



MASARYKOVA UNIVERZITA
PRÁVNICKÁ FAKULTA

DNY PRÁVA 2016

DAYS OF LAW 2016

Část I.
Právní obyčej

ACTA UNIVERSITATIS BRUNENSIS

IURIDICA

vol. 582

SPISY PRÁVNICKÉ FAKULTY
MASARYKOVY UNIVERZITY

řada teoretická
svazek č. 582

DNY PRÁVA 2016 – DAYS OF LAW 2016

Část I.

Právní obyčej

Eds.:

Ladislav Vojáček, Pavel Salák, Jiří Valdhans

Masarykova univerzita
Brno 2017

Recenzenti:

Mgr. Michal Chorvát, JUDr. Mgr. Ondřej Horák, Ph.D., Alžbeta Perejdová,
Mgr. Martina Pospíšilová, JUDr. Pavel Salák, Ph.D., doc. JUDr. Karel Schelle,
CSc., doc. JUDr. Bc. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M. Eur.Int., prof. JUDr.
Ladislav Vojáček, CSc., JUDr. Mgr. Radek Černocho, Ph.D., Mgr. et Mgr.
Naďa Štachová, Ph.D.

© 2017 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-8552-7

Obsah

Právni obyčej v novém českém právu	
– příspěvek k mezerám v zákoně.....	7
<i>Petr Dostálík</i>	
Právna obyčaj ako najdôležitejší prameň uhorského práva	13
<i>Erik Elias, Martin Skaloš</i>	
Obyčaj vo svetle archeológie práva	37
<i>Tomáš Gábriš</i>	
Právni obyčej pohledem metodologie nalézání práva.....	64
<i>Ondřej Málek</i>	
Coacquisita coniugum	77
<i>Martina Pospíšilová</i>	
Vývoj a miesto obyčajových pravidiel v medzinárodnom investičnom práve	94
<i>Ivan Puškár</i>	
Vznik práva v myšlení F. A. Hayeka	107
<i>Jan Šmíd</i>	
Právna obyčaj cez prizmu náuky o prameňoch práva.....	116
<i>Ivana Šošková</i>	
Povaha obyčaje v rímskom práve	126
<i>Ján Šurkala</i>	
Uhorská právna obyčaj v znení novovekej právnej vedy.....	164
<i>Miriám Laclavíková, Adriana Švecová</i>	
Piráctví a námořní loupež - definice pojmu jako výsledek vývoje právního obyčeje?.....	185
<i>Vojtěch Vrba</i>	
Právna obyčaj v právnom poriadku amerických kolónií Španielska.....	200
<i>Peter Vysňý</i>	

Právní obyčej v novém českém právu – příspěvek k mezerám v zákoně

Petr Dostálík

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá problematikou mezer v právu. Tato abstraktní, velmi často diskutovaná a ještě častěji popíraná problematika je traktována na konkrétní otázce: zda musí být svědek na svatbě zletilý. Na rozdíl od předchozí právní úpravy, která vyžadovala 18 let věku, současný občanský zákoník o věku svědka mlčí. Příspěvek hledá jakým způsobem je možné vyplnit tuto mezeru – pomocí *analogie legis* nebo *analogie iuris*. Možným řešením je i srovnání s ustanoveními kanonického práva.

Keywords in original language

Právní obyčej; rodinné právo; věk svědka; svatební obřad; kanonické právo.

Abstract

The paper concerns about the interpretation of the peculiar provision of the New Czech Civil Code (“NOZ”). There is a mandatory presence of the two witnesses during the conclusion of the matrimony in the Czech civil law. In the present regulation, the age of the witnesses is not mentioned. However in the past there used to be a limit – 18 years of age. Therefore a question arises: What does mean the silence of the legislator? The paper tries to solve this problem with the help of *analogia legis* (within civil law) and *analogia iuris* (within canon law).

Keywords

New Czech Civil Code; Law of Family; Legal Custom in the present Czech Law; Conclusion of Matrimony; Canon Law.

Příspěvek se zabývá problematikou obyčeje, potažmo mezer v zákoně v otázce způsobilosti svědka při svatebním obřadu. Jedná se o případ z právní

praxe, kdy se matka podruhé vdávala a velmi stála o to, aby se role svědka ujal syn z prvního manželství. Synovi však bylo pouze 15 let a na první pohled nebylo zřejmé, zda může být svědkem již nyní nebo zda musí matka počkat se sňatkem ještě tři roky.

Problematika svědka je upravena v § 656 odst. 2 NOZ.¹ Nový občanský zákoník tedy požaduje přítomnost dvou svědků na svatbě. NOZ nestanoví další požadavky na svědky. Jak tedy budeme postupovat? Podle zažité praxe (zkušenosti z matrik, názory různých svatebních agentur, apod.)² je tento požadavek aktuální i v současnosti. Ovšem zákon (NOZ) o věku svědků mlčí. Znamená absence věku svědka, že věk není podmínkou pro svědectví? Nebo se naopak jedná o mezeru v zákoně, kterou je třeba vyplnit? Máme tři možnosti jak vyplnit tuto mezeru – první možností je provést *historickou komparaci* – tedy podívat se, jakým způsobem byla tato otázka řešena v zákoně o rodině. Zjistit ujmeme, že předchozí právní úprava vyžadovala zletilost svědků - tedy věk nad osmnáct let. Tato povinnost byla zakotvena v prováděcí vyhlášce (§ 47 odst. 2 vyhlášky č. 22/1977 Sb.³), kterou se prováděl zákon o matrikách (starý).⁴ Novější právní úprava (zákon o rodině) již úpravu věku svědků neobsahoval. Dobový komentář uvádí, že nezletilost svědků, ani nepřítomnost tlumočnicka nemá vliv na platnost uzavřeného manželství.⁵

Druhou možností je *analogie legis* – tedy podívat se, jakým způsobem je tato otázka řešena v obdobných ustanoveních občanského zákoníku. V této souvislosti narazíme na ustanovení § 39 odst. 2 NOZ, který se také dotýká svědků.⁶ Toto ustanovení v podstatě obsahuje tři základní požadavky na osobu svědka:

1. svědek nemá zájem na jednání;

¹ „Sňatečný obřad je veřejný a slavnostní. Činí se v přítomnosti dvou svědků.”

² www.beremese.cz

³ „Manželství se uzavírá před předsedou místního národního výboru za přítomnosti dvou zletilých svědků.“

⁴ § 28 Zákona o matrikách (starý).

⁵ HRUŠÁKOVÁ, M. *Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství*. 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 9.

⁶ § 39 odst. 2 NOZ. Svědky mohou být jen osoby, které na prohlášení a jeho obsahu nemají zájem a nejsou nevidomé, neslyšící, němé nebo neznalé jazyka, v němž je prohlášení učiněno. Svědci musí prohlášení podepsat a být schopni potvrdit schopnost prolašujícího jednat a obsah jeho prohlášení.

2. svědek rozumí (není slepý, hluchý, rozumí jazyku, ve kterém jednání probíhá). Komentář v této souvislosti vhodně hovoří o sociální interakci svědka;⁷
3. svědek umí číst a psát (“svědci musí prohlášení podepsat”);
4. svědek je schopen rekonstruovat danou událost.

Ani toto ustanovení neobsahuje nic o věku svědka.

Třetí možností je *analogia iuris* – podívat se, jakým způsobem je tato otázka řešena v rámci jiných právních předpisů, než je občanský zákoník. Zde na prvním místě narážíme na předpisy, které souvisí s rodinným právem, tedy zákon o matrikách. Tento zákon obsahuje pojem “svědek” na dvou místech. Poprvé se objevuje v souvislosti s zápisem do knihy manželství – kam se zapisují “jména, příjmení a rodná čísla svědků.”⁸ Druhým případem je protokol o uzavření manželství, který svědci podepisují.⁹ Vidíme, že i podle zákona o matrikách musí mít svědek schopnost psát a musí mu být vydán občanský průkaz. Opět ani zde není zmínka o věku.

Ovšem mnohem blíže k námi probírané problematice mají předpisy kanonického práva. Kanonické právo je založeno stejně jako právo občanské na římském právu, podstatným způsobem ovlivnilo současný charakter manželství. A konečně, český právní řád uznává manželství uzavřené kanonickou formou za platné a rovnocenné se sňatkem občanským.¹⁰ Z výše uvedených důvodů považuji za vhodné konzultovat otázku věku svědka uzavření manželství s předpisy *Codex Iuris Canonici*. Znění kodexu a občanského zákoníku je v podstatě totožné. I kánon 1108 CIC hovoří pouze o dvou svědcích.¹¹ Teorie ovšem vykládá toto ustanovení tak, že svědek nemusí být zletilý, ale musí chápat smysl toho, proč byl ustanoven jako svědek, nesmí být šílený nebo pod nadměrným vlivem alkoholických nápojů.¹² V praxi se při uzavírání manželství kanonickou formou připouští jako svědek osoba starší 15 let (tedy 15 a více).

⁷ MELZER, F., TÉGL, P. *Občanský zákoník. Velký komentář. Svazek I*. Praha: Leges, 2013, s. 402.

⁸ § 20 písm. e) zákona o matrikách (nový).

⁹ § 40 zákona o matrikách (nový).

¹⁰ § 666 NOZ.

¹¹ Před dvěma svědky „coram duos testibus“.

¹² HRDINA, A. *Kanonické právo*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.

A konečně, jako poslední způsob interpretace právního předpisu můžeme nahlédnout do některého z “velkých” komentářů. Komentář vnímá, že zákon neobsahuje požadavek věku svědka, správně dovozuje, že svědek musí být schopen vnímat, co se před ním děje.¹³ Vede analogii s ust. § 39 mnou již zmiňovaného zákona o matrikách, kde vyvozuje z povinnosti manžela, který nerozumí česky mít na svatbě tlumočníka, tuto povinnost i pro svědka. Podle mého názoru není třeba vyvozovat tuto povinnost *per analogiam iuris* ze zákona o *matrikách*, postačí na základě *analogiae legis* odkázat na ust. § 39 odst. 2. Ovšem zcela nesprávně je na základě *analogie* vztažena povinnost “zletilosti, resp. plné svéprávnosti.” Podle mého názoru *analogie* s ustanovením § 39 odst. 2 zákona o matrikách ukládá pouze, aby svědek, který nerozumí jazyku, ve kterém je veden svatební obřad, měl k dispozici tlumočníka, ne aby byl také zletilý jako oba snoubenci. Požadavek na zletilost svědka není podle mého názoru založen zákonem a nemůže být na svědka kladen na základě analogie. Taková analogie by odporovala zásadě, že každý může činit vše, co mu zákon nezakazuje.¹⁴

Představme si nyní situaci, kdy by byla zletilost svědka vyžadována státním orgánem (typicky pracovníci matriky) a tento její právní názor by byl potvrzen rozhodnutím soudu. Můžeme v takovém případě uvažovat o vzniku nové právní povinnosti? A pokud ano, jaký je pramen, odkud se bere tato povinnost. Vychází ze soudního rozhodnutí nebo soud pouze potvrzuje obyčej, který se vytvořil?

Jak již bylo řečeno výše, dřívější právní úprava normovala dosažení věku 18 let pro svědka. Představme si, že všechny matrikářky v České republice (nejlépe na základě školení, které bylo uspořádáno ministerstvem vnitra) tvrdí, že je třeba pro svědka 18 let věku, s tím, že se to “vždycky tak dělalo” a tento názor by byl potvrzen rozhodnutím soudu. Můžeme se snad domnívat, že již neplatná, ale trvale zažitá právní úprava vytvořila v českém prostředí právní obyčej, který je potvrzen i názorem, uvedeným v komentáři, a že byl tento právní obyčej potvrzen rozhodnutím soudu? V dlouhodobém užívání “zvyku” mít za svědka osobu starší 18 let můžeme spatřovat

¹³ HRUŠÁKOVÁ, M., KRÁLÍČKOVÁ, Z., WESTPHALOVÁ, L. *Občanský zákoník II. Rodinné právo*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 9.

¹⁴ Čl. 2 odst. 4 Ústavy a čl. 2 odst. 3 LZPS. V této souvislosti viz MELZER, F., TÉGL, P. *Občanský zákoník. Velký Komentář. Svazek I*. Praha: Leges, 2013, s. 40.

jeden z prvků právního obyčeje – *usus longaevus* a soud může ve svém (hypotetickém) rozhodnutí dovodit, že manželství je příliš důležité, než aby mohla být jeho svědkem nezletilá osoba – takové rozhodnutí by tvořilo jádro druhého pojmového znaku právního obyčeje: *opinio necessitatis*.

Domnívám se však, že není možno takovou mezeru vyplnit právním obyčejem. Ani rozhodnutí soudu v českém právním řádu nevytváří nezrušitelné právní pravidlo. To dokládá samotná soudní praxe v České republice, kdy se soudy v konkrétních případech odchyľují nebo mění “pravidla” (lépe řečeno “postupy”), které byly vytvořeny předchozí rozhodovací praxí.¹⁵ Mlčení zákonodárce v tomto případě neznamená podle mého názoru “mezeru v právu”. Absenci požadavku věku je nutno vyložit jako *možnost*, aby svědkem byla osoba mladší 18 let, pokud budou splněny obecné požadavky NOZ: svědek nemá prvním zájem na jednání, rozumí svatebnímu obřadu (včetně jazyka) a schopnost potvrdit (zpětně konstruovat danou událost). Proto nic nebrání tomu, aby soud v budoucnosti na základě konkrétních okolností konkrétního případu rozhodl, že svědek může být mladší 18 let.

Literature

Kodex kanonického práva. Úřední znění textu a překlad do češtiny. Latinsko-české vydání s věcným rejstříkem. Praha: Zvon. České katolické nakladatelství, 1994.

MELZER, F., TÉGL, P. *Občanský zákoník. Velký Komentář. I. svazek.* Praha: Leges, 2013.

HRUŠÁKOVÁ, M. *Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství.* 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009.

HRDINA: Antonín, Ignác. *Kanonické právo.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.

HRUŠÁKOVÁ, KRÁLIČKOVÁ, WESTPHALOVÁ. *Občanský zákoník II. Rodinné právo.* Praha: C. H. Beck, 2014.

¹⁵ Takovou ustálenou praxí bylo např. že osoba, která je v postavení statutárního orgánu, není v pracovním poměru. Přesto Ústavní soud ČR rozhodl, že jestliže není tzv. souběh funkce statutárního orgánu a pracovním poměrem upraven v právním řádu, potom podle zásady *autonomie vůle a pacta sunt servanda* má být zachována platnost pracovní smlouvy a výslovně odmítá stanovisko Nejvyššího soud ČR, podle kterého „ze stávající judikatury vyplývá,“ s tím, že soudy právo aplikují, ale nevytváří je (I. ÚS 190/15).

Seznam citovaných právních předpisů a zkratk, pod kterými jsou tyto předpisy uváděny v textu

CIC	Kodex kanonického práva
LZPS	usnesení č. 2/1993 Sb. Usnesení předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součástí ústavního pořádku České republiky
NOZ	zákon. č. 89/2012 Sb. (Nový) občanský zákoník
Prováděcí vyhláška	vyhláška č. 22/1977 Sb. Vyhláška federálního ministerstva vnitra, kterou se vydávají bližší předpisy k zákonu o matrikách
Ústava	ústavní zákon č. 1/1993 Sb. Ústava České Republiky
Zákon o matrikách (nový)	zákon. č. 301/2000 Sb. Zákon o matrikách, jménu a příjmení a o změně některých souvisejících zákonů
Zákon o matrikách (starý)	zák. č. 268/1949. Zákon o matrikách
Zákon o rodině	zákon č. 94/1963 Sb. Zákon o rodině

Contact – e-mail

petr.dostalik2007@gmail.com

Právna obyčej ako najdôležitejší prameň uhorského práva

Erik Elias¹, Martin Skaloš²

Univerzita Mateja Bela, Právnická fakulta, Slovenská republika

Abstract in original language

Cieľom príspevku je podať právno-historický pohľad na miesto a uplatnenie právnej obyčaje ako najdôležitejšieho prameňa uhorského (najmä súkromného) práva na území Slovenska so zreteľom na vecné právo. Svoje postavenie najvýznamnejšieho prameňa práva si právna obyčej zachovávala stáročia. Z hľadiska formy patrila k nepísanému právu, avšak v Uhorsku k spísaniu noriem obyčajového práva došlo v diele *Opus Tripartitum*. Aj keď v medzivojnovej Československej republike právna obyčej stratila pozíciu rozhodujúceho prameňa práva, obyčej existovala až do nadobudnutia účinnosti Občianskeho zákonníka č. 141/1950 Zb.

Keywords in original language

Právna obyčej; prameň práva; *Tripartitum*; vecné právo; Uhorsko; občiansky zákonník.

Abstract

The aim of this paper is to give a legal-historical perspective on the place and implementation of a legal custom as the most important source of former Hungarian (mainly private) law in the territory of Slovakia with regard to substantive law. Legal custom maintained its position as the most important source of law for centuries. In terms of form, it belonged to the unwritten law, but in former Hungary, the drafting of the standards of the common law was done in the work *Opus Tripartitum*. Although in the interwar Czechoslovak Republic the legal custom lost the position of a decisive source of law, the custom existed until the entry into force of the Civil Code no. 141/1950 of the Laws Collection.

¹ JUDr. Erik Elias, interný doktorand, Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, Katedra trestného práva, kriminológie, kriminalistiky a forenzných disciplín.

² JUDr. PhDr. Martin Skaloš, PhD., odborný asistent, Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, Katedra dejín štátu a práva.

Keywords

Legal Custom; Source of Law; Tripartitum; Substantive Law; Former Hungary; the Civil Code.

1 Úvod

Aj keď v posledných desaťročiach je skúmanie právnych obyčají iba doménou etnografov, výnimočne právnikov medzinárodného práva, ešte pred niekoľkými desaťročiami boli na Slovensku právne obyčaje významným prameňom práva. Svoje postavenie najvýznamnejšieho prameňa práva si právna obyčaj zachovávala stáročia.³

V najstaršom období existencie uhorského štátu sa obyvateľstvo spravovalo zásadne všeobecnými predstavami o spravodlivosti a morálke, a nie konkrétnymi písanými právnymi normami. Aj rozhodovanie sporov vychádzalo iba z presvedčenia „sudcov“ o spravodlivosti a morálke, ktoré dostalo označenie „obyčaj“. Keď pritom v dobových listinách nachádzame zmienky o zákonoch a práve (*leges, ius...*), išlo skôr o vplyv latinského vzdelania pisárov, z ktorých pera tieto listiny pochádzajú, a nie o obraz reálneho využívania písaných zákonov. Panovníkmi vydávané zákony totiž preukázateľne neboli vo všeobecnosti známe a aplikované v praxi.

Aj v ďalšom období si „obyčajové právo“ v zmysle „rozhodovania *ad hoc*“ uchovávalo dominantné postavenie a zákony predstavovali len jeho doplnok, ktorého aplikácia závisela iba od vôle a sily aktuálneho panovníka, či jeho sudcov. Od 14. storočia sa navyše definitívne sformoval feudálny právny systém, fungujúci na princípe právneho partikularizmu, čo znamená novinku v tom, že pre jednotlivé stavy, či sociálne skupiny feudálnej spoločnosti, oficiálne platilo odlišné právo, vychádzajúce z osobitných prameňov práva – napríklad v prípade mestského práva zo štatútov prijímaných mestskou radou. Systém prameňov práva sa tým v porovnaní s predchádzajúcim obdobím skomplikoval, ale na jeho podstate – nenormatívnosti, t. j. rozhodovaní *ad hoc* – a na dominancii právnej obyčaje ako prameňa práva sa tým nič nezmenilo.

³ Bližšie pozri GÁBRIŠ, T. Uhorské feudálne právo spred roku 1800 platné na začiatku 20. storočia a právnohistorický romantizmus. In: *Rakousko-uherské vyrovnání 1867 a jeho štátoprávni následky v českých zemích a na Slovensku*. Ostrava: KEY Publishing, 2007, s. 108–123.

Od 16. storočia sa za právnu obyčaj považovali pravidlá správania, ktoré sa dlhodobo dodržiavali a opakovali – stelesňovala ich ustálená súdna prax. Takto vnímaná obyčaj v systéme prameňov práva dominovala až do konca 18. storočia, a svojou silou mohla dokonca dopĺňať, meniť alebo rušiť zákony (od všeobecnej právnej obyčaje však treba odlišiť miestnu obyčaj, tá nemohla derogovať zákon).⁴

Až od konca 18. storočia sa postavenie obyčaje v systéme prameňov práva začalo prehodnocovať. Vznikli pritom dve teórie – presvedčenia, ktorá hlásala, že všeobecné presvedčenie je také, že obyčaj je nadradená nad zákonom, a teória pripustenia, ktorá hlásala, že obyčaj platí, len keď to pripustí zákon. Do roku 1918 však táto otázka nebola uspokojivo vyriešená a zásadne v Uhorsku ako aj v Maďarsku po roku 1918 stále obyčaj predstavovala primárny prameň práva a mala prednosť pred zákonom. Vývoj v Československu, resp. na našom území, bol však odlišný.⁵

2 Majetkové právo a Opus Tripartitum

Po roku 1500 panovník poveril vypracovaním osnovy Štefana Verböczyho. Ten bol so svojou prácou hotový už v roku 1514 a táto bola predložená na preskúmanie osobitnej komisii, ktorá ju uznala za dielo verne zobrazujúce platné obyčajové právo.

Dňa 19. novembra 1514 ho schválil aj panovník, a to vo forme predpísanej pre sankcionovanie zákona, s tou jedinou výnimkou, že nepripojil svoju pečať. K pripojeniu pečate nedošlo ani neskoršie, a tak sa z Verböczyho diela nestal zákonník, lebo sankcionovanie nebolo perfektné.

Tripartitum bolo právnou knihou zloženou z platného práva obyčajového a zákonného. Obsahovala spolu s úvodom štyri časti, ktoré obsahujú v prvej časti všeobecné ustanovenie o práve, zákonoch, práve obyčajovom.

⁴ GÁBRIŠ, T. *Právo a dejiny: Právnobistorická propedeutika*. Krakow: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2012, s. 132–133.

⁵ Bližšie pozri LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj. Prameň práva na území Slovenska v období medzivojnovnej ČSR. In: *Historia et theoria iuris*, Bratislava, Právnická fakulta UK, 2010, roč. 2, č. 4, s. 22 a nasl.

Ďalšie časti potom obsahujú ustanovenia o právach vecných, právach k cudzím veciam, časti o práve dedičskom a obligáčnom. Obsahujú tiež časti o procesnom práve a práve partikulárnom.⁶

Hoci rozdelenie vecí na jednotlivé druhy má v uhorskom práve veľký význam, napriek tomu v diele Verbóczyho štruktúru potrebných ustanovení týkajúcich sa takéhoto rozdelenia nenájdeme. Možno však povedať, že Tripartitum rozlišovalo veci na: hnutel'né (res mobiles) a nehnuteľné (res immobiles),⁷ dedovizenské (bona avicita) a novo-nadobudnuté (bona acquisita) i donačné (bona donationalia) a nedonačné (extra donationalia).

Hnuteľnými vecami boli všetky veci, ktoré bolo možno bez porušenia podstaty prenášať z miesta na miesto, ďalej aj nehnuteľnosti, ak boli založené, nehnuteľnosti kúpené za peniaze a za peniaze vymeniteľný zálohový majetok sa dedili ako hnutel'nosti. **Nehnuteľnými** boli všetky veci, ktoré nebolo možné prenášať z miesta na miesto bez porušenia ich podstaty. Ako nehnuteľnosti sa posudzovali aj účelové alebo prirodzené, alebo technicky s nehnuteľnosťami spojené veci hnutel'né, napr.: hospodárske zariadenie a výstroj nehnuteľností, črieda koní, ktorá mala aspoň 50 kusov, ryby vo vode a zverina v lese, peniaze reprezentujúce v určitom pomere nehnuteľnosť,

⁶ Z vecného práva definíciu príslušenstva poskytoval Opus v I. časti, čl. 24, § 8, a v III. časti, čl. 16, § 1. Držbu a vlastníctvo majetku, ich ochranu a vydržanie bližšie upravovali zák. čl. 16/1439 (majetky sa neudeľujú cudzincom; a domácim len za zásluhy a nie za peniaze), Opus I 23 § 1 (kráľovské právo k mala fides držiteľovi trvá 100 rokov), 24 § 2 (držba), 68 (o násilnom vyhnaní okupantov), 78 § 1-2 (premlčanie, vydržanie), 79 § 1-2 (vydržanie), 84 (určovanie hraníc), 85 (premlčanie pri určovaní hraníc), II 9 § 1 (o privilégiách týkajúcich sa majetkových práv), III 22, § 2-5 (svojpomoc a sebaobrana pri ochrane majetku), a tiež zák. čl. 5/1542 (županí a podžupaní vyženu okupantov majetku do roka). Režim záložného majetku bol obsiahnutý v zák. čl. 125/1647 (o znovunadobudaní založených vecí a dodržiavaní podmienok záložných listín). In: GÁBRIS, T. *Právo a dejiny: Právmohistorická propedeutika*. Krakow: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Slowakow w Polsce, 2012, s. 35.

⁷ Oveľa menší význam než nehnuteľnosti mali v uhorskom šľachtickom práve hnutel'nosti. Pri vtedajšej nerozvinutosti obchodu a priemyslu a následkom toho nedostatku peňazí a predovšetkým pri vtedajšej hospodárskej organizácii a sociálnom postavení šľachty bolo prirodzené, že z majetkového pohľadu boli hlavnou oporou šľachty len nehnuteľnosti. Hnutel'nosti ako veci zúžitkovateľné a omnoho obežnejšie než nehnuteľnosti nemohli mať pre šľachtu takú cenu ako nehnuteľnosti, ktoré pre svoju nehybnosť a väčšiu plodnosť udržiavali lesk rodu.

príslušnosť nehnuteľnosti bez ohľadu na to, či to boli práva (napr. práva regálne) alebo hnuteľnosti (kľúče, pece a pod.).⁸

Dedovizenské veci boli veci, ktoré prešli na niekoho po predkoch dedením.⁹ Novonadobudnuté boli veci, ktoré niekto získal svojím pričinením, alebo úplnou náhodou. Ako dedovizenské, tak novonadobudnuté nehnuteľnosti boli donačnými, ak boli nadobudnuté darovaním zo strany kráľa alebo palatína.¹⁰ Naproti tomu nedonačné boli majetky nadobudnuté iným spôsobom než darovaním zo strany kráľa alebo palatína, ako kúpou, odkázaním a pod. Len s hnuteľnými vecami bolo možné voľne nakladať.¹¹

Od konca 13. storočia, keď je už vlastníctvo ohľadne iného majetku ustálené, považuje sa za dedovizenský každý majetok získaný od ascidenta zákonným dedením alebo od súrodenca a to zákonným dedením, na ktorý má dedičské nároky mužské potomstvo nadobúdateľa – predka. Čo majiteľ nezískal od ascidenta alebo od nedielneho brata, resp. nezískal zákonným dedením, považovalo sa za nadobudnutý majetok, ktorým vlastník voľne disponoval bez ohľadu na rodinu. Dedovizeň musel majiteľ zachovať pre rodinu a nemal právo ju scudziť. Rozoznávanie dedovizenstva a nadobudnutého majetku bolo známe aj právu poddanskému a právu mestskému.

Opakom dedovizenských majetkov boli novonadobudnuté majetky. Zatiaľ čo dispozícia s dedovizenským majetkom bola obmedzená v prospech členov rodiny, s novonadobudnutým majetkom sa mohlo voľne nakladať. Túto neobmedzenú dispozičnú slobodu mal nadobúdateľ však podľa staršieho práva len pri právnych úkonoch medzi živými. Pre prípad smrti, síce nemusel celý novonadobudnutý majetok zanechať synom a dcéram, ale mohol časť tohto majetku odkázať aj v prospech cudzích osôb, avšak

⁸ Podľa Tripartita väčšia črieda koni, väčšia peňažná suma prechádzali na dediča podľa predpisov dedenia ornej pôdy. Naproti tomu za peniaze nadobudnutý a za peniaze vymeniteľný zálohový majetok ako i obytné domy sa dedili ako hnuteľnosti. Nehmotné veci, práva, ak existovali samostatne, patrili k hnuteľným veciam, ak však tvorili príslušnosť nehnuteľnosti, ako napr. menšie regálne práva, považovali sa za nehnuteľnosti.

⁹ Bližšie pozri ŠTENPIEN, E. *Tripartitum*. Žilina: Eurokódex, 2008, s. 107.

¹⁰ Dedovizenským majetkom mohli byť nielen nehnuteľnosti, ale aj hnuteľnosti, a nielen majetky šľachtické, ale aj mestské a poddanské. Naproti tomu majetkom donačným mohli byť len šľachtické nehnuteľnosti.

¹¹ Bližšie pozri KADLEC, K. *Verböczyovo Tripartitum a soukromé právo uberské i chorvatské šlecht v něm obsažené*. Praha: Nákladem České akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902, s. 155.

svoje deti o celý tento majetok pripraviť nemohol. Tento rozdiel v dispozičnom práve (medzi živými a pre prípad smrti) spočíval v tom, že pokiaľ za života niekto scudzuje majetok, môže ešte v budúcnosti nejaký majetok pre svoje deti nadobudnúť, ale ten kto už zomiera, v budúcnosti už žiaden majetok nenadobudne.

Šľachtický majetok sa mohol nadobudnúť večitým právom donáciou a večitým prechodom. Meštianske majetky nadobúdali sa večitým právom pod mestskou vierohodnou pečaťou a mestskou listinou. Na poddanských majetkoch nemohlo patriť do r. 1848 poddanému večité právo. Majetok večitého práva bol držaný titulom vlastníctva. Majetok dočasného práva bol majetok záložný, zapísaný na niekoho, scudzený večitým právom, ale len súkromnou pečaťou. Majetok mužskej vetvy bol majetok, z ktorého ženy a ich potomci boli vylúčení. Majetkom ženskej vetvy či oboch vetví boli majetky, ktoré mohli nadobúdať aj muži aj ženy a všetko ich potomstvo.

Rovnako ako právo rímske aj uhorské právo rozoznávalo veci hlavné a veci vedľajšie. Hlavné veci boli také veci, ktoré existovali samostatne, vedľajšie boli také veci, ktoré boli s hlavnými vecami v trvalej súvislosti alebo trvalom spojení. Vedľajšie veci znášali právny osud hlavných vecí. Hlavné veci mohli byť hmotné alebo nehmotné, nehnuteľné alebo hnuteľné. Vedľajšie veci sa delili na prírastky (vedľajšie veci v užšom slova zmysle), na príslušenstvo¹² a na plody.¹³

Podobne ako právo slovanských národov i uhorské právo poznalo inštitút rodinného nedielu, t. j. majetkové spoločenstvo všetkých príslušníkov rodiny, či už sa rodina skladala zo širšieho alebo užšieho kruhu ženatých

¹² Pojem “príslušenstvo” Tripartitum chápalo v širšom slova zmysle. Nerozumelo sa ním len príslušenstvo v pravom slova zmysle, ale aj súčasť šľachtických majetkov. Nakoniec Tripartitum nepoznalo ani rozdiel medzi príslušenstvom a prírastkom. Tento rozdiel sa vyvinul až v neskoršej praxi. Pozri KADLEC, K. *Verböczyovo Tripartitum a soukromé právo uberské i chorvatské šlechty v něm obsažené*. Praha: Nákladem České akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902, s. 163.

¹³ Právo mlyna a vodné právo boli upravené ako príslušenstvá majetku v Opus I, 24 § 8, a zmena toku rieky a zachovanie práv boli regulované v Opus I, 87 § 2. Vecnoprávny charakter, aj keď v úzkej súvislosti s dedením, mal inštitút zverenectva. Ten požíval ochranu podľa zák. čl. 9/1687 § 2 (o dedení určenom podľa otcovského ustanovenia); a zák. čl. 50/1723 (o majoráte a vyhlásení zák. čl. 9/1687). In: GÁBRIŠ, T. *Právo a dejiny: Právnohistorická propedeutika*. Krakow: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Słowaków w Polsce, 2012, s. 35.

alebo slobodných osôb. Na zásade majetkového spoločenstva nebol založený len bratský nediel, ale aj nediel skladajúci sa z rodičov a detí. Majetkové spoločenstvo medzi bratmi sa nezakladalo až otcovou smrťou, ale existovalo medzi nimi a otcom už za jeho života, a práve následkom otcovej smrti mohlo byť zrušené.

Pokiaľ rodinný nediel mal v uhorských krajinách ešte pevnú pôdu, mohol síce každý jeho člen mať svoj osobitný majetok, ktorý mohol scudzit', ak to neurobil, majetok ako zisk pripadol rodinnému nedielu. Rovnako tak boli všetci členovia nedielu povinní znášať škodu, ktorá vznikla na spoločnom majetku (I. 43, § 4).

V neskoršom období, keď sa zistilo, že aj vzdialenejší príbuzní, ktorí nehospodárne nakladali so spoločným majetkom, účelovo žili v nedieli len preto, aby participovali rovnakým dielom na "bratmi" nadobudnutých úžitkoch, uvedené právo bolo obmedzené len na pravých bratov (zák. čl. 54/1655).

Pretože ani táto reforma sa neosvedčila, a niektorí z nedielnych bratov utrácali majetok na ujmu druhých bratov, bolo ustanovené (47/1723), že len ten zisk patrí všetkým členom rodinného nedielu, ktorý bol nadobudnutý z plodov dedovizenských majetkov, všetko ostatné, čo nadobudol nedielny brat akýmkoľvek iným spôsobom, patrí, ak nechce nadobúdajúci brat, aby ostatní bratia na tom participovali, len jemu a jeho deťom, a až keby ich nemal, ostatným nedielnym bratom.

Teda možno povedať, že povaha rodinného nedielu sa zmenila po Tripartite. Do Tripartita mohol každý člen rodinného nedielu svoju časť scudzit', pretože bol vlastníkom svojej časti, po Verböczyho Tripartite dispozícia so spoločným majetkom zo strany jedného z nedielnych bratov bez súhlasu ostatných bratov bola neplatná. Aj v tomto prípade razila si cestu zásada individualizmu, a padal princíp kolektivismu.

Hnuteľnosti sa delili rovnakým dielom medzi všetkých členov mužského i ženského pohlavia. Zachovávala sa však zásada reprezentácie (I. 99).¹⁴ Naproti tomu na nehnuteľnostiach participovali spravidla len muži, a iba výnimočne aj ženy. Aj v tomto prípade platila zásada reprezentácie (117/1659).

¹⁴ Zásada dedičskej reprezentácie znamená, že ak dedičstvo z určitého dôvodu nenadobudne niektorý zo zákonom povolaných dedičov, zákon na ich miesto povoláva ich potomkov.

Nehnutelnosti sa rozdelili na toľko rovnakých častí, koľko bolo kondividendov (bočných príbuzných). Jednotlivé časti mali byť rovnaké nielen kvantitou, ale aj kvalitou (I. 40). Delili sa nielen veci, ale aj bremená (I. 82, § 10; 1647: 105, § 1). Keby bol niekto z podielnikov spôsobil na spoločnom majetku svojou vinou škodu, bol povinný vzniknutú škodu nahradiť (I. 60, 47/1723). Ak nebolo možné niektorú vec rozdeliť, bola odovzdávaná jednému z podielnikov celá, o čo však cenou jeho podiel prevyšovala, to bol povinný iným spôsobom nahradiť, prípadne do tej výšky prevziať dlhy.

Podiely zo spoločného majetku sa pridelovali jednotlivým kondividendom ľosom a to z toho dôvodu, aby rozdelenie nedielu bolo spravodlivé a nestranné. Prvý ťahal ľos buď najmladší brat, alebo najstarší, podľa predchádzajúcej dohody. Listinu o rozdelení podpisovali všetci členovia rodinného nedielu a bola zhotovená v toľkých exemplároch, koľko bolo účastníkov rozdelenia. Niekedy v nej bola stanovená pokuta (*vinculum*) proti tomu, kto by chcel rušiť vykonané rozdelenie.

Pri najlepšej vôli kondividendov mohlo dôjsť k situácii, že niektorý z nich dostal horší podiel ako ostatní alebo dotknutý mal nejakú inú príčinu pre nespokojnosť s výsledkom rozdelenia. Za tým účelom *Tripartitum* poskytovalo kondividendom dva právne prostriedky, ktorými vzniknuté chyby a vady pri rozdelení mohli byť napravené. Jedným z nich bola oprava rozdelenia. Za *Verböczyho* sa však ešte nerozlišovalo medzi novým rozdelením a opravou skoršieho rozdelenia. *Tripartitum* poznalo len nové rozdelenie (I. 45 a 46). V článku 45 rozumelo sa ním skutočne nové rozdelenie, ktoré bolo potrebné pre faktické alebo právne vady prvého rozdelenia, podľa článku 46 síce pôvodné rozdelenie bolo vykonané bezvadne, ale jeden z kondividendov násilím sa zmocnil podielu iného kondividenta. V oboch prípadoch bolo potrebné na nové rozdelenie sporné konanie. Pokiaľ však v prvom prípade vec bola vyriešená do roka (I. 45, § 1), v druhom prípade bolo potrebné dlhé súdne konanie, t. j. 4 roky (I. 46, § 2 a § 3).

Nové rozdelenie neprípúšťalo sa medzi vnukmi, ak už ich dedovia si spoločný majetok rozdelili a ich synovia (voči vnukom teda otcovia) rozdelenie schválili (I. 46). Nové rozdelenie bolo ďalej podľa *Tripartita* vylúčené, ak boli pri rozdelení vyznačené hranice.

V 18. storočí sa už rozlišovalo medzi novým rozdelením a opravou pôvodného rozdelenia.¹⁵ Opravu rozdelenia mohol žiadať (podľa 36/1729) kondividant, ak rozdelením náhodne (bez úmyslu) a len nepodstatne bol ukrátený, ak sa stalo nedopatrenie vo veľkosti alebo kvalite podielu (jeden podielník dostal napríklad výnosnejšiu pôdu než druhý), alebo ak jeden z kondividantov bez svojej viny stratil po rozdelení menšiu časť svojho podielu (napríklad ak bol po rozdelení nejaký kus pôdy kondividantovi na základe úradného nariadenia zmenený na verejnú cestu, alebo keby kondividant časť svojho podielu stratil bez vlastnej viny v spore). Z uvedených menej závažných dôvodov mohli si strany zmluvne vyhradiť aj celkom nové rozdelenie. Bez tohto vyhradenia nemohli sa však domáhať nového rozdelenia, ale len opravy rozdelenia (1729:36, § 4).

Ak bol pri rozdelení niektorý kondividant ukrátený podstatne, a to vinou druhých kondividantov, mohol žiadať nové rozdelenie. Za podstatné ukrátenie sa pokladala napr. nerovnosť v hlavných majetkoch, nie v príslušenstvách, kde stačila rektifikácia pôvodného rozdelenia. Podstatne bol ukrátený aj ten, kto podvodom alebo vinou druhých kondividantov získal značne horší alebo menší podiel nehnuteľností než druhý, ďalej ten, kto nezískal nehnuteľnosti na základe vlastníctva, ale len zálohu, naproti tomu druhý kondividant dostal vlastníctvo nehnuteľností, rovnako aj ten, kto nešťastnou náhodou, v boji alebo v spore bez svojej viny stratil značnú časť svojho podielu (36/1729, § 5).

Otcovi boli podriadené všetky dcéry a synovia tých istých rodičov, bez ohľadu na to, aký mali vek. Synovia sa mohli vymaniť z tejto otcovskej moci deľbou majetkov a dcéry vydajom alebo zasnúbením. Synov, ktorí už mali zákonný vek, mohol otec donútiť k rozdeleniu majetkov, avšak len pri splnení taxatívne stanovených podmienok, a to v prípade zlomyseľného ohrozovania otcovho majetku zo strany syna, násilného pozdvihnutia ruky syna voči svojmu otcovi, ak sa syn usiloval zabiť svojich rodičov, syn svojich rodičov obžaloval zo spáchania trestného činu a v prípade, že syn mohol a nevyslobodil, prípadne nevykúpil otca zo zajatia.

¹⁵ Obidva prostriedky (oprava rozdelenia i nové rozdelenie) boli ukrátenému poskytnuté iba raz (1729: 36, § 6.), a to iba pred uplynutím premlčacej doby 32 rokov (I. 46, § 5; 1729: 36, § 2.).

K rozdeleniu majetkov mohol donútiť nielen otec syna, ale i naopak.¹⁶ Pri splnení podmienok mohol donútiť syn svojho otca k rozdeleniu majetkov, ak otec dostatočne nezveľaďoval svoje majetky, otec zakazoval synovi uzavrieť manželstvo, otec navádzal syna na spáchanie trestného činu, a ak bez spravodlivej príčiny otec príliš trestal svojho syna. K rozdeleniu otcovho majetku mohlo dôjsť aj vtedy, ak sa syn oženil, ale za podmienky, že na uzavretie manželstva dal otec súhlas.

Náhradou za to, že k nehnuteľnostiam nemali ženy spravidla žiadne spoluvlastnícke právo, patrili im určité špeciálne práva, ktorými sa im zabezpečovala slušná existencia jednak, pokiaľ sa nevydali a žili na otcových majetkoch, jednak keď sa vydali a potom ovdoveli, a žili teda na mužových majetkoch: právo štvrtiny, vlasové právo, vdovské právo, právo na obvenenie, právo na veno alebo prínos a právo na snúbenecký, resp. svadobný dar. Sem možno priradiť aj právo manželky na polovicu majetku nadobudnutého spoločne s mužom za trvania manželstva (*coacquisitio conjugalis*).

Uhorské právo v 16. storočí nepoznalo niečo ako bezpodielové spoluvlastníctvo manželov. Ak manžel nadobudol nejaký majetok alebo určité majetkové práva a jeho manželka nebola uvedená v listine o nadobudnutí majetku alebo majetkových práv, jeho manželka nemala žiadnu majetkovú účasť na týchto vlastníckych právach. Žena však požívala zákonnú ochranu v tom prípade, ak manžel zomrel a ona používala jeho meno a titul. Vtedy mohla tieto majetky užívať do konca svojho života (I. 67, § 2).

V Tripartite sa už stretávame s úplným rozvojom donačnej sústavy.¹⁷ Praxou už bolo pevne stanovené, v ktorých prípadoch sa vracali voľné a prepadnuté šľachtické majetky na kráľovskú korunu, ktorou boli udelené. Boli zavedené tituly, na základe ktorých sa mohol kráľ zmocniť šľachtických majetkov pre fiskus (devolučné tituly), a okrem toho tituly, na základe ktorých bolo možné uchádzať sa o kráľovské donácie (impetračné tituly). Praxou (obyčajovým právom) bol upravený aj formálny postup, ktorý bolo potrebné dodržať pri

¹⁶ LACLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. *Opus Tripartitum*. In: LACLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A.: *Pramene práva na území Slovenska I.: Od najstarších čias do roku 1790*. Trnava: T.U.T., 2007, s. 215.

¹⁷ Donačná sústava platila v Uhorsku po celé poltisícročie (od roku 1351 do 1853) a stala sa najdôležitejšou časťou celého súkromného práva v Uhorsku.

uchádzaní sa o výsluhy. Rovnako tak praxou ustálená bola dedičská postupnosť v prípade donačných majetkov. Jednoducho prax (obyčajové právo) bola základom, na ktorom bola vybudovaná celá donačná sústava.

Ak mal niekto darovaný majetok a zomrel bez potomkov, pre ďalší osud takéhoto majetku bol rozhodujúci pôvodný text darovacej listiny. Ak darovacia listina obsahovala formuláciu „*nullum jus nullamve juris et domini proprietatem pro se reservando etc.*“, tak darovaný majetok pripadol kráľovi. Ak darovacia zmluva takúto formuláciu neobsahovala, tak darovaný majetok sa vrátil pôvodnému darcovi. Bolo irelevantné, či takáto formulácia bola vložená do darovacej listiny cieľavedome alebo ju tam niekto len tak podstrčil.

V uhorskom právnom poriadku 16. storočia sa dostatočne nerozlišovalo vlastnícke právo od držby. Nerozvinulo sa ani neobmedzené individuálne vlastnícke právo, ktoré je známe z rímskeho práva ako *dominium*. Vlastnícke práva boli obmedzované jednak právom rodu a jednak štátom. Z tohto dôvodu bol vlastník skôr len akýmsi užívateľom s veľkým množstvom práv ako skutočným vlastníkom. Obzvlášť sa to prejavuje pri dedovizenských majetkoch, pri ktorých bol vlastník obmedzovaný právami členov rodiny a tiež aj právom fisku.¹⁸

Uhorské právo poznalo aj inštitút vydržania, avšak celkom inej povahy ako rímske právo. Na dokonanie vydržania sa nevyžadovalo nič iné, len aby držiteľ mal vec v držbe bez prerušenia po dobu, ktorá bola stanovená zákonom. *Bona fides* ani *justus titulus* neboli nevyhnutnými podmienkami vydržania.¹⁹ Aj účinky vydržania boli v uhorskom práve celkom iné ako v rímskom práve.

Verböczy definoval vydržanie ako uplynutie zákonom stanovenej doby, počas ktorej na jednej strane sa má vlastník domáhať opätovnej držby veci

¹⁸ Bližšie pozri Kadlec, K.: Verböczyovo Tripartitum a soukromé právo uherské i chorvatské šlechty v něm obsažené. Praha: Nákladem České akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902, s. 184.

¹⁹ Splnenie podmienky *bona fides* nebolo v uhorskom práve jednoznačné. Z Verböczyho ustanovení Tripartita (Tripart. I. 23, 24, 78, § 1, a okrem iného aj z 37/1729) nevyplýva, že na vydržanie bolo potrebné aj *bona fides*. Podmienka *bona fides* v týchto ustanoveniach nie je uvedená. Na druhej strane je potrebné povedať, že *bona fides* na vydržanie vyžadovalo cirkevné právo a žiadne svetské právo nemohlo byť v rozpore s cirkevným právom. Iba na vydržanie v prípade poddanských majetkov, kde vydržacia doba bola jeden rok a jeden deň, bola zavedená požiadavka *bona fides*.

pod hrozbou straty svojho práva a na druhej strane po uplynutí tejto doby má vydržiteľ právo vydržanú vec držať aj naďalej. Pri vydržaní v uhorskom práve išlo o zánik nároku na strane vlastníka v podobe premlčania. Vydržanie a premlčanie boli spojené do jednej právnej skutočnosti.²⁰

Podmienky na vydržanie v uhorskom práve boli dve:

1. držba veci v pokojnej a nerušenej držbe a
2. uplynutie vydržacej doby.

Čo sa týka doby potrebnej na vydržanie, vyžadovala sa v prípade fiskálnych majetkov doba 100 rokov, pri cirkevných majetkoch 40 rokov, pri šľachtických majetkoch 32 rokov, a v prípade poddanských majetkov doba jedného roka a jedného dňa (I. 78, § 2 a 4)²¹. Mestské majetky sa mohli pred Verböczym vydržať v dobe 12 rokov (I. 78, § 2), za neho sa však zaužívala obyčaj, podľa ktorej aj v prípade mestských majetkov podobne ako poddanských stačila doba jedného roka a dňa.²²

Podľa Tripartita medzi príbuznými ohľadom dedičského práva a vlastníctva majetkov a pozemkových práv premlčacia doba nikdy neplynula. Z pravidla, že proti príbuzným sa nepripúšťalo vydržanie, existovali aj určité výnimky:

1. Ak ženy mali v držbe majetky, ktoré patrili len mužskému pohlaviu, po 32 rokoch ich vydržali, pretože vzhľadom na tieto majetky sa pokladali za osoby cudzie (nepříbuzné);
2. Ak po vykonanom delení odovzdal jeden brat svoju časť nehnuteľnosti druhému bratovi a ten ju mal 32 rokov v pokojnej držbe, vydrží užívanie nehnuteľnosti. Ak však fassionár (brat vydržiteľ) zomrel, vrátili sa vydržané majetky späť bratovi fatentovi a teda neprípadiť fisku;
3. Tak ako pri násilných činoch sa pripúšťalo premlčanie aj medzi príbuznými, pripúšťalo sa aj pri dlhoch, pretože v tomto prípade prameňom žaloby nebol príbuzenský pomer.

²⁰ Podľa I. 78, § 1 Tripartita “premlčanie je uplynutím toho času, ktorý určuje zákon na udržanie a vrátenie majetkov v súlade s právom.

²¹ Vydržacia doba poddanských majetkov pred Tripartitom bola 12 rokov.

²² Založená nehnuteľnosť nemohla byť vydržaná, pretože vydržanie sa priedilo povahе záložného práva ako práva dočasného.

3 Premeny uhorského vecného práva v 19. storočí

Obdobie 19. storočia bolo aj obdobím prehodnocovania významu Tripartita a najmä jeho právno-teoretických základov. Diskusia o vzťahu právnej obyčaje a zákona tak súvisí aj s potrebou novej systematiky prameňov práva, ktorej už nepostačovali základy obsiahnuté v diele *Opus Tripartitum*.²³ Potreba materiálnej premeny uhorského súkromného práva sa často spájala s potrebou jeho formálnej zmeny spočívajúcej v narušení od stredoveku danej hierarchie prameňov *consuetudo, lex a usus fori* smerom k posilneniu významu zákona cestou kodifikácie.

Materiálna premena spočívala v odstránení dlhodobo v právnej vede pertraktovanej, nemennej pozície troch základných pilierov uhorského súkromného práva:

1. aviticity/dedovizenského majetku a jeho dedičnej viazanosti, pričom tieto majetky tvorili základ vzťahov k (šľachtickým) nehnuteľnostiam;
2. donačného systému, ktorý sa viazal na absolútne nepremlčateľné kráľovské právo (právo kráľovského fisku) odúmrtie v prípade vymretia rodu v mužskej línii;
3. urbáriálnych vzťahov, ktoré sa tvorili na dedičnom nároku aj záväzku poddaného k ním užíwanej pôde (poddanému prináležalo len tzv. úžitkové vlastníctvo), náležiacej do majetkového nehnuteľného základu zemepána, ktorý mal tzv. vrchné vlastníctvo. S tým sa viazal zásadne zákaz disponovania s užívanou pôdou.

Ukončenie viazanosti pôdy verejnoprávnymi obmedzeniami, viazanosti pracovnej sily urbárskymi vzťahmi a rozšírenie široko chápanej zmluvnej slobody sa stali základnými východiskami radikálnej premeny vecnoprávných a záväzkovoprávných vzťahov obdobia prvej polovice 19. storočia.²⁴

²³ Bližšie pozri GÁBRIŠ, T. Uhorské feudálne právo spred roku 1800 platné na začiatku 20. storočia a právnohistorický romantizmus. In: SCHELLE, K., VOJÁČEK, L. (eds.). *Rakousko-uherské vyrovnání a jeho státoprávní důsledky v českých zemích a na Slovensku*. Sborník příspěvků ke 140. výročí rakousko-uherského vyrovnání. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o., 2007, s. 117–118.

²⁴ LACLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. Premena uhorského súkromného práva v prvej polovici 19. storočia a jej vyjadrenie v Bratislavskej marcovej ústave. In: VOJÁČEK, L., TAUCHEN, J., SCHELLE, K. (eds.). *Proměny soukromého práva*. Sborník příspěvků z konference ke 200. výročí vydání ABGB. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 214–215.

V roku 1790/91 uhorský snem položil základy pre krajinské komisie (regnikolárnej komisie de iuridicis), ktorých hlavnou úlohou bolo reformovať celý uhorský systém práva na podklade zákonných úprav. Zákonný článok LXVII/1790 zriadil uvedené komisie, ktoré začali v nasledujúcich rokoch reálne pracovať a pripravili prvé kodifikačné návrhy zákonov.

V roku 1795 vznikol prvý projekt – *Projectum legum civilium*. V danom období už veľmi silnel odpor voči problematickým aviticitným pomerom, a iste preto nie je náhodné, že návrh z roku 1795 zakotvoval aj inštitúty držby, vlastníctva, (ručného) zálohu nehnuteľností a k nim sa viažucich záväzkových úkonov.

V roku 1847 uhorský snem priniesol opätovnú požiadavku odstrániť aviticitu. O to žiadal najhorlivejšie predstaviteľ uhorskej (resp. maďarskej) liberálnej strany L. Košút, ktorý prejavil zároveň záujem prijať nový občiansky zákonník, v ktorom bude legislatívne zahrnutá myšlienka jej definitívneho odmietnutia a zrušenia. Okrem neho sa za zrušenie aviticity a požiadavku kodifikácie zasadzoval aj Ľudovít Štúr, vedúca osobnosť slovenského národného obrodzenia, takmer vždy v spojení s nevyhnutným zrušením urbariálnej viazanosti a priznaním rovnosti pred zákonom ako jediným východiskom pre rozvoj štátu a spoločnosti. Polemika s umierneným krídlom Széchenyiho, Deáka a Batthyányiho a s veľkostatkármi nakoniec uviazla v otázke miery a spôsobu odstránenia aviticity. Presadenie požiadavky prijatia občianskeho kódexu sa L. Košút napokon, aj pod vplyvom riešenia iných dôležitých požiadaviek turbulentnej revolučnej éry rokov 1848/49, rozhodol odsunúť až na porevolučnú dobu, no jeho podpora kodifikačnému úsiliu po potlačení revolúcie zostala na pozícii nedodrzaného sľubu.

Formálno-právne sa kodifikačným impulzom stalo prijatie zák. čl. XV/1848, zaradeného medzi revolučné marcové zákonné články prijaté na pôde bratislavského snemu, známe ako Bratislavská marcová ústava. V uvedenom zák. článku XV, § 1 nachádzame výzvu a poverenie vypracovať občiansky zákonník.²⁵ Vecný súvis zániku aviticity s tvorbou nového zákonníka bol určite ďalekosiahly vo väzbe na vznik slobodných vlastníckych vzťahov a prispôbenie príslušných častí vecného, záväzkového a dedičského práva.

²⁵ Paragraf 1 zák. čl. XV/1848 „Ministerstvo na základe úplného zrušenia aviticity pripraví občiansky zákonník a predloží ho na prerokovanie najbližšiemu snemu“.

Všetky tieto zmeny spôsobené jedinou vetou zrušujúcou aviticitu si nutne vyžadovali preklenúť hroziace vacuum iuris vypracovaním nového systému súkromného práva. Uvedená kodifikačná požiadavka zostala napokon len v zárodku realizácie. Bola vymenovaná kodifikačná komisia na čele s Lázslóm Szalayom. Vlastný návrh však nikdy nebol na sneme prerokovaný ani normatívne formulovaný.

Bratislavská marcová ústava bola logickým vyústením a vyvrcholením snáh o prestavbu štátu a jeho právneho poriadku²⁶, odstránením stavovstva sa otvorila cesta budovaniu občianskeho štátu založeného na rovnosti všetkých pred zákonom, odstránení viazanosti pôdy a viazanosti pracovnej sily. Formovanie všeobecného súkromného práva, resp. v mnohom návrat k jeho rímskoprávnym koreňom (sčasti reflektovaných aj stredovekým uhorským právom) bolo náplňou kodifikačných snáh nasledujúcich desaťročí či už v rámci Uhorska alebo v rámci Československej republiky s tým, že k ich formálnoprávnenému naplneniu došlo už v podstatne zmenených podmienkach v prvom československom občianskom zákonníku z roku 1950.²⁷

Tradičný uhorský právny poriadok pred rokom 1848 bol feudálnym právnym poriadkom. Jeho základnými prameňmi boli obyčajové právo a zákonné články prijímané snemom v súčinnosti s panovníkom. Rovnakú povahu zákonných článkov mali po formálnej stránke aj zákonné články Bratislavskej marcovej ústavy, svojím obsahom však príkro kontrastovali s tradičným uhorským právnym poriadkom. Tieto zákony totiž stelesňovali proces defeudalizácie Uhorska.

Napriek myšlienkovej vyzretosti Bratislavskej marcovej ústavy však zostáva pravdou, že v skutočnosti bolo samotné spísanie marcových zákonov aktom

²⁶ Z hľadiska skromného práva medzi zásadne zákonné články Bratislavskej marcovej ústavy možno zaradiť: zák. čl. VIII/1848 o všeobecnom znašaní verejných bremien, zák. čl. IX/1848 o zrušení urbára a panskej jurisdikcie, zák. čl. X/1848 o komasácii, vylúčení pastvín a urbáriálnom úžitku dreva, zák. čl. XI/1848 o veciach bývalého zemepánskeho súdnicstva, zák. čl. XII/1848 o náhrade bývalým zemepánom, zák. čl. XIII/1848 o zrušení cirkevného desiatku, zák. čl. XIV/1848 o úvere pre vykúpenie urbáriálnych povinností a zák. čl. XV/1848 o zrušení aviticity.

²⁷ LACLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. Premena uhorského súkromného práva v prvej polovici 19. storočia a jej vyjadrenie v Bratislavskej marcovej ústave. In: VOJÁČEK, L., TAUCHEN, J., SCHELLE, K. (eds.). *Proměny soukromého práva*. Sborník příspěvků z konference ke 200. výročí vydání ABGB. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 220–221.

revolučným a rýchlym, s niektorými formulačnými nepresnosťami, a s tým dôsledkom, že poslanci ani ministerskí úradníci neboli na ďalší vývoj dostatočne pripravení. Rok 1848 tak síce do uhorského právneho systému priniesol odstránenie základných inštitútov práva, typických pre feudalizmus, no kvôli rýchlemu vývoju ich ničím novým revolúcia nenahradila a nevyriešila ani prechodné otázky súvisiace s ich zrušením.

Otázku kontinuity alebo diskontinuity právneho poriadku v Uhorsku po rozpade unitaristickej rakúskej idey a uznaní existencie štátneho charakteru jednotiek, z ktorých sa ríša skladala (vrátane Uhorska), mala vyriešiť osobitne za týmto účelom zvolaná právnická konferencia pod vedením uhorského krajinského sudcu. Samotné plénum Judexkuriálnej konferencie zasadalo od 23. januára do 4. marca 1861 na spolu osemnástich zasadnutiach, kým úspešne vypracovalo konečné návrhy ohľadom podoby uhorského právneho poriadku. Výsledkom činnosti konferencie bol osobitný elaborát, nazvaný *Dočasné súdne pravidlá*.

Po rokoch unifikačných snáh a protiústavného stavu došlo teda k prevažnému návratu (reštaurácii) k vlastnému uhorskému právnemu poriadku v jeho stave z roku 1848, s niektorými prevzatými prvkami rakúskeho práva, ktoré sa javili ako pokrokové a vhodné pre Uhorsko, dokonca aj napriek všeobecne prechováanej animozite voči Rakúsku a jeho právu, a s niektorými úplne novými právnymi riešeniami. Takáto fakticky diskontinuitná obnova uhorského práva po 12 rokoch, akokoľvek pozitívne bola vnímaná obyvateľstvom Uhorska, však zároveň znamenala návrat od písaného práva k právu často nepísanému, obyčajovému, vyjadrenému zväčša v ustálenej súdnej praxi a s niektorými feudálnymi prežitkami.

Nasledujúce desaťročia sa preto nutne niesli v znamení kodifikačných snáh, no triešiacich sa v množstve čiastkových kodifikačných pokusov a v početných polemikách v odbornej literatúre. Reštaurované uhorské právo pritom muselo chtiac-nechtiac podstúpiť neodvratnú modernizáciu, čo sa dialo obzvlášť prostriedkami judikatúry. Pozitívom bolo pritom to, že táto modernizácia sa už mohla na rozdiel od predchádzajúcich rokov politicky vykladať ako dobrovoľná, nie nanútená.²⁸

²⁸ GÁBRIŠ, T. *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2014, s. 55.

Najvýznamnejšie zmeny, ktoré do tradičného systému uhorskej právnej úpravy priniesli Pravidlá, boli spojené s vecným právom a dedičským právom. Konkrétne v oblasti vecného práva sa týkali dvoch okruhov otázok - odstránenia rozdielov medzi dovtedy rozlišovanými druhmi majetkov a protikladnej snahy obmedziť voľnú dispozíciu rodovým majetkom prostredníctvom tzv. fideikomisu (zverenstva).

Judexkuriálna konferencia - v politicky motivovanej snahe obnoviť uhorský právny poriadok a odstrániť rakúsky poriadok - nezašla až tak ďaleko, aby úplne zrušila aviticitný patent z roku 1852. Dočasné súdne pravidlá naopak potvrdili zrušenie rozlišovania donačného a nedonačného majetku. Zaviedli rozlišovanie medzi zdedeným (vetvovým) a nadobudnutým majetkom, čo sa ihneď využilo pri formulovaní odlišného dedičského práva pre tieto dve skupiny majetkov v záujme udržania majetkového základu moci uhorskej veľkostatkárskej triedy. V konečnom dôsledku to znamenalo, že hoci aviticitita zostala v Pravidlách zrušená, jej pozostatky sa prejavili vo vecnom práve v podobe tzv. vetvového majetku a v dedičskom práve v podobe vetvového dedenia.

Fideikomis (zverenstvo) bol zavedený v Uhorsku zákonným článkom IX/1687 podľa rakúskeho vzoru a zákonným článkom L/1723 bol rozšírený aj na nižšiu šľachtu. Dočasné súdne pravidlá túto úpravu obnovili, pretože vyhovovala ako náhrada za zrušenú aviticitu tým, že fideikomis predstavoval obmedzenie voľného nakladania s majetkom. Určoval totiž majetku, resp. jeho vlastníkovi vopred právneho nástupcu (čakateľa), ktorý mohol byť genericky definovaný ako prvorodený syn (primogenitúra), najmladší syn (minorát) alebo najstarší člen rodu (seniorát) či rodovej vetvy (majorát). Tento princíp určenia právneho nástupcu, resp. prechodu majetku mohol vysloviť posledný poriadok (právny úkon mortis causa) pôvodného vlastníka alebo príslušný právny úkon inter vivos. Práve tým, že majetok mal určeného vždy iba jedného aktuálneho vlastníka a správcu, ktorý aktuálne predstavoval hlavu rodu, sa predchádzalo jeho rozdrobeniu a plnil sa tým účel obdobný účelu aviticitného majetku.

Takéto úpravy boli pritom v Európe po Francúzskej revolúcii likvidované (vo Francúzsku sa však znovuobjavili počas Napoleonovho cisárstva), v Uhorsku však, naopak, fideikomis zažíval od roku 1861 nebývalý rozkvet.

Panovník preto nariadením 15.742/1862 vyplnil medzerovitú úpravu tohto inštitútu v 69 paragrafoch, tým, že určil súdnu príslušnosť vo veci dozoru nad zverenstvami. Dozor nad zverenstvom vykonávala sedria pomocou zverenského kurátora (opatrovníka). So súhlasom zverenského súdu bolo možné majetkovú podstatu zverenstva zaťažiť nanajvýš do výšky 1/3.²⁹ Minister spravodlivosti navyše v roku 1869 svojím nariadením ďalej upravil procesný postup pri súdnom rozhodovaní vo fideikomisárnych veciach.³⁰

Inštitút zverenstva (fideikomisov) bol na území Slovenska zrušený až v roku 1924 zákonom č. 179/1924 Zb. z. an. po neúspechu predchádzajúcich dvoch návrhov zákonov, ktoré neriešili dostatočne osud dovtedajšieho fideikomisárneho majetku. Zákon z roku 1924 zrušil zverenstva bez náhrady a do 6 mesiacov umožnil držiteľovi a čakateľom zverenstva dohodnúť sa na úprave pomerov k uvoľnenému zverenskému majetku. Na platnosť takejto dohody sa vyžadovalo schválenie súdom. Inak súd pririekol zverenstvo aktuálnemu držiteľovi s tým, že určil ako následného dediča (fideikomisárna substitúcia) čakateľa, ktorý bol prvým v poradí.³¹

4 Obyčajové právo v podmienkach Československa

V 19. a 20. storočí došlo v podmienkach celého kontinentálneho právneho systému k opusteniu výhod obyčajového práva (flexibilita, sudcovské vyplňanie medzier v práve) a k prikloneniu sa k písanému právu vo forme zákonov. Keď v roku 1918 vznikla Československá republika, v českej časti republiky už normativistické nazeranie na právo bolo tak ďaleko, že právna obyčaj v právnom poriadku v zásade takmer nemala miesta. Na Slovensku však zákonodarca recepčnou normou zákona č. 11/1918 Zb. z. an. recipoval

²⁹ FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A.: *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpátskej Rusi so zreteľom...*, s. 74–75.

³⁰ Posilnenie tohto inštitútu po zrušení aviticity v Uhorsku potvrdzuje skutočnosť, že kým do roku 1848 existovalo spolu iba 27 fideikomisov, týkajúcich sa pôdy s rozlohou 1.503.231 katastrálnych jutár, počas neoabsolutizmu, po zrušení aviticity, bolo zriadených päť nových fideikomisov s rozlohou spolu 82.351 katastrálnych jutár. Napokon, v roku 1895 ich už bolo 93 a týkali sa rozlohy 2.328.485 katastrálnych jutár pôdy. Z toho sa desať prípadov týkalo nižšej šľachty, ktorá dovtedy tento inštitút vôbec nevyužívala.

³¹ ŠVECOVÁ, A. Fideikomis podľa zákonného a obyčajového uhorského práva až do jeho zániku v I. ČSR. In: BLAHO, P., ŠVECOVÁ, A. (eds.). *Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica VII*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2010, s. 215–228.

aj dovtedajšie obyčajové právo platné v Uhorsku, čo bola vtedy nevyhnutnosť vzhľadom na absenciu kodifikácie uhorského občianskeho práva hmotného.³²

Do vývoja obyčajového práva v tomto období podstatne zasiahli dve skutočnosti:

- a) ukončenie možnosti rozvoja obyčajového práva cestou právotvornej judikatúry s prihliadnutím na ukončenie kompetencie Kráľovskej Kúrie³³ a vytvorenie Najvyššieho súdu ČSR, ktorý na rozdiel od Kráľovskej Kúrie nemal právomoc právo tvoriť, ale len deklarovať,
- b) a následne ukončenie možnosti vlastného vnútorného rozvoja obyčajového práva účinnosťou Ústavnej listiny ČSR.

Z uvedeného vyplýva, že obyčajové právo vznikom Československej republiky stratilo možnosť nájsť svoje písomné vyjadrenie v záväzných rozhodnutiach Kráľovskej Kúrie (príp. iného československého súdneho tribunálu s právotvornou právomocou), avšak aj po roku 1918 naďalej existovalo a malo možnosť ďalej sa vyvíjať, a to v dôsledku recepcie zák. čl. IV/1869, v ktorého zmysle bol sudca viazaný okrem zákonov a nariadení vydaných na základe zákona aj obyčajou majúcou silu zákona. Tak mohlo derogovať súdnym decíziám, aj obyčajovému právu nachodiacemu sa mimo decízie a zákonom, a to aj československým.

Derogačná funkcia právnej obyčaje vo vzťahu k iným formálnym prameňom práva a možnosť jej vlastnej autonómnej zmeny trvala až do nadobudnutia účinnosti Ústavnej listiny Československej republiky (6. marca 1920), ktorá vo svojich ustanoveniach nezahrnula právnu obyčaj medzi pramene práva. V dôsledku takto Ústavnou listinou stanoveného právneho stavu by na Slovensku a Podkarpatskej Rusi v oblasti súkromného práva došlo

³² Šlo totiž o obyčajové právo tvorené a nachádzané súdmi a Uhorskou kúriou ako najvyšším súdom Uhorska, a to osobitne od konca 19. storočia.

³³ Až v roku 1861 Judexkuriálna konferencia a jej Pravidlá obnovili uhorský právny systém spolu s jeho tradičnými prameňmi práva a dominanciou obyčaje, pričom následne sa medzi tieto pramene zaradili aj samotné Pravidlá. Od roku 1912 pribudli do systému formálnych prameňov vzniku práva aj decízie ako osobitná kategória rozhodnutí Kúrie - uhorského najvyššieho súdu, ktoré sa okamihom svojho vyhlásenia stávali všeobecne záväznými právnymi normami rovnocennými zákonom. Išlo konkrétne o tri druhy rozhodnutí Kúrie - rozhodnutia právnej jednotnosti, plenárne rozhodnutia a kvalifikované plenárne rozhodnutia. Naproti tomu do roku 1912 sa pojmom decízie označovali paušálne všetky súdne rozhodnutia.

k právnemu vákuu. Z hľadiska stavu obyčajového práva by teda jeho vývoj a prispôsobovanie sa spoločenským a hospodárskym potrebám a podmienkam boli znemožnené. Úprava obsiahnutá v obyčajovom práve tak mala zostať na úrovni z marca 1920, v praktickej rovine však na úrovni z čias Uhorska pred prvou svetovou vojnou.³⁴

Obyčajové právo tvorilo bežnú a zakorenenú súčasť právneho života slovenských právnikov, a preto aj v procese prípravy osnovy československého občianskeho zákonníka v 20. a 30. rokoch 20. storočia stále slovenskí právnici stáli na pozícii zachovania významu obyčajového práva (na druhom mieste po zákone). To chceli dosiahnuť tým, že napr. komisia slovenských právnikov prerokujúca návrh osnovy zákonníka žiadala riešenie vzťahu medzi právom písaným (zákonným) a zvykovým (dobový výraz pre právo obyčajové) v tom zmysle, aby bol pripojený nový paragraf s obsahom, že k právu zvykovému možno prihliadať len vtedy, pokiaľ sa nepriechi zákonu. Napokon však úprava v návrhu z roku 1937 (v § 7, resp. § 3) zakotvila, že k zvykovému právu možno prihliadať, len pokiaľ sa ho zákon dovoľáva, čo je úplne opačný princíp, ako navrhovala Slovenská komisia (podľa nej sa na obyčaj malo prihliadať vždy, keď danú otázku neriešil zákon). Obyčaj sa teda mala používať, iba ak na ňu odkázal zákon.

Osnova teda významne okresala význam obyčajového (zvykového) práva a plne v nej prevládlo hľadisko normatívne, hľadajúce istotu v písanej norme, ktorá iba výnimočne mala umožniť použitie nepísaných pravidiel. Tento prístup k obyčajovému právu a miestnym zvyklostiam sa stal v československej vede občianskeho práva pravidlom, aj keď osnova občianskeho zákonníka napokon v roku 1938 nebola v Národnom zhromaždení prijatá, a naďalej tak až do roku 1950 na Slovensku v oblasti súkromného práva platilo aj obyčajové právo.

Od 50. rokov sa však v ľudovodemokratickom Československu v litere novoprijatých zákonníkov naplno presadilo normatívne hľadisko (v občianskom zákonníku z roku 1950 sa obyčajové právo nepripúšťalo). Od konca 50. rokov bol aj sudcovský aktivizmus postupne nahradený prísny

³⁴ Bližšie pozri LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj. Prameň práva na území Slovenska v období medzivojnovej ČSR. In: *Historia et theoria iuris*, Bratislava, Právnická fakulta UK, 2010, roč. 2, č. 4, s. 25–27.

právnym formalizmom. V 70. rokoch tak už bola aj sudcovská kultúra úplne iná. Argumentácia sa zakladala už iba na jazykovom výklade noriem. Dosiahol sa až extrémny normativizmus, neprihliadajúci na takmer žiadne mimoprávne aspekty.³⁵

Socialistický právny poriadok si nevystačil s úplne čistým normativistickým chápaním práva, a predsa len uznával určité inštitúty, ako napr. „pravidlá socialistického spolužitia“, ktoré nahradili tradičné „dobré mravy“. Obyčajové právo u nás síce podľa Občianskeho zákonníka (prijatého ešte v roku 1964) neplatí, a na zvyklosti možno prihliadnuť, iba ak na ne odkazuje zákon. Tým sa má demonštrovať, že v skutočnosti je prameňom práva zákon a nie obyčaj. Príkladom takýchto formulácií v zákonoch sú okrem inštitútu dobrých mravov a odkazov na primerané, resp. obvyklé pomery (cenu)³⁶ a pod., najmä obchodné zvyklosti, ktorých úpravu obsahuje okrem Viedenského dohovoru o zmluvách o medzinárodnej kúpe tovaru³⁷ aj Obchodný zákonník.³⁸

Ďalším príkladom je inštitút medzinárodnoprávných obyčají.³⁹ Tieto možno ponímať ako nepísaný prameň medzinárodného práva, ktorý vzniká z dôvodu dlhodobého, jednotného a stáleho používania zo strany štátov. Medzinárodná obyčaj predstavuje spolu s medzinárodnou zmluvou základný prameň medzinárodného práva.⁴⁰

³⁵ GÁBRISĚ, T. *Právo a dejiny: Právnohistorická propedeutika*. Krakow: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Slowakow w Polsce, 2012, s. 134–135.

³⁶ Pozri ustanovenia § 618 zákona č. 40/1964 Občianskeho zákonníka, § 734 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodného zákonníka, § 58 ods. 1 zákona č. 7/2005 Z.z. o konkurze a reštrukturalizácii a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 8 ods. 3 zákona č. 581/2004 Z.z. o zdravotných poisťovniach, dohľade nad zdravotnou starostlivosťou a o zmene a doplnení niektorých zákonov a pod.

³⁷ Viedenský dohovor upravuje problematiku zvyklostí vo vzťahu k medzinárodnému obchodu. V zmysle ustanovenia čl. 9 ods. 2 Viedenského dohovoru sa, pokiaľ nie je dohodnuté inak, predpokladá, že strany sa nepriamo dohodli, že na zmluvu alebo na jej uzavieranie sa má použiť zvyklosť, ktorú obidve strany poznali alebo mali poznať a ktorú v medzinárodnom obchode v širokej miere poznajú strany zmluvy toho istého druhu v príslušnom obchodnom odvetví a spravidla ju dodržiavajú.

³⁸ Ustanovenie § 264 Obchodného zákonníka rozlišuje dve základné roviny aplikácie obchodných zvyklostí: obchodné zvyklosti záväzné zo zákona a obchodné zvyklosti, na ktoré odkazuje zmluva.

³⁹ AZUD, J. Medzinárodná obyčaj a niektoré otázky jej tvorby. In: *Právny obzor*, roč. 88, 2005, č. 6, s. 549–558.

⁴⁰ GÁBRISĚ, T. *Právo a dejiny: Právnohistorická propedeutika*. Krakow: Spolok Slovákov v Poľsku – Towarzystwo Slowakow w Polsce, 2012, s. 136–138.

5 Záver

Pravidlá správania, ktoré dnes poznáme pod pojmom „právo“, v počiatkoch európskej (vrátane uhorskej) kultúry pôvodne splývali s neprávnymi pravidlami správania, vyjadrenými normami morálky, etiky či náboženstva. Právo sa teda nechápalo ako súbor „právnych viet“, t. j. pravidiel záväzných z titulu štátnej autority. Bolo to skôr chápanie práva v zmysle subjektívneho „nároku“ na správanie druhých voči tomu, kto sa „práva“ domáha – napr. právo na odškodnenie spôsobenej ujmy.

Drvivá väčšina normatívnych textov od 12. storočia upustila od snahy regulovať každodenný život obyvateľstva a zaoberala sa iba otázkami daní, či správy a vojenskej obrany krajiny, čo boli otázky rozhodované elitami na jej (stavovských) zhromaždeniach. Zákony predmoderného obdobia teda takmer vôbec neupravovali otázky tzv. súkromného práva, napríklad otázky vlastníctva, dedenia, zmluvných vzťahov, či vzťahov medzi manželmi. Táto problematika bola zverená lokálnym predstavám o spravodlivosti, panujúcimi v komunite, v ktorej sa tieto pravidlá aplikovali.

Tak ako dnes v práve používaný pojem dobrých mravov pri výklade svojho obsahu závisí od času, miesta a situácie, v ktorej sa vykladá a aplikuje, podobne aj predmoderné právo – hoci v omnoho väčšom rozsahu – záviselo od času a prostredia, v ktorom predmoderný človek žil a pôsobil. Aj preto na území Uhorska mohlo platiť viacero „právnych poriadkov“, resp. presnejšie – rozdielne predstavy o tom, čo je „právo“. Táto skutočnosť je podstatou tzv. teritoriálneho a personálneho právneho partikularizmu, ktorého prekonanie, a teda podstatná modernizácia – zjednotenie uhorského právneho poriadku, sa spája práve s 19. storočím, najmä s jeho druhou polovicou.

V období medzivojnovy Československej republiky na území Slovenska a Podkarpatskej Rusi právna obyčaj stratila možnosť svojho vývoja v právotvornej judikatúre a následne ústavou neuznaná za prameň práva stratila aj možnosť svojho vlastného vývoja. V tejto podobe a hoci s reguláciou väčšiny súkromnoprávných vzťahov mala obyčaj existovať až do prvej československej kodifikácie občianskeho práva v roku 1938, v skutočnosti však existovala až do nadobudnutia účinnosti Občianskeho zákonníka č. 141/1950 Zb.

Hoci sa na prvý pohľad javí, že od čias socializmu, kedy bolo úplne opustené obyčajové právo aj sudcovský aktivizmus, je právny poriadok na našom území plne normatívny (založený výlučne na písaných právnych normách), v skutočnosti aj v socialistickom práve existovala obdoba dobrých mravov, a dodnes v právnom poriadku Slovenskej republiky rozoznávame právnu záväznosť dobrých mravov a zvyklostí, význam skutočného používania právnych noriem v súvislosti s ich možnou obsoletnosťou, a tiež záväznosť medzinárodnoprávnych obyčají pre Slovenskú republiku.

Literature

- AZUD, J. Medzinárodná obyčaj a niektoré otázky jej tvorby. In: *Právny obzor*, roč. 88, 2005, č. 6, s. 549–558. ISSN 0032-6984.
- ČEČOTOVÁ, V. *Dobré mravy v slovenskom súkromnom práve*. Bratislava: EPOS, 2005, 223 s. ISBN 80-8057-638-6.
- GÁBRIŠ, T. *Dočasné súdne pravidlá Judexkuriálnej konferencie z roku 1861: monografická štúdia a historickoprávny komentár*. 2. preprac. vyd. Bratislava: Wolters Kluwer, 2014, 506 s. ISBN 978-80-8078-601-4.
- GÁBRIŠ, T. *Právo a dejiny: Právnohistorická propedeutika*. Krakow: Spolek Slováků v Poľsku – Towarzystwo Slowaków w Polsce, 2012, 387 s. ISBN 978-83-7490-490-2.
- GÁBRIŠ, T. Uhorské feudálne právo spred roku 1800 platné na začiatku 20. storočia a právnohistorický romantizmus. In: SCHELLE, K., VOJÁČEK, L. (eds.). *Rakousko-uherské vyrovnání a jeho státoprávní důsledky v českých zemích a na Slovensku*. Sborník příspěvků ke 140. výročí rakousko-uherského vyrovnání. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o., 2007, s. 108–123. ISBN 978-80-87071-48-9.
- FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A. *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatскеj Rusi*. III. vyd. Šamorín: Heuréka, 1998, 600 s. ISBN 80-967653-4-5.
- KADLEC, K. *Verböcžyovo Tripartitum a soukromé právo uherské i chorvatské šlechty v něm obsažené*. Praha: Nákladem České akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902, 309 s.
- LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj. Prameň práva na území Slovenska v období medzivojnovovej ČSR. In: *Historia et theoria iuris*, Bratislava, Právnická fakulta UK, 2010, roč. 2, č. 4, s. 22–35. ISSN 1338-0753.

- LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj v postavení prameňa (súkromného) práva platného na území Slovenska do roku 1848. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 1, 2009, č. 1, s. 29–44. ISSN 1338-0753.
- LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj a formovanie novodobého (súkromného) práva na našom území. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 1, 2009, č. 2, s. 36–52. ISSN 1338-0753.
- LACLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. Premena uhorského súkromného práva v prvej polovici 19. storočia a jej vyjadrenie v Bratislavskej marcovovej ústave. In: VOJÁČEK, L., TAUCHEN, J., SCHELLE, K. (eds.). *Proměny soukromého práva*. Sborník příspěvků z konference ke 200. výročí vydání ABGB. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 211–222. ISBN 978-80-210-5613-8.
- LACLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. Opus Tripartitum. In: LACLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. *Pramene práva na území Slovenska I.: Od najstarších čias do roku 1790*. Trnava: T.U.T., 2007, s. 191–221, ISBN 978-80-8082-153-1.
- LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Bratislava: Iura Edition, 2002, 625 s. ISBN 80-89047-48-3.
- Ministerstvo spravodlivosti SR: Legislatívny zámer Občianskeho zákonníka. Príloha k Justičnej revue, 2002, roč. 54, č. 8-9, ISSN 1335-6461.
- ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. a kol. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občianskému a občianské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Díl druhý*. Praha: V. Linhart, 1935, 970 s.
- ŠTENPIEN, E. *Tripartitum*. Žilina: Eurokódex, 2008, 320 s. ISBN 978-80-89363-24-7.
- ŠVECOVÁ, A. Fideikomis podľa zákonného a obyčajového uhorského práva až do jeho zániku v I. ČSR. In: BLAHO, P., ŠVECOVÁ, A. (eds.). *Acta Universitatis Tyrnaviensis - Iuridica VII*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2010, s. 215–228. ISBN 978-80-8082-415-0.

Contact – e-mail

erik.elias09@gmail.com; martin.skalos@umb.sk

Obyčej vo svetle archeológie práva¹

Tomáš Gábriš

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta,
Slovenská republika

Abstract in original language

Príspevok má za cieľ predstaviť osobitnú metodológiu rekonštrukcie najstarších spoločenských noriem, ktoré by sme z dnešného pohľadu často ani nepovažovali za právne. Tieto obyčajové normy možno rekonštruovať s použitím tzv. archeológie práva, ktorá sa chápe inak než tzv. právna archeológia, skúmajúca hmotné pramene poznania práva. Archeológia práva, inšpirovaná archeológiou predliterárnej komunikácie, poukazuje na možnosť využívať pramene ako je indoeurópska mytológia a jej odrazy v legendách, kronikách, alebo iných literárnych dielach, naznačujúcich prežívajúce inštitúty predchádzajúcej etapy organizácie spoločnosti.

Keywords in original language

Obyčej; právna obyčej; obyčajové právo; archeológia práva; mytológia.

Abstract

The contribution aims to introduce a specific methodology for reconstructing the oldest customs, which might not be even considered legal nowadays. These can be partially reconstructed using a so-called archaeology of law, which is different from the so-called legal archaeology, researching material sources of law. The archaeology of law, inspired by the archaeology of pre-literature communication, namely aims at exploiting non-material sources such as Indo-European mythology and its remains in the legends, chronicles and literary traditions, indicating some ancient power structures from the previous stages of organization of society.

Keywords

Custom; Legal Custom; Customary Law; Archaeology of Law; Mythology.

¹ Práca/štúdia bola vypracovaná v rámci projektu APVV-15-0349 Individuum a spoločnosť – ich vzájomná reflexia v historickom procese.

1 Úvod

V príspevku si kladieme za cieľ predstaviť osobitný metodologický prístup k rekonštrukcii najstarších podôb organizácie spoločnosti (pre potreby právnej histórie – najstarších podôb a vrstiev obyčajového práva), a to konkrétne prístup tzv. archeológie práva. Ide o prístup inšpirovaný dielami literárnych historikov, ktorí na základe ranostredovekých a vrcholnoredovekých literárnych textov rekonštruujú naratívne štruktúry („literárne“ príbehy) ešte pred vznikom prvých písomných pamiatok. Pod vplyvom Michela Foucaulta a jeho „archeológie humanitných vied“ pritom hovoria o tzv. archeológii predliterárnej komunikácie, a majú za to, že v tomto procese odhaľujú myšlienkové schémy (a reálie), ktoré majú svoj pôvod v staršom spôsobe myslenia, a ktoré stredovekí kresťanskí autori prevzali do svojich príbehov zo starších, predkresťanských reálií. Poukazujú pritom najmä na to, že viaceré stredoveké texty naprieč Európou vykazujú podozrivé zhody s indoeurópskymi mytologickými príbehmi, a tieto sa v transformovanej podobe často objavujú v stredovekých legendách a kronikách v podobe bizarných životov stredovekých svätcov a kráľov. Pritom je zaujímavé, že literárni historici rekonštruujú aj také „predliterárne“ príbehy a hodnoty, ktoré majú čo povedať aj nám, právnym historikom. Závěry niektorých literárnych vedcov totiž rekonštruujú prvky „predliterárnych“ spôsobov organizácie spoločnosti. Ak by pritom ich teórie a závery boli vedecky akceptovateľnými, ponúkali by nám možnosť neuspokojiť sa iba s najstaršími normatívnymi textami právnych pamiatok (napr. z Veľkej Moravy), ale umožňovali by nám pokračovať pri skúmaní „najstaršieho práva“ ešte hlbšie, s použitím obdobných metód, aké používa „archeológia predliterárnej komunikácie“ – konkrétne za použitia „archeológie práva“.

V tomto duchu v nasledujúcom texte najprv priblížime Foucaultovu archeológiu humanitných vied, potom archeológiu predliterárnej komunikácie, a následne metodologicky obdobnou „archeológiou práva“ zameriame pozornosť na vybrané literárne texty z českých a slovenských (uhorských) dejín, v ktorých sa pokúsime identifikovať niektoré „právne“ inštitúty „predliterárneho obdobia“ (konkrétne inštitúty daru a hostiny), hoci s vedomím, že v danej dobe ešte ich „právny“ rozmer nemusel byť zrejmým, a šlo skôr o otázku spoločenskej regulácie, či otázku mocenskú (distribúciu a potvrdzovanie moci a cti), než o otázku „právnú“ v modernom zmysle.

2 Archeológia humanitných vied, predliterárnej komunikácie a práva

Pokiaľ sa s právom v súčasnej spisbe spája archeológia, zvyčajne je to najmä v súvislosti s výskumom hmotných prameňov poznania práva, a to pod označením „právna archeológia“ (s pôvodom u J. Grimma, K. von Amiru, C. von Schwerina a i.).² Avšak nielen hmotné pramene môžu slúžiť na účely rekonštruovania minulého práva – v tejto súvislosti sa predmet výskumu často rozširuje napríklad aj o piesne, či frazeologizmy (už u J. Grimma),³ a to pod označením tzv. „právnej etnológie“, či „právnej folkloristiky“.⁴ Napriek novej konfúzií s „právnou archeológiou“ čo do názvu, a s „právnou etnológiou“ čo do predmetu, sa však v tomto príspevku budeme venovať inému spojeniu slov „právo“ a „archeológia“ – konkrétne v podobe tzv. „archeológie práva“, a to podľa vzoru „archeológie humanitných vied“ a osobitne „archeológie (pred)literárnej komunikácie“.⁵

² MAISEL, Witold. *Rechtsarchäologie Europas*. Wien: Böhlau, 1992; CARLEN, Louis. Germanische Rechtsarchäologie. In: *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde. Die Germanen, Studienausgabe*. Berlin: Verlag Walter de Gruyter, 1998, s. 228–235; CARLEN, Louis. Kirchliche Rechtsarchäologie. In: LANDAU, Peter (ed.). *Karl von Amira zum Gedächtnis*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1999, s. 75–85; SCHWERIN, Claudius Freiherr von: *Rechtsarchäologie. Teil I: Einführung in die Rechtsarchäologie*. Berlin – Dahlem: Ahnenerbe-Stiftung, 1943; Porovnaj RENNER, Kaspar. *Archäologie des Rechts: Zur Geschichte einer vergessenen Disziplin zwischen Jacob Grimm, Karl von Amira und Michel Foucault*. In: BROCH, Jan, LANG, Jörn (eds.). *Literatur der Archäologie: Materialität und Rhetorik im 18. und 19. Jahrhundert*. München: Wilhelm Fink Verlag, 2012, s. 84 a nasl. Jej pododvetvia predstavuje napríklad právna ikonografia (Tamže, s. 97), či právna symbolika – k nej pozri napr. PÜTZFELD, Carl. *Deutsche Rechtsymbolik*. Berlin: Alfred Messner Verlag, 1936.

³ Pozri bližšie: MARKOV, Josef. Z právneho zvykoslovía Liptova. In: *Slovenský národopis IV*, 1956; KÜNSSBERG, Eberhard Frhr. v. *Rechtsbrauch und Kinderspiel*. 2 vyd. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1952; KÜNSSBERG, Eberhard Frhr. v. *Lesestücke zur Rechtlichen Volkskunde*. Halle: Max Niemeyer Verlag, 1936; KÜNSSBERG, Eberhard Frhr. v. *Rechtsgeschichte und Volkskunde. Bearbeitet von Parlos Tzermias*. Köln: Böhlau Verlag, 1965.

⁴ Tiež: folk law, legal ethnology, rechtliche Volkskunde, folklore juridique. Porovnaj BALTL, Hermann, WEDGWOOD, Stephen. Folklore Research and Legal History in the German Language Area. In: *Journal of the Folklore Institute*, Vol. 5, No. 2/3 (Aug.–Dec., 1968), s. 142–151; CARLEN, Louis. *Recht, Geschichte und Symbol: Aufsätze und Besprechungen*. Hildesheim: Weidmann, 2002, s. 190 a nasl.

⁵ ASSMANNOVÁ, Aleida, ASSMANN, Jan. Archeológia literárnej komunikácie. In: PECHLIVANOS, Miltos, RIEGER, Stefan, STRUCK, Wolfgang, WEITZ, Michael (eds.). *Úvod do literárnej vedy*. Praha: Herrmann & synové, 1999, s. 200–206.

Archeológia humanitných vied, vrátane histórie (či už histórie práva alebo histórie literatúry), bola ako osobitná metóda, či výskumný prístup, rozpracovaná francúzskym filozofom Michelom Foucaultom (1926-1984).⁶ On priniesol do skúmania dejín sociálnych inštitútov párový koncept archeológie a genealógie, pričom „archeológia“ je podľa jeho chápania rekonštrukciou historických diskurzov, t.j. dobových kontextov skúmaných inštitútov, reálií a vzťahov,⁷ a „genealógia“ zasa poukazuje na rôzne významy a podoby (vrátane slepých uličiek) skúmaných konceptov a inštitútov naprieč dejinami, v jednotlivých dobových diskurzoch rekonštruovaných za použitia archeologického prístupu.⁸

Pri aplikovaní týchto Foucaultových konceptov na históriu (obyčajového) práva by sme teda mali (a tak to aj v nasledujúcom texte urobíme) **primárne identifikovať rôzne genealogické podoby a chápania (obyčajového) práva, či (právnej) obyčaje naprieč dejinami**, a to napríklad retrospektívne **archeologicky postupujúc od súčasného diskurzu práva ako súboru právnych noriem v štátom stanovenej alebo uznanej forme a štátom vynútiteľných, k staršiemu diskurzu práva v obdobiach, kedy ešte neexistoval štátny monopol tvorby práva,**⁹ až napokon postupujúc ešte **hlbšie, k diskurzom, ktoré vôbec o práve nepojednávali a poznali iba jednotný normatívny systém, zahrňajúci sústavu náboženských, estetických, morálnych a rôznych iných noriem** – ako sa to predpokladá napr. v právnych dejinách Slovenska pre obdobie 7.-9. storočia (t.j. pre obdobie Samovho kráľovstva, Nitrianskeho kniežatstva a Veľkej Moravy).

⁶ K Foucaultovi a jeho „archeológii vied“ pozri najmä FOUCAULT, Michel. *Archeologie vědění*. Praha: Herrmann & synové, 2002. Tiež FOUCAULT, Michel. *Slová a věci*. Bratislava: Kalligram, 2000. K jej aplikácii na právo v rámci podoblastí právnych dejín pozri NOVKOV, Julie. Legal Archaeology. In: *Political Research Quarterly*, Vol. 64, No. 2 (June 2011), s. 348–361. Pod právnou archeológiou sa však v USA rozumie tiež výskum založený na prípadových štúdiách. Pozri THREEEDY, Debora L. Legal Archaeology: Excavating Cases, Reconstructing Context. In: *Tul. L. Rev.*, 80, 2005-2006, s. 1197 a nasl.

⁷ BURAJ, Ivan. *Foucault a moc*. Bratislava: Univerzita Komenského, 2000, s. 19 a nasl.

⁸ Tamže, s. 34 a nasl.

⁹ Porovnaj s WHITMAN, James Q. The Transition to Modernity. In: DUBBER, Markus, HÖRNLE, Tatjana (eds.). *Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. Tiež WHITMAN, James Q. At the Origins of Law and the State: Monopolization of Violence, Mutilation of Bodies, or Fixing of Prices? In: *Chicago-Kent Law Review*, 71, 1996, s. 41–84.

Práve konštatovanie o jednotnom normatívnom systéme je pritom zvyčajne horizontom, pri ktorom výklad o „dejínach práva“ v rámci univerzitného predmetu právnych dejín Slovenska retrospektívne končí (resp. chronologicky začína), a pri ktorom máme za to, že táto hranica nášho poznania je už v podstate neprekročiteľnou, vzhľadom na neexistenciu starších písomných prameňov. O to zaujímavejším však pre nás môže byť práve „archeologický prístup“ literárnych historikov k „(pred)literárnej komunikácii“, konkrétne k stredovekým literárnym prameňom, ktoré sme za pramene poznania práva doteraz zásadne nepovažovali, osobitne ak sme mali za to, že o práve vôbec nepojednávajú. O „archeologický“ výskum takýchto najstarších literárnych textov s cieľom rekonštruovať určité predliterárne sociálne inštitúty, resp. „predliterárne narácie“, sa pritom už niekoľko rokov pokúšajú predstavitelia histórie literatúry, a ich výskum, v kombinácii s výsledkami komparatívnej mytológie, už priniesol viaceré zaujímavé myšlienky a závery o „predliterárnych“ sociálnych reáliách, ktoré by mohli byť atraktívnymi a relevantnými aj pre právnych historikov. V nasledujúcich podkapitolách preto **(po predstavení rôznych genealogických podôb práva za posledných tisíc rokov) priblížime niektoré najzaujímavejšie výsledky „archeológie predliterárnej komunikácie“ so vzťahom k právnym dejinám**, aby sme následne obdobné metódy skúsili preniesť aj do oblasti právnej historiografie pri „archeologickom“ výskume najstaršej vrstvy „obyčajového práva“, resp. „právnej obyčaje“, či len „obyčaje (s právnym obsahom)“, **rekonštruujúc najstaršie „genealogické podoby práva“.**

3 Obyčaj, právna obyčaj a obyčajové právo: „genealógia práva“

Pokiaľ v súčasnosti máme v zásade za zrejmé, čo pod pojmom „právo“ chápeme, situácia sa s retrospektívnym pohľadom prudko mení. Nielenže sa na chronologickej osi posúvame už pri prelome 19. a 20. storočia od písaného práva ako výsledku plánovaného legislatívneho procesu k obyčajovému právu (či už súdneho alebo mimosúdneho pôvodu), ale s postupovaním hlbšie do minulosti sa **prepracúvame až k stavu, kedy sa už nedá hovoriť o „obyčajovom práve“ ako o výsledku intelektuálnej (do istej**

miery odbornej, či vedeckej činnosti), ale hovoríme už „iba“ o „právnej obyčaji“, a v tých najstarších diskurzoch dokonca už len o „obyčaji“. Na označenie archaickej podoby „práva“ sa totiž v súčasnosti v právnohistorickej spisbe odmieta označenie „obyčajové právo“ (*Gewohnheitsrecht*), a namiesto toho sa v literatúre hovorí iba o akomsi nižšom vývojovom stupni – o „právnych obyčajoch“ (*Rechtsgewohnheiten*),¹⁰ či len o „obyčajoch“ (*Gewohnheiten*), ako o prejave empirickej právnej sociológie, teda o práve prejavujúcom sa v praktickom konaní.¹¹ V nemčine sa pritom vskutku až do čias Savignyho (podľa súčasných názorov správnejšie) hovorilo iba jednoducho o obyčaji (*Gewohnheit*); až Savigny vraj priniesol prvýkrát termín *Rechtsgewohnheit*.¹² Ani v jednom z týchto prípadov pritom ešte nešlo o úmyselný produkt intelektuálnej činnosti, akým je až vyšší vývojový stupeň – obyčajové právo. Najmä v rámci najstarších „obyčají“ totiž ešte hrajú veľkú rolu aj limity dané tabu, rituálmi a jednoduchým náboženstvom, v neskorších prameňoch stotožnené s latinskými termínmi *mos*, *usus*, *ritus* alebo *consuetudo*.¹³

Na rozdiel od našej predstavy o práve ako o záväznom normatívnom systéme tvorenom a vynucovanom štátnou mocou tiež archeologicky a genealogicky platí, že „právo“ bolo v stredoveku tvoreným prevažne bez vplyvu a podielu štátu. Nemecký právny historik Gerhard Köbler dokonca kriticky tvrdí, že u Starých Germánov pôvodne ani žiadny osobitný právny systém neexistoval – namiesto práva poznali len verejné vyjadrovanie mienky na tzv. *placita*. Dokonca podľa neho neexistovali ani žiadni sudcovia, a pojmy *iudicium* a *iudex* sú vraj až dodatočne prebraté latinské koncepty, nesprávne aplikované na domáce reálie, a to pod cirkevným vplyvom. Na označenie

¹⁰ KROESCHELL, Karl. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Bd. 2. 7. vyd. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1989, s. 84 a nasl. Rovnako SCHELZE, Reiner. „Gewohnheitsrecht“ und „Rechtsgewohnheiten“ im Mittelalter – Einführung. In: DILCHER, Gerhard a kol. (eds.). *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, s. 12.

¹¹ DILCHER, Gerhard. Mittelalterliche Rechtsgewohnheit als methodisch-theoretisches Problem. In: DILCHER, Gerhard a kol. (eds.). *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, s. 30.

¹² WADLE, Elmar. Gewohnheitsrecht und Privileg. In: DILCHER, Gerhard a kol. (eds.). *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, s. 140.

¹³ KÖBLER, Gerhard. *Das Recht im Frühen Mittelalter*. Köln: Böhlau Verlag, 1971, s. 4.

sudcu, súdu, totiž podľa neho pôvodne Germáni používali označenia *tuomen*, či *sonan*. Termín Richter – *rector, corrector* – naprávač – pochádza podľa neho až z cirkevných učení, rovnako ako latinský *iudex*.¹⁴ Aj ďalší nemecký právny historik, Karl Kroeschell, podobne spochybňuje pre raný stredovek existenciu (hmotného) práva ako takého, a to až do 12. storočia; uznáva iba existenciu práva procesného.¹⁵ Prvé stredoveké panovnícke zákonníky potom podľa týchto autorov predstavujú len kópie textov prevzatých od Rimanov, či od susedných národov a útvarov, čo prirodzene vedie k pochybnostiam o tom, či sa tieto spísané kódexy vôbec v praxi aplikovali.¹⁶ Má sa pritom zväčša za to, že tieto kódexy boli iba formálnym symbolom stredovekých panovníkov – ako nasledovníkov rímskych cisárov, bez reálnej ambície tieto kódexy aj skutočne aplikovať a vynucovať.¹⁷

Vlastný pojem „právo“ (*ius, Recht*) sa má podľa týchto skeptických náhľadov v germánskych prameňoch objavovať až od 12. storočia; dovtedy sa vraj dokonca v prameňoch nespomína ani len „stará obyčaj“ – tá sa v prameňoch vyskytuje tiež vraj až od 12. storočia, a to pod vplyvom Gratiánovho dekrétu a kánonickoprávneho učenia o obyčaji.¹⁸ Dokonca aj termín *lex* v zmysle panovníckeho práva sa vraj objavuje až v 12. storočí – pod priamym vplyvom znovuobjaveného rímskeho práva. Dovtedy sa totiž vraj pod *lex* chápalo iba sudcami tvorené právo, so synonymami *mos, ritus, usus*,¹⁹ a to pôvodne iba ako subjektívne právo; až od 12. storočia sa tieto termíny používajú aj na označenie objektívneho práva, čo sa tiež dáva do súvislosti s renesanciou rímsko-kánonického práva.²⁰ „Právo“

¹⁴ KÖBLER, Gerhard. Richten - Richter – Gericht. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 87, 1970, s. 57–113.

¹⁵ V diele Deutsche Rechtsgeschichte 1 (bis 1250). 11. vyd., 1999, s. 272. Citované podľa CORDES, Albrecht. Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 118, 2001, s. 178.

¹⁶ DRESCH, Paul, SKODA, Hannah (eds). *Legalism: Anthropology and History*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 8.

¹⁷ PIRIE, Fernanda. *The Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 178.

¹⁸ RÜCKERT, Joachim. Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 111, 1994, s. 275–309.

¹⁹ SCHMELZEISEN, Gustav K. Rechtsfindung im Mittelalter? In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 91, 1974, s. 77–78.

²⁰ KROESCHELL, Karl. Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert. Konstanz: Jan Thorbecke, 1968, s. 334–335. Odkazuje na HASKINS, Charles H. *The Renaissance of the twelfth century*. Cambridge: Harvard University Press, 1927.

sa teda podľa uvedených názorov až do 12. storočia vo všeobecnosti chápalo iba ako interpretatívna prax (*lex, mos, ritus, usus*), nie ako osobitný normatívny systém.²¹ Až od 12. storočia nastupuje idea právnej vedy a práva ako objektívneho normatívneho systému (*lex, ius, Rechts*),²² a to ruka v ruke so začínajúcou juridifikáciou²³ a neskôr čoraz dôraznejšou sociálnou disciplinarizáciou spoločnosti.²⁴

Aj po 12. storočí však stále platilo, že „právo“ bolo v stredoveku zväčša normatívnym systémom tvoreným bez štátu, a dokonca zväčša ani nebolo štátom vynucované. Typickým príkladom nám v niektorých častiach Európy môže byť „kánonické právo“, ako aj rímskoprávne založené „*ius commune*“, z ktorých obzvlášť to druhé bolo spočiatku tvorené a formulované primárne vedcami, a vyučované na stredovekých univerzitách ako teoretická disciplína, a ako iba subsidiárne platný systém.²⁵ Spolu s partikulárnymi právami feudálnych komunít tak ide o **priamy protiklad k tomu, čo za právo považujeme dnes – produkt štátnej normotvorby.**²⁶ Partikulárne práva, kánonické právo a učené, univerzitné rímske právo tak akoby iba postupne vytvárali všeobecnú ideu objektívneho „práva“, ktorú si následne osvojuje panovník, v absolutizme stelesňujúci štátny

21 PILCH, Martin. *Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten*. Wien: Böhlau, 2009.

22 GROSSI, Paolo. *Das Recht in der europäischen Geschichte*. Prel. Gerhard Kuck. München: C. H. Beck, 2010.

23 O „Verrechtlichung“ hovorí SCHULZE, Winfried. *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit*. Stuttgart: Frommann-Holzboog, 1980, s. 141. Pojem *Verrechtlichung* zaviedol v roku 1928 Otto Kirchheimer v dizertácii „Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus“. Pozri TEUBNER, Gunther. *Verrechtlichung – ein ultrazyklisches Geschehen*. In: DOSE, Nicolai, VOIGT, Rüdiger, ZIEGERT, Klaus A. *Politische Steuerung moderner Industrie-Gesellschaften*. München: Institut für Staatswissenschaften, 1997, s. 11.

24 MAES, Louis-Théo. Die drei großen europäischen Strafgesetzbücher des 16. Jahrhunderts. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 94, 1977, s. 207–217. Z filozofického hľadiska k disciplinarizácii pozri FOUCAULT, Michel. *Dozberat' a trestat'*. Bratislava: Kalligram, 2004. Zoznam literatúry k disciplinarizácii ponúka: WEBER, Matthias. Bereitwillig gelebte Sozialdisziplinierung? In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 115, 1998, s. 420–440. Tiež SCHILLING, Heinz (ed.). *Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999.

25 MEDER, Stephan. *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 55.

26 KADELBACH, Stefan, GÜNTHER, Klaus. Recht ohne Staat? In: KADELBACH, Stefan, GÜNTHER, Klaus (eds.). *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtssetzung*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2011, s. 14.

monopol zákonodarnej moci. Učení právnici navyše tým, že sa stali úradníkmi absolutistického štátu, začali svoje teoretické názory na právo ako osobitný normatívny systém vteľovať do panovníkom vydávaných zákonov – v súlade s Halpérinovou teóriou o role právníkov pri tvorbe moderného právneho systému.²⁷ **Právo sa tak stalo z „učenej“ idey každodennou realitou, mocensky (so štátnym donútením) ovplyvňujúcou životy všetkých ľudí.** Absolutistický štát 17. a 18. storočia sa totiž snažil prevziať všetky dovtedajšie (štátu konkurenčné) nástroje sociálnej kontroly, či už šlo o normy obcí, cechov, miest, či iných komunít, a premeniť ich na „právo“ v duchu objektívneho normatívneho systému tvoreného a vynucovaného štátom (panovníkom). Caenegem tu ako výstižný príklad uvádza udalosti v Španielsku na prelome 15. a 16. storočia (obdobné udalosti sa v našich končinách spájajú až s 18. storočím), kedy katolícki králi najprv v roku 1499 priznali subsidiárnu právnu silu dielam Johana Andrea, Bartola, Balda a Abba Panormitana, avšak už v roku 1505 odňali akúkoľvek autoritu názorom právníkov, a kráľovská autorita sa mala stať jediným prameňom práva. Podobne v Portugalsku už Ordenações Manuelinas z roku 1514 (revidované v roku 1521) hovorili o kráľovi ako o jedinom legislátorovi.²⁸ **Absolutistický štát, resp. absolutistický panovník, tak postupne s pomocou učených právníkov vytvoril modernú „ideu práva“, ktorú sme zdedili do dnešných dní** – v podobe výlučne štátom tvorenej a vynucovanej normotvorby.

Po tomto „archeologickom“ chronologickom prehľade dobových diskurzov o „práve“ (resp. obyčaji), a pohľade na rôzne „genealogické“ podoby „práva“ za posledných tisíc rokov, sa teraz vrátíme v čase späť na začiatok, a zameriame našu pozornosť osobitne na – pre nás na účely tohto príspevku najzaujímavejšie – najranejšie obdobie – **pred 12. storočím, kedy sa vraj o „práve“ v podstate ani nedá hovoriť.** Fungovanie tohto najstaršieho normatívneho systému pritom bez použitia osobitnej metodológie zväčša nevieme rekonštruovať, a preto naše právnohistorické výklady zvyčajne končia pri odpovediach pápeža Mikuláša I. bulharskému kniežat'u Borisovi (november 866) na jeho 106 otázok v súvislosti s prijatím

²⁷ HALPÉRIN, Jean-Louis. *Five Legal Revolutions Since the 17th Century: An Analysis of a Global Legal History*. Berlin: Springer, 2014, s. 187–188.

²⁸ CAENEGEM, Raoul van. History of European Civil Procedure. In: *International Encyclopaedia of Comparative Law*, XVI/2, 1973, s. 64–66.

kresťanstva.²⁹ V tomto latinsky písanom prameni pritom ide o zaujímavý obraz stretu pohanského a kresťanského myslenia a hodnôt, ktorý nám môže slúžiť ako akási paralela k potenciálnemu vnímaniu „právnych“ a náboženských noriem v podmienkach Veľkej Moravy rovnakého obdobia. Bulharské knieža Boris si totiž u pápeža otázkami overuje, či správanie, ktoré Bulhari dovtedy považovali za prípustné alebo naopak neprípustné, je rovnako vnímané aj kresťanstvom. Z otázok, ktoré kladie, a odpovedí, ktoré dostal, pritom vieme do istej miery vyvodit', ktoré správanie sa zrejme v pôvodnej kultúrnej a hodnotovej situácii bulharskej predkresťanskej spoločnosti považovalo za problematické, a ktoré sa naopak malo za problematické považovať ponovom – v zmysle kresťanskej vierouky a „zákona“. Termín „zákon“ pritom Boris zjavne používa bez rozdielu na náboženské aj „právne“ reálie a normy, čo nás vedie k tomu, že predpokladáme existenciu jednotného normatívneho systému, nerozlišujúceho tieto dva druhy noriem. Hoci pritom ide napospol o reálie zaujímavé, a je možné, že majú paralely aj v situácii na Veľkej Morave a v iných útvaroch daného obdobia, paušalizovanie takýchto čiastkových informácií pre všetky dobové spoločenstvá v strednej a východnej Európe musíme prijímať veľmi opatrne. Skeptický záver je však potom pre nás zvyčajne ten, že o jednotnom normatívnom systéme používanom na našom území vlastne nevieme takmer nič; iba sa domnievame, že najstarší normatívny systém (pravidlá správania sa) zrejme pôvodne predstavoval jednotu sakrálneho (náboženského) a profánneho (svetského), a právne normy teda dobovo splývali s kozmológiou, náboženstvom, morálkou, hospodárstvom, či sociológiou.³⁰

4 Archeológia predliterárnej komunikácie ako metóda rekonštrukcie reálií predliterárneho obdobia

Tak ako sa právní historici stretávajú s hranicou svojich možností pri výskume normatívnych systémov raného stredoveku, podobný problém sa objavuje

²⁹ RATKOŠ, Peter (ed.). *Pramene k dejinám Veľkej Moravy*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1964, s. 170 a nasl. Tiež *Magna Moraviae Fontes Historici IV*. Brno: Universita J.E. Purkyně, 1971, s. 38 a nasl.

³⁰ TŘEŠTÍK, Dušan. *Počátky Přemyslovců*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1999. Pozri tiež LYSÝ, Miroslav. Transformácia kmeňovej spoločnosti na štát, vznik Veľkej Moravy a Uhorska. In: *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae, Tomus XXV/III*. Bratislava: UK, 2010, s. 227 a nasl.

aj u historikov literatúry. Ich výskum najstarších príbehov (narácií) totiž podobne ako u historikov práva limituje (ne)zachovanosť textov, z ktorých by bolo možné vychádzať. Historici literatúry sa však ani v takejto situácii nevzdávajú a presedlávajú na inú metodológiu, ktorá je nezakryte inšpirovaná Foucaultovou archeológiou humanitných vied,³¹ a to často ešte navyše v kombinácii s porovnávacou mytológiou (medzi ktorej zakladateľov patrili Dumézil,³² a vo vzťahu k Slovanom najmä Ivanov a Toporov³³). Majú pritom za to, že na základe zapísaných najstarších textov možno rekonštruovať aj ešte staršie – predliterárne príbehy (či predstavy, idey a reálie), ako predlohy neskorších zapísaných príbehov. Predliterárne príbehy pritom vraj mohli mať pôvodne charakter ešte predkresťanských spoločných indoeurópskych mýtov, čomu nasvedčujú aj obdobné znaky týchto príbehov u všetkých indoeurópskych spoločenstiev.³⁴ Tieto pôvodne nepísané, ústne tradované mýty a príbehy vraj následne mohli byť pretavené do kresťanských kronikárskych a legendistických príbehov, ktoré už máme z obdobia stredoveku zachované.³⁵

Už aj v tomto bode pritom možno medzi historikmi literatúry a historikmi práva vidieť isté styčné body – napokon už Hart aj Freud sa pokúšali vysvetliť vznik práva skrze mýty.³⁶ Práve mýty totiž vraj predstavujú archetypy správania a sociálnych funkcií, ako „*leading cases, archetypal symbols and signs*

³¹ GOLEMA, Martin. *Stredoveká literatúra a indoeurópske mytologické dedičstvo: Prítomnosť trojfunkčnej indoeurópskej ideológie v literatúre, mytológii a folklóre stredovekých Slovanov*. Banská Bystrica: Pedagogická fakulta Univerzity Mateja Bela, 2006.

³² Tiež: PUHVEL, Jaan. *Srovnávací mytologie*. Praha: NLN, 1997.

³³ Mytológiu Slovanov sa však venoval napr. aj TRÉŠTÍK, Dušan. *Mýty kmene Čechů (7.–10. století). Tři studie ke „starým pověstem českým“*. Praha: NLN, 2003.

³⁴ Upozorňuje sa napríklad na paralely medzi starou nórskou tradíciou vojny Æsir–Vanir, únosom Sabiniek z rímskej mytológie, a Mahabharatou z indickej mytológie, ktoré všetky by mali obsahovať prvok proto-indoeurópskej vojny funkcií. Podobný prvok sa pritom nachádza aj v Kosmasovej kronike – pozri GOLEMA, Martin. Kosmas's and Dalimil's "girl's war" as a metaphor of the Indo-European war of functions. In: *Studia Mythologica Slavica*, 8, 2005. Jednotlivé ročníky časopisu sú dostupné online na: <http://sms.zrc-sazu.si/En/kazalo.html> (navštívené dňa 24. 12. 2016).

³⁵ Preberanie pohanských prvkov do kresťanstva je preukázaným javom. Pozri napr. WALTER, Philippe. *Christian Mythology: Revelations of Pagan Origins*. Tr. Jon E. Graham. Toronto: Inner Traditions, 2006.

³⁶ SCHROEDER, Jeanne. *Totem, Taboo and the Concept of Law: Myth in Hart and Freud*. *Cardozo Legal Studies Research Paper No. 253*. Dostupné na internete: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348779 (navštívené dňa 24. 12. 2016).

representing roles and functions“.³⁷ Mytologické, resp. tradične tradované príbehy, odrážajúce ešte predkresťanské (sociálne, právne, ekonomické a iné) realie, potom mohli byť preberané do neskorších spisovaných príbehov, hoci v kristianizovanej a pozmenenej podobe. Podľa historikov literatúry to pritom mohli byť práve aj nám známi „igrici“,³⁸ ktorí mohli byť takými to šíriteľmi príbehov (fakticky kolektívnej pamäti³⁹), aké sa aj podľa anonymného uhorského kronikára na prelome 12. a 13. storočia v Uhorsku ešte stále rozprávali.⁴⁰

Aby sme však priblížili aspoň jeden konkrétny príklad, kde jasne vidíme styčné plochy medzi archeológiou predliterárnej komunikácie, porovnávacou mytológiou a právnymi dejinami, môžeme na tomto mieste stručne venovať pozornosť archeológii mytologického archetypu oráča, ktorý je v strednej Európe silne prítomný v pozícii pôvodcu kráľovských dynastií. Tejto problematike venoval osobitnú pozornosť najmä slovenský literárny historik Martin Golema, ktorý za použitia kombinácie archeológie predliterárnej komunikácie s porovnávacou mytológiou dospel k veľmi originálnym hypotézam, zaujímavým aj pre právnych historikov. Na rozdiel od tradičného

37 SCHROEDER, Jeanne L. *The Enumenides: The Foundation of Law in the Repression of the Feminine*. Dostupné na internete: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=214829 (navštívené dňa 24. 12. 2016).

38 Tak GOLEMA, Martin. Igrici ako archaickí poeti a žreci u pohanských Slovanov. Kam ukazujú stredoveké pramene i niektoré významové dimenzie praslovanského slova *jьgrьць (jeho odvođenim a kontinuantov) vo vybraných slovanských etnojazykových tradíciách. In: *Studia mythologica Slavica*, XIII, 2010, s. 107–124. Dostupné na internete: http://sms.zrc-sazu.si/En/SMS13/Golema_13.html (navštívené dňa 24. 12. 2016).

39 Ku kolektívnej pamäti pozri ASSMANN, Jan, CZAPLICKA, John. Collective memory and cultural identity. In: *New German Critique*, 65, 1995, s. 125–133.

40 Anonymus uvádza, že mohol vychádzať z „nepravdivých povestí vidiečanov“, či „z táraého spevu igricov“ na šľachtických dvoroch a jarmokoch. GOLEMA, Martin. Igrici ako archaickí poeti a žreci u pohanských Slovanov. Kam ukazujú stredoveké pramene i niektoré významové dimenzie praslovanského slova *jьgrьць (jeho odvođenim a kontinuantov) vo vybraných slovanských etnojazykových tradíciách. In: *Studia mythologica Slavica*, XIII, 2010, s. 114. Dostupné na internete: http://sms.zrc-sazu.si/En/SMS13/Golema_13.html (navštívené dňa 24. 12. 2016). „Pokud jde o jejich válečné výpravy a statečné činy, nechcete-li věřit tomu, co je napsáno na této stránce, věřte mnohomluvným zpěvům komediantů i smyšleným bajkám venkovanů, kteří dodnes nenechávají upadnout v zapomnění hrdinské činy a boje Maďarů. Podle některých došli prý Maďaři až ke Konstantinopoli a Botond sekerou rozrazil zlatou bránu konstantinopolskou. Jáj sem to však v žádném historickém pramenu nenalezl, nýbrž jsem o tom slyšel ve smyšlených příbězích venkovanů, a proto nemám v úmyslu o tom zde psát.“ Citované podľa: PRAŽÁK, Richard (ed.). *Legendy a kroniky koruny uberské*. Praha: Vyšehrad, 1988, kap. 42, s. 218. Zmienku o sekere a zlatej bráne tu necháme nateraz bokom, hoci zrejme aj tieto symboly predstavujú elementy tradičnej predliterárnej naratívnej komunikácie a kultúrnej pamäti.

vysvetlenia významu oráča na základe troj-členenia indoeurópskych spoločenstiev na kňazov, bojovníkov a roľníkov⁴¹ totiž Golema ponúka iný výklad archetypu kráľa-oráča. V príbehoch o oráčoch totiž identifikuje prejavy magického indoeurópskeho vytyčovania hraníc oráčom,⁴² ktorým je v skutočnosti kňaz (žrec/igric?),⁴³ oddeľujúci vonkajší, neznámy svet, od „domova“, „známeho“ a „bezpečného“, a to práve posvätnou orbou, akou sa vymedzili už aj hranice Ríma pri jeho založení.⁴⁴ Takúto magickú funkciu mal pritom podľa porovnávacích mytológov indoeurópsky boh Mítra, ktorý, stelesňujúc to „pozemské“, známe, priateľské, *nomos* a dobrého boha, predstavoval dobrý protipól k bohovi Varunovi, ktorý bol krutým bohom kozmu, prírody, *fjús*.⁴⁵ Túto dvojicu chce pritom Golema vidieť aj v neskoršej uhorskej Anonymovej kronike z prelomu 12. a 13. storočia, kde v postave Anonymovho Arpáda nachádza všetky atribúty Varunu (obdobne ako u Romula) a naopak, v podaní o sv. Štefanovi vidí všetky typické vlastnosti Mítru (kráľa Numu).⁴⁶

⁴¹ DUMÉZIL, Georges. *Mýtus a epos I. Trojfunkční ideologie v eposech indoevropských národů*. Praha: OIKOYMENH, 2001; DUMÉZIL, Georges. *Mýty a bohové Indoevropanů*. Praha: OIKOYMENH, 1997.

⁴² GOLEMA, Martin. Medieval Saint Ploughmen and Pagan Slavic Mythology. In: *Studia mythologica Slavica*, X, 2007, s. 155–177. Dostupné na internete: http://sms.zrc-sazu.si/pdf/10/SMS_10_Golema.pdf (navštívené dňa 24. 12. 2016).

⁴³ Ku kňazom u Slovanov pozri DYNDÁ, Jirí. Kněží, čarodějové a hadači: Prvofunkční specialisté a jejich postavení ve společnosti archaických Slovanů. In: *Sacra*, 2, 2012, s. 33 a nasl. Dostupné na internete: http://www.sacra.cz/2012-2/3_Sacra_10-2012-2_5.pdf (navštívené dňa 24. 12. 2016).

⁴⁴ GOLEMA, Martin. Medieval Saint Ploughmen and Pagan Slavic Mythology. In: *Studia mythologica Slavica*, X, 2007, s. 160. Dostupné na internete: http://sms.zrc-sazu.si/pdf/10/SMS_10_Golema.pdf (navštívené dňa 24. 12. 2016).

⁴⁵ „In the Brahmanas commentary on Vedic hymns, according to Toporov the couple Mitra-Varuna has a fixed system of contradictions: beneficial-dangerous, close (internal) – distant (external), East – West, connected with the sun – connected with the moon, day – night, summer – winter, fire – water (the oldest Indian tradition distinguishes between two kinds of oath - on fire and on water), white – black (the corresponding colour of sacrifices brought to Mitra and Varuna), visible – invisible, related to the cosmos – related to chaos, collective – individual, social – natural, legal – magic. Mitra and Varuna work as basic classifiers in the model of the world of ancient Indians.“ GOLEMA, Martin. Slavic Mitra. Benevolent and Legal Pole of the Function of Religious Sovereignty in the Slavic Mythology and Epic. In: *Studia mythologica Slavica*, XXVI, 2013, s. 81. Dostupné na internete: <http://sms.zrc-sazu.si/pdf/16/06-sms16-golema.pdf> (navštívené dňa 24. 12. 2016).

⁴⁶ GOLEMA, Martin. *Stredoveká literatúra a indoeurópske mytologické dedičstvo. Prítomnosť trojfunkčnej indoeurópskej ideológie v literatúre, mytológii a folklóre stredovekých Slovanov*. Banská Bystrica: Pedagogická fakulta Univerzity Mateja Bela, 2006, s. 211.

Podobne sa pritom podľa Golemu treba pozrieť na všetky „zvláštne“ funkcie či prvky v životoch svätcov v legendách – to všetko totiž môžu byť podľa neho prejavy staršej predstavy o niektorých sociálnych funkciách a inštitútoch, prenesené z pohanských bohov, vzťahov a reálií, na kresťanských svätcov, napr. na sv. Václava – pri ktorom sú podozrivé napríklad nočné aktivity kniežat’a, funkčne vraj podobné tým, ktoré sa zachovali v ľudových predstavách o slovenskom Rarášikovi a jeho slovanských ekvivalentoch; napokon, podľa Golemu podobné črty vykazuje aj prvý uhorský kráľ, sv. Štefan.⁴⁷

Takýto je teda odporúčaný postup, ktorý využívajú historici literatúry, keď sa snažia o archeológiu predliterárnej komunikácie (často v kombinácii s porovnávacou mytológiou), odhaľujúc predliterárne korene najstarších literárnych príbehov. Hoci pritom oprávnené možno mať o niektorých ich záveroch pochybnosti – ako o „nadinterpretáciách“ a abdukciách, napriek tomu zrejme možno akceptovať ich základnú tézu, že najstaršia literatúra reflektuje ešte staršie príbehy, a tým možno zároveň aj – pre právnych historikov zaujímavé – staršie spoločenské funkcie a inštitúty.

5 Praktická štúdia z „archeológie práva“: príklad darov a hostín

Právna história sa pri výskume najstaršieho obdobia dejín práva neváha inšpirovať metódami a výsledkami iných humanitných vied, v minulosti osobitne napríklad antropológie, či etnológie, v dôsledku čoho sa napríklad do právnych dejín dostali teórie, podľa ktorých historicky mohli záväzky vznikáť nielen zo zmlúv a deliktov, ale v najstaršom období zrejme aj z daru (chápaného širšie než „darovacia zmluva“).⁴⁸

Dary a hostenie cudzincov, alebo aj vlastných súkmeňovcov (osobitne u pohanov), sú pritom v najstarších stredovekých kronikách a iných literárnych žánroch neustále sa opakujúcim javom. Platí to však aj pre situáciu

⁴⁷ Tamže, s. 198–199.

⁴⁸ TOMÁŠEK, Michal. *Nové jery v právu na počátku 21. století - sv. 1 - Historické impulzy*. Praha: Karolinum, 2009.

mimo Európy⁴⁹ – vo všeobecnosti sú totiž dary a opulentné hostiny považované za všeľudský sociálny (a antropologický) fenomén spojený s distribúciou moci a cti, ale tiež za prejav osobitného druhu ekonómie, ktorú Bataille nazval „všeobecná ekonómia“.⁵⁰ Tá pritom podľa neho fungovala v ešte relatívne nedávnej minulosti napríklad u Aztékov alebo u severozápadných Indiánov: „*Aztécký „obchodník“ neprodával, nýbrž prováděl výměnu na základě daru: získával určité statky ve formě daru od „náčelníka všech lidí“ (od panovníka, kterého Španělé nazývali král) a podarovával těmito statky místní vládce oblastí, do nichž se dostal. „Když byli obdarováni, přispěchali také tito mocní s dary (...), které měly být nabídnuty králi.“ Podobně, „... když „měl nějaký obchodník štěstí a dosáhl bohatství, uspořádal slavnost nebo hostinu pro všechny obchodníky oné vyšší kategorie a pro příslušníky šlechty, neboť by považoval za podlé, aby zemřel bez nějakého neshýchaného výdaje, který by pozvedl prestiž jeho osoby a poukázal na přízeň bohů, od nichž pochází všechno, co má...“ Podobne sa vraj na americkom severozápadnom pobreží praktizoval inštitút tzv. potlaču, o ktorom referoval už Mauss.⁵¹ Podľa Bataillea: „*Potlač je stejně jako obchod prostředkem oběhu bohatství, vylučuje však smlouvání. Ve většině případů jde o slavnostní darování značného bohatství, které náčelník nabízí svému rivalovi proto, aby ho ponížil, aby ho k něčemu vyzval, nebo zavázal... Obdarovaný musí zahladit ponížení a přijmout výzvu, musí přistoupit na uzavřený závazek; nemůže než později odpovědět novým potlačem, ještě okázalejším než ten první: musí vracet i s úrokem.“ Pretože „*Pouze ten, kdo vrací, má pocit, že něco získal – nějakou moc – a že zvítězil.*“ Pritom však „*Dar není jedinou formou potlače: rival může být vyzván také slavnostním zničením bohatství. Takové zničení bývá většinou zasvěceno mytickým předkům obdaro-***

⁴⁹ WAGNER-HASEL, Beate. Egoistic Exchange and Altruistic Gift: On the roots of Marcel Mauss' Theory of the Gift. In: ALGAZI, Gadi a kol. (eds.). *Negotiating the Gift: Pre-modern Figurations of Exchange*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003, s. 141 a nasl.

⁵⁰ TŮMA, Petr. Od obecné ekonomie k ekonomii dekonstrukce. In: *Vliv díla Jacquesa Derridy na současné myšlení*. Praha: Filosofia, 2007, s. 125 a nasl. Pozri tiež BATAILLE, Georges. *Prokletá část / Teorie náboženství*. Prel. Ladislav Šerý, Anna Irmanovová. Praha: Herrmann a synové, 1998. Porovnaj KOLM, Serge-Christophe. *An economics of social relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 11. Kolm odkazuje na klasickú prácu Marcela Maussa o dare – pozri MAUSS, Marcel. *The Gift: The form and reason for exchange in archaic societies*. London: Routledge, 2002. K neskorším ozvenám, napr. u Derridu a Lévinasa, pozri TKÁČIK, Ladislav. *Príspevok Emmanuela Lévinasa k fenomenológii daru*. Trnava: Filozofická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2013.

⁵¹ MAUSS, Marcel. *The Gift: The form and reason for exchange in archaic societies*. London: Routledge, 2002.

vaného a príliš se nelíš od oběti... Čukčové na severovýchodní Sibíři provozují podobné obrady. Podřezávají celá psí spřežení, jež mají značnou cenu: jde jim o to, aby vyděsili a obromili soupeřící skupinu. Indiáni ze severozápadního pobřeží zapalovali vesnice nebo rozbíjeli lodě.“ Zároveň však platilo, že „... kdyby zničil předmět v osamění a bez hluku, žádnou moc by tím nezískal; v subjektu by došlo pouze ke zřeknutí se moci bez jakékoli protibodnoty. Pokud ovšem subjekt zničí určitý předmět před někým jiným nebo pokud jej daruje, nabývá takový v očích tohto jiného skutečnou moc darovat nebo ničit.“⁵²

Takéto správy však nemáme len o amerických Indiánoch, či o Čukčoch. V Európe nám v 12. storočí kronikár Helmold z Bosau vo vzťahu k polabským a pobaltským Slovanom zrejme v podobnom zmysle referuje, že Slovania nie vždy trvali na trestaní krádeže a lúpeže. Tvrdí totiž, že uznávali márnوترatnosť, a preto odpúšťali lúpež aj krádež, ak boli spáchané napríklad za účelom márnوترatne hostiť. K tomu dodáva, že u týchto Slovanov panuje obyčaj, že ak niekto nepohostí cudzinca, jeho súkmeňovci mu za nepohostinnosť môžu vypáliť dom.⁵³

Dar aj pohostenie boli pritom zrejme všeobecne (u Indiánov, Čukčov aj Slovanov) vnímané ako zdroj cti a doklad moci. Aj podľa literárneho historika Golemu⁵⁴ vedenie takýchto rituálnych hostín – dokonca pitiek – veľmi pravdepodobne spadalo ešte v starších indoeurópskych predstavách do kompetencie prvej (religióznej a magickej) funkcie, ktorá tak mohla uplatniť svoju náboženskú „suverenitu“ nad bojovníkmi (druhou spoločenskou vrstvou a funkciou) tým, že im udelila alebo neudelila poctu, že ich „počastovala“, či vynechala, „rozoznala“ alebo nechala v pozadí. V jej kompetencii teda bola pochvala i posmech, a takto mohla svojmu vplyvu podriaďovať nositeľov druhej funkcie, vychovávať vojenskú aristokraciu. Tá sa mala totiž riadiť vôľou bohov, a tú poznali najlepšie kňazi, žreci, alebo náboženskú suverenitu reprezentujúce knieža, ktorí si zrejme práve cez inštitúciu hostín podriaďovali triedu bojovníkov.⁵⁵

52 BATAILLE, Georges. *Prokletá část / Teorie náboženství*. Prel. Ladislav Šerý, Anna Irmanová. Praha: Herrmann a synové, 1998, s. 73–81.

53 HELMOLD Z BOSAU. *Kronika Slovanů*. Prel. Jan Zdichynec. Praha: Argo, 2012, s. 149, kap. LXXXIII.

54 GOLEMA, Martin. *Středověká literatura a indoeurópské mytologické dědičství: Přítomnost' troj-funkční indoeurópské ideologie v literatuře, mytologii a folklóru středověkých Slovanov*. Banská Bystrica: Pedagogická fakulta Univerzity Mateja Bela, 2006, s. 50.

55 Tamže.

Osobitným prípadom je v tomto kontexte pohostenie cudzincov, hostí. Viaceré pramene o Starých Slovanoch zhodne konštatujú, že osoby, ktoré mali u Slovanov status host'a, sa tešili veľkej, až posvätnej úcte (tak naznačuje aj vyššie spomenutý Helmold z Bosau). Takýto špeciálny a viacnásobne doložený vzťah k host'om zrejme predpokladal náboženský význam pohostenia – rituál prijímania hostí bol teda asi dôležitou súčasťou sociálneho poriadku i širšieho poriadku sveta, tvrdí Golema.⁵⁶

V tomto zmysle teda zrejme treba dobový sociálny a ekonomický systém, vrátane dobového „práva“ a jeho genealogických podôb, vnímať v archeológii dobového diskurzu podstatne inak, ako funguje dnešný systém – bol to totiž zrejme systém sociálnej kontroly, založený na akumulácii cti a moci, spájaný jednak s náboženskými rituálmi, ale tiež osobitne (ekonomicky) s hojnosťou, prepychom a výdavkami, antropologicky vnímanými podľa paralel a analógií so zvyškom sveta ako batailleovské míňanie zbytočnej energie a zbytočnej produkcie, ktorá sa inak nedala využiť, čím sa mal podľa neho zároveň stimulovať ďalší ekonomický a spoločenský rozvoj.⁵⁷

Práve takýto systém organizácie spoločnosti (a teda systém akýchsi najstarších „obyčají s právnym významom“) nám pritom zrejme naznačujú aj najstaršie stredoveké literárne pramene pochádzajúce z územia českých krajín a Slovenska. Za všetky príklady na tomto mieste z dôvodu obmedzenosti rozsahu príspevku priblížime síce iba dva z nich, aj tieto však považujeme za dostatočne reprezentatívne – pôjde o uhorskú Anonymovu kroniku z obdobia okolo roku 1200, a český epos o Vilémovi zo zeme Slovanov, približne z roku 1290. V oboch dielach sa pritom na mnohých miestach zdôrazňuje práve opulentné „pohanské“ obdarúvanie a hostenie, čo zrejme zachytáva pretrvávajúcu kolektívnu pamäť o týchto inštitútoch (daroch a hostinách) ako prostriedkoch akumulácie a distribúcie moci, úcty a spoločenského statusu – darom a počastovaním, možno za účasti igricov (žrecov), ktorí mali tieto udalosti „predliterárne“ (orálnou tradíciou) zachytiť.

Anonymova kronika tak napr. v kap. 22 spomína hostinu „podľa pohanského zvyku“: „*Když to bylo knížeti Arpádovi a jeho vazalům vyřízeno, převélece*

⁵⁶ Tamže, s. 191–192.

⁵⁷ Ide o obdobu Maussovho potlaču. Pohostinnosť a mrhanie spomína aj už spomenutý Helmold z Bosau.

se *zaradovali, podle pobanského zvyku uspořádali hostinu a ty, kteří tu radostnou zprávu přinesli, obdarovali rozličnými dary. Kniže Arpád a jeho velmožové pak pod záminkou oné radostné noviny slavnostně hodovali celý jeden týden a v důsledku této tak velké radosti se téměř každý den opíjeli.*⁵⁸

Podobne, v kap. 29 sa hovorí o hostinách aj daroch: „... *vystrojil velkou hostinu a posly, kteří tu radostnou zvěst přinesli, obdaroval různými dary... Nechával je téměř každodenně jídat u svého stolu a věnoval jim mnoho darů. Podobně taky oni sami darovali knížeti Arpádovi rozličné dary i syny místních obyvatel, kteří jim byli odevzdáni jako rukojmí.*“⁵⁹ Podľa kap. 33 zasa: „... *uspořádali velikou hostinu a vznešenějším obyvatelům oné země, kteří jim dali syny jakožto rukojmí, věnovali rozličné dary, lichotnými slovy je bez boje podrobili moci knížete Arpáda a vzali je s sebou na válečnou výpravu. Jejich pak syny, které přijali jakožto rukojmí, odeslali s rozmanitými dary ke knížeti Arpádovi. Kniže a jeho velmožové se nad tím neobyčejně zaradovali a poslům, kteří přinesli ty radostné zvěsti, dali hojné dary.*“⁶⁰ Podľa kap. 43 podobne: „*vystrojili obromnou hostinu a Maďaři společně s rozličnými národy každodenně skvěle hodovali.*“⁶¹ Aj podľa kap. 44 miestne knieža odovzdalo hrad a množstvo darov Maďarom.⁶²

Napokon, v kap. 46 nachádzame nasledujúci farbistý popis samotnej staromaďarskej hostiny, a to aj s účasťou igrícov: „*Každý den v paláci krále Attily bujaře hodovali, sedíce jeden vedle druhého, a naslouchali různým hudebním produkcím i sladkým tónům louten a písňím potulných pěvců. Jídla a nápoje byly přinášeny knížeti i velmožům ve zlatém nádobí, slubům a venkovánům v stříbrném, neboť Bůh dal do jejich rukou veškerý majetek různých okolních království. I žili spolu se všemi hosty, kteří k nim přišli, v skvostné štědrosti. Hostům, kteří tam s nimi prodlévali, dával kniže Arpád území a velké državy... a všechny své vojáky obdaroval nejruznějšími dary, jak ve zlatě, tak ve stříbrě, spolu s dalším jméním.*“⁶³

Vo všetkých uvedených zmienkach sú teda dar a hostina nepochybne vnímané ako osobitné inštitúty, či nástroje, ktoré majú veľmi blízko k otázkam cti a moci, či organizácie a riadenia spoločnosti, čo by sme zrejme aj v kontexte

58 PRAŽÁK, Richard (ed.). *Legends a kroniky koruny uherské*. Praha: Vyšehrad, 1988, s. 207. Úmyselne citujeme z českého prekladu, napriek existencii novšieho slovenského prekladu.

59 Tamže, s. 210.

60 Tamže, s. 212.

61 Tamže, s. 219.

62 Tamže, s. 220.

63 Tamže, s. 222.

teórie „všeobecnej ekonómie“⁶⁴ ako ekonómie výdavkov a mrhania (*consumption, expenditure and waste*) na potvrdzovanie statusu,⁶⁵ mohli považovať za preukázateľné genealogické obdoby „právných inštitútov“.

Overiť túto hypotézu sa pokúsime aj na literárnom prameni z českých dejín. Zistíme pritom, že priemyslovský epos, neskorší v porovnaní s Anonymovou kronikou asi o 100 rokov, referuje o veľmi podobných predstavách o správaní pohanského kniežat'a, ako sme toho boli svedkami u uhorského Anonyma. Najzaujímavejšie pasáže vyznačujeme tučným písmom:⁶⁶

**... Zvyklosti ctil obratně,
pro pokoj v zemi vydatně
daroval rád i povinně
ze svého dával veřejně,
však měl říši zajistit,
důmyslně zaštitit.**⁶⁷

*... A než je Vilém propustil,
dle zvyku muže zajistil,
odměnil dary štědrě,
necht' o něm mluví dobře.*⁶⁸

*... To vše přiznávám Vilémovi,
on vždy, každému dvořanovi,
dával rád a s radostí,
sám byl plný vstřícnosti.*

*Pokud od jednoho něco vzal,
ze svého nato mu přidával,
ať už léna nebo přízeň.*⁶⁹

**... S nejvyšší námahou, vážností
dopřál všem zábavu, radosti,
družbu, hry i hostiny.**⁷⁰

⁶⁴ NOYS, Benjamin. *Georges Bataille: a critical introduction*. London: Pluto Press, 2000, s. 104.

⁶⁵ PERERA, Sanjay. *The economy of violence: Waste, expenditure and surplus*. Dostupné na internete: <https://philosophersforchange.org/2012/12/25/the-economy-of-violence-waste-expenditure-and-surplus/> (navštívené dňa 24. 12. 2016).

⁶⁶ OLDŘICH Z ETZENBACHU. *Vilém ze země Slovanů. Epos z konce přemyslovského věku*. Prel. Dana Dvořáčková-Malá. Praha: Argo, 2015.

⁶⁷ Tamže, s. 31, v. 343–348.

⁶⁸ Tamže, s. 37, v. 525–528.

⁶⁹ Tamže, s. 42, v. 691–697.

⁷⁰ Tamže, s. 44, v. 747–749.

... **Nebyl totiž žádný kmán,
dary strojil jako pán,**

přál si Krista ozdobit.⁷¹

... *Všechno měli tu ke dosažení,
chutná jídla i pokrmy,
dobré pití a zdá se mi,
že vše zapili s radostí,
podle tradic i zvyklostí.⁷²*

... *Poslední večer však moudře
dostál všem zvykům štědře,
rozdával pánům bohatě,
dary měl nejen ve zlatě,
dával stříbro, drakohamy,
rozdal snad vše mezi nimi.*

*Pro čestné hosty taky
měl vyšívané látky,
šarlachy rudé, nestřížené,
částěny skvostně protkávané
zlatem, zdobené krásně.*

**V nitru hřály je slastně,
rozdávané štědrosti,
vydávané v hojnosti.
Dával rytířům oře hojně,
až i chudší zde získal koně,
a všichni měli po libosti
dle stavu a své důstojnosti.**

Nu, a sladká vévodkyně?

*Rozdávala rovněž vládně,
zvláště s velkou milostí
pro své ženy štědrosti.*

*Postavené výše i chudší
věnovala, co se má, sluší,
neubrala nikde nic,
podle stavu přála víc,
navrch ještě prsten snála,
hudebníkům posla dala.⁷³*

⁷¹ Tamže, s. 54, s. 1033–1035.

⁷² Tamže, s. 76, v. 1706–1710.

⁷³ Tamže, s. 78–79, v. 1771–1788.

Podobne ako v uhorskej Anonymovej kronike tu teda nachádzame rovnaký akcent kladený na hostenie a dary, a to v excesívnych mierach. Práve zdôrazňovanie týchto prvkov vo vzťahu k pohanskému kniežat'u, hoci so snahou transformovať túto štedrosť na konanie „na oslavu Krista“ („*přál si Krista ozdobiť*“), nám pritom dáva pomerne silný predpoklad toho, že tieto dary a hostiny skutočne môžeme vnímať ako mocenské, resp. genealogické „právne“ inštitúty v dobovom spoločenskom diskurze, ktorý však bol pochopiteľne postavený na zásadne iných princípoch, než dnešná spoločnosť a dnešný diskurz o práve.

6 Záver

Cieľom nášho príspevku bolo poukázať na recentné výsledky tzv. archeológie predliterárnej komunikácie (podľa Foucaultovho vzoru archeológie humanitných vied), ktorá (aj v spojení s porovnávacou mytológiou) verí, že dokáže rekonštruovať niektoré sociálne reálie pochádzajúce z ešte predliterárneho, a to prípadne ešte spoločného mytologického indoeurópskeho podložia. Takto rekonštruované sociálne reálie a inštitúty (napr. hostiny a dary), vrátane mytologických predobrazov dualizmu práva a mágie (ktoré stelesňujú v indoeurópskej mytológii bohovia Mitra a Varuna) pritom môžu predstavovať hypotézy a teórie zaujímavé aj pre právneho historika. Hoci totiž jednotlivé hypoteticky rekonštruované inštitúty a vzťahy nemôžeme vnímať ako jednoznačne „právne“, ale skôr „iba“ ako sociálne, kultúrne, ekonomické či náboženské, zjavne mohli mať mocenský a sociálne regulatívny obsah, podobný dnešnému právnemu regulačnému mechanizmu. „Archeologicky“ rekonštruovať dobový spoločenský kontext (dobový diskurz) týchto „genealogických“ podôb normatívnosti a sociálnej regulatívnosti pritom možno najmä z najstarších stredovekých kroník, legend, či inej stredovekej literatúry, ktorá predchádzajúcim generáciám právnych historikov nemusela pripadať ako potenciálny prameň poznania práva, obzvlášť ak nepojednávala o výslovne „právnych“ inštitútoch v ich dnešnom chápaní. Ako sme sa však snažili v tomto príspevku preukázať, za použitia „archeológie práva“ nájdeme „právo“ (resp. jeho „genealogické“ vetvy) aj tam, kde by sme ho inak nevideli a nehľadali, napr. v podobe akumulácie a distribúcie moci, cti a statusu cez „pohanské“ hostiny („počastovania“) a štedré dary.

Literature

- ASSMANN, Jan, CZAPLICKA, John. Collective memory and cultural identity. In: *New German Critique*, 65, 1995.
- ASSMANNOVÁ, Aleida, ASSMANN, Jan. Archeológia literárnej komunikácie. In: PECHLIVANOS, Miltos, RIEGER, Stefan, STRUCK, Wolfgang, WEITZ, Michael (eds.). *Úvod do literárnej vedy*. Praha: Herrmann & synové, 1999.
- BALTL, Hermann, WEDGWOOD, Stephen. Folklore Research and Legal History in the German Language Area. In: *Journal of the Folklore Institute*, Vol. 5, No. 2/3 (Aug.–Dec., 1968).
- BATAILLE, Georges. *Prokletá část / Teorie náboženství*. Prel. Ladislav Šerý, Anna Irmanovová. Praha: Herrmann a synové, 1998.
- BURAJ, Ivan. *Foucault a moc*. Bratislava: Univerzita Komenského, 2000.
- CAENEGEM, Raoul van. History of European Civil Procedure. In: *International Encyclopaedia of Comparative Law*, XVI/2, 1973.
- CARLEN, Louis. Germanische Rechtsarchäologie. In: *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde. Die Germanen, Studienausgabe*. Berlin: Verlag Walter de Gruyter, 1998.
- CARLEN, Louis. Kirchliche Rechtsarchäologie. In: LANDAU, Peter (ed.). *Karl von Amira zum Gedächtnis*. Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 1999.
- CARLEN, Louis. *Recht, Geschichte und Symbol: Aufsätze und Besprechungen*. Hildesheim: Weidmann, 2002.
- CORDES, Albrecht. Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 118, 2001.
- DILCHER, Gerhard. Mittelalterliche Rechtsgewohnheitsals methodisch-theoretisches Problem. In: DILCHER, Gerhard a kol. (eds.). *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- DRESCH, Paul, SKODA, Hannah (eds.). *Legalism: Anthropology and History*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- DUMÉZIL, Georges. *Mýtus a epos I. Trojfunkční ideologie v eposech indoevropských národů*.
- DUMÉZIL, Georges. *Mýty a bobové Indoevropaní*. Praha: OIKOYMENH, 1997.
- DYNDÁ, Jiří. Kněží, čarodějové a hadači: Prvofunkční specialisté a jejich postavení ve společnosti archaických Slovanů. In: *Sacra*, 2, 2012. Dostupné na internete: http://www.sacra.cz/2012-2/3_Sacra_10-2012-2_5.pdf (navštívené dňa 24. 12. 2016).
- FOUCAULT, Michel. *Archeologie vědění*. Praha: Herrmann & synové, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Dožeráť a trestáť*. Bratislava: Kalligram, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *Slová a věci*. Bratislava: Kalligram, 2000.
- GOLEMA, Martin. Igrici ako archaickí poeti a žreci u pohanských Slovanov. Kam ukazujú stredoveké pramene i niektoré významové dimenzie praslovanského slova *jъgrьсь (jeho odvodením a kontinuantov) vo vybraných slovanských etnojazykových tradíciách. In: *Studia mythologica Slavica*, XIII, 2010. Dostupné na internete: http://sms.zrc-sazu.si/En/SMS13/Golema_13.html (navštívené dňa 24. 12. 2016).
- GOLEMA, Martin. Kosmas's and Dalimil's "girl's war" as a metaphor of the Indo-European war of functions. In: *Studia Mythologica Slavica*, 8, 2005.
- GOLEMA, Martin. Medieval Saint Ploughmen and Pagan Slavic Mythology. In: *Studia mythologica Slavica*, X, 2007. Dostupné na internete: http://sms.zrc-sazu.si/pdf/10/SMS_10_Golema.pdf (navštívené dňa 24. 12. 2016).
- GOLEMA, Martin. Slavic Mitra. Benevolent and Legal Pole of the Function of Religious Sovereignty in the Slavic Mythology and Epic. In: *Studia mythologica Slavica*, XXVI, 2013. Dostupné na internete: <http://sms.zrc-sazu.si/pdf/16/06-sms16-golema.pdf> (navštívené dňa 24. 12. 2016).
- GOLEMA, Martin. *Stredoveká literatúra a indoeurópske mytologické dedičstvo: Prítomnosť trojfunkčnej indoeurópskej ideológie v literatúre, mytológii a folklóre stredovekých Slovanov*. Banská Bystrica: Pedagogická fakulta Univerzity Mateja Bela, 2006.
- GROSSI, Paolo. *Das Recht in der europäischen Geschichte*. Prel. Gerhard Kuck. München: C. H. Beck, 2010.

- HALPÉRIN, Jean-Louis. *Five Legal Revolutions Since the 17th Century: An Analysis of a Global Legal History*. Berlin: Springer, 2014.
- HASKINS, Charles H. *The Renaissance of the twelfth century*. Cambridge: Harvard University Press, 1927.
- HELMOLD Z BOSAU. *Kronika Slovanů*. Prel. Jan Zdichynec. Praha: Argo, 2012.
- KADELBACH, Stefan, GÜNTHER, Klaus. Recht ohne Staat? In: KADELBACH, Stefan, GÜNTHER, Klaus (eds.). *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtssetzung*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2011.
- KÖBLER, Gerhard. *Das Recht im Frühen Mittelalter*. Köln: Böhlau Verlag, 1971.
- KÖBLER, Gerhard. Richten - Richter – Gericht. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 87, 1970.
- KOLM, Serge-Christophe. *An economics of social relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- KROESCHELL, Karl. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Bd. 2. 7. vyd. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1989.
- KROESCHELL, Karl. *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert*. Konstanz: Jan Thorbecke, 1968.
- KÜNSSBERG, Eberhard Frhr. v. *Lesestücke zur Rechtlichen Volkskunde*. Halle: Max Niemeyer Verlag, 1936.
- KÜNSSBERG, Eberhard Frhr. v. *Rechtsbrauch und Kinderspiel*. 2. vyd. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1952.
- KÜNSSBERG, Eberhard Frhr. v. *Rechtsgeschichte und Volkskunde*. Bearbeitet von Pavlos Tzermias. Köln: Böhlau Verlag, 1965.
- LYSÝ, Miroslav. Transformácia kmeňovej spoločnosti na štát, vznik Veľkej Moravy a Uhorska. In: *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae, Tomus XXVIII*. Bratislava: UK, 2010.
- MAES, Louis-Théo. Die drei großen europäischen Strafgesetzbücher des 16. Jahrhunderts. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 94, 1977, s. 207–217.

- Magnae Moraviae Fontes Historici IV*. Brno: Universita J.E. Purkyně, 1971.
- MAISEL, Witold. *Rechtsarchäologie Europas*. Wien: Böhlau, 1992.
- MARKOV, Josef. Z právného zvykoslovía Liptova. In: *Slovenský národopis IV*, 1956.
- MAUSS, Marcel. *The Gift: The form and reason for exchange in archaic societies*. London: Routledge, 2002.
- MEDER, Stephan. *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- NOVKOV, Julie. Legal Archaeology. In: *Political Research Quarterly*, Vol. 64, No. 2 (June 2011).
- NOYS, Benjamin. *Georges Bataille: a critical introduction*. London: Pluto Press, 2000.
- OLDŘICH Z ETZENBACHU. *Vilém ze země Slovanů. Epos z konce přemyslovského věku*. Prel. Dana Dvořáčková-Malá. Praha: Argo, 2015.
- PERERA, Sanjay. *The economy of violence: Waste, expenditure and surplus*. Dostupné na internete: <https://philosophersforchange.org/2012/12/25/the-economy-of-violence-waste-expenditure-and-surplus/> (navštívené dňa 24. 12. 2016).
- PILCH, Martin. *Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten*. Wien: Böhlau, 2009.
- PIRIE, Fernanda. *The Anthropology of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- PRAŽÁK, Richard (ed.). *Legends a kroniky koruny uherské*. Praha: Vyšehrad, 1988.
- PUHVEL, Jaan. *Srovnávací mythologie*. Praha: NLN, 1997.
- PÜTZFELD, Carl. *Deutsche Rechtsymbolik*. Berlin: Alfred Messner Verlag, 1936.
- RATKOŠ, Peter (ed.). *Pramene k dejinám Veľkej Moravy*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1964.

- RENNER, Kaspar. Archäologie des Rechts: Zur Geschichte einer vergessenen Disziplin zwischen Jacob Grimm, Karl von Amira und Michel Foucault. In: BROCH, Jan, LANG, Jörn (eds.). *Literatur der Archäologie: Materialität und Rhetorik im 18. und 19. Jahrhundert*. München: Wilhelm Fink Verlag, 2012.
- RÜCKERT, Joachim. Die Rechtswerte der germanistischen Rechtsgeschichte im Wandel der Forschung. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 111, 1994.
- SCHELZE, Reiner. „Gewohnheitsrecht“ und „Rechtsgewohnheiten“ im Mittelalter – Einführung. In: DILCHER, Gerhard a kol. (eds.). *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- SCHILLING, Heinz (ed.). *Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1999.
- SCHMELZEISEN, Gustav K. Rechtsfindung im Mittelalter? In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 91, 1974.
- SCHROEDER, Jeanne L. *The Enumenides: The Foundation of Law in the Repression of the Feminine*. Dostupné na internete: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=214829 (navštívené dňa 24. 12. 2016).
- SCHROEDER, Jeanne. *Totem, Taboo and the Concept of Law: Myth in Hart and Freud. Cardozo Legal Studies Research Paper No. 253*. Dostupné na internete: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348779 (navštívené dňa 24. 12. 2016).
- SCHULZE, Winfried. *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit*. Stuttgart: Frommann-Holzboog, 1980.
- SCHWERIN, Claudius Freiherr von. *Rechtsarchäologie. Teil I: Einführung in die Rechtsarchäologie*. Berlin – Dahlem: Ahnenerbe-Stiftung, 1943.
- TEUBNER, Gunther. Verrechtlichung – ein ultrazyklisches Geschehen. In: DOSE, Nicolai, VOIGT, Rüdiger, ZIEGERT, Klaus A. *Politische Steuerung moderner Industrie-Gesellschaften*. München: Institut für Staatswissenschaften, 1997.

- THREEDY, Debora L. Legal Archaeology: Excavating Cases, Reconstructing Context. In: *Tul. L. Rev.*, 80, 2005-2006.
- TKÁČIK, Ladislav. *Príspevok Emmanuela Lévinasa k fenomenológii daru*. Trnava: Filozofická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2013.
- TOMÁŠEK, Michal. *Nové jery v právu na počátku 21. století - sv. 1 - Historické impulzy*. Praha: Karolinum, 2009.
- TŘEŠTÍK, Dušan. *Mýty kemene Čechů (7.–10. století). Tři studie ke „starým pověstem českým“*. Praha: NLN, 2003.
- TŘEŠTÍK, Dušan. *Počátky Přemyslovců*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 1999.
- TŮMA, Petr. Od obecné ekonomie k ekonomii dekonstrukce. In: *Vliv díla Jacquesa Derridy na současné myšlení*. Praha: Filosofia, 2007.
- WADLE, Elmar. Gewohnheitsrecht und Privileg. In: DILCHER, Gerhard a kol. (eds.). *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- WAGNER-HASEL, Beate. Egoistic Exchange and Altruistic Gift: On the roots of Marcel Mauss' Theory of the Gift. In: ALGAZI, Gadi a kol. (eds.). *Negotiating the Gift: Pre-modern Figurations of Exchange*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2003.
- WALTER, Philippe. *Christian Mythology: Revelations of Pagan Origins*. Tr. Jon E. Graham. Toronto: Inner Traditions, 2006.
- WEBER, Matthias. Bereitwillig gelebte Sozialdisziplinierung? In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 115, 1998.
- WHITMAN, James Q. At the Origins of Law and the State: Monopolization of Violence, Mutilation of Bodies, or Fixing of Prices? In: *Chicago-Kent Law Review*, 71, 1996.
- WHITMAN, James Q. The Transition to Modernity. In: DUBBER, Markus, HÖRNLE, Tatjana (eds.). *Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Kontakt – e-mail

tomas.gabris@flaw.uniba.sk

Právní obyčej pohledem metodologie nalézání práva

Ondřej Málek

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Právní obyčej lze přinejmenším v ústavním a mezinárodním právu považovat za plnohodnotný pramen práva i dnes a jako takový podléhá i interpretaci coby procesu, kterým si člověk dělá závěry o realitě okolního světa. Interpretace právního obyčeje je však komplikována zejména skutečností, že (na rozdíl od psaného práva) postrádáme jeho jedinečnou jazykovou podobu. Předložený příspěvek se proto věnuje způsobu poznávání právní normy vzešlé z právního obyčeje. Měl by tak poskytnout pohled na výkladové možnosti tohoto pramene práva.

Keywords in original language

Právní obyčej; interpretace; psané právo; římské právo; obchodní zvyklosti.

Abstract

Custom still can be (at least in constitutional and international law) considered as one of the sources of law and must be interpreted. The interpretation is rather difficult mainly because of uncertainty of its substantive content. The paper focuses on methods of interpretation of custom in law. It should offer a view on possibilities of interpretation of that specific source of law.

Keywords

Legal Custom; Interpretation; Written Law; Roman Law; Business Practices.

1 Úvod

Výchozím bodem při koncipování mého příspěvku byla celkem jednoduchá úvaha: Pokud má právní obyčej zakládat závaznou a vynutitelnou právní normu, měla by taková právní norma být výsledkem procesu jejího nalézání. Položil jsem si tedy otázku, zda i právní obyčej může být předmětem

intepretace, či přesněji řečeno, zda i v případě práce s právním obyčejem coby pramenem práva nalézáme právní normu pomocí interpretace či obdobného postupu. Pokud ano, tak jakými konkrétními způsoby dochází k poznávání této abstraktní právní normy?

Ačkoliv se může zdát tato úvaha celkem samozřejmou, nemusí tomu tak vždy být. Ztotožnění právní normy a pramene práva je častým omylem zejména autorů, kteří (domnívám se) nejsou právními teoretiky, ale spíše praktiky¹. V případě pramene práva, který nemá explicitní jazykové vyjádření (jako je tomu u právního obyčeje, nebo také právního principu), nýbrž jde vlastně o abstraktní pramen práva (ve srovnání s „hmatatelným“ textem zákona), je třeba se takovou úvahou zabývat o to více. Právě onen abstraktní charakter právního obyčeje jako pramene práva může velmi snadno vést k jeho ztotožnění s právní normou coby závazným a vymahatelným předpisem toho co má být. Svojí „nepsaností“ se tak právní obyčej dostávají do konfliktu s požadavkem formální určitosti právní normy².

Záhy mne však napadlo, že na právní obyčej nelze prizmatem nalézání práva hledět takto jednostranně. Hovoříme-li totiž o právním obyčeji a nalézání práva, lze tento vztah uvažovat ve dvou rovinách. Prvním z nich je právní obyčej jako předmět interpretace čili v rovině procesu jeho poznávání jako součásti reality. Výsledkem takového procesu je znalost obecné právní normy³. Druhá rovina pak nabízí pohled na právní obyčej jako určitou pomůcku nalézání práva⁴, a to jak v podobě skutečnosti zohledňované při právní interpretaci, tak při dotváření práva (vyplňování mezer v zákoně).

¹ Srov. kognitivní teorie (KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, s. 29). Dále např. TICHÝ, Luboš. Mezera v právní normě soukromého práva (skica jednoho zapomenutého problému). In: HAVEL, Bohumil, PIHERA, Vlastimil (eds.). *Soukromé právo na cestě. Eseje a jiné texty k jubileu Karla Eliáše*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010, s. 353, 355.

² GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, s. 76.

³ Interpretaci v souvislosti s právním obyčejem tedy je proces poznávání právní normy založené právním obyčejem coby dlouhodobě zachovávaným a uznávaným pramenem práva sestávajícím z jednotlivých skutkových případů v nichž je aplikován a zachován.

⁴ Záměrně zde užívám tohoto pojmu, neboť chápu tento pojem nadřazený pojmům právní interpretace a dotváření práva. Nalézáním práva tedy rozumím proces poznávání normy v její abstraktní podobě, ať již k tomu dochází cestou právní interpretace nebo dotváření práva.

Je třeba hned úvodem říci, že dnes se již uplatní spíše rovina druhá (alespoň v našem právním prostředí⁵), neboť některé právní úpravy mají svůj původ právě v právu obyčejovém. Hledáme-li pak nejvhodnější interpretaci normativního textu, může být historická souvislost obyčejového práva cenným ukazatelem směru našeho výkladu. Můžeme jít tedy nad rámec pouhé historické komparace jednotlivých novelizací⁶ a zabývat se i podobou právního obyčeje, který byl předchůdcem ustanovení zákona.

2 Co (ne)rozumět pod pojmem právní obyčej?

Knapp definuje zvykové právo jako „právní systém, který není utvářen uvědomělou legislativní činností (zejména státní), nýbrž se ve společnosti vytváří spontánně zachováváním určitých tradičních obyčejů, které jsou považovány za závazné.“⁷ Aby však takové zvyklosti nabyly formy právního obyčeje coby pramene práva, je třeba splnění dvou základních podmínek:

- a) dlouhodobé faktické zachovávání obyčeje (*usus longaevus*⁸),
- b) obecné přesvědčení o právní závaznosti obyčeje (*opinio necessitatis*)⁹.

⁵ Někteří autoři právní obyčej nepovažují za pramen českého práva (srov. GERLOCH, op. cit., s. 77). Odlišný názor lze však nalézt v odlišném stanovisku pěti ústavních soudců k nálezů Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 14/01: „Žádné ustanovení Ústavy výslovně neuvádí způsob jmenování guvernéra a viceguvernéru ČNB. Prima facie by tedy bylo možno následnou praxi ústavních orgánů považovat za sérii obecně ústavně dovolených chování, jež případně mohou vést k ústavní zvyklosti *praeter constitutionem*. Vzhledem k předchozím vývodům v tomto odlišném stanovisku tak tomu ovšem v daném případě být nemůže. Příkaz kontrasignace lze z Ústavy dovodit, a případná odchylná ústavní zvyklost, jež by byla vyústěním řady jmenovacích aktů bez kontrasignace, by tak musela být zvyklostí *contra constitutionem*. Ani takovou eventualitu nelze a priori vyloučit, neboť ústavní obyčej (zvyklost) může být normou ústavního práva způsobitou derogovat zásadně kterékoli psané ústavní pravidlo. Kvantita a kvalita praxe, jež má vést ke vzniku obyčeje *contra constitutionem* ovšem musí být podstatně vyšší než objem a kvalita praxe vedoucí ke vzniku obyčeje *praeter constitutionem*, neboť obyčejotvorná praxe nevstupuje do právně indiferentního prostoru jako koncentrovaný výraz obecně dovoleného chování, což je případ praxe *praeter constitutionem*, nýbrž musí překonat pocit závaznosti ústavně platného příkazu kontrasignace.“

⁶ MARŠÁLEK, Pavel. O smyslu a limitech použití historického výkladu při aplikaci práva. In: GERLOCH, Aleš, MARŠÁLEK, Pavel. *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 121 a násl.

⁷ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 134.

⁸ Sommer ovšem uvádí, že dle Puchty „*usus longaevus* není snad předpokladem vzniku práva obyčejového, nýbrž jen způsobem projevu jeho.“ (SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského. I. díl*. Reprint. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 11).

⁹ SOMMER, op. cit., s. 10.

Dlouhodobé faktické zachovávání obyčeje je jeho materiálním prvkem, jež představuje kvalifikovanou praxi, která musí být „opakovaná, stejnorodá, nepřetržitá, rozšířená a reprezentativní, jakož i dlouhodobá“¹⁰. Tuto praxi však nelze vnímat jako naprosto totožnou, ovšem je třeba její jednotnosti v podstatných znacích¹¹. K této ustálené praxi musí přistoupit i subjektivní prvek, jímž je právě obecné přesvědčení o právní závaznosti obyčeje¹². Jde tak o psychologický element, díky němuž se subjekty právních vztahů cítí být onou kvalifikovanou praxí vázány¹³.

Oba zmíněné znaky ovšem přináší teorii i praxi značné problémy pro svoji neurčitost¹⁴. Zejména druhý ze zmíněných znaků se velmi obtížně ověřuje, neboť „sociologické zjištění prvního soudcem v určitém sporu je prakticky vyloučeno.“¹⁵ Za dominantní tedy lze považovat první kritérium, jímž se mnohdy rozumí zachovávání „od paměti“¹⁶.

Snad nejinspirativnějším zdrojem naší právní kultury je právo římské, v jehož vývoji připadla obyčejovému právu význačná role¹⁷. Srovnáme-li dva významné zdroje informací o římském právu, a to Justiníanské kodifikace a dílo Marca Tullia Cicera, je dle mého názoru i v nich patrná určitá tendence zabývat se zejména dlouhodobostí zachovávání obyčeje:

Iustiniani Institutiones, 1. 2. 3: „*Ex non scripto ius venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*“

¹⁰ ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 99.

¹¹ CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 24.

¹² ČEPELKA, ŠTURMA, op. cit., s. 99.

¹³ KACZOROWSKA-IRELAND, Alina. *Public International Law*. 5. vyd. New York: Routledge, 2015, s. 30.

¹⁴ THIRLWAY, Hugh W. A. *International Customary Law and Codification*. Leiden: A. W. Sijthoww, 1972, s. 47.

¹⁵ KNAPP. *Teorie práva*, op. cit., s. 134.

¹⁶ Ibid. Moderní právní věda však i tento znak relativizuje, neboť ke vzniku právního obyčeje může postačovat zachovávání i ve velmi krátkém období. Bude tak tomu zejména v mezinárodním právu, kdy velké (a silně) státy dovedenou takovýmto způsobem založit obyčejovou normu velmi snadno, či v situaci kdy se reaguje na rychlý vývoj společnosti, technologií či vědy (srov. CRAWFORD, s. 24; KACZOROWSKA-IRELAND, op. cit., s. 33).

¹⁷ SOMMER, op. cit., s. 8.

„Nepsané právo¹⁸ vzniká tehdy, když je schváleno jeho užíváním. Neboť dlouhodobý obyčej, který vytvářejí ti, co jej souhlasně užívají, je postaven naroveň zákonu.“¹⁹

Cicero, *De inventione*, 2.22: „*Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit. In se autem quaedam sunt iura ipsa iam certa proptem vetustatem.*“

„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.“²⁰

Jak bude uvedeno dále, ne všechny zvyklosti, které splňují zmíněné dva definiční znaky právního obyčeje jím ovšem vždy jsou. Proto je vhodné doplnit další kritéria, která zmiňuje Knapp²¹:

1. obecnost, jež odlišuje obyčej od místní či profesní zvyklosti²²,
2. vlastní právní síla právního obyčeje (nikoliv odvození jeho právní síly od právní síly právního předpisu²³),
3. vynutitelnost čímž se obyčejové právo stává součástí práva státního.

Typickou kategorií zvyklostí, které nejsou právními obyčeji, je *consuetudo secundum legem*²⁴ (zvyklosti zachovávané v mezích zákona). Na tyto zvyk-

¹⁸ V tomto případě je třeba nepsané právo ztotožnit s obyčejovým právem, neboť Justinian prohlásil právo psané za zákon a právo nepsané za obyčej. Dále viz HEYROVSKÝ, Leopold. *Dějiny a systém soukromého práva římského*. Upravili Otakar Sommer a Jan Vážný. 6. vyd. Bratislava: Právnická fakulta University Komenského, 1927, s. 13.

¹⁹ Překl. SKŘEJPEK, Michal (ed.). *Iustiniani Institutiones*. Přel. Peter Blaho a Michal Skřejpek. Praha: Karolinum, 2010, s. 37.

²⁰ Překl. DOSTALÍK, Petr. Právní obyčej jako pramen práva v právu římském. In: SEHNÁLEK, David, VALDHANS, Jiří, DÁVID, Radovan, KYNCL, Libor (eds.). *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2512.

²¹ KNAPP. *Teorie práva*, op. cit., p. 134-135. Někteří autoři tyto doplňují znaky ovšem připojují ke dvěma již zmíněným základním znakům. K dlouhodobému zachovávaní tak přistoupí i jeho obecnost a k psychologickému prvku právního obyčeje jeho vlastní právní síla a následná vynutitelnost (srov. CRAWFORD, op. cit., s. 24–27).

²² I právní obyčej může ovšem i dnes za určitých situací existovat v podobě „místního“ právního obyčeje (např. existují oblasti, kde obyčejové právo určitého kraje může mít přednost před psaným právem státu, jehož je tento kraj součástí). Dále viz GLENDON, Mary Ann, CAROZZA, Paolo, PICKER, Colin. *Comparative Legal Traditions*. 3. vyd. St. Paul: Thomson/West, s. 131.

²³ Právní síla a její původ jsou zejména klíčové pro odlišení právního obyčeje od obchodních zvyklostí a uzancí.

²⁴ THIRLWAY, s. 96.

losti právní předpis zpravidla odkazuje či jde o zvyklosti již kodifikované. Při interpretaci takové právní kodifikace však může docházet (a dochází) k sémantickým nejasnostem, které je třeba odstranit výkladem. Jde tedy o druhou rovinu vnímání právního obyčeje, jak bylo nastíněno v úvodu příspěvku. Nejde však o právní obyčej v pravém slova smyslu, neboť nejde o (primární) pramen práva – pramenem práva je zde právní předpis. Při interpretaci právního předpisu však může být právě právní zvyklosti použito, a to v situaci, kdy právní předpis situaci pokrytou právní zvyklostí sám upravuje a pro jeho interpretaci použije komparačně historickou metodu výkladu. Dále pak může jít o již zmíněnou situaci, kdy právní předpis danou oblast sice upravuje, ale zákonodárce si je vědom specifik některých oblastí lidské činnosti (zejména v obchodním styku), a povolává tak zvyklosti těchto oborů k jejich aplikaci²⁵.

Tyto obchodní zvyklosti však nemohou existovat v rozporu s normami stanovenými právními předpisy – jsou aplikovatelné toliko v limitech stanovených kogentními normami zákonného práva. Ostatně touto problematikou se zabýval i Nejvyšší soud ve svém rozsudku ze dne 22. 3. 2011 ke sp. zn. 32 Cdo 4932/2009. Šlo o spor mezi dvěma brněnskými nemocnicemi, kdy žalobkyně dodávala žalované zdravotnický materiál a služby (krev, krevní deriváty, poskytování vyšetření a zdravotnických výkonů). Prvostupňový soud při prováděném dokazování zjistil, že v Jihomoravském kraji byla mezi zdravotnickými zařízeními zavedena a dodržována praxe zaplatit za dodané zboží a služby s několikaměsíčním zpožděním bez toho, aby bylo požadováno zaplacení úroků z prodlení nebo smluvní pokuty. Na základě těchto skutečností dospěl soud v prvním stupni k závěru, že existuje oborová zvyklost, a žalobkyni právo na zaplacení úroků z prodlení nepřiznal. Odvolací soud zopakoval některé důkazy a dospěl k závěru, že existence zvyklosti nebyla dostatečně prokázána, neboť některá zdravotnická zařízení na včasném placení trvala a některá jen nepožadovala zaplacení úroků z prodlení, resp. smluvní pokuty. Prvostupňové rozhodnutí tedy změnil a žalobkyni právo na zaplacení úroku z prodlení přiznal.

²⁵ Typicky přednostní užití obchodních zvyklostí v limitech stanovených kogentními normami zákonného práva.

Dovolací soud následně dovolání žalované zamítl, ačkoliv se zcela neztožnil s odůvodněním odvolacího soudu. Nejvyšší soud zejména považoval za podstatné zabývat se otázkou, zda vůbec může existovat obchodní zvyklost v rozporu s normou mající základ v právním předpise (tzn. s povinností dlužníka plnit řádně a včas), přičemž k tomu uvedl: „Lze-li obchodní zvyklosti vymezit jako ustálenou obchodní praxi, neznamená to ještě, že každé zaužívané pravidlo chování účastníků obchodních vztahů musí představovat obchodní zvyklost. Nebude tomu tak zejména v případech opakovaného porušování práv a povinností (ať již subjektivních nebo objektivních), neboť je pojmově vyloučeno, aby pravidlo chování, které je v rozporu se zákonem či smluvní úpravou, bylo způsobilé nabýt formu obchodní zvyklosti.“

Co tedy chápat pod pojmem právního obyčeje v pravém slova smyslu dnes? Jde o primární pramen práva (tj. jeho právní síla nemůže být odvozena od právní síly zákona). Takový právní obyčej musí vykazovat znak dlouhodobosti (tu je však třeba posuzovat s ohledem na předmět normované oblasti společenské reality) a jím založená právní norma, pak musí být brána za závaznou a státní moc ji musí vynucovat. Jde o zvyklost zachovávanou mimo znění právního předpisu, avšak není s ním v rozporu²⁶, čili o tzv. *consuetudo praeter legem*.²⁷ Právním obyčejem naopak nejsou obchodní zvyklosti či místní zvyklosti, které navíc často získávají svoji závaznost až na základě zákonného ustanovení či dohody smluvních stran. Nadto tyto obchodní či místní zvyklosti nemohou existovat v rozporu s právním předpisem²⁸. Takové zvyklosti pak tvoří spíše „doplňek“ právního předpisu²⁹.

3 Právní obyčej a proces nalézání práva

Člověk během své existence určitým způsobem vnímá okolní svět a činí si o něm myšlenkové závěry³⁰ – říkáme, že člověk poznává. Interpretace pak představuje takový způsob poznávání světa, kterým si člověk vytváří své

²⁶ Viz již citovaný disent nálezu Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 14/01.

²⁷ Shodně KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996, s. 58.

²⁸ Tento názor je však relativizován v již citovaném disentu k nálezu Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 14/01. Stejně tak i např. THIRLWAY, op. cit., s. 98.

²⁹ GLENDON, CAROZZA, PICKER, op. cit., s. 131.

³⁰ HLOUCH, Lukáš. Právní interpretace. In: HARVÁNEK, Jaromír (ed.). *Právní teorie*. Plzeň: Aleš, Čeněk, 2013, s. 309.

pojetí reality – vykládá si realitu okolního světa dle určitých pravidel a činí o této realitě závěry. Ačkoliv zejména v právním myšlení spojujeme interpretaci toliko s interpretací textu (zejména pak interpretací textu právního předpisu), jde o zužující pohled na tuto problematiku. I v právu má interpretace jiné objekty než pouhý text – jde například o interpretaci skutkových okolností. Produktem takové interpretace pak „jsou skutková zjištění o skutkových okolnostech právních případů, které se vyjadřují v tzv. skutkových tvrzeních.“³¹ Podíváme-li se na tento pojem z ještě širší perspektivy, může být objektem interpretace například obraz, hudební skladba, báseň či sny³².

Výchozí otázkou tohoto příspěvku je, jakým způsobem dochází k poznávání právní normy, která je založena právním obyčejem. Jde tedy, slovy Františka Roučka³³, o jurilogické poznávání, jehož výsledkem je vlastní obsah právní normy. Domnívám se, že i právní obyčej podléhá určité interpretaci, pomocí níž činíme závěry o existenci obecně závazné právní normy v její abstraktní podobě. Realitu světa (dlouhodobou tradici řešení určitého problému či sporu považovanou za právně správnou) v jejím souhrnu vykládáme a uvažujeme tak o právní normě v její abstraktnosti a obecnosti. *Usus generalis* a *opinio necessitatis* tedy neutvářejí normu samu o sobě, ale utvářejí normotvornou skutečnost, již je právní obyčej³⁴. Až interpretací normotvorné skutečnosti zprostředkovávající její konstitutivní znaky právní normu poznáváme.

Právní metodologie při interpretaci normativního textu obecně akceptuje existenci různých výkladových metod a zásad a jejich vzájemných vztahů (např. přednosti některých významových metod před jinými). Můžeme tedy v právní interpretaci hovořit o metodě jazykového výkladu, teleologické metodě či systematické metodě, uznáváme princip vnitřní bezrozpornosti práva, stejně jako hovoříme o přednosti argumentů objektivně teleologických před argumenty formálně systematickými³⁵.

³¹ HLOUCH, op. cit., s. 322.

³² Ať už půjde o interpretaci snů obsaženou ve snáři nebo interpretaci snů psychoanalytiky.

³³ ROUČEK, František. *Základ právního myšlení čili nástin jurilogie*. Brno: Barvič & Novotný, 1938, s. 13.

³⁴ ČEPELKA, ŠTURMA, op. cit., s. 100.

³⁵ Dále viz MELZER, Filip: *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, s. 203–205; WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 168 a násl.

Interpretace právního obyčeje³⁶ se však nemůže opřít o normativní text nebo jednotné jazykové vyjádření konkrétního právního obyčeje. Jakým způsobem tedy dochází ke zjištění právní normy z právního obyčeje? Pokusím se toto demonstrovat na případu řešeném rozhodčím soudem při Mezinárodní obchodní komoře (ICC) č. 14092³⁷. Žalobce podal návrh na zahájení rozhodčího řízení, avšak tento návrh nebyl podepsán. V rozhodčím řízení se obecně silně uplatní princip autonomie vůle a strany tak mohou stanovit pravidla postupu v rozhodčím řízení samy či odkázat na institucionální pravidla. Tak tomu bylo i v tomto případě strany zvolily pravidla ICC. Tato pravidla však neřešila, zda musí být návrh podepsán či nikoliv. Stejně tak nebyla tato otázka upravena v právním předpise vztahujícím se na rozhodčí řízení v místě konání arbitráže, ani v domovské zemi žalobce či žalovaného. Tato povinnost pak není ani obsažena v modelovém zákoně o rozhodčím řízení UNCITRAL. I tak ovšem rozhodčí tribunál dospěl k závěru, že tato povinnost existuje. Rozhodci se zamysleli nad tím, jaký účel má podpis návrhu žalobcem – podpis vyjadřuje vůli žalobce zahájit příslušný spor a odlišuje finální návrh od případných pracovních verzí. Podpis vyjadřuje určité převzetí zodpovědnosti podepisující osoby za obsah dokumentu. Následně rozhodci porovnali praxi zahájení rozhodčího i soudního řízení ve všech dotčených zemích a dospěli k závěru, že zde existuje obyčej, který vyžaduje podpis návrhu na zahájení rozhodčího řízení.

Co jsem chtěl na tomto příkladu demonstrovat? Podíváme-li se na postup rozhodců, vidíme, že byl založen zejména na komparatistice – došlo k porovnání praxe, která by měla konstituovat právní obyčej. Domnívám se tedy, že pro interpretaci právního obyčeje je elementární právě komparace jednotlivých případů, ve kterých dochází k zachovávání právního obyčeje včetně

³⁶ V pravém slova smyslu, tj. *consuetudo praeter legem*.

³⁷ Dále viz WILSKE, Stephan, GACK, Christine. Commencement of Arbitral Proceedings and Unsigned Request for Arbitration. A Counsel's Harsh Awakening? In: *Journal of International Arbitration*, 2007, no. 3, p. 319–326. Je třeba ovšem říci, že dle některých autorů mezinárodní právo se bez právního obyčeje vůbec obejít nemůže, neboť již samotná zásada *pacta sunt servanda* je právním obyčejem, bez jehož zachovávání by nebyly mezinárodní smlouvy vůbec dodržovány (s ohledem na častou absenci orgánu rozhodujícího o jejich porušení, jakožto i orgánu, který by prováděl výkon takového rozhodnutí) (srov. DEGAN, Vladimír Duro. *L'interprétation des accords en droit international*. La Haye, Martinus Nijhoff, 1963, s. 8).

jejich skutkových okolností. Pokud jsem tedy v úvodu příspěvku hovořil o významu materiálního znaku právního obyčeje, je v procesu nalézání práva tento znak ještě dominantnější.

Ve většině případů se nelze při poznávání obyčejové normy opřít o jazykovou metodu výkladu jakožto prvotní krok poznání právní normy v případě zákona jako pramene práva. Tento postup bude možný jen tehdy budeme-li zkoumat psané právo zemí, v nichž již byl právní obyčej přejat do zákonné úpravy (pomineme-li zkoumání právních obyčejů sepsaných ve sbírkách³⁸) a presumujeme jeho stejnou podobu i v námi posuzovaném právním řádu.

Metoda, která se při interpretaci právního obyčeje nejvíce prosadí bude zcela jistě metoda srovnávací. V případě poznávání obyčejového práva půjde o samostatnou a plnohodnotnou metodu³⁹. Zejména by se mělo jednat o komparaci nalézací činnosti soudů, kde jsou právní obyčeje aplikovány (což ovšem v mezinárodním právu nebude vždy možné), či srovnání praxe subjektů práva, jež má zakládat právní obyčej, a která je zachována a považována za závaznou účastníky právních poměrů (dnes zejména státy v mezinárodním právu⁴⁰) v dlouhodobém časovém úseku. Tento názor je pak zmíněn i v disentu soudce Mezinárodního soudního dvora Reada ve věci Fisheries, když konstatuje, že jde o „generalizaci praxe států“⁴¹. Tento postup, a to přiznávám, je však problematizován obtížností sociologického zkoumání v při rozhodovací činnosti soudů a rozhodcích tribunálů. Vzhledem k tomu, že je však pro právní obyčej klíčová ona opakovaná činnost, jež tvoří tradici či zvyk uznávaný za správné řešení případu⁴², považuji tuto cestu za klíčovou.

Neméně důležitý však bude i teleologický přístup k právnímu obyčeji. Právní obyčej nevznikl pouhou bezúčelnou opakovanou činností, ale zvolený

³⁸ Srov. KNAPP, *Teorie práva*, op. cit., s. 135.

³⁹ K samostatnosti srovnávací metody v právní metodologii: KÜHN, Zdeněk. Srovnávací právo a jeho místo v metodologii výkladu práva. In: GERLOCH, Aleš, MARŠÁLEK, Pavel. *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 141 a násl. MELZER, op. cit., s. 195–197.

⁴⁰ BYERS, Michael. *Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 4.

⁴¹ Rozhodnutí ve věci Fisheries, Velká Británie proti Norsku, ze dne 18. 12. 1951. In: *International Court of Justice Reports*, 1951, s. 191.

⁴² GERLOCH, op.cit., s. 76.

postup, který je považován za dlouhodobě zachovávaný, má bezpochyby i svůj účel. Jak uvádí Jhering v předmluvě k prvnímu vydání knihy *Der Zweck im Recht*: „Účel je tvůrcem veškerého práva, neexistuje žádná právní věta, která by za svůj původ nevděčila nějakému účelu, tj. nějakému praktickému motivu.“⁴³ Ačkoliv v případě právního obyčeje postrádáme účel právní normy pramenící ze zákonodárné činnosti, existuje účel, jehož chtěly dosáhnout subjekty právních vztahů zachováváním zvyklosti.

4 Pár slov závěrem

Závěrem si dovoluji uvést slova prof. Weyra, podle kterého je obyčej „pramenem v tom smyslu, že ten, kdo chce za účelem aplikace správně interpretovati normu, která se odvolává na obyčej, musí tento obyčej znáti. S hlediska tohoto zdá se pak, že celá norma prýští z obyčeje jako pramene svého.“⁴⁴ Právní obyčej jako takový je pramenem práva, avšak nepochybně sám o sobě není právní normou (stejně jako právní předpis není sám o sobě právní normou, ale tato z něj musí být zjištěna interpretací). Právní norma založená právním obyčejem musí být teprve poznána – tato právní norma tedy skutečně prýští z právního obyčeje jako pramene práva.

Dominantním postupem, který bude při poznávání takovéto právní normy užít bude zejména komparace oné zachovávané zvyklosti coby materiálního normotvorného znaku právního obyčeje. Až na základě jejich znalosti, společně se závěry o jeho závazném uznání a dlouhodobém zachování, můžeme interpretovat právní normu obyčejem založenou a poznat ji v její abstraktní podobě. Stejně důležitou bude ovšem i metoda teleologická pomocí níž nalezneme onen „praktický motiv“ z něž norma vznikla.

Literature

BYERS, Michael: *Custom, Power and the Power of Rules. International Relations and Customary International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. ISBN 0-521-63408-3.

CRAWFORD, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2008. ISBN 978-0-19-969969-8.

⁴³ Cit. podle MELZER, op. cit., s. 159.

⁴⁴ WEYR, František: *Základy filosofie právní*. Brno: A. Piša, 1920, s. 98.

- ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: C. H. Beck, 2008. ISBN 978-80-7179-728-9.
- DEGAN, Vladimír Duro. *L'interprétation des accords en droit international*. La Haye, Martinus Nijhoff, 1963.
- GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 6. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk. ISBN 978-80-7380-454-1.
- GERLOCH, Aleš, MARŠÁLEK, Pavel. *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 121 a násl. ISBN 80-86432-12-2.
- GLENDON, Mary Ann, CAROZZA, Paolo, PICKER, Colin. *Comparative Legal Traditions*. 3. vyd. St. Paul: Thomson/West. ISBN 978-0-314-18428-3.
- HARVÁNEK, Jaromír (ed.). *Právní teorie*. Plzeň: Aleš, Čeněk, 2013. ISBN 978-80-7380-458-9.
- HAVEL, Bohumil, PIHERA, Vlastimil (eds.). *Soukromé právo na cestě. Eseje a jiné texty ke jubileu Karla Eliáše*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2010. ISBN 978-80-7380-265-3.
- HEYROVSKÝ, Leopold. *Dějiny a systém soukromého práva římského*. Upravili Otakar Sommer a Jan Vážný. 6. vyd. Bratislava: Právnická fakulta University Komenského, 1927.
- KACZOROWSKA-IRELAND, Alina. *Public International Law*. 5. vyd. New York: Routledge, 2015. ISBN 978-0-415-72236-0.
- KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995. ISBN 80-7179-028-1.
- KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996. ISBN 80-7179-089-3.
- KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002. ISBN 80-246-0483-3.
- ROUČEK, František. *Základ právního myšlení čili nástin jurilogie*. Brno: Barvič & Novotný, 1938.

SEHNÁLEK, David, VALDHANS, Jiří, DÁVID, Radovan, KYNCL, Libor (eds.). *Dny práva – 2009 – Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2507-2518. ISBN 978-80-210-4990-1. Dostupné z: https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/sbornik.html

SKŘEJPEK, Michal (ed.). *Iustiniani Institutiones*. Přel. Peter Blaho a Michal Skřejpek. Praha: Karolinum, 2010. ISBN 978-80-246-1749-7.

SKŘEJPEK, Michal (ed.). *Digesta seu pandectae. Vybrané části*. Přel. Peter Blaho, Michal Skřejpek, et al. Praha: Karolinum, 2015. ISBN 978-80-246-3063-2.

SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského*. I. díl. Reprint. Praha: Wolters Kluwer, 2011. ISBN 978-80-7357-616-5.

THIRLWAY, Hugh W. A. *International Customary Law and Codification*. Leiden: A. W. Sijthoww, 1972. ISBN 90-286-0082-5.

WEYR, František. *Základy filosofie právní*. Brno: A. Píša, 1920.

WILSKE, Stephan, GACK, Christine. Commencement of Arbitral Proceedings and Unsigned Request for Arbitration. A Counsel's Harsh Awakening? In: *Journal of International Arbitration*, 2007, č. 3, s. 319–326.

WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013. ISBN 978-80-87284-36-0.

Nález Ústavního soudu ze dne 20. 6. 2001, sp. zn. Pl. ÚS 14/01.

Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 3. 2011, sp. zn. 32 Cdo 4932/2009.

Rozhodnutí ve věci Fisheries, Velká Británie proti Norsku, ze dne 18. 12. 1951. In: *International Court of Justice Reports*, 1951.

Contact – e-mail

ondrej.malek@mail.muni.cz

Coacquisita coniugum

Martina Pospíšilová

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika;
The European Society for History of Law

Abstract in original language

Coacquisita coniugum neboli koakvizice je institut známý právě z uherského obyčejového práva, v němž představuje společný majetek manželů pocházejících z řad „obyčejného“ lidu, tj. bývalých poddaných a obyvatel měst, který manželé nabyli v době trvání manželského společenství. Nejspíše nejznámějším zdrojem poznání o koakvizici podle starého uherského obyčejového práva je tzv. Verböciho Tripartitum, právní kniha z roku 1517. Příspěvek však upozorní také na nejčastěji diskutované body úpravy tohoto institutu, spory o vlastní obsah koakvizice, jeho vznik či zánik a s tím samozřejmě také související otázky jeho vypořádání.

Keywords in original language

Coacquisita coniugum; Rakouská monarchie; Všeobecný občanský zákoník; uherské právo, obyčejové právo; manželské majetkové vztahy.

Abstract

Coacquisita coniugum is known as a part of Hungarian customary law. It represented the common property of spouses who were ranked “ordinary” people, i.e. former serfs and urban residents. Coacquisita coniugum was the property acquired by both spouses during the period of the married life. Probably the best-known source of knowledge about coacquisita coniugum in old Hungarian customary law is called Verböci’s Tripartitum, the legal book of the year 1517. The Paper, however, also highlights the most discussed points of regulation of coacquisita coniugum, its real content, its creation or cancellation and related issues of its settlement.

Keywords

Coacquisita coniugum; Austrian Monarchy; Austrian Civil Code; Hungarian Law; Customary Law; Property Relationships between Spouses.

1 Úvodem

V období raného feudalismu mělo právo převážně obyčejovou podobu, následně začalo být doplňováno normami panovníků.¹ Obyčejové právo bylo zdrojem poznání právních pravidel po velmi dlouhou dobu, následně většinu obyčejů nahradilo právo psané, zákonné, vydávané svrchovanou mocí ve zformovaných státech. I když jsme i dnes schopni nalézt právní oblasti, kde se obyčejové právo uplatňuje (např. oblast práva mezinárodního, zejména veřejného), staré obyčeje jsou v evropských kontinentálních státech již velmi potlačeny.

Uherské obyčejové právo², které postupně utvářelo na území dnešního Maďarska, Slovenska a dalších okolních států, kde platilo nad zákony, je velmi rozvrstvené, a proto je velmi těžké jeho podrobné poznání. Pravděpodobně nejkomplexnější a nejznámější sbírkou uherského obyčejového práva je dodnes *Tripartitum opus iuris* (celým názvem *Tripartitum opus iuris consuetudinarii in hyci Regni Hungariae partiumque adnexarium*, v českém překladu *Trojdielné zpracování obyčejového práva slavného uherského království a připojených zemí*; dále jen „Tripartitum“), sbírka sepsaných právních obyčejů, kterou v letech 1507–1514 vytvořil zemský sudí Štefan Verböczy (přibližně 1458–1541/1542).³ Sbíрка sice byla řádně schválena zemským sněmem, avšak neobsahovala královskou pečeť. Nemohla tedy nabýt platnosti zákona, nicméně na pokyn krále Vladislava II. byla rozeslána po celém Uhersku.

Následně však bylo *Tripartitum* akceptováno soudní praxí i v rámci pozdějšího zákonodárství.⁴ Roku 1628 se *Tripartitum* stalo součástí *Corpus Iuris Hungarici*. Nutno připomenout, že toto v podstatě původně soukromé sepsání obyčejové právo požívalo v Uhersku velmi vysoké právní síly, a to až do 19. století, což dokládá také bohatá judikatura té doby na obyčejové právo často odkazující.

¹ SCHELLE, K. a kolektiv. *Právní dějiny*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, s. 782.

² Předchůdcem právních obyčejů byly obyčeje ve významu zbyklostí určité konkrétní sociální skupiny osob, které se opíraly o její sociálně-psychologické přesvědčení o jednání, které je třeba regulovat, a proto je regulováno. LÁCLAVÍKOVÁ, M. *Právní obyčej v postavení prameňa (súkeromného) práva platného na území Slovenska do roku 1848*. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 1, 2009, č. 1, s. 29–44.

³ ŠTENPIEN, E. *Tripartitum*. Bratislava: Eurokodex, 2008, s. 6–15.

⁴ VOJÁČEK, L., SCHELLE, K., KNOLL, V. *České právní dějiny*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 415.

Řešíme-li problematiku koakvizice, dnešní terminologií volně interpretováno jako „společné jmění manželů“, dostaneme se do sféry práva občanského. Zatímco v Rakousku byl v roce 1811 vydán nový pokrokový všeobecný zákoník občanský (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, zkratka *ABGB*), který pevně upravil veškeré občanské právo⁵ do jednoho kodexu⁶, na Uhersko se jeho platnost nevztahovala – i nadále zde z převážné většiny platilo obyčejové právo.⁷ Dokonce ani během trvání první Československé republiky se zákonodárné moci nepodařilo sjednotit celý právní řád – na území Slovenska i nadále zůstaly staré uherské právní obyčeje v platnosti⁸ (samozřejmě s podmínkou, že svou povahou a obsahem neodporovaly novému demokratickému republikánskému státnímu zřízení).

Lze tedy říci, že platnost *Tripartita* můžeme na našem území konstatovat ještě v první polovině 20. století. Tato sbírka obyčejového práva dodnes vychází tiskem, ačkoli v češtině prozatím nikdy nevyšla.⁹

Koakvizice byla jedním ze základních institutů uherského manželského majetkového práva.¹⁰ Součástí *Tripartita* byly články upravující majetkoprávní vztahy mezi manžely, mezi kterými velmi významné místo zaujímal právě koakvizice. Dnešní terminologií bychom si ho mohli představit jako „společné jmění manželů“. Tento příspěvek si klade za cíl nastínit nejvý-

⁵ Do kterého řadil také právo rodinné, stejně, jako je tomu dnes za platnosti a účinnosti zákona č. 89/2012 Sb., „nového“ občanského zákoníku. CECHLOVÁ, E., TRUTNOVÁ, J. Historie, současnost a budoucnost institutu společné jmění manželů. In: *Ad Notam*, 2/2006, s. 45 a násl.

⁶ Tento kodex zároveň ukončil vývoj „novodobého soukromého práva“ nejen v českých zemích. In: CECHLOVÁ, E., TRUTNOVÁ, J. Historie, současnost a budoucnost institutu společné jmění manželů. In: *Ad Notam*, 2/2006, s. 45.

⁷ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODĚX Bohemia, 1998, s. 506.

⁸ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutismu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 114–115.

⁹ ŠTENPIEN, E. *Tripartitum*. Bratislava: Eurokodex, 2008, s. 19–22.

¹⁰ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutismu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 110.

znamnější aspekty jeho právní úpravy, jak vznikalo, jakými způsoby bylo možné nakládat s majetkem, jenž byl součástí koakvizice, jak byl tento majetek vypořádáván. V neposlední řadě je součástí tohoto příspěvku také nastínění vývoje právní úpravy koakvizice poté, co se tento institut stal součástí unifikovaného československého práva po roce 1949.¹¹

2 Stručně o platnosti obyčejové práva v Uhersku/na Slovensku

Obyčej byl v Uhersku vnímán jako právo vycházející z mravů, které, pokud není zákona, „slouží jako zákon“.¹² Nezáleželo na tom, zda se jednalo o obyčej psané nebo nepsané, které se používaly pouze „z přesvědčení“. Podle v Tripartitu obsažené výslovné definice je obyčej to právo, které „na základě svých mravů zavedl ten, kdo svou veřejnou mocí může přijímat zákon“ – to je důvod, proč byl (a je) obyčej součástí pojmu „právo“.

K tomu, aby právní obyčej mohl mít „právní sílu“, musí naplnit několik znaků¹³: smysluplnost, trvalost, opakovanost. Od zákona se pak právní obyčej podle Tripartita liší hned v několika ohledech: obyčej je přijímán mlčky, nikoli veřejným vyhlášením, obyčej bývá nepsaný, kdežto zákon psaný, obyčej nevzniká v jediném okamžiku, ale je třeba dlouhého užívání pravidla.

Ve vztahu k zákonu měl obyčej „trojí moc“: vysvětluje zákony, pokud zákony obyčejí odporují, zruší je, pokud pro určitou situaci zákony nejsou, obyčej je nahrazuje. A tyto skutečnosti jsou velmi relevantní ohledem analýzy každého právního pravidla.¹⁴ Najdeme-li pro nějaký institut v uherském

¹¹ Manželské majetkové právo podle starších uherských obyčejů a několika zákonných článků platilo na území Slovenska skutečně až do 1. 1. 1950 (revoluční léta 1848-1849, kdy se v legislativní oblasti stalo mnohé, se manželského majetkového práva téměř nedotkla), a to i přes mnohé unifikační snahy legislativního charakteru z doby První republiky. ŠOŠKOVÁ, I. Koakvizícia a otázka skutečného spoluzití manželov v manželskom majetkovom práve platnom na Slovensku (1918-1949). In: VOJÁČEK, J., TAUCHEN, J. *I. česko-slovenské setkání doktorských studentů a postdoktorandů oboru právní historie a římského práva*. Sborník příspěvků z konference. Masarykova univerzita Brno, 2013, s. 324; LÁCLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetek manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: *Právni a ekonomické problémy súčasnosti I. Sborník prací*. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o, s. 70.

¹² Tripartitum, část I., článek 10.

¹³ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj v postavení prameňa (súkromného) práva platného na území Slovenska do roku 1848. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 1, 2009, č. 1, s. 35.

¹⁴ Tripartitum, část I., článek 11.

právu zákonnou úpravu, nelze se s tím spokojit jako s jediným závazným právním rámcem – vždy je třeba hledat také právní obyčeje, které mohou daný institut upravovat odlišně, a měly aplikační přednost před zákonem.¹⁵ Obyčejové právo vznikem Československa ztratilo na Slovensku možnost najít své písemné vyjádření v závazných rozhodnutích tamních soudů, zejména Královské kurie.¹⁶

3 Koakvizice podle uherského práva

Zatímco v českých zemích a také v Rakousku bylo manželské majetkové právo založeno na výsádním postavení manžela nad manželkou, tedy podřízeném postavení ženy, v rámci uherského obyčejového práva byla žena majetkově samostatná¹⁷, alespoň co se „obyčejných“ vrstev obyvatel týkalo.^{18,19} V případě šlechticů a tzv. honoraciů²⁰ byl za hlavního nabyvatele majetku stále považován manžel, nebylo-li smluvně upraveno jinak.²¹ Koakviziční právo tedy platilo *ipso iure* pouze mezi manželky nešlechtického původu. Důvodem pro tuto odlišnost v rámci majetkoprávního fungování jednotlivých vrstev obyvatel byla zejména skutečnost, že u „obyčejných“ lidí měla manželka stejné zásluhy na rozmnožování společného majetku jako manžel, proto se měli manželé po ukončení společného života rozdělit rovným

¹⁵ Tripartitum pro tuto přednost obsahuje několik dílčích pravidel, např. je-li obyčej pouze místní, není s to zrušit zákon, který mu odporuje, jako celek, ale pouze na území, kde sám obyčej platí. Více Tripartitum, část I., článek 12.

¹⁶ LÁCVLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčej – pramen práva na území Slovenska v období mezivojnové ČSR. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 2, 2010, č. 4, s. 22–35.

¹⁷ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovacia činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutizmu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 112-113.

¹⁸ FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A. *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. Heuréka, 1998, s. 434.

¹⁹ LÁGLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetok manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: *Právni a ekonomické problémy súčasnosti I. Sborník prací*. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o, s. 73.

²⁰ ŠOŠKOVÁ, I. Koakvizícia a otázka skutočného spolužitia manželov v manželskom majetkovom práve platnom na Slovensku (1918-1949). In: VOJÁČEK, J., TAUCHEN, J. *I. česko-slovenské setkání doktorských studentů a postdoktorandů oboru právní historie a římského práva*. Sborník příspěvků z konference. Masarykova univerzita Brno, 2013, s. 324.

²¹ Rozhodnutí Kurie č. 7703/1900. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář ke československému občenskému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 513.

dílem o majetek, který společně nabyli a obhospodařovali.²² Pro otázku, zda koakvizice vznikla či nevznikla, byl podkladem původ/příslušnost manžela v okamžiku uzavření manželství.²³

Další podstatnou otázkou bylo, zda se v případě koakvizičního nároku jedná o nárok dědičný, jak tvrdilo *Tripartitum*²⁴, přičemž jeho charakter mohl být označován jako věcný či dokonce závazkový. V tomto ohledu nebyla jednotná ani mezerovitá legislativa, ani soudní praxe nebo právní věda.²⁵

V Uhersku platilo, že každý z manželů měl svůj vlastní oddělený majetek, který zahrnoval vše, co ten který z manželů nabyl před uzavřením manželství, popřípadě na základě titulů vzniklých před tímto okamžikem. Jednalo se o tzv. vylučný majetek manžela nebo manželky,²⁶ do kterého však byly zařazovány dary, které byly určeny pouze jednomu z manželů, stejně tak majetek nabytý dědictvím nebo odkazem pouze jedním z manželů.²⁷ Do vylučného majetku také patřily všechny předměty, které sloužily výhradně jednomu z manželů, např. věci každodenní osobní potřeby, oblečení apod.²⁸ Tento charakter měly mít také přírůstky na vylučném majetku²⁹, stejně jako náhrada škody způsobené na tomto majetku. Dále si mohli manželé smluvně upravit

22 LUBY, Štefan. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. 2. vyd. Bratislava: Iura Ed, 2002, s. 322–323.

23 Rozhodnutí Kurie č. 464/1915. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 513.

24 PAŽOUT, A. Meziomístne právo při manželských zákonných nárokových majetkoprávních a dedických. In: *Právny obzor*, Ročník XIX (1938), č. 4–5. Právnická jednota na Slovensku a Podkarpatskej Rusi v Bratislave, s. 57 a násl.

25 LÁCLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetek manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: *Právni a ekonomické problémy súčasnosti I*. Sborník prací. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o, s. 85.

26 LÁCLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetek manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: *Právni a ekonomické problémy súčasnosti I*. Sborník prací. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o, s. 73 a násl.

27 Rozhodnutí Kurie č. 6439/1896. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 514.

28 BIČOVSKÝ, J., HOLUB, M., POKORNÝ, M. *Společné jmění manželů*. 2. vyd. Praha: Linde, 2009, s. 22.

29 Ačkoli soudní praxe není v tomto ohledu zcela jednotná, pro koakviziční charakter přírůstku na vylučném majetku svědčí např. Rozhodnutí Kurie č. 3409/1900, opačný názor nalezneme např. v Rozhodnutí Kurie č. 4409/1899. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 514–515.

výčet předmětů, které do tohoto výlučného majetku budou patřit nad rámec obecných zvyklostí či úpravy právních obyčejů.

Vedle výlučných majetků zakládali manželé také společné jmění – majetek, který společně nabyli v době trvání manželství – koakvizici (*coacquisitio coniugum*)³⁰. Koakvizice vznikala podle právních obyčejů, popřípadě na základě smlouvy, kterou spolu manželé uzavřeli, žili-li ve společné domácnosti. Její postupný vznik je patrný nejdříve ve městech, později se právě prostřednictvím právních obyčejů rozšířil také mezi poddané.³¹

Pojem koakvizice lze tedy objasnit jako institut majetkového obyčejového práva, v uherském obyčejovém právu majetek společně nabytý jako souhrn statků, které získali/nabyli manželé po dobu manželského spoluzití/společenství, tedy v době trvání manželství.

K tomu, aby koakvizice vůbec mohla vzniknout, bylo třeba naplnit několik podmínek:

- existence platného manželství,³²
- skutečné spoluzití manželů ve společné domácnosti,³³
- existence majetkového společenství ohledně věcí společně nabytých, a to buď ze zákona, nebo na základě smlouvy.³⁴

Právo na koakvizici tedy nevznikalo uzavřením a trváním manželství bez dalšího, ale předpokládalo společné hospodaření a spoluzití manželů. Do koakvizice tedy nemohl patřit majetek, který manželé nabyli v době „přerušeni“ manželského soužití, avšak toto nezakládalo nárok na její

³⁰ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetek manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: *Právní a ekonomické problémy současnosti I*. Sborník prací. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o, s. 70.

³¹ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 506.

³² LÁCLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetek manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: *Právní a ekonomické problémy současnosti I*. Sborník prací. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o, s. 77 a násl.

³³ Rozhodnutí Kurie č. 752/1911. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 513.

³⁴ ŠOŠKOVÁ, I. Koakvizícia a otázka skutečného spoluzití manželov v manželskom majetkovom práve platnom na Slovensku (1918-1949). In: VOJÁČEK, J., TAUCHEN, J. *I. česko-slovenské setkání doktorských studentů a postdoktorandů oboru právní historie a římského práva*. Sborník příspěvků z konference. Masarykova univerzita Brno, 2013, s. 328.

vypořádání.³⁵ Pokud však manželka manžela opustila, neboť se na ní nebo na dětech dopouštěl násilí, koakvizice pokračovala dále a manželka měla právo na řádný podíl na ní (podrobněji níže).

3.1 Obsah koakvizice

Na určení rozsahu výlučného a koakvizičního majetku měl rozhodující vliv právní důvod jeho nabytí, ale také okamžik nabytí a určení jeho užívání.³⁶ Do koakvizice spadal především majetek získaný prací manželů, úspory, které z těchto prostředků manželé vytvořili, a také všechno, co si manželé v rámci smlouvy do koakvizice zařadili. V určitých případech se majetek mohl stát součástí koakvizice na popud třetí osoby, například dárce nebo zůstavitele. Zde je nutné připomenout, že součástí koakvizice nebyla jen aktiva, ale zahrnovala se do ní také veškerá pasiva, včetně závazků manželů.³⁷ Pasiva tak v sobě zahrnovala veškerá břemena, která manželům vznikla v rámci jejich hospodaření s majetkem, zejména závazky týkající se bezprostředně předmětů v koakvizičním spoluvlastnictví, stejně jako vady na nich.³⁸

Majetek se do koakvizice dostával především samostatným jednáním každého z manželů, ale samozřejmě také na základě společného jednání obou manželů. Svým výlučným majetkem mohl manžel volně disponovat, a to včetně dispozice s jeho přírůstků³⁹, nicméně podle některých zvyklostí mohl jeden z manželů volně nakládat i s majetkem druhého manžela, nejčastějšími případy byly samozřejmě situace, kdy manžel hospodařil i s majetkem své ženy.

³⁵ Rozhodnutí Kurie č. 2097/1897 a č. 2476/1914. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 513-514.

³⁶ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s přihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutismu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 115.

³⁷ BIČOVSKÝ, J., HOLUB, M., POKORNÝ, M. *Společné jmění manželů*. 2. vyd. Praha: Linde, 2009, s. 23.

³⁸ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 507.

³⁹ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 512.

Při stanovování, zda konkrétní majetek v koakvizici je nebo není, nezáleželo na tom, kdo z manželů (či oba společně) majetek vlastně nabyt. ⁴⁰ V některých pramenech však tento aspekt hraje významnou roli v rámci dělení koakvizice: její část, kterou nabyt manžel, se nazývala oddělený/zvláštní majetek manžela; statky nabyté ženou pak nesly označení oddělený/zvláštní majetek manželky. Majetek nabytý oběma manžely tvořil společnou koakvizici.

3.2 Nakládání s majetkem v koakvizici

V době trvání manželství nebylo obecně možné omezit druhého manžela v nakládání s majetkem, který byl at' již podle obyčejového pravidla či smluvně součástí koakvizice. ⁴¹ Regulativem pro toto samostatné nakládání byla samozřejmě hospodárnost jednání a svéprávnost manžela. S majetkem nacházejícím se v koakvizici mohl nakládat každý manžel odděleně nebo oba společně, avšak v obou případech bylo toto nakládání v několika směrech regulováno. ⁴²

Manželům příslušelo ke koakvizici specifické spoluvlastnické právo, zvané „koakviziční spoluvlastnictví“. Po dobu trvání manželského společenství nebylo možné podíl na koakvizici převést na třetí osobu ani žádat o zrušení koakvizice za trvání manželství. ⁴³ Stejně ta nebylo možné majetek, který byl součástí koakvizice, zabavit.

Soudní praxe v Uhersku dovodila, že každý z manželů, pokud jedná samostatně, nakládá s tou částí koakvizice, kterou sám nabyt. ⁴⁴ Jednali-li oba manželé společně, nakládali s tou částí koakvizice, kterou nabyli společně.

⁴⁰ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutizmu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 116.

⁴¹ FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A. *Nástin súkromého práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. Heurčka, 1998, s. 434.

⁴² LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutizmu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 121.

⁴³ BIČOVSKÝ, J., HOLUB, M., POKORNÝ, M. *Společné jmění manželů*. 2. vyd. Praha: Linde, 2009, s. 22-23.

⁴⁴ Rozhodnutí Kurie č. 160/1896. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému občanskému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 515.

Tato pravidla však platila pouze pro nakládání s majetkem v rámci koakvizice tzv. mezi živými. Pro případ smrti (závěť, odkaz) mohl každý se svou částí nakládat pouze do výše jedné poloviny. Navíc v některých oblastech platilo, že svou část koakvizice spravoval každý z manželů samostatně, avšak se společnou částí koakvizice hospodařil manžel⁴⁵ – přežívalo zde nerovné majetkoprávní postavení v manželském společenství.⁴⁶

Nicméně i v uherském obyčejovém právu najdeme meze, které manželů bránily v neuváženém nakládání s majetkem nacházejícím se v koakvizici. V době trvání manželství nebylo možné obecně ručit majetkem, který se nacházel v koakvizici, za závazky vůči třetím osobám. Ze společné části koakvizičního majetku také nebylo možné cokoli zcizit ani darovat bez souhlasu druhého manžela.⁴⁷ Souhlas manželky s právním jednáním manžela, které se týkalo její části koakvizice, byl nezbytnou podmínkou platnosti takového jednání. K tomu nutno dodat, že tato ochrana manželky působila i vůči třetím osobám, byť by tyto byly v dobré víře. Právu manželky na koakvizici nebránila ani skutečnost, že z důvodu nemoci nebo těhotenství nemohla po určitou dobu vykonávat práci na společném hospodářství.⁴⁸

V rámci ochrany koakvizice v případech exekucí nebo konkurzů na majetek jednoho z manželů platilo, že za vlastní oddělené dluhy, např. závazky vzniklé před uzavřením manželství a vznikem koakvizice, či závazky *ex delicto* (např. náhrada škody), bylo možné ručit pouze do výše vlastního výlučného majetku, v některých případech navíc do výše oddělené koakvizice. Za dluhy váznoucí na majetku v koakvizici pak samozřejmě manželé ručili společně do výše koakvizice jako celku.

⁴⁵ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovací činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutismu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 121-123.

⁴⁶ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 508.

⁴⁷ Rozhodnutí Kurie č. 4026/1900. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 516.

⁴⁸ Úřední sbírka č. 2826. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 514.

Jiného názoru než teorie, však byla soudní praxe, která při rozdělení koakvizice či exekuci na majetek jednoho z manželů vždy trvala na vyrovnání všech dluhů a závazků nehledě na prostředky, ze kterých budou splněny, a teprve následně na podíly manželů. Pro ochranu svého majetku nabytého do koakvizice mohla manželka žalovat na vyloučení tohoto majetku z konkurzní podstaty.⁴⁹

Nejvíce sporných otázek spojených s koakvizicí nalézáme ohledem vymáhání pohledávek za některým z manželů, neboť často nebylo zcela jasné, který majetek je při vymáhání závazků postižitelný. Dalším problémem bylo takové vymáhání v situaci, kdy manželství a tedy i koakvizice zanikly smrtí jednoho z manželů nebo rozvodem/rozlukou manželství.⁵⁰

3.3 Zrušení a vypořádání koakvizice

K rozdělení koakvizice mohlo za života obou manželů dojít pouze při zrušení manželství⁵¹ a při rozvodu „od stolu a lože“⁵², který byl na konci 19. století z hlediska majetkoprávního v uherském právu postaven na roveň rozluce.⁵³ Dokud manželství trvalo, neměla koakvizice žádný praktický účinek.⁵⁴ Z toho mimo jiné vyplývá, že např. prohlášením jednoho z manželů za nezvěstného se sice rušilo manželské společenství a nabývání majetku do koakvizice, avšak k jejímu ukončení a vypořádání mohlo dojít

⁴⁹ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 509.

⁵⁰ BIČOVSKÝ, J., HOLUB, M., POKORNÝ, M. *Společné jmění manželů*. 2. vyd. Praha: Linde, 2009, s. 23.

⁵¹ ŠOŠKOVÁ, I. Koakvizice a otázka skutečného spoluzítia manželov v manželskom majetkovom práve platnom na Slovensku (1918-1949). In: VOJÁČEK, J., TAUCHEN, J. *I. česko-slovenské setkání doktorských studentů a postdoktorandů oboru právní historie a římského práva*. Sborník příspěvků z konference. Masarykova univerzita Brno, 2013, s. 327.

⁵² Rozhodnutí Kurie 3865/1886. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 516.

⁵³ K tomu nutno připomenout, že „rozvod od stolu a lože“ neznamenal definitivní konec manželského společenství, jak tento pojem vnímáme dnešní terminologií. „Rozvod“ v současném slova smyslu byl do roku 1949 vyjadřován pojmem „rozlučka“. Teprve tato představovala definitivní konec manželství se všemi následky a účinky. Více: POSPÍŠILOVÁ, M. Vina na rozluce a rozvodu v judikatuře Nejvyššího soudu Československé republiky v letech 1918 – 1938. In: *Odpovědnost v právu, část IV. sborníku konference Dny práva 2015*. Brno: Masarykova univerzita, 2016, s. 174 a násl.

⁵⁴ FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A. *Nástin súkromého práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. Heurčka, 1998, s. 436.

až poté, co byl tento manžel soudem pravomocně prohlášen za mrtvého. Konkrétní pravidla pro vypořádání koakvizice bylo třeba vždy posuzovat podle norem platných v době uzavření manželství a vzniku koakvizice.⁵⁵ Při určování, zda daná věc patřila do koakvizičního majetku, nezáleželo na tom, kdo konkrétně majetek nabyl, presumoval se koakviziční charakter takového majetku.⁵⁶

Hodnota majetku v koakvizici byla nejčastěji vypočítávána jako rozdíl mezi hodnotou majetku v okamžiku ukončení manželského soužití a hodnotou majetků, které náležely každému z manželů před uzavřením manželství (popř. které získali manželé do výlučných vlastnictví ze specifických důvodů, např. děděním).⁵⁷

Soudní praxe v Uhersku a následně na Slovensku při vypořádávání koakvizice pracovala s tzv. reálným rozdělovacím systémem.⁵⁸ Tento vycházel především z myšlenky, že v konkrétním případě není koakvizice, pokud aktiva v době likvidace rodinného majetku nepřevyšují výlučné majetky manželů a pasiva koakvizice.⁵⁹ Při zjišťování hodnoty k vypořádání tedy nebylo relevantní původ majetku, který měl být rozdělen, ale posuzoval se rozdíl mezi „celým majetkem rodinným“ a výlučným majetkem obou manželů. Tento systém byl téměř výlučně uplatňován v judikatuře Nejvyššího soudu Československé republiky (po jejím vzniku v roce 1918 a zřízení této nejvyšší soudní instance v roce 1919).⁶⁰

⁵⁵ Rozhodnutí Kurie 6998/1873. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 513.

⁵⁶ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetek manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: *Právní a ekonomické problémy současnosti I*. Sborník prací. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o, s. 78.

⁵⁷ LUBÝ, Štefan. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. 2. vyd. Bratislava: Iura Ed, 2002, s. 322.

⁵⁸ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 509.

⁵⁹ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetek manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: *Právní a ekonomické problémy současnosti I*. Sborník prací. Ostrava: KEY Publishing, s. r. o, s. 82 a násl.

⁶⁰ LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovacia činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutizmu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 129.

Oproti tomuto systému stál tzv. systém ideální, který byl předmětem zejména vědy uherského práva.⁶¹ Podle této teorie měl být při zániku a vypořádání koakvizice nejdříve zjištěn objem celého majetku, který manželé nabyli za dobu trvání manželství, a následně vyloučeny ty statky, které patřily do odděleného/výlučného vlastnictví obou manželů. Navíc platila domněnka koakvizičního charakteru majetku – nebylo-li zřejmé, zda určitý majetek je nebo není součástí koakvizice, presumovala se pozitivní odpověď na tuto otázku, pokud se jednalo o majetek, který nabyli manželé nebo alespoň jeden z nich v době trvání manželství.⁶²

Koakvizice se následně dělila rovným dílem mezi manžele, a to v ideálním případě *in natura*. V případě, kdy nebylo možné reálné rozdělení majetku, byla vyplácena jeho hodnota v penězích.

4 Vývojové tendence v uherském právu a koakvizice v československém a českém právu po roce 1918 – stručný exkurz

Právní úprava koakvizice se v novověkém Uhersku stala dílčí součástí několika psaných zákonů, konkrétně zákonného článku LXVII/1622 a později zákonného článku XLIX/1723, avšak tato úprava nikdy nenabyla dostatečné komplexnosti.⁶³ Vývoj právní úpravy majetku společně nabytého oběma manžely dovršil v roce 1840 zákonný článek VIII/1840, respektive jeho § 8, který výslovně upravil otázku, že „u poddaných“ patří koakvizice rovným dílem oběma manželům.

Zákony vydané v revolučních letech 1848–1849 zrušily sice převážnou většinu veřejnoprávních rozdílů mezi společenskými vrstvami, avšak rozdílů

⁶¹ ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODĚX Bohemia, 1998, s. 510.

⁶² LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848–1938). In: SCHELLE, K., TAUCHEN, J. *Stát a právo v období absolutismu*. Masarykova univerzita Brno, 2005, s. 127–128.

⁶³ Základním pramenem manželského majetkového práva v Uhersku zůstaly právní obyčeje, které byly dále rozvíjeny a upřesňovány soudní praxí, ale některé dílčí otázky se staly předmětem úpravy v několika zákonných člancích (právních předpisech). LÁCLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. *Pramene práva na území Slovenska II*. s. 310–314.

na poli práva rodinného a majetkového zůstaly zachovány.⁶⁴ Hlavním pramenem poznání o uherském soukromém právu a koakvizici však nadále zůstala soudní praxe a obyčejové právo, které však jen pomalu reagovalo na nové státoprávní poměry. Dalším důležitým předělem pak byl rok 1918 a rozdělení Uherska mezi samostatné Maďarsko a Československo.

Jak už bylo zmíněno výše, úprava koakvizice podle uherského obyčejového práva zůstala na území Československa platná i po roce 1918,⁶⁵ a to pouze na území Slovenska.⁶⁶ I přes kodifikační snahy zákonodárců⁶⁷ se v meziválečném období nepodařilo občanské právo sjednotit pro celé území republiky.⁶⁸ K unifikaci a zároveň vydání jediné platné zákonné úpravy koakvizice došlo až po druhé světové válce, zákon č. 141/1950 Sb., tzv. střední občanský zákoník však tento institut nahradil „zákonným majetkovým společenstvím“.

Následně byly principy koakvizice uplatňované v uherském právu vtěleny do bezpodílového spoluvlastnictví manželů zákonem č. 40/1964 Sb., občanským zákoníkem. Návrat koakvizice do českého práva znamenala až novela občanského zákoníku č. 509/1991 Sb.⁶⁹ I dnes, v rámci zákona č. 89/2012 Sb., „nového“ občanského zákoníku, je institut koakvizice v manželském majetkovém právu zachován pod pojmem „společné jmění (manželů)“.⁷⁰

64 ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998, s. 511.

65 PAŽOUT, A. Medzimiestne právo při manželských zákonných nárokových právních a dedických. In: *Právní obzor*, ročník XIX (1938), č. 4-5. Právnická jednota na Slovensku a Podkarpatskej Rusi v Bratislave, s. 57 a násl.

66 DVOŘÁK, J. Zamýšlení nad právní úpravou společného jmění manželů. In: *Soudní rozhledy*, 12/2007, s. 453.

67 KÉPPICH, A. Ohrožená koakvizícia. In: *Právní obzor*, ročník XXI (1938), Právnická jednota na Slovensku a Podkarpatskej Rusi v Bratislave, s. 472 a násl.

68 HRUŠÁKOVÁ, M. *Občanský zákoník: komentář. II, Rodinné právo (§ 655-975)*. Praha, C. H. Beck, 2014, s. XX a násl.

69 Výslovná úprava koakvizice byla obsahem ustanovení § 143a, odst. 2: „Manželé mohou dále smlouvou uzavřenou formou notářského zápisu vyhradit zcela nebo zčásti vznik společného jmění manželů ke dni zániku manželství, pokud nejde o věci tvořící obvyklé vybavení společné domácnosti.“

70 Obecně jsou možné podoby koakvizice upraveny v ustanovení § 708 „nového“ občanského zákoníku: „(1) To, co manželům náleží, má majetkovou hodnotu a není vyloučeno z právních poměrů, je součástí společného jmění manželů (dále jen „společné jmění“). To neplatí, zanikne-li společné jmění za trvání manželství na základě zákona. (2) Společné jmění podléhá zákonnému režimu, nebo smluvnému režimu, anebo režimu založenému rozhodnutím soudu.“

5 Závěr

Institut koakvizice prošel v rámci uherského obyčejového právo, po velmi dlouhou dobu nepsaného, stejně jako všechny právní instrumenty, dlouhým vývojem, který jsme se pokusili v příspěvku nastínit. Z původně mlčky přijímaných pravidel se staly pasáže v soukromých sbírkách právních norem, následně byly vtěleny právních předpisů, na území Uherska do zákonných článků, které se po první světové válce staly součástí československého právního řádu.

Jak bylo nastíněno výše, úprava koakvizice jako (dnešní terminologií) „společného jmění manželů“ byla poměrně obecná, alespoň co se týká obyčejových pravidel, jejichž detaily a praktické dopady velmi podrobně upravovala soudní praxe, která s jednotlivými dílčími otázkami pracovala původně velmi kazuisticky. I pro dnešní právní vědce a teoretiky je proto uherské obyčejové právo velmi podstatným zdrojem poznání o fungování dnešních právních institutů.

Tento příspěvek si nekladl za cíl komplexní a podrobné rozebrání koakvizice jako způsobu majetkoprávního společenství manželů. Tento cíl by byl příliš ambiciózní i s ohledem na skutečnost, že podstatu právní úpravy koakvizice uplatňované na našem území je třeba hledat ve starém, z části stále neprozkoumaném uherském obyčejovém právu. Naopak – tento příspěvek slouží jako shrnutí základních právních pravidel upravujících koakvizici a zvýraznění těch oblastí, které byly v minulosti nejvíce problematické. Závěrem lze konstatovat, že i dnes je tento institut nevyčerpaným zdrojem otázek.

Literature

BIČOVSKÝ, J., HOLUB, M., POKORNÝ, M. *Společné jmění manželů*. 2. vyd. Praha: Linde, 2009. ISBN 978-80-7201-747-8.

CECHLOVÁ, E., TRUTNOVÁ, J. Historie, současnost a budoucnost institutu společné jmění manželů. In: *Ad Notam*, Notářská komora v ČR, Praha, 2/2006. ISSN 1211-0558.

DVOŘÁK, J. Zamyšlení nad právní úpravou společného jmění manželů. In: *Soudní rozhledy*, Nakladatelství C. H. Beck, 12/2007. ISSN 1211-4405.

- FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A. *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a v Podkarpatskej Rusi (so zreteľom aj na banské-, konkursné-, obchodné- a zmenkové právo a na právne predpisy o pozemkovej reforme)*. Bratislava: Právnická jednota na Slovensku, 1924.
- HRUŠÁKOVÁ, M. *Občiansky zákoník: komentár. II, Rodinné právo (§ 655-975)*. Praha, C. H. Beck, 2014. ISBN 978-80-7400-503-9.
- HRUŠÁKOVÁ, M. *Zákon o rodině: komentář. 3. vyd.* Praha: C. H. Beck, 2005. ISBN 80-7179-912-2.
- KEPPICH, A. Ohrozená koakvizícia. In: *Právny obzor*, ročník XXI (1938). Bratislava: Právnická jednota na Slovensku a Podkarpatskej Rusi.
- LÁCLAVÍKOVÁ, M. Inštitút osobitného majetku manželov a jeho uplatnenie v uhorskom a československom manželskom majetkovom práve s prihliadnutím na rozhodovaciu činnosť Kráľovskej Kúrie a Najvyššieho súdu Československej republiky (1848-1938). In: SCHELLE, K., VOJÁČEK, L. *Stát a právo v období absolutizmu: sborník*. Brno: Masarykova univerzita, 2005. ISBN 80-210-3899-3.
- LÁCLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj – prameň práva na území Slovenska v období medzivojnovnej ČSR. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 2, 2010, č. 4.
- LÁCLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj v postavení prameňa (súkromného) práva platného na území Slovenska do roku 1848. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 1, 2009, č. 1.
- LÁCLAVÍKOVÁ, M. Spolunadobudnutý majetok manželov (koakvizícia) a formovanie modernej úpravy majetkových vzťahov medzi manželmi (1848-1950). In: SCHELLE, K. *Právni a ekonomické problémy súčasnosti: sborník prací. I*. Ostrava: Key Publishing, 2007. ISBN 978-80-87071-10-6.
- LÁCLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. *Pramene práva na území Slovenska II. (1790-1918)*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2012. ISBN 978-80-8082-506-5.
- LAVICKÝ, P. *Občiansky zákoník: komentár*. Praha: C. H. Beck, 2015. ISBN 978-80-7400-529-9.
- LUBY, Štefan. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. 2. vyd. Bratislava: Iura Ed, 2002. ISBN 80-89047-48-3.

- PAVELKOVÁ, B. *Zákon o rodině: komentár*. Praha: C. H. Beck, 2011. ISBN 978-80-7400-359-2.
- PAŽOUT, A. Medzimiestne právo při manželských zákonných nárokoch majetkoprávních a dedických. In: *Právní obzor*, ročník XIX (1938), č. 4-5. Bratislava: Právnícká jednota na Slovensku a Podkarpatskej Rusi.
- POSPÍŠILOVÁ, M. Vina na rozluce a rozvodu v judikatuře Nejvyššího soudu Československé republiky v letech 1918–1938. In: *Odpovědnost v právu, část IV. sborníku konference Dny práva 2015*. Brno: Masarykova univerzita, 2016. ISBN 978-80-210-8197-0.
- ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentár k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Praha: CODEX Bohemia, 1998. ISBN 80-85963-90-6.
- SCHELLE, K. a kolektiv. *Právní dějiny*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2007, 1134 s. ISBN 978-80-7380-043-7.
- ŠOŠKOVÁ, I. Koakvizícia a otázka skutečného spolužitia manželov v manželskom majetkovom práve platnom na Slovensku (1918-1949). In: VOJÁČEK, J., TAUCHEN, J. *I. česko-slovenské setkání doktorských studentů a postdoktorandů oboru právní historie a římského práva. Sborník příspěvků z konference*. Brno: Masarykova univerzita, 2013. Spisy Právnícké fakulty Masarykovy univerzity. ISBN 978-80-210-6381-5. Dostupné také z: <http://www.law.muni.cz/sborniky/dejiny2013/setkani2013.pdf>
- VOJÁČEK, L., SCHELLE, K., KNOLL, V. *České právní dějiny*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 684 s. ISBN 978-80-7380-127-4.
- WERBŐCZI, I., ŠTENPIEN, E. *Tripartitum*. Bratislava: Eurokodex, 2008. ISBN 978-80-89363-24-7.

Contact – e-mail

m.pospisilova2@gmail.com, 378427@law.muni.cz

Vývoj a miesto obyčajových pravidiel v medzinárodnom investičnom práve

Ivan Puškár

Masarykova univerzita, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá obyčajovými pravidlami v medzinárodnom investičnom práve v kontexte historického vývoja a premenami úlohy, ktorú zohrávali v oblasti práva ochrany zahraničných investícií. Zároveň posudzuje relevanciu a súčasnú rolu, ktorú medzinárodná obyčaj zohráva v tomto odvetví medzinárodného práva, a to s ohľadom na vysoký počet existujúcich dohôd o podpore a ochrane investícií.

Keywords in original language

Medzinárodná obyčaj; bilaterálne investičné zmluvy (BITs); medzinárodné investičné právo; investičná arbitráž.

Abstract

Article deals with description of customary rules in international investment law in context of historical development and change of their role, which they played in the field of law on protection of foreign investment. Article considers also relevance and contemporary role, which is international custom still playing in this field of international law with regards to treatification phenomenon in the case of bilateral investment treaties.

Keywords

International Custom; Bilateral Investment Treaties (BITs); International Investment Law; Investment Arbitration.

1 Úvod

Medzinárodná obyčaj je najstarším a pôvodným prameňom nielen medzinárodného práva, ale aj práva všeobecne ako takého. Medzinárodné zmluvy sú bezpochyby najpočetnejším prameňom, nemožno však povedať,

že by význam obyčajových pravidiel v súčasnosti upadal.¹ Článok 38 písm. b) Štatútu Medzinárodného súdneho dvora definuje obyčaj ako dôkaz všeobecnej praxe prijímanej za právo. Na rozdiel od medzinárodných zmlúv preto obyčaj predstavuje nepísané pravidlo medzinárodného práva, ktorému štáty priznávajú právne záväznú povahu, pričom záväznosť obyčajových pravidiel ako prameňa medzinárodného práva sa nijako neodlišuje od záväznosti medzinárodných zmlúv. Obyčaj sa odlišuje procesom svojej tvorby a spôsobom vyjadrenia súhlasu s ňou. Základom procesu tvorby obyčaje je prax štátov, ktorá zvyčajne nebýva koordinovaná, avšak skôr spontánna a reagujúca na konkrétne potreby štátov prípadne vonkajšie podnety bez vedomého úmyslu vytvorenia nového záväzného pravidla medzinárodného práva. Medzištátna prax a rovnako aj veda medzinárodného práva potvrdzujú, že na to, aby nepísané pravidlo nadobudlo povahu pravidla právne záväzného, musia byť splnené dva základné prvky obyčajovej normotvorby, a to materiálny, spočívajúci v jeho používaní v praxi po určité obdobie (*usus longaevus*), a psychologický, ktorý spočíva v presvedčení štátov o jeho právnej záväznosti (*opinio iuris sive necessitatis*).² Pre vznik obyčaje sa vyžaduje splnenie oboch prvkov.³

Môžeme konštatovať, že otázka obyčajového medzinárodného práva zostáva v popredí záujmu vedy medzinárodného práva. Nejde však pritom len o otázku či a aký vplyv ma skoro 3000 uzavretých bilaterálnych investičných zmlúv (ďalej len „BIT“⁴) na vývoj obyčajových pravidiel.⁴ Podľa najnovšej správy Konferencie OSN pre obchod a rozvoj (UNCTAD, 2015) poskytuje investorom ochranu ich investícií 3268 medzinárodných dohôd

1 Vysvetlenie a zdôvodnenie tohto (nielen) autorovho presvedčenia prinášajú nasledujúce riadky.

2 KLUČKA, Ján. *Medzinárodné právo verejné: (všeobecná a osobitná časť)*. 2., dopln. a prepr. vyd. Bratislava: Iura edition, 2011, s. 113.

3 K medzinárodnej obyčaji všeobecne bližšie pozri napr.: MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr ke jiným právním systémům*. 6., upr. a dopl. vyd. Brno: Doplněk, 2014, s. 153–162; KLUČKA, Ján. *Medzinárodné právo verejné: (všeobecná a osobitná časť)*. 2., dopln. a prepr. vyd. Bratislava: Iura edition, 2011, s. 113–118; ČEPELKA, Čestmír a Pavel ŠTURMA. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 98–112; SHAW, Malcolm N. *International law*. 6th ed. New York: Cambridge University Press, c2008, s. 72–93.

4 ŠTURMA, Pavel, BALAŠ, Vladimír. *Mezinárodní ekonomické právo*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 340.

o ochrane investícií, zahŕňajúcich 2923 bilaterálnych investičných zmlúv.⁵ Je preto nepopierateľným faktom, že pre všetky praktické účely sa medzinárodné zmluvy stali základným prameňom medzinárodného práva v oblasti zahraničných investícií. Fakt, že medzinárodné investičné právo je do značnej miery založené na bilaterálnych zmluvách je jednoznačne jeho najvýraznejší rys v porovnaní s inými oblasťami medzinárodného práva. Prečo by sme sa teda mali zaoberať obyčajovými pravidlami v súčasnom medzinárodnom investičnom práve, keď zahraniční investori v skutočnosti získavajú dostatočnú ochranu v rámci početných investičných dohôd, ktoré boli prijaté na úrovni štátov v posledných desaťročiach? Inými slovami, prečo je medzinárodná obyczaj relevantná aj dnes, pri existencii toľkých BITs?

2 Obyčajové pravidlá medzinárodného investičného práva v historickom kontexte

Skôr než sa bližšie pozrieme na miesto obyčajových pravidiel v medzinárodnom investičnom práve, budeme sa stručne venovať evolúcii meniaceho sa významu prameňov medzinárodného investičného práva v poslednom storočí. Zvyčajne sa v literatúre uvádza, že režim ochrany investícií má svoje korene v medzinárodnej ochrane cudzincov v zahraničí.⁶ Ochrana cudzincov podľa medzinárodného práva mala podobu medzinárodného minimálneho štandardu zaobchádzania, na ktorý boli cudzinci v zahraničí oprávnení. Nebude žiadnym prekvapením, že v tej dobe, cudzinci spadajúci pod takúto ochranu boli predovšetkým investori. Je pravdou, že tieto pravidlá o ochrane cudzincov neboli obmedzené len na ochranu ich majetku pred nezákonným vyvlastnením, ale tiež upravovali štandardy pre zaobchádzanie s cudzincami, týkajúce sa ich života a bezpečnosti.

Minimálny štandard zaobchádzania (*Minimum Standard of Treatment*, ďalej len „*MST*“) sa objavil na začiatku 20. storočia ako základný štandard pre zaobchádzanie, ktoré malo byť uložené všetkým štátom a poskytnuté všetkým zahraničným investorom, bez ohľadu na úroveň zaobchádzania

⁵ UNCTAD, Recent Trends, in IIAs and ISDS, (2015) 1 IIA Issues Note 2. Dostupné z: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

⁶ ŠTURMA, Pavel, BALAŠ, Vladimír. *Ochrana medzinárodných investíc v kontextu obecného medzinárodného práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012, s. 29.

už poskytovanú štátom jeho vlastným občanom.⁷ Obsah tohto štandardu bol vymedzený obdobím pred prvou svetovou vojnou v reakcii na konfiškáciu majetku zahraničných investorov v Rusku a Mexiku. Formuloval sa názor, že ochrana zahraničných investícií má byť podriadená verejnému blahu (*common welfare*). Následne, Mexiko a ďalšie štáty Latinskej Ameriky podporili tzv. Calvovu doktrínu (*Calvo doctrine*). Širšia interpretácia tejto doktríny hlásala, že cudzinci by nemali mať viac práv ako občania hostiteľského štátu. V 20-tych a 30-tych rokoch 20. storočia medzinárodnoprávna teória postupne zdokonalila tento koncept a do konca druhej svetovej vojny bol chápaný ako zavedené obyčajové pravidlo. To isté možno povedať o všeobecnom zákaze vyvlastnenia bez náhrady.⁸

V 60-tych a 70-tych rokoch, novovzniknuté nezávislé štáty začali spochybňovať existenciu MST štandardu a povinnosť poskytnúť plnú náhradu v prípade vyvlastnenia. Zatiaľ čo MST štandard nakoniec prežil tieto udalosti, tento odpor mal ďalší dôsledok. Označuje rozhodujúci okamih v histórii investičného práva. Dovtedy bola obyčaj prevládajúci zdrojom záväzkov štátov v medzinárodnom práve, silný odpor veľkej časti štátov však poslúžil oslabeniu pevnosti tradičného medzinárodnoprávneho rámca pre zahraničné investície.⁹ Teda zatiaľ čo rozvinuté štáty zastávali názor, že obyčajové pravidlá existovali, taktiež uznali, že ich efektivita bola obmedzená v dôsledku dôraznej opozície veľkého počtu štátov. V skutočnosti, ako rozvinuté, tak aj rozvojové štáty vnímali tieto pravidlá ako neúčinné v poskytovaní základnej právnej ochrany pre zahraničných investorov.¹⁰ Práve v tomto historickom kontexte, v deväťdesiatych rokoch 20. storočia, štáty začali uzatvárať početné BITs, ktoré poskytovali jasnejšie pravidlá o ochrane investícií. Možno povedať, že to spôsobila tá skutočnosť, že obyčajové

7 PAPARINSKIS, Mārtiņš. *The international minimum standard and fair and equitable treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 39–83.

8 DUMBERRY, Patrick. A Few Observations on the Remaining Fundamental Importance of Customary Rules in the Age of Treatification of International Investment Law. *ASA Bulletin*. 2016. Volume 34, s. 42.

9 SALACUSE, Jeswald W. *The law of investment treaties*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 45–46.

10 D'ASPRÉMONT, Jean. International Customary Investment Law: Story of a Paradox. In: GAZZINI, Tarcisio, de BRABANDERE, Eric. *International investment law: the sources of rights and obligations*. Boston: M. Nijhoff Publishers, 2012, s. 16.

právo bolo považované za príliš amorfne a neschopné poskytnúť dostatočné vodítko a ochranu pre zahraničných investorov. Preto štáty začali „freneticky“ uzatvárať BITs.

Otázka významu obyčaje je v súčasnom medzinárodnom práve časťou väčšej diskusie. Obyčaj mala historicky dominantnú úlohu ako prameň medzinárodného práva, avšak posledné storočie bolo poznačené narastajúcim významom zmlúv v mnohých oblastiach činností na medzinárodnom poli. Množstvo autorov často hovorí o nadradenosti zmlúv nad obyčajmi pre rozvoj medzinárodných pravidiel. Dokonca sa objavuje aj názor, že obyčaj sa stala irelevantnou v modernom medzinárodnom práve.¹¹ Hmatateľným znakom pretrvávajúcej relevantnosti obyčaje aj dnes je nedávne rozhodnutie Komisie pre medzinárodné právo z roku 2012 zaradiť tému Identifikácia medzinárodného obyčajového práva do programu svojej práce. Osobitný spravodajca Michael Wood vo svojej správe vysvetlil prečo je obyčaj relevantná aj dnes: „Dokonca aj v oblastiach, kde sú všeobecne prijímané kodifikačné konvencie, pravidlá obyčajového práva naďalej upravujú otázky neregulované konvenciami a naďalej sa uplatňujú vo vzťahoch so štátmi, ktoré nie sú ich stranami a medzi nimi. Pravidlá medzinárodného obyčajového práva môžu tiež vyplňať prípadné medzery v zmluvách a pomáhať pri ich interpretácii.“¹² To sú rovnaké tri dôvody, ktoré boli identifikované aj v prípade Amoco.¹³ Na uvedené tradičné dôvody sa teda pozrieme podrobnejšie z hľadiska medzinárodného investičného práva.

3 Obyčajové pravidlá ako použiteľný právny režim v prípade absencie akejkoľvek BIT

Hoci existuje množstvo BITs, stále nezahrňajú celé spektrum možných bilaterálnych zmluvných vzťahov medzi štátmi. BITs v skutočnosti pokrývajú iba približne 13% z celkového počtu bilaterálnych vzťahov medzi štátmi

11 GOLDSMITH, J.L., POSNER, E.A. Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law. *Virginia JIL*, 2000, Volume 40, s. 640.

12 International Law Commission, First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, by Michael Wood, Special Rapporteur, Sixty-fifth session, Geneva, 6 May-7 June and 8 July-9 August 2013, UN doc. A/CN.4/663.

13 Amoco Int'l Fin. Corp. v. Iran, Iran-US CT, 14 July 1987, in ILR 83 (1990), para. 112: „the rules of customary law may be useful in order to fill in possible lacunae of the treaty, to ascertain the meaning of undefined terms in the text or, more generally, to aid the interpretation and implementation of its provision“

na celom svete.¹⁴ Vzhľadom nato, že BIT je záväzná len pre strany zmluvy a nie pre tretie strany,¹⁵ obmedzený celosvetový geografický rozsah dvojstranných investičných zmlúv má nutne za následok medzery v právnej ochrane zahraničných investícií. Z tohto dôvodu zahraničný investor pochádzajúci zo štátu, ktorý neuzavrel BIT so štátom, kde sa investícia uskutočnila, nebude mať právnu ochranu, ktorá by mu inak bola zvyčajne zabezpečená v rámci tejto zmluvy. Tento investor však stále dostane nejakú právnu ochranu na základe kontraktu alebo podľa vnútroštátnych právnych predpisov krajiny, kde sa realizovala jeho investícia. Bude však tiež profitovať z existujúcich obyčajových pravidiel v oblasti medzinárodného investičného práva. Obyčaj sa teda vzťahuje na všetky štáty, vrátane tých, ktoré neuzavreli žiadnu BIT. Obyčajových pravidiel sa preto môže dovolávať hociktorý zahraničný investor bez ohľadu na to, či štát jeho pôvodu uzavrel BIT so štátom, kde bola realizovaná jeho investícia. Obyčaj sa teda javí ako použiteľný právny režim pri absencii akejkoľvek BIT. To je prvým dôvodom prečo určenie obsahu obyčajových pravidiel zostáva naďalej podstatným.

4 Výslovný odkaz na obyčajové pravidlo v medzinárodných dohodách o ochrane investícií

V tomto prípade prichádzajú do úvahy tri situácie, kedy je úloha obyčajového pravidla dôležitá: a) BIT výslovne odkazuje na aplikáciu medzinárodného obyčajového práva, b) význam obyčaje je tiež nepopierateľný, keď jedna zo strán zmluvy argumentuje v konaní pred tribunálom, že určité ustanovenie treba vykladať s prihliadnutím na obyčajové pravidlo a c) keď zmluva vyžaduje výklad jej ustanovení v súlade s obyčajovým medzinárodným právom.

4.1 Výslovný odkaz BIT na obyčajové pravidlá

Jedným zo základných dôvodov pre pretrvávajúcu dôležitosť obyčajových pravidiel teda je, že niekoľko BIT výslovne odkazuje na uplatňovanie medzinárodného obyčajového práva. Arbitrážny tribunál musí v tomto prípade

¹⁴ GAZZINI, Tarcisio. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. *J. World Invest. & Trade*, 2007, Volume 8, s. 691.

¹⁵ Viedenský dohovor o zmluvnom práve (Vienna Convention on the Law of Treaties), Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 15/1988 Zb. Čl. 34.

nutne určovať obsah obyčajového pravidla, keď čelí takémuto osobitnému ustanoveniu. Takýto priamy odkaz na obyčaj môžeme niekedy nájsť v doložke zásady spravodlivého a rovného zaobchádzania (*fair and equitable treatment*, ďalej len „FET“). Jedná sa však o pomerne nový fenomén. Vzhľadom k tomu, že FET štandard vzbudzoval rozmanité a konfliktné výklady týkajúce sa jeho rozsahu a obsahu, rad štátov začal vo svojich BITs explicitne špecifikovať, že tento štandard nie je spojený len s medzinárodným právom, ale že je to v skutočnosti odkaz na minimálny štandard ochrany (MST) podľa medzinárodného obyčajového práva.¹⁶ Najjasnejším príkladom takejto reakcie je tá týkajúca sa strán Severoamerickej dohody o voľnom obchode (*North American Free Trade Agreement*, ďalej len „NAFTA“) a jej článku 1105. Podľa tohto ustanovenia strany NAFTA musia priznať „spravodlivé a rovné zaobchádzanie“ na základe medzinárodného práva pre zahraničných investorov. Strany uvedenej dohody v roku 2001 vydali svoje Poznámky k výkladu niektorých ustanovení kapitoly 11, zahŕňajúcej článok 1105¹⁷. Tieto poznámky okrem iného objasňujú, že článok 1105 stanovuje minimálny štandard ochrany pre cudzincov založený na medzinárodnom obyčajovom práve ako minimálny štandard zaobchádzania, ktorý má byť poskytnutý investíciám investorov druhej strany.¹⁸ Strany NAFTA následne opakovane vo svojich stanoviskách v konaniach pred tribunálmi argumentovali obyčajový charakter minimálneho štandardu ochrany použiteľného na základe článku 1105. Je potrebné poznamenať, že Spojené štáty a Kanada nasledovali neskôr tento prístup vo svojich modelových BITs (obe prijaté v roku 2004).¹⁹

4.2 Strany odkazujú na obyčajové pravidlá v konaní pred tribunálom, keď o tomto koncepte chýba zmienka v BIT

Väčšina BITs zahŕňa takzvané autonómne alebo stand-alone doložky FET, kde nie je štandard zaobchádzania prepojený na medzinárodné právo alebo

¹⁶ UNCTAD. *Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*. United Nations (2012), s. 29.

¹⁷ ŠTURMA, Pavel, BALAŠ, Vladimír. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodného práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012, s. 30.

¹⁸ DUMBERRY, Patrick. A Few Observations on the Remaining Fundamental Importance of Customary Rules in the Age of Treatification of International Investment Law. *ASA Bulletin*, 2016, volume 34, s. 48.

¹⁹ US Model BIT (2004). Canadian FIPA Model (2004).

minimálny štandard ochrany podľa obyčajového pravidla. Inými slovami, tieto FET doložky neobsahujú žiadny odkaz na obyčajové pravidlá. V rade rozhodcovských konaní však štáty na strane odporcov vo svojich vyjadreniach argumentovali, že takáto autonómna FET doložka by sa mala vykladať ako odkaz na MST podľa obyčajového práva.²⁰

Najmä niektoré krajiny Južnej Ameriky vyjadrili názor, že autonómna FET doložka je v skutočnosti odkaz na MST podľa medzinárodného obyčajového práva. Napríklad Argentína opakovane argumentovala, že koncept FET „*nezakladá autonómny a nezávislý štandard, ale skôr sa zboduje s minimálnym štandardom*“ na základe obyčaje.²¹ Množstvo štátov vrátane ČR argumentovalo podobne ako Gruzínsko v prípade *Kardassopoulos*, že „štandard FET je objektívnym štandardom synonymným s medzinárodným obyčajovým právom.“²²

4.3 Zmluvy požadujú od tribunálu interpretovať ustanovenia BIT v súlade s obyčajovým pravidlom

Význam obyčajových pravidiel je taktiež nepopierateľný, keď je od tribunálu požadované interpretovať zmluvné ustanovenia BIT v súlade s medzinárodným obyčajovým právom. Za dobrý príklad možno považovať ustanovenie, ktoré môžeme nájsť v dohode CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) medzi EÚ a Kanadou, ktorá stanovuje, že „tribunál ustanovený na základe tejto kapitoly má vydať svoje rozhodnutie konzistentné s touto dohodou, ako je interpretovaná v súlade s Viedenským dohovorom o zmluvnom práve a ostatnými pravidlami a princípmi medzinárodného práva použiteľnými medzi stranami.“²³ Bezpochyby sú teda pravidlá medzinárodného obyčajového práva aplikovateľné medzi členskými štátmi EÚ a Kanadou. Existuje však aj ďalšia súvisiaca situácia, kedy by tribunál mal brať do úvahy obsah obyčajového pravidla. Množstvo

²⁰ DUMBERRY, Patrick. A Few Observations on the Remaining Fundamental Importance of Customary Rules in the Age of Treatification of International Investment Law. *ASA Bulletin*, 2016, volume 34, s. 50.

²¹ *EDF International SA and ors v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/23, Final Award, 11 June 2012, para. 343.

²² *Kardassopoulos v. Georgia and joined case*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award, 3 March 2010, para. 409.

²³ EU–Canada CETA, Art. X.27(1).

BITs predpokladá aplikáciu obyčaje kedykoľvek vedie k viac výhodnému zaobchádzaniu (väčšej ochrane) ako tej existujúcej na základe zmluvy.²⁴ V prípade Saipem tribunál uviedol, že podľa podobnej doložky v BIT medzi Talianskom a Bangladéšom by aplikoval všeobecné medzinárodné právo, ktoré môže poskytnúť výhodnejšie riešenie ako to vyplývajúce z BIT.²⁵ Ide teda o situáciu, keby by tribunál mal použiť obyčajové pravidlá. Dosať sme teda ukázali, že narastá počet prípadov kedy štáty vo svojich BIT alebo konaniach odkazujú na medzinárodnú obyčaj. Tento nový fenomén jasne demonštruje pokračujúci význam a relevanciu obyčaje v súčasnom medzinárodnom investičnom práve.

5 Obyčajové pravidlá a vyplňanie medzier

V tejto časti sa pozrieme na dve úzko súvisiace otázky:

- Čo sa stane v prípade rozporu medzi obyčajovým a zmluvným pravidlom?
- Čo sa stane, keď BIT mlčí o určitej právnej otázke?

Tribunály zriedka riešia otázky vyplývajúce z interakcie medzi obyčajovým pravidlom a investičnými zmluvami. Čo sa teda stane pri existencii rozporu medzi pravidlom nachádzajúcim sa v obyčaji a zmluvným pravidlom? Podľa medzinárodného práva vo všeobecnosti, zmluva a obyčaj majú rovnakú váhu a nezrovnalosti sú regulované tromi vzájomne prepojenými princípmi: (a) *lex specialis derogat legi generali*, (b) *lex posterior derogat legi priori*, (c) rešpektovanie úmyslu strán - kedy je úmyslom strán nahradiť pravidlo vyplývajúce z jedného prameňa medzinárodného práva iným pravidlom zahrnutým v inom prameni (napr. nahradenie obyčajového pravidla pravidlom zmluvným), pravidlo uprednostnené stranami bude mať prednosť.²⁶ V prípade ADM tribunál uviedol, že hmotnoprávne záväzky obsiahnuté v mnohostrannej investičnej dohode (Sekcia A NAFTA kapitola 11) „*predstavujú formu lex specialis ako doplnenie nedostatočne vyvinutých štandardov*

²⁴ Napr. čl. 3(5) BIT medzi ČSFR a Holandskom.

²⁵ *Saipem v. Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009, para. 99.

²⁶ MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr k jiným právním systémům*. 6., upr. a dopl. vyd. Brno: Doplněk, 2014, s. 171–174.

*medzinárodného obyčajového práva týkajúcich sa zaobchádzania s cudzincami a majetkom.*²⁷ Na základe tejto *lex specialis* pozície, celá rada tribunálov potvrdila, že zmluvné záväzky prevažujú nad pravidlami obyčajového práva.

Hoci je tento prístup pravidlom, existujú aj niektoré, skôr výnimočné, situácie, kedy by malo prevažovať iné riešenie. Napríklad, niektoré zmluvy výslovne uvádzajú, že investor by mal mať nárok na akékoľvek lepšie zaobchádzanie existujúce v rámci medzinárodného práva, ktoré samozrejme zahŕňa obyčaj.²⁸ Ďalšou výnimkou sú *ius cogens* normy, teda tie pravidlá, ktoré majú kogentnú povahu. Strany sa od týchto noriem nemôžu odchýliť v zmluvách (alebo dohodách).²⁹

Ďalšia súvisiaca otázka vzniká pri situácii, keď BIT mlčí o konkrétnej právnej otázke. Je nepochybné, že riešenie tejto otázky bude zahŕňať použitie obyčajového medzinárodného práva. Obyčaj preto pôsobí reziduálnym spôsobom. To je záver, ku ktorému Komisia pre medzinárodné právo dospela v správe o fragmentácii. Správa dospela k záveru, že aplikácia princípu systémovej integrácie (*systemic integration*)³⁰ je to, že „strany by mali vziať do úvahy odkaz na medzinárodné obyčajové právo a všeobecné právne zásady pre všetky otázky, ktoré zmluva samotná nerieši výslovne.“³¹ Správa ďalej uvádza, že obyčajové medzinárodné právo má „osobitný význam pre interpretáciu zmluvy podľa článku 31 (3) (c) najmä tam, kde (...) zmluvné pravidlo je nejasné alebo neurčité.“³² Úloha, ktorú zohráva medzinárodné obyčajové právo, svedčí o jeho pretrvávajúcom význame aj v 21. storočí.

²⁷ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21 November 2007, para. 117.

²⁸ Už spomínaná BIT medzi ČSFR a Holandskom. Rovnako ďalšie BITs uzatvorené Holandskom.

²⁹ Článok 53 Viedenského dohovoru o zmluvnom práve.

³⁰ Uvedený v článku 31 (3) (c) Viedenského dohovoru o zmluvnom práve.

³¹ International Law Commission, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, adopted by the ILC at its Fiftyeighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (UN doc. A/61/10), para. 251.

³² Tamže, para. 20(a).

6 Záver

Vysvetlili sme dôvody, na základe ktorých obyčajové pravidlá zostávajú dôležité pre všetky subjekty v súčasnej investičnej arbitráži. Na základe svojej „záložnej“ povahy, ako použiteľného právneho režimu pri absencii akejkoľvek BIT, obyčajové pravidlá aj naďalej zohrávajú dôležitú úlohu pri ochrane investícií. Podľa môjho názoru, táto úloha bude aj naďalej významnou v budúcnosti, keďže štáty aj naďalej uzatvárajú investičné zmluvy. V každom prípade, narastá počet BITs, ktoré výslovne odkazujú na medzinárodnú obyčaj. Dalo by sa predpokladať, že ak by obyčaj bola skutočne zastaraným konceptom, štáty by naň jednoducho prestali odkazovať. To však nie je tým, čo sa v súčasnosti deje. Obyčajové pravidlá nikdy nebola také populárne v bilaterálnych investičných zmluvách.

Literature

Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award, 21 November 2007.

ČEPELKA, Čestmír, ŠTURMA, Pavel. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: C. H. Beck, 2008, s. 896. ISBN 9788071797289.

DUMBERRY, Patrick. A Few Observations on the Remaining Fundamental Importance of Customary Rules in the Age of Treatification of International Investment Law. *ASA Bulletin*, 2016, volume 34, s. 41–61.

EDF International SA and ors v. Argentina. ICSID Case No. ARB/03/23, Final Award, 11 June 2012.

EU–Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). Dostupné z: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf

GAZZINI, Tarcisio, de BRABANDERE, Eric. *International investment law: the sources of rights and obligations*. Boston: M. Nijhoff Publishers, 2012. ISBN 9789004214309.

GAZZINI, Tarcisio. The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment. *J. World Invest. & Trade*, 2007, volume 8, s. 691–715.

GOLDSMITH, J.L., POSNER, E.A. Understanding the Resemblance Between Modern and Traditional Customary International Law. *Virginia JIL*, 2000, volume 40, s. 639–672.

International Law Commission, First Report on Formation and Evidence of Customary International Law, by Michael Wood, Special Rapporteur, Sixty-fifth session, Geneva, 6 May–7 June and 8 July–9 August 2013, UN doc. A/CN.4/663.

International Law Commission, Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, adopted by the ILC at its Fiftyeighth session, in 2006, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. UN doc. A/61/10.

Kardassopoulos v. Georgia and joined case, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award, 3 March 2010.

KLUČKA, Ján. *Medzinárodné právo verejné: (všeobecná a osobitná časť)*. 2., dopln. a prepr. vyd. Bratislava: Iura edition, 2011, s. 726. ISBN 9788080784140.

MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr ke jiným právním systémům*. 6., upr. a dopl. vyd. Brno: Doplněk, 2014, s. 500. ISBN 9788072393183.

PAPARINSKIS, Mārtiņš. *The international minimum standard and fair and equitable treatment*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 320. ISBN 9780198732167.

Saipem v. Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07, Award, 30 June 2009.

SALACUSE, Jeswald W. *The law of investment treaties*. Second edition. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 528. ISBN 9780198703976.

SHAW, Malcolm N. *International law*. 6th ed. New York: Cambridge University Press, c2008, s. 1708. ISBN 052189929X.

ŠTURMA, Pavel, BALAŠ, Vladimír. *Mezinárodní ekonomické právo*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 544. ISBN 978-80-7179-069-3.

ŠTURMA, Pavel, BALÁŠ, Vladimír. *Ochrana mezinárodních investic v kontextu obecného mezinárodního práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2012, s. 100. ISBN 9788087146552.

UNCTAD, 'Fair and Equitable Treatment', UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations (2012). Dostupné z: http://unctad.org/en/Docs/unctadddiaeia2011d5_en.pdf

UNCTAD, Recent Trends, in IIAs and ISDS, (2015) 1 IIA Issues Note 2. Dostupné z: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf

Viedenský dohovor o zmluvnom práve (Vienna Convention on the Law of Treaties), Vyhláška ministra zahraničných vecí č. 15/1988 Zb.

Contact – e-mail

ivan.puskar@mail.muni.cz

Vznik práva v myšlení F. A. Hayeka

Jan Šmíd

Univerzita Jan Evangelisty Purkyně v Ústí nad Labem, Česká republika

Abstract in original language

Príspevok sa zaoberá rozborem vzniku práva v díle F. A. Hayeka. Hayek sa snažil aplikovať poznatky zejména z ekonomie na ďalšie aspekty fungovania spoločnosti. Spoločnosť považoval stejně jako trh za spontánní řád řídicí se spontánně vzniklými pravidly, včetně pravidel právních. Z toho důvodu rází tezi o primátu práva před zákonodárcem, a to jak v časové tak logické souslednosti. Preferuje právní obyčej a soudcovskou normotvorbu jako efektivnější a spravedlivější způsoby vzniku pravidel svobodné společnosti.

Keywords in original language

Hayek; vznik práva; zákonodárny sbor; obyčejové právo; soudcovské právo.

Abstract

Contribution discusses the formation of law in the work of F. A. Hayek. Hayek was trying to apply knowledge particularly from economics to other aspects of functioning of society. Society regarded as a market for spontaneous order arising spontaneously control rules, including legal. For this reason, promotes the thesis of the primacy of law before the legislature, both in time and logic sequence. Prefers legal customs and judicial norm creation as an effective and righteous-width ways of origin rules of a free society.

Keywords

Hayek; Origin of Law; Legislative Body; Common Law; Judge Made Law.

Friedrich August von Hayek (1899–1992) byl významným liberálním ekonomem, který za své ekonomické dílo dokonce získal roku 1974 Nobelovu cenu. Jeho záběr však byl mnohem širší a zabíhal zejména do oborů filosofie, politické vědy a práva. Důvodem byla zjevná propojenost těchto oborů lidské činnosti. Hayek si soustavně stěžoval na jejich vzájemnou odtrženost

a usiloval o jejich zpětné propojení. Sám potom aplikoval své poznatky z jedněch oborů v oborech dalších (zejména poznatky ze svých ekonomických zkoumání se snažil aplikovat na další oblasti lidské činnosti). Vycházel například z předpokladu, že velcí ekonomové jako například Adam Smith se zabývali mimo jiné i „vědou o zákonodárství“. Dokázali se tak vyhnout situaci, kdy „pravidla správného chování, která studuje právník, slouží tomu druhu řádu, jehož charakter právník do značné míry nezná; a že tento řád studuje hlavně ekonom, který zase na oplátku nezná charakter pravidel chování, na nichž řád, který studuje, spočívá“.¹

Hayekova zkušenost s totalitarismem se promítá do celého jeho díla – vnímá jej nejen jako politický, ale také jako ekonomický a právní fenomén. V právní oblasti vidí zcela jasnou a logickou souvislost mezi totalitarismem a právním pozitivismem. Intelektuální kořeny totalitarismu potom vidí v *konstruktivistickém racionalismu*, který definuje jako „koncepti, která má za to, že všechny společenské instituce jsou, a mají být, výsledkem vědomého vytváření“.² Tento typ racionalismu označuje spolu s Popperem za naivní. V oblasti práva představuje přístup, dle něž jsme schopni si pravidla sami tvořit rozumem a stejným způsobem je můžeme i měnit. Hayekův přístup naopak říká, že pravidla jsou složitými jevy v extrémně složité společnosti. Navíc čím modernější a (řeceno s Hayekem) „větší“ společnost, tím její složitost narůstá. Naše schopnost ji chápat se může díky moderní vědě jevit jako stále větší, ve skutečnosti tomu ale tak nemusí být, dokonce může platit opak. Pokud budeme aktivisticky tvořit nová pravidla s ambicí chápat jejich důsledky, stáváme se obětí vlastní domýšlivosti. Hayek varuje, že neznáme dostatečně ani důsledky pravidel již existujících, natož nově utvářených.

Z hlediska vzniku a tvorby pravidel ve společnosti lze rozlišit celou řadu přístupů. Jen v samotném liberalismu rozlišuje Ján Pavlík tři:

1. Utilitarismus pravidel (rule utilitarianism)
2. Morálně-právní absolutismus
3. Tradicionalismus³

¹ HAYEK, Friedrich August. *Právo, zákonodárství a svoboda. (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie.) Pravidla a řád*. 1. vyd. Praha: Academia, 1991, 131 s., s. 11. ISBN 8020002790.

² Tamtéž s. 12.

³ PAVLÍK, Ján. *F. A. Hayek a teorie spontánního řádu*. Praha: Professional Publishing, 2004, 805 s., s. 538. ISBN 8086419576.

Zatímco utilitarismus pravidel je problematický, neboť pravidla jsou podřízena maximalizací užítku a individuálně-egoistickým zájmům, což vede k relativismu a k přesvědčení, že dostačuje vtělení pravidel do systému právních institucí, morálně-právní absolutismus představuje systém absolutně závazných norem, nezávislých na jakémkoliv empirickém účelu.⁴

Hayekovou pozicí je tradicionalismus. Řád může existovat jen díky tomu, že lidé dodržují daná pravidla s téměř slepou poslušností vůči tradici. Pravidla prostě dodržujeme, i ta, jejichž smysl nechápeme. Byť i jen teoretickou reflexi daných pravidel pokládal Hayek za problematickou až ohrožující, o čemž svědčí jeho výrok „Angličané o principech málo mluvili, byli principy mnohem jistěji vedeni, zatímco ve Francii právě spekulace o základních principech zabránily jakémukoli souboru principů, aby pevně zakotvil.“⁵ V té souvislosti je třeba dodat, že Hayek žádným způsobem netrvá na neměnnosti zákonů. Trvá však na tom, že východiskem efektivních změn a zlepšení musí být stávající stav pravidel, nikoliv vize nového (zásadně) lepšího světa.

Hayek se zamýšlí nad možnými způsoby vzniku systému pravidel a jejich selekce – tedy odlišení „užitečných“ pravidel od ostatních, která jsou časem změněna či nahrazena jinými. Z jeho pohledu jsou možné tři různé varianty.

1. Zákonodárcem
2. Přirozené právo
3. Spontánní proces tvorby pravidel (Hayekova pozice)

Vytvoření systému pravidel zákonodárcem Hayek odmítá. V jeho pojetí odpovídá právnímu pozitivismu, který dle něj představuje nutný fundament (a pomocníka) totalitarismu. Navíc je důsledkem racionalistického konstruktivismu, který je pro Hayeka nepřijatelný nejen pro jeho důsledky, ale také pro chybné myšlenkové zakotvení, spočívající v přeceňování schopností lidského myšlení.

⁴ PAVLÍK, Ján. O nedorozuměních kolem Hayekovy teorie spontánního řádu. In: SCHWARZ, Jiří. *Hayek semper vivus: Texty ke kolokviu Právo a svoboda pořádanému Liberálním institutem při příležitosti 100. výročí narození Friedricha Augusta von Hayeka*. 1. vyd. Praha: Liberální institut, 2000, s. 51–91, s. 53. ISBN 80-86389-06-5.

⁵ HAYEK, Friedrich August. *Právo, zákonodárství a svoboda. (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie.) Pravidla a řád*. S. 59.

Ovšem druhá velká škola právní filosofie - teorie přirozeného práva - také není pro Hayeka přijatelná. Uvědomuje si, že právní pozitivisté by jeho teorii ve svém dichotomickém nazírání na právo určitě označili za teorii přirozeného práva, neboť dle nich je právo vždy vědomým výtvořem nějaké inteligence – buď lidské, nebo nadlidské. Hayek ovšem odmítá být označován za přirozenoprávního myslitele i z toho důvodu, že jednou z etap vývoje přirozeného práva bylo racionalistické přirozené právo, které od 17. století bylo považováno za výtvor lidského rozumu, což je pro Hayeka obzvláště nepřijatelné.⁶ Nicméně přirozenému právu přiznává, že bylo blíže pravdě a tudíž vědecktější než ti, kdo v právu viděli jen produkt vůle člověka.⁷

Dle Hayeka se ovšem jedná o zavádějící členění, které v oblasti institucí a jednání dává proti sobě pouze „přirozené“, tj. dané přírodou (*physei*) a „umělé“, tj. dané konvencí (*thesei, nomo*). Hayek představuje vlastní koncepci, kdy pravidla společnosti jsou „výsledkem lidského jednání, nikoliv však vědomého lidského vytváření“.⁸ Přijal totiž za své Fergusonovo rozlišení, které si povšimnul, že dělení na „přirozené“ a „umělé“ je jen jednou z možných interpretací. Druhou možnou je dělení na to, co „vzniklo bez lidského záměru, a něčím, co vzniklo jako jeho výsledek“.⁹ Pravidla potom dle Hayeka vznikají bez lidského záměru dlouhým procesem tvorby, jehož kořeny jsou starší než jejich explicitní formulace.

Dle Hayeka je tedy nutné trojí členění jevů, a to na:

1. „Přirozené ve smyslu naprosté nezávislosti na lidském jednání,
2. umělé nebo konvenční v tom smyslu, že jsou produktem lidského záměru,
3. oddělenou mezikategorií zahrnující všechny nezamýšlené útvary a pravidelnosti objevující se v lidské společnosti...“¹⁰

⁶ HAYEK, Fridrich August. Výsledky lidského jednání, nikoliv však lidského záměru. In: JEŽEK, Tomáš. *Zásady liberálního řádu*. 1. vyd. Praha: Academia, 2001, s. 27–36, s. 28. ISBN 80-200-0852-7.

⁷ Tamtéž, s. 34.

⁸ HAYEK, Friedrich August. *Právo, zákonodárství a svoboda. (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie.) Pravidla a řád*. S. 23; Hayek zde cituje Adama Fergusonova (FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society*. 1. vyd. London, 1767, s. 187).

⁹ HAYEK, Fridrich August. Výsledky lidského jednání, nikoliv však lidského záměru. In: JEŽEK, Tomáš. *Zásady liberálního řádu*. S. 27.

¹⁰ Tamtéž, s. 28.

Zde je nutné si uvědomit, že Hayek ve svém historickém zkoumání zdůrazňuje fakt, že pravidla utvářela lidské jednání dávno před vznikem jazyka. Obdobně lze pozorovat u zvířat celou řadu pravidel, která existují, řídí chování a jsou vynucována, přičemž jejich porušení je sankcionováno. Příslušníci lidské společnosti velmi často dávaly těž najevo libost či nelibost vůči chování svých členů, aniž byla pravidla explicitně zformulována. Dokonce i po objevu jazyka či dokonce písma zůstávala celá řada pravidel bez explicitního vyjádření. Explicitní formulace vysoce abstraktních pravidel je totiž nesmírně obtížná a vyžaduje vysoký stupeň úrovně společnosti. A ani tím nelze vyloučit nepřesnost ve formulaci.

Myšlenkové schopnosti člověka nejen komplikují explicitní formulaci pravidel, ale dokonce i posouzení ne/správnosti určitého pravidla či dokonce jejich souboru. Rozlišování mezi lepšími a horšími soubory pravidel nakonec činíme ex post při pohledu na různá společenství řídicí se různými soubory pravidel, z nichž jedno společenství s určitým souborem pravidel se jeví jako silnější a úspěšnější než jiné. Hayek se odvolává na Savignyho ideu, že právo vzniklo bez projektu a že projektem nelze adekvátně nahradit výsledek takového přirozeného vyrůstání.¹¹

Z Hayekova pohledu je systém pravidel, jimiž se řídí společnost, extrémně složitý na to, abychom byli schopni rozumět jejich smyslu nebo jej dokonce předvídat vzhledem k budoucnosti. Hayek zde zaujímá pozici skepticismu.

Hayekův skepticismus se promítá i nejen do názoru na schopnosti člověka obecně, ale také do schopností zákonodárce. Nejen, že zákonodárce není schopen vytvořit pravidla, jejichž dosah plně chápe, ale je také v pokušení řídit pravidly společnost za určitým konkrétním účelem nebo snáze podlehnout požadavkům zájmových skupin. Jako krajní příklad uvádí teorii Carla Schmitta, dle něž „právo postupně špelo od ‘normativního‘ myšlení liberální tradice přes ‘decizní‘ fázi, v níž vůle zákonodárných autorit rozhoduje o jednotlivých záležitostech, ke koncepci ‘tvorby konkrétního řádu‘.¹² Dle Schmitta to znamená „novou interpretaci ideálu *nomos* jakožto totálního

¹¹ Tamtéž, s. 35.

¹² HAYEK, Friedrich August. *Právo, zákonodárství a svoboda. (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie.) Pravidla a řád.* S. 65.

pojetí práva, které je příčinou konkrétního řádu a společenství“.¹³ Právo se tak stává „nástrojem uspořádání nebo organizace, jímž je jednotlivec přinucen sloužit konkrétním účelům“.¹⁴

Pro Hayekovo nahlížení na právo je nesmírně důležité jeho rozlišení mezi organizací a spontánním řádem. Organizacemi jsou v Hayekově pojetí „rodina, farma, továrna, firma, korporace a různé asociace a veškeré veřejné instituce včetně vlády“.¹⁵ Organizace se totiž řídí zejména příkazy, což jsou normy, které směřují k určitým výsledkům, které požadují ti, kdo stojí v čele organizace. Organizace jsou co do rozsahu a složitosti omezené, a proto je lze tímto způsobem vědomě řídit a vydávat příkazy za určitým účelem. Tomu odpovídá řízení i vládního aparátu, nikoliv ovšem pravidla, jimiž se řídí společnost. Tato pravidla musí být na účelu nezávislá a aplikovatelná na neznámý a neurčitý počet osob a případů. Zatímco příkazy lze omezeně komplikovanou organizací řídit, nelze totéž provádět se společností, již díky její složitosti nelze již vědomě organizovat.¹⁶

Mimo jiné vzhledem k nemožnosti a nevhodnosti příkazů pro řízení moderní velké společnosti Hayek preferuje jako primární pramen práva obyčej. Tyto se vytvářejí od nepaměti postupem evoluce, která není produktem lidského záměru. Nemají konkrétní účel, jsou to pouze principy spravedlnosti. Úlohou právníků je potom tyto principy respektovat, hrát vlastně roli konzervativního prvku celého systému, který dokáže „dokonce negovat záměr zákonodárce nikoli pro nedostatek respektu k právu, nýbrž naopak proto, že jejich metoda je vede dávat přednost tomu, co je stále ještě převládající částí práva a uzpůsobovat podle ní cizí prvek tím, že ho přetvoří tak, aby byl v souladu s celkem“.¹⁷

Pro obyčeje hovoří celá řada důvodů, pro které je Hayek preferuje. Je si nicméně vědom, že společnost nelze postavit pouze na obyčejovém právu. Významnou roli proto přičítá soudcovské tvorbě práva. Neopomíná

¹³ SCHMITT, Carl. *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. 1. vyd. Hamburg, 1934, s. 11 an. Citováno dle HAYEK, Friedrich August. *Právo, zákonodárství a svoboda. (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie.) Pravidla a řád*. S. 67.

¹⁴ HAYEK, Friedrich August. *Právo, zákonodárství a svoboda. (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie.) Pravidla a řád*. S. 67.

¹⁵ Tamtéž, s. 46.

¹⁶ Tamtéž, s. 48–49.

¹⁷ Tamtéž, s. 63.

ovšem zdůraznit, že se jedná primárně o „nalézání“ práva, nikoliv jeho tvorbu. „Právem, které ovládalo rozhodování soudů, bylo zvykové právo, to jest právo existující nezávisle na vůli kohokoli... právo, do kterého parlament jen zřídkakdy zasahoval... zákon byl určován soudy nezávisle na moci.“¹⁸ Hayek dále zdůrazňuje, že takové pojetí normotvorby má blahodárné účinky na svobodu společnosti – mnohem větší, než formální oddělení zákonodárné a výkonné moci jak odpovídalo Montesquieuově koncepci. Skutečnost, že tento způsob je vhodnější zejména kvůli vyšší ekonomické efektivitě a menší moci vlády je považován za hlavní Hayekův argument.¹⁹ Tam, kde se právo dostalo do rukou zákonodárce se naopak rozvíjel absolutismus.

Dle Hayeka je ovšem důležité si uvědomit, jaký je původ dnešních zákonodárných sborů, a tím se dostat k podstatě jejich role. Parlamentní instituce vznikly původně kvůli souhlasu poddaných s daněmi. Další role souvisely s odsouhlasením takových vládních opatření, která vyžadovala spolupráci poddaných. Jednalo se tedy o regulaci a kontrolu vládní činnosti. Zákonodárná role se objevila až dodatečně a do popředí se dostala ještě později. Přesto v současné době převládá. Jednou z příčin je nerozlišování mezi pravidly (spontánního řádu) a příkazy (organizace, v tomto případě vlády). Současné reprezentativní orgány směšují obě role, což je dle Hayeka velká chyba. K oběma druhům norem je totiž potřeba přistupovat specificky, jinak dojde k v demokracii obvyklému nadřazení zákonodárného tělesa nad zákon.²⁰

Aby k tomu nedošlo, snaží se Hayek zejména ve 3. díle své knihy Právo, zákonodárství a svoboda navrhnout specifický model politického uspořádání. Popis jeho koncepce přesahuje rámec tohoto příspěvku, navíc jej lze považovat za spíše méně přínosnou a subjektivní část celé knihy. Důležité však je zmínit Hayekovu ideu rozdělení reprezentativního orgánu do dvou komor, z nichž jedna bude stanovovat pravidla vládnutí, zatímco druhá

¹⁸ Tamtéž, s. 78.

¹⁹ RUBIN, Paul H. Micro and Macro Legal Efficiency: Supply and Demand. *Supreme Court Economic Review*, Chicago: The University of Chicago Press, 2005, 2005(13), s. 19–34.

²⁰ HAYEK, Friedrich August. *Právo, zákonodárství a svoboda. (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie.) Pravidla a řád.* S. 77.

se bude zabývat pravidly spontánního řádu společnosti. Ta bude mít právo „opravovat“ zákony. Uvádějí se tři hlavní důvody:

1. Spontánní tvorba práva (zejména soudcovská normotvorba) se může vyvíjet nežádoucím směrem, který je poté velmi těžké vlastními silami napravit. Tyto výjimky je lepší opravit rychlým způsobem, tedy aktivitou zákonodárského sboru.
2. Pokud je rozvoj práva příliš pomalý – tedy zaostávající za potřebami moderní společnosti.
3. Vývoj zákonů byl v rukou určité třídy, jejíž vnímání spravedlnosti nemůže vyhovět obecným požadavkům spravedlnosti.²¹

Lze konstatovat, že z Hayekovy teorie jemu samotném logicky vyplývá primát práva utvářeného jinak než zákonodárným sborem. Preferuje zdánlivě archaičtější formy tvorby práva, ačkoliv pro moderní společnost je typická právě normotvorba zákonodárského sboru. Hayek však argumentuje tím, že je třeba oddělit pravidla spontánního řádu od příkazů organizace. Příkazy, jimiž zákonodárský sbor reguluje, řídí a kontroluje výkonnou moc, jsou dle Hayeka zcela adekvátní. Totéž ovšem neplatí o aktivistické tvorbě pravidel fungování společnosti. Tato pravidla jsou zcela jiného druhu, a jejich smysl a komplexnost společnosti se vymykají možnostem jakéhokoliv rozumu. Ani díky stále se prohlubujícímu poznání společnosti není možné doufat v možnost stanovovat pravidla primárně zákonodárstvím, neboť typickou charakteristiku moderní společnosti je její neobsáhnutelná komplikovanost a pluralita účelů, které se navíc neustále mění.

Literature

FERGUSON, Adam. *An Essay on the History of Civil Society*. 1. vyd. London, 1767.

HAYEK, Friedrich August. *Právo, zákonodárství a svoboda. (Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie.) Pravidla a řád*. 1. vyd. Praha: Academia, 1991, 131 s. ISBN 8020002790.

HAYEK, Fridrich August. Výsledky lidského jednání, nikoliv však lidského záměru. In: JEŽEK, Tomáš. *Zásady liberálního řádu*. 1. vyd. Praha: Academia, 2001, s. 27–36. ISBN 80-200-0852-7.

²¹ Tamtéž, s. 81.

PAVLÍK, Ján. *F. A. Hayek a teorie spontánního řádu*. Praha: Professional Publishing, 2004, 805 s. ISBN 8086419576.

PAVLÍK, Ján. O nedorozuměních kolem Hayekovy teorie spontánního řádu. In: SCHWARZ, Jiří. *Hayek semper vivus: Texty ke kolokviu Právo a svoboda pořádanému Liberálním institutem při příležitosti 100. výročí narození Friedricha Augusta von Hayeka*. 1. vyd. Praha: Liberální institut, 2000, s. 51–91. ISBN 80-86389-06-5.

RUBIN, Paul H. Micro and Macro Legal Efficiency: Supply and Demand. *Supreme Court Economic Review*, Chicago: The University of Chicago Press, 2005, 2005(13), s. 19–34.

SCHMITT, Carl. *Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. 1. Hamburg, 1934.

Contact – e-mail

jan.smid@ujep.cz

Právna obyčaj cez prizmu náuky o prameňoch práva

Ivana Šošková¹

Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Právnická fakulta,
Slovenská republika

Abstract in original language

Príspevok predstavuje právnu obyčaj z pohľadu náuky o prameňoch práva predovšetkým v poklasickom rímskom práve, následne v uhorskom práve podľa Werbőczyho Tripartita. Pojednáva o mieste právnej obyčaje v systéme prameňov práva, zhodnocuje jej historický vývoj, význam a vzťah k iným prameňom práva. Na podklade analýzy právnej obyčaje autorka ponúka jej vlastnú definíciu založenú na základných pojmových znakoch.

Keywords in original language

Právna obyčaj; zákon; rímska jurisprudencia; Justiniánska kodifikácia práva; Uhorské kráľovstvo; Werbőczy; Opus Tripartitum.

Abstract

The paper presents the legal custom/customary law through the prism of sources of law doctrine, mainly in post-classical Roman law and in Hungarian private law in accordance with Opus Tripartitum by Werbőczy. It deals with the place of legal custom in the system of sources of law, evaluates its historical development, importance and the relationship to the others sources of law as well. Based on analysis the author offers her own definition of legal custom.

Keywords

Legal Custom (consuetudo); Written Law; Roman Jurisprudence; Justinian's Codification; Kingdom of Hungary; Werbőczy; Opus Tripartitum.

1 Úvod

Právnu obyčaj všeobecne považujeme za historicky najstarší, pôvodný prameň práva (pokiaľ uvažujeme o prameňoch práva vo formálnom zmysle).

¹ JUDr. Ivana Šošková, PhD., Katedra dejín štátu a práva, Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici, Slovenská republika, e-mail: ivana.soskova@umb.sk

Právne obyčaje predstavujú istý výsledok prechodu od pôvodných zvykov a obyčají určitej sociálnej komunity, ktorými táto regulovala správanie svojich členov, ku regulácii právnej.² Pôvodne totiž celý normatívny systém ľudskej spoločnosti predstavoval jednotný systém zvyklostí a zaväzujúcich obyčají, zložený z noriem morálnych, náboženských, etických či právnych, bez rozdielu. Až postupným vývojom spoločnosti a myslenia a odlišením právnych noriem od iných noriem upravujúcich spoločenský život, došlo k osobitnému odlišeniu právnych obyčají od iných obyčají.³ Právna obyčaj je na rozdiel od ostatných druhov prameňov práva formou živej tvorby práva⁴, pretože regulované správanie, ktoré sa napokon stalo základom obyčajovej právnej normy, sa obvykle pôvodne realizovalo bez právtvorných zámerov⁵. Pri právnej obyčaji však markantnú úlohu zohrávali štátne orgány, resp. orgány verejnej moci, ako verejná autorita majúca možnosť uplatniť donútenie. Práve tieto orgány svojou činnosťou a aplikáciou obyčajových pravidiel v procese svojho rozhodovania, no najmä donucovaním k zachovávaniu pri ich porušovaní, dávali konkrétnym obyčajom právnu relevanciu. Pri aplikácii práva uznávali právny význam pravidiel už ustálených vo všeobecnom povedomí. Právna záväznosť obyčají tak v minulosti nebola závislá na normatívnych právnych aktoch – právna obyčaj sa uplatňovala *praeter legem*. Tým jej bola zároveň vlastná určitá dynamickosť, pružnosť, neinštitucionalizovaná možnosť jej vlastnej zmeny.⁶ To však neznamená, že neprichádzala do úvahy aj možnosť direktívneho zásahu zo strany štátu ako normotvorcu, či už na miestnej partikulárnej alebo celoštátnej úrovni, smerujúceho k zmene alebo aj zániku daného pravidla správania sa. V súčasnosti je už v právnej teórii situácia odlišná. V porovnaní s minulosťou je právna platnosť obyčaje odvodená od normatívneho aktu, ktorý odkazuje na obyčaj namiesto výslovnej formulácie jej pravidla, v zásade

2 OTTOVÁ, E. *Teória práva*. 3. vyd. Šamorín: Heuréka, 2010, s. 191.

3 KROŠLÁK, D., ŠMIHULA, D. *Základy teórie štátu a práva*. Bratislava: Iura Edition, 2013, s. 132.

4 BOGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. *Teorie práva*. 2. přepracované vyd. Praha: ASPI, 2004, s. 51.

5 „Obyčejové (zvykové) právo je právní systém, který není vytvářen úřední legislativní činností (zejména státní), nýbrž se ve společnosti vytváří spontánně zachovávaním určitých tradičních obyčejů, které jsou považovány za závazné.“ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 134.

6 LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj v postavení prameňa (súkromného) práva platného na území Slovenska do roku 1848. In: *Historia et Theoria Iuris*, č. 1/2009, s. 33.

preto, že sa jedná o miestnu zvyklosť. Vylúčená je právna obyčajová úprava *praeter legem*.⁷

Ambíciou predkladaného príspevku je urobiť krátku teoreticko-historicko-právnu sondu zameranú na hľadanie základných charakteristík a znakov právnej obyčaje, v snahe nájsť jej prijateľnú vedeckú definíciu. Pokúsime sa o to cez prizmu náuky o prameňoch práva v klasickej rímskej iurisprudencii, vo Werbőczyho Tripartite reflektujúcom uhorské stredoveké právo, zdrojovo budeme vychádzať tiež zo staršej českej a slovenskej historicko-právnej vedy a právnickej literatúry, kde sa reálne nemožno stretnúť s akoukoľvek jednotne podávanou či všeobecne akceptovanou definíciou právnej obyčaje a obyčajového práva. Pokúsime sa overiť poznanie získané počas nášho vlastného vysokoškolského štúdia, že právnu obyčaj dokonale vystihujú dva základné znaky: 1. *usus longaevus* a 2. *opinio necessitatis*. Na báze uvedených východísk sa s istou dávkou vedeckej odvahy napokon pokúsime navrhnúť možnú definíciu.

2 Právna obyčaj v rímskom práve

Latinské „*consuetudo*“ možno preložiť ako: 1. obyčaj, zvyk, mrav; (*ex consuetudine* zo zvyku, podľa obyčaje; 2. (obvyklý) spôsob života.⁸ *Consuetudo* bolo vo vývoji rímskeho práva veľmi úzko na začiatku späté so starodávnymi mravmi (*mos*), ktoré hoci oddelené od práva, sa predsa len do oblasti práva nepriamo dostávali. Na mravy (a hlavne na zlé mravy) sa právnici často odvolávali a viazali s nimi určité právne účinky, ako napr. konanie priečiace sa dobrým mravom (*contra bonos mores*), ne(v)hodné správanie sa (*infames, ignominiosi*), zlá povest' (*turpitude*) a podobne.⁹ Pojmom *consuetudo* sa začali označovať skôr pravidlá ľudského správania sa, ktoré boli dodržiavané spontánne po dlhú dobu, a preto sa s presvedčením o ich záväznosti zachovávali. Možno predostrieť úvahu, že muselo vždy ísť o pravidlá majúce právny obsah. Takéto pravidlá potom sankcionovali štátne orgány, prípadne i iné orgány s príslušnou autoritou. Týmto spôsobom sa jednoznačne zachovávané

⁷ OGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. *Teorie práva*. 2. přepracované vyd. Praha: ASPI, 2004, s. 52.

⁸ ŠPANÁŘ, J. *Latinsko-slovenský slovník*. Bratislava: SPN, 2003, s. 134.

⁹ BARTOŠEK, M. *Dějiny římského práva (ve třech jazycích jeho vývoje)*. Praha: Academia, 1995, s. 104.

pravidlá stali právom.¹⁰ Od *consuetudines* sa odlišovali zákony (*lex – leges*), ako prejav vôle národa¹¹, ako výsledky vedomej legislatívnej činnosti zhromaždení občanov, ktorými sa riešili najmä politické a hospodárske otázky.

Vo vývoji rímskeho práva zohrala právna obyčaj obzvlášť významnú úlohu. Samotná *Lex XII tabularum* bola de facto len redakciou staršieho obyčajového práva. Na základe Zákona XII tabúl sa potom rímske právo vytváralo zo zdroja práva obyčajového, a to jeho interpretáciou. Aj *lex* bol následne vnímaný ako jedna z foriem práva, v ktorej sa ustalovala právna obyčaj. Nehovoriac o fakte, že nové pramene práva – nariadenia magistrátov *cum imperio* boli jednoznačným výrazom právneho nazerania vládnucich štruktúr, de facto nezávislých na zákonodarnej moci.¹² Zákon (*lex*) mal totiž v pomere k magisterskému impériu iba obmedzenú funkciu; magistrát bol zákonom len v určitých smeroch viazaný. Aj v období principátu možno hlavné pramene práva – *decreta, rescripta principum; responsa prudentium* považovať len za ďalšie, na zákonodarnej moci nezávislé spracovanie a vytváranie rímskeho práva, ktoré vzniklo z obyčaje. Princeps na jednej strane uplatňoval impérium magistráta, na druhej strane *responsa prudentium* vychádzali z interpretácie už zaužívaného práva. Keď sa Rím stal impériom, rôznorodosť pomerov v jednotlivých častiach ríše prirodzene zapríčinila pokles praktického významu právnej obyčaje ako dovtedy bezprostredného prameňa práva. *Consuetudines, mores, usus* sa v dobových prameňoch vnímajú už len ako regionálne či provinčné zvyklosti. Napokon v poklasickej dobe (za absolútnej monarchie) sa *leges (leges generales a contr. ius)* stali výlučným prameňom práva.¹³ Avšak aj v tejto dobe, kedy sa v plnej miere rozvinulo právo písané (predovšetkým cisárske nariadenia a právna veda), si právna obyčaj podržala svoj význam.¹⁴ I keď možno vyjadriť názor, že to bol význam skôr v rovine teoretickej než praktickej. O význame právnej obyčaje pre cisára Justiniána

¹⁰ REBRO, K., BLAHO, P. *Rímske právo*. 4. prepracované a doplnené vyd. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 71.

¹¹ SOMMER, O. *Učebnice soukromého práva římského*. I. díl. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 9.

¹² Bližšie pozri napr. SKŘEJPEK, M. *Poodkryté tváře římského práva*. Luzern: AVENIRA Stiftung, 2006, s. 43 a nasl.

¹³ SOMMER, O. *Učebnice soukromého práva římského*. I. díl. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 9.

¹⁴ DOSTALÍK, P. Problematika subsidiarity obyčejového práva v právu Justiniánském. In: BUBELOVÁ, K. (ed.). *Pocta Eduardu Vlkovi ke 70. narozeninám*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2010, s. 73.

svedčí aj skutočnosť, že definície týkajúce sa tohto prameňa práva boli zakomponované do jeho veľkolepého kodifikačného diela:

Inst. 1,2,3.

„Z nepsaného se stalo právem to, co zvyk potvrdil. Neboť dlouhotrvající mravy potvrzené souhlasem užívání mají stejnou platnost jako zákon.“¹⁵

D 1,3,32,1 - Iulianus 94 Dig.

„Zakořeněný obyčej je zachovávan jako zákon plným právem, a toto je právo, o němž se říká, že bylo zavedeno obyčejí; neboť jestliže nás samotné zákony nezavazují z žádných jiných příčin, než že by byly přijaty rozhodním národa, pak bude správné, aby nás všechny zavazovali také ty, které uznal národ za správné, aniž by byly zapsány. Vždyť jaký je rozdíl mezi tím, když národ vyjádří svou vůli hlasováním, nebo používáním a zachovávaním vlastních pravidel? Proto také bylo velmi správné přijato, že zákony se ruší nejen hlasováním zákonodárného orgánu, ale stejně tak tichým souhlasem všech vycházejícím z jejich neužívání.“¹⁶

Na základe uvedených právnych textov možno dôjsť k záveru, že právna obyčaj nestratila svoj význam ani v dobách, kedy písané právo prevažovalo nad právom nepísaným, podľa tvrdení klasických rímskych právnikov. Právna obyčaj bola aj v justiniánskej dobe považovaná za platný prameň práva. Pri skúmaní vzťahu medzi obyčajou a zákonom je z Digest zreteľné, že právna obyčaj mala platiť a byť používaná tam, kde nebolo písaných zákonov; navyše, ak bola rovnaká právna otázka upravená zákonom a obyčajou odlišne, prednosť sa dávala obyčaji pred zákonom, pretože aj obyčaj vyjadruje vôľu ľudu, len na rozdiel od zákona tu ľud vyjadruje svoju vôľu „*používaním a zachovávaním vlastných pravidiel*“. Právna obyčaj mala v justiniánskom práve jednak funkciu subsidiárnu (doplňujúcu – na vyplnenie medzier v práve), a jednak funkciu derogáciu. Národ mohol svojim hlasovaním právo vytvoriť, ale mohol ho tiež zrušiť, ukončiť platnosť právnej normy mlčanlivosťou neužívaním.¹⁷ Derogačná funkcia obyčají bola v Justiniánskej kodifikácii akceptovaná pravdepodobne preto, že ríša ovládaná cisárom Justiniánom bola v tom čase veľká a pomerne

¹⁵ Prevzaté z: Tamtiež, s. 73.

¹⁶ Prevzaté z: SKŘEJPEK, M. (ed.). *Digesta seu Pandectae/ Digesta neboli Pandekty, Tomus I, Liber I-XV, Fragmenta selecta*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2015, s. 159.

¹⁷ DOSTALÍK, P. Problematika subsidiarity obyčejového práva v právu Justiniánském. In: BUBELOVÁ, K. (ed.). *Pocta Eduardu Vlkovi k 70. narozeninám*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2010, s. 82.

nesúrodá, napriek udeleniu rímskeho občianstva všetkým obyvateľom ríše ešte v roku 212 po Kr. stále relatívne dosť právne partikularizovaná. Súdny aplikujúce rímske písané právo boli pri svojom rozhodovaní často ovplyvňované množstvom zaužívaných miestnych či regionálnych zvykov a obyčají. Justiniánova náuka tak reflektovala na daný faktický stav v práve „rímско-byzantského sveta druhej polovice 6. storočia po Kr.“¹⁸

3 Opus Tripartitum a právna obyčej

V stredovekých pomeroch nachádzame istú kontinuitu v naznačenom zmysle - vo vzťahu právnej obyčaje a zákona. Prvý, kto sa v Uhorsku teoreticky zaoberal pojmom právna obyčej bol Štefan Werbőczy vo svojom diele Opus Tripartitum.¹⁹ Vychádzajúc z tejto azda najznámejšej zbierky uhorského obyčajového práva, bola obyčej definovaná ako „právo zakladajúce sa na zvyku/na mravoch, a kde chýba zákonná úprava (*cum deficit lex*), považuje sa za zákon (*pro lege suspicitur*)“.²⁰ Podobnosť s názormi a výkladom obsiahnutým v Justiniánskej kodifikácii nie je náhodná. Veď Werbőczy sa pri zostavovaní svojho „trojčastného diela“ inšpiroval z diel zahraničných (najmä rímskych) učených právnikov²¹. Je tu však otázne, čo všetko považoval Werbőczy za „zákon“. Tvrdil totiž, že „zákon je len jedným z druhov práva. Lebo každé právo pozostáva zo zákonov a obyčají, teda z písaného a nepísaného práva.“²² Problémom pre Werbőczyho bolo rozlišovať pojmy *leges*, *decreta*, *constitutiones* a *statuta*. Napr. dekréty a štatúty považoval za synonymá, popri termínoch *leges* a *statuta* používal termín *constitutiones*, pričom inde tvrdil, že *constitutiones* sa ako všeobecný pojem často tiež nazývajú *decreta*. Možno zhodnotiť, že za zákony akoby pokladal všetky panovníkom a snemom vydávané predpisy.²³ Obyčajové právo považoval Werbőczy za základný a hlavný prameň

¹⁸ Tamtiež, s. 83.

¹⁹ MOSNÝ, P., LACLAVÍKOVÁ, M. *Vybrané kapitoly z vývoja právnych inštitútov*. Trnava: TYPI UNIVERSITATIS TYRNAVIENSIS, 2013, s. 42.

²⁰ Opus Tripartitum, I: Prológ, čl. 10: ...*consuetudo est ius quoddam moribus institutum, quod pro lege suspicitur cum deficit lex*.

²¹ BENA, J., GÁBRIŠ, T. *Dejiny práva na Slovensku I (do roku 1918)*. Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2015, s. 105.

²² Opus Tripartitum, I: Prológ, čl. 2, § 1. Citované podľa ŠTENPIEN, E. *Tripartitum*. Bratislava: Eurokódex, 2008, s. 54.

²³ GÁBRIŠ, T. Stredoveká uhorská právna obyčej a zákon medzi tradíciou a zmenou. In: *Nadje právní vědy, Býkov 2007, sborník z mezinárodního setkání mladých vědeckých pracovníků konaného ve dnech 12.–14. 10. 2007 na Zámeckém statku Býkov*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2008, s. 48.

práva – všetky ostatné typy právnych noriem (najmä zákony) podľa jeho výkladu platili len z uznania a pripustenia obyčajového práva (supremácia obyčajového práva nad zákonom). V zmysle Tripartita treba jednoznačne uznať, že právna obyčaj a zákon v stredoveku skutočne koexistovali, tvorili spolu právo (*ius*). Legislatívna činnosť panovníka a neskôr aj snemu de facto len dopĺňala, prípadne korigovala systém primárne založený na právnej obyčaji.²⁴ Právne obyčaje tvorili rozhodujúcu časť právnej regulácie a mali autoritu a postavenie rozhodujúceho prameňa práva²⁵, a pričom toto „*nadpanstvo obyčajového práva*“²⁶ pretrvalo v Uhorsku v podstate až do roku 1848.

Werbőczy odlišoval obyčaj a zákon v troch základných rysoch.²⁷ V prvom rade považoval zákon za *výslovnú* úpravu, pričom obyčaj je úpravou *tichou*, urobenou *mlčky*, doslovne z latinského textu úpravou *tacitnou*. Po druhé, zákon považoval za *písanú* úpravu, obyčaj za *nepísanú*. A napokon po tretie, zákon vnímal ako úpravu *okamžitú* (keďže môže byť prijatý ihneď, v okamihu), naopak obyčaj ako úpravu *kontinuálnu, priebežnú*, vyžadujúcu *dlhší čas*, resp. dlhodobé používanie.

„Magické“ číslo tri sa objavuje aj vo Werbőczyho výklade o funkciách obyčaje vo vzťahu k zákonu. Obyčaj mala tri základné funkcie²⁸ – interpretačnú, derogáčnú a substitučnú. *Interpretačná* zabezpečovala možnosť výkladu zákonných ustanovení obyčajou. *Derogačná* funkcia znamenala, že ak sa obyčaj dostala do rozporu s časovo skorším zákonom, odporujúce ustanovenia zákona jednoducho rušila. A napokon *substitučná* funkcia sa uplatnila pri vyplňaní medzier v právnej úprave.

Aby sme komplexnejšie uzavreli teoretickú rozpravu o charakteristike a znakoch právnej obyčaje v diele Opus Tripartitum, pripájame ešte základné náležitosti (autorom zbierky nepresne chápané ako podmienky platnosti) právnej obyčaje. Opäť ich možno definovať v počte tri. Po prvé išlo o *racionálnosť*, t.j. aby obyčaj smerovala k účelu zákona, ktorým má byť verejné

²⁴ Werbőczy to vyjadril nasledovne: „...naša obyčaj, ktorú dnes zvyčajne v súdnicte používame má tri základy: 1. obyčajné zákony a nariadenia, 2. privilégiá panovníka a 3. rozsudky riadnych sudcov kerajny.“ Pozri LAČLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj v postavení prameňa (súkromného) práva platného na území Slovenska do roku 1848. In: *Historia et Theoria Iuris*, č. 1/2009, s. 35.

²⁵ Tamtiež.

²⁶ LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Bratislava: Iura Edition, 2002, s. 55.

²⁷ Pozri Opus Tripartitum, I: Prológ, čl. 11, úvodná veta, ďalej § 1 a § 2.

²⁸ Tamtiež, § 3 až § 5.

blaho. Meradlom racionálnosti malo byť, aby pravidlo obsiahnuté v právnej obyčaji neodporovalo prirodzenému právu, medzinárodnému právu (uznávanému všetkými štátmi) a danému (pozitívnemu) právu.²⁹ Druhou náležitosťou bolo *praescriptio*, doslovne *premlčanie*, t.j. aby právna obyčaj pretrvala, resp. bola dodržiavaná istý čas. Išlo o požiadavku dlhodobého používania, teda z lat. *usus longaevus*. No a tretou, poslednou náležitosťou bolo zhodné opakovanie úkonov obyčaje, vyjadrené ako *frequentia actuum*. Frekvencia/opakovanie malo zdôrazňovať uniformitu konania, zdržania sa či vynechania zo strany jednotlivých subjektov práva.³⁰

Na základe analýzy právnej obyčaje podľa ustanovení Werbőczyho Tripartita, možno dôjsť k záverečnému zhodnoteniu tohto najdôležitejšieho prameňa uhorského stredovekého (ale i novovekého) práva. Pre platnosť právnej obyčaje sa vyžadovalo, aby vznikla z ustálenej praxe, ktorá musela vyjadrovať všeobecné presvedčenie o správnosti obyčaje. „Správnosť“ obyčaje s istým filozofickým nadhľadom možno vnímať skôr ako právne cítenie sudcu, resp. sudcovského stavu. Každopádne, pokiaľ súdy v rozhodnutiach opakovane uznávali určité pravidlo, malo sa za to, že toto pravidlo je správne. Ďalej musela mať obyčaj právny obsah, byť racionálna a jej používanie muselo trvať dlhší čas. Takáto právna obyčaj mala potom účinnosť v trojakom význame – interpretovala, nahrádzala a dokonca rušila zákon. Zmysel zákona sa vysvetľoval obyčajou; ak nejakú situáciu neupravoval zákon, platila obyčaj; a ak bola obyčaj v rozpore s časovo predchádzajúcim zákonom, rušila jeho platnosť. V tom spočívala ohromná právna sila obyčajového práva. Obyčaje sa prejavovali predovšetkým v rozhodnutiach súdov – súdna prax bola de facto realizáciou obyčajového práva sudcami³¹ v konkrétnych prípadoch.

4 Právna obyčaj v názoroch staršej slovenskej a českej právnej vedy

Na dokreslenie problematiky si dovoľíme predostrieť ešte niekoľko názorov na právnu obyčaj. Ide o mienku viacerých predstaviteľov staršej českej

²⁹ LACLAVÍKOVÁ, M., ŠVECOVÁ, A. *Pramene práva na území Slovenska I (od najstarších čias do roku 1790)*. Trnava: TYPI UNIVERSITATIS TYRNAVIENSIS, 2007, s. 191.

³⁰ Tamtiež.

³¹ SIVÁK, F. *Dejiny štátu a práva na území Slovenska do roku 1918*. Banská Bystrica: Univerzita Mateja Bela, 1996, s. 40.

a slovenskej právnej vedy, pri ktorej - ako sme už uviedli v úvode -, bude evidentná istá rôznorodosť pri objasňovaní podstaty tohto osobitého prameňa práva.

Napríklad Saturník k právnej obyčaji uvádza nasledovné: „*Co se týče podmínek závažnosti té které obyčejové normy, rozhodovalo v prvé řadě stáří obyčeje; co bylo od předků ode dávna zachovááno (consuetudo tenaciter servata), bylo uznáváno za pravidlo, o němž vládlo přesvědčení, že jest ho i na příště dbáti (opinio necessitatis).*“³² Ďalej trebárs Hexner vysvetľoval obyčajové právo ako „*komplex všeobecných právných noriem, ktoré sa líšia od iných právných noriem v tom, že ich prameňom, tvorcom je zvláštny subjekt – mlhavý, neistý.*“³³ Rouček pod pojmom obyčajové právo chápal „*souhrn norem po delší dobu zachovávaných (usus longaevus) v přesvědčení, že jsou platným právem (opinio necessitatis seu iuris).*“³⁴ Autori prvorepublikového diela „*Nástin súkromného práva*“ – Fajnor a Záturecký interpretovali obyčajové právo ako „*súhrn právných pravidiel, ktoré prýštia zo všeobecného presvedčenia občanov a javia sa navonok v ich dôsledne rovnakom konaní, zachovávaní sa v určitých situáciách právneho vzťahu po dlhú dobu. Obyčajové právne pravidlo z konania, zachovávaní sa občanov môže byťtedy len v tom prípade odvodené, keď prýšti z ich presvedčenia, ktoré má právnú náplň (konajú, zachovávajú sa tak a tak, lebo sú presvedčení, že podľa platného práva v určitej situácii právneho vzťahu majú tak konať, ako práve konajú, majú sa tak zachovávať, ako sa práve zachovávajú - opinio necessitatis), a že toto rovnaké konanie, rovnaké zachovávanie sa v rovnakých situáciách právneho vzťahu deje sa po dlhú dobu (usus longaevus).*“³⁵ Uvedená dobová právna veda teda vo vzťahu k právu platnému v minulosti na území Slovenska všeobecne uplatňovala názor, že prvé miesto, resp. prednosť zaujímal právo obyčajové. Dokladá to aj vyjadrenie Rauschera zakomponované vo veľkolepom Komentári k čl. právu občianskemu z roku 1935, v ktorom uvádzal: „*v práve slovenskom je obyčaj prameňom práva, tvorí právo, nahrádzuje zákon, kde zákona niet, zákon dopĺňuje, zrušuje, mení a záväzne vykladá... Uhorské občianske právo*

32 SATURNÍK, T. *Přehled dějin soukromého práva ve střední Evropě. Nástin přednášek*. Praha: nákladem vlastním, v generální komisi spolku československých právníků „Všehrd“, 1945, s. 7.

33 HEXNER, E. *Zvykové právo v Československej republike*. In: *Právní obzor*, 1926, s. 497.

34 ROUČEK, F. *Občianské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, všeobecná část*. Kroměříž: Nakladatel J. Gusek v Kroměříži, 1927, s. 35.

35 FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A. *Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi*. III. vydanie pôvodného diela s judikatúrou siahajúcou do r. 1935. Šamorín: Heuréka, 1998, s. 22.

*sa zakladá na právnom obyčaji... Uhorské zákony sa často odvolávajú na právny obyčaj a uznávajú ho za záväzný.*³⁶

5 Záver

Záverom nášho príspevku možno zhrnúť, že právna obyčaj tak v poklaskom rímskom práve, ako aj potom v stredovekom uhorskom práve predstavovala aktuálny a platný prameň práva, pričom vo vzťahu k formálnym písaným prameňom práva plnila funkciu interpretačnú, derogáciu a substitučnú. V rôznych prameňoch práva bol jej výklad založený de facto na dvoch základných znakoch, vyjadrených ešte z rímsko-právnej náuky ako *usus longaevus* a *opinio necessitatis*. Podľa nášho názoru dlhodobé faktické zachovávanie pravidla, v spojení so všeobecným presvedčením o jeho záväznosti predstavujú dva základné znaky kontinentálnej koncepcie obyčajového práva a možno ich považovať aj za určité základné definíčné piliere právnej obyčaje vôbec. Záväznosť obyčaje vychádza z jej vlastnej právnej sily, t.j. nie preto, že by jej dodržiavanie vyžadoval zákon. Vynútitelnosť štátnou mocou alebo autoritou (najmä súdmi) v sebe nesie odkaz, že je to obyčajové právo je vlastne právo štátom uznané, nie ním formálne vytvárané. V konečnom dôsledku, na podklade predostretej historicko-právnej analýzy viacerých prameňov, v snahe čo najjednoduchšie vyjadriť podstatu právnej obyčaje, možno špecifikovať právnu obyčaj ako: pravidlo, odvodené z rovnakého, dlhodobo uskutočňovaného správania sa subjektov práva (*usus longaevus*), vychádzajúceho z ich presvedčenia o správnosti, no najmä o právnom obsahu tohto pravidla určujúceho ich správanie (t.j. *dare, facere, ommittere, pati*), pričom si subjekty práva sú vedomé, že za nedodržanie pravidla, resp. za nedovolené správanie hrozí donútenie, sankcia (*opinio necessitatis*). Takto koncipovaná definícia by mohla byť akceptovaná aj pri hodnotení právnej obyčaje z uhla možného súčasného prameňa práva.

Contact – e-mail

ivana.soskova@umb.sk

³⁶ RAUSCHER, J. O obyčajovom práve na Slovensku. In: ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl první*. Praha: Knihkupectví a nakladatelství V. Linhart v Praze, 1935, s. 160 a nasl.

Povaha obyčaje v rímskom práve

Ján Šurkala¹

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta,
Slovenská republika

Abstrakt

Autor sa v článku zameriava na analýzu povahy obyčaje v rímskom práve. V druhej kapitole podrobne skúma významové pozície, ktoré v Ríme mala právna obyčaj, pričom nachádza 7 rôznych významových kontextov: obyčaj v archaickom zmysle, obyčaj ako technika vyplňania medzier v písanom práve, obyčaj ako prejav suverenity ľudu, administratívna obyčaj, obyčaj ako prameň provinčného práva, obyčaj ako prameň z vulgarizovaného práva a napokon obyčaj ako prameň „medzinárodného práva súkromného“. Autor ďalej skúma historický vývoj obyčaje, podmienky jej platnosti a derogačné účinky. Napokon prichádza k záveru, že obyčaj mala v nejakom zo zmiernených významov právnu relevanciu v každom zo sledovaných období.

Kľúčové slová

obyčaj; obyčajové právo; rímske právo; suverenita ľudu; consuetudo; desuetudo; podmienky platnosti; derogácia zákona; rétori; Cicero; grécka filozofia; precedens; provinčné právo; klasické právo; archaické právo; poklasické právo, právnické povolania.

Abstract

The article offers an analysis of nature of legal custom within Roman law. Firstly, it deals with different contexts, in which it may be found in the sources of law. The author identifies seven different meaning positions, namely: archaic customs (*mos maiorum*); custom as a tool for filling gaps in a written law; custom as the expression of popular sovereignty; administrative custom; custom as a source of provincial or vulgar Roman law

¹ Príspevok je výstupom grantu VEGA č. 1/0531/14 „Vývoj notárstva“, ktorého nositeľom je Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Katedra rímskeho práva, kánonického a cirkevného práva. Autor tohto článku je členom jeho riešiteľského kolektívu.

and finally a custom as a kind-of “international private law”. Subsequently he analyses historical development of legal customs in the Ancient Rome, conditions of their validity and question of their ability to derogate written law. Author finally concludes that customs had their legal validity through whole history of Roman law, however, in different denotations.

Keywords

Custom; Customary Law; Roman Law; Popular Sovereignty; Consuetude; Desuetude; Conditions of Validity; Derogation of Statute; Rhetors; Cicero; Greek Philosophy; Case-Law; Provincial Law; Classical Roman Law; Post-Classical Roman Law; Archaic Roman Law, Legal Professions.

1 Úvod

Predmetom tohto článku je zamyslenie sa nad povahou obyčaje v rímskom práve. Naším cieľom je v prvom identifikovať jednotlivé významové pozície a kontexty, v ktorých sa obyčaj objavuje v prameňoch rímskeho práva, ale aj v dobových historických či iných prameňoch. Na účely tohto článku vnímame obyčaj v jej právnom zmysle pomerne široko. Z konkrétneho pojmové hľadiska budeme skúmať termíny ako *mos maiorum*, *mores*, *usus* či *consuetudo*. Z povahy obyčaje vyplýva, že tieto pojmy môžu vystupovať ako nositelia určitej právne relevantnej normatívnej hodnoty, ale tie isté pojmy môžu vystupovať aj v pre právo irelevantných pozíciách. Nás v tomto článku budú zaujímať výlučne právne aspekty obyčaje.

Po načrtnutí jednotlivých významových pozícií sa v krátkosti pokúsime zrekonštruovať historický vývoj právnej obyčaje v antickom Ríme. Následne budeme analyzovať podmienky platnosti obyčaje a v poslednej kapitole sa zamyslíme aj nad derogačnou mocou obyčaje vo vzťahu k zákonu alebo iným prameňom písaného práva. Záverom sa pokúsime zhodnotiť význam fenoménu právnej obyčaje pre rímske právo v jednotlivých etapách jeho vývoja.

2 Významové pozície obyčajového práva

Obyčaj sa v antickom Ríme vyskytovala v skutku rozdielnych významových pozíciách. Vyplývalo to jednak z mnohoznačnosti a rôznorodosti jej pojmu, ale aj z historického vývoja, ktorý budeme osobitne analyzovať

v nasledujúcej kapitole. V tejto sa sústreďíme na popísanie základných významových pozícií, aké obyčaj na základe dochovaných prameňov mala.

2.1 Obyčaj v archaickom zmysle

Po prvé, obyčaj môžeme chápať v jeho archaickom zmysle slova ako prameň protopráva a protomorálky – teda ako všeobecný prameň spoločenských a právnych noriem, ktoré v počiatocnom štádiu vývoja rímskej spoločnosti ešte neboli diferencované. Je jasné, že tento význam pretrvával aj klasickom a poklasickom období, hoci už nebol výlučným významovým nositeľom tohto pojmu. V tomto období vystupoval ako „obyčaje predkov“ (*mores maiorum*), ktoré mali samozrejme aj právnu relevanciu.²

Konkrétnych právnych noriem klasického práva, ktorých pôvod sa podarilo vystopovať až do obyčajového práva, nie je veľa. Alfred Pernice³ uvádza tri: 1) zákaz uzatvárania manželstva medzi blízkymi príbuznými,⁴ 2) možnosť pupiliárnej substitúcie pri dedení⁵ a 3) neplatnosť darovania medzi manželmi.⁶ Siegfried Brie⁷ pridal ďalší prípad: nevyhnutnosť súhlasu tútora pre platnosť záväzkov jeho poručenca.⁸ Niekoľko ďalších príkladov spomína Artur Steinwenter.⁹

Relatívne malá početnosť týchto referencií na „obyčaje predkov“ ako pôvodcov, resp. predchodcov, predklasického a klasického práva však neznamená, že tieto v zásadnej miere neovplyvňovali podobu súkromného

² K pojmu pozri KASER, M. *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, 1939, Vol. 59, s. 52–101; SKŘEJPEK, M. *Bona fides – mores maiorum – fas*. In: *Bona fides: Sborník z II. konference česko-slovenských romanistů*. Praha: PFUK, 2000, s. 7–11.

³ Porovnaj PERNICE, A. *Zum römischen Gewohnheitsrechte*. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 20, 1899, s. 151–152.

⁴ Porovnaj Paul D 23,2,39,1.

⁵ Porovnaj Ulp D 28,6,2 pr.

⁶ Porovnaj Ulp D 24,1,1. Toto je však sporné, nakoľko sa v prameňoch tento zákaz prvýkrát objavuje až v Augustovej dobe. Pre viac o kontroverzii pozri KASER, M. *Das Römische Privatrecht – Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. Bd. 1., 2. Aufl., München: C. H. Beck, 1971, s. 331 a pozn. 20–25.

⁷ Porovnaj BRIE, S. *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Ein historisch-dogmatische Untersuchung*. Erst Theil. Breslau: M & H Marcus, 1899, s. 37.

⁸ Porovnaj Ulp D 29,2,8 pr.

⁹ Porovnaj STEINWENTER, A. *Mores*. In: WISSOWA, G., KROLL, W. (Hsrg.). *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung*. XVI. Band, Stuttgart: J. B. Metzlersche Verlagsbucherhandlung, 1935, s. 290–298.

aj verejného práva. 'Tak ediktálna činnosť magistrátov ako aj dobrozdania rímskych klasických právnikov vo svojej podstate pracovali so staršími obyčajovými pravidlami,¹⁰ usposobovali ich na zmenené pomery a preformulovali ich do zrozumiteľnejšej a koncepcne čistejšej podoby. Toto „nové právo“ už nemalo podobu obyčaje, pretože formálne vystupovalo ako dobrozdanie právnikov alebo edikt magistráta. To však na principiálne obyčajovom pôvode *ius civile* nič nemení.¹¹ Podobne aj *ius gentium* malo silné obyčajové afiliácie, pretože cudzineckí prétori využívali staré obyčajové vzory pri riešení nových právnych situácií.¹²

2.2 Obyčaj ako technika vyplňania medzier v písanom práve

Po druhé, pod obyčajou môžeme chápať techniku vyplňania medzier v písanom, resp. formálnom práve. Toto nám dokumentuje Pomponius:

*„His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessariam „necessarium“ esse disputatione fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile.“*¹³

V podobnom duchu vystupujú aj Paulus:

*„Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo.“*¹⁴

a Callistratus:

*„Nam imperator noster severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.“*¹⁵

¹⁰ Porovnaj EHRlich, E. *Fundamental Principle of Sociology of Law*. (trans. MOLL, W. L.). Cambridge: Transaction Publishers, 1936, s. 436; EHRlich, E. *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede gehalten am 2. Dezember 1906*. Leipzig & Wien, 1907, s. 55–56.

¹¹ Porovnaj BIONDI, B. *Prospettive romanistiche*. Milano: Società Editrice „Vita e Pensiero“, 1933, s. 32–33.

¹² K tomu pozri COSTA, E. *Storia delle fonti del diritto romano*. Milano & Torino & Roma: Prati Bocca, 1909, s. 42–43; GREENIDGE, A. H. J. *The legal Procedure of Cicero's time*. Oxford: Clarendon, 1901, s. 91–93; PERNICE, A. op. cit. 3, s. 128–142.

¹³ Porovnaj Pomp D 1,2,2,5.

¹⁴ Porovnaj Paul D 1,3,37.

¹⁵ Porovnaj Call D 1,3,38.

V tejto významovej pozícii teda obyčaj vystupuje ako prameň práva subsidiárne pôsobiaci popri práve písanom.¹⁶ Nakoľko nikdy nemožno matériu právnej regulácie vyčerpať legislatívnym aktom úplne a komplexne, obyčaj mala nezastupiteľnú úlohu pri uzatváraní medzier v práve.¹⁷

Narozdiel od pôvodného archaického významu obyčaje ako *mos maiorum*, ktorý na seba vrstvil významové pozície morálne, náboženského a právneho poriadku, mala obyčaj v tomto význame priam technický a funkcionalistický význam. Navyše obyčaj v zmysle tejto koncepcie nemôže byť nikdy v konflikte s písaným právom, nakoľko pôsobí len popri ňom. Takto vzniknuté normy netvorí nejaký ucelený systém noriem obyčajové práva, ale sú úzko naviazané na iné pramene práva a poskytujú im tak interpretačné a aplikačné zázemie.

2.3 Obyčaj ako jeden z prejavov suverenity Pudu

Po tretie, pod vplyvom gréckej filozofie začali rétori, napr. Cicero,¹⁸

¹⁶ Rimania chápali delenie práva na písané a nepísané v doslovnom, nie v našom modernom zmysle slova. Preto aj pretorské právo bolo považované za nepísané (porovnaj: Pomp D 1,2,2,5) až dokým nebolo kodifikované Juliánovým večným ediktom (K tomu pozri LENEL, O. *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte Verbesserte Ausgabe.* Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927). Porovnaj JOLOWITZ, H. F. *Historical Introduction to the Study of Roman Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1932, s. 359–361. Pre porovnanie charakteru nepísaného práva v antickom Ríme a Anglicku pozri BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England.* (JONES, W. C. – ed.) Vol. I, San Francisco: Bancroft-Whitney, 1915, s. 63 nasl.; a v Uhorsku (Slovensku): GÁBRIŠ, T. Stredoveká uhorská právna obyčaj a zákon medzi tradíciou a zmenou. In: *Naděje právní vědy*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 47–57; LUBY, Š. *Obyčajové právo a súdna prax (Civilistická štúdia zo slovenského práva).* Bratislava: Právnická fakulta Slovenskej univerzity, 1939.

¹⁷ K vzťahu medzi písaným a nepísaným právom v zmysle formálnych prameňov rímskeho práva podľa Gai Inst I,2; Pap D 1,1,7 a Pomp D 1,2,2,12 pozri BIONDI, B. *Istituzioni di diritto romano.* 4 ed. Milano: Giuffrè, 1965, s. 37; BRIE, S. op. cit. 6, s. 5; SCHMIDLIN, B., CANNATA, C. A. *Droit privé romain. Bd. I, Sources - Famille – Biens.* 2. Aufl. Lausanne: Payot, 1984, s. 23.

¹⁸ K tomu bližšie pozri KASER, M. Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre. In: *Festschrift für Werner Flume.* Bd. I. 1978, s. 103; PERNICE, A. Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungeschriebens Recht. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, 1901, Vol. 22, s. 61; PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht.* Ersten Teil. Erlangen: Palm, 1928, s. 44–56; SCHMIEDEL, B. *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Diss. iur., Graz & Köln, 1966, s. 15–19.

Quintilianus¹⁹ a Varro²⁰, rozvíjajú novú koncepciu obyčajového práva. Signifikantná je hlavne Cicerova definícia obyčajového práva, ktorá znie:

„...*Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit...*“²¹

Pre Cicera bola teda obyčaj vyjadrením práva nie výslovným spôsobom – teda zákonom (možno povedať širšie – právnym predpisom) – ale všeobecným súhlasom (*voluntate omnium*) podriaďovať sa jej pravidlám. Išlo teda o regulárne právo, ktoré ale vzniklo samovoľne a súhlas s jej nasledovaním dali „všetci“ mlčky. Cicero na inom mieste odlišuje obyčajové právo od práva prirodzeného:

„*Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt; postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit.*“²²

¹⁹ Porovnaj Quintilianus, *Institutio Oratoria*, V,10,13: „...*deos esse*“, „*praestandam pietatem parentibus*“, *praeterea quae legibus cauta sunt, quae persuasione etiam si non omnium hominum, eius tamen civitatis aut gentis in qua res agitur in mores recepta sunt, ut pleraque in iure non legibus sed moribus constant: si quid inter utramque partem convenit, si quid probatum est, denique cuicumque adversarius non contradicit.*“

²⁰ Porovnaj Marcus Servius Honoratus, *Commentarius in Vergili Aeneidem*, VII, 601: „*Varro vult morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit.*“ Varro považuje „mos“ za všeobecný súhlas tých, ktorí žijú spolu, ktorý, ak je dlhotrvajúci, vyústi do obyčaje. Fragment je dôležitý z pohľadu náčrtu spôsobu transformácie „mos“ – teda obyčaje v archaickom zmysle slova – do obyčaje vo forme *consuetudines*, ktorá má viac právnú podobu. V prameňoch sú ale tieto pojmy používané často promiskuitne. Citovaný fragment však vrhá svetlo na to, ako bola vnímaná obyčaj v právnom zmysle slova.

²¹ Porovnaj Cicero, *De Inventione*, II,67: „*Za právo obyčajové (consuetudine ius) je považované to, čo starobylosť sankcionovala so súhlasom všetkých, a to bez zákona...*“ K tomu pozri aj dielo anonymného autora (dlho omylom považované za Cicera): AUCTOR: *Rhetorica ad Herenium*. (II. 13.19). In: AUCTOR [CICERO, M. T.]. *Rhetorica ad Herenium*. (II. 13.19). (trans. CAPLÁN, H.). Vol. 1. Loeb Classical Library 403. Cambridge: Harvard University Press, 1954, s. 93.

²² Cicero, *De Inventione*, II,160. K tomu ešte pozri BEHREND, O. Die Gewohnheit des Rechts und Gewohnheitsrecht: die geistigen Grundlagen des klassischen römischen Rechts mit einem vergleichenden Blick auf Gewohnheits-rechtlehre der historischen Rechtsschule und der Gegenwart. In: WILLOWEIT, D. (Hrsg.): *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*. München: Oldenbourg, 2000, s.38.

Obyčaj teda v zmysle tejto cicerónskej koncepcie nemožno vnímať ako základ pre „všeľudské“ prirodzené právo²³, ale je skôr vyjadrením reálnych spoločenských a mocenských pomerov na určitom území – je teda pozitívnym právom v pravom zmysle slova. Preto ju Cicero zaradzuje aj do svojho zoznamu prameňov práva:

„...*ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus indicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.*“²⁴

Tento prenos pôvodne gréckeho delenia práva na písané a nepísané – a to prostredníctvom rétorov - je zachytený aj vo fragmentoch rímskych klasických právnikov:

„*Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto aut sine scripto, ut apud graecos: ΤΩΝ ΝΟΜΩΝ ΟΙ ΜΕΝ ΕΙΤΡΑΦΟΙ, ΟΙ ΔΕ ΑΙΤΡΑΦΟΙ.*“²⁵

V rámci tejto pôvodne filozofickej teórie sa zásluhou rétorov postupne obyčaj posunula z pôvodne hranice-prechádzajúceho fenoménu na pomedzi práva, morálky a náboženstva, k prameňu práva vo formálnom zmysle slova.²⁶ To zachytáva aj Ulpianus:

„*Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet.*“²⁷

Tichý súhlas ľudu vlastne prepožičal obyčaji demokratickú (populárnu) legitimitu, preto nebolo potrebné, aby bola obyčaj dodatočne potvrdená zákonom. Išlo by totiž o duplicitu. Svojím spôsobom išlo o vyjadrenie starých

²³ K významu prirodzeného práva v Ríme pozri BRTKO, R. *Filozofickoprávne východiská prirodzeného práva v klasickom a justiniánskom období rímskeho práva*. Bratislava: PraF UK, 2013; BRTKO, R., ČUNDERLÍK ČERBOVÁ, V., NEMEC, M. *Prírodné právo – jeho vývoj a prvky v rímskom a v kánonickom práve*. Bratislava: PraF UK, 2014, 135 s.; HAMZA, G. Gedanken zum Begriff des ius naturale im corpus ciceronianum. In: *Revista International De Derecho Romano*, October 2014, s. 125–148; HONORÉ, T. Ulpian, Natural Law and Stoics Influence. In: *The Legal History Review*, 2010, Vol. 78, No. 1-2, s. 199–208; KALPERS, H. J. *Natura und ius naturale in der Jurisprudenz der römischen Klassiker*. Diss. Münster, 1952; SOBBOTA, S. *Der Begriff der "naturalis ratio". Seine Verwendung in den Texten den klassischen Juristen*. München: Schön, 1969, 111 s.

²⁴ Porovnaj CICERO, M. T.: *Topica*, V,28.

²⁵ Porovnaj Ulp D 1,1,6,1. Podobne aj: Just Inst 1,1,9. Treba ale poznamenať, že prameňe klasického práva neobsahujú zmienku o obyčaji ako o formálnom prameni *ius civile*. Hovorila len o tom, že nepísané právo za istých okolností má určitú „platnosť“, resp. normatívnu funkciu.

²⁶ Porovnaj KASER, M., KNÜTEL, R. *Römisches Privatrecht*. 17. Aufl., München: C. H. Beck, 2003, s. 36; SCHILLER, A. A. *Roman Law: Mechanism of Development*. Hague & Paris & New York: Mouton, 1978, s. 562.

²⁷ Porovnaj Ulp D 1,3,33.

dobrych republikánskych teórii o suverenite ľudu, ktoré pretrvali aj dlho po vzniku cisárstva.²⁸ V tomto duchu vyznieva aj Juliánov fragment:

„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?“²⁹

Idea suverenity ľudu, resp. vysokej hodnoty tichého súhlasu ľudu je vyjadrená aj v nasledujúcom Paulovom fragmente:

„Immo magnae auctoritatis hoc ius habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.“³⁰

Zhrnúc význam obyčaje v „demokratickom“ zmysle slova nám ostáva konštatovať, že zásluhou rétorov „koketujúcich“ s gréckym (filozofickým) myslením sa táto významová pozícia objavuje aj u klasických právnikov. Nejde však o recepciu úplnú. Klasici síce uznávali, že obyčaj je vyjadrením vôle ľudu – a preto má mať určitú normatívnu hodnotu – ale medzi pramene civilného práva ju ostentatívne nezaradzovali.

2.4 Obyčaj ako ustálená administratívna alebo súdna prax (precedens)

Ďalšou významovou pozíciou obyčaje, ktorú v plnej miere získala v poklasickom období, je obyčaj ako administratívny a súdny precedens (*mos iudiciorum*).³¹

Z prameňov klasického práva nám to dokumentuje nasledujúci fragment:

„Nam imperator noster severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.“³²

²⁸ Vplyv tejto koncepcie datuje Puchta najneskôr do čias Juliána. Porovnaj PUCHTA, G. F. op. cit. 18, s. 85. K tomu ďalej pozri SAVIGNY, C. F. *System des heutigen römischen Rechts I*. Berlin: Veit, 1840, s. 146 a nasl.; SCHERILLO, G. *Consuetudine (diritto romano)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IV, Torino: UTET, 1959, s. 304; SCHMIEDEL, B. op. cit. 18, s. 58–64; WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, s. 393.

²⁹ Porovnaj Jul D 1,3,32,1.

³⁰ Porovnaj Paul D 1,3,36.

³¹ Porovnaj KERNEIS, S. *Consuetudo Legis: Writing Down Customs in the Roman Empire (2nd - 5th Century CE)*. In: *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, Vol. 24, 2016, s. 248.

³² Porovnaj Call D 1,3,38. „Pretože náš cisár Severus odpovedal, že v pochybnostiach, ktoré vyplývajú zo zákona, má nadobudnúť silu zákona buď obyčaj alebo autorita opakovane rozhodovaných podobných prípadov.“

Ide o jeden z mála fragmentov, kde sa dá vystopovať počiatok normatívnej sily precedensu – v zmysle zachovávanía ustálených rozhodnutí smerom do budúcnosti. Z pohľadu znenia fragmentu nie je táto „precedentná činnosť“ orgánov aplikácie práva priamo stotožnená s obvyčajou, ale stoja popri sebe vskutku veľmi blízko.

Priamočiarejšie o obyčaji v tejto významovej pozícii hovorí fragment cisára Alexandra Severa (*a prope evocato*) z roku 224 n. l.:

„Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae.“³³

Tento fragment definuje presný postup provinčného správcu pri riešení súdnych sporov v otázke zistenia „práva“. Najskôr má zistiť, či na danom území existuje ustálená rozhodovacia prax vo veci, ktorú práve rieši. Ak takúto ustálenú obyčaj (*consuetudo praecedens*) nájde, tak sa jej má držať – rovnako aj odôvodnenia, ktoré k nej viedlo – a nemá rozhodnúť v rozpore s ňou.

Ako uvidíme z nasledujúceho fragmentu, rozhodnutia rímskej provinčnej správy v oblasti trestania sa tiež opierali o mieste administratívne obyčaje:

„Sunt quaedam, quae more provinciarum coercionem solent admittere: ut puta in provincia arabia scopelismom crimen appellant, cuius rei admissum tale est: plerique inimicorum solent praedium inimici scopelizein, id est lapides ponere indicio futuros, quod, si quis eum agrum coluisset, malo leto periturus esset insidiis eorum, qui scopulos possuissent: quae res tantum timorem habet, ut nemo ad eum agrum accedere audeat crudelitatem timens eorum qui scopelismom fecerunt. hanc rem praesides exequi solent graviter usque ad poenam capitis, quia et ipsa res mortem comminatur.“³⁴

Hoci sa na prvý pohľad môže zdať, že tento fragment hovorí o pravidle vychádzajúcom z „provinčného práva“ v zmysle jeho pôvodu z právneho poriadku Arabov, opak je pravdou. Prax umiestňovať kamene na poli svojho nepriateľa sa dá považovať za „miestne pomery“, hoci sa ich autor fragmentu zdráha nazývať právom, pretože odporovali rímskej predstave

³³ Porovnaj C 8,52,1.

³⁴ Porovnaj Ulp D 47,11,9.

o spravodlivosti. V tomto prípade je obyčajou prax rímskych úradníkov tieto zavrhnutiahodné praktiky potláčať s použitím tých najprísnejších kriminálnych sankcií. Obyčaj je tu teda reprezentovaná rímskymi úradmi, ktorých ustálené konanie ju tvorí.

Ďalším príkladom administratívnej obyčaje – tentoraz nie prostredia provincií – je vyčlenenie žien a otrokov z okruhu subjektov, ktoré mohli zastávať funkciu sudcu, pretože sa vytvorila taká administratívna prax:

„Non autem omnes iudices dari possunt ab his qui iudicis dandi ius habent: quidam enim lege impediuntur ne iudices sint, quidam natura, quidam moribus... moribus feminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.“³⁵

Podobne aj nasledujúci fragment hovorí o obyčaji, ktorá neumožňuje delegáciu jurisdikcie osobou, ktorá ju nemá svojim vlastným právom, ale bola na ňu už predtým delegovaná:

„More maiorum ita comparatum est, ut is demum iurisdictionem mandare possit, qui eam suo iure, non alieno beneficio habet.“³⁶

Súdna prax (*mos iudiciorum*) sa vyskytuje ako referenčný rámec pre určenie práva napr. pri určení výšky odmeny advokáta,³⁷ pri súdnej obnove stratennej držby,³⁸ pri uvalení infámie za delikt injurie,³⁹ pri istom špecifickom prípade mancipácie otroka,⁴⁰ pri stanovení podmienok pri žiadaní pekúlia po zomrelom otrokovi,⁴¹ pri stipulácii znejúcej na pokutu v prípade poru-

³⁵ Porovnaj Paul D 5,1,12,2. Paulus tu vyslovene uvádza, že dôvodom vzniku tejto obyčaje neboli „predsudky“ o nedostatku ich „súdnosti“, ale „poznatok“ (výsledok administratívnej praxe), že nemôžu zastávať verejné funkcie.

³⁶ Porovnaj Jul D 2,1,5.

³⁷ Porovnaj Ulp D 50,13,1,10.

³⁸ Porovnaj C 4,19,2. *„Possessiones, quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum perseguere. nec enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat.“*

³⁹ Porovnaj C 2,12,10. *„Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit nullum domino praeiudicium facere potuit. quod si plenam potestatem agendi habuit, rem indicatam rescindi non oportet, cum, si quid fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis.“*

⁴⁰ Porovnaj C 4,50,3. *„Mancipia quorum meministi si, ut proponis, nomine tuo itemque fratris tui cui successisti empta vobis tradita sunt, licet instrumento emptionis matrem tuam pecuniam numerasse contineatur, persequi ea more iudiciorum non prohiberis.“*

⁴¹ Porovnaj C 7,21,4,1. *„Quod si prius, quam id spatium temporis excederet, agere coepisti, et peculium eius more iudiciorum persequi et cum manumissis ordinata lite secundum formam edicti experiri non prohiberis.“*

šenia zmluvy,⁴² pri zachovaní príslušnosti sudcu v trestnom konaní, hoci bol prípad pri prejedávaní deliktu kontumačným rozsudkom ukončený v prospech žalovaného,⁴³ pri pokračovaní konania o zbavenie poručníctva iniciovaného poručníkom, hoci už poručenec medzitým dovŕšil vek dospelosti⁴⁴ a pod.

Míchal Skřejpek poukázal na dôležitosť obyčaje pri formovaní nepísanej rímskej „ústavy“ – teda pri formovaní úradov a orgánov Ríma a kreovaní ich kompetencií.⁴⁵

V poklasickom období dochádza k rastu dôležitosti administratívnych obyčají. Soazick Kerneis poukazuje na to, že tieto precedensy a individuálne rozhodnutia majúce povahu privilégii (*lex privata*) sa objavujú v 5. stor. n. l. predovšetkým v daňovej a vojenskej správe. Jednou zo základných črt daňového systému Ríše v tomto období bola možnosť individuálneho „zjednaní sa“ daňových podmienok medzi jednotlivými povinnými subjektmi a kompetentnými úradmi. Cieľom povinných subjektov bolo získanie daňových úľav, ktoré často aj dostali vo forme privilégii *de facto* obchádzajúcich všeobecnú zákonnú úpravu.⁴⁶ Masa tejto individuálnej rozhodovacej činnosti teda postupne vyformovala obyčajové právo (v zmysle administratívnych precedensov).

Druhá oblasť vzniku obyčajového práva na báze individuálnych rozhodnutí administratívnych orgánov sa v tomto období objavovala vo vojenskej oblasti. Barbarské populácie, ktoré sa usadzovali na území Rímskej

⁴² Porovnaj C 2,3,14. „*Si pacto, quo poenam adversarium tuum promississe proponis, si placito non stetisset, stipulatio subiecta est, ex stipulatu agens vel id quod in conventionem devenerat, ut fiat, consequeris vel poenam stipulatione comprehensam more iudiciorum exiges. nam bona adversarii tui in te transferrí citra sollemnem ordinem frustra deprecaris.*“

⁴³ Porovnaj C 9,2,4. „*Si accusatoribus absentibus et non per contumaciam adesse iudicio cessantibus ex una postulatione aditus praeses provinciae non causa cognita sententiam dixit, qua eum de quo querimoniam detulisti liberandum existimavit, criminatione etiam nunc perseverante, quae contumacia vel cessatione accusatorum non interveniente auferri non potuit, causa intentati criminis apud eundem vel successorem eius more iudiciorum tractabitur.*“

⁴⁴ Porovnaj C 5,62,15. „*Quamquam in tutela detentus eo, quod excusatio quam obiciebas non est admissa, provocationis auxilium flagitares et in medio tempore hi quorum meministi in adulta aetate agere coeperunt, tamen non eo minus causa interpositae provocationis propter periculum administrationis eius temporis iudiciorum more examinanda est.*“

⁴⁵ Porovnaj SKŘEJPEK, M. Constitutio - mos - lex - codex (Flexibilní „ústava“ starovekého Ríma). In: *Poeta Prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. ke 70. narozeninám*. Praha: Linde, 2004, s. 31–43.

⁴⁶ KERNEIS, S. op. cit. s. 248.

říše, podliehali až do 5. stor. n. l. rímskej vojenskej správe (*disciplina militum*). S ich rastúcou dôležitosťou pre obranu Ríše sa ich právne postavenie začalo postupne zlepšovať. Bola vytvorená hierarchická súdna a správna štruktúra, ktorá kombinujúc prvky pôvodného barbarského obyčajového práva s rímskym právom začleňovala toto obyvateľstvo do štruktúr Ríše. Toto vulgarizované rímske právo bolo konštruované na základe konkrétnych vzorových rozhodnutí (*exempla*), ktoré postupne viedli ku kazuistickým obyčajovým normám. Tento proces bol zavŕšený ich spísaním – napr. *Pactus legis Salicae* a *Excerpta de libris Romanorum et Francorum*.⁴⁷

2.5 Obyčaj ako prameň provinčného (lokálneho) práva

Rímsku ríšu tvorilo viacero provincií, v ktorých sa ich pôvodní obyvatelia riadili svojim vlastným (národným) právom. To bolo rešpektované zo strany rímskych úradov potiaľ, pokiaľ tieto právne normy nekolidovali so záujmami rímskeho štátu. Podstatnou črtou tohto modelu „právneho pluralizmu“⁴⁸ bola personálna viazanosť práva v závislosti od príslušnosti k tej ktorej politickej obci.⁴⁹ Po celé stáročia platilo, že rímskym právom (*ius civile*) sa mohli riadiť len občania⁵⁰ alebo osoby, ktoré mali čiastkové oprávnenia z rímskeho občianstva – napr. *ius commercii* alebo *ius conubii*.

⁴⁷ Porovnaj KERNEIS, S. Loi et coutumes dans l'Empire romain. A propos du droit vulgaire. In: HAL-LEBEEK, J., SCHERMAIER, M., FIORI, R., CORIAT, J. P. (eds.). *Inter cives nec non peregrinos. Essays in honour of Boudevijn Sirks*. Göttingen: V & R Unipress, 2014, s. 367–384; POLY, J. P. La corde au cou. Les Francs, la France at la loi salique. In: BRESC, H. et all (eds.). *Genèse de l'Etat moderne en Méditerranée*. Roma: École française de Rome, 1991, s. 287–320.

⁴⁸ Viac k tomuto pojmu – ale z prostredia súčasného práva – pozri FÁBRY, B., KASINEC, R., TURČAN, M. *Teória práva*. 1. vyd., Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 166–168; KASINEC, R. Právny pluralizmus a pramene práva v súčasnosti. In: *Hodnotový základ práva*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2011, s. 215–219.

⁴⁹ Porovnaj REBRO, K., BLAHO, P. *Rímske právo*. 3. vyd. Bratislava & Trnava: IURA EDITION, 2003, s. 66.

⁵⁰ K princípu personalitý v rímskom práve pozri REBRO, K., BLAHO, P. op. cit., s. 62; SCHÖNBAUER, E. Personalitätsprinzip und Privatrechtsordnung im Römerreiche. In: *Anzeiger der Österreich. Ak. der Wiss., phil.-hist. Klasse*, Wien: Böhlau, 1961, s. 182–210; SCHÖNBAUER, E. Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol.49, 1929, s. 345–403.

To sa zmenilo prijatím *Constitutio Antoniniana* v roku 212 n. l.,⁵¹ kedy bolo rímske občianstvo rozšírené na všetkých obyvateľov Ríše. Týmto sa personálna pôsobnosť rímskeho *ius civile* mala rozšíriť na každého (slobodného) a tak mal personálny právny partikularizmus zaniknúť. To sa však nestalo, pretože pluralizmus právnych poriadkov nebol ani tak výsledkom rozdielnych foriem práva ako skôr iných právnych tradícií a kultúr. To platilo špecificky na Východe. Preto vznikalo medzi unifikáčnými aspiráciami cisárov a „odvekými obyčajami“ provinčných národov napätie, ktoré v konečnom dôsledku vyústilo do uznania platnosti miestnych obyčají. Dokladuje nám to napr. nasledujúci fragment z reskriptu cisára Alexandra Severa z roku 225 n. l.:

*„Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter in eodem genere controversiarum servata sunt, causa cognita statuet. nam et consuetudo praecedens et ratio quae consuetudinem suasit custodienda est, et ne quid contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam revocabit praeses provinciae.“*⁶²

Bolo by však chybou domnievať sa, že tieto „miestne obyčaje“ boli nefalšovaným prejavom právneho vedomia provinčných národov a vznikali bez ingerencie rímskej moci. Skôr išlo o utilitárne použitie rozdielnych – tak miestnych ako aj cudzích – koncepcií a právnych nástrojov na riešenie

⁵¹ Pre viac o tomto významnom predpise pozri BANCALARI MOLINA, A. Relación entre la Constitutio Antoniniana y la Imitatio Alexandri de Caracalla. In: *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Vol. 22, 2000, s. 17–29; BLOIS, L. The constitutio Antoniniana (ad 212): Taxes or Religion? In: *Mnemosyne*, Vol.67 (6), 2014, s. 1014–1021; CORBO, CH. *Constitutio antoniniana: ius philosophia religio*. Napoli: M. D'Auria, 2013; HERRMANN, P. Überlegungenzur Datierung der ‚Constitutio Antoniniana‘. In: *Chiron*, Vol. 2, 1972, s. 519–530; KIEL, J. *Zum Text der Constitutio Antoniniana*. Wien: Anzeiger der phil.-hist. Klasse der Akademie der Wissenschaften in Wien, 1948; KIEBLING, E. Zur Constitutio Antoniniana. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 78, 1961, s. 421–429; MAROTTA, V. *Das Bürgerrecht im römischen Kaiserreich*. Münster: LIT-Verl., 2010, 59–61; MEYER, P. M. Zur constitutio Antoniniana. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 46, 1929, s. 264–267; SASSE, CH. *Die Constitutio Antoniniana: eine Untersuchung über den Umfang der Bürgerrechtsverleihung auf Grund des Papyrus Giss. 40 I*. Wiesbaden: Harrassowitz, 1958; SCHÖNBAUER, E. Neue Rechtsquellen zum Constitutio Antoniniana Problem. In: KRÓ-KOWSI, G. (ed.). *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, Wrocław & Warszawa, 1956, s. 473–498; STROUX, J. Die Constitutio Antoniniana. In: *Philologus - Zeitschrift für antike Literatur und ihre Rezeption*, Vol.88 (1), 1933, s. 272–295; TORRENT, A. *La Constitutio Antoniniana: reflexiones sobre el papiro Giessen 40 I*. Madrid: Edisofer, 2012, 224 s.; WILHELM, A. Die Constitutio Antoniniana. In: *American Journal of Archaeology*, Vol.38 (1), 1934, s. 178–181.

⁵² Porovnaj C 8,53,1.

aktuálnych sporov a problémov.⁵³ Rímski úradníci mali často len váгну predstavu o miestnych obyčajach a nezriedka si „požičiavali“ riešenia z *ius civile* alebo prétorského práva. Navyše tieto miestne pravidlá neaplikovali bez zvažovania: ak ich uznali za nekompatibilné s rímskymi hodnotami, jednoducho sa ich zdráhali použiť.⁵⁴

Preto treba vnímať lokálne obyčaje ako systém miestnych pravidiel integrovaný do centrálného rímskeho práva – v mnohom sa od neho líšiaci, ale zároveň kompatibilný v podstatných princípoch a zásadách.⁵⁵ Nezamýšľaným dôsledkom zavedenia univerzálneho rímskeho občianstva teda bola integrácia dovtedajších miestnych (prevažne obyčajových) právnych poriadkov do právneho poriadku Rímskej ríše, pričom to bola práve obyčaj, ktorá tu hrala zásadnú rolu.

2.6 Obyčaj ako forma z vulgarizovaného rímskeho práva na Západe

Proces vulgarizácie poklasického práva je známy v prostredí Západorímskej ríše od polovice 4. storočia n. l. Išlo hlavne o opúšťanie komplikovaných a prepracovaných klasických právnych konštrukcií, zjednodušovanie právnej regulácie a inkorporovanie germánskych vplyvov.⁵⁶ Z hľadiska foriem práva dochádza k prechodu od písaného k nepísanému právu – teda k deforma-

⁵³ Porovnaj BRYEN, A. Z. Judging Empire: Courts and Culture in Rome's Eastern Provinces. In: *Law and History Review*, Vol. 30, 2012, s. 786.

⁵⁴ Ako príklad tejto praxe môžeme uviesť prípad z gréckeho provinčného práva, kde mal otec nevesty právo jednostranne ukončiť manželstvo svojej dcéry (*apheresis*). Rímski sudcovia túto obyčaj považovali za neľudskú a jednoducho ju neaplikovali. Porovnaj GRENFELL, B. P., HUNT, A. S.: *The Oxyrhynchus Papyri*. Vol. 2, London: Egypt Exploration Fund, 1899, (CCXXXVII - Petition of Dionysia) s. 141–180. K tomu pozri MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, J.: La loi des Égyptiens. Le droit grec dans l'Égypte romaine. In: MANDILARAS, B. G. (ed.). *Proceedings of the XVIII International Congress of Papyrology: Athens, 25-31 May 1986, Vol. II*. Athens: Greek Papyrological Society, 1988, s. 393.

⁵⁵ Pre viac o inkorporácii provinčných obyčají pozri MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, J. Loi et coutume dans l'Égypte grecque et romaine: Les facteurs de formation du droit en Égypte d'Alexandre le Grand à la conquête arabe. In: *The Journal of Juristic Papyrology*, Series: JPP Supplements, Vol. XXI, 2014.

⁵⁶ K vulgarizácii rímskeho práva pozri DULCKEIT, G., SCHWARZ, F., WALDSTEIN, W. *Römische Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch*. 9. Aufl., Mungen: C. H. Beck, 1995, s. 300 a nasl.; FÖGEN, M. T. *Die Enteignung der Wabrsager. Studien zum kaiserlichen Wissensmonopol in der Spätantike*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993, s. 223–230; HAUSMANINGER, H., SELB, W. *Römisches Privatrecht*. 9. Aufl. Wien & Köln & Weimar: Böhlau, 2001, s. 47–52; REBRO, K., BLAHO, P. op. cit., s. 71–72; WIEACKER, F. Vulgarrecht und Vulgarismus. Alte und neue Probleme und Diskussionen. In: WIEACKER, F. *Ausgewählte Schriften. Bd. 1: Methodik der Rechtsgeschichte*. Frankfurt a. M.: Herman Luchterhand, 1981, s. 250.

lizácii práva. Obsah práva sa síce modifikoval – zjednodušil – ale zachoval sa vo forme, ktorá lepšie odpovedala zmenením politickým a sociálnym pomerom⁵⁷ – vo forme obyčaje.⁵⁸ Právo sa začalo ústne tradovať, vykonávať decentralizovane, čím sa predišlo jeho úplnej anihilácii. V situácii, kedy prétorské právo a klasická jurisprudencia už správne neplnili svoje aktualizčné a implementačné funkcie, bola obyčaj asi jediným prostriedkom udržania akej-takej koherentnosti právneho poriadku.

2.7 Obyčaj ako forma „medzinárodného práva súkromného“

Netypickým prípadom obyčaje z prostredia rímskeho práva je obyčaj, ktorá je výsledkom vzťahov medzi občanmi Ríma a iných obcí. Dokumentuje nám to nasledujúci fragment z *Lex Antonia de Termessibus* z roku 72 alebo 68 pred Kristom:

„*Quae leges quodque ious quaeque consuetudo L(ucio) Marcio et Sex(to) Iulio co(n)s(ulibus) inter ciueis Romanos et Termenses maiores Pisidas fuit, eadem leges eidemque ious, eademque consuetudo inter ceiuos Romanos et Termenses maiores Pisidas esto...*“⁵⁹

Z historickej perspektívy išlo o uzatvorenie spojeneckej zmluvy medzi Rímskou ríšou a gréckym mestom Termessos v Pizídií (dnešné Turecko) na popud tribúna ľudu Gaia Antónia, brata dobre známeho Marka Antónia. Táto obojstranne výhodná zmluva garantovala mestu Termessos širokú autonómiu.

Vyššie citovaný fragment recipuje „zákony“, „právo“ a „obyčaje“, ktoré sa vytvorili medzi občanmi oboch signatárov od poslednej spojeneckej dohody, ku ktorej došlo za čias konzulátu Lucia Marcia a Sexta Julia, teda v roku 92 pred Kristom.

⁵⁷ Pre argumentáciu v prospech zmenených politických pomerov ako hlavnej príčiny zmeny postavenia právnej obyčaje pozri KASER, M. op.cit, s. 17–31; LEVY, E. *Gesammelte Schriften*. Bd. 1, Köln & Graz: Böhlau, 1963, s. 163–320. Pre kontra pozri SCHMIEDEL, B. op. cit., s. 65 a nasl.

⁵⁸ Porovnaj ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*, Vol. 14, Napoli: Jovene, 1960, s. 6; ASTUTI, G. *Consuetudine (diritto intermedio)*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IV, Torino: UTET, 1959, s. 310–320; KASER, M. op. cit., s. 31.

⁵⁹ Porovnaj *Lex Antonia de Termessibus*. In: RICCOBONO, S. et al. *Fontes iuris romani antejustiniani. Pars prima*. Firenze: Barbèra, 1968, (II. 18-22), s. 137. Pre anglický preklad pozri JOHNSON, A. CH., COLEMAN-NORTON, P. R., BOURNE, F. C. *Ancient Roman Statutes: A Translation with Introduction, Commentary, Glossary, and Index*. Austin: University of Texas Press, 1961, s. 74–76.

Obyčaj tu teda zastáva veľmi zaujímavú pozíciu. Je popri zákonoch (*leges*) a práve (*ius*) považovaná za záväznú aj v medzinárodnej oblasti. Nemáme však na mysli obyčaj ako prameň medzinárodného práva verejného (*foedera*) – pretože nie je vytvorená praxou „medzi štátmi“. Ide o uznanie praxe, ktorá sa vyvinula pri styku občanov obidvoch spojeneckých štátov. Fragment nehovorí o právnej povahe tejto obyčaje – a jej diferenciacia od *leges* aj *ius* skôr indikuje, že za právo nutne považovaná nebola.⁶⁰ Avšak jej záväznosť je garantovaná týmto zákonom podobne, ako je to pri *leges* a *ius*.

3 Podmienky platnosti

Nakoľko v klasickom práve neexistovala ucelená doktrína o „obyčajovom práve“ a vo všeobecnosti sa obyčaji venovala pozornosť len veľmi okrajovo, je ťažko s určitosťou stanoviť, čo sa od obyčaje vyžadovalo na to, aby sa uznala jej platnosť, resp. právna relevancia. Tu pertraktované podmienky platnosti obyčaje preto predkladáme ako pokus o rekonštrukciu poklasického práva.

Základné podmienky platnosti obyčaje boli dve – ustálenosť konania (teda dĺžka existencie určitej praxe) a povedomie o jej záväznosti.

Dĺžka trvania dlhotrvajúcej obyčaje nie je vyjadrená presne stanovením nejakého exaktného časového obdobia.⁶¹ Každopádne si to ale vyžadovalo roky zachovávaní určitej spoločenskej praxe občanmi:

*„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.“*⁶²

Roy Garé navrhuje, že na vznik právne záväznej obyčaje postačovalo jej zachovávanie počas života jednej generácie.⁶³ Z prameňov sa však nedá

⁶⁰ Porovnaj KASER, M. op. cit., s. 99. SCHILLER, A. A. op. cit., s. 259.

⁶¹ K dobe potrebnej na vznik obyčaje pozri BEHREND, O. op. cit., s. 89–91; BIONDI, B. op. cit., s. 38.

⁶² Porovnaj Hermo D 1,3,35.

⁶³ Porovnaj GARÉ, R. *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des spätem ius commune in Italien (16.–18. Jabrbundert)*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, s. 42. Garé sa odvoláva na fragment Justiniánskych Inštitúcií (Just Inst 2,25, pr), ktorý hovorí o vzniku fideikomisu – pričom jeho prvý výskyt, ešte ako nezáväznej praxe, datuje do čias cisára Augusta a jeho poradcu právnika Trebatia Testa. Nakoľko jeho žiak Labeo tiež zriadil kodicil, „nikto nepochyboval, že kodicily sú právne úplne prípustné“. Tento fragment sa vskutku dá použiť ako argument v prospech stanovenia minimálnej doby pre vznik obyčaje na jednu generáciu (cca 30 rokov). Napriek tomu však treba povedať, že „uznanie kodicilu ako právne úplne prípustného“ nemusí v tomto prípade vyplývať z ustálenej spoločenskej praxe, ktorá bola rešpektovaná vo forme obyčajového práva. Pokojne mohlo ísť aj o autoritu dvoch významných ranno-klasických právnikov – Trebatia a Labea – ktorá ich súčasníkov viedla k presvedčeniu a právne záväznom charaktere kodicilu.

presvedčivo určiť, či to tak skutočne bolo. Podľa nášho názoru bolo povedomie záväznosti pri posudzovaní platnosti (vzniku) obyčaje určite dôležitejšie, ako uplynutie nejakej konkrétnej doby. V opačnom prípade by sa takáto konkrétne určená doba v prameňoch zachovala.

Druhou (nespochybniteľnou) podmienkou platnosti obyčaje teda bolo povedomie o jej záväznosti – *civium conventio* – v zmysle vyššie citovaného Hermogenianovho fragmentu. Tu je zaujímavý okruh subjektov, ktorý bol potrebný na vznik tejto „zhody“. Právne pramene dokladujú, že na vznik obyčaje bolo potrebné povedomie záväznosti tých subjektov, ktorých sa obyčaj mala týkať. Naproti tomu popularistická teória rétorov, ktorú sme charakterizovali vyššie, hovorila o súhlase „národa“ v zmysle politického činiteľa a zdroja moci v štáte. Toto sa vyskytuje aj Juliánovom fragmente ako konštatovanie vo všeobecnej rovine.⁶⁴ Berúc do úvahy rovinu praktickú ale musíme uzavrieť, že táto koncepcia v reálnom svete nemala konkrétne vyústenie.

Ďalšie dve podmienky platnosti už nie sú univerzálne uznávané, nakoľko s veľkou pravdepodobnosťou išlo o zásahy cisárskej moci smerujúce k obmedzeniu používania obyčaji v prospech tých právnych normatívnych aktov, ktoré sami vydávali.

Prvou z nich je požiadavka „racionality“. V klasickom práve sa jej najviac približuje nasledujúci Celsov fragment:

*„Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.“*⁶⁵

Fragment však pripúšťa aj taký výklad, že pri obyčaji, ktorá vznikla na základe omylu, nie je prípustné použitie analógie pri podobných prípadoch. Najskôr bol teda omyl v práve, ktorý viedol subjekty k vzniku záväznej obyčaje, ktorá regulovala danú situáciu. Celsus hovorí len o tom, že takto vzniknutá norma nie je spôsobilá na použitie v prípadoch, ktoré sú tejto situácii analogické. Rovnaké prípady by teda naďalej mali byť riešené podľa vytvorenej obyčaje. Cieľom tohto pravidla o neprípustnosti analógie je to, aby nevznikali „zdanlivé princípy“, ktoré by mali širší dopad, ako len riešenie

⁶⁴ Porovnaj Jul D 1,3,32,1: „...nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?“

⁶⁵ Porovnaj Cel D 1,3,39.

konkrétnej právnej situácie. Ak teda subjekty po istú dobu konajú určitým spôsobom s vedomím, že je to takto záväzný, pre danú situáciu má táto prax povahu právnej obyčaje. Nakoľko však pri vzniku tejto obyčaje stál omyl, nemožno túto normu extendovať do podoby princípu, ktorý by bol aplikovateľný analogicky. Tento výklad je podľa nás správny, nakoľko najlepšie odpovedá textu. Výklad v zmysle nevzniknutia obyčaje kvôli porušeniu požiadavky racionality je podľa nás neklasický a vznikol v dôsledku snahy neskorších cisárov „skrotiť“ obyčaj svojou autoritou.

Požiadavka racionality je prvýkrát explicitne zachytená v reskripte cisára Konštantína z roku 319 n. l.:

„Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.“⁶⁶

Podľa neho ustálená obyčaj sa má zachovávať, ale len v medziach, ktoré jej stanoví rozum (*ratio*) a zákon (*lex*). O problematike platnosti obyčaje *contra legem* budeme hovoriť v nasledujúcej kapitole. Tu sa sústredíme na požiadavku racionality obyčaje.

Pod pojmom rozum (*ratio*)⁶⁷ sa tu pravdepodobne myslí nielen elementárna požiadavka na logickú konzistenciu obyčaje, ale aj jej prípustnosť z hľadiska požiadaviek verejnej morálky, resp. verejného poriadku. Pretože technicky je možné, že sa vyvinie nejaká prax odporujúca spoločensky dominantnej morálke a zároveň táto prax bude z rôznych dôvodov zachovávaná. Nie je však možné, aby z takejto praxe vznikala alebo zanikala právne záväzná regulácia. Tento fragment považujeme za jeden z prvých prípadov, kedy bola požiadavka „rationality“ postavená ako podmienka a ohraničujúci prvok pre platnosť obyčaje – či už je táto formulovaná pozitívne (*consuetudo*) alebo derogujúco (*desuetudo*).

⁶⁶ Porovnaj C 8,52,2.

⁶⁷ K úlohe rozumu (*ratio*) pri obyčaji pozri NÖRR, D. Besprechung zu SCHMIEDEL (1966) und STÜHFF (1966). In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 84, 1967, s. 461. S *ratio consuetudine* hojne operovalo v neskoršom období predovšetkým kánonické právo, ktoré mu dodalo aj „kresťanského ducha“. Porovnaj CALASSO, F. *Medioevo del diritto. Le fonti*. Vol 1. Milano: Giuffrè, 1954, s. 202 a nasl.; VANČURA, J. *Úvod do studia soukromého práva římského. I. díl*. Praha: vlastní náklad, 1923, s. 5.

Druhou „spornou“ podmienkou platnosti obyčaje je jej recepcia, resp. uznanie, zo strany štátnych orgánov. K tomu sme našli dva fragmenty:

*„Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradictio aliquando iudicio consuetudo firmata sit.“*⁶⁸

Ulpián v súvislosti s miestnymi alebo provinčnými obyčajami radí, aby sa ten, kto sa na nich mieni odvolať, najskôr preskúmal, či už boli v minulosti potvrdené v nejakom sporovom konaní.

Z toho však možno vyvodit' protichodné závery. Nie je jasné, či toto potvrdenie je len „dobrou radou“ osobe, ktorá chce pred súdom alebo administratívnym orgánom vzniesť požiadavku rozhodnutia svojej veci podľa obyčaje, alebo či ide o nevyhnutnú podmienku jej platnosti. Ide o to, že uznanie a používanie obyčaje orgánmi aplikácie práva je nesporne veľká výhoda pre toho, kto ju mieni použiť vo svojej kauze. A je pre jeho vec len prospešné, ak na toto predchádzajúce použitie poukáže. Znamenalo to však, že obyčaj sa bez tohto predchádzajúceho uznania štátnych autorít použiť nedala? Prikláňame sa skôr k názoru, že to tak nebolo. Veď ak by to tak bolo, strany by nemohli ani iniciovať uznanie obyčaje – teda verejné autority by s nimi museli prísť samé. Z povahy obyčaje ako praxe ale vyplýva, že je zachovávaná ešte pred vznikom sporu, pričom najlepšie povedomie o jej existencii majú subjekty, ktoré sa touto praxou riadia. To platí obzvlášť pri obyčaji v oblasti súkromného práva.

*„Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet: et quod officiis curiis civitatibus principibus vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus.“*⁶⁹

Tento druhý fragment cisára Leva I. z roku 469 n. l. je tiež náročné interpretovať. Vo všeobecnej rovine hovorí o tom, že obyčaje zachovávané po dlhú dobu „pripomínajú zákony“ a majú aj mať takú moc, ak sú uznané tam enumerovanými verejnými autoritami.

Problém tohto fragmentu vidíme v tom, že nie je jasné, o akej obyčaji sa tu hovorí. Myslí sa tu obyčaj ako celok – teda aj obyčaj v oblasti súkromného práva – alebo tu ide len o administratívne či súdne obyčaje (v zmysle

⁶⁸ Porovnaj Ulp D 1,3,34.

⁶⁹ Porovnaj C 8,52,3.

precedensov)? V druhom prípade je potreba uznania úradmi nespochybniteľná. V prípade súkromného práva je to už spornejšie. Z jazykového výkladu daného fragmentu sa ale prikláňame k tomu, že cisár mal snahu podmienku uznania verejnou autoritou uvaliť na platnosť obyčaje vo všeobecnosti. Jeho cieľom pravdepodobne bolo dostať pod kontrolu rozmáhajúcu sa masu samovoľne sa tvoriaceho obyčajového práva a získať tak monopol na tvorbu práva vo všeobecnosti. Úspech tohto počinu je samozrejme diskutabilný.

4 Desuetudo

Derogačná moc obyčaje – resp. platnosť obyčaje aj proti zneniu zákona alebo iného písaného práva – sa objavuje v niektorých klasických právnych prameňoch. Napríklad Julianus zachytáva, že písané právo, ktoré sa nezachováva, má byť nahradené obyčajou:

„*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...*“⁷⁰

a vyjadruje aj explicitne, že zákony môžu byť zrušené aj tichým súhlasom všetkých:

„...*quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur.*“⁷¹

⁷⁰ Porovnaj Jul D 1,3,32 pr.

⁷¹ Porovnaj Jul D 1,3,32,1. V podobnom duchu aj Justiniánske Inštitúcie 1,2,11:

„Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent: ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populii vel alia postea lege lata.“

Julianov fragment však niektorí považujú za poklasickú interpoláciu. Porovnaj SOLAZZI, S. La desuetudine della lege. In: *Arvivo giuridico „Filippo Serafini“*, Vol. 102, 1929, s. 23; STEINWENTER, A. Solazzi's Lehre von der «desuetudo». In: *Labeo*, Vol. 4, 1958, s. 131–134; STEINWENTER, A. Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte. In: ALBERTARIO, E., FRANCISCI, P., CIAPESSONI, P. *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, Vol. II, Milano: Fratelli Traves, 1930, s. 419 a nasl.; THOMAS, J. A. C. Custom and Roman Law. In: *The Legal History Review*, Vol. 31, Issue 1, 1963, s. 46. Iní sa noapok prikláňajú k jeho autenticite, napr. BISCARDI, A. Apercu Historique du probleme de l'abrogatio legis. In: *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, Vol. 18, 1971, s. 449–470. Pre komplexný prehľad o názoroch na pôvodnosť a význam Juliánoho fragmentu pozri REBRO, K. *Julianova náuka o práve obyčajovom: Kritický príspevok k súčasným teóriám práva obyčajového*. Bratislava: Slovenská univerzita, 1944.

Z hľadiska konkrétnych situácií hovorí o derogačnej moci obyčaje vo vzťahu k zákonu na troch miestach⁷² Gaius vo svojich Inštitúciách a Ulpianus⁷³ a Callistratus⁷⁴ v Justiniánskych Digestách. Početnosť výskytov síce nie je vysoká, ale zato klasicita týchto fragmentov je vysoko pravdepodobná – v prípade Gaiových Inštitúcií priam nespochybniteľná.

Avšak táto derogačná právomoc obyčaje voči zákonu nemala neobmedzenú podobu - minimálne v poklasickom období. Konštitúcia cisára Konštantína z roku 319 n. l. hovorí o tom, že obyčaj sa má vykonávať v medziach, ktoré jej určí rozum (*ratio*) a zákon (*leges*):

„*Consuetudinis usque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.*“⁷⁵

Obyčaj teda v zmysle tohto fragmentu mala rešpektovať nadradenú pozíciu zákona ako prameňa práva a pôsobiť popri ňom len subsidiárne – a samozrejme len v medziach rozumu. Primát zákona pred obyčajou sa dá považovať za prejav absolutistickej politiky cisára Konštantína – ale aj niektorých jeho predchodcov počnúc cisárom Hadriánom⁷⁶ – ktorí pochopiteľne nemali záujem na tom, aby akty ich cisárskej moci mohli byť derogované jednoduchým nerešpektovaním po vágne určenú „dlhú dobu“, čo navyše spôsobovalo veľkú nestabilitu a právnu neistotu.⁷⁷

⁷² Porovnaj Gai Inst I, 111 (derogácia ustanovení Zákonov XII tabúl o „vydržaní manželky“); II, 103 (derogácia platnosti starších druhov testamentov); III, 17 (zánik dedičskej spôsobilosti podľa *gentiles*).

⁷³ Ide o pomerne dôležitý fragment zmieňujúci derogovanie celej druhej časti Aquiliovho zákona jeho nepoužívaním. Porovnaj Ulp D 9,2,27,4.

⁷⁴ Hovorí sa tu o zániku používania „žalób o vypočutie“ (*interrogatoriis actionibus*). Porovnaj Call D 11,1,1,1.

⁷⁵ Porovnaj Const C 8,52,2. K tomu pozri SAVIGNY, C. F. op. cit., s. 420–429.

⁷⁶ Pre viac o cisárskom absolutizme pozri BRETONNE, M. *Storia del diritto romano*. 9. Aufl. Roma & Bari: Laterza, 1995, s. 344 a nasl.; GALLO, F. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*. 2. Vol. Torino: Giappichelli, 1993, s. 153 a nasl.; KELLY, CH. *Empire Building*. In: BOWERSOCK, G. W., BROWN, P., GRABAR, O. (eds). *Late Antiquity. A guide to the postclassical world*, Harward: Belknap, 1999, s. 170–195.

⁷⁷ Porovnaj BIONDI, B. op. cit., s. 39.

Na druhej strane je celkom možné, že pod „*consuetudine*“ sú tu myslené predovšetkým miestne obyčaje.⁷⁸ Podriadenosť takejto obyčaje cisárom centrálne formulovanému písanému právu by vychádzala z reálnych mocenských a politických pomerov – resp. z nadradenosti noriem všeobecne územne platných pred normami platnými len lokálne – a nie z *per se* podriadenosti obyčaje zákonu.⁷⁹

Dochované fragmenty historikov⁸⁰ zvyknú nasvedčovať, že *desuetudo* sa objavovala hlavne v prostredí provincií. Napríklad Plínius mladší sa vo svojej korešpondencii s cisárom Trajánom pýta, či má uprednostniť striktnú aplikáciu Pompeiovho zákona (*lex Pompeia*) – ktorá by v danom prípade znamenala, že mestá v Bitínii budú musieť vylúčiť zo svojich senátov tých, ktorí nemajú občianstvo daného mesta – alebo či sa má prikloniť k ustálenej obyčaji, podľa ktorej sa tieto zákonne ustanovenia nepoužívali.⁸¹

⁷⁸ Pre argumentáciu o relevancii náuky o obyčaji z tretieho titulu prvej knihy Justiniánskych Digest (D 1,3,32-41) hlavne pre provinčné obyčaje pozri STEINWENTER, A. *Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte*. op. cit., s. 429; LÜBTOW, U. *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1955, s. 512–530; SCHÖNBAUER, E. Untersuchungen über die Rechtsentwicklung in der Kaiserzeit. In: *Journal of Juristic Papyrology*, Vol. 9-10, 1955-56, s. 44–53.

⁷⁹ K tomu pozri NÖRR, D. op. cit., s. 460 a nasl.

⁸⁰ Zmienok o derogačnej moci obyčaje sa zachovalo niekoľko. Napr. V Apianovom diele *Bella civilia* (I, 54) je zachytená situácia, kedy zákon o zákaze úrokov bol derogovaný obyčajou v zmysle opačnej praxe (Porovnaj APPIAN. *Roman History: The Civil Wars*. Vol. III. Loeb Classical Library 4. (WHITE, H. - trans.), Cambridge: Harvard University Press, 1913, 101 s.). Podobný prípad je zachytený v mandátoch cisára Domiciána (Ex Mandatis Domitiani, 1–19), kde prokurátor Claudius Athenodoros hovorí o nutnosti urýchlenia zákroku proti praxi uvalenia určitých naturálnych plnení na mestské štáty, ktorým bolo predtým privilégiami garantované, že tieto plnenia nebudú musieť dodávať. Vyvinula sa však privilégiám protichodná prax a prokurátor varuje, že ak sa nezakročí, táto prax sa pretaví do záväznej obyčaje. (Porovnaj NAPHTALI, L. Domitian's Order on Requisitioned Transport and Lodgings. In: *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, Tom. XV. 1968, s. 135–142).

⁸¹ PLINIUS, *Epistulam ad Traianum liber X*, 114: „C. PLINIVS TRAIANO IMPERATORI. *Lege, domine, Pompeia permissum Bithyniis civitatibus adscribere sibi, quos vellent, cives, dum ne quem earum civitatum, quae sunt in Bithynia. eadem lege sancitur, quibus de causis e senatu a censoribus eiciatur. inde me quidam ex censoribus consulendum putaverunt, an eicere deberent eum, qui esset alterius civitatis. Ego, quia lex sicut adscribi civem alienum vetabat, ita eici e senatu ob hanc causam non indebat, praeterea, quod adfirmabatur mihi in omni civitate plurimos esse buleatas ex aliis civitatibus futurumque, ut multi homines multaeque civitates concuterentur ea parte legis, quae iam pridem consensu quadam excolerisset, necessarium existimavi consulere te, quid servandum putares. capita legis his litteris subieci.*“

Cisár odpovedal, že sa má zachovať súčasný stav – teda že senátori majú zostať vo svojich funkciách, a že zákon sa má začať aplikovať len smerom do budúcnosti.

Z nášho hľadiska je veľmi dôležitá posledná veta:

„...pretože ak by sme chceli moc (zákona) rozšíriť retroaktívne, spôsobilo by to len veľký zmätok.“⁸²

Traján teda implicitne vychádza z toho, že v čase medzi vznikom negatívnej obyčaje (*desuetudo*) a znovu začatím aplikácie *lex Pompeia* platil nie zákon, ale táto obyčaj. Dokonca sa chcel vyhnúť aj tzv. nepravnej retroaktívite, pretože nechcel, aby sa ustanovenie obnoveného zákona týkalo tých senátorov, ktorí nadobudli svoje funkcie už za pôsobenia obyčaje. Iste, je očividné, že praktická potreba zachovania continuity moci a predídenia zmätkom je tu viac ako zjavná a každopádne je primárny zdôvodnením tohto právneho riešenia. Avšak spôsob, akým cisár Traján postupoval, vypovedá o tom, že povedomie o derogačnej moci obyčaje existovalo už na prelome 1. a 2. storočia n. l. – teda v dobe klasickej jurisprudencie.

Zhrnúc závery tejto kapitoly prichádzame ku konštatovaniu, že už v dobe klasickeho práva sa z času na čas objavovali situácie, kedy ustálená prax derogovala zákon (alebo širšie, ustanovenie písaného práva). Dialo sa tak aj v prostredí samotného Ríma, teda v sfére, ktorú regulovalo *ius civile*. V poklasickej dobe sa táto tendencia len prehlbovala v dôsledku rastu významu helenizmom ovplyvnených východných provincií. Na tom nič nemení skutočnosť, že niektorí cisári tejto epochy s derogačnou mocou obyčaje „statočne bojovali“.

⁸² PLINIUS, Epistulam ad Traianum liber X, 115: „*TRAIANVS PLINIO. Merito haesisti, Secunde carissime, quid e te rescribi oporteret censoribus consulentibus, an <manere deberent> in senatu aliarum civitatum, eiusdem tamen provinciae, cives. nam et legis auctoritas at long consuetudo usurpata contra legem in diversum movere te potuit. mihi hoc temperamentum eius placuit, ut ex praeterito nihil novarem, sed manerent quamvis contra legem adscripti quarumcumque civitatum cives, in futurum autem lex Pompeia observantur; cuius vim si retro quoque velimus custodire, multa necesse est perturbari.*“ Pre anglický preklad pozri SCHILLER, A. A. op. cit., s. 565–566. Pre taliansky preklad pozri SOLAZZI, S. op. cit., s. 3–5.

5 Vývoj obyčaje v rímskom práve

V najstarších časoch archaického obdobia rímskeho práva bola obyčaj dominantným prameňom práva.⁸³ Na strane druhej ale treba povedať, že v tomto období splývali právne aspekty obyčaje s magickými, religióznymi či morálnymi, a teda prísne vzaté je ťažko hovoriť o takej obyčaji ako o prameni práva v súčasnom zmysle slova. Pojem obyčaje je o to nejasnejší, že Rimania pravdepodobne nikdy nevytvorili ucelenú teóriu o obyčajovom práve (*Genobnheitsrecht*).⁸⁴

Pojem *mos (maiorum)* mal dva významy: na jednej strane predstavoval právne záväzné zvyky predkov – teda bol súčasťou archaického rímskeho práva – na strane druhej sa používal vo význame spoločensky akceptovaného morálneho poriadku.

Právo ako relatívne vykryštalizovaný a samostatný fenomén môžeme v Ríme pozorovať pomerne skoro⁸⁵ – každopádne už v 6. storočí pred n. l. Tento pohyb ale úzko súvisí s kodifikáciou obyčajového práva v Zákonoch XII tabúl.⁸⁶ Napriek tejto veľmi skorej kodifikácii je však viac menej jasné, že typické inštitúty rímskeho civilného práva, ktoré boli pre Rimanov najviac špecifické a najväčšmi ich odlišovali od iných národov, ako napr. *patria potestas, manus, mancipium, tutela, cura, mancipatio, sponsio, legis actiones*, agnátske vzťahy a mnohé iné inštitúty, boli pozostatkom skoršieho vývoja – teda obyčajového práva vytvoreného v archaickej roľníckej spoločnosti⁸⁷ a aj po kodifikácii z veľkej časti interpretačne záviseli od obyčaje či už sa táto „vtelila“ do ediktov magistrátov alebo dobrozdaní jurisprudence.

V klasickej dobe sa pohľad na obyčaj zmenil. O jednotlivých významových pozíciách sme hovorili v predchádzajúcej kapitole. Už z tohto prehľadu

⁸³ Porovnaj BIONDI, B. op. cit., s. 37–39; HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém soukromého práva římského: Instituce římského práva I*. 3. roz. vyd. Praha & Viedeň: Otto, 1901, s. 54; ORESTANO, R. *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*. Torino: Giappichelli, 1967, s. 135; SCHERILLO, G. op. cit., s. 301–310; BRIE, S. op. cit., s. 4; SAVIGNY, C. F. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter I*, 2. Ausgabe, Heidelberg: Mohr, 1834, s. 22 a nasl.

⁸⁴ Porovnaj BRIE, S. op. cit., s. 2 a nasl.; KASER, M. op. cit., s. 59; PUCHTA, G. F. op. cit., s. 56 a nasl.; SAVIGNY, C. F. op. cit., s. 76 a nasl. Na inom mieste ale Kaser argumentuje, že hoci obyčaj právo netvorí, jej platnosť (záväznosť) je nepochybná od najstarších čias. Porovnaj KASER, M. op. cit., s. 196, pozn. 22.

⁸⁵ ARANGIO-RUIZ, V. op. cit., s. 23; KASER, M. op. cit., s. 52.

⁸⁶ Porovnaj DULCKEIT, G., SCHWARZ, F., WALDSTEIN, W. op. cit., s. 48; PALLOTTINO, M. *Origini e storia primitiva di Roma*. Milano: Bompiani, 2000, s. 332.

⁸⁷ GARÉ, R. op. cit., s. 37.

je zrejme, že zrekonštruovať vývoj obyčaje v tomto období nie je jednoduchá úloha. Z hľadiska vývojového je ale dôležité zdôrazniť, že obyčaj v *ius civile* ako taká bola „prebratá“ (inkorporovaná) do ostatných formálnych prameňov práva – napr. do niektorých zákonov, ediktov magistrátov, cisárskych nariadení a v nemalej miere aj do dobrozdaní právnikov,⁸⁸ a teda nevystupovala v pozícii samostatného prameňa práva vo formálnom zmysle slova,⁸⁹ čo potvrdzujú aj pramene.⁹⁰ Napriek tomu ale musíme zdôrazniť, že samotná obyčaj síce v klasickom práve nemala povahu „obyčajového práva“ (*Gewohnheitsrecht*) – teda uceleného teoretického konceptu – avšak v niektorých situáciách mala právnu relevanciu, hodnotu, resp. platnosť. Pokojne teda môžeme povedať, že v klasickom období rímskej jurisprudencie existovala „právna obyčaj“ (*Rechtsgewohnheit*).

V poklasickom období nám už pramene jednoznačne dokumentujú, že frekvencia odkazov na obyčaj ako jeden z formálnych prameňov práva sa rapídne zvyšuje – čo je pravdepodobne dôsledkom zvyšujúcej sa dôležitosti

⁸⁸ Porovnaj SOMMER, O.: *Učebnice soukromého práva římského*. I. a II. Díl. (SPÁČIL, J. – ed.). Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 9; THOMAS, J. A. C.: op. cit. 71, s. 43.

⁸⁹ Porovnaj KASER, M. op. cit., s. 112, pozn. 69; NÖRR, D. op. cit., s. 458; PUCHTA, G. F. op. cit., s. 59; SAVIGNY, C. F. op. cit., s. 145. Pre rozdielne názory pozri CICERO, *De Inventione*, II, 160. K tomu ešte pozri BEHRENDTS, O. op. cit., s. 84–89; FLUME, W. *Gewohnheitsrecht und römisches Recht (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201)*. Opladen: Westdeutscher Verl., 1975, s. 30 a nasl.

⁹⁰ Napríklad Gaius vo svojich inštitúciách vo výpočte prameňov rímskeho práva obyčaj nespomína (porovnaj: Gai Inst 1,2) – tými sú len zákony, plebiscita, uznesenia senátu, cisárske konštitúcie, edikty oprávnených úradníkov a dobrozdania právnikov. V predchádzajúcom fragmente obyčaj (*mores*) síce zmiňuje, ale len v súvislosti s delením práva na právo vlastné konkrétnej obci a právo spoločné pre všetkých. Explicitne ani implicitne teda nevyjadruje, že by obyčaj mala povahu prameňa *ius civile*. Túto štruktúru vzťahov zachovávajú aj Justiniánske Digesta. Papinián menuje pramene *ius civile* prakticky totožne (porovnaj: Pap D 1,1,7), len vynecháva edikty úradníkov – nakoľko tie sú vyčlenené do osobitnej kategórie honorárneho práva, ktoré je živým hlasom práva civilného (porovnaj: Marci D 1,1,8). Obyčaj je opäť spomenutá len v súvislosti s relevantnosťou delenia práva na *ius civile* a *ius gentium* pre tie národy, ktoré sú „*legibus et moribus reguntur*“ (porovnaj: Gai D 1,1,9). Pramene klasického práva teda jednoznačne obyčaj medzi formálne pramene *ius civile* nezaradzujú. Obrat nastáva až v Justiniánskych Inštitúciách (Just Inst 1,2,3), ktoré špecifikujú, že vyššie zmienené pramene sú zdrojom „písaného práva“, okrem ktorého je tu ešte právo nepísané, „ktoré je postavené na roveň zákonu“ (Just Inst 1,1,9) a explicitne spomína, že existujú dve formy vzniku *ius civile* – písaná a nepísaná (Just Inst 1,1,10). K tomu pozri LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967, s. 9 a nasl., pozn. 8.

helenizmom ovplyvnených východných provincií v rámci Ríše.⁹¹ Minimálne od 3. storočia n. l. sa v prameňoch frekventovane objavuje pojem obyčaj (*consuetudo*) spolu so zákonom a ďalšími formálnymi prameňmi práva.⁹²

Ako sme už spomenuli vyššie, idea obyčaje ako implicitného prejavu suverenity ľudu bola do rímskeho právneho prostredia introdukovaná z gréckeho politického a filozofického myslenia. Provincie si teda presadili, že sa o obyčaji – vrátane jej derogáčnej moci vo vzťahu k zákonu – hovorilo najskôr na úrovni rímskej provinčnej správy a postupne aj v poklasickom rímskom práve ako celku. To sa dialo súbežne s úpadkom centrálnej imperiálnej rímskej moci, čo len posilňovalo decentralizované modely regulácie, ktorých hlavným reprezentantom je v tomto období práve právna obyčaj.

6 Záver

Obyčaj v rímskom právnom prostredí je vskutku extrémne zaujímavým fenoménom, lebo v sebe spája rôzne protichodné prvky a tendencie, ktoré môžu voči sebe vstupovať aj konvergentne aj divergentne. Dôležité je hľadisko časové aj územné, rolu tu hrajú aj filozofické a politické vplyvy a v konečnom dôsledku je limitujúcim faktorom výskumu naše značne obmedzené poznanie autentických prameňov klasického či predklasického práva – o archaickom ani nehovoriac. Situáciu nám komplikuje aj skutočnosť, že tento gordický uzol sa pred nami pokúšali rozmotat' mnohí⁹³ a nie je prekvapením, že záležitosť je zamotaná ešte viac – pretože, ako to už býva, ľudia pri skúmaní minulosti rozmýšľajú v kategóriách vlastných svojej dobe. Aby sme sa v tomto Kamarinskom močiari sami neutopili, nechceme na tomto mieste formulovať naše závery príliš smelo a konkluzívne.

⁹¹ SCHILLER, A. A. op. cit., s. 568.

⁹² LAURIA, M. *Ius romanum*. Vol. I. 1. Napoli: Arte tipografica, 1963, s. 225–236.

⁹³ V tejto práci sme sa úmyselne vyhlí ucelenému reprodukovaniu vývoja názorov o obyčajovom práve v Ríme podľa autorov 19. a 20. storočia. Diskusia to bola veľmi zaujímavá, dynamická, ale hlavne rozsiahla. Práve preto sme nechceli do obrovských rozmerov nafukovať už aj tak rozsiahly článok. K sumarizácii tejto diskusie pozri SCHILLER, A. A. op. cit., s. 560–569. Okrem diel už vyššie citovaných sú k problematike povahy a vývoja obyčaje v antickom Ríme relevantné aj BOVE, L. *La consuetudine in diritto romano I: Dalla Repubblica all'eta dei Severi*. Napoli: Jovene, 1971; KASER, M. Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln. In: *Studi in memoria di Guido Donatuti*. Vol II., Milan: Cisalpino-La goliardica, 1973, s. 523–546; NÖRR, D. Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. In: *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Schwartz, 1969, s. 353–366.

Druhá kapitola tejto práce je dôležitá pre pochopenie rôznych významových pozícií a kontextov, v ktorých obyčaj ako taká vystupovala. V siedmich podkapitolách sme sa snažili túto rôznorodosť zachytiť – či sa nám to podarilo, necháme na posúdenie čitateľa. Dôležité však je, že ide o významy často protichodné, navzájom si konkurujúce a niekedy aj komplementárne a vzájomne sa ovplyvňujúce v čase a priestore. Bolo by preto holým nezmyslom sklzáť do zjednodušených konštatovaní o tom, že „obyčaj“ v niektorom zo sledovaných období bola alebo nebola „právom“. V tom vidíme aj problém doterajšej diskusie, kde sa teoretická konzistentnosť záverov častokrát uprednostňuje pred definičnou presnosťou prvkov, ktoré na začiatku do analýzy vstupujú.

Právnu obyčaj teda definujeme ako určitú prax, ktorá má právnu relevanciu, resp. ktorá má určitú právnu normatívnu hodnotu. Prax, ktorá takúto hodnotu nemá, nás teda pri našej analýze nezaujíma. Právnu relevanciu má ďalej to, čo slúži pri riešení konkrétnych právnych prípadov v praxi – myslíme si, že tento prístup je vzhľadom na kauzistický charakter rímskeho práva zvolený správne. Majúc na zreteli tieto východiská sa môžeme pustiť do riešenia konkrétnych otázok.

Jednou z najhorúcejších a najdiskutovanejších je, či v niektorom období obyčaj bola „prameňom práva vo formálnom zmysle“. Samozrejme, táto kategória je súčasná a Rimania tento pojem nepoznali. Môže nám však poslúžiť možno ešte lepšie, pretože ide o neutrálny a presne definovaný pojem, ktorý v sebe nenesie potenciálne ideologické nánosy, ktoré by dobové pojmy mohli niesť.

O archaickom období rímskeho práva je ťažko povedať niečo s určitosťou. Je však vysoko pravdepodobné, že podobne ako u iných národov na danom stupni spoločenského vývoja, tak aj v Ríme bola relevancia obyčaje ako právneho fenoménu vysoká. Bola teda „formálnym prameňom práva“ – hoci to môže znieť ako oxymoron. *Mos maiorum*, resp. obyčaje predkov, boli hlavným zdrojom riešenia sporov, zahŕňajúc v sebe všetky podstatné regulačné zložky spoločnosti – teda okrem protopráva aj morálku, zvyky, tradície, náboženské presvedčenie a pod. Obyčaj teda mala právnu relevanciu, subjekty sa na jej obsah odvolávali pri riešení spoločenských konfliktov, ale nebola ešte jednoznačne diferencovaná od iných normatívnych systémov.

V predklasickom práve dochádza k zásadnej zmene: spísaním obyčaji sa vytvorilo formálne právo – zákon – ktorý už bol jednoznačne odlišiteľný od mimoprávných normatívnych systémov. Obyčaj však musela mať naďalej aj právny charakter, nakoľko zákonná úprava bola len rámcová a určite nemohla pokryť plný rozsah potrebnej právnej regulácie. Ako sme už naznačili vyššie, obsah obyčaje sa postupne pretavoval do ďalších formálnych prameňov práva – do samotných zákonov, senátnych uznesení, plebiscít, honorárneho práva či dobrozdaní právnikov. Preto podľa nášho názoru ani reálne neexistovala potreba vytvorenia „ucelenej koncepcie obyčajového práva“. Ak niečo z praxe a života „ľudu“ malo právnu relevanciu, bolo to pomenované nejakou autoritou s právomocou formulovať takého názory. Zároveň neexistovala potreba „referovať“ na „obyčajový pôvod“ týchto prevzatých noriem, nakoľko to bolo každému jasné. Ak sa tak dialo, tak len so sekundárnou snahou osvetliť určité vývojové procesy, alebo v príčinnej súvislosti s potrebou obhájenia nejakého sporného právneho riešenia, ktoré by svojou dokázanou „starobylosťou“ a „zhodou s existujúcou praxou“ získalo dodatočnú legitimitu. Robiť z týchto sporadických odkazov záver o neexistencii ucelenej teórie obyčajového práva je podľa nášho názoru banálne. Pretože to ani nebolo ich cieľom – a vo všeobecnosti taká potreba ani nebola. Nehovoriac už o tom, že Rimania boli v prvom aj poslednom rade skvelí praktici, ktorí sa zameriavali na riešenie konkrétnych problémov – nie na formulovanie všeobjímajúcich právnych teórií.

V klasickom práve vystupuje do popredia fenomén vplyvu gréckej popularistickej teórie o vóli ľudu ako pôvode tak písaného ako aj nepísaného práva. Táto pôvodne filozofická idea postupne penetruje aj právne myslenie a nachádza svoj odraz vo fragmentoch klasických právnikov. Jej reálny význam je však v prostredí cisárstva, ktoré sa o demokratické procesy opieralo len formálne, otázky. Reálne však určite začala vznikáť tenzia medzi cisárom formovaný právom a miestnym právom provinčných národov, ktoré bolo vyjadrené prevažne v obyčajovej podobe. Chceme však zdôrazniť, že viac ako o teoreticko-právny spor typu – čo je lepšie: zákon alebo obyčaj? – išlo o reálne politické a mocenské súperenie o vplyv na formovanie práva ako takého medzi centrálnou cisárskou mocou a predstaviteľmi provinčných národov. Tento spor mal samozrejme aj svoje kultúrne, náboženské

a sociálne dimenzie. Vo svojej podstate išlo o spor o mieru samosprávy a autonómie. V tomto kontexte treba vnímať aj úlohu obyčaje – hlavne jej schopnosť derogovať centrálnou mocou formulované písané právo. Každý jeden prameň, podporujúci prevahu buď obyčaje alebo zákona, treba preto vnímať v kontexte tohto zápasu, ktorý sa plynule prelieva aj do práva poklasického.

Ak niekto o tejto epoche na báze prameňov konštatuje, že sa „vyformovalo obyčajové právo“, tak v prvom rade hovorí o tom, že cisárske snahy o centralizáciu moci a monopolizáciu práva sa mňajú účinkom a právo sa decentralizuje, čo sa v konkrétnej rovine prejavuje rastom dôležitosti miestnych obyčají na úkor centrálne formulovaného písaného práva. O tom, že tento spor skutočne neprebíhal v rovine zákon *vs.* obyčaj, svedčí aj skutočnosť, že po tejto faktickej normatívnej decentralizácii sú miestne obyčaje postupne spisované do zbierok a zákonov a vývoj pokračoval ďalej.

V úplnom závere teda konštatujeme, že obyčaj mala po celú dobu existencie antického Ríma určitú právnu relevanciu a vystupovala ako zdroj práva – niekedy vo formálnom, inokedy v materiálnom zmysle slova. Miera jej právneho charakteru sa síce menila v čase a priestore, ale naplnená bola vždy. Samozrejme, na tomto antickom dedičstve neskôr budovali svoje právne poriadky mnohé štáty, medzi ktoré sa v konečnom dôsledku zaradzujeme aj my. Sme hlboko presvedčení o tom, že obyčaj – v širokom zmysle slova, tak ako sme ju definovali v tejto práci – má svoje dopady a stopy aj v súčasnom práve a tak tomu s najväčšou pravdepodobnosťou bude vždy.

Použité pramene

- APPIAN. *Roman History: The Civil Wars*. Vol. III. Loeb Classical Library 4, (WHITE, H. - trans.), Cambridge: Harvard University Press, 1913, 576 s.
- AUCTOR [CICERO, M. T.]. *Rhetorica ad Herenium*. (II. 13.19). (trans. CAPLAN, H.). Vol. 1. Loeb Classical Library 403, Cambridge: Harvard University Press, 1954, 496 s.
- BEHREND, O., KNÜTEL, R., KUPISCH, B., SEILER, H. H. (trans.). *Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung*. Band I-V, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Ver., 1990-2012.

- BLAHO, P. (trans.). *Corpus iuris civilis. Justiniánske Inštitúcie*. Trnava: IURA EDITION, 2000, 440 s.
- BLAHO, P., ŠKŘEJPEK, M. (trans.). *Iustiniani Institutiones: Justiniánske Inštitúcie*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2010, 411 s.
- BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J. (trans.). *Corpus iuris civilis. Digesta*. Tom. I, Bratislava: Euro Kodex, 2008, 527 s.
- BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J. De legibus, senatusque consultis et longa consuetudine Liber 1, titulus 3. In: *Justičná revue*, roč. 57, č. 3, 2005, s. 449–456.
- CICERO, M. T. *De Inventione*. Dostupné na: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Cic.+Inv.+2.67&fromdoc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0683>
- CICERO, M. T. *Topica*. Dostupné na: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2008.01.0546%3Achapter%3D5%3Asection%3D28>
- GAIUS. *Učebnice práva ve čtyřech knihách*. KINCL, J. (trans.), Plzeň: Aleš Čeněk, 2007.
- GRENFELL, B. P., HUNT, A. S. *The Oxyrhynchus Papyri*. Vol. 2, London: Egypt Exploration Fund, 1899 (CCXXXVII - Petition of Dionysia), s. 141–180. Dostupné na: <https://archive.org/details/oxyrhynchuspapy04huntgoog>
- JOHNSON, A. CH., COLEMAN-NORTON, P. R., BOURNE, F. C. *Ancient Roman Statutes: A Translation with Introduction, Commentary, Glossary, and Index*. Austin: University of Texas Press, 1961, 290 s.
- KRUEGER, P. *Corpus Iuris Civilis. Codex Justinianus*. Vol. II. Berlin: Weidmann, 1887.
- KRUEGER, P. *Corpus Iuris Civilis. Institutiones*. Vol. I. Berlin: Weidmann, 1872.
- MOMMSEN, T. *Corpus Iuris Civilis. Digesta*. Vol. I. Berlin: Weidmann, 1872.
- QUINTILIANUS, M. F. *Institutio Oratoria*. Dostupné na: <http://www.thelatinlibrary.com/quintilian.html>
- RICCOBONO, S. et all. *Fontes iuris romani antejustiniani. Pars prima*. Firenze: Barbèra, 1968, 513 s.

- SCHIPANI, S. (trans.). *Iustiniani Augusti Digesta Seu Pandectae. Testo e traduzione*. Vol. I-V-1, 2005-2014.
- SCHUSTER, M., HANSLIK, R. C. *Plini caecili secundi: Epistularum librino-rem, Epistulam ad Traianum liber, Panegyricus*. Vol. III, Stuttgart & Leizig: Teubner, 1992.
- SCOTT, S. P. (trans.): *The Civil Law in Seventeen Volumes*. Vol. 1-17. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932.
- SERVIUS, M. H.: *Commentarius in Vergili Aeneidem*. Dostupné na: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0053%3Abook%3D7%3Acommline%3D601>
- WATSON, A. (trans.): *The Digest of Justinian*. Vol. 1-4. Philadelphia: University of Pensilvania Press, 1985.

Literature

- ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*. Vol. 14. Napoli: Jovene, 1960, XV, 605 s.
- ASTUTI, G. Consuetudine (diritto intermedio). In: *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IV, Torino: UTET, 1959, s. 310–320.
- BANCALARI MOLINA, A. Relación entre la Constitutio Antoniniana y la Imitatio Alexandri de Caracalla. In: *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Vol. 22, 2000, s. 17-29.
- BEHREND, O. Die Gewohnheit des Rechts und Gewohnheitsrecht: die geistigen Grundlagen des klassischen römischen Rechts mit einem vergleichenden Blick auf Gewohnheitsrechtlehre der historischen Rechtsschule und der Gegenwart. In: WILLOWEIT, D. (Hsrg.). *Die Begründung des Rechts als historisches Problem*. München: Oldenbourg, 2000, s. 19–135.
- BIONDI, B. *Istituzioni di diritto romano*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1965, 778 s.
- BIONDI, B. *Prospettive romanistiche*. Milano: Società Editrice „Vita e Pensiero“, 1933, 92 s.
- BISCARDI, A. Aperçu Historique du probleme de l'abrogatio legis. In: *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, Vol. 18, 1971, s. 449–470.

- BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England*. (JONES, W. C. – ed.) Vol. I, San Francisco: Bancroft-Whitney, 1915, 1486 s.
- BLOIS, L. The constitutio Antoniniana (ad 212): Taxes or Religion? In: *Mnemosyne*, Vol.67 (6), 2014, s. 1014–1021.
- BOVE, L. *La consuetudine in diritto romano I: Dalla Repubblica all'eta dei Severi*. Napoli: Jovene, 1971.
- BRETONE, M. *Storia del diritto romano*. 9. Aufl. Roma & Bari: Laterza, 1995, 529 s.
- BRIE, S. *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Ein historisch-dogmatische Untersuchung. Erst Theil*. Breslau: M & H Marcus, 1899, 266 s.
- BRTKO, R. *Filozofickoprávne východiská prirodzeného práva v klasickom a justiniánskom období rímskeho práva*. Bratislava: PraF UK, 2013, 172 s.
- BRTKO, R., ČUNDERLÍK ČERBOVÁ, V., NEMEC, M. *Prirodzené právo – jeho vývoj a prvky v rímskom a v kánonickom práve*. Bratislava: PraF UK, 2014, 135 s.
- BRYEN, A. Z. Judging Empire: Courts and Culture in Rome's Eastern Provinces. In: *Law and History Review*, Vol. 30, 2012, s. 771–813.
- CALASSO, F. *Medioevo del diritto. Le fonti*. Vol 1. Milano: Giuffrè, 1954.
- CORBO, CH. *Constitutio antoniniana: ius philosophia religio*. Napoli: M. D'Auria, 2013, 207 s.
- COSTA, E. *Storia delle fonti del diritto romano*. Milano & Torino & Roma: Prati Bocca, 1909, 264 s.
- DULCKEIT, G., SCHWARZ, F., WALDSTEIN, W. *Römische Rechtsgeschichte. Ein Studienbuch*. 9. Aufl., Mungen: C. H. Beck, 1995, 365 s.
- EHRlich, E. *Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede gehalten am 2. Dezember 1906*. Leipzig & Wien, 1907. Dostupné na: <http://www.gleichsatz.de/b-u-t/can/rec/ehrllich-gewo.html>
- EHRlich, E. *Fundamental Principle of Sociology of Law*. (trans. MOLL, W. L.). Cambridge: Transaction Publishers, 1936, 539 s.

- FÁBRY, B, KASINEC, R., TURČAN, M. *Teória práva*. 1. vyd. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, 360 s.
- FLUME, W. *Gewohnheitsrecht und römisches Recht (Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 201)*. Opladen: Westdeutscher Verl., 1975, 41 s.
- FÖGEN, M. T. *Die Enteignung der Wabrsager. Studien zum kaiserlichen Wissensmonopol in der Spätantike*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1993, 370 s.
- GÁBRIŠ, T. Stredoveká uhorská právna obyčaj a zákon medzi tradíciou a zmenou. In: *Naděje právní vědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 47–57.
- GALLO, F. *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano. Edizione completata con la parte relativa alla fase della codificazione*. 2. Vol. Torino: Giappichelli, 1993, 378 s.
- GARÉ, R. *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, 388 s.
- GREENIDGE, A. H. J. *The legal Procedure of Cicero's time*. Oxford: Claredon, 1901, 638 s.
- HAMZA, G. Gedanken zum Begriff des ius naturale im corpus ciceronianum. In: *Revista International De Derecho Romano*, October 2014, s. 125–148.
- HAUSMANINGER, H., SELB, W. *Römisches Privatrecht*. 9. Aufl. Wien & Köln & Weimar: Böhlau, 2001, 407 s.
- HERRMANN, P. Überlegungen zur Datierung der 'Constitutio Antoniniana'. In: *Chiron*, Vol. 2, 1972, s. 519–530.
- HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém soukromého práva římského: Instituce římského práva I*. 3. roz. vyd. Praha & Viedeň: Otto, 1901.
- HONORÉ, T. Ulpian, Natural Law and Stoics Influence. In: *The Legal History Review*, 2010, Vol. 78, No. 1-2, s. 199–208.
- JOLOWITZ, H. F. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1932, 545 s.
- KALPERS, H. J. *Natura und ius naturale in der Jurisprudenz der römischen Klassiker*. Diss. Münster, 1952.

- KASER, M. *Das Römische Privatrecht – Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. Bd. 1, 2. Aufl., München: C. H. Beck, 1971, XXX, 833 s.
- KASER, M. Die Beziehung von lex und ius und die XII Tafeln. In: *Studi in memoria di Guido Donatuti*, Vol II., Milan: Cisalpino-La goliardica, 1973, s. 523–546.
- KASER, M. Mores maiorum und Gewohnheitsrecht. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, 1939, Vol. 59, s. 52–101.
- KASER, M. Zur Problematik der römischen Rechtsquellenlehre. In: *Festschrift für Werner Flume*. Bd. I. 1978, s. 101–123.
- KASER, M., KNÜTEL, R. *Römisches Privatrecht*. 17. Aufl., München: C. H. Beck, 2003, 530 s.
- KASINEC, R. Právny pluralizmus a pramene práva v súčasnosti. In: *Hodnotový základ práva*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2011, s. 215–219.
- KELLY, CH. Empire Building. In: BOWERSOCK, G. W., BROWN, P., GRABAR, O. (eds.). *Late Antiquity. A guide to the postclassical world*. Harward: Belknap, 1999, s. 170–195.
- KERNEIS, S. Consuetudo Legis: Writing Down Customs in the Roman Empire (2nd–5th Century CE). In: *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, Vol. 24, 2016, s. 244–250.
- KERNEIS, S. Loi et coutumes dans l'Empire romain. A propos du droit vulgaire. In: HALLEBEEK, J., SCHERMAIER, M., FIORI, R., CORIAT, J. P. (eds.). *Inter cives nec non peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*. Göttingen: V & R Unipress, s. 367–384.
- KIEL, J. *Zum Text der Constitutio Antoniniana*. Wien: Anzeiger der phil.-hist. Klasse der Akademie der Wissenschaften in Wien, 1948, 143 s.
- KIEBLING, E. Zur Constitutio Antoniniana. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 78, 1961, s. 421–429.
- LAURIA, M. *Ius romanum*. Vol. I. Napoli: Arte tipografica, 1963.
- LENEL, O. *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte Verbesserte Auflage*. Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 1927.

- LEVY, E. *Gesammelte Schriften*. Bd. 1, Köln & Graz: Böhlau, 1963, s. 163–320.
- LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967, 615 s.
- LUBY, Š. *Obyčajové právo a súdna prax (Civilistická štúdia zo slovenského práva)*. Bratislava: Právnická fakulta Slovenskej univerzity, 1939, 132 s.
- LÜBTOW, U. *Das römische Volk. Sein Staat und sein Recht*. Frankfurt a. M.: Klostermann, 1955, 716 s.
- MAROTTA, V. *Das Bürgerrecht im römischen Kaiserreich*. Münster: LIT-Verl., 2010, 104 s.
- MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, J. La loi des Égyptiens. Le droit grec dans l'Égypte romaine. In: MANDILARAS, B. G. (ed.). *Proceedings of the XVIII International Congress of Papyrology: Athens, 25-31 May 1986*. Vol. II, Athens: Greek Papyrological Society, 1988, s. 383–399.
- MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, J. Loi et coutume dans l'Égypte grecque et romaine: Les facteurs de formation du droit en Égypte d'Alexandre le Grand à la conquête arabe. In: *The Journal of Juristic Papyrology*, Series: JPP Supplements, Vol. XXI, 2014, 381 s.
- MEYER, P. M. Zur constitutio Antoniniana. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 46, 1929, s. 264–267.
- NAPHTALI, L. Domitian's Order on Requisitioned Transport and Lodgings. In: *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, Tom. XV. 1968, s. 135–142.
- NÖRR, D. Besprechung zu SCHMIEDEL (1966) und STÜHFF (1966). In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 84, 1967, s. 454–466.
- NÖRR, D. Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. In: *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Schwartz, 1969, s. 353–366.
- ORESTANO, R. *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*. Torino: Giappichelli, 1967, XI, 267 s.
- PALLOTTINO, M. *Origini e storia primitiva di Roma*. Milano: Bompiani, 2000, 417 s.

- PERNICE, A. Nachtrag über Gewohnheitsrecht und ungeschriebens Recht. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, 1901, Vol. 22, s. 59–95.
- PERNICE, A. Zum römischen Gewohnheitsrechte. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 20, 1899, s. 127–171.
- POLY, J. P. La corde au cou. Les Francs, la France at la loi salique. In: BRESC, H. et all (eds.). *Genèse de l'Etat moderne en Méditerranée*. Roma: École française de Rome, 1991, s. 287–320.
- PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht. Ersten Teil*. Erlangen: Palm, 1928, 292 s.
- REBRO, K. *Juliánova náuka o práve obyčajovom: Kritický príspevok k súčasným teóriám práva obyčajového*. Bratislava: Slovenská univerzita, 1944, 101 s.
- REBRO, K., BLAHO, P. *Rímske právo*. 3. vyd. Bratislava & Trnava: IURA EDITION, 2003, 497 s.
- SASSE, CH. *Die Constitutio Antoniniana: eine Untersuchung über den Umfang der Bürgerrechtsverleihung auf Grund des Papyrus Giss*. 40 I. Wiesbaden: Harrassowitz, 1958, 143 s.
- SAVIGNY, C. F. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter I*. 2. Ausgabe, Heidelberg: Mohr, 1834, XVI, 522 s.
- SAVIGNY, C. F. *System des heutigen römischen Rechts I*. Berlin: Veit, 1840, 429 s.
- SCHERILLO, G. Consuetudine (diritto romano). In: *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. IV, Torino: UTET, 1959, s. 301–310.
- SCHILLER, A. A. *Roman Law: Mechanism of Development*. Hague & Paris & New York: Mouton, 1978, 606 s.
- SCHMIEDEL, B. *Consuetudo im klassischen und nachklassischen römischen Recht*, Diss. iur., Graz & Köln, 1966.
- SCHMIDLIN, B., CANNATA, C. A. *Droit privé romain*. Bd. I, Sources - Famille – Biens. 2. Aufl. Lausanne: Payot, 1984, 584 s.
- SCHÖNBAUER, E. Neue Rechtsquellen zum Constitutio Antoniniana Problem. In: KRÓKOWSKI, G. (ed.). *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*. Wrocław & Warszawa, 1956, s. 473–498.

- SCHÖNBAUER, E. Personalitätsprinzip und Privatrechtsordnung im Römerreiche. In: *Anzeiger der Österreich. Ak. der Wiss., phil-hist. Klasse*, Wien: Böhlau, 1961, s. 182–210.
- SCHÖNBAUER, E. Studien zum Personalitätsprinzip im antiken Rechte. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol.49, 1929, s. 345–403.
- SCHÖNBAUER, E. Untersuchungen über die Rechtsentwicklung in der Kaiserzeit. In: *Journal of Juristic Papyrology*, Vol. 9-10, 1955-56, s. 15–96.
- SCHÖNBAUER, E. Zur Frage der Constitutio Antoniniana. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung*, Vol. 54, 1934, s. 337–338.
- SKŘEJPEK, M. Bona fides – mores maiorum – fas. In: *Bona fides: Sborník z II. konference českých a slovenských romanistů*. Praha: PFUK, 2000, s. 7–11.
- SKŘEJPEK, M. Constitutio - mos - lex - codex (Flexibilní „ústava“ starověkého Říma). In: *Pocta Prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám*. Praha: Linde, 2004, s. 31–43.
- SOBBOTA, S. *Der Begriff der "naturalis ratio". Seine Verwendung in den Texten den klassischen Juristen*. München: Schön, 1969, 111 s.
- SOLAZZI, S. La desuetudine della lege. In: *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, Vol. 102, 1929, s. 3–27.
- SOMMER, O. In: SPÁČIL, J. (ed.). *Učebnice soukromého práva římského. I. a II. Díl*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, 220 s.
- STEINWENTER, A. Mores. In: WISSOWA, G., KROLL, W. (Hsrg.). *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Neue Bearbeitung*. XVI. Band, Stuttgart: J. B. Metzlersche Verlagsbucherhandlung, 1935, s. 290–298.
- STEINWENTER, A. Solazzi's Lehre von der «desuetudo». In: *Labeo*, Vol. 4, 1958, s. 131–134.
- STEINWENTER, A. Zur Lehre vom Gewohnheitsrechte. In: ALBERTARIO, E., FRANCISCI, P., CIAPESSONI, P. *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, Vol. II, Milano: Fratelli Traves, 1930, s. 419–440.

- STROUX, J. Die Constitutio Antoniniana. In: *Philologus - Zeitschrift für antike Literatur und ihre Rezeption*, Vol.88 (1), 1933, s. 272–295.
- THOMAS, J. A. C. Custom and Roman Law. In: *The Legal History Review*, Vol. 31, Issue 1, 1963, s. 39–53.
- TORRENT, A. *La Constitutio Antoniniana: reflexiones sobre el papiro Giessen 40 I*. Madrid: Edisofer, 2012, 224 s.
- VANČURA, J. *Úvod do studia soukromého práva římského. I. díl*. Praha: vlastní náklad, 1923, 255 s.
- WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967.
- WIEACKER, F. Vulgarrecht und Vulgarismus. Alte und neue Probleme und Diskussionen. In: WIEACKER, F. *Ausgewählte Schriften. Bd. 1: Methodik der Rechtsgeschichte*. Frankfurt a. M.: Herman Luchterhand, 1981, s. 241–254.
- WILHELM, A. Die Constitutio Antoniniana. In: *American Journal of Archaeology*, Vol. 38 (1), 1934, s. 178–181.

Contact – e-mail

jan.surkala@flaw.uniba.sk

Uhorská právna obyčaj v znení novovekej právnej vedy

Miriam Laclavíková, Adriana Švecová¹

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, Slovenská republika

Abstract in original language

Štúdiá prezentuje prvotné vedecké názory uhorskej novovekej právnej vedy viažuce sa na miesto, význam, náležitosti a funkcie prameňa práva – právnej obyčaje. Koncentruje sa na diela neskoronovovekej uhorskej jurisprudencie 18. a začiatku 19. storočia renomovaných uhorských právnych vedcov, akými boli J. Szegedi, Š. Huszty, I. Kelemen, A. Kövy, I. Frank a P. Szlemenicz a ďalší, ktorí potvrdili, rozvinuli a aj polemizovali s prvotnou náukou o obyčaji Š. Werbőczyho, autora zbierky obyčajového práva *Opus Tripartitum* (1514).

Keywords in original language

Uhorsko; novoveká uhorská právna veda; pramene práva; Opus Tripartitum; právna obyčaj (*consuetudo*); zákon (*lex*); súdna prax (*usus fori*).

Abstract

The paper deals with initial scientific opinions of the Hungarian modern age legal science regarding to the importance, requirements and features of a source of law – legal custom. Paper focus on the works of Hungarian jurisprudence 18th–19th century, the renowned Hungarian legal scholars, such as J. Szegedi, W. Huszty, I. Kelemen, A. Kövy, I. Frank and P. Szlemenicz and others, who have confirmed, developed and also argued with Werbőczy's doctrine on legal custom in his famous work - collection of the customary law – Opus Tripartitum (1514).

Keywords

Hungary; Hungarian Jurisprudence of the Modern Age Period; Sources of Law; Opus Tripartitum; Legal Custom (*Consuetudo*); the Law (*Lex*); legal Practice (*Usus Fori*).

¹ Doc. JUDr. Miriam Laclavíková, PhD., Katedra dejín práva, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave. Doc. JUDr. PhDr. Adriana Švecová, PhD., Katedra dejín práva, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave.

1 Úvod

Súčasná právna veda na právne obyčaje nahliada ako na pravidlá správania, ktoré „*nejso stanovená štátnou mocou, ale vznikajú v historickom procese spoločenskej praxe (ve spoločenských vzťahoch) živeľne, spontánne jako druh spoločenských norem, ktoré pôvodne nemajú právnu relevanciu*“². Ak však rozšírime definíciu právnych obyčají o historický generalizujúci rozmer dospejeme k záveru, že ide o „*súbrn noriem ľudského konania (alebo širšie zachovania sa), ktoré sú zabezpečené autoritou štátu alebo právotvorného subjektu*“: V tomto ohľade možno vymedziť dva obyčajovotvorné subjekty. Z jednej strany je to štát, ktorý normám obyčajového práva udeľuje právnu silu a uznáva tieto obyčaje ako právne normy svojou štátnou autoritou, a z druhej strany je to sociálne spoločenstvo, ak obyčaje štát neuznáva, príp. ich vznik priamo zakazuje³.

Obyčaj s prihliadnutím na jej historicko-právny rozmer a zaradenie v sledovaných uhorských dejinách je v prezentovanej štúdií chápaná ako pravidlo správania, ktoré sa v dôsledku dlhodobého opakovaného používania v určitej spoločenskej komunite (vytvárajúcej normotvorné spoločenstvo) vžilo do vedomia a správania subjektov práva, ktoré ho chápu ako záväznú pravidlo zabezpečené možnosťou uplatnenia štátneho donútenia⁴. Uvedené obyčajové pravidlá správania v období uhorského stredoveku (presnejšie pre obdobie do roku 1514) vznikali v zásade zdola, nie *ergo* zhora – právotvorným aktom zákonodarcu (panovníka, či iného štátneho orgánu, parlamentu a pod.). Dôležitým však je, že už od čias uhorského stredoveku sa priradili k inšpiračným zdrojom obyčaje aj panovníkom vydané dekréty,

² Definícia rozlišuje zvyk (zvyklosť) ako spôsob správania, ktorý síce dodržiavame pravidelne, ale robíme tak bez akejkoľvek záväznosti, povinnosti či donútenia zvyk dodržiavať. Zvyk na rozdiel od obyčaje nemožno považovať za spoločensky donucujúci, naproti tomu subjekty dodržiujúce obyčaj cítia svoju viazanosť obyčajom v podobe povinnosti zachovávať obyčaj. Pozri bližšie KUBŮ, L., HUNGR, P., OSINA, P. *Teorie práva*. Praha: Linde Praha, a. s., 2007, s. 55–56.

³ Na oba činitele pri výklade obyčaje odkazovala aj skúmaná uhorská právna veda. Porovnaj LUBY, Š. *Obyčajové právo a súdna prax. (Civilistická štúdia zo slovenského práva)*. Bratislava: Právnická fakulta Slovenskej univerzity v Bratislave, 1939, s. 53–54.

⁴ LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj a formovanie novodobého (súkromného) práva na našom území. In: *Historia et theoria iuris*, 2009, roč. 2, č. 1, s. 37 an.; LACLAVÍKOVÁ, M. Právna obyčaj v postavení prameňa (súkromného) práva platného na území Slovenska do roku 1848. In: *Historia et theoria iuris*, 2009, roč. 1, č. 1, s. 29 an.

ktoré sa po smrti zákonodarcu⁵ považovali za obyčajové a nie za zákonné právo.⁶

V našej štúdií sa pokúsime priblížiť postavenie a pôsobenie právnych obyčají v období uhorského novoveku s ohľadom na právny vývoj v období spisania diela *Opus Tripartitum* (ďalej len *Tripartitum*, 1514) až po kodifikačné pokusy z konca 18. a začiatku 19. storočia. V uvedenom období obyčaj už nebola výhradne nepísanou obyčajou, ale predovšetkým písanou obyčajou, spísanou v *Tripartite*, a hoci si zachovávala supremáciu nad zákonom i ostatnými formálnymi prameňmi práva, jej primát bol narušaný problematickým vzťahom k zákonu, ktorý ju v osvietenskom štáte v procese kodifikácie začal výraznejšie vytlačovať z uvedenej primárnej pozície a zatlačal ju do úzadia, čo platilo pre verejnoprávne odvetvia, menej pre súbor uhorského všeobecného súkromného práva.⁷

Prvým, kto sa v Uhorsku teoreticky zaoberal pojmom obyčaj (*consuetudo*), bol Štefan Werbőczy⁸ v spomínanom *Tripartite*, z ktorého budeme vo svojich výkladoch vychádzať, tak ako to podobne učinila aj skúmaná uhorská novoveká jurisprudencia, a na neho i priamo odkazovať⁹. Ako tvrdí Š. Luby, *Tripartitum* malo ukončiť nadpanstvo a dominanciu obyčajového práva v Uhorsku, keďže sa malo stať riadnym zákonom. Túto úlohu však nesplnilo, naopak, z moci obyčajového práva nadobudlo svoju platnosť ako všeobecný

⁵ Stredoveká spoločnosť (t.j. adresáti noriem) nerozlišovala medzi formálne odlišnými prameňmi práva – v spoločenskom vedomí išlo o právo – právo krajiny, ktoré splyvalo so starobylými obyčajami krajiny (*vetera consuetudines, consuetudines regni*). To čo sa rozlišovalo bolo celoštátne a miestne právo (presnejšie obyčaje) s ohľadom na ich miestnu pôsobnosť.

⁶ LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. Reprint. Bratislava: Iura edition, 2002, s. 54.

⁷ LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 55 a nasl.

⁸ Ján Szegedi jeho meno a dielo komentoval nasledovne: „Prvá časť (CJH, pozn. aut.) *obsahuje Opus Tripartitum Štefana Werbőczyho, najznámejšieho znalca (práva – pozn.) svojej doby, ktorý ho (Tripartitum – pozn.) spolu s ďalšími znalcami práva zrevidoval, prediskutoval a preskúmal na základe nariadenia kráľa Vladislava II. a za naliehavej potreby všetkých stavov kráľovstva, aby sa stal trvalým zákonom. Právo, ktoré upravuje, sa nazýva obyčajové (consuetudinarium)*.“ In SZEGEDI, J. *Tripartitum iuris hungarici tyrocinium*. Tyrnaviae, 1734, s. 42.

⁹ V tejto súvislosti dávame do pozornosti prácu RADY, M. (ed.). *Custom and Law in Central Europe*. Centre for European Legal Studies, Occasional Paper no. 6, University of Cambridge, 2003. Osobitne štúdie LÁSZLÓ, P. *The Primacy of Consuetudo in Hungarian Law*. In: RADY, M. (ed.). *Custom and Law in Central Europe*. Centre for European Legal Studies, Occasional Paper no. 6, University of Cambridge, 2003, pp. 101–111 a GÖNCZI, K. *Werbőczy's Reception in Hungarian Legal Culture*. In: RADY, M. (ed.). *Custom and Law in Central Europe*. Centre for European Legal Studies, Occasional Paper no. 6, University of Cambridge, 2003, pp. 87–99.

zákon (*decretum generale*). Úvod (*prologus*) Tripartita zjavne inšpirovaný učením Bartola de Saxoferrato¹⁰ formuloval definíciu obyčajového práva, reflektujúc aj iné teoretické diela, ale predovšetkým vtedajší právny názor na ňu v čase vydania Tripartita (a taktiež tesne po jeho vydaní), teda na počiatku 16. storočia. Podľa Š. Werbőczyho bola obyčaj základným prameňom uhorského práva a ostatné pramene práva, vrátane zákona, platili len na základe uznania a z moci obyčaje (pozri Trip, úvod, čl. 11 *Akým spôsobom závisí zákon od obyčaje a o troch funkciách – účinkoch právnej obyčaje*). Uvedenú reláciu *consuetudo versus lex* vyjadril nielen v spomenutých účinkoch právnej obyčaje v čl. 11, ale už v čl. 10 vymedzil jej právnu podstatu a pojmové znaky. Na Werbőczyho náuku nadviazala uhorská novoveká náuka, pričom už J. Kitonich¹¹ s ním vo viacerých smeroch (napríklad v názore na supremáciu právnej obyčaje a jej primátu) polemizoval a odporoval mu.

Na úvod ešte jedna glosa: neskoronovoveká právna veda (teda približne od konca 17. až do prvej polovice 19. storočia) sa teoreticky aj fakticky posunula a v mnohom odklonila od náuky Š. Werbőczyho a reflektovala najmä objektívny právny stav postavenia obyčaje v predchádzajúcich storočiach novoveku. Na druhej strane však zachovávala a nenarúšala, *de facto* konzervovala, istý právnoteoretický základ obyčajového práva a jeho postavenia voči ostatným prameňom práva. Inak povedané aj uhorská právna náuka neskorého novoveku zachovala „zlatý štandard“ teórie o obyčaji, formulovanej Š. Werbőczym.

V nasledujúcich kapitolách sa pristavíme len pri pojmových znakoch právnej obyčaje, jej účinkoch a základných rysoch vzťahu obyčaje a zákona, čím poukážeme na právnu podstatu náuky o obyčaji. V nasledujúcom texte, z dôvodu aby vynikli názory súdobej neskoronovovekej uhorskej náuky,

¹⁰ IBBETSON, D. Custom in the Tripartitum. In: RADY, M. (ed.). *Custom and Law in Central Europe*. Centre for European Legal Studies, Occasional Paper no. 6, University of Cambridge, 2003, s. 20.

¹¹ KITONICH, J. *Directio methodica processus iudicariii iuris consuetudinarii inclity regni Hungariae*, 1619, kap. I, otázka 9.

Ján Kitonich de Koztanicza (1561–1619) bol právnikom a humanistom. Pôsobil ako podžupan Mošovskej stolice a kráľovský finančný prokurátor. Na konci života pôsobil v Trnave. Zaoberal sa uhorským procesným právom spolu s rozborom Tripartita, o ktorom pripravil do tlače dve významné publikácie: *Directio methodica processus iudicariii iuris consuetudinarii, inclity regni Hungariae ect. a Centuria certarum contrarietatum et dubietem ex decreto Tripartito deputarum et resolutatum*.

budeme citovať a hodnotiť niektoré jej podnetné názory. Predložené citované názory uhorskej právnej vedy zohľadňujú uvedený minimálne faktický primát právnej obyčaje v novovekom Uhorsku a v predkodifikačnom období. Následný kodifikačný vývoj totiž zdevalvoval a „podkopal“ postavenie a supremáciu obyčaje natoľko, že novodobý vývoj v 19. storočí už zachoval jej výsadné postavenie len v nekodifikovanom všeobecnom súkromnom práve.

2 Definície právnej obyčaje a jej zaradenie v systéme prameňov práva

Uviedli sme už, že prvotnosť definovania uhorskej obyčaje v systéme uhorského práva je spájaná s menom Š. Werbőczyho, ktorý ju definoval v úvode Tripartita, čl. 10 nasledovne: „*právo, ktoré vzniklo zo zvykov ľudu, a na základe verejnej autority môže spôsobiť, že sa stane zákonom (ius quondam moribus illius introductum, qui autoritate publica legem condere potest)*“. J. Szegedi k tomu pripája, že „*také môže konať len dokonalá spoločnosť, ktorá má právo tvoriť zákony, alebo aspoň je schopná tejto právomoci. Takáto spoločnosť môže konštituovať obyčajové právo, aspoň na základe mlčky udeleného súhlasu panovníka alebo legitímneho zákonodarcu. Ak teda uzavrieme Werbőczyho názory v tejto veci, citujme jeho slová, v ktorých hovorí: „akýkoľvek ľud môže utvoriť miestnu obyčaj.“*¹²

Z uvedenej definície novoveká veda (J. Szegedi) odvodila rozširujúce chápanie obyčaje ako synonymického termínu pre všeobecné právo (*ius commune*).¹³ Uhorská veda rozlíšila právne obyčaje:

- a) všeobecné, ktorým patrilo aj označenie *ius commune*;
- b) špeciálne alebo partikulárne (miestne), záväzné v určitej komunite a obyčaje vytvorené ľuďom tejto komunity.

¹² „*Quilibet populus potest Consuetudinem inducere localem*“. In SZEGEDI, J.: *Tripartitum iuris hungarici tyrocinium*, s. 52.

Ján Szegedi (1699–1760), právnik, profesor cirkevného aj svetského práva na Trnavskej univerzite, aj na akadémii v Budíne, člen SJ. Zaradil sa medzi významných uhorských právnych teoretikov, ktorého citované dielo sa považovalo celý novovek za jedno z najrešpektovanejších prác k Tripartitu (častočne ho možno považovať za jeho komentár, čiastočne za originálnu právnu vedu k uhorskému právu), ku ktorému zároveň ako prvý opatril §-é znenie jednotlivých článkov.

¹³ Vychádzame z J. Szegediho: „*Ák sa teda niekto zmieňuje vo svojej žalobe o obyčaji, myslí tým všeobecné právo.*“ In SZEGEDI, J. *Tripartitum iuris hungarici tyrocinium*, s. 52.

Oba druhy konkurovali zákonu, pričom ich vzťah k nemu a k derogačnej funkcii obyčaje bol predmetom živých novovekých odborných právnych diskusií (pozri nižšie podkapitolu 3. Účinky obyčaje).

Zložitejšie rozčlenenie (*divisiones*) jednotlivých druhov právnych obyčají uvádza I. Kelemen:

- „1) *určitá (certa) obyčaj, ktorej existenciu nikto múdry nespochybňuje, a ktorej oponuje/ odporuje neurčitá obyčaj;*
 2) *všeobecná, partikulárna a špeciálna, ktorá prekvitá buď v celom kráľovstve alebo v pripojených krajinách alebo iba v niektorej časti, ako je Chorvátsko, Slavónsko, alebo v niektorom obvode, župe, meste či inom menšom spoločenstve;*
 3) *súdna (judicialis) alebo mimosúdna (extrajudicialis) obyčaj podľa tobo, či zosilnela/ vznikla súdnym rozhodnutím.*“¹⁴

Š. Huszty¹⁵, ktorý vynikal v originálnych definíciach inštitútov uhorského súkromného práva, podáva obdobnú definíciu ako J. Szegedi, či o jednu-dve generácie mladší I. Kelemen, no zároveň ju fundovane explikuje a komentuje. Tvrdí, že obyčaj „*možno definovať, ako právo špeciálne, nepísané, používané vo zvykoch ľudu, keďže na vznik zákona je potrebná verejná autorita, no na jej (obyčaje, pozn. aut.) vznik musí byť udelený aspoň súhlas zákonodarcu (citujúc Trip., úvod, čl. 10)*“. Z uvedeného odvodil jej,

1. všeobecnosť, argumentujúc „*ak teda panovník prenechá niečo súdiť podľa práva (secundum iuris), potom má sudca právo vydať rozsudok podľa obyčaje alebo nariadenia (statuta)*“;
2. nezávislosť od ostatných prameňov práva („*specifice sumitur*“), najmä jej diferenciáciu od zákona;
3. prevažne nepísaný charakter;

¹⁴ KELEMEN, I. *Institutiones iuris privati Hungarici (Institutiones iuris privati hungarici, quas nobilis Juventutis Hungariae conscripsit Emericus Kelemen*. Pestini, 1818, s. 100.

Imrich Kelemen (1744–1819) – člen SJ, právnik a právny vedec, profesor práva v Rábe, Páľkostolí, Pešti, rektor Peštianskej univerzity a dekan jej právnickej fakulty. Jeho najvýznamnejšie dielo sú Inštitúty uhorského súkromného práva, ktoré sa stali prvým učebnicovým zhrnutím domáceho uhorského súkromného a procesného práva. Završil jednu etapu uhorskej právnej vedy a na jeho dielo nadviazal I. Frank.

¹⁵ Štefan Huszty (1717–po r. 1772) – právnik, člen SJ, profesor práva (1740–1748) na právnej akadémii v Jágri, prísediaci sedrie Hevešskej stolice. Jeho trojdielna učebnica s názvom *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum* (Budín 1745) sa stala ihneď po svojom prvom vydaní často citovaným a reedovaným dielom pre neskoršiu uhorskú vedu (veľmi často sa na neho odvolával napr. I. Kelemen).

4. trvalosť a stabilitu opakovania obyčajovej normy;
5. legitimitu uznanú primárnym zákonodarcom - ľudom (v zmysle Werbóczyom definovaného *populus*, reprezentovaného štyrmi privilegovanými stavmi) a tiež tichým súhlasom panovníka ako legislatívneho iniciátora a zákonodarcu kráľovských nariadení: „*ona sama je účelom a cieľom zákona, zákon však, nemôže vzniknúť právoplatne bez súhlasu tobo, kto má zákonodarnú moc... a teda aj obyčaj (vzniká) so súhlasom a z vôle zákonodarcu, to jest panovníka*“¹⁶.

Pokusy o definovanie obyčaje v Uhorsku uzavrieme mladšími autormi zo začiatku 19. storočia. Prvým bol A. Kövy, ktorý obyčaji *expressis verbis* prisudzuje post sekundárneho prameňa uhorského práva (*secundum principium*) a definuje ju tradične ako jeho predchodcovia aj súčasníci: „*obyčaj je právo, ktoré sa dlhodobým a opakovaným užívaním fyzických alebo právnických osôb so zákonodarnou právomocou chápe ako právo*“, a ďalej zdôraznil jej postupný, sukcesívny vznik (*successive introducuntur*), akceptovaný buď výslovným alebo prezumovaným súhlasom zákonodarcu.¹⁷ Druhý autor P. Szlemenicz, patriaci medzi vedcov prvej polovice 19. storočia, sa ku Kövyemu pripája a o obyčaji rovnocenne s jeho predchodcami tvrdí, že „*za obyčaj sa považuje úkon zákonodarnej moci uhorského ľudu, ktorým sa tvorí právna norma, stálo a verejne sa opakuje, ktorá sa považuje za právo a so súhlasom jeho Kráľovskej Vjysosti*“. Výraznejšie než ostatní však zdôrazňuje jej právnu záväznosť, odlišiac ju od obyčajného zvyku (*mos*): „*Takýmto spôsobom (so súhlasom zákonodarcu) sa tvorí súkromné právo a s ktorou musia byť všetky posudzované skutky v zhode, jej účelom je, aby mohla mať silu zákona, musí mať znak záväznosti (doslova vôľu byť záväzná)*. Pretože existujú

¹⁶ HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. S. 40.

¹⁷ KÖVY, A. *Elementa iurisprudentiae hungaricae*. Cassovia, 1807, s. 14.

Alexander (Sándor) Kövy (1763–1729) - právnik a profesor práva na právnickej akadémii v Blatnom Potoku. Pracoval v Pešti na súde Kráľovskej tabule, absolvoval aj advokátske skúšky, ale svoje ďalšie pôsobenie spojil ako profesor na spomínanej právnickej akadémii v Blatnom potoku, kde získal povest' uznávaného právneho vedca právnej vedy pred rokom 1848 najmä dielom *Elementa iurisprudentiae Hungaricae*.

*rôzne a opakujúce sa skutky ľudu, ktoré sú len zvykmi, no nepovažujú sa za obyčaj (secus quamcumque frequentes actus populi fuerint, mores dumtaxat erunt, non consuetudo).*¹⁸

Š. Huszty už v 18. storočí poukázal na mylné zamieňanie si obyčaje s jej dodržiavaním v právnej alebo súdnej praxi, keď si najmä laická verejnosť obyčaj spájala a stotožňovala so súdnou praxou Kráľovskej kúrie.¹⁹ Bolo to v tej dobe pochopiteľné, keďže aj samotná súdobá jurisprudencia si uvedomila používanie obyčajového práva predovšetkým v rozhodnutiach súdnej praxe (nižších, vyšších, ako aj najvyšších kráľovských súdov). Okrem toho príkladne I. Kelemen oddelil **jej poddruh, nazvaný súdna obyčaj (stilus curiae)**, tvorená alebo zosilnená súdnou praxou, tvrdiac „*keďže obyčaj sa odvodzuje zo skutkov, tieto skutky sú súdnymi rozhodnutiami uznané, z čoho je zřejmé, že akákoľvek obyčaj vyžaduje uznanie*²⁰ - potvrdenie (probatio)“, mysliac tým predovšetkým uznanie v súdnej praxi samotným sudcom, ktorý podľa druhu obyčaje ju uzná alebo pokiaľ bude sudcovi všeobecne známa, ju konkludentne prijme.

- ¹⁸ SZLEMENICZ, P. *Elementa iuris hungarici iudiciarii civilis*. Posonii, 1829, s. 27–28. Pavol Szlemenicz (1783 – 1856) - právnik, právny vedec a člen Uhorskej akadémie vied. Najprv študoval teológiu a filozofiu vo Váci, no právnické štúdiá absolvoval v Pešti v r. 1804 pod vedením prof. Kelemena a Markovicsa. V 1809 sa stal profesorom súkromného a trestného práva na právnickej akadémii v Bratislave a v 1810 absolvoval úspešné advokátske skúšky a v r. 1811 získal doktorát práva. V r. 1830 ho zvolila Uhorská akadémia vied na člena komisie pre právne vedy. Jeho prvá väčšia práca sa zameriavala na uhorské trestné právo s názvom: *Elementa iuris criminalis Hungarici*, vydaná v Bratislave (1817), nasledovali kratšie polemické vedecké práce voči prácam A. Kövyho písané v latinčine. V roku 1819 vydal v dvoch zväzkoch prácu *Elementa iuris Hungarici civilis privati*, v r. 1829 *Elementa iuris Hungarici iudiciarii civilis* a napokon v 1841 prácu *Additamenta ad editionem tertiam elementorum iuris iudiciarii civilis tam criminalis Hungarici*. V posledných rokoch života sa venoval práci na dejinách uhorského zákonodarstva s názvom *Dejiny našich zákonov od založenia štátu do vymretia Arpádovcov*.
- ¹⁹ „*Dalej obyčaj a jej dodržiavanie sa často spájajú a priveľmi sa označuje obyčaj aj ako úzus, prax, štýl, zvyk; štýl kúrie alebo súdu (stylus curiae vel fori), ktorý sa nazýva obyčaj, tvorená na súdoch Kráľovskej kúrie vynášajúcich rozsudky v konkrétnych sporoch, a to na základe písanej a určenej formy.*“ In HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. s. 40.
- ²⁰ I. Kelemen ďalej tvrdí, že uznanie/potvrdenie obyčají, odhliadnuc od súdnych obyčají, ktoré spočívali v rozsudkoch alebo iných verejnoprávných aktoch, bolo obtiažne, avšak nie úplne nemožné. Celá vec postihovala dve náležitosti: obsah a spôsob/prostriedky uznania. Obsah pozostával z vyššie uvedených aktov (§ 89, bod 3), ktoré pokiaľ nemali svoje špecifické prípady a osobitosti, mali sa predniesť. Prostriedkami uznania boli bežne zaužívané svedecké výpovede alebo listiny. Citované podľa KELEMEN, I. *Institutiones iuris hungarici privati*. Liber I., Budae, 1818, s. 101.

Ďalšou v novoveku diskutovanou otázkou bola formálna stránka vyjadrenia obyčajového pravidla. Tvrdenie, že obyčaj z hľadiska svojej formy **patrí k *ius non scriptum*** však vzhľadom na osobitý vývoj obyčajového práva v Uhorsku (ale aj v iných krajinách) nie je celkom presné²¹, keďže Tripartitum nebolo ničím iným, než spísaním obyčajového práva²². V tejto súvislosti zaujímavý názor na margo náhodnosti a irrelevantnosti členenia práva na písané a nepísané právo vyslovil už samotný Š. Werbőczy, keď v úvode, čl. 11, § 1 poznamenal na otázku, čím sa zákon odlišuje od obyčaje nasledovne: „*písanou a nepísanou formou. Avšak tento rozdiel nie je relevantný. Ved' zákon panovníka vydaný nepísanou formou zostáva zákonom aj keď nie je spísaný. Ak by však aj obyčaj bola spísaná, neprestáva byť obyčajou, napríklad obyčaje o feudálnych (vazalských) vzťahoch, ktoré boli spísané*“²³. Š. Huszty na margo zmieneneho nepodstatného členenia na písaný zákon versus nepísaná obyčaj dopĺňa: „*Avšak členenie na písané a nepísané právo nie je základným rysom nášho civilného práva, keďže, ak nie je zákon (rozumej aj ústavné zvyklosti) písaným právom, nemožno ho definovať ako zákon, no obyčaj, ak aj bude písaná, sa vždy bude považovať za obyčaj. Medzi (nimi) sa rozlišuje (pozri Trip, úvod, čl. 11):*

- 1) *zákony sú vždy vydané, obyčaje sú dané aj mlčky;*
- 2) *zákony vznikajú odvodené (okamžite), ale obyčaje postupne.*“²⁴

Je teda pravdou, že obyčaj po vydaní Tripartita získala na nejaký čas písomnú formu, nebola však zbavená možnosti jej ďalšieho vývoja, prípadne vzniku nových, aj nepísaných obyčají. Uvedené môžeme doložiť rozšíreným názorom, ktorý napr. formuloval I. Frank: „*Ale ak sa však obyčaj neskôr stane písaným*

²¹ Porovnaj aj OTTOVÁ, E. *Teória práva*. 2 doplnené a prepracované vyd. Šamorín: Heuréka, 2006, s. 186. Porovnaj tiež OGUSZAK, J., ČAPEK, J., GERLOCH, A. *Teorie práva*. Praha: ASPI Publishing, 2004, s. 50: „*Normativní akty se sice vydávají stanoveným způsobem, přičemž pravidlem bývá mj. písemná forma vydání, kdežto právní obyčej tuto náležitost mít nemusí*“.

²² Presnejšie krajinského šľachtického súkromného práva, ktorého základným prameňom sa stala práve práva obyčaj. S tvrdením o určitej rigidite v dôsledku spísania právnych obyčají v diele Opus Tripartitum je možné súhlasiť, avšak obyčaj nestratila možnosť svojho ďalšieho rozvoja či zmeny.

²³ Trip., úvod, čl. 11, § 1: „*Secundo, tanquam scriptum, et non scriptum; quamvis haec non sit essentialis differentia. Nam licet lex a prícipe lata, non esset scripta, non ideo desineret esse lex. Et si consuetudo redigeretur in scriptis, adhuc esset consuetudo: ut consuetudines feudorum, quae redactae sunt in scriptis*“: Podobný názor vyslovil v 30-tich rokoch 20. storočia CHYTIL, V. *Nepsané právo*. In: *Časopis pro právní a státní vědu*, 1930, 13, s. 5.

²⁴ HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. S. 25.

*súkromným počínom, zachová si svoju prirodzenú povahu a právnu silu.*²⁵ V praktickej rovine sa však situácia sčasti vyvíjala inak a Tripartitum na istý (pomerne dlhý) čas stabilizovalo ním upravené oblasti práva a sudy sa naň odvolávali ako na *decretum generale*.²⁶ Systematizácia prameňov v právnej vede neskorého novoveku ešte obyčaji priradila formálne rovnocenné postavenie so zákonom, avšak v súdobých právnych komentároch (traktátoch) boli obyčaje zaradené jednoznačne vždy hneď po zákone ako druhý prameň. Je zrejmé, že obyčaj stratila teoretické prvenstvo (demonštrujúce pôvodný formálny primát obyčaje) nad ostatnými prameňmi, predovšetkým nad zákonom, teoreticky pôvodne konštruovaný ešte Š. Werbőczym.²⁷ Pritom však, ako tvrdili J. Jung aj I. Frank: „najväčšia časť civilného práva, ktoré sa užíva medzi ľuďmi, pochádza z právnej obyčaje, ktorá je prenášaná nielen ústnym podaním ľudu, ale následne aj obyčajovým právom pomocou zvykov, uvádzaných medzi ľuďmi“, čiže z hľadiska rozsahu regulovaných právnych vzťahov aj naďalej mala právna obyčaj „faktický primát“ v uhorskom súkromnom (civilnom) práve neskorého novoveku.

Sumarizujúco možno konštatovať, že v teoretickej rovine po vzore prirodzenoprávnej školy sa síce do popredia dostal zákon (*lex*), ktorý uhorská neskoronovoveká právna teória, derivujúc jeho definíciu zo západoeurópskej novovekej právnej teórie synonymicky označovala za právo (*ius*). Z toho

²⁵ FRANK, I. *Principia iuris civilis Hungarici*. I. tomus, Pestini, 1829, s. 12.

Ignác Frank (1788–1850) – právnik, člen-korešpondent uhorskej vedeckej akadémie (1847), predstaviteľ historickoprávnej školy. Bol členom piaristického rádu, ale v roku 1811 z neho vystúpil a získal doktorát práva. Od roku 1819 bol profesorom na právnickej akadémii v Košiciach, kde vyučoval trestné a súkromné právo. V rokoch 1827–1850 sa stal profesorom na univerzite v Pešti, kde vyučoval súkromné právo po Imrichovi Kelemenovi. V roku 1832 sa stal rektorom univerzity v Pešti a v roku 1849 ho poveril dočasne minister školstva Michal Horváth zriadením novej univerzity. Jeho práca o verejnom práve (a közigazság törvénye) je jednou z prvých univerzitných učebníc vydaných v maďarčine.

²⁶ Už J. Szegedi zdôraznil priradenie obyčaje medzi základné pramene uhorského práva, pod ktorým novoveká právna veda chápala rovnocenne zákon aj právnu obyčaj. In: SZEGEDI, J. *Tripartitum iuris hungarici tyrocinium*. S. 52. Huszty k významu Tripartita v polovici 18. storočia dokladá jeho neotrasiteľnú pozíciu v súdnej praxi, a potvrdzuje tak triedu základných prameňov uhorského práva: obyčaj-zákon-súdna prax: „Opus Tripartitum, pretože obsiahlo obyčaje, ktoré sa obvykle používajú na súde Kráľovskej kúrie, v ktorej súdia naši najvyšší, ktorí podľa nich riešia spory a vynášajú rozsudky.“ In HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. S. 9.

²⁷ Už od J. Szegedihho počnúc aj ďalší jeho nasledovníci (Huszty, Kelemen, Jung, Kövy, Frank) priradili obyčaji druhoradé postavenie za zákonom, teoretický výklad o nej v zásade rozvinuli až po stati o zákone.

titulu formálnoprávne predznamovala jeho budúce dominantné postavenie v systéme prameňov práva. Zákon získal v danej dobe postavenie *ius in books*; naopak obyčaj si zachovala status dominantného prameňa *ius in cases*, tým že si podržala faktický, reálny dosah a význam v civilnom (súkromnom) práve²⁸, odrážajúcom sa/spritomnenom v reálnej právnej a osobitne súdnej praxi.

Postavenie obyčajových noriem bolo v uhorských podmienkach posilňované štátnou autoritou, uznávaním obyčaje za prameň práva zo strany štátu (hovoríme o tichom súhlase zákonodarcu), o čom svedčia ustanovenia viacerých zákonných článkov (napr. zák. čl. X/1790, zák. čl. XII/1791, zák. čl. II/1867, zák. čl. IV/1869, zák. čl. XXI/1886, zák. čl. XVIII/1887, zák. čl. XXVI/1896, zák. čl. XXXVII/1895). Uznávanie obyčají štátom (napr. aj výslovným odvolaním sa na obyčajovú úpravu v konkrétnom zákone) však v nijakom ohľade nebolo podmienkou jej platnosti, ktorá sa odvodzovala od splnenia troch nižšie uvedených pojmových znakov.²⁹

3 Obyčaj a jej pojmové znaky

Na základe Werbőczyho názorov aj novovekí právni vedci analyzovali okrem momentu vzniku obyčaje aj tzv. náležitosti či presnejšie poznávacie znaky obyčaje, pričom medzi jej náležitosti podľa Tripartita (úvod, článok 10, § 3-4, § 5-6, § 7) a v súlade s ním zarad'ovali:

1. racionálnosť (*ratio*)³⁰,

²⁸ Pripájame nevyhnutnú historickú poznámku k chápaniu pojmu **uhorské civilné právo** (*ius civile*), ktorý si treba vylóžiť vo veľmi širokom chápaní všetkých tých právnych odvetví uhorského práva, v ktorých sa realizovali práva a povinnosti občanov, tak privilegovaných (šľachta a cirkev) ako aj nepriviligovaných (mešťania a poddaní). Pre I. Franka je to „*právo, ktoré užívajú náš ľud, sa nazýva občianske- civilné alebo pozitívne právo.*“ In: FRANK, I. *Principia iuris civilis Hungarici*. S. 4.

²⁹ LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. S. 61.

³⁰ Úvod, čl. 10, § 3: „*Po prvé, nech je racionálna. Racionálna je ale vtedy, ak smeruje a postupuje k účelu práva (zákona). Účelom kánonického a božieho zákona je šťastie duše. A účelom občianskeho zákona je všeobecné (verejné) blaho. Teda ak sa snaží obyčaj o dosiahnutie šťastia duše, je racionálnou podľa kánonického aj božieho práva, ak tomuto večnému cieľu odporuje je iracionálna. Podľa občianskeho práva obyčaj je racionálna, ak usiluje o všeobecné blaho. Keďže v tejto veci neplatia osobitné pravidlá za racionálnu považujeme obyčaj, ktorú neodporuje prirodzenému právu, medzinárodnému právu alebo danému platnému právu. § 4: Keďže však základom práva je racionálnosť (rozumnosť), zdá sa, že žiadna obyčaj odporujúca zákonu nemôže byť racionálnou. Musíme však s ohľadom na rozličné príčiny tvrdiť, že istá obyčaj môže byť racionálna aj proti racionálnemu zákonu. A z tohto stanoviska, berúc do ohľadu rozličné ciele, aj dve protichodné veci môžu súčasne platiť, napríklad uzavretie a neuzavretie manželstva.*“

2. **premlčanie (praescriptio)**³¹;3. **opakovanie úkonov (frequentia actuum)**³².

Ad. 1. Prvý znak racionálnosti sa dlhý čas, prakticky po celý novovek, chápal ako podstatný, vnútorný znak obyčaje a novoveká právna veda tu vychádzala a pridŕžala sa Werbőczyho teórie (úvod, čl. 10, § 3): „Podľa súkromného (civilného) práva je racionálna, ak usiluje o všeobecné dobro... ako racionálna sa prezumuje obyčaj, ktorá sa neprotiví prirodzenému právu, medzinárodnému a pozitívnemu právu.“ Presne to isté tvrdili aj Š. Huszty a J. Szegedi: „Po prvé, racionálna bude, ak bude upravovať vznešené a užitočné veci pre štát, alebo ako tvrdia iní, aby nebola proti prirodzenému, Božského právu a viere, aby nezasaňovala do práv cirkvi; aby nedávala príležitosť na brieň, ani aby nebola proti všeobecnému dobru a nebola verejným prebrehskom, a ak toto všetko má, majú ju múdri sudcovia zachovávať.“³³ Š. Huszty k tomu dodáva, že v pochybnostiach platí pri obyčaji aj zákone, že sú racionálne.³⁴ Novoveká veda však už za meradlo racionálnosti považovala nielen prirodzený zákon, ale skôr zákon, morálku alebo materiálnu spravodlivosť.³⁵ I. Frank hovorí o racionálnosti ako o internom znaku obyčaje nasledovné: „je potrebné, aby nebolo právne pravidlo uplatňované obyčajou otvorene mylné, ani aby

³¹ Úvod, čl. 10, § 5: „Po druhé, je potrebné, aby bola premlčaná, totiž, aby trvala patričnú dobu, a aby zoslnela v čase potrebnom na premlčanie. Ale to platí len pre právo kánonické, a vyžaduje sa to vtedy, ak obyčaj odporuje platnému právu. Ale podľa občianskeho práva stačí pre vznik obyčaje jedno desaťročie, teda uplynutie desiatich rokov, a to aj v tom prípade, ak odporuje občianskemu právu. Ak by však obyčaj odporovala kánonickému právu, potom musí trvať 40 rokov. Ale ak by sa obyčaj utvorila v nedostatku zákona, potom i podľa kánonického práva stačí jedno desaťročie. A uplynutie týchto desiatich rokov začína sa prvým konaním ľudu.“ § 6: „Čo som povedal vo veci občianskeho práva, že desať rokov stačí bez každého rozlišovania, tomu rozumej tak, že ak obyčaj nevzniká obľadom takých vecí, ktoré sú vybrané panovníkovi z titulu najvyššej moci. Lebo vtedy by mohla obyčaj vzniknúť len po uplynutí take dlhej doby, začiatok ktorej presahuje ľudskú pamäť de iure canonico decennium sufficere videtur. Hoc autem tempus decem annorum incipit currere a tempore primi actus celebrati a populo“.

³² Úvod, čl. 10, § 7: „Po tretie podľa názoru učencov potrebným je opakovanie úkonov (opakovanie konania). Aj tak hovorím, že opakované konanie k samotnému vzniku obyčaje nie je potrebné, ale nakoľko súhlas ľudu je spoznatelivý z užívania, a tento súhlas z jedného konania nemožno zistiť. Opakovanie konaní je teda príčina a obyčaj zas následok. Potrebným je ale toľko a takých zrejmych konaní, aby si ľud mohol s určitosťou uvedomíť, že pritom všetkom obyčaj nevzniká z konania, ale z tícheho (mlčky prejaveneho) súhlasu ľudu. Preto tam, kde z náznakov môžeme zistiť mlčky daný súhlas ľudu, tam viac neskúmate opakovanie úkonov (opakovanie konaní). Ba niekedy aj z jedného jediného konania môže pochádzať obyčaj, ak má stále pôsobiacu príčinu a trvá po dobu potrebnú na utvorenie sa obyčaje, napríklad ak niekto postaví na bradskej most a podobne.“

³³ SZEGEDI, J. *Tripartitum iuris hungarici tyrocinium*. S. 52.

³⁴ HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. S. 41.

³⁵ LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. S. 59.

si neprotirečilo s priamym dôvodom, ani so sankciami pozitívneho práva. Ale ani nepravosť sa dlhým trvaním nemení na právo, ani nadužívanie (abusus) práva nevytvorí novú právnu normu“. Pre I. Franka je zdrojom racionality prirodzená spravodlivosť a tiež i zákon, lebo spravodlivosť je cieľom a zákon je jej prostriedkom.

Ad. 2. Premlčanie (*praescriptio*) prijal Werbőczy z kánonického práva a zaradilo sa medzi externé znaky obyčaje. Ďalej Werbőczy okrem pripustenia vzniku obyčaje mlčky, resp. z tichého súhlasu (úvod, čl. 10 a 11)³⁶ vyžadoval, aby trvala istý čas, pretože obyčaj sa nedá zaviesť okamžite, ale pomalým uvádzaním do života v určitom čase (úvod, čl. 11, § 2)³⁷. J. Szegedi potvrdzuje vyššie uvedený názor: „*Po druhé, aby bola civilná (súkromná) obyčaj premlčaná, alebo aby vznikla cestou premlčania, postačuje desať rokov, pričom takáto moc má nepísaná obyčaj. Je potrebné, aby sa pri premlčaní dodržal istý, „dlhý“ čas (longus tempus), za ktorý sa považuje uvedené desaťročie, ktoré dokonale postačí pre vznik obyčaje (Tripart. úvod, čl. 10). Vylučujem však prípady, ktoré sú rezervované výlučne pre najvyššiu právomoc panovníka, vtedy nie je potrebné premlčať obyčaj, ani žiaden čas na premlčanie. Tento čas desiatich rokov sa začína počítat’ od prvého úkonu, uskutočneného ľudom.“*

Huszty rovnako uznáva Werbőczyho pôvodný názor, „*aby bola premlčaná (praescripta), to jest, aby dosiahla (sa naplnila) v čase potrebnom na premlčanie svoju silu a aby pretrvala, upevnila sa. Pre obyčaj civilného práva sa vyžaduje premlčanie v trvaní 10 rokov, s výnimkou obyčají, ktoré sú rezervované pre panovníka na znak jeho najvyššej moci, napríklad udeliť milosť zločincovi (zák. čl. 48/1715). Pre obyčaj protiviacu sa... kánonickému právu (contra legem canonicam) sa vyžaduje premlčanie v trvaní 40 rokov.“*

Z krátkej rekapitulácie vyššie uvedených názorov rezumujeme, že novoveká veda uznala Werbőczyho náuku o premlčaní, no zároveň s ním mala viaceré ťažkosti uvedomujúc si teoretickú a praktickú nelogickosť uvedeného znaku. Š. Luby formuloval tieto problémy nasledovne: predovšetkým rigorozita pevne stanovených premlčacích lehôt v Tripartíte spôsobovala nemalé právnoaplikačné komplikácie, pretože vznik obyčaje sa často nemohol presne

³⁶ Úvod, čl. 11: „*Zákon od obyčaje sa odlišuje trojitým spôsobom. Po prvé mlčky ale jasne (tacitum, et expressum).“*

³⁷ Úvod, čl. 10, § 7: „*obyčaj vzniká nielen z (opakovania) úkonov, ale (aj) z mlčky dohodnutného súhlasu ľudu.“* Čl. 11, § 2: „*Po tretie, podľa doby trvania alebo jednorázovým následkom, pretože obyčaj nevzniká neuvážene (prudko), ale pomalým uvádzaním do života, tak pri vzniku aj pri použití. Ani tie (obyčaje) však nie sú pevné a isté, ktoré vzniknú z pochybností, na rozdiel od tých, ktoré sú zreteľné (expressa), pretože obyčaj nemôže vzniknúť okamžite (non potest statim induci), ale postupne (sed successive).“*

datovať a teda aj odpočítat' potrebný „*longus tempus*“ od prvého úkonu/aktu obyčaje, čo sa ukázalo ako absurdná požiadavka, pretože „*pri obyčajovom práve sa nikdy nedá zistiť presná doba zachovania určitej obyčaje*“; ani prvý úkon obyčaje (*primus actus*). Z toho titulu v Tripartite uvedené lehoty neboli v novoveku uznané a v novovekej náuke o premlčaní sa zdôrazňovalo, že „*je potrebný lapsus temporis rozlične dlhý, podľa toho, o aké pravidlo ide, na akom území, ako často sa môže podľa svojej povahy vyskytnúť a pod.*“³⁸ Sám P. Szlemenicz na margo samotných, Werbőczym odporúčaných premlčacích lehôt tvrdí, že ani Werbőczy „*v tejto veci nikdy netvrdil, že sa vyžaduje 10 ročné premlčanie.*“³⁹ Išlo teda v uvedenom znaku viac o odporúčanie jeho dodržiavania a o teoretizovanie (neskôr sa hľadali u Dósu racionálne dôvody pre premlčanie⁴⁰), no v zásade sa v novovekej náuke premlčanie veľmi nez dôrazňovalo, nič zásadnejšie sa k nemu neprípájalo a z toho sa odvodil názor, že sa nežiada preskúmanie plynutia premlčania (premlčacej doby).

Ad. 3. J. Szegedi v uvedenom znaku vychádza opätovne z Werbőczyho⁴¹: „*Nestačí však jedno opakovanie, ani nebude účinná (obyčaj) vo svojom účinku a v plynutí času... Ak však neexistuje žiadne právo, ani žiaden čas potrebný na vznik obyčaje, potom je najvhodnejšie, aby sa múdro posúdila kvalita daného úkonu, osôb, a rozhodlo sa o ďalšom počte opakovaní, nemôže sa to však stať bez súhlasu ľudu alebo aspoň bez súhlasu autority vyššieho zákona. Na vznik obyčaje je potrebný úkon, a to verejný a opakovaný, ktorý musí vojsť do povedomia ľudu. Musí byť tiež dobrovoľný, pretože je potrebný dobrovoľný súhlas ľudu.*“⁴² Š. Huszty sa pripája k uvedenému názoru, ktorý dopĺňa o potrebu minimálneho tichého súhlasu ľudu, ktorý sa najčastejšie realizuje v samotnom opako-

³⁸ LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. S. 61.

³⁹ „*Et reipsa Werbőczy nuspium dicit, 10 annorum curriculum ad valorem consuetudinis necessariam esse.*“ In: SZLEMENICZ, P. *Elementa iuris hungarici iudicarii civilis*. S. 29.

⁴⁰ Pozri LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. S. 60.

⁴¹ Trip., úvod, čl. 10, § 7 pokračuje: „*Predsá však podotýkam, že opakované konanie k samému vzniku obyčajového práva nie je potrebné, ale keďže súhlas ľudu je spoznatelný z užívania, preto pri súhlase, ktorý nemožno zistiť iba z jedného konania, opakovanie konaní sa hlási ako príčina a obyčaj zasa ako následok. Potrebným je ale toľko a takých zrejmych konaní, aby ľud vedel nad všetku pochybnosť o tom, že obyčaj vzniká nie z (opakovania) konania, ale (aj) z mlčky dohodnutého súhlasu ľudu. Preto tam, kde z náznakov môžeme zistiť mlčky daný súhlas ľudu, tam sa viac nestaráme o opakovanie úkonov. Ba niekedy aj z jedného jediného konania môže pochádzať obyčaj, ak má stále pôsobiacu príčinu a trvá po dobu potrebnú na utvorenie sa obyčaje, napríklad keď niekto postaví na bradskej most a pod.*“

⁴² SZEGEDI, J. *Tripartitum iuris hungarici tyrocinium*. S. 53.

vaní úkonov/pravidiel správania obsiahnutých v obyčaji: „*vyžaduje sa isté konanie, notoricky a rovnako sa opakujúce, ktoré sa koná s uvedeným súhlasom ľudu ako právo. Na otázku, či súhlas ľudu vznikne na základe dvoch, či troch takých konaní, ak aj tieto úkony nenasledujú za sebou, a nemožno teda očakávať ich opakovanie, to neškodí, len aby nedošlo k protichodnému konaniu, veď súhlas bol viditeľný z tohto úkonu, nie teda úkon, ale tichý súhlas ľudu je potrebný na vznik obyčaje, pretože aj jedným úkonom (napríklad postavením mosta nad kráľovskou cestou a vyberanie mýta na ňom) vzniká obyčaj.*“ O tichom, prípadne len prezumovanom súhlase⁴³ a užívaní samotným ľudom hovoria kontinuálne Szegedi, Kelemen, Jung, Szlemenicz i Frank, ktorý v tejto súvislosti veľmi konzistentne a pregnantne tvrdí: „*nie teda skutok, ale tichý súhlas ľudu je potrebný na vznik obyčaje, pretože aj jedným úkonom (napríklad postavením mosta nad kráľovskou cestou a vyberanie mýta na ňom⁴⁴) vzniká obyčaj.*“ Okrem pozitívneho akceptačného súhlasu ľudu zdôraznil I. Frank ešte aj tichý súhlas zákonodarcu: „*Súhlas samotnej zákonodarnej moci je v tomto zmysle natoľko potrebný, aby (obyčaj) ani vo všeobecnostiach a ani v osobitostiach (speciatim vel generatim) nebola s ňou v rozpore.*“

Š. Huszty si, pridzžajúc sa Tripartita, uvedomil trvalý problém opakovania úkonu a to charakteru týchto úkonov, počtosti opakovania a dôkazu tohto opakovania vysvetľujúc ho nasledovne: „*súhlas s týmto skutkom postačuje na vznik obyčaje, a teda aj sukcesívny skutok postačuje na vznik nášho civilného práva, pozri Trip., úvod, čl. 10, ktorý výslovne hovorí, že opakovanie úkonov nie je potrebné, a ak postačuje predpoklad súhlasu ľudu, potom netreba vyžadovať opakovanie úkonov (frequentia actuum non curetur). Z toho vyplýva, že opakovanie úkonov postačuje len podľa striktného vyjadrenia Tripartita, pravda však (na otázku, pozn. aut.): Či teda existuje aspoň mlčky udelený súhlas ľudu, alebo nie?, o tom rozhodne múdry sudca.*“⁴⁵ Uvedený Husztyho názor potvrdzuje I. Kelemen, keď hovorí, že obyčaj vzniká: „*častými, slobodnými, verejnými a manifestujúcimi skutkami a tiež v náležitých forme, čo sa prezumuje pri jej vzniku a tiež, že ľud nadobudne vedomosť o jej existencii. Nie však počtnosť opakovania úkonov, ani časové trvanie, ale konkludentne (mlčky)*

⁴³ O ňom výslovne hovorí P. Szlemenicz: „*pričom postačuje aj prezumpcia uvedeného skutku, aby tento skutok bol predovšetkým vo vedomí ľudu (ut sufficienti ad gignendam illam praesumptionem, quod res ad populi notitiam pervenerit, isque in eiusmodi actus consenserit).*“ In SZLEMENICZ, P. *Elementa iuris hungarici iudicarii civilis*. S. 28.

⁴⁴ Avšak podobný odkaz uvádzal už aj Š. Werbőczy, úvod, čl. 10, § 7.

⁴⁵ HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. S. 41–42, 45.

*udelený súhlas*⁴⁶ ľudu utvára obyčaj. “Nakoniec uvádzame názor I. Franka, ktorý zdôraznil dôkaznú silu *frequentiae actuum*: „Právna obyčaj sa opiera o tichú dohodu ľudu, ktorá sa v každom prípade dá do istej miery vypátrať v skutkoch a na nich môže byť demonštrovaná. Avšak nijaké skutky nemajú silu dôkazu (o právnej obyčaji), ale iba také, z ktorých cez legitímny (a logický) úsudok možno poznať túto tichú dohodu. Tieto skutky nazývame konkludentné skutky... Postačuje také opakovanie konkludentných úkonov, aby z nich bola zrejmá tichá dohoda ľudu.“⁴⁷ K nemu sa pripája P. Szlemenicz: „Pretože onen súhlas sa udeľuje na základe rôznych buď viacerých alebo aj nemnohých opakujúcich sa skutkov, skutočný počet opakovaní sa však nemôže určiť.“⁴⁸

Prezentované názory uhorskej vedy sa vyrovnali s posledným pojmovým znakom pomerne konzistentne, pričom si uvedomili viaceré úskalia dôkazu opakovania úkonov, iniciujúcich vznik obyčaje. Opierali sa pritom o znenie Tripartita a logicky ho dovysvetľovali **zdôraznením tichej dohody ľudu**, ktorú akceptovali za iniciačný úkon (skutok), ergo aj konkludentný (mlčky udelený) úkon akceptačného správania sa ľudu s obsahom vznikajúcej obyčaje. Ako východisko uvedeného prijali už skôr formulovanú tézu o nemožnosti dokázať prvotný úkon, aj frekvenciu opakovania úkonov.

Uhorskí právnici formulovali v súvislosti s dôkazom o existencii obyčaje jej uznanie právnou praxou. Na margo toho I. Kelemen (ale aj iní) definovali tzv. uznanie právnej obyčaje v súdnej praxi: „Keďže obyčaj sa odvodzuje zo skutkov, tieto skutky sú súdnymi rozhodnutiami uznávané, z čoho je zrejmé, že akákoľvek obyčaj vyžaduje uznanie⁴⁹ - potvrdenie (*probatio*). Ale opačne, keďže sa v pochybných a sporných otázkach sudcovi vkladá dôvera k uznaniam/potvrdeniam obyčaje, je odôvodnené,

1. že uznanie/potvrdenie sa pri určitej obyčaji nevyžaduje nikdy, pri neurčitej vždy;
2. pri všeobecnej určitej obyčaji nikdy, pri partikulárnej alebo špeciálnej, ktorá nie je veľmi známa, je potrebné uznanie/potvrdenie, nie však vtedy, keď je nepochybná, a z toho vyplýva, že

⁴⁶ I. Kelemen pokračuje: „Werböczy ustanovil trojnásobné rozlíšenie obyčaje: prijímanú mlčky alebo výslovne, písanú alebo nepísanú a dočasnú a následnú. Z postupných úkonov však vznikajú mlčky prijímané obyčaje a nie výslovne“.

⁴⁷ FRANK, I. *Principia iuris civilis Hungarici*. S. 58.

⁴⁸ „ad consuetudinem necessarium numerus definiri nequit“ In: SZLEMENICZ, P. *Elementa iuris hungarici iudicarii civilis*. S. 28.

⁴⁹ Huszty tvrdí: „Keďže obyčaj má svoju silu v súdnictve, potom musí byť presvedčivo dokázaná tvrdiacim, pretože jemu prináleží jej dôkaz (Trip. II/šl. 85).“ Dôkaz alebo uznanie/potvrdenie (*probatio*) obyčaji, bolo často obťažné. In: HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. S. 47.

3. *pred súdom, ktorému je dostatočne známa vlastná alebo všeobecná obyčaj, tam je zbytočné uznanie/potvrdenie, v iným prípadoch naopak je nevyhnutné.*⁵⁰

4 Účinky obyčaje

Primát obyčaje nad ostatnými prameňmi práva definovaný v Tripartite nezostal bez kritiky neskoršej právnej vedy. Už od čias J. Kitonicha⁵¹ dochádzalo k opakovaným kontroverziám voči uvedenej prevalencii obyčaje, a vyskytovali sa za aj proti názory voči supremácii voči zákonu i ostatným prameňom práva. Neskoronovoveká veda k tomu zaujala rozličné stanoviská a v otázke účinkov obyčaje môžeme dešifrovať aj postupnú nivelizáciu významu a postavenia obyčaje v systéme prameňov práva a následne aj zvyšovanie významu zákona, či iných písaných prameňov práva.

Trojitý účinok obyčaje definoval Werbőczy v úvode, čl. 11, kde hovorí o interpretačnej, derogačnej a doplňujúcej sile (účinku) obyčaje. Na derogačný účinok sa kriticky pozrel už J. Kitonich, ktorý nepovažoval Werbőczyho názor za správny ani v dobe vzniku Tripartita, pričom namietal, že sa Werbőczy nechal pomýliť rímskym právom a jeho učením o dominancii obyčaje nad ostatnými právnymi prameňmi. Uvedené však z historického hľadiska neobstalo, keďže neskoršia novoveká veda obhajovala derogačnú funkciu obyčaje, predovšetkým všeobecnej obyčaje nad zákonom. Zároveň sa J. Kitonich odvolával na neskoršie uhorské zákonodarstvo, ktoré v konkrétnych prípadoch neuznávalo tvorbu novej obyčaje a jej derogačnú funkciu (napr. zák. čl. L/1498, XVII/1644, LXXVIII/1647, XVI/1715, XXIX/1848).⁵²

Medzi zástancov Werbőczyho náuky a exegétom Kitonichovej kritiky patrili J. Szegedi, ktorý prijateľným a jednoduchým spôsobom dovysvetľoval Werbőczyho tézu čl. 11: *„Ak je obyčaj racionálna a premĺaná a odporuje zákonu, potom ho ruší v celom rozsahu a to všeobecný pozitívny zákon, tak kánonický, ako aj civilný. Ak je všeobecná obyčaj, ruší všeobecný zákon; ak je miestna (partikulárna), potom ruší miestny zákon, resp. na danom mieste, kde existuje obyčaj. Prirodzené,*

⁵⁰ KELEMEN, I. *Institutiones iuris privati Hungarici*. S. 100–101.

⁵¹ Myslíme od publikácie jeho často citovanej a uhorskými právnikmi (z radov teoretikov aj praktikov) uznávanej práce: *Directio methodica processus iudicarii iuris consuetudinarii in chylti regni Hungariae per M. J. Kitonich de Koztanicza*. Práca bola po prvýkrát vydaná v roku 1619.

⁵² LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. S. 61.

Božské, ani medzinárodné právo nemôže zrušiť nijaká obyčaj, kým každá odporujúca obyčaj, sa najčastejšie nazýva derogačná (corruptela) (Trip. úvod, čl. 10,11, 12). Avšak Kittonich napadol, hoci nevinne, uvedené tvrdenie, keď v kap. 1, otázke 9 tvrdí: „ak dovoľíme obyčaji, aby bola plnobilným zákonom, potom ho môže aj ochotne zrušiť“. Toto (jeho tvrdenie, pozn. aut.) chápem tak, že ak je skorší zákon, a obyčaj neskoršia, a ak existuje odporujúci zákon neskôr ako obyčaj, potom ruší tento civilný zákon obyčaj. Kanonický zákon však neruší miestnu odporujúcu obyčaj, ak v ňom nebude o tom zmienka, pretože pápež nemôže poznať miestne obyčaje.“

Z určujúcich kritérií priznania derogačnej funkcie spomeňme predovšetkým členenie obyčaje na všeobecnú a partikulárnu a ich vzťah k všeobecnému zákonu alebo štatútu. Nadviažme na mienku Š. Husztyho, ktorý tvrdil, podobne ako J. Szegedi, nasledovné: „Obyčaj môže byť proti zákonu, pričom ruší v celosti alebo sčasti skôr existujúci zákon. Ak zruší civilný alebo kánonický zákon, potom ho odstráni, no prirodzený, Božský a medzinárodný zákon však nemôže zrušiť žiadna obyčaj, akokoľvek dlho by existovala... Teda interpretačná, mimo a proti zákonu existujúca obyčaj zakladá nové záväzné právo podľa Trip., úvod, čl. 11, 12 a Trip. III/čl. 2. Totiž nasledujúca všeobecná obyčaj ruší skorší odporujúci zákon úplne a všeobecne, pretože neskorším zákonom možno zrušiť odporujúcu obyčaj, avšak kánonikom nie je dovoľené to isté tvrdiť, pretože pápežským nariadením nemožno zrušiť miestnu odporujúcu obyčaj... Partikulárna obyčaj ruší zákon, ktorý platí len na danom mieste, alebo ho interpretuje partikulárne, a môže byť zrušená podobne neskorším zákonom.“⁵³

Polemiku o vzájomných účinkoch obyčaje a zákona, resp. derogačnej sile oboch prameňov, uzavrieme značne negatívnym a extrémnym stanoviskom I. Geörga z 30. rokov 19. storočia, ktorý odporoval rovnocennému postaveniu obyčaje a zákona, pričom jej nepriznal rovnocenné postavenie so zákonom, ani derogačnú, abrogačnú a interpretačnú silu voči zákonu.⁵⁴ Je teda zrejmé, že derogačný účinok obyčaje sa nanovo podroboval kritickým ohlasom, hľadali sa dôvody odmietnuť alebo znížiť derogačný účinok voči zákonu, až sa napokon v prvej polovici 19. storočia odvodili dve axiomy:

1. všeobecná obyčaj a zákon sú rovnocenné a rovnomocné pramene, ktoré sa môžu vzájomne derogovať v zmysle *lex posterior derogat legi priori*;

⁵³ HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. S. 42.

⁵⁴ Pozri in LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. S. 61–62.

2. partikulárna obyčaj a zákon nie sú rovnocenné a rovnomocné pramene a teda obyčaj nemá voči nemu žiaden derogačný účinok.⁵⁵

Interpretačná funkcia obyčaji priznávala možnosť vykladať (interpretovať) zákonné ustanovenia. Znenie Werbőczyho téz (úvod, čl. 11) J. Szegedi vôbec nespochybňuje a tvrdí nasledovné: „Často sa však stávajú prípady, ktoré neupravuje ani zákon, ani obyčaj a v tom prípade Werbőczy v čl. 12 hovorí: „že tieto prípady sa posúdia podľa zákona, ak je im podobný, alebo je im viac podobný ako obyčaj, inak sa posúdia podľa podobnej obyčaje“. Ak sú tieto prípady podobné obom, potom sa posúdia podľa miestnej obyčaje a úzu miestnych ctihodných mužov (znalcov práva), ak sa dotýkajú jej matérie, ak sú bližšie k matérii zákona, potom sa posúdia podľa neho.“⁵⁶

J. Szegedi rozlíšil dva účinky obyčaje voči zákonu: interpretačný a konfirmujúci účinok. Podľa neho sa mohli vyskytnúť prípady absencie uhorskej právnej úpravy či už obyčajovej alebo zákonnej, v tomto prípade rozširuje pramennú základňu o cudzie pramene rímskeho a kánonického práva.⁵⁷ O konfirmujúcom, resp. upevňujúcom účinku hovorí podobne i Š. Huszty: „poznáme obyčaj podľa písaného práva, ktorá buď doslova imituje zákon (imitativa), alebo sledujúca zákon, ktorá nezavádza nové právo, ale už existujúci zákon pevnejšie upevňuje pre súčasnú prax“, čím predznamenáva sekundárne postavenie obyčaje voči zákonu ako vykonávacieho pravidla.⁵⁸

O niečo mladší I. Kelemen na začiatku 19. storočia opätovne uznáva a rekapituluje trojitý účinok obyčaje, porovnávajúc ju so zákonom: „Všeobecne

⁵⁵ LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 63.

⁵⁶ J. Szegedi ešte pokračuje a prezumuje také prípady, ktoré neupravuje žiaden domáci prameň: „Môžu sa vyskytnúť prípady, ktoré neupravuje ani zákon, ani miestna obyčaj, ani súdna prax, v tom prípade je vhodné v Uhorsku použiť podľa múdrych ľudí buď kánonické, alebo rímske (ius civile) právo, a to na základe toho, že obe obsahujú prirodzenú spravodlivosť (aequitatem naturalem) a tiež ich používali stáročne najmúdrejšie a najkultúrnejšie národy, ako sú Francúzi, Nemci, Španieli, Taliani.“, SZEGEDI, J.: *Tripartitum iuris hungarici tyrocinium*, s. 55.

⁵⁷ „Následne obyčaj, ktorá je v súlade so zákonom, má dvojitý účinok:

- 1) interpretuje a vysvetľuje písaný zákon, ak je jeho zmysel pochybný alebo nejasný, v článku 11 sa hovorí, že obyčaj je najlepším interpretom zákona;
- 2) posilňuje obyčaj: existujú totiž zákony, ktoré sú posilnené a aprobované na základe obyčajového užívania... v tom prípade je vhodné v Uhorsku použiť podľa múdrych ľudí buď kánonické, alebo rímske (ius civile) právo, a to na základe toho, že obe obsahujú prirodzenú spravodlivosť (aequitatem naturalem).“ In: SZEGEDI, J. *Tripartitum iuris hungarici tyrocinium*. S. 54–55.

⁵⁸ HUSZTY, Š. *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*. S. 42.

má obyčej taký istý účinok, silu (virtutem) ako zákon, zaväzuje teda svojim vnútorným aj vonkajším účinkom a to konkrétne

1. *interpretačným, keď je najlepším interpretačným prostriedkom zákona;*
2. *derogačným, keď tak zákonu, ako aj skoršej obyčaji odporuje, a neskoršia obyčej ich ruší;*
3. *doplňujúcim (imitativa), keď slúži namiesto zákona, ak zákon chýba.*“, a tak doplňovacia funkcia vyplňala prípadné medzery v zákonnej úprave, resp. odstraňovala *vacuum iuris*.

K uvedeným účinkom novoveká veda zaujala stanovisko konfirmácie Werbőczyho názorov (príkladom je veľmi rešpektovaný civilista 1. polovice 19. storočia I. Frank, ktorý nemal problém uznať interpretačnú a doplňujúcu funkciu, problematickým sa pre neho stal derogačný účinok), pričom rozvinula s účinkami veľmi súvisiaci problém rozpornosti a kontroverzie právnej sily obyčaje so zákonom, ktorý tematizovalo už Tripartitum, úvod, čl. 12.

Ako vidno novoveká veda a prax mala zjavné problémy pri úze účinkov právnej obyčaje, pričom o istý interpretačný návod sa pokúsil Š. Huszty, ktorý vo svojej často citovanej Jurisprudencii ako uznávanej praktickej právnej príručke mentoroval:

„Pamätaj, že

1. *čo je proti racionálnosti, nemôže byť rozumné, lebo obyčej odporujúca zákonu, nie je racionálna, totiž proti rozumnému zákonu, teda*
2. *skutok, ktorý je proti zákonu, je trestuhodný, teda aj obyčaje, ktoré odporujú zákonu, sú také a teda*
3. *obyčej musí byť legitímne premlčaná, teda musí vzniknúť dobromyselne, ako káže premlčanie, a preto dobrá vôľa nemôže existovať tam, kde sa vedome prekračuje zákon, a tieto (obyčaje) možno zrušiť na základe odporujúceho úkonu.*
4. *obyčej je uznávaná zákonom, kde chýba zákon (Trip., úvod, čl. 11), preto neexistuje obyčej proti zákonu, ani ho neinterpretuje.*
5. *obyčej nemôže mať väčšiu silu než zákon, a teda*
6. *nemôžu vzniknúť nariadenia ani obyčaje odporujúce zákonu (Trip. III / čl. 2).“⁵⁹*

⁵⁹ HUSZTY, Š.: *Jurisprudentia practica seu commentarius novus in jus Hungaricum*, s. 43.

5 Záver

Náš krátky glosátorský právnohistorický fokus na uhorskú novovekú právnu vedu v názoroch na obyčaj dáva plne za pravdu téze Štefana Lubyho, že „*boci nápor na pozície obyčajového práva bol veľmi tuhý. ... obyčajové právo obhájilo svoje postavenie naďalej, ba faktom, že uskutočnené kodifikácie nadobudli väčší alebo menší význam len z moci obyčajového práva, svoju zvrchovanosť manifestovalo ešte plnšie*“⁶⁰. Je nesporné, že postavenie a význam obyčaje v stredovekom aj novovekom Uhorsku charakterizovalo uchovanie výsadného a vo všeobecnom súkromnom práve vo faktickom zmysle aj primárneho postavenia tohto prameňa práva. Nielen prezentovaná uhorská právna veda, ale aj na ňu nadväzujúca historicko-právna škola napokon vychádzali z tradičného poňatia, že obyčaj je starobylý prameň práva, dôležitejší než zákon či iné právne pramene. Taktiež sa obyčaj aplikovala v rozhodnutiach súdov či iných štátnych orgánov, čo podčiarkuje jej mimoriadny význam pre právny poriadok nielen stredovekého, ale aj neskoronovovekého Uhorska. Záverom formulujeme tézu, že obyčaj si však svoje postavenie a mimoriadny význam udržala až do roku 1848, a dodajme, že na území Slovenska v odvetví občianskeho práva hmotného až do roku 1950⁶¹.

Contact – e-mail

adriana.svecova@truni.sk, miriam@laclavik.sk

⁶⁰ LUBY, Š. *Dejiny súkromného práva na Slovensku*. S. 55–56.

⁶¹ Na území Maďarska sa právna obyčaj uplatňovala ako rozhodujúci prameň občianskeho práva hmotného až do roku 1959.

Piráctví a námořní loupež - definice pojmu jako výsledek vývoje právního obyčeje?

Vojtěch Vrba

Západočeská univerzita v Plzni, Právnická fakulta, Česká republika

Abstract in original language

Příspěvek se zabývá středověkým deliktem pirátství, resp. námořní loupeže, přičemž klade důraz na různá pojetí definice deliktu a trestu za něj ukládaného. Prostorově vymezuje problematiku v rámci pobřeží Baltského a Severního moře, časově pak od raného středověku po meklenbursko-dánský konflikt o švédskou korunu a následné vytvoření Kalmarské unie v roce 1397. Součástí příspěvku jsou i teoretické otázky středověkého (zejména hrdelního) trestání.

Keywords in original language

Piráctví; hanza; kapérství; námořní loupež; středověké právo.

Abstract

The paper concerns itself with the criminal offense of piracy, or more precisely of maritime robbery, whereas the main accent is given to various forms of definition of term and of punishment of the offense. Spatially, the paper deals with the Baltic and the North sea regions, as regards to time period, it spans from early middle-ages to the meklenburg-danish conflict over the swedish crown and subsequent formation of Kalmar union in 1397. Part of the paper concerns itself also with theoretical issues of medieval (especially capital) punishment.

Keywords

Piracy; Hansa; Privateering; Maritime Robbery; Medieval Law.

1 Pirátství¹ - termín, který vyvolává mnoho protichůdných představ

Na jedné straně stojí románoví a filmoví hrdinové jako Dlouhý John Silver, kapitán Jack Sparrow nebo Černý korzár, na straně druhé pak reálná zkušenost, která začíná nabývat nepříjemně konkrétní kontury v obrazu reality dneška. Vzpomeňme na případ Danica White, kdy muselo pět členů dánského tankeru strávit 83 dní do zaplacení výkupního v zajetí somálských pirátů.²

Dnes se s tímto problémem vyrovnává článek 101 Úmluvy OSN o mořském právu z roku 1982, který uvádí, že „za pirátství se považují následující činy:

- a) jakýkoli protiprávní čin násilí nebo zadržení anebo jakýkoli loupežný čin spáchaný k soukromým účelům posádkou nebo cestujícími soukromé lodi nebo soukromého letadla namířené:
 1. na volném moři proti jiné lodi nebo letadlu anebo proti osobám nebo majetku na jejich palubě;
 2. proti lodi, letadlu, osobám nebo majetku v místě, které nepodléhá jurisdikci žádného státu;
- b) jakýkoli čin dobrovolné účasti při použití lodi nebo letadla, jestliže ten, kdo se jich dopouští, ví o skutečnostech, které vtiskují této lodi nebo tomuto letadlu charakter pirátské lodi nebo letadla;
- c) jakýkoli čin, který má za účel podněcovat nebo úmyslně usnadňovat čin uvedený v pododst. (a) nebo (b).³

Dnešním stavem a problémy, které vyvolává, se hlouběji zabýval např. James Kraska v monografii *Contemporary Maritime Piracy*,⁴ Pavel Šturma

¹ Práce byla vypracována v rámci projektu ZČU SGS-2014-060 Právo v běhu času, který je řešen na Katedře právních dějin Fakulty právnická Západočeské univerzity v Plzni.

² BENDTSEN, Claus Molbech, NØRKÆR, Pernille. *Judgment was given i favour of a shipping company in a case concerning tort liability in connection with the seizure of the cargo ship Danica White*. Moalem Weitmeyer Bendtsen, 2010. [dostupné online] <http://www.mwblaw.dk/en/Nyheder/Nyheder%202010/2010-12-08%20Rederi%20frifundet%20for%20erstatningsansvar%20ifm%20kapringen%20af%20fragtskibet%20Danica%20White.aspx>, citováno 25. 12. 2016.

³ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 240/1996 Sb., o sjednání Úmluvy Organizace Spojených národů o mořském právu.

⁴ KRASKA, James. *International Law, Strategy, and Diplomacy at Sea: International Law, Strategy, and Diplomacy at Sea*. Oxford: ABC-CLIO, 2011, 253 s. ISBN 978-0-313-38724-1.

v Trestněprávním revue,⁵ nebo Dominik Pašek v rámci své studentské vědecké činnosti v roce 2014.⁶ V rámci tohoto příspěvku bych rád představil jednak obecná paradigmat, která používáme k náhledu na fenomén pirátství, jednak středověká specifika vývoje tohoto fenoménu.

1.1 Pirátství v obecné rovině

O pirátství resp. o pirátech a námořních lupičích se vyjadřují už dva velcí myslitelé římské říše. Prvním z nich je Marcus Tullius Cicero, když ve svém díle *O povinnostech* píše:

„Nebot' námořní lupič se nemůže počítati k válečným odpůrcům, nýbrž je společným nepřitelem všech lidí (*communis hostis omnium*). Vzhledem k němu nás nezavazuje ani čestné slovo, ani přísaha.“⁷

Thomas Heebøll-Holm ve své knize *Ports, Piracy, and Maritime War* poukazuje na další výskyt, a sice v soudní řeči proti Verrovi, kde je Verrovi vyčítáno, že si počínal stejně jako piráti, kteří jsou společnými nepřáteli všech.⁸ Označení za obecné, či společné nepřátele lidstva je prvním úhlem pohledu, kterým se lze na piráta dívat. Pirát je v tomto pojetí nepřitelem nikoliv konkrétní osoby, ale hodnot, které jsou lidstvu vlastní. Ačkoliv disponuje rozumem a morálkou, svým jednáním prokazuje, že těmito vlastnostmi opovrhuje. Na piráta nelze nahlížet jako na někoho, kdo jedná protiprávně – díky povaze jeho jednání se právu nepřičí, ale je z něj dokonce vyňat, jelikož stojí svou vlastní volbou mimo společnost a její hodnoty. Není schopen být občanem jakékoliv obce, a zároveň ani není hoden být zákonným nepřitelem. Proto je nepřitelem celého lidstva (v nejširším slova smyslu) a jeho aktivní stíhání je povinností ne právní, ale morální.⁹

⁵ ŠTURMA, P. Černá vlajka pirátů znovu nahání strach? Opatření proti pirátství a ozbrojenému lupičství na moři na začátku 21. století. In: *Trestněprávní revue*, č. 7, sv. 8, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 193–197. ISSN 1213-5313.

⁶ PAŠEK, D. *SVŮČ Pirátství v mezinárodním právu a boj proti němu*. Praha, 2014. [dostupné online] <http://svoc.prf.cuni.cz/sources/7/1/374.pdf>, citováno 25. 12. 2016.

⁷ CICERO, Marcus Tullius. *O povinnostech*, přeložil Jaroslav Ludvíkovský, Praha: Melantrich, 1940, 205 s., s. 181; srov. HEEBØLL-HOLM, T. *Ports, Piracy, and Maritime War*. Leiden-Boston: Brill, 2013, 312 s., s. 2. ISBN 978-90-04-23570-0.

⁸ CICERO, Marcus Tullius. *Soudní řeči proti Verrovi, Čtvrtá řeč: O uměleckých dílech*. Přeložil Václav Bahník. Praha: Odeon, 1972, 514 s., s. 328; srov. HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 2.

⁹ HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 2.

V opozici k tomuto názoru se vyslovuje svatý Augustin. Ten v díle *O Boží obci* předkládá dialog Alexandra Velikého se zajatým pirátem:

„Odstraníme-li spravedlnost, co zůstane z vlád, ne-li velké loupežnické podniky? Vždyť ani lupičské sdružení není nic jiného nežli stát v malém. Banda se skládá z lidí, řídí se rozkazy náčelníka, je vázána společenskou smlouvou, kořist si rozděluje podle zákona dohody. Jakmile se tato spřež, přibírajíc vyvrhele, rozmůže natolik, že ovládne území, založí sídla, obsadí obce a podmaní si národy, tu se na ni hodí ještě zřejměji jméno „stát“; to jí udělí už nepokryté – neupuštění od chamtivosti, ale získání beztrestnosti. Dal totiž vtípnou a pravdivou odpověď Alexandru Velikému jeden zajatý pirát. Když se král toho člověka ptal, co ho to napadlo ohrožovat moře, řekl s upřímným vzdorem: „Zrovna co tebe, že svět; ale protože já to dělám s nepatrným korábem, říkají mi loupežník; ale tobě panovník, protože to děláš s velkým loďstvem.“¹⁰

Piráta není chápán jako objektivní zlo, naopak se vyjevuje subjektivita jeho jednání. Ač je svou povahou mimospoolečenskú, při pøipúštění existence jiné morálky, než je ta, kterou na takové jednání hledíme, je pochopitelné. Z našeho pohledu se jeví jistě jako nemorální a odsouzeníhodné. Nahlédneme-li však na něj z pirátovy perspektivy, pak se ve své podstatě příliš neliší od jednání, které naopak morálka vyžaduje. Pokud pirátovi morálku pøisoudíme.¹¹

Ciceronovo pojetí pirátství je typické pro centralizované společnosti vznikajících impérií, jakými je například Ciceronův Řím nebo španělské či britské impérium šestnáctého století.¹² Je to nasnadě, jelikož díky silnému jednotícímu prvku vnějšího nepřítele, kterým taková říše často disponovala, má zpravidla jednotný společenský standard pohledu na takového nepřítele. Je nepřítelem zákonným. Oproti tomu ten, kdo reálně profituje bez ohledu na takovou zákonnost, se musí jevit jako někdo, kdo disponuje naprostým nedostatkem morálky – a tedy jako někdo, kdo je objektivním zlem.

¹⁰ AURELIUS AUGUSTINUS. *O Boží obci kniha XXII*. Praha: Vyšehrad, 1950, 690 s., s. 186–187.

¹¹ HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 2.

¹² HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 2–3.

Augustinovské paradigma oproti tomu mnohem lépe zapadá do představy o pirátství společnosti decentralizované, heterogenní.¹³ Jednou z takových oblastí jsou středověká mořská pobřeží.

1.2 Vývoj středověké definice

V Životě svatého Ansgara od Rimberta se dozvídáme, že byl svatý Ansgar v roce 829 při své misijní cestě do Švédska přepaden piráty. Kupci, se kterými se plavil spolu s ostatními mnichy ze své misijní skupiny, se udatně bránili, nakonec byli ale přemoženi a jejich majetek odcizen. Ansgar se svojí skupinou museli pokračovat po souši a bez všeho vybavení, mezi které patřilo i na čtyřicet knih „shromážděných pro účely šíření víry“.¹⁴

Arcibiskup Rimbert, který byl přímým nástupcem svatého Ansgara na hamburské arcibiskupské stolici, používá termín *pyratas*. Z kontextu je jasné, že ho musí myslet v mantinelech Ciceronovského paradigmatu. Není se čemu divit – tito „piráti“, kteří svatého Ansgara přepadli, zcela jistě jednali vědomě, a ještě k tomu v úplném rozporu s jakoukoliv přípustnou normou chování.

Co by však mohlo takovou normou být? Jako první, vzhledem k personalitě práva, bychom mohli hledat v rámci soudobého kanonického práva. To však o termínu pirátství, zdá se, mlčí.¹⁵ Z hlediska teritoriálního připadá v úvahu mořské právo, které se však zabývá z dnešního pohledu soukromoprávními otázkami.¹⁶ Na misionáře by se navíc díky personalitě práva nevztahovalo.

Zbývá tak reálně konflikt se sedmým přikázáním – nepokradeš a s přikázáním pátým - nezabiješ. Tato přikázání jsou ale právem křesťanského boha, které stojí nad vším právem pozemským.¹⁷ Jednat zcela úmyslně takto proti

¹³ HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 4.

¹⁴ ROBINSON, Charles H. *Anskar, The Apostle of the North, 801-865, translated from the Vita Anskarii by Bishop Rimbert his fellow missionary and successor*. London: SPCK, 1921, 152 s., s. 40; srov. ANDERMANN, U. Spätmittelalterlicher Seeraub als Kriminaldelikt und seine Bestrafung. In: *Störtebeker – 600 Jahre nach seinem Tod*. Trier: Porta Alba, 2005, s. 23–36. ISBN 978-3-933701-14-5.

¹⁵ PLÖCHL, W. M. *Ius divinum*. In: ERLER, A., KAUFMANN, E. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II. Band*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1978, s. 493–496. ISBN 978-3-503-00015-9.

¹⁶ ERLER, A., KAUFMANN, E. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte IV. Band*. Berlin: Erich Schmidt, 1990, s. 1596–1597. ISBN 978-3-503-00015-9.

¹⁷ Tomáš Akvinský sice s konstrukcí *ius divinum* přichází až ve 13. století, ale ani v křesťanství 9. století neexistovala přímá vykonatelnost božského práva.

samotnému základu všeho bytí nutně vyvolává představu čehosi zvráceného, opovrženého a objektivně zlého. Připočteme-li pirátům ještě jejich pravděpodobný původ – nejspíše se muselo jednat o osoby, které bychom dnes označili jako Vikingy, pocházející z některé oblasti Švédska, a tedy tehdy ještě pohany – nabývá obraz *communis hostis omnium* zcela jasných kontur. To, co muselo posunout pirátství definičně do nové roviny, je postupná krystalizace a omezování práva soukromé války – *fehde*.¹⁸ Podle výzkumu Gregora Rohmanna,¹⁹ se jeví oba pojmy – instituty – jako značně akcesorické. V laické mluvě se ale význam pojmů pirátství a pirát nemění, stále šlo o libovolnou křivdu, zejména loupež či vraždu, na moři. K tomu, aby šlo od sebe oddělit právem posvěcenou formu násilí respektive odcizení majetku a protiprávní jednání, které mělo stejnou skutkovou podstatu, vzniká v obyčejovém právu delikt námořní loupeže (*seerauberei, seeroverei*).²⁰ Jedná se o námořní odpověď na kriminalizaci chování typického pro chování kriminalizované zemskými míry v rámci omezení *fehde*. Ve své podstatě jde o delikt, který je vymezen a) negativně (cokoliv nespadá pod povolenou formu *fehde* je námořní loupeží) a za b) analogicky k loupeži jako takové.²¹

Fehde dalo vzniknout tomuto právnímu pojmu hlavně díky povaze středověkého vedení války. Tehdejší armády stavěly na silném žoldněrském prvku. Na moři je odrazem tohoto prvku existence tzv. kaperství – tedy zmocnění kapitána lodi k poškozování majetku cizího státu v podobě zabavování

¹⁸ K tomuto důležitému právnímu institutu srovnej alespoň KAUFMANN, A. *Fehde*. In: ERLER, A., KAUFMAN, E., SCHMIDT-WIEGAND, R. (usp.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte I. Band*. Berlin: Erich Schmidt, 1990, s. 1083–1093. ISBN 978-3-503-00015-9; BOOCKMANN, A. *Fehde, Fehdewesen*. In: BAUTIER, R.-H., AUTY, R. a kol. (usp.). *Lexikon des Mittelalters. Band IV*. München-Zürich: Artemis Verlag, 1989, s. 331–334. ISBN 3-7608-8904-2; REINLE, Ch. *Fehde*. In: CORDES, A, LÜCK, H., WERKMÜLLER, D. (usp.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte I. Band*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2008, s. 1515–1525. ISBN 978-3-503-00015-9 a tam citovanou literaturu.

¹⁹ ROHMANN, G. *Wegnehmen, Verhandeln, Erstaten*. In: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht*, č. 9-10, Seelze: Erhard Friedrich Verlag, 2014, s. 574–585. ISSN 0016-9056; ROHMANN, G. *Der Kaperfahrer Johann Störtebeker aus Danzig*. In: *Hansische Geschichtsblätter*, roč. 125, Trier: Porta Alba Verlag, 2007, s. 77–120. ISSN 0073-0327.

²⁰ ROHMANN, G. *Wegnehmen, Verhandeln, Erstaten*, op. cit., s. 576.

²¹ HENNINGS, E. *Das Hamburgische Strafrecht im 15. und 16. Jahrhundert und seine Verwirklichung: Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts*. Hamburg: Hansische Gildenverlag, 1940, 181 s., s. 82.

a potápění respektive zajímání lodí a posádek, plenění přístavních měst a obecně záškodnické činnosti, vše na základě právního titulu vydaného příslušným státem či jinou oprávněnou osobou.²² Takto precizně vymezená definice se ale objeví až s formováním moderních států, které berou za své právo zmocňovat kapitány.²³ Přesto se protoforma kapérství dá nalézt (mimo některých starověkých případů, kterými se nebudu v tuto chvíli více zabírat)²⁴, již v rámci středověkých válek.

Prvním příkladem budiž situace, která vznikla v době války o švédský trůn mezi Dánskem a meklenburským vévodstvím. V 90. letech 14. století došlo podle záznamu z kroniky Lübeckého radního a kronikáře Reimara Kocka k „otevření přístavů ve Wismaru a Rostocku pro všechny, kteří budou chtít uškodit dánské koruně.“ V Rostocku a Wismaru měly být podle Kocka na vyžádání vydávány kapérské listy – Kaperbriefe.²⁵ Kapérské listy jakožto forma zmocnění se nám ale dochovaly až od 2. poloviny 15. století.²⁶ Kockova kronika pochází ze století šestnáctého, je nasnadě, že pro něj byl pojem Kaperbrief jistou notoriitou a neměl problém s tím označit zmocnění námořníků k páchání škody na cizím majetku právě jím.²⁷ Ve skutečnosti měl vzniklý třístranný právní vztah drobně odlišnou povahu.

Na jedné straně stál zmocnitel. Zpravidla se jednalo o šlechtice disponující právem fehde, nebo představitel koruny. Následně musíme rozlišit, zda se jednalo o člověka, kterému podléhaly jen fyzické osoby, nebo i osoby právnické – zpravidla města.

Osoby fyzické mohly mít dvojí zmocnění – jednak nepřímé, které spočívalo v tom, že využili situace, kdy právnická osoba (přístavní město) umožňovala nebo podporovala či dokonce přímo prováděla, a to nezřídka zcela veřejně, na příkaz vrchnosti obchod s kradeným zbožím. Tato praktika s sebou nesla ještě jeden moment, a sice že i když právnická osoba disponovala právními

22 BÖHRINGER, K. H. Kaperei In: ERLER, A., KAUFMANN, E. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II. Band.* Berlin: Erich Schmidt, 1978, s. 620–623. ISBN 978-3-503-00015-9.

23 ROHMANN, Wegnehmen, Verhandeln, Erstaten, op. cit., s. 576.

24 HEEBØL-HOLM, op. cit., s. 5.

25 PUHLE, M. *Die Vitalienbrüder: Klaus Störtebeker und die Seeräuber der Hansezeit.* Frankfurt am Main: Campus Verlag, 1994, 199 s., s. 37–38. ISBN 978-3593345253.

26 ROHMANN, Der Kaperfahrer Johann Störtebeker aus Danzig, op. cit., s. 84.

27 PUHLE, op. cit., s. 37.

instrumenty pro stíhání a trestání takové nezákonné aktivity jako byl právě prodej kořisti (tedy de facto legalizace výnosu z trestné činnosti), záměrně je nevyužívala.²⁸

Druhé zmocnění fyzické osoby, přímé, mělo podobu tzv. Markebrief (letter of marque). Přicházelo v úvahu v momentě, kdy poddaný dané vrchnosti, či měšťan města, které dané vrchnosti podléhalo, prohrál spor o náhradu újmy u jiného soudu než u toho, který by příslušel do pravomoci takové vrchnosti. Pokud by vrchnost rozhodla o tom, že žalovaný nárok byl oprávněný, a to i přes prohru pře, mohla vypsát Markebrief, který sloužil jako forma exekučního titulu, přičemž exekuce probíhala svépomocí na majetku žalovaného, a to až do výše nároku, uvedeného v Markebrief.²⁹

Pro právnické osoby – města – existovaly dvě formy přímého zmocnění. První z nich vyplývala ze vztahu podřízenosti civitas vrchnosti, která město zakládala, či které podléhala. V prostoru, kde fungovala hanza, to mnohdy činilo vrchnosti problémy, jelikož různá města v závislosti na svých obchodních zájmech byla různě ochotná toto zmocnění přijímat.³⁰ Na druhou stranu příjmy z kaperské činnosti mohly v dobách válek činit významnou položku městské pokladny, a tak se nelze divit tomu, že pokud města měla možnost, vesměs se jí nebránila využívat.³¹

Druhou formou zmocnění bylo zmocnění smluvní. Stranami takové smlouvy byla vrchnost a právnická osoba (která jí zřejmě ani nemusela podléhat), přičemž toto zmocnění nefungovalo v rovině kaper – město, ale pouze vrchnost – město. Kaper tak byl kaperem z hlediska své činnosti, ne smluvního pověření.³²

²⁸ Úvaha vychází z definice Kaperei v: BÖHRINGER, K. H. Kaperei. In: ERLER, A., KAUFMANN, E. Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II. Band, op. cit., s. 620–623; dále ROHMANN, Wegnehmen, Verhandeln, Erstaten, op. cit., s. 581.

²⁹ Viz např. ROHMANN, Der Kaperfahrer Johann Stortebeker aus Danzig, op. cit., s. 84–85.

³⁰ Viz např. NOWAK, Z. H. Rechtliche und politische Beziehung zwischen dem Deutschen Orden und der Hanse. In: NOWAK, Z. H., TANDECKI, J. (usp.). *Die preussischen Hansestädte und ihre Stellung im Nord- und Ostseeraum*. Toruń: Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 1998, s. 15–24. ISBN 978-8323109457. V článku se přímo nehovoří o zmocňování, ale jsou zde rozebrány vztahy řádu a Hanzy respektive pruských hanzovních měst. Stejně jako v Puhleho monografii o vitálských bratrech je zde jasně patrná tendence otálet s rozhodnutími vydanými vrchností až na poslední chvíli. Viz PUHLE, op. cit., s. 38.

³¹ PUHLE, op. cit., s. 38.

³² ROHMANN, Der Kaperfahrer Johann Stortebeker aus Danzig, op. cit., s. 84.

Reimar Kock zápisem ve své kronice evidentně popisuje situaci neformálního pověření, které vzniklo Wismaru a Rostocku díky příslušnosti pod moc meklenburské dynastie.

1.3 Několik ilustrativních příkladů

„Léta páně 1395 Hans van Wethemonkule, Klaus Scheld, Gödeke Michels a jeden, který nese jméno Störtebeker násilím s pomocí mužů z Rostocku, Wismaru a dalších členů hanzy, u pobřeží Norska bezbožně a neprávem odcizili Johnu Tutterburymu pět Lastů vosku, 400 kusů kožešin, půl Lastu surového železa a další náklad v hodnotě 476 Nobelů.“³³Takto typicky vypadá záznam v historickém prameni, který, jak by se mohlo zdát, popisuje pirátství. Je evidentní, že zde došlo k loupeži, vznikla škoda, a dokonce máme i jména pachatelů. Přesto má tato úvaha háček.

Ten se objeví hned v momentě, kdy se podíváme na osobu oběti – potenciálního žalobce. John Tuterbury byl radním a purkmistrem ve městě Kingston upon Hull a v této funkci udržoval přímý kontakt s králem Jindřichem V., z jehož pověření spolu se svými obchodními partnery už v roce 1387 nechali vyzbrojit pro krále dvě lodě. Během let 1400 až 1412 se často nacházel v pozici majitele či kapitána anglických lodí, které přepadávaly, odvolávajíc se na anglicko-francouzskou válku, obchodní lodě. Mnohé z nich byly hanzovní. V roce 1424 získal admirálitu v námořním boji proti skotům. Evidentně mu tedy válečné kořistnictví nebylo cizí.³⁴ Přepadení mohlo tedy klidně vzniknout jako legální forma svépomoci při řešení sporu o náhradě majetkové újmy, nemluvě o případném zmocnění označených pirátů.

Zajímavým případem, nebo spíše sérií případů, jsou události, ke kterým došlo v souvislosti se Štěpánem Alardem a Robertem Bataylem v Severním moři a Lamanšském průlivu. Štěpán, kupec z Winchelsea, se stal v roce 1317 obětí vlámských pirátů, na což si velice důrazně stěžoval u krále Edwarda II. V roce 1321 byl králem odškodněn z části zadrženého nelegálního zboží vlámských kupců. Přesto se zdá, že už dříve musel vzít spravedlnost do svých rukou, jelikož v roce 1322 mu byl spolu s Robertem Bataylem udělen generální

³³ ROHMANN, Wegnehmen, Verhandeln, Erstaten, op. cit., s. 574.

³⁴ ROHMANN, Wegnehmen, Verhandeln, Erstaten, op. cit., s. 575.

pardon za všechny přečiny spáchané na moři i na souši. V roce 1324 byl jmenován admirálem,³⁵ což také dokládá jeho námořní vojenské schopnosti. Robert Batayle v roce 1319 sloužil králi Edwardovi II. v boji proti Skotsku. Týden po té, co mu byl udělen pardon, ho jmenoval král admirálem lodí z Cinque Ports³⁶. Robert během své vojenské kariéry zřejmě stíhal i obchodovat, protože mu, opět společně se Štěpánem Alardem, byla poskytnuta v březnu 1323 královská ochrana, co se týče jejich obchodů v zahraničí.³⁷

Oba pánové se zúčastnili v roce 1323 společné akce, kdy spolu s dalšími přepadli loď Bertranda Vylara (Villiers), kterou odvěkli do Sandwiche a tam si rozdělili její náklad.³⁸ Stíhali tak naplňovat roli admirála, kupce a piráta víceméně ve stejný okamžik.³⁹

Mezi obětí, pachatelem, svépomocným řešením a jednáním z pověření vedla, jak je vidět na těchto případech, jen velice tenká hranice. Jistou představu o ní ukazuje případ následující.

Bernd van Vreden byl nižším šlechticem z Vestfálska, přičemž se věnoval i námořnímu obchodu. V roce 1408 se zapojil z pověření Thorda Bondeho, purkrabího z Viborgu,⁴⁰ do nájezdu proti ruským kupcům k ústí Něvy. Následně byl v Lübecku obviněn z námořní loupeže a vsazen do vězení. Tam pobyl až do doby, než novgorodský kupec, který ho takto označil, připustil, že jednal se zmocněním, a tudíž obvinění není na místě. Bernd byl tedy propuštěn, odpřisáhl urfehde a vrátil se do svého domovského města.⁴¹

Dostáváme se konečně k definici pojmu námořní loupeže, který ležel na druhé straně oné pomyslné tenké hranice. Znaky, které delikt vykazuje, jsou: za prvé – skutkově naplňoval totéž, co jakákoliv protoforma kapérství, nicméně byl právně postihnutelný. Za druhé – exkulpace byla možná

³⁵ HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 45–46.

³⁶ Tzv. Pět přístavů byl původně vojenský a obchodní spolek pěti přístavních měst anglických hrabství Kent a Sussex (Dover, Hastings, Hythe, (New) Romney a Sandwich), který je doložen již k roku 1155. Viz např. heslo Cinque Ports. In: CHISHOLM, H. (ed.). *Encyclopædia Britannica a Dictionary of Arts, Sciences, Literature and General Information*, Volume 6 (11th ed.), Cambridge–New York: Encyklopaedia Britannica, 1910, s. 377–379.

³⁷ HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 45–46.

³⁸ HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 45–46.

³⁹ V případě Roberta Batayleho zcela určitě, Štěpán Alard se stal admirálem až rok po Vylarově přepadení. HEEBØLL-HOLM, op. cit., s. 45–46.

⁴⁰ ROHMANN, Wegnehmen, Verhandeln, Erstaten, op. cit., s. 578.

⁴¹ ROHMANN, Wegnehmen, Verhandeln, Erstaten, op. cit., s. 584.

prostřednictvím důkazu zmocnění v daném případě. Za třetí – vše vyplývalo z právního obyčeje. Konečně za čtvrté, již méně klíčovým okamžikem je přísaha urfehde, která nám napovídá, že i přes exkulpaci se dodržovala právní analogie kfehde, či dokonce to jako fehde bylo chápáno.

1.3.1 Trest

Nyní bych se velmi krátce věnoval ještě specifické povaze trestu, který za námořní loupež hrozil. K nejslavnějším příkladům procesů s piráty v severní Evropě patří proces s Klausem Störtebekerem. Ač se v poslední době různí názory na to, kdo vlastně tento muž byl, zda skutečně existoval a zda skončil tak, jak skončil, jsou události popisované jako jeho poprava doložitelné i z poměrně věrohodných zdrojů. Nehledě na to, zda se právě on účastnil výkonu rozsudku, je zcela uvěřitelná zejména jeho forma i právní posouzení jeho činů. První zmínka je z Rufusovy kroniky:

„Toho roku svedl poutník na cestě z Hamburгу do Anglie námořní bitvu s námořními lupiči, zvanými Vitálští bratři, a porazil je. Asi čtyřicet z nich u Helgolandu usmrtil a na sedmdesát zajal. Tý pak dopravil do Hamburгу, a připravil je o hlavy, které zanechal na louce u Labe, aby každý, koho by napadlo loupit na moři, zvěděl, jaký ho čeká osud. Kapitáni těch nešťastníků nesli jména Wichmann a Klaus Störtebeker.“⁴²

Druhá zmínka je v kronice Tratzigerově:

„Následujícího léta, 1402, poutníci do Anglie střetli skupinu Vitálských bratří z Helgolandu, která stále ještě loupila v západních vodách. Za kapitána měli muže jménem Clawes Störtebecker a dalšího, který nesl jméno Wichmann. Hamburští napadli piráty a na čtyřicet jich zabili, asi sedmdesát jich poté zajali a odvezli do Hamburгу. Tam, jak si zasloužili, byli piráti s'tati. (...) Jejich hlavy byly poté vystaveny na louce na Grasbrook.“⁴³

⁴² PUHLE, op. cit., s. 131; srov. MEIER, D. *Seafarers, merchants and pirates in the Middle ages*. New York: Boydell Press, 2006, 192 s., s. 158. ISBN 978-1843835127. Celý text: „In demselben Jahr fochten die Englandahrer der Stadt Hamburg auf der See mit den Seeräubern, die sich Vitalienbrüder nannten, und konnten sie besiegen. Ungefähr 40 von ihnen schlugen sie tot bei Helgoland und 70 fingen sie. Diese brachten sie mit nach Hamburg und ließen ihnen allen die Köpfe abschlagen; ihre Köpfe setzten sie auf eine Weise an der Elbe als Zeichen dafür, daß sie auf dem Meer geraubt hatten. Die Hauptleute dieser Vitalienbrüder hießen Wichmann und Klaus Störtebeker.“

⁴³ „Im nächsten Jare, vo man schrieb 1402 gerieten gerieten die Englandsfahrer bei Heilgelant an e[re]liche Vitalienbrudere, die in der West sebe noch raubeten. Deiselbigen hauptleute weren: Clawes Störtebeker und sunst einer Wichmann genennet. Die Hamburger griffen die Seeräuber mertlich an, und erschlugen ihr bei 40gen, in die 70 wurden gefangen und gen Hamburg gefuret. (...) daselbst enthauptet und ihre heupter us daß Brot zu den andern geseket.“ TRATZIGER, A., LAPPENBERG J. M. (usp.). *Tratziger's Chronica der Stadt Hamburg*. Hamburg: Perthes-Besser & Mauke, 1865, 347 s., s. 120–121. Srov. MEIER, op. cit., s. 158, který ohledně datace obratem dodává, že datum expedice bylo upřesněno na rok 1400 – kam expedici klade i PUHLE, op. cit., s. 136.

Námořní loupež byla tedy trestným činem hrdelním. Ve středověkém právu má stejně jako ve středověkém světě vše svou konkrétní formu, a každá forma má svůj metafyzický důvod. Ač by se tedy mohlo zdát, že trest smrti je jednoduše koncem zločincovy existence na tomto světě, jakousi finální odplatou za jeho činy, nebylo by to pravdou úplnou. Obrovskou roli hrálo, jakým způsobem bude takový zločinec vypraven na věčnost.

Hamburské právo, kterého se případ týká, znalo tři způsoby výkonu trestu smrti – stětí, oběšení a smrt kolem.⁴⁴ V zásadě platí, že oběšení byl trest vyhrazený pro níže postavené osoby z důvodu toho, že šlo o trest bezctný – tedy trest, který zbavoval trestaného cti. Jednalo se vesměs o krádeže, nebo menší loupeže.⁴⁵ Ti, kdo takové prohřešky páchali, byli zpravidla z chudší vrstvy a nešlechtického původu. Za běžnou loupež byl obviněný s'tat mečem. Za kvalifikovanou formu ho vesměs čekala smrt kolem.⁴⁶

Povšimněme si, že v obou textech se opět mluví o loupeži, respektive o námořní loupeži. Tu bychom mohli zařadit mezi kvalifikované formy tohoto zločinu, jelikož od loupeže jako takové se zpravidla liší jednak místem, kde k němu mohlo dojít (tj. na moři), jednak prostředky, které k němu bylo potřeba vynaložit (loď, vyzbrojená posádka). I přesto se nejednalo o natolik kvalifikovanou formu loupeže, aby jí Hamburk přisoudil trest kolem. Na otázku proč je několik možných odpovědí.

Jednou z možností je, že trest stětí byl ve středověku vyhrazen šlechtě.⁴⁷ V době krystalizace právního obyčej, tedy v průběhu 14. století, byla většina námořních lupičů, alespoň pokud jde zejména o kapitány, z řad nižší šlechty. Patřili mezi ní i Störtebeker a jeho kumpáni.⁴⁸

Navíc se stětí objevuje jako trest u všech činů, jejichž skutkovou podstatu doprovázelo otevřené násilí, alespoň podle hamburské právní knihy ve znění z roku 1497.⁴⁹ Ač z právní formulace námořní loupeže zcela přímo nevycházel, že musí být užito násilí, jednalo se o veřejnou krádež⁵⁰, a navíc pokud

⁴⁴ HENNINGS, op. cit., s. 82–83.

⁴⁵ Loupež věci do hodnoty tří feniků. HENNINGS, op. cit., s. 82.

⁴⁶ Například za loupež v kostele. HENNINGS, op. cit., s. 82–3.

⁴⁷ ANDERMANN, op. cit., s. 33.

⁴⁸ ANDERMANN, op. cit., s. 33.

⁴⁹ ANDERMANN, op. cit., s. 34.

⁵⁰ Hamburské právo odvozovalo loupež od krádeže, přičemž ji označovalo jako krádež vykonanou na veřejnosti, spolu s pohrůzkou či přímým konáním násilí. Viz HENNINGS, E., op. cit., s. 81 a ANDERMANN, op. cit., s. 34.

budeme uvažovat o průběhu jednotlivých přepadení, těžko si je bez násilí (nebo jeho pohrůžkou) představit.⁵¹

Stětí respektive trest smrti byl trestem hlavním. Hamburské trestní právo upravovalo ještě tzv. tresty vedlejší, zotrňující. Byly jimi například ztráta cti, zabavení věci, nebo vedlejší peněžité plnění. Mezi speciální pak patřily vedlejší mrzačící tresty, které šly ruku v ruce se ztrátou cti.⁵²

Jakou funkci mělo nabodnutí hlav lupičů na kůl, zmiňované v obou kronikách? Jednalo se o specifický vedlejší trest za námořní loupež?⁵³ Platí, že pouhým obyčejným stětím odsouzený nepřišel o čest,⁵⁴ což by se mohlo jevit v případě námořního lupiče, představujícího pro hanzovní obchod obrovské ohrožení, jako nedostatečné. Konec konců – s větrem a deštěm si nikdo poradit nedokázal a ani nechtěl, kdežto s pirátským živlem se takto vypořádat dalo. A jistým argumentem by se mohl zdát i pirátský leitmotiv „communis hostis omnium“. Přesto, pokud se zde projevil, bylo to pouze a jedině v tomto aspektu trestu – tedy v nutnosti námořního lupiče, laicky chápaného jako piráta, označit za osobu bezectnou.

Přesto je ještě druhé vysvětlení – koneckonců uvádí ho shodně oba kronikáři. Odstrašující funkce trestu není v teorii zanedbatelná. Grasbrook, jakožto místo, kde se Labe vlévá do moře, tak slouží jako analogie šibenice, která stála na vrchu nad městem, aby připomínala všem, kteří na ní pohlédnou neustálou hrozbu spravedlivého trestu.⁵⁵

Pravda bude, tak jako vždy, nejspíš někde uprostřed. Koneckonců – předmětným jednáním bylo docíleno naplnění obou funkcí.

1.4 Závěr

Piráctví a námořní loupež jsou problém jak historický, tak i současný. Stále ještě není zcela vyjasněna jak povaha trestů, za tyto skutky, ani ideový základ, který stál za jejich kriminalizací. V tomto směru je jistě velký prostor pro další zkoumání. Základem pro úvahy o těchto problémech jsou dvě paradigmaty – pirát jakožto obecný nepřítel lidstva, a pirát jakožto pán své vlastní

⁵¹ ANDERMANN, op. cit., s. 34.

⁵² HENNINGS, op. cit., s. 48–49.

⁵³ ANDERMANN, op. cit., s. 35.

⁵⁴ HENNINGS, op. cit., s. 51.

⁵⁵ V tomto smyslu se vyjadřuje ANDERMANN, op. cit., s. 35.

říše. Příspěvkem jsem chtěl ukázat, že obě paradigmaty jsou mezi sebou průchozí, a to ukázkou toho, jak se právo dívalo na pirátství v průběhu středověku. Díky hlavnímu středověkému prameni práva – právnímu obyčeji, který vykazuje velkou míru jak stability, tak dynamiky – je oscilace mezi oběma paradigmaty, ale i jejich vzájemné prolínání nasnadě. A to ať už v počátcích, kdy je potrestání piráta snažným přáním až po vrchol pirátské moci, kdy je jeho služby často využíváno zcela účelově.

Literature

- ANDERMANN, U. Spätmittelalterlicher Seeraub als Kriminaldelikt und seine Bestrafung. In: *Störtebeker – 600 Jahre nach seinem Tod*. Trier: Porta Alba Verlag, 2005, s. 23–36. ISBN 978-3-933701-14-5.
- Aurelius AUGUSTINUS. *O Boží obci knih XXII*. Praha: Vyšehrad, 1950. 690 s.
- BENDTSEN, Claus Molbech, NØRKÆR, Pernille. *Judgment was given in favour of a shipping company in a case concerning tort liability in connection with the seizure of the cargo ship Danica White*. Moalem Weitmeyer Bendtsen, 2010. [dostupné online] <http://www.mwblaw.dk/en/Nyheder/Nyheder%202010/2010-12-08%20Rederi%20frifundet%20for%20erstatningsansvar%20ifm%20kapringen%20af%20fragtskibet%20Danica%20White.aspx>, citováno 25. 12. 2016.
- CICERO, Marcus Tullius. *Soudní řeči proti Verrovi, Čtvrtá řeč: O uměleckých dílech*. Přeložil Václav Bahník. Praha: Odeon, 1972, 514 s.
- CICERO, Marcus Tullius. *O povinnostech*. Přeložil Jaroslav Ludvíkovský, Praha: Melantrich, 1940, 205 s.
- ERLER, A., KAUFMANN, E. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II. Band*. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1978, s. 493–496. ISBN 978-3-503-00015-9.
- HEEBØLL-HOLM, T. *Ports, Piracy, and Maritime War*. Leiden–Boston: Brill, 2013, 312 s. ISBN 978-90-04-23570-0.
- HENNINGS, E. *Das Hamburgische Strafrecht im 15. und 16. Jahrhundert und seine Verwirklichung: Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts*. Hamburg: Hansische Gildenverlag, 1940, 181 s.
- CHISHOLM, H., (ed.). *Encyclopædia Britannica a Dictionary of Arts, Sciences, Literature and General Information*, Volume 6 (11th ed.). Cambridge – New York: Encyklopaedia Britannica, 1910.

- KRASKA, J. *International Law, Strategy, and Diplomacy at Sea*. Oxford: ABC-CLIO, 2011, 253 s. ISBN 978-0-313-38724-1.
- MEIER, D. *Seafarers, merchants and pirates in the Middle ages*. New York: Boydell Press, 2006, 192 s. ISBN 978-1843835127.
- NOWAK, Z. H. Rechtliche und politische Beziehung zwischen dem Deutschen Orden und der Hanse In: NOWAK, Z. H., TANDECKI, J. (usp.). *Die preußischen Hansestädte und ihre Stellung im Nord- und Ostseeraum*. Toruń: Uniwersytet Mikołaja Kopernika, 1998, s. 15–24. ISBN 978-8323109457.
- PAŠEK, D. *SVOC^č Pirátství v mezinárodním právu a boj proti němu*. Praha, 2014, [dostupné online] <http://svoc.prf.cuni.cz/sources/7/1/374.pdf>, citováno 25. 12. 2016.
- PUHLE, M. *Die Vitalienbrüder: Klaus Störtebeker und die Seeräuber der Hansezeit*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 1994, 199 s. ISBN 978-3593345253.
- ROBINSON, Charles H. *Anskar, The Apostle of the North, 801-865*. Translated from the Vita Anskarii by Bishop Rimbart his fellow missionary and successor. London: SPCK, 1921, 152 s.
- ROHMANN, G. Der Kaperfahrer Johann Störtebeker aus Danzig. In: *Hansische Geschichtsblätter*, roč. 125, Trier: Porta Alba Verlag, 2007, s. 77–120. ISSN 0073-0327.
- ROHMANN, G. Wegnehmen, Verhandeln, Erstatten. In: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht*, č. 9-10, Seelze: Erhard Friedrich Verlag, 2014, s. 574–585. ISSN 0016-9056.
- Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 240/1996 Sb., o sjednání Úmluvy Organizace Spojených národů o mořském právu.
- ŠTURMA, P. Černá vlajka pirátů znovu nahání strach? Opatření proti pirátství a ozbrojenému lupičství na moři na začátku 21. století. In: *Trestněprávní revue*, č. 7, sv. 8, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 193–197. ISSN 1213-5313.
- TRATZIGER, A., LAPPENBERG J. M. (usp.). *Tratziger's Chronica der Stadt Hamburg*. Hamburg: Perthes-Besser & Mauke, 1865, 347 s.

Contact – e-mail

vrbar@students.zcu.cz

Právna obyčaj v právnom poriadku amerických kolónií Španielska

Peter Vyšný

Trnavská univerzita v Trnave, Právnická fakulta, Slovenská republika

Abstract in original language

Jedným z prameňov komplexného právneho poriadku amerických kolónií Španielska, nazývaného *právo Indií*, bola právna obyčaj, ktorá sa vo veľkom rozsahu uplatňovala jednak v prostredí kreolov, t. j. kolonistov španielskeho pôvodu narodených v kolóniách, jednak v prostredí Indiánov, t. j. pôvodných obyvateľov kolónií. Príspevok v krátkosti približuje niektoré časti bohatej dobovej právnej doktríny a právnej úpravy týkajúcich sa obyčajového práva existujúceho v amerických kolóniách Španielska.

Keywords in original language

Právna obyčaj; kastílske právo; Indie; právo Indií; kreolské obyčajové právo; indiánske obyčajové právo.

Abstract

Among the sources of the so-called Law of the Indies, a complex legal order of the American colonies of Spain, there is the legal custom which has been widely applied within the sphere of Creoles, i. e. the settlers of Spanish origin born in the colonies, as well as within the sphere of Indians, i. e. the indigenous peoples of the colonies. The paper briefly deals with some parts of contemporary rich legal doctrine and legislation relating to customary law as it existed in Spain's American colonies.

Keywords

Legal Custom; Castilian Law; Indies; Law of the Indies; Creole Customary Law; Indigenous Customary Law.

1 Úvod

Recentný vývoj v Európe aj mimo nej sproblematizoval konvenčné chápanie práva ako jednotného právneho poriadku konkrétneho národného štátu, ktorý je tvorený iba zvnútra tohto štátu jeho zákonodarným orgánom, ktorý má podobu koherentného a centralizovaného systému právnych noriem vytvorených, prípadne sčasti uznaných štátom a zároveň iba ním vynucovaných, ktorého normy sú obsiahnuté v právnych predpisoch/zákonomoch ako jedinom formálnom prameni práva, ktorý je dôsledne oddelený od neprávnych normatívnych systémov a „odolný“ voči ich vplyvom a pod. Čoraz viac sa napríklad ukazuje, že na právo nie je možné nazerat' iba ako na výsledok zákonodarnej činnosti štátu. Zákon, t. j. všeobecne záväzný normatívny právny akt vydaný a uplatňovaný štátom, zostáva síce v rámci európskeho kontinentálneho právneho systému jediným, prípadne v niektorých k nemu patriacich štátoch aspoň hlavným (dominantným) prameňom práva vo formálnom zmysle, avšak značný vplyv na vnútorný právny život európskych štátov majú aj nadštátne európske právo a medzinárodné právo či judikatúra súdov Európskej únie a medzinárodných súdov.¹ Aby boli komplikácie ešte väčšie, popri vnútroštátnych právnych úpravách a európskom, ako aj medzinárodnom práve pôsobia v európskych štátoch mnohé iné normy správania najmä etického, náboženského, politického a ekonomického charakteru, ktoré sa zvyčajne chápu ako „neprávne“ normy, čo však v mnohých prípadoch neznamená, že by správanie ľudí a inštitúcií regulovali výrazne menej efektívne ako právne normy.² Nie je preto až takým prekvapením, že teoretici tzv. *právneho pluralizmu* ich považujú za „právne“ normy koexistujúce (niekedy konfliktné) s oficiálnymi právnymi normami vydanými, prípadne sčasti uznanými, a riadne vynucovanými štátom.³ Tým však na druhej strane podstupujú seriózne riziko, že za „právne“ normy budú považované prakticky *akékoľvek* pravidlá správania.⁴ Niektorí právni vedci

¹ Porovnaj napr. PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo. *Historia general del derecho*. México: Oxford University Press, 2008, s. 279 a nasl.

² Porovnaj FOLKÉ SCHUPPERT, Gunnar. The World of Rules. Eine etwas andere Vermessung der Welt. *Max Planck Institute for European Legal History research paper series*, no. 2016-01, passim. Dostupné na internete: <http://ssrn.com/abstract=2747385> (navštívené dňa 15. 12. 2016).

³ Porovnaj GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, no. 24, 1986, s. 1–55.

⁴ TAMANAHA, Brian Z. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. *Sidney Law Review*, vol. 30, 2008, s. 390–396.

preto začali rozvíjať nový koncept tzv. *normatívneho pluralizmu*,⁵ ktorý, zjednodušene povedané, vychádza z tézy, že správanie ľudí a činnosť inštitúcií regulujú právne aj neprávne normatívne systémy a ich komplexné interakcie, pričom právne, ako aj neprávne normatívne systémy sú vytvárané a uplatňované na vnútroštátnej, nadštátnej i medzištátnej úrovni, a to nielen orgánmi štátov, ale aj rôznymi neštátnymi mocenskými entitami.

Právny, resp. *normatívny pluralizmus* je pre právnych historikov *nihil novi sub sole*. Moderné národné (celoštátne) právne poriadky, zložené výlučne z noriem vydaných, prípadne sčasti uznaných štátom a iba ním uplatňovaných, vznikli až v priebehu 19. storočia, v ktorom sa tiež ako jediný, alebo aspoň dominantný formálny prameň práva presadil právny predpis vydaný štátom. Dovtedy, t. j. v najdlhšom období právnych dejín právo európskych štátov vo väčšej či menšej miere splyvalo s neprávnymi normatívnymi systémami a nebolo tvorené, a ani uplatňované výlučne štátnou mocou. Právne normy tiež často nemali celoštátnu pôsobnosť a neboli usporiadané do jednotného celoštátneho systému. V neposlednom rade bol typickým znakom tohto „predmoderného“ práva aj pluralizmus formálnych prameňov práva, t. j. právny predpis (zákon) nebol jediným/dominantným formálnym prameňom práva.

Celosvetovo rozšíreným, obsahovo bohatým a, ako ukazujú (nielen) európske právne dejiny, často aj bez aplikácie štátnymi (súdnyimi, správnymi) orgánmi efektívne sa uplatňujúcim formálnym prameňom práva bolo, až do vzniku spomenutých, moderných právnych poriadkov, obyčajové právo. Vo všeobecnosti ho možno vymedziť ako súbor nepísaných alebo (časom) zapísaných pravidiel správania, ktoré sú v určitej spoločnosti alebo jej časti dlhodobo opakovane používané (*frequentia actuum*), ktoré sú všeobecne považované za záväzné, a tak aj za legitímne vynútiteľné (*opinio necessitatis*), a ktorých obsah sa vyznačuje určitosťou, t. j. z obyčajovo-právnych noriem musí jasne vyplývať, aké práva či povinnosti komu a za akých okolností ustanovujú.⁶ Táto štandardná definícia obyčajového práva je výstižná, rozhodne ju však nemožno považovať za vyčerpávajúcu a, samozrejme, ani za univerzálnu, keďže konkrétne historické obyčajové práva mali svoje obsahové i formálne špecifiká, boli v špecifických vzťahoch k iným formálnym

⁵ Tamže, s. 395. Pozri tiež FOLKE SCHUPPERT, Gunnar: *The World of Rules. Eine etwas andere Vermessung der Welt*, s. 259 a nasl.

⁶ Porovnaj napr. OTTOVÁ, Eva. *Teória práva*. Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2005, s. 136.

prameňom práva, uplatňovali sa prostredníctvom špecifických sociálnych/mocenských mechanizmov a pod.

V prítomnom príspevku sa stručne zaoberám obyčajovým právom amerických kolónií Španielska, dobovo nazývaných *Indie* (*Indias*), ktoré bolo integrálnou súčasťou tamjšieho značne komplexného právneho poriadku, známeho ako *právo Indií* (*derecho indiano*).⁷ Tento „exotický“ príklad historického obyčajového práva má v skutočnosti k európskym právnym dejinám oveľa bližšie, ako by sa mohlo zdať na prvý pohľad. Španielska koloniálna expanzia bola totiž spojená aj s „exportom“ dobovej španielskej právnej kultúry na americký kontinent, kde sa najmä z nej sformovalo *právo Indií*, čím prišlo akoby k priestorovému rozšíreniu európskych právnych dejín – dejiny *práva Indií* patria nielen do latinskoamerických, ale aj do európskych právnych dejín, resp. sú „právnymi dejinami Európy v zámorí“.⁸ Rozvoj *práva Indií* na európskom základe, t. j. na základe španielskeho, resp. hlavne kastílskeho práva a tiež *ius commune*, neskôr viedol k výraznej podobnosti právnych poriadkov latinskoamerických a európskych štátov, ktorá pretrváva do súčasnosti, o čom napokon svedčí aj to, že právne poriadky prvých štátov, hoci majú aj určité špecifiká, sa zvyčajne považujú za subsystem európskeho kontinentálneho právneho systému.⁹

⁷ Bibliografia k *právu Indií*, ktorého výskum už dlhší čas prebieha na medzinárodnej úrovni, je rozsiahla. Z vedeckých prác syntetizujúceho charakteru možno príkladne uviesť: DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *Manual de historia del derecho indiano*. Segunda edición. México: UNAM, 1998; GONZÁLES, Juan C. *Influencia del derecho español en América*. Madrid: MAPFRE, 1992; OTS CAPDEQUÍ, José Ma. *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*. Madrid: Aguilar, 1968; PUCHOVSKÝ, Ján. *Právne dejiny ríše Inkov a miestokráľovstva Peru*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010, s. 192 a nasl.; PUCHOVSKÝ, Ján. *Štát a právo v juhoamerických kolóniách Španielska*. Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2013, s. 123 a nasl.; SÁNCHEZ BELLA, Ismael et al. *Historia del derecho indiano*. Madrid: MAPFRE, 1992.

⁸ S integráciou právneho vývoja Latinskej Ameriky i ďalších mimoeurópskych oblastí ovplyvnených právom európskych štátov do európskych právnych dejín počíta aj inovovaný koncept týchto dejín, aktuálne rozvíjaný na Ústave Maxa Plancka pre európske právne dejiny vo Frankfurte nad Mohanom. Porovnaj napr. DUVE, Thomas. Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive. *Rechtsgeschichte/Legal History*, 20, 2012, s. 18–71; DUVE, Thomas. Global Legal History – A Methodological Approach. *Max Planck Institute for European Legal History research paper series*, no. 2016-04. Dostupné na: <http://ssrn.com/abstract=2781104> (navštívené dňa 1. 12. 2016).

⁹ Porovnaj napr. KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: Beck, 1996, s. 117.

V príspevku neskúmam konkrétne miestne obyčajové práva, existujúce v *Indiách* vo veľkom počte a vyznačujúce sa veľkou obsahovou rozmanitosťou, ale v krátkosti približujem niektoré časti bohatej dobovej právnej doktríny a právnej úpravy súvisiace s právnou obyczajou a jej (rozsiahlym) výskytom v *Indiách*. Uvedomujem si pritom, že výskum konkrétnych obyčajových práv *Indií*, uskutočnený v širšom kontexte dobovej právnej praxe, by umožňoval spoznať – do istej miery na rozdiel od výskumu dobových právnych predpisov a teórií ako určitého *ideálu* (ako „toho, čo malo byť podľa práva“) - *reálny* právny život obyvateľov *Indií*, ktorý sa často aj výrazne odchyľoval od „toho, čo malo byť podľa práva“. ¹⁰ Pri príprave tohto príspevku však taký výskum kvôli veľkému rozsahu a zároveň obtiažnej dostupnosti pramenného materiálu, nebolo možné realizovať.

Keďže *právo Indií* je v stredo európskom akademicko-právnom prostredí takmer neznáme, výkladu problematiky príspevku predchádza (rámcová) všeobecná charakteristika tohto práva.

2 Všeobecná charakteristika práva Indií

Už *Katolícki králi* Izabela Kastílska (1474–1504) a Ferdinand Aragónsky (1479–1516), ktorí stáli na úplnom začiatku kastílskej, resp. neskôr španielskej expanzie do *Nového sveta* (Karibik a americký kontinent), pochopili, že obrovské, z hľadiska prírodných, ako aj sociálno-kultúrnych pomerov veľmi rôznorodé a miliónmi ľudí (Indiánmi a neskôr aj kolonistami španielskeho pôvodu, miešancami a inými) obývané územie, nebude možné spravovať iba na základe kastílskeho práva, ale že preň bude potrebné vytvoriť *nové*, špeciálne právo, ktoré vzápätí začalo vznikať a časom sa rozvinulo do podoby značne komplexného právneho poriadku známeho ako *právo Indií*. ¹¹ Toto právo bolo vytvárané podľa vzoru španielskeho, resp. najmä kastílskeho práva, avšak vo veľkom rozsahu vychádzalo (ako napokon aj samotné kastílske právo) aj z *ius commune*, ktoré bolo (zjednodušene povedané) amalgámom rímskeho a kánonického práva a ich vied. Na druhej strane bolo právo *Indií*, samozrejme, aj výsledkom právneho vývoja prebiehajúceho

¹⁰ K tomu pozri napr. CEBALLOS GÓMEZ, Diana Luz. *Gobernar las Indias. Por una historia social de la normalización. Ius Commune XXV*, 1998, s. 181–218.

¹¹ OTS CAPDEQUÍ, José Ma. Factores que condicionaron el desenvolvimiento del derecho indiano. *Boletín mexicano de derecho comparado*, año II, núm. 5, 1969, s. 327.

in situ, t. j. priamo v *Indiách*, ktorý nebol iba akýmsi mechanickým preberaním európskych vzorov, ale aj ich tvorivým prispôsobovaním pomerom panujúcim v *Indiách*; popri tom sa tento vývoj vyznačoval aj vznikom originálnych právnych úprav, právnych praktík či právno-vedeckých diel. Nie je preto prekvapením, že otázka, do akej miery bolo právo *Indií* „európskym“ právom a do akej miery „americkým“ právom, nie je ešte uspokojivo vyriešená.¹²

Právo Indií možno vymedziť širšie i užšie. V širšom chápaní je týmto právom celý právny poriadok španielskych kolónií, ktorý bol zložený z *práva Indií* v užšom chápaní, z kastílskeho práva aplikovaného v španielskych kolóniách, z obyčajového práva pôvodného obyvateľstva kolónií, ako aj zo španielskeho nekastílskeho práva, ktoré sa však uplatňovalo iba v malom rozsahu. V užšom chápaní je *právo Indií* totožné so španielskym koloniálnym právom upravujúcim (na rozdiel od kastílskeho práva) len otázky týkajúce sa španielskych zámorských kolónií. Toto právo vytvorili určité právotvorné orgány sídliace tak v Španielsku, ako aj v *Indiách*, pričom jeho súčasťou bolo aj obyčajové právo *Indií* okrem obyčajového práva ich pôvodného obyvateľstva.¹³

Užšie chápané *právo Indií* bolo vo vzťahu ku kastílskemu právu uplatňovanému v *Indiách lex specialis* a malo tak (až na určité platným právom výslovne stanovené výnimky) prednosť pred kastílskym právom ako *lex generalis*. Užšie chápané *právo Indií* sa rozdeľovalo na spoločné právo celých *Indií* a práva jednotlivých regiónov *Indií*, ktoré mali prednosť pred spoločným právom *Indií* (ak v práve určitého regiónu absentovala, avšak v práve susedného regiónu existovala potrebná právna úprava, mala sa v prvom regióne aplikovať právna úprava susedného regiónu a iba ak taká nebola, malo sa použiť spoločné právo *Indií*).¹⁴

Užšie chápané *právo Indií*, nazývané aj *právom Indií vo vlastnom zmysle (derecho indiano propiamente tal)*, zahŕňalo jednak *právo vytvorené v Indiách*, jednak *právo*

¹² Bližšie pozri napr.: BRAVO LIRA, Bernardino. El Derecho Indiano y sus raíces europeas. Derecho común y propio de Castilla. *Anuario de historia del derecho español*, N° 58, 1988, s. 5–80. NUZZO, Luigi. Dall'Italia alle Indie. Un viaggio del diritto comune. *Rechtsgeschichte - Legal History*, 12, 2008, s. 102–124.

¹³ PUCHOVSKÝ, Ján. Právo *Indií* – prvý hispanoamerický právny systém. *Historia et theoria iuris*, roč. 3, č. 5, 2011, s. 59.

¹⁴ Tamže, s. 60.

vytvorené špeciálne pre Indie v Španielsku ako koloniálnej metropole.¹⁵ Toto právo, ako je zrejmé už z predchádzajúceho výkladu, koexistovalo v *Indiách* s kastílskym právom, ďalej (v malej miere) s nekastílskym španielskym právom a napokon aj s obyčajovým právom.

Právo Indií vo vlastnom zmysle malo nasledujúce hlavné znaky:¹⁶

1. nemalo iba svetský cieľ, t. j. jeho úlohou nebolo iba upraviť rôzne stránky praktického života obyvateľov *Indií* a výkon správy a súdництва v *Indiách*, ale aj plniť osobitné duchovné poslanie Španielskej Koruny na tomto území, spočívajúce v jej povinnosti systematicky christianizovať Indiánov. Túto náročnú povinnosť uložil *Katolíckym kráľom* a ich nástupcom na tróne (t. j. nasledujúcim španielskym kráľom) pápež Alexander VI., keď Španielsku v roku 1493 „daroval“ *Indie* z pozície „vládcu celého sveta“ (*dominus totius mundi*). Španielski králi ju preukázateľne plnili nielen preto, aby mali zámienku pre svoju vládu nad *Indiami* a mohli tiež ospravedlniť exploataciu ich bohatých zdrojov, zdanenie ich obyvateľstva a pod., ale aj s úprimným záujmom dosiahnuť konverziu Indiánov na katolicizmus;
2. systematicky pomáhalo Indiánom a ochraňovalo ich, a to o. i. tak, že im priznalo status tzv. *personae miserabiles*, t. j. slobodných, avšak relatívne nesvojprávnych osôb, ktoré boli akoby v pozícii opatrovancov/poručencov Španielskej Koruny, resp. jej orgánov sídliačich v *Indiách*, a pozitívne diskriminované celým radom privilégií;
3. malo kazuistický charakter a nebolo koherentným právnym systémom v súčasnom chápaní, resp. právna úprava tvoriaca právo Indií bola veľmi fragmentárna;
4. bolo prevažne verejným právom;
5. vyznačovalo sa personálnym právnym partikularizmom, ktorý bol prejavom výrazných sociálno-ekonomických, profesijných a etnicko-kultúrnych rozdielov medzi obyvateľmi *Indií*;
6. formovalo sa pod značným vplyvom kastílskeho práva;
7. bolo úzko spojené s kresťanskou morálkou a prirodzeným právom, ktorých princípy (napr. spravodlivosť, milosrdenstvo a i.) zreteľne prenikli do obsahu právnych úprav, ako aj do každodennej aplikácie práva v *Indiách*.

¹⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, op. cit., s. 4.

¹⁶ Tamže, s. 5–9.

Právo Indií sa formovalo od roku 1492 (objavenie Ameriky Kolumbom). V 16. až 18. storočí prešlo zložitým vývojom,¹⁷ spojeným o. i. so značným rozvojom vedy práva Indií a so vznikom viacerých zbierok čiastkových právnych predpisov tvoriacich právo Indií, z ktorých najvýznamnejšou bola *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* z roku 1680, majúca charakter platného prameňa práva.¹⁸ Po zániku španielskeho koloniálneho panstva na americkom kontinente v prvej štvrtine 19. storočia v nových, nezávislých latinskoamerických štátoch *právo Indií* prestalo platiť, malo však určitý vplyv na právne poriadky, ktoré si tieto štáty začali vytvárať.¹⁹ Zostáva dodať, že koloniálne obyčajové práva ako súčasť *práva Indií* (v širšom chápaní) v určitom rozsahu pretrvali aj po dekolonizáciu Latinskej Ameriky, pričom obyčajové právo je najmä v podobe obyčajových práv miestnych indiánskych komunít prítomné v latinskoamerických štátoch aj v súčasnosti, kde je dokonca sčasti uplatňované *contra legem*.²⁰

3 Právna obyčaj v právnom poriadku amerických kolónií Španielska

V *Indiách* existovalo dvojaké obyčajové právo, a to: kreolské obyčajové právo, ktoré sa uplatňovalo v prostredí *kreolov* (*criollos*), t. j. kolonistov španielskeho pôvodu narodených v *Indiách*, a indiánske obyčajové právo, ktoré sa uplatňovalo v indiánskom prostredí. Okrem týchto práv existovali ešte metropolitné právne obyčaje, ktoré sa uplatňovali v Španielsku, ale boli v určitom vzťahu k *Indiám* (išlo napr. o výber poplatkov súvisiacich s námornou dopravou do a z *Indií*).²¹ Ďalej sa zaoberám kreolským a indiánskym obyčajovým právom. Skutočnosť, že obyčajové právo bolo v *Indiách* považované za riadny prameň práva vo formálnom zmysle, vyplývala z toho, že obyčajové právo, resp. jeho faktické uplatňovanie boli bežnou súčasťou každodenného života

¹⁷ Výstižný prehľad tohto vývoja podal PUCHOVSKÝ, op. cit., s. 62 a nasl.

¹⁸ Bližšie pozri napr. CRUZ BARNEY, Óscar. *Historia del derecho en México*. Segunda edición. México: Oxford University Press, 2004, s. 247–254.

¹⁹ PUCHOVSKÝ, op. cit., s. 72.

²⁰ Pozri napr. STAVENHAGEN, Rodolfo, ITURRALDE, Diego A. (eds.). *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano; San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

²¹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, op. cit., s. 187.

obyvateľov *Indií*, ako aj z toho, že kastílske právo, ktoré, ako už vieme, bolo vo veľkej miere základom *práva Indií*, uznávalo právnu obyčaj ako plnohodnotný prameň práva. Postoj kastílskeho práva, resp. jeho vedy k obyčajovému právu bol teda určitým východiskom pre postoj, ktorý k nemu neskôr zaujalo *právo Indií*, resp. jeho veda, a preto skôr ako sa budem zaoberať obyčajovým právom ako súčasťou *práva Indií*, v krátkosti priblížim jeho postavenie v rámci kastílskeho práva.

4 Právna obyčaj v kastílskom práve

V období právnych dejín Kastílie predchádzajúcom kolonizácii *Indií* (vrcholný až neskorý stredovek) sa so systematickým výkladom o právnej obyčaji stretávame v *Las Siete Partidas (Sedem častí)*, monumentálnom kastílskom zákonodarnom diele z druhej polovice 13. storočia, komplexne ovplyvnenom *ius commune*. *Partidas*, ako sa toto dielo skrátene označuje, sa *obyčajú* (*costumbre, consuetudo*) ako formálnym prameňom práva zaoberajú samostatne, ako aj v súvislosti s inými formálnymi prameňmi práva, za ktoré považujú: *zákon (ley)* vo význame právneho predpisu vydaného vládcom,²² *zvyklosť (uso)* a tzv. *fuero* (pl. *fueros*), t. j. zbierku právnych úprav platiacich v určitom kraji, meste alebo pre určitú spoločenskú skupinu.²³ *Zvyklosti* a *fueros* sú podľa *Partidas* prepojené s *obyčajami* tak, že zo *zvyklostí* vznikajú *obyčaje* a z nich zase *fueros*.²⁴

Zvyklosť vymedzujú *Partidas* ako niečo, čo človek dlhodobo a nerušene hovorí alebo robí, a to verejne, v prospech všeobecného dobra, bez toho, že by tým spôsobil nejakú ujmu či škodu, porušoval panujúci spoločenský a právny poriadok či odporoval vôli vládcu alebo inej legitímnej vrchnosti a pod.²⁵ *Obyčaj* je podľa *Partidas* nepísaná právna úprava, ktorou sa ľudia riadia dlhý čas a ktorú uplatňujú vždy, keď nastanú životné situácie alebo

²² *Las Siete Partidas del rey don Alonso el Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo I. Partida Primera. Título I.* Madrid: Imprenta Real, 1807. Dostupné na: <http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T1.pdf> (navštívené dňa 15. 1. 2017).

Ďalej odkazujem na toto dielo takto: *Partidas plus čísla príslušných štruktúrálnych častí textu Partidas*, t. j. číslo časti (*partida*), číslo titulu (*título*) a číslo zákona (*ley*).

²³ VYŠNÝ, Peter, PUCHOVSKÝ, Ján, ŠOŠKOVÁ, Ivana. *Svetové dejiny štátu a práva*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2013, s. 174.

²⁴ *Partidas*, I, I.

²⁵ *Partidas*, I, II, I; I, II, II; I, II, III.

keď treba usporiadať medziľudské vzťahy, na ktoré sa táto právna úprava vzťahuje.²⁶ *Obyčaj* je ďalej norma správania vzniknutá tak, že ľudia žijúci na určitom mieste (alebo aspoň ich väčšina) sa 10 alebo 20 rokov sústavne a vedome a prípadne po vzájomnom poradení sa či na odporúčanie nejakých rešpektovaných autorít správajú určitým (rovnakým) spôsobom, pričom toto ich správanie neodporuje rozumu, prirodzenému právu, Božiemu právu a ani vôli príslušnej legitímnej vládnej autority a je tiež „dobré“ vo význame všeobecne prospešné, t. j. nie je v neprospech spoločenstva ľudí, v ktorom sa uplatňuje.²⁷ Konečne, o *fueros* ustanovujú *Partidas*, že ide o súbory miestnych *zvyklostí a obyčají*.²⁸

Ako vidieť, *Partidas* sa pri vymedzení právnej obyčaje pridržajú jej vymedzenia v rámci *ius commune*, ktoré ako podstatné znaky právnej obyčaje ustanovovalo nasledujúce skutočnosti:²⁹

- právne obyčaje vznikajú zo zvyklostí (*usus*) a tradičných mravov (*mores*) ľudí;
- ľudia, v ktorých spoločenstve sa uplatňuje právna obyčaj, alebo aspoň väčšina z nich, s ňou musia byť uzrozmeneí, resp. musia dosiahnuť vzájomnú dohodu (*consensus*) na tom, že ju budú akceptovať a budú sa ňou riadne spravovať;
- právna obyčaj musí byť sústavne uplatňovaná určitý dlhší čas, a to vo všeobecnosti 10 rokov (avšak ak je v rozpore s kánonickým právom, tak až 40 rokov), pričom táto podmienka odpadla až v 17. storočí, keď sa otázka, či sa konkrétna právna obyčaj zachováva dostatočne dlhý čas, prenechala na uváženie a rozhodnutie (*arbitrium*) sudcu;
- časom sa pre platnosť (resp. záväznosť) právnej obyčaje vyžadovalo aj jej aspoň konkludentné schválenie príslušným vládcom ako nositeľom zákonodarnej právomoci;
- právna obyčaj musí byť tiež „rozumná“ (*rationabilis*), o čom v konkrétnych prípadoch rozhoduje sudca, a nesmie odporovať prirodzenému právu a „Pravde“ (*veritas*), t. j. kresťanským (katolíckym) náukám.

²⁶ *Partidas*, I, II, IV.

²⁷ *Partidas*, I, II, V.

²⁸ *Partidas*, I, II, VIII.

²⁹ COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht. Band I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, s. 108–109.

Právna obyčaj sa podľa *Partidas* môže uplatňovať *popri zákone (praeter legem)*, *v súlade so zákonom (secundum legem)*, ale aj *v rozpore so zákonom (contra legem)*,³⁰ keďže neskoršie miestne (oblastné) obyčajové práva, spĺňajúce podstatné znaky obyčajového práva, majú mať v miestnej (oblastnej) právnej praxi prednosť pred skoršími zákonmi krajiny, a to teoreticky v rozsahu, v akom to vládca – zákonodarca krajiny toleruje.³¹ Ďalšie významné zákonodarné dielo z Kastílie, *Ordenamiento de Alcalá* (1348) taktiež preferuje miestne (oblastné) práva obyčajovo-právneho pôvodu, keď síce prikazuje, aby sa pred týmito právami uprednostnili predpisy v ňom obsiahnuté, ako aj predpisy vydané kráľom a stavovským snemom (*Cortes*), avšak zároveň ustanovuje, aby sa už existujúce, komplexné, na *ius commune* systematicky založené zákonné právo obsiahnuté v *Partidas*, uplatňovalo vo vzťahu k miestnym (oblastným) obyčajovým právam iba subsidiárne.³² Z uvedeneho vyplýva, že v právnom živote stredovekej Kastílie mali obyčajové práva (resp. z nich vzniknuté *fueros*) značný význam, pričom sa aplikovali nielen v prípadoch dostatočne či vôbec neupravených platnými zákonmi (*praeter legem*), ale v určitom rozsahu aj namiesto platných zákonov; ako uvidíme ďalej, obdobný stav sa vytvoril v *Indiách*.

Kastílsku koncepciu obyčajového práva výstižne zhrnul kastílsky právnik Gregorio López (1496–1560), známy o. i. ako editor a komentátor textu *Partidas*. Vychádzajúc z tohto zákonodarného diela, López vymedzil šesť podstatných znakov právnej obyčaje. Po prvé, sa právna obyčaj musí sústavne zachovávať určitý dlhší čas, konkrétne 10 rokov, pričom López považuje druhú, dlhšiu lehotu (20 rokov), stanovenú v *Partidas* pre neprítomných ľudí, za bezpredmetnú, lebo bez prítomnosti ľudí, ktorí by dlhodobo opakovane realizovali určité správanie, právna obyčaj vôbec nemôže vzniknúť. Po druhé, je žiaduce, aby vládca vedel o vzniku právnej obyčaje a aby proti nej nič nenamietal. Po tretie, je nevyhnutné, aby zvyklosť, ktorej praktizovaním má vzniknúť právna obyčaj, nespôsobovala niečo zlé, nebola hriechna a nebola tiež nezmyselná, keďže jedným z podstatných znakov právnej obyčaje je jej racionálnosť. López v tejto súvislosti uvádza, že o racionálnosti/iracionálnosti právnej obyčaje má rozhodnúť sudca,

³⁰ *Partidas*, I, II, VI.

³¹ Porovnaj *Partidas* I, II.

³² CRUZ BARNEY, op. cit., s. 113–114.

a to na základe starostlivého skúmania, či právna obyčaj je/nie je v súlade s panujúcim spoločenským poriadkom a jeho zásadnými ideovými, morálnymi a právnymi základmi, či má rozumný cieľ, či sa praktizuje z nejakého rozumného dôvodu a pod., pričom sudca môže dospieť k názoru, že skúmaná právna obyčaj je racionálna (a preto záväzná) dokonca aj vtedy, ak by táto právna obyčaj odporovala racionálnemu zákonu. Po štvrté, nesmie právna obyčaj odporovať prirodzenému právu (o súlade/nesúlade právnej obyčaje s prirodzeným právom rozhoduje v konkrétnych prípadoch sudca). Po piate, nemôže byť právna obyčaj v neprospech všeobecného dobra (*bonum commune*). A konečne, po šieste, právna obyčaj existuje, ak nie sú dôvodné pochybnosti o jej vzniku a obsahu.³³

Miestne (oblastné) právne obyčaje, resp. na nich založené *fueros*, zostali v Kastílii prameňom práva aj v ranom novoveku (hoci sa tam uplatňovali v menšej miere ako v *Indiách*) a boli rozpracovávané dobovou právnou vedou, rozvíjajúcou sa (v 16.–17. storočí) v rámci teologicko-filozofickej školy známej ako *druhá*, prípadne aj španielska scholastika a majúcej centrum na univerzite v meste Salamanca. Niektorí predstavitelia tejto vedy napríklad videli v pretrvávaní obyčajového práva istú záruku, že kráľovská moc sa v súvislosti so súdobým zavádzaním absolutizmu (v Španielsku aj v iných európskych štátoch) nestane despotickou, pretože tvorbu zákonov „zhora“, t. j. štátnou/kráľovskou mocou bude takpovediac vyvažovať, čiže primerane obmedzovať, súběžná tvorba obyčajového práva „zdola“, t. j. spoločnosťou.³⁴

5 Právna obyčaj v práve Indii

Obyčajové právo, resp. jeho uplatňovanie bolo v každodennom živote obyvateľov *Indii* značne rozšírené. Okolnosti ako boli obrovská vzdialenosť *Indii* od Španielska, častá neschopnosť koloniálnych orgánov efektívne uplatniť právne predpisy a rozhodnutia Koruny, ako aj ich vlastné predpisy a rozhodnutia, princíp *obedézcase pero no se cumpla* (= *nech sa [kráľova vôľa] rešpektuje, ale neplní*), umožňujúci koloniálnym orgánom suspendovať kráľovské

³³ De ÁVILA MARTEL, Alamiro, BRAVO LIRA, Bernardino. Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 10, 1984, s. 42–43.

³⁴ SUÁREZ, Fernando. La costumbre Indígena en el Derecho indiano. *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. 5, 1995–1996, s. 126.

právne akty, ktorých aplikácia v *Indiách* sa im vzhľadom na miestne pomery javila ako nevhodná,³⁵ existencia skupín obyvateľstva s odlišným spôsobom života, mentalitou a kultúrou (kreoli, Indiáni, miešanci a iní) atď. boli živnou pôdou pre viac-menej nekontrolovaný vznik rôznych miestnych/oblastných sociálnych praxí, ktorých normatívnym základom sa stali miestne/oblastné obyčajové práva.

V tejto stati sa zaoberám najskôr kreolským a potom indiánskym obyčajovým právom.

- **Kreolské obyčajové právo.** Na kreolské obyčajové právo možno vo všeobecnosti vzťahovať predchádzajúci výklad o kastílskom obyčajovom práve. Ďalej možno uviesť, že počas koloniálneho obdobia sa ním zaoberali právnici na oboch stranách Atlantiku. Napríklad Juan de Hevia Bolaños (1570 – 1623) vo svojom diele *Curia Filippica* vydanom v peruánskej Lime v roku 1603 o právnej obyčaji uvádza, že má „rovnako ako civilné (rímske) právo, kráľovské právo a kánonické právo silu zákona, ak sa legitímne používa desať rokov..., počas ktorých bola aspoň dvakrát realizovaná.“³⁶ Antonio de León Pinelo (1595 – 1660) vo svojom spise *Tratado de confirmaciones reales de encomiendas y oficios y casos en que se requieren para las Indias Occidentales* z roku 1630 zase ako rozšírený prípad uplatňovania obyčajového práva v *Indiách* spomína možnosť určitého významného rozšírenia správnej právomoci miestnych guvernérov na základe právnej obyčaje, že guvernéri mali takú právomoc oddávna (konkrétne išlo o právomoc vytvárať tzv. *encomiendas*, t. j. zverovať skupiny miestnych Indiánov španielskym kolonistom, ktorí ich mali pokresťančiť a „scivilizovať“, za čo mali právo vyžadovať od Indiánov služby a dávky).³⁷ Ten istý autor sa na iných miestach svojho spisu zmieňuje aj o ďalších konkrétnych prípadoch uplatňovania sa právnych obyčají pri výkone správy a v rámci majetkovoprávnych vzťahov v *Indiách*.³⁸

35 BERNAL, Beatriz: Características del derecho indiano. *Historia Mexicana*, XXXVIII, 1989, s. 668 - 669.

36 HEVIA BOLAÑOS, Juan de: *Curia Philippica...*, 1, 8, 18. Dostupné na: http://bibliotecadigital.jcyl.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=10127395 (navštívené dňa 20. 1. 2017).

37 LEÓN PINELO, Antonio de: *Tratado de confirmaciones reales*, 1, 6, 19. Dostupné na: <https://archive.org/stream/tratadodeconfirm00le#page/n5/mode/2up> (navštívené dňa 20. 1. 2017).

38 Porovnaj tamže, 1, 11; 1, 13; 1, 14.

Kreolské právne obyčaje zaplňali (početné) medzery vo fragmentárnej legislatíve a vrátane tých, čo pôsobili *contra legem*, takpovediac prispôbovali právny poriadok reality každodenného života v *Indiách*. Vo veľkom rozsahu sa využívali v rámci systému koloniálnej správy (stanovenie/spresnenie právomocí a vzájomných vzťahov správnych orgánov a pod.), pri výkone súdnictva či v agrárnom práve.³⁹ Právna obyčaj sa uplatňovala aj vo sfére kánonického práva.

Značnej rozšírenosti kreolských právnych obyčajov napomohlo aj to, že koloniálne úrady ich často akceptovali aj napriek tomu, že nespĺňali všetky znaky právnej obyčaje, napr. ľudia ich používali bez vedomia a schválenia príslušnou úradnou autoritou.⁴⁰

Kreolskú, ale aj indiánsku právnu obyčaj bolo možné v *Indiách* aplikovať aj napriek tomu, že odporovala zákonu (v podstate jediným obmedzením právnej obyčaje bolo, že nesmela odporovať prirodzenému právu), ak o tom rozhodol sudca. Úlohou sudcu v *Indiách* totiž nebolo mechanicky aplikovať na konkrétny právny prípad príslušnú zákonnú alebo inú, obyčajovo-právnu úpravu, či právnu doktrínu, ale hľadať a nájsť spravodlivé rozhodnutie prípadu. Sudca tak mal študovať zákony, právne obyčaje i právnu doktrínu až dokým na ich základe nenašiel riešenie úplne primerané konkrétnej pojednávanej kauze.⁴¹

- **Indiánske obyčajové právo.** Súčasťou protekcionistickej politiky Španielskej Koruny voči Indiánom bolo aj zachovanie ich tradičného spôsobu života, t. j. ich obyčajových práv, a to v rozsahu, v akom boli kompatibilné so španielskym/európskym/kresťanským spôsobom života.

Postoj Koruny k indiánskym právnym obyčajom a možnosti ich aplikácie v súdnej a správnej praxi v *Indiách* prešiel určitým vývojom, keďže aj španielske nazeranie na Indiánov prešlo určitým vývojom a,

³⁹ DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio: *Manual de historia del derecho indiano*, s. 188.

⁴⁰ SUÁREZ, Fernando: La costumbre Indígena en el Derecho indiano, s. 128 – 129.

⁴¹ ÁVILA MARTEL, Alamiro de – BRAVO LIRA, Bernardino: Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano, s. 44 - 45. Pozri tiež DUVE, Thomas: Algunas observaciones acerca del *modus operandi* y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano. *Revista de Historia del Derecho*, Núm. 35, 2007, s. 195 - 226.

navyše, nebolo jednotné,⁴² čo súviselo o. i. s tým, že Španieli nenazerali na jednotlivé indiánske kultúry, a tak ani na ich obyčajové práva rovnako. Napríklad, *Leyes de Burgos* (*Zákony z Burgosu*; 1512/1513), ktoré detailne regulovali život karibských Indiánov na účel zabezpečenia ich christianizácie a „scivilizovania“, ale aj poskytnutia im ochrany pred španielskymi kolonistami, pre ktorých mali Indiáni za presne stanovených, pre Indiánov pomerne výhodných podmienok pracovať, o týchto Indiánoch uvádzajú, že „zo svojej povahy inklinujú k záhaľke a hriechnym zlozvykom“.⁴³ Naproti tomu Hernán Cortés, ktorý v rokoch 1519–1521 dobyl ríšu Aztékov, neskrýva k jej obyvateľom obdiv, keď napr. vo svojom druhom liste (*carta-relación*) španielskemu panovníkovi cisárovi Karolovi V. z 30. októbra 1520 píše, že aztécka spoločnosť je celkovo tak dobre usporiadaná a riadená, že jej členovia žijú takmer ako Španieli.⁴⁴

Zdá sa, že povinnosť prihliadať na (z hľadiska Španielov akceptovateľné) indiánske právne obyčaje pri výkone súdництва a správy Koruna prvýkrát výslovne uložila 12. júla 1530 v dokumente *Capítulos*, ktorým tzv. *corregidores de indios*, správcov *corregimientos*, nižších územno-správnych jednotiek, obývaných Indiánmi, o. i. prikázala, aby sa usilovali zachovať, ako aj prakticky uplatňovať „dobré zvyky a obyčaje“ Indiánov, ktorí sú pod ich právomocou, okrem tých, ktoré by odporovali „našej kresťanskej viere“, a aby pri tom spolupracovali s príslušnými *audienciam*⁴⁵ (*Reales Audiencias*), aby aj tieto najvyššie súdne orgány v *Indiach* mohli aplikovať v rámci svojej činnosti indiánske právne obyčaje.

Leyes Nuevas (*Nové zákony*; 1542–1543), rozsiahly právny predpis, ktorým Koruna regulovala rôzne stránky života v *Indiach*, nariaďovali zase *audienciam*, ako aj im podriadeným, nižším súdnym orgánom, aby

⁴² K tomu pozri VYŠNÝ, Peter. *Historicko-právne súvislosti dobytia Nového sveta Španielmi*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2015, s. 124 a nasl.

⁴³ Las ordenanzas para el tratamiento de los indios (La Leyes de Burgos). In: KONETZKE, Richard. *Colección de Documentos para la Historia de la Formación Social de Hispanoamérica 1493–1810. Volumen I (1493–1592)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1953, s. 38.

⁴⁴ CORTÉS, Hernán. *Cartas de Relación*. Novena edición. México: Editorial Porrúa, 1976, s. 66.

⁴⁵ DOUGNAC RODRÍGUEZ, op. cit., s. 188.

v pojednávaných prípadoch, ktorých účastníkmi boli Indiáni, aplikovali príslušné indiánske právne obyčaje, okrem tých, ktoré by boli zjavne nespravodlivé.⁴⁶ *Audiencie* v nadväznosti na toto nariadenie Koruny neskôr opakovane deklarovali, že akceptujú indiánske právne obyčaje (okrem zjavne nespravodlivých) a aj ich v rámci svojej činnosti do určitej miery skutočne aplikovali.⁴⁷

Ďalej možno spomenúť napr. výnos (*real cédula*) cisára Karola V., vydaný 6. augusta 1555 na žiadosť istého Juana Apobeztu, predstaviteľa (*cacique*) Indiánov z oblasti Vera Paz v dnešnej Guatemale, v ktorom cisár Indiánom v majestátnom pluráli píše: „schvaľujeme a považujeme za dobré vaše dobré zákony a dobré obyčaje... a domnievame sa, že službu Bohu Nášmu Pánovi a nám a vaše zachovanie (prežitie) a kresťanský štát neohrozia... vaše dobré obyčaje a štatúty [= zákony], ak sú spravodlivé a dobré...”⁴⁸

Pozitívny postoj k indiánskym obyčajovým právam mala Koruna aj v neskorších úsekoch vývoja španielskeho koloniálneho panstva na americkom kontinente, hoci jej „predĺžená ruka“ – koloniálne orgány ich v každodennej správnej a právnej praxi rešpektovali a aplikovali iba do určitej miery. Svoje koncentrované normatívne vyjadrenie našiel tento postoj v spomenutej *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* z roku 1680, v ktorej sa uvádza: „nariaďujeme a prikazujeme, aby zákony a dobré obyčaje, ktoré mali Indiáni pôvodne pre svoju dobrú vládu a správu a ich zvyky a obyčaje, ktoré majú a zachovávajú potom, čo sa stali kresťanmi, a ktoré neodporujú nášmu Svätému Náboženstvu ani zákonom obsiahnutým v tejto knihe a aby aj tie [zákony] ktoré si [Indiáni] vytvorili a vydali nanovo, sa zachovávali a vykonávali...”⁴⁹

Ako vidieť, *Recopilación* za platné právo považovala indiánske právne obyčaje vzniknuté nielen pred príchodom, ale aj po príchode španielskych kolonizátorov, čím vytvorila vskutku rozsiahly priestor pre uplatňovanie sa týchto práv. Na druhej strane, indiánske právne obyčaje sa mohli aplikovať, iba ak neboli v rozpore s právnymi predpismi obsiahnutými v *Recopilación*, resp.

⁴⁶ De ÁVILA MARTEL, Alamiro, BRAVO LIRA, Bernardino, op. cit., s. 43.

⁴⁷ Tamže.

⁴⁸ Citované podľa DOUGNAC RODRÍGUEZ, op. cit., s. 188–189.

⁴⁹ *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, 2, 1, 4. Dostupné na: <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html> (navštívené dňa 25. 1. 2017).

s kráľovskou legislatívou vôbec, a nesmeli tiež odporovať kresťanskému spôsobu života, katolíckemu náboženstvu či prirodzenému právu, pričom o prípadnom nesúlade konkrétnych právnych obyčají s uvedenými skutočnosťami, samozrejme, nerozhodovali Indiáni, ale španielske koloniálne súdne orgány.

Recopilación tiež ustanovila poradie (*orden de prelación*), v ktorom sa v *Indiách* mali aplikovať jednotlivé pramene práva, pričom indiánske obyčajové práva sa v rámci tohto poradia mali aplikovať ako tretie v poradí, čo teoreticky svedčí o tom, že sa im pripisovala značná dôležitosť. Poradie jednotlivých aplikovaných prameňov práva bolo konkrétne nasledujúce:⁵⁰

1. zákony týkajúce sa špeciálne *Indií*, vydané v Španielsku alebo v *Indiách*;
2. kreolské právne obyčaje;
3. indiánske právne obyčaje, ktoré neboli v rozpore s kresťanským náboženstvom ani so zákonmi Kastílie alebo zákonmi týkajúcimi sa *Indií*;
4. zbierka právnych predpisov *Novísima Recopilación* (1805);
5. zbierka právnych predpisov *Nueva Recopilación* (1567);
6. zbierka právnych predpisov *Leyes de Toro* (1505);
7. *Ordenamiento de Alcalá* (1348);
8. *Partidas*.

Akceptácia indiánskych obyčajových práv Korunou podnietila mnohých španielskych misionárov a koloniálnych úradníkov k ich písomnému zaznamenávaniu. Výsledky tejto ich práce sú významným prameňom poznania nielen koloniálneho, ale aj predkoloniálneho práva Indiánov.

Existenciu indiánskych obyčajových práv, pochopiteľne, refletovala aj dobová právna veda. Napríklad právnik Juan de Solórzano Pereira (1575–1655) vo svojom diele *Política Indiana* (1647) upozorňuje na značnú komplexnosť a priestorovú rozmanitosť obsahu týchto práv, ako aj na ich efektívnosť a pozitívny prínos pre každodenný život v *Indiách*, a mnohým z nich, napr. tým, ktoré sa týkajú obchodovania na trhoviskách alebo vykonávania určitých prác Indiánmi, priznáva charakter záväzných zákonov.⁵¹

⁵⁰ *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, 2, 1. Dostupné na: <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html> (navštívené dňa 25. 1. 2017).

⁵¹ SUÁREZ, op. cit., s. 141.

Dominikán Bartolomé de Las Casas (1484–1566), známy ochranca Indiánov a najvýznamnejší verejný kritik tvrdého, násilného zaobchádzania, ktorému španielski kolonisti vo veľkom rozsahu vystavili Indiánov, zase vo svojom spise *Treinta proposiciones muy jurídicas* (cca 1548) kategoricky udáva, že Španielska Koruna je podľa Božieho práva povinná nastoliť v *Indiách* takú vládu, ktorá neodstráni a nenahradí španielskymi obyčaje a zákony Indiánov *en bloc*, ale iba tie, ktoré sú zlé (hriechne), pričom tých bolo podľa Las Casasa výrazne menej ako dobrých.⁵²

6 Záver

Problematika existencie obyčajového práva v právnom poriadku amerických kolónií Španielska a jeho (rozšíreného) praktického uplatňovania sa v tamojšom každodennom právnom živote, ktorú v tomto príspevku bolo možné priblížiť iba v krátkosti, je zaujímavou „kapitolou“ nielen latinskoamerických, ale aj európskych právnych dejín, keďže *právo Indií* sa rozvinulo v rámci kastílskej právnej tradície, napojenej na širšiu európsku právnu tradíciu *ius commune*. Právny vývoj prebiehajúci v *Indiách* takpovediac kopíroval paralelne prebiehajúci právny vývoj v Európe, keďže však prebiehal v prírodnom a sociálnom-kultúrnom prostredí výrazne odlišnom od európskeho, časom sa, pochopiteľne, museli prejavovať, a aj sa prejavili, jeho určité špecifiká, t. j. rozdiely oproti vývoju v Európe. Porovnávaním vývojev *práva Indií* a práv Španielska a ďalších európskych štátov možno potom dospieť k celistvejšiemu obrazu „predmoderného“ práva, pretože doň bude zahrnutá aj komplexná skúsenosť obyvateľov *Indií* so zavedením, prispôbením i tvorivým rozvíjaním práva európskeho pôvodu na jednom obrovskom mimoeurópskom území.

Jedným zo špecifik právneho vývoja *Indií* bolo aj pretrvávajúce právné obyčaje ako prameňa práva takmer rovnocenného so zákonom a v určitom rozsahu aj aplikovateľného namiesto neho, a to niekedy dokonca aj vtedy, ak išlo o právnu obyčaj *contra legem*. V Španielsku, ale aj v iných štátoch Európy si rozvoj absolutistickej formy vlády vyžiadala centralizáciu štátnej správy, vrátane súdnictva, a výrazný rozvoj kráľovskej legislatívy, t. j. zákonného práva, pomocou ktorého sa absolutistickí panovníci usilovali

⁵² Tamže, s. 142.

(len s čiastočnými úspechmi) prekonať nejednotnosť právneho poriadku a osobitne zrušiť, alebo aspoň obmedziť existenciu množstva odlišných miestnych obyčajových práv. V *Indiách* naproti tomu zostávala právna obyčaj, opierajúca sa o kastílsku komplexnú doktrínu právnej obyčaje (pravda, v praxi sa často dôsledne neskúmalo, či konkrétne obyčaje spĺňajú znaky právnej obyčaje ustanovené touto doktrínou), plnohodnotným prameňom práva. Zjednodušene tak môžeme konštatovať, že kým Európa sa v ranom novoveku výrazne posunula smerom k legalistickej právnej kultúre, t. j. k vytvoreniu jednotných celoštátnych právnych poriadkov zložených výlučne z právnych predpisov vydaných štátom a systematicky uplatňovaných jeho orgánmi, v *Indiách* pretrvávala skôr „predmoderná“ právna kultúra, vyznačujúca sa o. i. pluralizmom a do určitej miery aj konfliktnou konkurenciou formálnych prameňov práva. Príčinou tejto situácie bola zaiste aj neschopnosť, resp. objektívna nemožnosť španielskeho štátu a ním riadeného aparátu koloniálnych orgánov dôsledne a sústavne uplatňovať zákonné právo na území *Indií*, dôležitú úlohu však pritom určite zohral aj fakt, že obyčajové právo takpovediac „vychádzalo z ľudu“, a preto často dokázalo regulovať život obyvateľov *Indií* i reagovať na jeho zmeny oveľa efektívnejšie ako zákonné právo, nehovoriac už o tom, že kreolské, ale aj indiánske obyčajové právo bolo opatrené štátno-mocenskou sankciou. Zostáva dodať, že o významnej pozícii obyčajového práva v rámci právneho poriadku *Indií* svedčí aj to, že „prežilo“ zánik španielskeho koloniálneho panstva na americkom kontinente a do istej miery pretrvávajúca v latinskoamerických štátoch dodnes.

Literature

Edície historických právnych prameňov

CORTÉS, Hernán. *Cartas de Relación*. Novena edición. México: Editorial Porrúa, 1976. 331 s. ISBN nie je uvedené.

de HEVIA BOLAÑOS, Juan. *Cvria Philippica...* Dostupné na: http://bibliotecadigital.jcyl.es/i18n/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=10127395 (navštívené dňa 20. 1. 2017).

Las ordenanzas para el tratamiento de los indios (Las Leyes de Burgos). In: KONETZKE, Richard. *Colección de Documentos para la Historia de la Formación Social de Hispanoamérica 1493–1810. Volumen I (1493–1592)*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1953, s. 38–57. ISBN nie je uveden.

Las Siete Partidas del rey don Alonso el Sabio, cotejadas con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo I. Partida Primera. Madrid: Imprenta Real, 1807. Dostupné na: <http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T1.pdf> (navštívené dňa 15. 1. 2017).

de LEÓN PINELO, Antonio. *Tratado de confirmaciones reales*. Dostupné na: <https://archive.org/stream/tratadodeconfirm00le#page/n5/mode/2up> (navštívené dňa 20. 1. 2017).

Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, 2, 1, 4. Dostupné na: <http://www.gabrielbernat.es/espana/leyes/rldi/indice/indice.html> (navštívené dňa 25. 1. 2017).

Sekundárna literatúra

de ÁVILA MARTEL, Alamiro, BRAVO LIRA, Bernardino. Aporte sobre la costumbre en el derecho indiano. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 10, 1984, s. 41–50. ISSN 0719-5451.

BERNAL, Beatriz. Características del derecho indiano. *Historia Mexicana*, XXXVIII, 1989, s. 668–669. ISSN 0185-0172.

BRAVO LIRA, Bernardino. El Derecho Indiano y sus raíces europeas. Derecho común y propio de Castilla. *Anuario de historia del derecho español*, N° 58, 1988, s. 5–80. ISSN 0304-4319.

CEBALLOS GÓMEZ, Diana Luz. Gobernar las Indias. Por una historia social de la normalización. *Ius Commune XXV*, 1998, s. 181–218. ISSN nie je uveden.

COING, Helmut. *Europäisches Privatrecht. Band I. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, 665 s. ISBN 3 406 30306 4.

CRUZ BARNEY, Óscar. *Historia del derecho en México*. Segunda edición. México: Oxford University Press, 2004, 1042 s. ISBN 970-613-775-0.

- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. *Manual de historia del derecho indiano*. Segunda edición, México: UNAM, 1998, 398 s. ISBN 970-10-1960-1.
- DUVE, Thomas. Algunas observaciones acerca del *modus operandi* y la prudencia del juez en el derecho canónico indiano. *Revista de Historia del Derecho*, Núm. 35, 2007, s. 195–226. ISSN 0325-1918.
- DUVE, Thomas. Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive. *Rechtsgeschichte/Legal History*, 20, 2012, s. 18–71. eISSN 2195-9617.
- DUVE, Thomas. Global Legal History – A Methodological Approach. *Max Planck Institute for European Legal History research paper series*, no. 2016-04. Dostupné na: <http://ssrn.com/abstract=2781104> (navštívené dňa 1. 12. 2016).
- FOLKE SCHUPPERT, Gunnar. The World of Rules. Eine etwas andere Vermessung der Welt. *Max Planck Institute for European Legal History research paper series*, no. 2016-01. Dostupné na: <http://ssrn.com/abstract=2747385> (navštívené dňa 15. 12. 2016).
- GONZÁLES, Juan C. *Influencia del derecho español en América*. Madrid: MAPFRE, 1992, 255 s. ISBN 84-7100-395-3.
- GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, no. 24, 1986, s. 1–55. ISSN 0732-9113.
- KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: Beck, 1996, 248 s. ISBN 80-7179-089-3.
- NUZZO, Luigi. Dall'Italia alle Indie. Un viaggio del diritto comune. *Rechtsgeschichte - Legal History*, 12, 2008, s. 102–24. eISSN 2195-9617.
- OTTOVÁ, Eva. *Teoría práva*. Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2005, 217 s. ISBN 80-7160-200-0.
- OTS CAPDEQUÍ, José Ma. *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*. Madrid: Aguilar, 1968. ISBN nie je uvedený.
- OTS CAPDEQUÍ, José Ma. Factores que condicionaron el desenvolvimiento del derecho indiano. *Boletín mexicano de derecho comparado*, año II, núm. 5, 1969, s. 327–342. ISSN nie je uvedený.

- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo: *Historia general del derecho*. México: Oxford University Press, 2008, 478 s. ISBN 978-970-613-929-0.
- PUCHOVSKÝ, Ján. *Právne dejiny ríše Inkov a miestokráľovstva Peru*. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2010, 248 s. ISBN 978-80-7160-288-0.
- PUCHOVSKÝ, Ján: *Štát a právo v juhoamerických kolóniách Španielska*. Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2013, 167 s. ISBN 978-7160-353-5.
- PUCHOVSKÝ, Ján. Právo Indií – prvý hispanoamerický právny systém. *Historia et theoria iuris*, roč. 3, č. 5, 2011, s. 58–74. ISSN 1338-0133.
- SÁNCHEZ BELLA, Ismael et al. *Historia del derecho indiano*. Madrid: MAPFRE, 1992, 407 s. ISBN 2551050077.
- SUÁREZ, Fernando. La costumbre Indígena en el Derecho indiano. *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, vol. 5, 1995–1996, s. 119–152. ISSN nie je uvedené.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, ITURRALDE, Diego A. (eds.). *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano; San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, 388 s. ISBN 9686020039.
- TAMANAH, Brian Z. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. *Sidney Law Review*, vol. 30, 2008, s. 375–411. ISSN 0082-0512.
- VYŠNÝ, Peter, PUCHOVSKÝ, Ján, ŠOŠKOVÁ, Ivana. *Svetové dejiny štátu a práva*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2013, 319 s. ISBN 978-80-8082-733-5.
- VYŠNÝ, Peter. *Historicko-právne súvislosti dobytia Nového sveta Španielmi*. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2015, 196 s. ISBN 978-80-8082-848-6.

Contact – e-mail

peter.vysny@truni.sk

Vědecká redakce MU

prof. MUDr. Martin Bareš, Ph.D.; Ing. Radmila Droběnová, Ph.D.;
Mgr. Michaela Hanousková; doc. Mgr. Jana Horáková, Ph.D.;
doc. PhDr. Mgr. Tomáš Janík, Ph.D.; doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D.;
Mgr. et Mgr. Oldřich Krpec, Ph.D.; prof. PhDr. Petr Macek, CSc.;
PhDr. Alena Mizerová; doc. Ing. Petr Pirožek, Ph.D.;
doc. RNDr. Lubomír Popelínský, Ph.D.; Mgr. David Povolný;
Mgr. Kateřina Sedláčková, Ph.D.; prof. RNDr. David Trunec, CSc.;
prof. MUDr. Anna Vašků, CSc.; Mgr. Iva Zlatušková;
doc. Mgr. Martin Zvonař, Ph.D.

Ediční rada PrF MU

doc. JUDr. Josef Kotásek, Ph.D. (předseda)
prof. JUDr. Josef Bejček, CSc.; prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc.;
doc. JUDr. Věra Kalvodová, Dr.; prof. JUDr. Vladimír Kratochvíl, CSc.;
doc. JUDr. Petr Mrkývka, Ph.D.; doc. JUDr. Radim Polčák, Ph.D.;
prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.; doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D.

DNY PRÁVA 2016 – DAYS OF LAW 2016

Část I. – Právní obyčej

**Eds.: prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc., JUDr. Pavel Salák, Ph.D.,
JUDr. Jiří Valdhans, Ph.D.**

Vydala Masarykova univerzita, Žerotínovo nám. 617/9, 601 77 Brno

Spisy Právnické fakulty MU č. 582 (řada teoretická)

1. vydání, 2017

ISBN 978-80-210-8552-7