

„SÚKROMNÉ PRÁVO“ A „BEZŠTÁTNE PRÁVO“: HISTORICKÉ PARALELY K POSTMODERNEJ SITUÁCIÍ¹

Tomáš Gábris

Úvod

Keď sa v súčasnosti hovorí o dichotomizme verejného a súkromného práva, v kontinentálnom právnom systéme sa toto dvojdelenie chápe ako základný štrukturálny prvok, prvýkrát vyjadrený už v rímskom práve. Avšak tak ako postmoderná filozofia vo svojej postštrukturalistickej podobe spochybňuje štrukturalistické dichotómie,² a tak ako sa dnes v najnovších kodifikáciách a právnych úpravách zmiešavajú prvky verejného a súkromného práva,³ rovnako je možné zamyslieť sa aj nad tým, či je štrukturálny dualizmus verejného a súkromného práva pre kontinentálny právny systém naozaj historicky tradičným a stabilne prítomným. V príspevku hľadáme kontext vzniku a pôvodu tejto zaužívanej dichotómie, pričom základ rozlišovania medzi verejným a súkromným právom síce vidíme nespochybniteľne v recepcii rímskeho práva, ale na druhej strane korene súkromného práva potenciálne vidíme aj v inom zdroji – v predmodernom „bezštátnom“ normatívnom systéme (systémoch) stredovekých normotvorných komunít, ktorý systém mohol byť pohltený súkromným právom v jeho modernom ponímaní práva tvoreného výlučne štátom. V súčasnosti sa pritom opäť objavujú myšlienky, ktoré výlučný monopol štátnej právotvorby spochybňujú, a ovplyvňujú tak opätovne aj otázku bipartície na verejné a súkromné právo v diskurze štátom tvoreného práva, a to pridávaním obnoveného rozmeru „bezštátnych“ alebo „neštátnych“ normatívnych systémov.

1. Dichotómia verejného a súkromného práva a pokusy o jej prekonanie v 20. a 21. storočí

Slovné spojenie „súkromné právo“ sa v súčasnosti vníma primárne v kontexte rímskoprávneho členenia na verejné a súkromné právo. Rímskoprávne vysvetlenie dichotómie práva na verejné a súkromné však zrejme nie je jedinou možnou odpoveďou na vznik a podobu tohto členenia, a tradičné vysvetlenie rímskoprávneho pôvodu tohto dvojdelenia (tzv. teóriou záujmov – občanov verus štátu⁴) vyhovuje skôr diskurzu, epistéme, či paradigme liberálneho 19. storočia, ktorého chápaniu verejnej a súkromnej sféry rímskoprávna

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

² Pre štrukturalistické myslenie je typické práve dichotomické myslenie, napr. v podobe dvojíc legálny/nelegálny, vojna/mier a podobne. Post-štrukturalizmus tieto dichotómie spochybňuje.

³ Napríklad v rámci ochrany spotrebiteľa.

⁴ K rôznym teóriám členenia práva na verejné a súkromné pozri FÁBRY, B. – KROŠLÁK, D.: Verejné a súkromné právo – nové výzvy v systematike práva. *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*, 2007, zv. 25, s. 47–54.

pojmológia ideovo konvenovala. Pritom však aj samotný rímsky predobraz tejto právnej bipartície býva v súčasnosti spochybňovaným – zotázňuje sa totiž, či pri rozlišovaní verejného a súkromného práva pod týmito konceptmi Rimania chápali to isté, čo pod nimi chápeme dnes my. Zachovalo sa nám, a tradične vedecky skúmame, totiž zväčša iba rímske súkromné právo, ktoré zostalo inšpiratívnym a relevantným aj v poklasickej dobe, v neskorších fázach vývoja rímskej, resp. byzantskej ríše, či dokonca v podmienkach stredovekej a novovekej spoločnosti, kým rímske verejné právo bolo naopak zväčša opustené už justiniánskymi právnikmi, a tak si dnes podľa niektorých autorov neuvedomujeme, že rímske verejné právo upravovalo aj mnohé iné otázky než len tie, ktoré aktuálne považujeme za (verejno)právne – upravovalo totiž aj viaceré náboženské a iné otázky, ktoré by sme v súčasnosti asi za súčasť verejného práva, či práva vo všeobecnosti, ani nepovažovali.⁵ Už len preto moderné členenie na verejné a súkromné právo nemôže obsahovo plne zodpovedať obdobnému rímskoprávnemu členeniu, a liberálna právna veda 19. storočia toto dvojdelenie prevzala a potvrdila zrejme skôr z tých dôvodov, že rozlišovanie verejných a súkromných záujmov zodpovedalo dobovým ideovým a politickým cieľom dodnes stále aktuálneho myšlienkového a hodnotového prúdu – liberalizmu.

S týmto „odhalením“ sa však v našom príspevku neuspokojíme, a pokúsime sa v zmysle naznačenom vyššie odhaliť aj možné ďalšie korene, predobrazy a zdroje bipartície na verejné a súkromné právo v kontinentálnej Európe, a to aj v historicky inej než aktuálne uznávanej podobe verejného a súkromného práva. Tzv. foucaultovskou archeológiou⁶ sa totiž môžeme pokúsiť prepracovať k odhaleniu starších historických diskurzov o vzťahu verejného a súkromného práva, a to vrátane diskurzov, ktoré síce s vlastnými pojmi verejného a súkromného práva nepracovali, ale pracovali s konceptmi genealogicky podobnými. Výsledkom takejto „archeológie“ a „geneológie“ konceptov verejného a súkromného práva v dobových diskurzoch tak môže byť podstatné prehodnotenie doteraz hlásaných ideových koreňov súčasného dvojdelenia na „súkromné právo“ a „verejné právo“, ako aj samotného konceptu „práva“ vo všeobecnosti. Použitím archeologického a genealogického prístupu je totiž možné zísť dokonca až za hranice dnes prevažujúceho diskurzu „štátom tvoreného práva“, a korene moderného súkromného práva hľadať aj v „bezštátnom práve“ autonómnych komunít predmodernej spoločnosti.

Recentná právna história totiž v tejto súvislosti upozorňuje na to, že právo v podobe, v akej ho poznáme a vnímame dnes – kvantitatívne aj kvalitatívne – ako právo tvorené štátom, disponujúcim monopolom zákonnej normotvorby, je iba fenoménom posledných troch stáročí. Až od 18. storočia si totiž štát v strednej Európe vo väčšej miere prisvojil výlučné právo tvoriť a vynucovať právne normy, čo súvisí s presadzovaním idey suverenity štátu a novej hierarchie noriem na čele s právnymi normami tvorenými štátom.⁷ Hovorí

⁵ KANTOR, G. Ideas of Law in Hellenistic and Roman Legal Practice. In: DRESCH, P. – SKODA, H. (eds.): *Legalism: Anthropology and History*. Oxford 2012, s. 83.

⁶ K Foucaultovi a jeho „archeológii“ pozri najmä FOUCAULT, M.: *Archeologie vědění*. Praha, 2002. Tiež FOUCAULT, M.: *Slová a věci*. Bratislava, 2000.

⁷ GENÉT, J.-Ph.: La genèse de l'État moderne [Les enjeux d'un programme de recherche]. *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1997, No. 118, s. 3–18 [online]. [13. 10. 2016]. Dostupné na: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/arss_0335-5322_1997_num_118_1_3219. Podobne TROPER, M.: La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado. *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2013, č. 4, s. 3–32. V anglickom jazyku: TROPER, M.: *The Structure of the Legal System and the Emergence of the State. Straus Working Paper 06/12* [online]. [13. 10. 2016]. Dostupné na: <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/siwp/WP6Troper.pdf>. Porovnaj s WHITMAN, J. Q.: The Transition to Modernity. In: DUBBER, M. – HÖRNLE, T. (eds.): *Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford, 2014.

sa tak v stredoeurópskom kontexte osobitne o období po roku 1750, kedy si štát privlastňuje a preberá dovtedajšiu normotvornú moc šľachty, cirkvi a rodiny.⁸ Ideové prúdy, ktoré boli s týmto vývojom spojené, boli pritom najmä už naznačené osvietenské a liberálne myšlienky zabezpečenia rovnosti pred zákonom, suverenity ľudu, a neskôr demokratického riadenia spoločnosti. Práve tomuto mysleniu vyhovovalo rozlíšiť na jednej strane verejnú sféru ako sféru štátu, ktorý jediný má zákonodarnú moc, a tým garantuje právnú istotu, a na druhej strane súkromnú sféru každodenného života liberálneho občana, a tomu zodpovedajúco rozčleniť aj štátom tvorené právo podľa rímskoprávneho vzoru na právo verejné a súkromné.

Až 20. storočie následne prinieslo dva pokusy o prekonanie takto vytvoreného liberálneho verejno-súkromného právneho dualizmu – najprv v normativistickom poňatí všetkého práva ako práva verejného, keďže je tvorené štátom⁹ (*a contrario* naznačujúc, že pôvodné „bezštátne“ právo predmoderného obdobia by mohlo byť považované za právo súkromné, ako to hypoteticky vyslovíme a preskúmame nižšie), a následne v socialisticom odmietnutí dichotómie práva na verejné a súkromné, odmietajúc liberálne vnímanie konceptov súkromia a súkromného vlastníctva, a prakticky tiež odmietajúc zmluvnú autonómiu.¹⁰ Hoci ani jeden z uvedených dvoch trendov sa napokon trvalo nepresadil, v súčasnosti, v 21. storočí, sme svedkami tretieho prehodnocovania tejto právnej dichotómie, a to vo viacerých ohľadoch – jednak v splývaní verejnoprávnych a súkromnoprávnych prvkov v sociálne koncipovaných kódexoch najvýznamnejších právnych odvetví (napr. presadzovaním štátnych „ochranárskych“ zásahov do súkromného práva), ale tiež osobitne v súvislosti s trendom tzv. právneho pluralizmu,¹¹ zdôrazňujúceho (okrem iného) existenciu autonómnych transnacionálnych normatívnych systémov (ako sú napríklad športové právo, či dokonca podľa niektorých názorov aj kánonické právo), pôsobiacich mimo rámca práva tvoreného a vynucovaného štátom, a tým nabúravajúcich aj tradičnú dichotómiu práva na verejné a súkromné.

2. Historické podoby bezštátneho/neštátneho práva a ich opustenie

Vyššie naznačený prístup k modernému právu ako k výsledku štátneho monopolu normotvorby v podstate znamená odmietnutie myšlienky, že pred 18. storočím existoval jednotný vnútroštátny právny poriadok, tvorený a garantovaný štátom. Pred 18. storočím malo podľa tejto koncepcie existovať popri sebe viacero normatívnych systémov, či už ich označíme ako právne alebo mimoprávne. Práve z tohto predpokladu vychádzajú predstavitelia súčasného prúdu tzv. právneho pluralizmu (napríklad Marc Galanter, Sally Falk Moore,

⁸ WHITMAN, J.: At the Origins of Law and the State: Monopolization of Violence, Mutilation of Bodies, or Fixing of Prices? *Chicago-Kent Law Review*, 1996, Vol. 71, s. 41–84.

⁹ *Grundnorm* totiž predstavuje základ ako štátu, tak aj všetkého práva. WEYR, F.: *Soustava československého práva státního*. 2. vyd. Praha, 1924, s. 56–57; KELSEN, H.: *Pure Theory of Law*. Clark NJ, 2009, s. 209.

¹⁰ Porovnaj dva príspevky: KNAPP, V.: Právo veřejné a soukromé. *Právník*, 1950, roč. 89, č. 2, s. 82; KNAPP, V.: Aktuální problémy systému československého práva. *Právník*, 1990, roč. 129, č. 11, s. 964.

¹¹ Pozri najmä TAMANAHA, B.: The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*, 1993, 20, s. 192–217; TAMANAHA, B.: Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. *Sydney Law Review*, 2008, 30, s. 374–411; FULLER, Ch.: Legal Anthropology : Legal Pluralism and Legal Thought. *Anthropology Today*, 1994, Vol. 10, No. 3, s. 9–12; BENDA-BECKMANN, F. von.: Recht ohne Staat im Staat: Eine rechtsethnologische Betrachtung. In: KADELBACH, S. – GÜNTHER, K. (eds.). *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtssetzung*. Frankfurt am Main, 2011, s. 175 a nasl.

Peter Fitzpatrick, Roger Cotterrell, Gunther Teubner, Boaventura de Sousa Santos, Sally Engle Merry a Masaji Chiba),¹² ktorí pripodobňujú historické normatívne systémy spreď 18. storočia k súčasnému pluralizmu právnych poriadkov,¹³ vyskytujúcemu sa osobitne v bývalých mimoeurópskych kolóniách,¹⁴ príp. prejavujúcemu sa v podobe aplikácie práva šarie v západnej Európe, či prejavujúcemu sa v existencii špecifických normatívnych systémov, akými sú systémy nadnárodného športového „práva“, celosvetovej autonómnej internetovej regulácie, či dokonca systém kánonického práva katolíckej cirkvi.¹⁵ Tvrdia pritom zhodne, že aktuálne prítomný právny, resp. normatívny pluralizmus už raz v európskych dejinách existoval – konkrétne, že má predobraz v podobe predmoderného európskeho „právneho pluralizmu“. Toto tvrdenie však právní historici relativizujú tým, že v stredoveku nešlo o „právo“ v dnešnom zmysle – „právo“ sa totiž podľa recentných kritických názorov vo všeobecnosti do 12. storočia chápalo iba ako interpretatívna prax (*lex, mos, ritus, usus*), nie ako normatívny systém,¹⁶ a dokonca termín *lex* vtedy označoval nielen svetské, ale aj cirkevné právo, a dokonca aj náboženské normy.¹⁷ Toto „právo“ pritom ani nebolo vynucované štátom, ale „iba“ rozhodcami, resp. komunitami, ktoré tieto normy tvorili, a tak to zostalo zásadne až do 18. storočia. Na rozdiel od našej predstavy o práve ako o záväznom normatívnom systéme tvorenom a vynucovanom štátnou mocou teda „právo“ bolo v stredoveku tvoreným zásadne bez vplyvu a podielu štátu. Nič na tom nemení ani skutočnosť, že od 12. storočia nastupuje modernejšia idea právnej vedy a práva ako objektívneho normatívneho systému (*lex, ius, Recht*),¹⁸ a to ruka v ruke so začínajúcou juridifikáciou¹⁹ a najmä od 16. storočia aj dôraznejšou sociálnou disciplinarizáciou spoločnosti.²⁰ Aj v tomto prípade totiž šlo najmä o vplyv a vzory kánonického práva, ktoré nebolo *stricto sensu* „štátom tvoreným právom“ (hoci teoreticky v jeho pozadí stál pápežský štát – ten

¹² Pozri TAMANAHA, B. Z.: A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism. *Journal of Law and Society*, 2000, Vol. 27, No. 2, s. 296.

¹³ S touto ideou sme sa kriticky vysporiadali v príspevku GÁBRIŠ, T.: Právo bez štátu a bez zákona? Postmoderna v práve a jej historické predobrazy. In: *Nové trendy v práve 1*. Banská Bystrica, 2016, s. 72–89.

¹⁴ To je tzv. klasický právny pluralizmus. Pozri MERRY, S.: Legal Pluralism. *Law and Society Review*, 1988, Vol. 22, No. 5, 1988, s. 872.

¹⁵ Pre právo katolíckej cirkvi to tvrdil už v 30. rokoch 20. storočia Santi Romano. Pozri ROMANO, S.: *Die Rechtsordnung*. Berlin, 1975, s. 95.

¹⁶ PILCH, M.: *Der Rahmen der Rechtsgewohnheiten*. Wien, 2009.

¹⁷ Pozri KROESCHELL, K.: *Recht und Rechtsbegriff im 12. Jahrhundert*. Konstanz, 1968, s. 320. Avšak naopak, Luhmann uznáva, že právo existuje vo všetkých spoločnostiach, kde existuje organizovaná moc. Jeho koncepcia sa však označuje ako parazitujúcou na štátnom koncepte práva, nakoľko operuje s termínami ako legálne/ilegálne a podobne. Pozri TAMANAHA, B. Z.: An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, Vol. 15, No. 4, s. 513, 521. Podobne ideu odvekého pôvodu práva prezentuje Rodolfo Sacco v diele „Mute Law“ a antropológ Clifford Geerts v článku „Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective“. Pospisil, známy antropológ českého pôvodu, rozlišuje právnu úroveň aj v rodinnom živote. Pozri ROBERTS, S.: After Government? On Representing Law without the State. *The Modern Law Review*, 2005, Vol. 68, No. 1, s. 6–7.

¹⁸ GROSSI, P.: *Das Recht in der europäischen Geschichte*. München, 2010.

¹⁹ O „Verrechtlichung“ hovorí SCHULZE, W.: *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit*. Stuttgart, 1980, s. 141. Pojem *Verrechtlichung* zaviedol v roku 1928 Otto Kirchheimer v dizertácii „Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus“. Pozri TEUBNER, G.: *Verrechtlichung – ein ultrazyklisches Geschehen*. In: DOSE, N. – VOIGT, R. – ZIEGERT, K. A.: *Politische Steuerung moderner Industrie-Gesellschaften*. München, 1997, s. 11.

²⁰ MAES, L.-Th.: Die drei großen europäischen Strafgesetzbücher des 16. Jahrhunderts. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1977, 94, s. 207–217. Z filozofického hľadiska k disciplinarizácii pozri FOUCAULT, M.: *Dozerat' a trestat'*. Bratislava, 2004. Zoznam literatúry k disciplinarizácii ponúka: WEBER, M.: Bereitwillig gelebte Sozialdisziplinierung? *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1998, 115, s. 420–440. Tiež SCHILLING, H. (ed.): *Institutionen, Instrumente und Akteure sozialer Kontrolle und Disziplinierung im frühneuzeitlichen Europa*. Frankfurt am Main, 1999.

mohol podľa niektorých názorov slúžiť zároveň ako inšpirácia pre vznik absolutistických monarchií v Európe²¹), a vplyv rímskoprávneho „*ius commune*“, ktoré tiež bolo primárne tvorené a formulované právnymi vedcami, a vyučované na stredovekých univerzitách ako teoretická disciplína;²² napriek ideí rímskeho práva ako „cisárskeho práva“ vidíme teda aj v prípade „rímskeho práva“ – minimálne v „neríšskych“ štátoch – nesúlad s tým, čo za právo považujeme dnes – produkt štátnej normotvorby.²³

Výrazným rozdielom oproti súčasnému právnemu pluralizmu je tak podľa právnych historikov práve to, že kým obdobie stredoveku predstavovalo obdobie politického vákuu, v ktorom vznikali popri sebe viaceré normatívne systémy miestnych komunít za súčasnej neexistencie štátom tvoreného práva, v súčasnosti ide o úplne inú situáciu – pluralitné systémy vznikajú popri štátom vytváranom práve.²⁴

Postupný zrod skutočnej štátnej normotvorby a skutočného „štátom tvoreného práva“ sa pritom spája až s obdobím absolutizmu počnúc od 16. storočia, kedy kánonické právo a univerzitné „rímske právo“ napriek svojej špecifickej povahe vytvorili cestu pre modernú ideu práva ako osobitného normatívneho systému tvoreného najvyššou normotvornou autoritou – panovníkom, v absolutizme stelesňujúcim štátny monopol tvorby práva. Absolutistický panovník a štát 16. až 18. storočia sa totiž snažili prevziať všetky dovtedajšie nástroje sociálnej kontroly, či už šlo o normy cirkvi, obcí, cechov, miest, či iných komunít, a premeniť ich na „právo“ v duchu rímsko-kánonického práva garantovaného panovníkom. Caenegem ako príklad uvádza udalosti v Španielsku, kde už na prelome 15. a 16. storočia (obdobné udalosti sa v našich končinách spájajú až s 18. storočím) 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 právnikov, a kráľovská autorita sa mala stať jediným prameňom práva. Podobne v Portugalsku Ordenações Manuelinas z roku 1514 (revidované 1521) hovoria o kráľovi ako jedinom zákonodarcovi.²⁵ Zároveň učené právnici, tým, že sa stali úradníkmi absolutistického štátu, tiež začali svoje názory na právo vteľovať do panovníkom vydávaných zákonov; v súlade s Halpérinovou teóriou o role právnikov pri tvorbe právneho systému²⁶ sa tak právo čoskoro stalo z „učenej“ a „neštátnej“ idey záväznou a štátom vynútitel'nou reguláciou ovplyvňujúcou každodenný chod štátu a životy všetkých obyvateľov. Štát, resp. absolutistický panovník, tak postupne s pomocou učených právnikov vytvorili modernú „ideu práva“, ktorú sme zdedili do dnešných dní – vo forme štátom tvorenej a vynuцovanej normotvorby.

Povedomie o pôvodne neštátnej normotvorbe však stále prežívalo aj v tomto období – v 19. storočí tak nemecká historickoprávna škola začala opätovne zdôrazňovať význam autonómnych komunít a ich možnosť tvoriť objektívne právo – hoci pritom už operovala s pojmom „práva“ vytvoreným absolutistickým štátom.²⁷ Na začiatku 19. storočia tak Karl

²¹ Tvrdí to BERMAN, H.: *Law and Revolution I: The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard, 1983, s. 553.

²² MEDER, S.: *Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtssetzung*. Tübingen, 2008, s. 55.

²³ KADELBACH, S. – GÜNTHER, K.: Recht ohne Staat? In: KADELBACH, S. – GÜNTHER, K. (eds.), c. d., s. 14.

²⁴ DI ROBILANT, A.: Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, 2006, Vol. 54, No. 3, s. 523–524.

²⁵ CAENEGEM, R. van.: History of European Civil Procedure. In: *International Encyclopaedia of Comparative Law*, 1973, XVI, 2, s. 64–66.

²⁶ HALPÉRIN, J. L.: *Five Legal Revolutions Since the 17th Century : An Analysis of a Global Legal History*. Berlin, 2014, s. 187–188.

²⁷ MEDER, c. d., s. 58.

Friedrich Eichhorn (1781–1854) rozlíšil *ius scriptum* ako štátom prijímané zákony, a *ius non scriptum* ako autonómne normatívne systémy, kam radil aj sudcovskú tvorbu práva.²⁸ (Kým pritom Georg Friedrich Puchta (1798–1846) rozlišoval medzi *ius scriptum* a *ius non scriptum* doslovnne, väčšina autorov tieto pojmy chápala tak, že *ius scriptum* je tvorené zhora (štátom), a *ius non scriptum* je tvorené zdola (komunitami, ľuďom) – tak tieto termíny chápali Joseph Anton Mittermaier (1787–1867), Romeo Maurenbrecher (1803–1843), a aj spomínaný Eichhorn.²⁹) Do zástoja predstaviteľov uznávajúcich normotvorbu „zdola“ sa okrem toho radí aj veda prezentovaná Georgom Beselerom (1809–1888), Ottom Bährom (1817–1895) a Ottom von Gierkem (1841–1921), ktorí spoločne priznávali normotvornú silu aj spolkom, spoločenstvám a komunitám, a ich jednotiacemu prvku – autonómii, o ktorej Puchta vyslovene hovoril ako o zdroji moci korporácií nad ich členmi, ktorá nie je zmluvnej povahy.³⁰

Tieto názory však napokon boli v nemeckej právnej vede prekonané a opustené – pandektná právna veda 19. storočia v osobnostiach akými boli Carl Friedrich von Gerber (1823–1891) a Paul Laband (1838–1918) stelesnila vedu, ktorá chcela zmeniť nemeckú ríšu na monolitický „*Anstaltsstaat*“, ktorý pri sebe neznesie žiadnu neštátnu normotvornú autonómiu. Autonómiu ako zdroj práva tak postretol rovnaký osud ako právnu obyčaj a právnu vedu (resp. interpretáciu práva právnikmi, tzv. *Juristenrecht*³¹) – prestali byť prameňmi práva.³² Odôvodnenie nájdeme napríklad u Gerbera – ten výslovnne odmietal autonómiu ako prameň práva, lebo sa tak vraj stráca rozdiel medzi tvorbou práva a aplikáciou práva (realizáciou práva) – autonómia totiž podľa neho nemá silu tvoriť právo, ale je len zdrojom pre právne úkony, v štáte určených hraniciach.³³ Nadviazalo sa tu pritom na staršiu legistickú a kanonistickú teóriu – už stredovekí legisti a kanonisti totiž mali za cieľ obmedziť normotvornú autonómiu a všetko podriadiť pod kontrolu cisára alebo pápeža. Autonómia tak viac nemala byť samostatným zdrojom „neštátneho“ práva, ale nanajvýš len zdrojom vzniku zmluvných vzťahov, a teda súčasťou záväzkového práva.³⁴ Podľa Labanda bola totiž normotvorná autonómia v rozpore so suverenitou (štátu).³⁵ Tu sa pritom obaja veľkí právniky zhodli aj so Savignym, ktorý tiež tvrdil, že právne úkony tvoria iba subjektívne právo, nie právo objektívne.³⁶ Savigny tiež dokonca žiadal, aby sa pojem „autonómia“ úplne opustil, aby tento termín adresátov práva nemiatol.³⁷ V tomto duchu

²⁸ MEDER, c. d., s. 44.

²⁹ MEDER, c. d., s. 115.

³⁰ PUCHTA, G. F.: *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. 5. vyd. Leipzig, 1862, § 11 (s. 28). Citované podľa MEDER, c. d., s. 64. Prejavom autonómie boli však nielen vnútorné akty korporácií, ale aj súkromné kniežacie právo – *Privatfürstenrecht*, t.j. napr. kniežacie „Hausgesetze“. MEDER, c. d., s. 45 a 117. Pozri podrobnejšie GIERKE, O. von.: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Bd. III. Berlin, 1881, s. 719 a nasl.

³¹ „*Juristenrecht*“ sa štát pokúšal podriadiť si už v Ríme – prostredníctvom *ius respondendi*. Pozri MEDER, c. d., s. 163.

³² MEDER, c. d., s. 58, 139, 163.

³³ V diele GERBER, C. F. von.: *Über den Begriff der Autonomie*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 1854, 37, s. 36 a 46. S Gerberom súhlasil aj Jhering (JHERING, R. von.: *Der Zweck im Recht*. Zv. I. 3. vyd. Leipzig, 1893, s. 320). Citované podľa MEDER, c. d., s. 60–61.

³⁴ MEDER, c. d., s. 53.

³⁵ Pozri LABAND, P.: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Bd. I. 5. vyd. Tübingen, 1911, s. 106. Citované podľa MEDER, c. d., s. 63.

³⁶ SAVIGNY, F. C. von.: *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. I. Berlin, 1840, § 6, s. 12.: „*Will man z. B. die Bedingungen irgend eines Rechtsverhältnisses vollständig aufzählen, so gehört dazu unzweifelhaft fowohl das Daseyn einer Rechtsregel, als eine dieser Regel entsprechende Thatsache, also z. B. ein Gesetz, welches die Verträge anerkennt, und ein geschlossener Vertrag selbst. Dennoch sind diese beiden Bedingungen specifisch verschieden, und es führt auf Verwirrung der Begriffe, wenn man Verträge und Gesetze auf Eine Linie als Rechtsquellen stellt.*“

³⁷ MEDER, c. d., s. 64.

skutočne Wilhelm Eduard Wilda (1800–1856) v roku 1842 preniesol pojem *Privatautonomie* z tvorby práva do zmluvných vzťahov.³⁸ Odtiaľ bol nakoniec už len krok k tomu, aby pozitivistu ako Carl Bergbohm (1849–1927) a Hans Kelsen (1881–1973) vyžadovali pre vznik práva uznanie štátom alebo priamo výlučne štátnu tvorbu práva.³⁹ Definitívne sa tak mala opustiť predstava práva bez štátu, a tiež predstava „autonómneho“ práva, v prospech autonómie v rámci súkromného práva ako súčasť štátom tvoreného normatívneho systému, kde sa autonómia uznáva iba v zmysle zdroja právnych úkonov (subjektívneho práva), a nie objektívneho práva.

Na základe uvedeného prehľadu vývoja od neštátnych normatívnych systémov k štátnemu monopolu tvorby a vynucovania práva, a osobitne na základe príbehu pretransformovania normotvornej autonómie do oklieštenej podoby zmluvnej autonómie ako súčasť súkromného práva v nemeckej právnej vede (ovplyvňujúcej celú strednú Európu vrátane územia dnešnej Českej aj Slovenskej republiky) sa záverom zdá byť akceptovateľným tvrdenie, že pri hľadaní koreňov dichotomizmu súkromného a verejného práva v kontinentálnom právnom systéme môžeme okrem zaužívanej a opakovane zdôrazňovanej tézy rímskoprávneho vzoru (vyhovujúceho liberalistickému 19. storočiu) pracovať aj s druhou, doteraz osobitne nezdôrazňovanou tézou – tézou, podľa ktorej existuje aj druhý ideový koreň moderného súkromného práva, ktorý je evolučne kontinuálny s predchádzajúcim feudálnym právnym poriadkom, resp. súkromnou normotvorbou predmoderných autonómnych korporácií. Pôvodná neštátna normotvorba autonómnych korporácií sa totiž až v 19. storočí v teóriách právnikov presadzujúcich štátny právny monopol (napriek protichodným snahám a odporu historickoprávnej školy) definitívne pretransformovala do oklieštenej podoby súkromnoprávnej autonómie, a stala sa tak súčasťou moderného zmluvného (záväzkového) práva, v ktorej oslabenej podobe prežíva až dodnes.

3. Bezštátne právo a súkromné normatívne systémy v súčasnosti

Autonómnou normotvorbu nezávislú od štátu nepresadzovala iba nemecká historickoprávna škola 19. storočia, a idea neštátnej normotvorby, resp. neštátneho práva, nezomrela definitívne jej porážkou v nemeckej právnej vede. Taliansky teoretik 30. rokov 20. storočia, Santi Romano, predchodca modernej idey právneho pluralizmu, taktiež hlásal myšlienku, že právo je primárne sociálnou normou, a každá sociálna inštitúcia si podľa neho tvorí vlastné sociálne normy, čím si vytvára vlastné právo.⁴⁰ Hoci nás pritom toto jeho jednoduché riešenie nemusí presvedčiť, používanie pojmu „právo“ na označenie neštátnych noriem vskutku nie je v 20. ani 21. storočí vôbec nezvyčajným: napríklad už v roku 1933 nemecký právnik Hans Grossmann-Doerth použil slovné spojenie „*selbstgeschaffenes Recht (der Wirtschaft)*“ ako synonymum pre všeobecné obchodné podmienky, a aj súčasný nemecko-rakúsky právny historik Miloš Vec používa vo svojich dielach synonymné označenia „*autonomes Recht*“, či „*Privatgesetzgebung*“ na označenie neštátnych normatívnych systémov.⁴¹ Ipsen obdobne používa spojenie „*private Normenordnungen*“

³⁸ WILDA, W. E.: *Autonomie*. In: *Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten*. Bd. 1. Leipzig 1839, s. 547. Citované podľa MEDER, c. d., s. 164.

³⁹ MEDER, c. d., s. 59.

⁴⁰ ROMANO, c. d., s. 44–45. Porovnaj DI ROBILANT, c. d., s. 499–554.

⁴¹ VEC, M.: *Das selbstgeschaffene Recht der Ingenieure. Internationalisierung und Dezentralisierung am Beginn der Industriegesellschaft*. In: HÉRITIER, A. et al. (eds.): *European and International Regulation*

alebo „*autonome Rechtsordnungen*“, a radí k nim normatívne systémy známe ako *lex mercatoria*, *lex informatica (digitalis)*, či *lex sportiva*.⁴² Ďalšími príkladmi takejto súkromnej, autonómnej, neštátnej regulácie sú v súčasnom svete podľa autorov zastávajújúcich ideu neštátneho práva napríklad normy americkej korporácie ICANN ako najvyššej organizácie pre správu internetu a pre doménové mená, či rôzne pravidlá ekonomických ratingových agentúr, a i.⁴³ Hovorí sa tiež o *lex tecnica*, *lex culturalis* – t.j. o normách autonómnej klasifikácie filmov, či o *lex constructionis* – o medzinárodných stavebných normách.⁴⁴ Sám Ipsen však skepticky tvrdí, že všetky tieto systémy sú len prechodným štádiom, a v budúcnosti budú podriadené štátnej kontrole, a teda podľa neho štát v skutočnosti stále zostáva a zostane hlavným garantom základných práv a slobôd občanov. Popiera preto samostatné „transnacionálne právo“ (bezštátne, či neštátne právo).⁴⁵

Podriadené štátnej kontrole však naopak ani v budúcnosti nemusia byť normatívne systémy ako sú medzinárodné právo, či európske právo, alebo právnu vedou a judikatúrou presadzované právne princípy, ktoré tiež predstavujú istú nadstavbu štátom tvoreného normatívneho systému. Aj v 20. storočí tak napríklad známy nemecký právnik Helmut Coing uznával, že popri štátom tvorenom práve existuje aj cirkevné a medzinárodné právo ako mimoštátne právo – a do rovnakej kategórie podľa neho patrí aj právo tvorené korporáciami. Mal totiž za to, že právo nemusí mať ako svoj základný znak vynútiteľnosť.⁴⁶ Proti Ipsenovmu názoru popierajúcemu neštátne právo tak stoja viacerí autori opačného tábora, zastávajúci ideu neštátneho práva a právneho pluralizmu – podľa nich je totiž moderná realita právneho pluralizmu vlastne realitou oslabovania „štátneho“ práva.⁴⁷ Štát totiž podľa nich najprv „plne obsadil normatívne pole“ („*fully occupied the field*“), prisvojil si právomoci, ktoré mu nemusia nevyhnutne patriť, a teraz sa podľa nich z tohto poľa čiastočne sťahuje, ponechávajúc si iba subsidiárnu pôsobnosť,⁴⁸ prenechávajúc priestor sociálnym normám iným ako právu, resp. mimoprávnym sociálnym systémom. Ak pritom vo svetle vyššie uvedeného výkladu polemiky v nemeckej právnej vede 19. storočia akceptujeme, že súkromné právo vo vnútroštátnych poriadkoch predstavuje čiastočne kontinuanta predmodernej súkromnej autonómnej normotvorby, je iba pochopiteľné, že aj transnacionálnym autonómnym sociálnym normatívnym systémom sa v podmienkach právneho pluralizmu v súčasnosti pripisuje označenie „súkromných“ normatívnych systémov.⁴⁹

Súkromné právo tak akoby v súčasnosti malo svoju „štátnu“ a zároveň aj (opätovne) „bezštátnu“ zložku. Pritom je však potrebné zdôrazniť skutočnosť, že aj samotné transna-

after the Nation State. Baden-Baden, 2004, s. 96–97; VEC, M.: Multinormativität in der Rechtsgeschichte. In: *Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, Jahrbuch 2008*. Berlin, 2008, s. 155–166.

⁴² IPSEN, N. Ch.: *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?* Berlin, 2009, s. 32. Z ďalších autorov ide najmä o: TEUBNER, G. (ed.): *Global Law without a State*. Aldershot, 1997. TEUBNER, G.: *Globale Bukowina*. *Rechtshistorisches Journal*, 1996, 15, s. 255 a nasl.

⁴³ Porovnaj WALTER, Ch.: (Inter)national Governance in verfassungsrechtlicher Perspektive : Überlegungen zu Möglichkeiten und Grenzen der Entwicklung eines „Internationalen Verfassungsrechts“. In: HÉRITIER, c. d., s. 48–49.

⁴⁴ Pozri KADELBACH, S. – GÜNTHER, K.: Recht ohne Staat? In: KADELBACH – GÜNTHER, c. d., s. 19–21.

⁴⁵ IPSEN, c. d., s. 246.

⁴⁶ COING, H. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. 4. vyd. Berlin, 1985, s. 283–285. Citované podľa MEDER, c. d., s. 78.

⁴⁷ SOUSA SANTOS, B. de: Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 1987, Vol. 14, No. 3, s. 279–302.

⁴⁸ ZIPPELIUS, R.: *Verhaltenssteuerung durch Recht und kulturelle Leitideen*. Berlin, 2004, s. 161.

⁴⁹ Hneď v nadpise diela IPSEN, c. d.

cionálne systémy obsahujú výrazný prvok nerovnosti subjektov vo svojich vnútorných vzťahoch, čím sa približujú k znakom verejnoprávnosti⁵⁰ (a obdobne to nepochybne platilo aj v predmoderných autonómnych normatívnych systémoch). Súčasná postmoderná situácia tak akoby stierala rozdiely nielen medzi súkromným a verejným právom vo vnútroštátnych poriadkoch (v najnovších právnych úpravách prinášajúcich verejnoprávne prvky do súkromného práva a súkromnoprávne prvky do verejného práva), ale tiež triešti súkromné právo na jeho štátnu a bezštátnu zložku (v transnacionálnych normatívnych systémoch), ktorá sa pritom tiež vyznačuje určitými „verejnými záujmami“.

Záver

V príspevku sme pri hľadaní koreňov dichotomizmu súkromného a verejného práva v kontinentálnom právnom systéme prišli k záveru, že okrem zaužívanej a opakovane zdôrazňovanej tézy rímskoprávneho vzoru tohto verejno-súkromného dualizmu (vyhovujúceho liberalistickému zmysľaniu 19. storočia) môžeme pracovať aj s druhou, doteraz osobitne nezdôrazňovanou tézou, podľa ktorej existuje aj druhý ideový koreň moderného súkromného práva, evolučne kontinuálny s predchádzajúcim feudálnym právnym poriadkom, resp. so súkromnou normotvorbou predmoderných autonómnych korporácií. Súčasný koncept súkromného práva tvoreného štátom môže totiž svojimi základnými princípmi (osobitne autonómiou) predstavovať pokračovanie, resp. pohltenie predchádzajúcej bezštátnej/neštátnej autonómnej normotvorby. Ak sa pritom v súčasnosti opäť objavujú idey bezštátneho (*non-state*) práva, napríklad v podobe normatívnych systémov športového práva, znamená to obnovu diskurzu bezštátneho práva, v ktorom sa opätovne prejavuje prvok normotvornej autonómie, ktorý bol v podmienkach nemeckej právnej vedy 19. storočia pretransformovaný do oklieštenej podoby autonómie súkromnoprávnej – ako zdroja subjektívneho práva (právnych úkonov), namiesto zdroja objektívneho práva. V postmodernej súčasnosti sa tak v „súkromných“ normatívnych systémoch zrejme stretávame s akousi čiastočnou obnovou predmodernej normotvornej autonómie. Výsledkom je potom popri stieraní rozdielov medzi súkromným a verejným právom prítomnom v súčasných vnútroštátnych právnych poriadkoch navyše aj trieštenie súkromného práva na jeho štátnu a bezštátnu (neštátnu) zložku, ktorá napokon ešte sama rozoznáva aj určité vnútorné neštátne „verejné záujmy“.

⁵⁰ Prejavuje sa to napríklad rôznymi formami spolupráce medzi súkromnými subjektami, napr. medzinárodnými mimovládnyimi organizáciami na jednej strane, a medzinárodnými vládnymi organizáciami na strane druhej. Pozri DI ROBILANT, c. d., s. 524.

„Private Law“ and „Stateless Law“: Historical Parallels to Postmodern Situation

Tomáš Gábriš

Summary

The author of the article is in search of alternative roots of the dichotomy between private and public law in the continental legal system. He proposes that in addition to the well-known thesis of Roman legal model of public-private dualism (being in line with the liberal mentality of the 19th century) one can also offer another, previously disregarded thesis on a second source of the dichotomy – claiming that modern private law is partially continuous with the pre-modern autonomous rule-making by feudal corporations, in contrast to the public state-owned monopoly of lawmaking, prevailing in the 19th and 20th centuries. The modern concept of private law with its basic private-law principles (especially the idea of autonomy of will) could thus be perceived under this explanatory hypothesis as an unacknowledged continuation or absorption of non-state (stateless) autonomous rule-making into the modern legal system created by state. This absorption can be witnessed in the works of German legal scholars of the 19th century, turning the normative autonomy of pre-modern communities into a truncated form of autonomy of will in the modern private law context, with modern autonomy of will being considered only a source of subjective rights (legal action) rather than a source of objective law. In: the current situation of the 21st century, however, the idea of stateless (non-state) law revives again – for example, in the form of private normative systems such as so-called sports law, meaning in fact a renovation of the discourse of stateless law, based on an idea of legislative autonomy and legal pluralism. The result is – on one hand – blurring of differences between private and public law in the national legal systems of continental Europe, and – on the other – fragmentation of private law into the state-made and stateless (non-state) components of private law.