

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 and 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 obyčajovom*, Bratislava 1944, str. 9.

Právní obyčej

Právní obyčej - *consuetudo, mos* - primitivní způsob tvoření práva. Nejpřirozenější, 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, *Instituce 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, *Instituce práva římského*, Brno 1939, str.23

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

⁶ Th. Kipp, *Geschichte der Quellen des Römischen 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 shromážděním (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 Římány, 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.

Vydeme-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 obyčejí 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 zachováváno.²⁰

Právem obyčejovým je to, co bez zákonného podkladu je zachováváno 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 zachováván. 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 ignoratione 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 consensisse aut novis legibus esse sublatas?"

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 neprávnických 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 neprávnické 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.

Iulianův 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 převažuje 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 nalzáme v pracích např. Ulpiána, to je pouhá rétorická ozdoba.

Domnívám se, že položíme-li vedle sebe neprávními prameny z dobe 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 aequitou⁴¹ tvořili základní složku jeho diskreční pravomoci při uplatňování soudní a zákonodárné pravomoci.

Tomu nasvědčují i výroky klasických právníků, zejména Iuliána, 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.dostalik@seznam.cz

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