.

¹⁸ LETZ, R.: *Slovensko v rokoch 1945 – 1948 na ceste ku komunistickej totalite*. Bratislava, 1994, str. 23.

¹⁹ Presto pozdější kritici vytýkali úpravě legislativního procesu v tomto období přílišnou formálnost a nepřehlednost, „vplyvy buržoázných a parlamentných metód a postupu“ a neposkytnutí prostoru pro účast pracujících, tedy pro širší posouzení osnov veřejností. (Srovnej například MATOUŠEK, S.: *Slovenské národné orgány do Ústavy 9. mája*. Bratislava, 1960, str. 254).

zákonodárného sboru.²⁰ Podle nařízení SNR č. 2/1944 Sb. n. SNR se nařízení nejvyššího slovenského orgánu publikovala ve Sbírce nařízení SNR (Sb. n. SNR) a nabývala účinnosti, pokud nebylo uvedeno jinak, dnem vyhlášení v ní.

Za povstání vytvářely organizační zázemí pro proces vydávání nařízení SNR specializované legislativní orgány: legislativní oddělení Předsednictva Slovenské národní rady, legislativní komise Předsednictva Slovenské národní rady a legislativní referenti jednotlivých pověření. Koordinační funkce příslušela pětičlennému legislativnímu oddělení (dr. Hanes, dr. Chotváth, dr. Mičura, dr. Slavkovský a V. Vaško).²¹ Na legislativních referentech zase zpravidla ležela příprava první verze znění návrhu nařízení a vypracování důvodové zprávy k němu. Pokud se návrhy projednávaly v řádném řízení, posuzovala je legislativní komise, tvořená členy legislativního oddělení Předsednictva SNR, zástupci pověření vnitra a pověření spravedlnosti (pravosúdia)²² a legislativními referenty jednotlivých pověření.

Zákonodárnou iniciativu v praxi uplatňovali především jednotliví členové Slovenské národní rady, zpravidla pověřenci, a Předsednictvo Slovenské národní rady.²³ Text návrhu a důvodovou zprávu, vypracované legislativním referentem, postoupilo pověření Předsednictvu SNR, resp. neinstitutionalizovanému užšímu Prezidiu SNR (legalizovat je měl nakonec neprojednaný Organizační statut Slovenské národní rady²⁴), které posoudilo jeho opodstatněnost. Tato fáze byla pro další osud návrhu rozhodující. Pokud členové Prezidia návrh zamítli, dále se o něm nejednalo. Pokud rozhodli o potřebnosti navrhované úpravy, posoudili zároveň způsob jejího dalšího projednání a postoupili ji svému legislativnímu oddělení. To pak

²⁰ Srovnej MATOUŠEK, S.: *Slovenské národné orgány do Ústavy 9. mája*. Bratislava, 1960, str. 124.

²¹ CHORVÁTH, J., REBRO, K.: Normotvorná činnosť SNR počas SNP. In: *Právny obzor*, č. 8/1984, s. 751 an.

²² Za pověření vnitra v ní zasedal pozdější profesor bratislavské právnické fakulty a přední slovenský romanista K. Rebro, pověření spravedlnosti (pravosúdia) zastupoval M. Takáč.

²³ J. CHORVÁTH a K. REBRO v již citovaném článku *Normotvorná činnosť SNR počas SNP* na straně 756 uvádějí, že právo zákonodárné iniciativy měla pověření a že to plynulo z usnesení Předsednictva Slovenské národní rady. S. Káles ovšem tvrdí, že zákonodárnou iniciativu uplatňovalo především Předsednictvo Slovenské národní rady, její členové, respektive její pověřenci a že tato otázka nebyla právně upravena (KÁLES, S.: *Legislatívna činnosť Slovenskej národnej rady v období Slovenského národného povstania*. In: *Právny obzor*, č. 1/1972, s. 28).

²⁴ Text in PREČAN, V.: *Slovenské národné povstanie. Dokumenty*. Bratislava, 1965, str. 612 an.; viz též RÁKOŠ, E., RUDOHRADESKÝ, Š.: *Slovenské národné orgány 1943 – 1968*. Bratislava, 1973, str. 54 an.

podle dispozice Prezidia organizačně zabezpečilo projednání buď v řádném, nebo zkráceném řízení.

Schválená nařízení měla sílu zákona. Je pod nimi podepsána "Slovenská národní rada". Podle ustanovení nařízení SNR č. 2/1944 Sb. n. SNR se publikovala ve Sbírce nařízení SNR. Pokud v nich nebylo uvedeno jinak, nabývala účinnosti dnem vyhlášení. Pro uveřejňování normativních aktů ostatních povstaleckých orgánů sloužil Úřední věstník (Ú. v.; srovnej č. 10 a 26/1944 Sb. n. SNR).

V návaznosti na praxi z podzimu roku 1944 SNR v letech 1945 – 1948 při přípravě svých nařízení nereflektovala na písemné připomínkové řízení a v podstatě vložila osud velké většiny návrhů na novou právní úpravu do rukou Předsednictva Slovenské národní rady, které zpočátku nejzřetelněji odráželo institucionální i personální kontinuitu s povstaleckým obdobím.²⁵ Předsednictvo mohlo samo zamítnout některé návrhy nařízení SNR už před jednáním ve výborech a plénu, rozhodovalo o zkráceném projednání legislativních návrhů (souhlas pléna Slovenské národní rady k tomuto svému rozhodnutí mohlo získat až dodatečně), svolávalo zasedání pléna a připravovalo jejich program. Jeho členové mohli podávat návrhy nařízení SNR, přičemž Předsednictvo nemohlo – narozdíl od návrhů pověřenců a ostatních členů Slovenské národní rady – zabránit jejich projednání ve výborech a plénu Slovenské národní rady.

Ještě dodejme, že legislativní proces nebyl zpočátku právně regulován a navazoval na formy z povstaleckého období. Některé jeho momenty zakotvovalo až nař. SNR č. 57/1945 Sb. n. SNR o prozatímním jednacím řádu pléna Slovenské národní rady z 2. července 1945,²⁶ později několikrát novelizované (zejména nařízeními SNR č. 111/1945, 105 a 107/1946 Sb. n. SNR).

Pro přípravu nařízení Sboru pověřenců s právní silou nařízení SNR platila obdobná pravidla jako pro přípravu nařízení SNR. Stávalo se však, že Sbor pověřenců obešel Legislativní sbor a své nařízení vydal bez spolupůsobení legislativních orgánů Úřadu Předsednictva Slovenské národní rady.

²⁵ Povstalecké Předsednictvo SNR tvořili dva předsedové SNR (K. Šmidke a V. Šrobár) a čtyři místopředsedové (D. Ertl, G. Husák, J. Lettrich a J. Ursíny), k nimž kooptací přibyl L. Novomeský a J. Styk. Jen podotýkáme, že připravený, ale neschválený Organizační statut Slovenské národní rady předpokládal desetičlenné Předsednictvo SNR. Z uvedených osob v obnoveném Předsednictvu Slovenské národní rady, které započalo svou činnost 21. února 1945, zasedali G. Husák, L. Novomeský, J. Styk, V. Šrobár a J. Ursíny, k nimž přibyl J. Púll, který patřil k zakládajícím členům legální Slovenské národní rady ustavené 1. září 1944 i k první garnituře členů Delegace SNR na osvobozeném území (podle seznamu členů Delegace SNR z 5. února 1945).

²⁶ Narozdíl od pozdější praxe nevymezovalo postavení a působnost Slovenské národní rady, ale soustředilo se na postavení členů Slovenské národní rady, její vnitřní strukturu (orgány) a způsob jejího fungování.

Zákonodárství SNR – příklad: retribuce

SNR v prvních poválečných měsících upravila svými nařízení odchylně od úpravy obsažené v prezidentských dekretech řadu důležitých otázek. Vedle již zmíněného problému národní správy to byla například i retribuce, konfiskace a urychlené rozdělení zemědělského majetku Němců, Maďarů, jakož i zrádců a nepřátel slovenského národa nebo organizace Sboru pověřenců, národních výborů a bezpečnostního aparátu.

Problematiku národní očisty upravila Slovenská národní rada nařízením č. 33/1945 Sb. n. SNR o potrestání fašistických zločinců, okupantů, zrádců a kolaborantů a o zřízení lidového soudnictví, doplněné prováděcím nařízením Sboru pověřenců č. 55/1945 Sb. n. SNR a později novelizované. Na rozdíl od české úpravy především zcela nově formulovalo postihované delikty, když v jednotlivých paragrafech vymezilo postih fašistických okupantů, domácích zrádců a kolaborantů, delikt zrady na povstání a konečně postih provinilců fašistického režimu (§ 5). Do poslední kategorie spadali zejména zakladatelé místních organizací a organizátoři HSL'S či Hlinkovy gardy, kteří svou činností aktivně podporovali fašistický režim, propagátoři fašismu a spolupráce s nacistickým Německem, účastníci protidemokratických, protikomunistických nebo rasových akcí a štvanic, ti, kdo se obohatili na úkor spoluobčanů, apod. Pro první čtyři delikty nařízení znalo jen trest smrti, pro poslední přidělení do pracovního útvaru až na dva roky a ztrátu občanských práv na dobu od dvou do patnácti let. Zákon ovšem umožňoval zmírnění trestu až osvobození, pokud se dotyčný svou pozdější činností, zejména účastí na povstání, významně zasloužil o protifašistický boj nebo o záchranu slovenských životů. Odlišná byla také organizace lidového soudnictví. Podle nařízení rozhodovaly podobně jako v českých zemích Národní soud a okresní lidové soudy, vedle nich ovšem ještě místní lidové soudy v každé politické obci. Místním lidovým soudům příslušelo rozhodovat pouze o deliktech podle § 5 (provinilci fašistického režimu) Rozhodovaly v pěti- až jedenáctičlenných senátech, přičemž podmínkou členství v senátu nebylo právnické vzdělání.

Nařizovací činnost Slovenské národní rady v letech 1944 – 1948, respektive především v letech 1944 – 1946, představovala specifickou součást československého zákonodárství a vlastně nejvýraznější etapu v téměř padesátiletém období, kdy jí příslušelo právo vydávat právní předpisy s mocí zákona. Její zákonodárné aktivity nejdříve podlomily důsledky přijetí třetí pražské dohody z června 1946 a pak různé modalities centralizovaného způsobu řízení společenských procesů z ústředí komunistické strany.

Contact – email
lav@mail.muni.cz