

Původ bipartity legisakčního řízení

Origin of Bipartite *legis actio* Procedure

Pavel Zálíš^{*}

Abstrakt

Článek se v první části věnuje teoriím zabývajícím se důvody a okolnostmi vedoucí k rozdělení legisakčního řízení do dvou fází, tj. *in iure*, jež se odehrávala před úředníkem a *apud iudicem*, v němž spor rozhodoval jmenovaný soudce. V základních rysech představuje ty teorie, které podstatným způsobem ovlivnily poznání a další směr výzkumu v této oblasti. V další části pojednává v kontextu zaměření tohoto článku municipálním zákonem *lex Irnitana*, který nabízí vhled do reformovaného formulovaného procesu, který mimo jiné upravuje volnost sporných stran při výběru osoby soudce. Poslední část nabízí pohled z perspektivy právně-antropologických a etnografických výzkumů probíhajících v minulém století v moderních primitivních společnostech, které mohou pro účely studia římského práva poskytnout širší vhled a napomoci ozřejmit motivace a důvody vedoucí k bipartitě římského procesu. Antropologické materiály totiž umožňují lépe pochopit právní i mimoprávní vazby, které jsou determinovány sociální strukturou archaických a primitivních komunit. Díky tomu můžeme identifikovat některé tradované omyly týkající se přístupu archaických a primitivních společností k právu.

Klíčová slova

Legis actio; in iure; apud iudicem; lex Irnitana; bipartita římského procesu; urovnávání sporů.

Abstract

The first part of the article deals with theories dealing with the reasons and circumstances leading to the division of the legislative procedure into two phases, ie *in iure*, which took place before the magistrate and *apud iudicem* in which the dispute was decided by the appointed judge. In its basic features, it presents those theories that have significantly influenced the knowledge and further direction of research in this area. The next part deals in the context of the focus of this article with the municipal law *lex Irnitana*, which offers insight into the reformed formulated process, which, among other things, regulates the freedom of the disputing parties in choosing the person of the judge. The last part offers a perspective from the perspective of legal-anthropological and ethnographic research conducted in the last century in modern primitive societies, which can provide a broader insight for the purposes of studying Roman law and help clarify the motivations and reasons leading to the bipartite Roman process. Anthropological materials make it possible to better understand the legal and non-legal ties that are determined by the social structure of archaic and primitive communities. Thanks to this, we can identify some traditional errors concerning the approach of archaic and primitive societies to law.

Keywords

Legis actio; in iure; apud iudicem; lex Irnitana; Bipartite Roman Process; Dispute Settlement.

* JUDr. Pavel Zálíš, doktorand, Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of the History of the State and Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: zalis@akzalis.cz

Úvod

Prostřednictvím Gaiových Institucí máme poměrně jasnou představu o průběhu legisakčního řízení, ovšem z pramenů se nám nedostává informací o jeho původu, zejména o tom, zda mu římscí králové předsedali, tak jak tvrdí tradice, nebo jaká skutečnost vedla Římany k rozdělení soudního řízení do dvou stadií apod.¹ Římská tradice připisuje původ rozdělení římského procesu šestému králi Serviu Tulliovi, který údajně dobrovolně omezil svou jurisdikční pravomoc tím, že nechal soukromé spory rozhodovat senátory.² Do té doby ji vykonávali římscí králové neomezeně,³ jak informují antické zdroje, zejména Cicero,⁴ Pomponius,⁵ Dionýsios⁶ a Livius.⁷ Starší škola v čele s Theodorem Mommsenem a Paul F. Girardem odmítala akceptovat proklamované dobrovolné omezení královské moci, jelikož jej považovala za historicky nevěrohodné a nehodnotné.⁸ Podle ní starověcí autoři v prvním století před naším letopočtem už neměli k dispozici spolehlivé informace o ústavním uspořádání státu v období monarchie a jejich tvrzení jsou více založená na konstruktivním myšlení než na skutečných historicky relevantních důkazech. Ostatně Cicero sám podle nich poskytuje vodítko, kde mohl získat představu o *iudicia regia*, když naznačuje, že druhý římský král Numa Pompilius převzal řecké zákony a kultu bohů, čímž do jisté míry připodobňuje římské krále k řeckým basileům.⁹ Mommsen antickými autory vylíčený vývoj považoval za idealizovaný a za jakýsi předobraz ideálního

¹ Dio. Hal. 4.25, 36; Cic. *rep.* 5.3; D.1.2.2.1.

² Dio. Hal. 5.25, 36.

³ Dionýsios na druhou stranu uvádí, že již Romulus delegoval část svého *iurisdictio* na senátory, kterým přenechal rozhodování méně závažných případů, zatímco sobě ponechal rozhodování v těch nejzávažnějších. Dio. Hal. 2.14.

⁴ Cic. *rep.* 5.2.3: „... nihil esse tam regale quam explanationem aequitatis, in qua iuris erat interpretatio quod ius privati petere solebant a regibus. Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis sed omnia conficiebantur iudiciis regis.“ [„...nic nebylo tak královské jako vysvětlení spravedlnosti, v němž byl výklad práva, neboť právo si vyžadovali soukromníci od králů, a z té příčiny byla vymezována daleká a široká území pro pole, nivy, les a pastviny, jež měla být královským územím a měla být vzdělána bez práce králů, aby je neodváděla od záležitostí týkajících se lidu žádná starost o soukromý majetek. Žádný soukromník nebyl soudcem nebo rozhodčím nějaké pře, nýbrž všechno bylo vyřizováno královskými rozsudky.] CICERO, Marcus Tullius. *O věcech veřejných*. Praha: OIKOYMENH, 2009, s. 131.

⁵ D.1.2.2.1: „Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur.“ [Na počátku naší obce začal národ nejdříve spravovat své záležitosti bez ustanoveného zákona a bez ustanoveného práva, a vše bylo řízeno rukou králů.] BLAHO, Peter et al. *Digesta, neboli, Pandekty: svazek I, kniha I–XV, vybrané části = Digesta, seu, Pandectae: tomus I, liber I–XV, fragmenta selecta*. Praha: Univerzita Karlova, 2015, s. 131.

⁶ Dio. Hal. 5.25 a 10.1.

⁷ Liv. 1.41.

⁸ GIRARD, Paul Frédéric. *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. Paris: A. Rousseau, 1901, s. 81–82; MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Leipzig: Verlag von Duncker and Humblot, 1899, s. 5–6.

⁹ ARISTOTELES. *Politika*. 1285b.; WLASSAK, Moriz. *Römische Prozessgesetze*. Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1888, s. 12.

ústavního státu,¹⁰ ve kterém došlo ke zrušení otroctví¹¹ a králi Serviovi Tulliovi leželo na srdci štěstí a blaho lidu, což se projevilo i v tom, že omezil své pravomoci ve prospěch obecného blaha.¹² Odmítneme-li ovšem antické tradiční podání o původu rozdělení soudního řízení na dvě části, jak můžeme vysvětlit tento specifický aspekt římského procesu, který nemá v jiných starověkých státech adekvátní paralelu? V tomto článku se pokusíme nabídnout možnou odpověď.

1 Teorie o původu bipartity

V moderní době budila bipartita legisakčního a navazujícího formulovaného procesu vždy značnou pozornost, a proto vzniklo nemalé množství teorií snažících se objasnit důvody a okolnosti vedoucí k rozdělení prvního soudního řízení do dvou natolik odlišných fází. Tyto teorie oscilují od těch vskutku vědecky sofistikovaných až po méně uvěřitelné, resp. nepravděpodobné, které se opíraly často pouze o jeden historický aspekt legisakčního nebo formulovaného procesu. Lze je v zásadě rozdělit do dvou základních kategorií podle toho, zda její zastánci vyzdvihují soukromý prvek (tj. soukromou arbitráž či obecné řízení před soudcem), nebo naopak upřednostňují prvek veřejný (tj. vliv státu, krále nebo úředníku v první fázi). Můžeme je ovšem také dělit dle primární premisy, na které jsou vystavěny: (1) Arbitrážní teorie vychází z předpokladu, že římské soudní řízení vycházelo z dobrovolné kmenové arbitráže, do níž v průběhu etatizace začal stát stále silněji regulativně zasahovat, (2) teorie státního původu založená na předpokladu dominantní moci státu, který delegoval část výkonu jurisdikce na soudce nebo jejich předchůdce, nejčastěji z důvodu uvolnění administrativní zátěže úředníků (Kaser mluví o tzv. „Entlastungstheorie“ – teorie úlevy),¹³ dále (3) demokratická teorie vycházející z předpokladu, že v době přechodu království na republiku stát částečně ustoupil demokratickým tlakům, což se promítlo i v soudní sféře a konečně (4) teorie vlivu iracionálních technik, která předpokládá, že došlo k ovlivnění první fáze magickým a náboženským formalismem, což vedlo k rozdělení řízení na dvě části, formální *in iure* a neformální *apud iudicem*. Níže se seznámíme s těmi nejvlivnějšími v rámci každé kategorie, které hlouběji ovlivnily způsob nahlížení na raný římský proces.

1.1 Arbitrážní teorie

Zastánci tzv. arbitrážní teorie spatřují těžiště nejstaršího soudního procesu v řízení před soudcem či rozhodcem, přičemž jejich názor se v tomto směru nejčastěji opírá o druhou, víceméně neregulovatelnou, fázi *apud iudicem*, dále o možnost stran zvolit si osobu

¹⁰ „... vermutlich spätrepublikanische Schilderung des idealen Rechtsstaates...“ MOMMSEN, 1899, op. cit., s. 5, pozn. 1.

¹¹ Dio. Hal. 4.9.

¹² Dio. Hal. 4.25.

¹³ KASER, Max. Prätor Und Judex im Römischen Zivilprozess. *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1964, roč. 32, č. 3, s. 329–363.

soudce a v neposlední řadě i o smluvní charakter litiskontestace (*litis contestatio*), která první fázi završuje. Nepřehlédnutelným proponentem této teorie (známé také jako „Schiedsgerichtstheorie“) byl vedle Rudolfa von Jheringa rakouský romanista Moriz Wlassak. Podle něj *litis contestatio* v zásadě představuje smlouvu mezi stranami sporu učiněnou před praetorem a za přítomnosti předvolaných svědků. V této smlouvě sporné strany uvedly rozhodné skutečnosti, určily osobu soudce (*iudex*), který měl spor rozhodnout, a zavázaly se, že se jeho rozhodnutí podrobí.¹⁴ Wlassak věřil v postupný vývoj jurisdikce v soukromých sporech,¹⁵ kdy jednotlivé stupně tvořily: (1) svépomoc, (2) soukromé rozhodčí řízení, v jehož rámci se strany dohodly na základě smlouvy svěřit řešení sporu neustranné třetí straně, (3) polostátní řízení („der halbstaatliche Privatprozeß“),¹⁶ tedy řízení charakterizované postupným přebíráním kontroly státu nad soukromým rozhodčím řízením v podobě částečné participace na výkonu justice (resp. legisakční a formulované řízení) a (4) čistě státní řízení (kogniční řízení).

Podle něj tedy v nejstarší fázi římského civilního řízení řešili účastníci své spory prostřednictvím soukromé rozhodčí arbitráže, jež představovala primární formu rozhodování sporů v nejstarším období římských dějin. Soukromá arbitráž se následně dostala v rámci legisakčního řízení pod kontrolou státního soudnictví, tak jak v průběhu času vzrůstala moc státu, kterou vykonával prostřednictvím svých úředníků. Jedná se v podstatě o proces postupného zestátnění, resp. pronikání státní moci do soukromé arbitráže.¹⁷ Wlassak spatřuje původ dichotomie římského řízení v rozhodčí smlouvě, kterou stát pravděpodobně zavedl jako povinnou již v době královské.¹⁸ Stát v první fázi vývoje tuto rozhodčí smlouvu pouze zprostředkoval a dohlížel na její uzavření, ovšem nijak do samotného urovnávání sporu nezasahoval. V následujícím období polostátního řízení již došlo ke známému rozdělení římského procesu na státem kontrolovanou fázi *in iure* a soukromou část „*apud iudicem*“.

V dohodě stran na smírném řešení sporu prostřednictvím zvoleného arbitra spatřoval Wlassak základ pozdější litiskontestace, jež se promítla do následujícího období. Wlassakův

¹⁴ WLASSAK, Moriz. *Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse*. Wien: In Kommission bei A. Hölder, 1921, s. 247.

¹⁵ „*Mein Ziel war und ist es, eine haltbare Grundlage zu schaffen für die These: der römische Privatprozeß hat seinem Ursprung im Schiedsgericht.*“ [Mým cílem bylo a je vytvořit pevný základ pro tezi: římské soukromé řízení pochází z rozhodčího řízení.] WLASSAK, Moriz. *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*. Weimar: Hermann Böhlhaus Nachfolger, 1905.

¹⁶ WLASSAK, 1921, op. cit., s. 247.

¹⁷ LEVY, Ernst. Ein Ergänzungsindex zu den Jura et Leges. In: *ZSS (R-A)*, 1926, č. 46, s. 287–290: „*Das Verfahren in iure und damit die Anteilnahme des Staates an der Ziviljustiz wird in einer Zeit aufgekomen sein, in der der gesellschaftliche Zwang, einen Schiedsvertrag einzugeben und den vom Schiedsrichter gefüllten Spruch zu erfüllen, nicht mehr zureichte und deshalb der Ruf nach Staatshilfe laut wurde.*“ [Postup *in iure* a s ním účast státu v civilním soudnictví vznikne v době, kdy sociální nutnost uzavřít rozhodčí smlouvu a splnit verdikt vyneseny rozhodcem již nestačí, a proto byla výzva ke státní podpoře hlasitá.]

¹⁸ WLASSAK, Moriz. *Die Litiscontestatio im Formularprozeß*. Leipzig: Duncker und Humblot, 1889, s. 55.

přístup byl převratný v tom, že do zveřejnění jeho práce převládal názor, že litiskontestace odkazovala pouze na akt předvolání svědků (*contestari litem*), před nimiž byl obsah předchozího slyšení rekapitulován, čímž končila fáze *in iure*. Tito svědkové mohli v případě potřeby před soudcem dosvědčit, co bylo mezi stranami sporné.¹⁹ Wlassak nicméně interpretoval pojem „*litis contestatio*“ v nejstarším legisakčním řízení (*legis actio sacramento*) mnohem širším způsobem. Předvolání svědků bylo podle něj pouze jedním z doprovodných jevů. Podstata litiskontestace spočívala v slavnostním vystoupení svědků před praetorem, kdy strany předložily spornou záležitost a dohodly se, že jejich spor bude urovnán vybraným soudcem, jehož rozhodnutí budou respektovat.²⁰ Na základě této interpretace Wlassak vyvodil závěr, že litiskontestace ve skutečnosti představovala smlouvu mezi stranami sporu, uzavřenou před praetorem a svědky prostřednictvím přísných forem nejstaršího právního jednání. Na základě této smlouvy byla předložena sporná věc vybranému soudci (*iudex*) k rozhodnutí. Obsah litiskontestace byl zvláště rozeznatelný ve struktuře formulovaného procesu (o litiskontestaci v legisakčním řízení se dochovalo jen málo informací), který postrádal přísný formalismus předchozího legisakčního řízení.²¹

S Wlassakovou arbitrážní teorií ovšem nesouhlasili všichni. Již jeho současník Paul F. Girard vyjadřoval pochybnosti ohledně arbitrážního charakteru nejstaršího římského řízení a smluvní povahy litiskontestace, tak jak ji Wlassak představil.²² Věřil totiž, že král v době královské (podobně jako Mommsen, viz níže) disponoval svrchovanou pravomocí v oblasti vojenské, správní, náboženské a jurisdikční, což přímo odporovalo čistě soukromému pojetí nejstaršího římského procesu bez státní účasti.²³ Navzdory tomu měla Wlassakova rekonstrukce vzniku a vývoje římského občanského řízení významný vliv na studium římského procesního práva v první polovině 20. století, kdy se prakticky stala *communis opinio doctorum*.²⁴ Ovšem na konci první poloviny 20. století začalo docházet k odklonu od Wlassakovy „Schiedsgerichtstheorie“, které zejména Max Kaser vytýkal údajnou volnost sporných stran při výběru osoby soudce, jelikož tento koncept považoval z dobového kontextu za nereálný.²⁵ S ohledem na skutečnost, že *dare iudicem*

¹⁹ Ibid., s. 59.

²⁰ Ibid., s. 80–82.

²¹ Ibid., s. 69, 81.

²² GIRARD, 1901, op. cit., s. 41–43; GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel elementaire de droit romain*. Paris, 1918, s. 1024, pozn. 4.

²³ GIRARD, 1901, op. cit., s. 14–15.

²⁴ BOHÁČEK, Miroslav. Ius dicere nejstaršího římského procesu. *Listy filologické / Folia philologica*, 1951, roč. 75, č. 1; PETRAK, Marko. Arbitration as the Primary Form of Civil Proceedings? Contribution to the Criticism of the Schiedsgerichtstheorie. *Croatian Arbitration Yearbook*, 2004, roč. 11, s. 83–98.

²⁵ Kaser spatřoval pouze dvě metody jako relevantní: buď žalobce navrhoval žalovanému jména soudců, dokud s nějakým nevyjádřil souhlas, nebo, pokud tento proces nebyl úspěšný, soudce byl vybrán z alba losem. Ať už se rozhodovalo jakoukoli z těchto metod, měly strany omezené právo na výběr soudce. KASER, Max. The Changing Face of Roman Jurisdiction. *Irish Jurist*, 1967, s. 129–143.

neobsahovala žádný odkaz na dohodu stran, předpokládal, že výběr soudce prováděl praetor, aniž by byl vázán návrhy či přáními stran.²⁶ Podle tohoto nahlížení měl praetor rozhodující slovo při jmenování soudce a *datio iudici* představuje v prvé řadě projev autority a moci praetora.²⁷ Později začal přání stran částečně zohledňovat, což také vedlo v pozdějším období ke svobodě stran při výběru soudce. Výběr soudce prováděl praetor z řad senátorů (později jezdců), kteří disponovali nejen značnou autoritou ale též potřebnými znalostmi (světskými i sakrálními) nezbytnými pro výkon této funkce.²⁸ Navíc Kaser upozorňoval na to, že slavnostní akt v podobě litiskontestace neodpovídá žádné známé římské smluvní formě, pod kterou by mohl být zahrnut.²⁹ Podobně Biscardi vyvrátil závěr, že by litiskontestace nabývala v legisakčním řízení smluvního charakteru.³⁰ Následná romanistická diskuse ohledně povahy *litis contestatio* byla významně ovlivněna právě závěry posledních dvou zmíněných autorů.

Rovněž problematicky vnímá Wlassakovo pojetí postupného pronikání státní moci do soukromé arbitráže Herbert Jolowicz, který předpokládal, že soukromoprávní řešení sporů nebylo nijak v rozporu se státním postupem. „*Od počátku je to proces, v němž orgány rodícího se státu běžně, ne-li nutně hrají svou roli, a není důvod předpokládat, že by se Římané v tomto ohledu nějak lišili od jiných národů, ani si představovat, že se musíme vypořádat se zásabem státu do soukromého řízení.*“³¹ Jolowicz shledával Wlassakův pohled na raný římský proces za příliš idealistický, z důvodu předpokládaného dobrovolného a rozumového podrobení se racionálnímu řešení sporu, a to ještě před vznikem státu, jelikož to neodpovídalo rigiditě rané společnosti.³² V otázce, zda si strany mohly zvolit libovolně ze seznamu soudců či jim byl magistrátem vybrán, zvažuje na jednu stranu Gaiův odkaz,³³ že žalobce žádal praetora, aby jim soudce přidělil, což nesvědčí o možnosti výběru, ovšem na stranu druhou poukazuje na Cicera, který poznamenal, že záměrem předků bylo, aby nikdo nepůsobil jako soudce, s výjimkou případů, kdy se na tom strany dohodly.³⁴ Na základě toho (trochu šalamounsky) dovozuje, že jmenování formálně provedl skutečně magistrát,

²⁶ KASER, 1964, op. cit.

²⁷ KASER, Max a Karl HACKL. *Römische Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, 1996, s. 79.

²⁸ KASER, 1964, op. cit.

²⁹ KASER, HACKL, op. cit., s. 79.

³⁰ BISCARDI, Arnaldo. Esquisse d'une critique de la litis cotestatio. *Revue historique de droit français et étranger*, 1955, roč. 33, s. 1–19.

³¹ JOLOWICZ, Herbert Felix. Procedure in iure and apud iudicem: A Suggestion. *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bologna, 1935, roč. II, s. 59–81.

³² Ibid.

³³ Srov. Gai. 4.17.

³⁴ Cic. *Cluent.* 120: „*Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset.*“ Kaser tuto Cicerovu pasáž rovněž zmiňuje, ovšem na rozdíl od Jolowicze jí přikládá jen minimální význam, jelikož ji považuje za pouhé rétorické cvičení svědčící o ideologických principech jeho doby, ale rozhodně nikoli o ústavní realitě. KASER, 1967, op. cit.

ovšem v praxi mohl zohledňovat přání stran a nevnucoval sporné straně nechtěného soudce.³⁵

Wlassakova teorie se ovšem rovněž dočkala kritiky i ze strany současných autorů. Petrak například nesouhlasí s jeho arbitrážní teorií zejména proto, že vycházela z Jheringovy svépomocné teorie („Selbsthilfetheorie“), která předpokládala „nulový bod“ dějin, pro nějž byla charakteristická válka všech proti všem a moc silnějšího představovala jediné právo („Recht des Stärkeren“).³⁶ Čerpala z naturalistických teorií druhé poloviny 19. století, primárně založených na darwinistických evolučních hypotézách. Jhering přenesl Darwinův princip přirozeného výběru, tj. myšlenku, že pouze nejodolnější druhy přežívají v nemilosrdném a nepřetržitém boji o život, do sféry práva („Kampf ums Recht“), a pojal jej jako jeden ze základních východisek pro své filozofické a právní názory. Jeho právní myšlení tak získalo obrysy „sociálního darwinismu“.³⁷ Podle Petraka vychází Jheringova teorie z mylného předpokladu, jelikož z žádných důkazů nevyplývá, že by existoval stav „nulového bodu“, jak vyplývá z archeologických nálezů i etnografických výzkumů, podle kterých i ty nejprimitivnější skupiny jsou sociálně organizované. Vzhledem k údajné ahistorické povaze Jheringových předpokladů, na které byla postavena i „Schiedsgerichtstheorie“, nemohou být podle Petraka Wlassakovy závěry správné.³⁸

1.2 Teorie státního původu

Společný prvek teorií spadajících do této kategorie je předpoklad, že úloha soudce vznikla uměle jako nová instituce v době, kdy stát již disponoval dostatečnou mocí a potřebnou institucionální strukturou. Vycházejí z nadřazeného postavení státu a jeho představitelů (krále či praetora) ve vztahu k soukromému soudci, jehož pravomoc i oprávnění řešit spory se od nich přímo odvíjely. Bylo výhradně na státních představitelích, koho jmenovali soudcem, přičemž odmítají, že by si strany sporu mohly (alespoň v nejstarším období) zvolit v rámci litiskontestace osobu soudce, který jejich spor rozhodne. Každé rozhodnutí soudce je formálně projevem suverénního magistrátního impéria, což odpovídá i tomu, že stát považuje rozsouzenou věc (*res iudicata*) za rozhodnutí se všemi důsledky s tím spojenými a zároveň zajišťuje vymahatelnost takového rozhodnutí. Postavení soudce nijak nesnižovala skutečnost, že se jednalo o soukromou

³⁵ JOLOWICZ, Herbert Felix a Barry NICHOLAS. *A Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1972, s. 178–179.

³⁶ PETRAK, op. cit.

³⁷ JHERING, Rudolph von. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil 1*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852, s. 117–119.

³⁸ „V každém případě je toto paradigma vzhledem k jeho ahistorické povaze nepoužitelné jako metodologický model vysvětlující genezi práva a soudního řízení, jako například marxistická utopická vize beztřídní společnosti svobodných a rovných jedinců, jejíž rozpad vedl ke vzniku státu jako projevu třídní společnosti a nástroje třídního násilí.“ PETRAK, op. cit.

osobu nedisponující žádnou státní mocí, jelikož tu jí „propůjčil“ magistrát samotným jmenováním a pověřením spor rozhodnout (*iudicare iubere*) se všemi souvisejícími právy a povinnostmi. Magistrát tak tímto učinil budoucí rozhodnutí svým vlastním.³⁹

Mommsen přesvědčen o tom, že římský král disponoval svrchovanou neomezenou mocí, zastával názor, že král vykonával veškerou jurisdikční pravomoc (trestní i civilní), kterou mohl dle potřeby nebo vlastního uvážení delegovat⁴⁰ na jednotlivce či kolegium, podobně jako mohl přenést výkon veškerých dalších pravomocí na jinou osobu, zvláště na městského prefekta (*praefectus urbi*), nacházel-li se mimo Řím, nebo na *duoviri perduellionis*, kolegium pomocných úředníků stíhajících zločiny proti státu (zvl. velezradu), nebo *quaestores parricidii* při vyšetřování vraždy.⁴¹ V průběhu rané republiky došlo k ustálení těchto dříve dočasných ad hoc kolegií, jež vypomáhaly králi v jeho soudní činnosti, v podobě dvou pomocníků, které konzulové nominovali při svém nástupu do úřadu, a kteří zároveň s nimi končili své „funkční“ období. Postavení pomocníků se časem ustálilo, díky čemuž se z nich mohl postupem doby vyvinout úřad soudců. „*Ve skutečnosti se ještě nejednalo o nižší magistráty, přinejmenším nikoli v tom smyslu, jaký římská republika spojovala s úřady, jelikož pomocníci nevyšli z komičátní volby; ale bezpochyby se jejich postavení stalo výchozím bodem pro institut podržčených soudců, která se poté rozvinula tak rozmanitým způsobem.*“⁴²

V civilním řízení se tento vývoj podle Mommsena promítl do rozdělení řízení na dvě fáze, kdy v první se řešily před magistrátem otázky právní (*ius*) a v druhé před soukromou osobou nominovanou magistrátem otázky skutkové a důkazní (*iudicium*). „*Těto separaci vděčilo soukromé římské právo za jeho logickou jasnost a praktickou přesnost.*“⁴³ Podle Mommsena tak došlo k rozdělení soukromého procesu na dvě části z důvodu republikánské snahy diverzifikovat nejvyšší královskou pravomoc na více magistrátů, kterým vypomáhaly v rámci jurisdikční pravomoci soukromé osoby (soudci), odvíjející svou pravomoc od magistráta, jenž je jmenoval a jehož pokyny se při výkonu funkce soudce musely řídit.

Savigny zase předpokládal, že příčina rozdělení soudního řízení spočívala ve snaze ulehčit republikánským úředníkům (popř. králi) ve výkonu jeho jurisdikční pravomoci, zejména jak postupně narůstala početnost římské komunity a docházelo k nárůstu počtu případů k rozsouzení, což se projevilo v potřebě jmenovat soudce, kteří vypomáhali

³⁹ KASER, 1967, op. cit.

⁴⁰ Lenel nazývá *index privatus* „Stellvertreter des Prätors“ (zástupce praetora). LENEL, Otto. *Iudicium*. ZSS (RA), 1927, č. 47, s. 29–38; „*Der Einzelrichter des Civilprocesses beruht auf dem Grundsatz, dass die in dem Beamten verkörperte Richtergewalt übertragen werden darf. Der Beamte kann wegen der Menge von Geschäften nicht selbst entscheiden; er wählt einen Stellvertreter aus dem regierenden Stande, der, um die Parteien zufrieden zu stellen, nach der Vereinbarung derselben bestimmt wird.*“ ZUMPTI, August Wilhelm. *Der Criminalprocess der Römischen Republik*. Leipzig: B. G. Teubner, 1871, s. 15.

⁴¹ MOMMSEN, Theodor. *The History of Rome, vol. I*. London: Richard Bentley & son, 1894, s. 82–83.

⁴² *Ibid.*, s. 321–322.

⁴³ *Ibid.*, s. 322.

úředníkům při řešení sporů, vyžádala-li si to situace, nejčastěji v případech, kdy se předpokládalo složitější nebo zdouhavější dokazování. Podle něj nemohli dva praetori (a tím spíše jediný král) zvládnout vyřizovat veškerou soudní agendu, a proto jim s nimi museli vypomáhat soudci. Římané tedy podle Savignyho zastávali obecný názor, že v občanskoprávních případech byla druhá fáze obvykle nařizována pouze k rozhodování sporných a důkazně náročných sporů (typicky v případech *actio finium regundorum* nebo *actiones familiae erciscundae* nebo *communi dividundo*⁴⁴). V ostatních případech, tj. skutkově jasných, méně časově náročných nebo nesporných, rozhodoval magistrát (král) sám bez potřeby jmenovat soudce.⁴⁵ Záviselo tedy pouze na praetorovi (popř. králi), zda se v konkrétním případě rozhodl delegovat část své jurisdikční pravomoci na soudce.

Teorie založené na silném postavení krále (potažmo magistrátu) od jehož státní moci se odvíjelo postavení soudce, je v přímém rozporu s Wlassakovou „arbitrážní“ teorií, jelikož nelze současně v soudci vidět osobu pověřenou stranami sporu rozhodnout jejich spor a zároveň osobou pověřenou magistrátem ke splnění téhož úkolu. Jak sám Wlassak říká, můžeme věřit v postupný vývoj od soukromého rozhodčího řízení podporovaného státem, jako například v republikánských dobách, k čistě státnímu řízení, nikoli však ve vývoj opačným směrem.⁴⁶ Ačkoli Kaser připouštěl odůvodněnost předpokladu spočívající v delegování části jurisdikční pravomoci na soudce z důvodu zaneprázdněnosti magistráta a věřil, že má tato teorie rozhodně co nabídnout, na druhou stranu dle jeho názoru nepostačovala pro vysvětlení procesní bipartity ve všech případech.⁴⁷

1.3 Demokratická teorie

Zastánci této teorie kladou primární důraz na racionalitu a demokratické pohnutky, které vedly k razantním změnám nejen ve společnosti, ale také v právu, v průběhu přechodu státního řízení z monarchie na republiku. Její zastánci spatřovali v zavedení institutu soudce (popřípadě tribunálů *decemviri* či *centumviri*) touhu po všelidové kontrole státních úředníků. V tomto případě zřízení tribunálů navazovalo na kolegiální princip, který byl zaveden v magistrátní sféře hned při vzniku republiky, a byl považován za dodatečnou pojistku ústavy a spravedlivého výkonu státní moci.⁴⁸ Tato změna bývá často dávana do souvislosti s právem lidu odvolat se k lidovému shromáždění (*ius provocationis*) v případech nejtěžších trestů, zejména proto, že se jedná o podobný druh ústupku ze strany státní moci vůči lidu. Boháček považoval vznik tohoto typu teorie za následek skutečnosti,

⁴⁴ KASER, 1964, op. cit.

⁴⁵ SAVIGNY, Fridrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Heuser, Otto Ludwig, 1847, s. 286–287; KELLY, John Maurice. *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*. Oxford: Clarendon Press, 1976, s. 104. pozn. č. 4.

⁴⁶ WLASSAK, Moricz. *Zum römischen Provinzialprozess*. Wien: A. Hölder, 1919, s. 12.

⁴⁷ KASER, 1964, op. cit.

⁴⁸ Srov. Dio. Hal. 4.25.

že ony dva hraniční typy (arbitrážní i státní teorie) neposkytovaly dostatečné vysvětlení ohledně povahy a obsahu původní, v té či oné podobě předpokládané jurisdikce.⁴⁹ Zatímco státní teorie podle něj předpokládá pro nejstarší období podobu řízení, kterou získalo dlouhým historickým vývojem až v řízení kogničním, tak arbitrážní teorie se spokojuje s konstatováním, že „*státní jurisdikce vznikla zároveň se zstátněním judikační činnosti rozhodčího a nevysvětluje, proč vlastně došlo k tomuto nepochybnému posílení veřejné moci konstituováním pravomoci soudní...*“⁵⁰

Wenger, kterého můžeme považovat za jednoho z nejvýraznějších zastánců demokratické teorie, předpokládal, že v monarchickém období existoval kromě neomezené královské jurisdikce odpovídající absolutní (etruské) královské moci, také čistě soukromý, na králi nezávislý, systém rozhodčího (arbitrážního) řízení. V době nastolení republiky došlo ke sloučení obou systémů tak, že na jednu stranu mohl rozhodce (*iudex privatus*) jednat pouze se souhlasem a dle pokynů magistrátu, na který přešla jurisdikční pravomoc krále, ovšem na stranu druhou si strany směly zvolit svého rozhodce autorizovaného magistrátem, který vynášel rozsudky, čímž došlo k požadovanému omezení státního vlivu na výsledek sporu.⁵¹ Při formulaci své teze vycházel z předpokladu procesu postupného omezování nejvyšší úřední moci (*imperium*) v průběhu republiky a nárůstu moci lidu a lidové kontroly v jurisdikční oblasti. Z pohledu Wengera se jednalo o kompromis mezi svrchovanou (dříve autoritářskou etruskou) mocí *imperium* a nově získanou lidovou suverenitou, se zřetelnou převahou monarchistického elementu přetrvávající v moci *imperium*, a přesto se zdánlivým občansko-soukromým panstvím v řízení před soudcem. Tento kompromis byl podle jeho názoru „*vsutku republikánský nebo spíše demokratická idea*“⁵² a vedl k částečnému omezení svrchované úřední moci paralelně vedle zavedení práva provokace (*provocatio*) v trestních věcech. Wenger věřil, že tento koncept plně zapadal do parametrů vzniku římské republiky.

Wengerova teorie se nesetkala s širší akceptací v odborných kruzích, zejména z důvodu předpokladu, že rozdělení římského soudního procesu souvisí s republikánskou revolucí, která ovšem neměla demokratický charakter.⁵³ Jak říká Kaser: „... *takový názor*

⁴⁹ Boháček ovšem nepoužívá označení pro tento typ teorií „demokratická“, ale „kompromisní“ z toho důvodu, že předpokládají existenci rozhodčího řízení a státní jurisdikce v jeden čas vedle sebe paralelně a teprve pozdějším vývojem splynuly v jeden celek, tak jak jej známe z doby historické. BOHÁČEK, op. cit., s. 9.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. New York: Veritas Press, 1940, s. 25, pozn. 13.

⁵² WENGER, Leopold. *Imperium Romanum*. *Deutsche Literaturzeitung*, roč. 37, s. 692–700.

⁵³ JOLOWICZ, 1935, op. cit.; BETTI, Emilio. La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano. In: *Studi Chiovena*, Padova, 1927, s. 118, pozn. 5: „*Le considerazioni di Wenger hanno, a mio avviso, il torto di non distinguere fra indicatio penale-pubblico e iurisdictio in materia di diritto privato e di valutare in modo esagerato la portata della cosiddetta rivoluzione repubblicana.*“ [Podle mého názoru jsou Wengerovy úvahy mylné, když nerozlišuje mezi veřejnou trestní *indicatio* a jurisdikcí v oblasti soukromého práva a zveličuje rozsah takzvané republikánské revoluce.]

je neudržitelny, neboť demokratické ideály dosud v Římě nemají místo.“⁵⁴ Pomineme-li poněkud anachronickou myšlenku oddělení soudní moci od moci výkonné, tak dle historických pramenů sami zakladatelé republiky patřili k etruské aristokracii a nijak by většinová populace nezískala na právech a svobodě, kdyby se magistrát (volený aristokracií) spojil ve výkonu spravedlnosti se soudcem, voleným z řad senátorů, tedy rovněž z aristokratických kruhů.⁵⁵ Navíc potencionální příkoří běžní občané spíše pocítovali v trestněprávní oblasti, kde neexistovala dvoufázovost řízení a vyjma provokace (*ius provocationis*) rozhodoval v této oblasti magistrát samostatně. Jolowicz rovněž zdůrazňuje, že k zavedení provokace došlo později než při vzniku republiky. Navíc republikánskou revoluci lze podle něj jen těžko nazvat demokratickou, jelikož kromě vyhnání krále a přechod jeho moci na dva volené úředníky nedošlo k žádné významnější změně v organizaci a distribuci státní moci. Stejně tak nerozumí tomu, jak by přispělo k demokratizaci spojení dvou fází řízení ovládaných aristokracií (magistrát i soudce patřili k patricijům), nehledě na to, že svoboda občanů je spíše spojena s trestním řízením, které kromě práva provokace (*ius provocationis*) nezaznamenalo žádnou změnu.⁵⁶

Kaser založil svou teorii o původu bipartity soudního římského procesu na předpokladu, že i v nejranějším období legisakčního řízení existoval státní nátlak, který nutil strany podrobit se soudnímu rozhodnutí.⁵⁷ Magistrát v rané republice vystupoval jako státní autorita, jinými slovy zástupce státu a částečně politik, který využíval svou moc k vydávání příkazů, zákazů a omezení. I když měly tyto úkony právní základ, větší důraz byl kladen na uposlechnutí a naplnění úředníkovy vůle. Státní autorita vyžaduje poslušnost, i když právní základ rozhodnutí selhává nebo se dokonce jedná o příkazy či zákazy v obecné rovině nespravedlivé. Vynášení rozsudků tak bylo v řadě sporů soukromého práva pro praetora, vzhledem k jeho úředním povinnostem, naprosto cizím prvkem.⁵⁸ Nehledě na to, že i kdyby praetor spory sám rozhodoval, nemohl by vyloučit, že by strany alespoň občas zpochybnily jeho nestrannost, například z důvodu, že měl osobní či rodinné vazby na jednu ze stran nebo že patřil do stejné sociální třídy. Taková nedůvěra k nestrannosti soudce byla v raném období reálnější, vezmeme-li v úvahu, že osobní a příbuzenské vazby propustovaly celou tehdejší sociální strukturou.

⁵⁴ KASER, 1967, op. cit.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ JOLOWICZ, 1935, op. cit.

⁵⁷ „Ti, kdo v takové situaci myslí na rozhodčí soud, podceňují nepřítelství konfliktních stran a jejich nedůvěru, která byla v primitivních časech ještě větší než později. Na takové úrovni je mírové soužití nemyslitelné bez autority, ať už trvalé nebo dočasné, ať už jde o jednotlivce nebo celou skupinu. Vyzývá oběi k ochraně a v případě potřeby ji nutí, aby se podrobila vyšetřování a rozhodnutí. Nejedná se však o rozhodčí soud, nýbrž o nutnost následovat soud a v případě potřeby provést odčinění. Postačí zde říci, že postup, který si zaslouží být nazýván soudem, je nepředstavitelný bez minima autoritativní soudní autority.“ KASER, 1964, op. cit.

⁵⁸ Ibid.

Oproti tomu soudce jakožto soukromník nebyl zatížen podobnými obavami, jelikož jednak nepatřil mezi veřejně politicky činné osoby vybavené státní mocí a jednak si jej strany konsenzuálně vybraly pro rozhodnutí jejich sporu. Rozsudek vynášený soudcem (*iudices*, porota) a v důležitějších věcech senátem, nepředstavoval projev vůle, ale výron práva, právní názor (*sententia*), tedy výsledek duševní činnosti založené na vědomostech, vycházející z principu spravedlnosti.⁵⁹ Kaser předpokládal, že institut soudce, popřípadě vícečlenné soudní tribunály, vznikly z konsilií (*consilium*), tj. odborného poradního orgánu krále či praetora, kterých jakožto neprávnicků využíval k právním poradám. V nejstarším období tvořili jeho členy výhradně kněží⁶⁰ a později i právní odborníci, jak se zvyšoval stupeň laicizace práva.⁶¹ Zdá se, že cílem této praxe bylo zajistit nestrannost soudců tím, že stranám umožní ovlivnit složení senátu, přinejmenším prostřednictvím omezeného práva na odmítnutí člena senátu a snad i osoby samosoudce.⁶² Podle Kaserův tak stát omezil v oblasti soudního řízení výkon své moci ve snaze předcházet její zneužívání tím, že strany měly určitý vliv na volbu soudce; přinejmenším do té míry, že by mohly odmítnout toho, na koho mají podezření ze zaujatosti.⁶³ Tím stát zajistil nestranné a spravedlivé řešení sporů.⁶⁴ To je nejzřetelněji demonstrováno dvěma procesními stádii, která nestranný a spravedlivý výkon soudnictví poskytla.⁶⁵ Kaserův pohled na nejranější fázi římského procesu se stal dominantním a obecně akceptovaným názorem zejména v druhé polovině 20. století.

Ačkoli Kaser vznášel námitky vůči Wengerově „demokratické“ teorii s poukazem na anachronismus demokratických tendencí v době přechodu římského státu na republiku, sám přitom zcela pominul, že požadavek justiční spravedlnosti a stupeň demokracie představují mnohdy vzájemně podmíněné hodnoty. Jinými slovy, aby lid mohl požadovat spravedlivý výkon soudnictví, musel disponovat nástroji, kterými by toho mohl dosáhnout.

⁵⁹ Coli rovněž nesouhlasil s jakýmkoli arbitrážním prvkem v římské monarchistické jurisdikci, jelikož král disponoval rozsáhlými pravomocemi, které jej opravňovaly nejen vydávat zákony (*leges regiae*), ale zároveň i rozhodovat soukromoprávní spory. Z jeho pohledu podobně jako u Kaserův došlo k rozdělení soudního řízení na dvě stadia až v období republiky ve snaze uvést do rovnováhy suverenity lidu (*populus*) a suverenity jednotlivců. Zatímco jednotlivec měl právo vybrat si na základě dohody s druhou stranou sporu soudce, *populus* měl zase naopak zájem na tom, aby strany řešily spor bez použití síly (*vis*), tedy podle právního řádu, na kterém byla občanská smlouva založena a garantována občanská práva. Proto všechny spory musí primárně řešit magistrát jménem lidu, který zasedá na fóru, aby mohl zabránit případnému násilí a rozhodnout podle práva (*secundum ius*). COLI, Ugo. *Regnum*. Firenze: Apollinaris, 1951, s. 106, 138–139.

⁶⁰ Betti rovněž věřil, že římský král disponoval širokou jurisdikční pravomocí, nejen ve věcech veřejných, ale též ve věcech soukromých, které ovšem přímo nerozhodoval, nýbrž dbal na přesnou právní formulaci (*ius dicebant*) a samotné rozhodnutí přenechal rozhodcům z řad pontifiků. Král a pontifikové tak vystupovali jako znalci práva. BETTI, op. cit., s. 118.; KASER, 1967, op. cit.

⁶¹ KASER, 1964, op. cit.

⁶² KASER, 1967, op. cit.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ KASER, Max. *Römische Rechtsgeschichte*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, s. 36.

⁶⁵ KASER, 1964, op. cit.

To je obvykle možné teprve až tehdy, dojde-li společnost do stavu, kdy její členové disponují potřebnými právy a politickými nástroji k prosazení svých práv. Není pochyb o tom, že v době královské či na počátku republiky rozhodně lid nedisponoval ani takovými právy, ani mocenskými nástroji k jejich vynucení (snad vyjma osvědčené secese). Muselo by se tedy jednat o práva garantovaná samotným králem či aristokracií, což se s ohledem na dobový kontext jeví jako nereálné, podobně jako když tradice považuje Servia Tullia za dobrotivého krále, který dobrovolně omezil svou moc ve prospěch lidu.

Je zajímavé, že Kaser (možná tak trochu překvapivě) sám vznáší možnou námitku vůči své vlastní teorii, když se řečnický ptá, zda mohl existovat někdo, kdo by si mohl dovolit zpochybnit objektivitu krále, kdyby vykonával funkci soudce?⁶⁶ Dlužno poznamenat, že jeho odpověď je tak trochu vyhýbavá, když dovozuje, že i kdyby disponoval král v nejstarším období plnou jurisdikční pravomocí, tak římský monarcha spíše vystupoval v soudním řízení jako expert na nadpřirozené postupy spočívající v konzultaci s bohy než jako soudce.⁶⁷ Teprve ve chvíli, kdy se začal římský proces řídit převážně právními a méně náboženskými aspekty při rozhodování (k čemuž došlo podle Kasera v případě Říma velmi záhy), nastoupil požadavek spravedlnosti a s tím spojený právní prvek. Jak je patrné, jeho odpověď na vlastní námitku je značně spekulativní, kdy v podstatě předpokládá nezájem krále o výkon soudnictví v raném období, což není podloženo žádnými důkazy a neodpovídá to ani římské tradici, která s králi spojuje téměř bezvýhradně plnou a neomezenou soudní pravomoc.

1.4 Teorie vlivu iracionálních technik

Stěžejní myšlenka teorií založených na iracionálních rozhodovacích postupech nachází odraz v potřebě skloubit fázi *in iure*, pro niž je typický rituální formalismus, s neformální fází *apud iudicem*.⁶⁸ Vzhledem k tomu, že druhé stadium neobsahuje žádné známky formálních postupů, tak bylo nezbytné hledat podobné projevy ve fázi odehrávající se před magistrátem či králem. Vzhledem k tomu, že král kromě politického vedení vykonával funkci nejvyššího kněze, opravňovala jej tato funkce k vykládání vůle bohů vyjevované prostřednictvím věštných znamení, přísah a ordálů, jež byly nevyhnutelně spojené s formálními rituálními nábožensko-magickými technikami. Osoba krále v postavení nejvyššího kněze tak vytvářela spojnicu mezi formalismem a fází *in iure*.⁶⁹

⁶⁶ KASER, 1967, op. cit.

⁶⁷ Pro tento svůj závěr hledá oporu v germánském, řeckém a babylonském právu. Srov. Ibid.

⁶⁸ „Přitom se musí soudce řídit normami práva civilního. T. zvl. normy práva praetorského jakožto základ *actionis in factum*, excepce, nebo replikace a duplikace jsou závazné pro soudce jen nepřímou: soudci se tu ukládá, aby zjistil určité faktum a vyvodil z kladného zjištění ty a ty důsledky. Tedy soudce smí přiblížeti k normám práva praetorského jen na zvláštní poukaz...“, „Důkazy oceňoval soudce volně a nebyl přitom omezen žádnými zákonnými pravidly.“ VÁŽNÝ, Jan. *Římský proces civilní*. Praha: Melantrich, 1935, s. 68–69.

⁶⁹ „Právě v první části řízení především existovaly námi hledané spojitosti mezi právem a náboženstvím.“ SKŘEJPEK, Michal. *Ius et religio: právo a náboženství ve starověkém Římě*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 133.

Za hlavního představitele této teorie lze označit Jolowicze, který při konceptualizaci své teorie vycházel z toho, že Římané v nejstarších dobách užívali hojně (podobně jako jiné národy) iracionální nadpřirozené techniky (přísahy, ordály atd.),⁷⁰ jež jsou nevyhnutelně spojeny s náboženskými a magickými obřady, podléhajícími přísným pravidlům formy. Kdekoli dochází k užívání formálních důkazních prostředků, musí být zároveň v každém individuálním případě rozhodnuto, která iracionální metoda má být v daném případě užita.⁷¹ Zároveň musela být pregnantně formulována otázka, na kterou mají nadpřirozené bytosti a soudce, popřípadě soudci, v rámci řešení sporu nalézt odpověď. Vzhledem k tomu, že král mimo jiné vykonával povinnosti nejvyššího kněze, bylo na něm, aby určil druh vhodné iracionální metody pro konkrétní případ.⁷² První předběžnou fází řízení završoval tzv. mezitímní rozsudek („medial judgment“; v germánském právu „Beweisurteile“), který obsahoval zmíněný výběr nevhodnější nadpřirozené techniky (např. přísaha v *legis actio sacramentum*) a především jasně a precizně formulovanou otázku, která měla být předložena nadpřirozeným bytostem a soudnímu tribunálu k rozhodnutí. Technicistní formalismus a nezanedbatelná míra rigidity spojená s formulací této otázky se následně promítly i do stadia řízení *in iure*, které z této předběžné fáze vzešlo.⁷³

V následující fázi soudci či skupina soudců (tribunál) rozhodovali spor nejen na podkladě prozatímního rozsudku, ale též na základě vlastních znalostí a zkušeností, podobně jako porota či tribunál v anglickém soudním systému.⁷⁴ Druhá fáze řízení tak nebyla zatížena žádnými formálními postupy, jako fáze první, což představuje důvod, z jakého nenacházíme v řízení *apud iudicem* žádné známky formalismu či systematictější regulace ze strany státu.⁷⁵ Došlo tak k rozdělení jurisdikčních pravomocí mezi krále, kterému byl spor předložen, a tribunál, který vydal konečné rozhodnutí. To podle Jolowicze umožňovalo sladit existenci postupu před soudcem s formálním charakterem primitivního sporného řízení a zároveň jeho teorie vysvětluje nutnost spolupráce státních orgánů a soukromých osob, aniž by muselo dojít k fúzi dvou původně samostatných typů řízení.⁷⁶

⁷⁰ „... kdekoli najdeme použití formálních důkazních prostředků, tak či onak musí být v individuálním případě rozhodnuto, kterou formální metodu má každá strana vykonat, jestli ordál nebo přísahu.“ JOLOWICZ, 1935, op. cit.

⁷¹ JOLOWICZ, NICHOLAS, op. cit., s. 176–178.

⁷² Ibid., s. 177.

⁷³ JOLOWICZ, 1935, op. cit.

⁷⁴ JOLOWICZ, NICHOLAS, op. cit., s. 176–178.

⁷⁵ SKŘEJPEK, 1999, op. cit., s. 133.

⁷⁶ Weber rovněž hledal původ formalismu římského procesu v magických a rituálních technikách, které musely být provedeny předepsaným způsobem, jinak došlo k zneplatnění celého úkonu. Vzhledem k tomu, že při aplikování této tradice bylo velmi obtížné rozšířit takovou přísnou formálnost na činnost soudců, vedlo to k bipartitnímu rozdělení řízení, jako je tomu v případě *legis actio*. První a formální část procesu obsahovala dřívější magický postup a dodržovala přísnou formalitu, zatímco druhá část byla bez forem a soustředila se na hodnocení důkazů. WEBER, Max. *Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press, 1966, s. 761–764.

Podobná prozatímní rozhodnutí hledal i v jiných právních kulturách, kromě v již zmíněném raném anglickém právu, i v právu germánském, řeckém a babylonském.⁷⁷

Na vrub této teorie je nezbytné připomenout, že se nedochovaly prakticky žádné konkrétní informace o tom, že by se ordály v římském prostředí, natožpak konkrétně v legisakčním řízení, užívaly.⁷⁸ Kaser sice nastínil možnost, že v nejranějším období bylo *sacramentum* spojeno s božským soudem, ale sám uznal, že to nelze s jistotou tvrdit, zvláště jedná-li se o období, z něhož se nedochovaly písemné prameny.⁷⁹ Můžeme z toho dovozovat, že buď Římané od tohoto způsobu „zjišťování pravdy“ upustili v rané fázi právního vývoje, nebo tuto techniku nikdy nevyužívali. S ohledem na běžnost praktikování ordálů v ostatních primitivních společnostech se spíše jeví pravděpodobnější první varianta, nicméně s ohledem na brzké upuštění od praktikování ordálů si lze jen těžko představit, že by ve vývoji římského procesu sehrávaly tak významnou roli, aby zapříčinily jeho rozdělení na dvě zcela naprosto odlišné fáze.

2 Lex Irnitana

Trochu nového světla do povahy soudního římského procesu vnesl nález *lex Irnitana* v roce 1981 ve Španělsku (poblíž Sevilly), po jehož prostudování musely být některé předchozí závěry přehodnoceny, jelikož zákon vykazoval mnohé prvky konsenzuálního charakteru římského soudního procesu.⁸⁰ Kromě řady záležitostí upravoval *lex Irnitana* mimo jiné otázku jmenování soudců, obsazenost tribunálů a vedení formulovaného soudního procesu (kapitoly 84 až 93). Jde-li o zmíněnou obsazenost, tak některé případy musel soudit jeden soudce-arbitr (*iudex arbiterve*) a některé senáty, v tomto případě se soudci nazývali rekuperátory.⁸¹ Není bez zajímavosti, že zákon rozlišuje případy souzené jedním soudcem a případy souzené senátem složeným z rekuperátorů. Strany sice nemohly ovlivnit složení senátu, ovšem v případech souzených jedním soudcem poskytoval stranám významnou smluvní volnost v otázce výběru soudce, a to i když stranami zvolená osoba nebyla uvedena v seznamu soudců (*album iudicium*). To znamená,

⁷⁷ JOLOWICZ, 1935, op. cit.

⁷⁸ Snad nejdůkladnější revizi římských pramenů provedl Jobbé-Duval, který po pečlivém prostudování všech dostupných materiálů týkajících se formálních důkazních metod v primitivním právu musel konstatovat, že se mu nepodařilo nalézt žádný pramen, který by prokazoval užívání ordálů v římském prostředí. JOBBÉ-DUVAL, Emile. *Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains*. Paris: A. Rousseau, 1896, s. 31.

⁷⁹ KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1955, s. 21.

⁸⁰ BIRKS, Peter. New Light on the Roman Legal System: the Appointment of Judges. *The Cambridge Law Journal*, 1988, roč. 47, č. 1, s. 36–60.

⁸¹ Není bez zajímavosti, že *lex Irnitana* užívá výraz „*reciperatores*“ namísto „*recuperatores*“.

že pokud se strany dohodly na osobě soudce, mohl rozhodnout jejich spor. Tato svoboda volby byla pečlivě chráněna nejméně ve dvou kapitolách (č. 86 a 87).⁸²

Můžeme tak předpokládat úzký vztah mezi právem v Římě a v municipalitách, jelikož si lze těžko představit, že by tvůrce *lex Irnitana* vytvářel právo nové, které neznal ze soudní praxe v Římě. Ovšem v této záležitosti nemusíme vycházet jen z pouhého předpokladu, protože *lex Irnitana* odkazuje v kapitole 91 na 12. kapitolu *lex Iulia*, jehož prostřednictvím provedl Augustus soudní reformu.⁸³ Jedná se o jeden ze dvou *lex Iulia*, o kterém hovoří Gaius, který uvádí, že tyto zákony sehrály klíčovou roli při konsolidaci formulovaného procesu.⁸⁴ V podstatě *lex Irnitana* poskytuje elementární vhled do reformované úpravy formulovaného procesu, který se stal procedurálním základem klasického římského práva. Svědčí to o živém propojení municipalit s metropolitní právní praxí.

Lex Irnitana do značné míry potvrzuje Wlassakův předpoklad spočívající ve smluvním charakteru litiskontestace a zejména v možnosti stran dohodnout se na osobě soudce či arbitra, dokonce i mimo *album iudicium*.⁸⁵ V podstatě toto zjištění odpovídá Cicerově zmínce: „*Neminem voluerunt maiores nostri non modo deiminatione cuiusquam, sed no pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios comisset.*“⁸⁶ Jak Birks poznamenal: „*Extrémní reakce proti Wlassakově konsensualismu, tj. proti názoru, že soudní řízení vedená římským soudem spočívala v zásadě na smluvním základu, se vztahovala k nemožnosti stran sporu obejít seznam soudců tak, že by zvolily soudce jiného, aniž by se musely omezovat na tato jména. Ale tento argument se již ukázal jako mylný, což lex Irnitana jasně potvrzuje. Respekt k dohodě mezi stranami nemůže být obecní zvláštností.*“⁸⁷ Ovšem nejen to, jak zmiňuje Gaius, tak funkci soudce mohli vykonávat dokonce cizinci, tedy smluvní volnost při výběru soudce zřejmě sahala mnohem dále, než Kaser a další kritici Wlassakovy arbitrážní teorie byli ochotni připustit.⁸⁸

3 Právní antropologie

Na diskutovanou problematiku lze rovněž nahlédnout perspektivou právně-antropologických a etnografických výzkumů, které probíhaly zejména v minulém století v moderních primitivních společnostech minimálně ovlivněných západní civilizací. Ty totiž poměrně podrobně popisují způsoby a mechanismy urovnávání a řešení sporů v kmenových

⁸² Lex Irni. Ch. 86, 9C.26-28: „*nene quern alium iudicem nene / arbitrum dato nene iudicare iubeto invito alterutro aut, / plures erunt, aliquo eorum inter quos quid quid ambigetur*“ a Ch. 87, 9C.43-49 „*aut, si de aliquo Municipal, qui offeri- / tus non sit, neque dis operam dare possit aut is annorum LXV maiorue erit et / ear it rem iudicare nolet, eum inter eos in earn rem iudi- / cem arbitrum dato addicito iudicare iubeto.*“ GONZÁLEZ, Julián. *The Lex Irnitana: a New Copy of the Flavian Municipal Law. Journal of Roman Studies*, 1986, roč. 76, s. 147–243.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Gai. 4.30.

⁸⁵ BIRKS, op. cit.

⁸⁶ Cic. *Cluent.* 120.

⁸⁷ BIRKS, op. cit.

⁸⁸ Gai. 4.105.

společnostech, které se svou sociální strukturou a komplexitou blížily sociální struktuře rané latinské společnosti rozvíjející se na římských pahorcích.⁸⁹ Z toho můžeme předpokládat, že v ní docházelo ke vzniku obdobných sporů, jejichž urovnávání vyžadovalo alespoň v těch nejzákladnějších rysech uplatňování obdobných právních, mocenských a sociálních mechanismů. Z metodologického hlediska klíčový problém spočívá v otázce, zda je možné aplikovat výsledky a závěry terénních etnografických výzkumů v primitivních společnostech a antropologických studiích na rané římské právo. Nejde pouze o otázku obecné širší aplikovatelnosti, resp. komparativnosti právních systémů archaické římské společnosti a primitivních komunit, klíčová otázka spočívá v tom, zda je možné vyplnit známá fakta poznatky vyabstrahovanými z obecných právních principů primitivních komunit nacházejících se na podobné úrovni sociálního a právního vývoje.⁹⁰ Jistě je možné namítnout, že lze jen stěží plně aplikovat informace získané v moderních primitivních komunitách na římskou společnost šestého a pátého století před našim letopočtem, zejména s ohledem na časový odstup a odlišný socio-kulturní rámec těchto společností. S touto relevantní námitkou je nezbytné se zabývat a již na tomto místě je možné konstatovat, že podobný přístup bez hlubší a kritické analýzy by byl postupem chybným, a to i za předpokladu, kdy by teoreticky obě komunity vykazovaly z formálního hlediska naprosto shodné rysy. Musíme mít totiž neustále na mysli, že každá skupina a procesy v ní probíhající jsou determinovány do značné míry nejen geografickým umístěním, ale kulturním rámcem, ve kterém se vyvíjejí, kontinuitou sociálního vývoje, axiologickým systémem, historickým pozadím apod.

Na druhou stranu v případě, že je možné vytvořit ze závěrů srovnávacích antropologických studií soubor obecných vlastností přítomných ve všech empiricky zkoumaných společnostech (společní jmenovatelé kultur), můžeme předpokládat, že tyto aspekty byly přítomny i v jiných raných společnostech, nacházejících se na podobném stupni sociální komplexity.⁹¹ Tematicky profilovaná hypotéza vychází z předpokladu,

⁸⁹ Podobnost sociální struktury raných Římanů a moderních primitivních komunit vyplývá mimo jiné z Van Niekerkovy analýzy, který provedl jejich podrobné srovnání: „*Sociální struktura ve staré Africe a archaickém Římě vykazuje mnoho společných rysů. V obou je rodina nejmenší právní jednotkou následovaná klanem (ward) v Africe a rodem (gens) v Římě. Spojení klanů v Africe utváří náčelnictví, zatímco sdružení rodů (gentes) v Římě zase kmen. Sdružení náčelnictví pak tvoří národ v Africe a sdružení kmenů v Římě představuje Římský stát. Každá z těchto hierarchických jednotek byly konstituovány jako mocenský orgán... jak v Africe, tak i v římské společnosti představuje patriarcha náboženskou, soudní (iudex domesticus), ekonomickou hlavu rodiny a rodina vykonává společné kultury a vlastní společný majetek.*“ NIEKERK, Gardiol van. A Comparative Analysis of African Judicial Procedure and the Legis Actio Procedure of Early Roman law. *De Jure*, 2010, roč. 43, č. 1, s. 1–19.

⁹⁰ HOEBEL, op. cit., s. 290.

⁹¹ „*V tom se pak vydatným pomocníkem historiků stala tzv. komparatistika (srovnávací metoda), která spolehlivě prokázala, že lidská společnost po celém světě vykazuje zvláště na předstátních stupních vývoje také pozoruhodně podobnou, ne-li stejnou organizaci, že kombinací pramenných údajů lze vytvořit přímo modelový obraz zřízení prvotních předstátních pospolitostí a používat jej pak jako abstraktní měřítko pro interpretaci konkrétních údajů, popřípadě k hypotetickému doplňování mezer v pramenech těch komunit, které jsou historicky doložena jen nedostatečně.*“ KINCL, Jaromír, Valentin URFUS a Michal SKŘEJPEK. *Římské právo*. Plzeň: Beck, 1995, s. 1; MACCORMACK, Geoffrey. Revenge and Compensation in Early Law. *The American Journal of Comparative Law*, 1973, roč. 21, č. 1, 69–85.

že právní systémy primitivních společností vykazují v oblasti úpravy právních vztahů jisté prvky obsahové shody, které je možné vyabstrahovat a zobecnit. Pochopitelně nemůžeme očekávat, že bude možné do všech detailů podrobně znovu rekonstruovat instituty archaické římské společnosti z etnografického materiálu moderních primitivních společností, můžeme ale předpokládat minimálně následující: Zaprvé, mohou se ukázat jako neudržitelné nebo přinejmenším vysoce nepravděpodobné některé předpoklady, které byly aplikovány na archaické společnosti pouze z toho důvodu, že se jednalo o společnost „primitivní“. Zadruhé, pokud lze prokázat, že životní podmínky moderních primitivních společností jsou v zásadě podobné podmínkám života v archaické společnosti, a prokážeme, že takové podmínky v moderní společnosti nutně vyžadují fungování určitých pravidel, mechanismů a sociálních zákonitostí, můžeme s jistou dávkou obezřetnosti a kritičnosti tvrdit, že podobná pravidla musela působit i v archaické společnosti.⁹²

I když existují zřejmé rozdíly v organizaci primitivních skupin, tak jejich společným rysem je skutečnost, že se velmi často jedná o tzv. „face-to-face“ společnosti (společnosti založené na vzájemném osobním kontaktu) a rovněž v nich dominují pokrevní příbuzenské vazby, s čímž souvisí i sdílení majetku rodinou či klanem. Ovšem nejen to, v primitivních společnostech se většina podílí na každodenních aktivitách, v jejichž rámci vznikají nejrůznější reciproční vazby. Nezbytnost spolupráce se projevuje ve vzájemné kooperaci, a to jak v hospodářské, tak osobní rovině. Život jednotlivce v kmenových společnostech zcela závisí na ostatních členech, alespoň do té míry, že na uspokojování životních potřeb jejich členů se podílí celá společnost, s čímž úzce souvisí povinnost vzájemné solidarity a spolupráce. Členové komunity ve svůj vlastní prospěch udržují vzájemný smír a zdržují se ve větší míře antisociálních projevů vůči sobě navzájem.

Každá společnost, aby mohla být dlouhodobě životaschopná, potřebuje konkrétní předem definovaný postup, jehož prostřednictvím může řešit vzniklé konflikty, spory a vzájemné kontroverze, ke kterým uvnitř ní nevyhnutelně dochází.⁹³ Neshody, jakmile začnou představovat hrozbu pro sociální kohezi, musí být řešeny nejlépe dohodou, zejména vznikne-li spor mezi komunitami příbuzensky svázanými nebo spolupracujícími v některé životně důležité ekonomické oblasti (nejčastěji v zemědělství). Jinými slovy, vznikne-li spor ve společnosti s multiplexními vztahy, existují značné tlaky na jeho rychlé

⁹² MACCORMACK, 1973, op. cit.

⁹³ NADER, Laura a Harry TODD (eds). *The Disputing Process – Law in Ten Societies*. New York: Columbia Univ. Press, 1978, s. 8.

a pokud možno mírové urovnání;⁹⁴ v opačném případě hrozí nebezpečí rozpadu s fatálními následky pro každého člena. Nejde ovšem pouze o to rozhodnout spor, ale vyřešit jej smírem, který by obnovil sociální kohezi, snížil napětí nebo alespoň zajistil zachování smíru. Není-li možné spor vyřešit dohodou, existuje celospolečenský zájem na způsobu řešení představující co možná nejmenší zásah do mezilidských skupinových vztahů.

Tlak třetích osob na usmíření bude o to větší, čím menší bude možnost stran řešit konflikt alternativním způsobem.⁹⁵ Strany sporu nemohou zastávat svá procesní stanoviska bez podpory těch, kteří jsou s nimi nejbližší spřízněni, a to jednak proto, že se jich případně přijetí či odevzdání odškodnění přímo majetkově dotýká, jednak proto, že poskytují té straně sporu, ke které náleží, potřebnou fyzickou podporu.⁹⁶ Názor příbuzných představuje mnohdy významný korektiv jednání směrem k větší vůli přijmout návrh nabízené kompenzace nebo naopak k přiznání viny a nabídnutí odškodnění.⁹⁷ Zájem na udržení vzájemně prospěšných vazeb vede k tomu, že strana pachatele může být ochotna nabídnout více, než by tomu bylo v případě absence těchto vazeb, a naopak strana poškozená může být ochotna přijmout méně.⁹⁸ Zároveň ovšem vytváří tlak

⁹⁴ Hoebel s Llewellynem popsali v této souvislosti případ, kdy jeden člen kmene Čejenu zabil v opilosti druhého, a proto preventivně dobrovolně opustil kmen. Po třech letech se vrátil zpět ke kmeni s množstvím tabáku, který poslal k hlavním náčelníkům s žádostí, zda se může již vrátit. Náčelníci nechali rozdělit tabák mezi náčelníky jednotlivých vojenských bratrstev s pověřením, aby se vyjádřila, zda s návratem vraha souhlasí. Každé bratrstvo se sešlo a rozhodovalo o jeho žádosti. Mezi jednotlivými bratrstvy přecházeli zvědavci, kteří informovali o vývoji diskuse v ostatních skupinách. Nakonec jeden bojovník nahlas a bez okolků prohlásil, že by se měl vrátit, protože to byl vždy dobrý bojovník proti nepřítelům. Takto jednoznačně vyjádřený názor převládá mezi ostatními bratrstvy. Nakonec byl dotázán i otec zavražděného, jestli s návratem vraha souhlasí, jelikož se vědělo, že krátce po vraždě prohlásili příbuzní oběti, že zabijí vraha, jakmile jej dopadnou. Otec nakonec s ohledem na převažující veřejné mínění rovněž souhlasil s návratem, ale prohlásil, že nikdy nechce slyšet, že vrah zvedne hlas proti někomu jinému a rovněž nepřijal nabízený tabák. Nakonec se vrah vrátil a od té doby se vždy choval příkladně k ostatním. Hoebel a Llewellyn považovali tento případ za ukázkou síly veřejného mínění, které vytvářelo tlak na příbuzné oběti, aby se usmířili, nebo přinejmenším aby nevykonávali oprávněnou pomstu. Nabídka tabáku pak představovala výraz pokání a snahu alespoň částečně kompenzovat protiprávní jednání. LLEWELLYN, Karl Nickerson a Edward Adamson HOEBEL. *The Cheyenne Way*. Norman: University of Oklahoma Press, 1941, s. 12, 13, 139; BARTON, Roy Franklin. *Ifugao Law*. Berkeley: University of California Press, 1919, s. 95; SCHAPER, Isaac. *A Handbook of Tswana Law and Custom*. Oxford: James Currey, 1994, s. 48; GOLDSCHMIDT, Walter Rochs. *Sebei Law*. Cambridge: Berkeley, University of California Press, 1967, s. 84–85, 243–244.

⁹⁵ ECKHOFF, Torstein. The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-resolution. *Acta Sociologica*, 1967, roč. 10, č. 1–2, s. 148–172.

⁹⁶ POSNER, Richard Allen. A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law. *The Journal of Law & Economics*, 1980, roč. 23, č. 1, s. 29; SOKOL, Jan. *Moc, peníze a právo: esej o společnosti a jejich institucích*. Praha: Vyšehrad, 2015, s. 161.

⁹⁷ EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. *The Nuer: A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People*. New York: Oxford University Press, 1969, s. 91–92; GULLIVER, Philip Hugh. *Social Control in an African Society: A Study of the Arusha*. Literary Licensing, LLC, 2013, s. 235.

⁹⁸ MACCORMACK, Geoffrey. Roman and African Litigation. *The Legal History Review*, 1971, roč. 39, č. 2, s. 221–255.

na usmíření, jelikož brání-li se provinilec (nebo i oběť) smírnému řešení navzdory zvykovému postupu nebo veřejnému mínění, může obava ze ztráty podpory příbuzných vytvářet tlak na neochotnou stranu sporu. „Kolektivní odpovědnost tak představuje důmyslné opatření, podobně jako absence soukromí, kterými primitivní společnosti nabrazují nedostatek možnosti veřejného vyšetřování.“⁹⁹ Procesu řešení sporů významně napomáhá příbuzenská sociální struktura, bez jejíž podpory není ani jedna strana prakticky schopna prosadit své nároky. V primitivních společnostech není nejvyšší prioritou vyřešit spor spravedlivě nebo souladně s právem, ale smírně, resp. konsenzuálně.

Při výběru osoby arbitra či mediátora rozhodují konkrétní nároky, které každá společnost s výkonem této funkce spojuje. Většinou se bude jednat o jedince se speciálními dovednostmi v této oblasti nebo toho, kdo je z nějakého jiného důvodu uznán jako vhodný pro tuto roli.¹⁰⁰ Není výjimkou, kdy jsou preferovány osoby, které se již v minulosti při vyjednávání a mediaci osvědčily a disponují v této oblasti určitou mírou prestiže. Mediátor nebo arbitr může k dosažení cíle využít nejrůznějších prostředků, zejména může pracovat na představách stran ohledně priorit ve vzájemných recipročních vztazích nebo může hledat možnosti řešení, které samotné strany neobjevily a pokusit se je přesvědčit, aby s nimi souhlasily apod.¹⁰¹ Samotná skutečnost, že návrh navrhuje nestranná třetí strana, může také v určitých případech stačit, aby se stal přijatelným. Mediátor nebo arbitr nemusí nutně usilovat o kompromisní řešení, ale z mnoha důvodů tak zpravidla učiní. Kompromis je často cestou nejmenšího odporu pro toho, kdo přiměje strany, aby se shodly na dohodě. Podmínky pro mediaci jsou nejlepší v případech, kdy obě strany mají zájem na vyřešení konfliktu. Čím silnější je tento společný zájem, tím větší důvod mají k předání konfliktu třetí straně a tím více budou motivovány k aktivní spolupráci při hledání řešení a k přizpůsobení se jejich požadavkům takovým způsobem, aby řešení bylo možné dosáhnout. Není-li některé strana sporu zpočátku motivována k vyřešení konfliktu smírně, může dojít ze strany ostatních členů společnosti k nátlaku, a to i pomocí hrozeb nebo sankcí.¹⁰²

Etnografické studie tak jasně naznačují, že mechanismy, které moderní primitivní společnosti užívají pro urovnání vzniklých sporů, vykazují převažující aspekty typické pro mediační či rozhodčí řízení s minimálními prvky formálních či rituálních postupů. I když někteří antropologové hovoří o soudním řízení v souvislosti s primitivními společnostmi,¹⁰³ nejedná se o formalizované a sofistikované procesní postupy, tak jak

⁹⁹ POSNER, op. cit., s. 44.

¹⁰⁰ ROBERTS, Simon A. *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology*. New Orleans: Quid Pro Books, 2013, s. 51.

¹⁰¹ Ibid., s. 51–53.

¹⁰² ECKHOFF, op. cit. s. 148–172.

¹⁰³ GLUCKMAN, Max. *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*. Oxford: Basil Blackwell, 1965, s. 38–39, 43–44, 101–104, 124–126; SCHAPER, Isaac. *Government and Politics in Tribal Societies*. London: C.A. Watts & Co. Ltd., 1963, s. 29–31, 43, 45–49, 58–61, 64–65; GOLDSCHMIDT, op. cit., s. 40, 42, 50, 56, 63–67, 89, 92, 105; GULLIVER, op. cit., s. 167–173, 267–275.

je chápeme v naší společnosti. Absence právní specializace v kmenových kulturách brání vytvoření rigidních a formálně náročných soudních pravidel a procesních mechanismů. Formálnost není vlastní primitivním kmenovým kulturám, jednoduše proto, že jich není zapotřebí, na rozdíl od komplexnějších společností. Primitivní společnosti ve skutečnosti potřebují, s ohledem na sociální strukturu a rozsah uspokojování potřeb, jen málo práva,¹⁰⁴ zvláště podílí-li se na sociální kontrole i jiné sociálně-normativní mechanismy. Z tohoto důvodu musí každý, kdo studuje a hodnotí společenské poměry v primitivních (potažmo archaických) kmenových či raněstátních společnostech, zvažovat při zkoumání práva právě neformální mechanismy sociální kontroly, které mohou poskytnout komplexnější a ucelenější obraz sociální reality.

Nezanedbatelnou úlohu v tomto ohledu hraje veřejné mínění naléhající na smírné řešení, jelikož každý spor znamená zvýšení sociálního napětí nebo významné ztížení vzájemného soužití a spolupráce. Všechny tyto aspekty sehrávají významnou roli a jsou přítomny, i když dojde k rozhodování právní autority, tam, kde selže smírné urovnání sporu.¹⁰⁵ Max Gluckman tak hovoří o „mobilizaci různých sociálních tlaků k dosažení vlastních zájmů“¹⁰⁶ nebo Karl N. Llewellyn a Edward E. Hoebel zase uvádí: „*Je úžasné pozorovat, do jaké míry neformální tlaky udržovaly i ty nejčastější přestupce v mezích. Veřejné mínění bylo skutečným názorem Čejenů; ve skutečnosti se jednalo o mnohem víc. [...] Neformální tlaky na dospělé byly nejen vokální, ale zvláště rychlé, aby získaly formu jednání nejen ve vztahu k zainteresovaným osobám, ale i nezaujaté veřejnosti.*“¹⁰⁷

Je těžké nesouhlasit s Edwardem B. Tylorem, který tvrdil, že „jednou z nejdůležitějších věcí, které se můžeme naučit ze života hrubých kmenů, je to, jak může společnost fungovat, aniž by policisté udržovali pořádek.“¹⁰⁸ Jinými slovy v případě primitivních a archaických společností je nezbytné počítat v případě fungování práva a rozhodování sporů i s neprávními vlivy, které významně do právních procesů zasahují a ovlivňují je. Mezi takové vlivy patří zejména, vyjma příbuzenských vztahů, multiplexních vazeb a veřejného mínění, i obava z magie (zejména pak čarodějnictví) či náboženských trestů. Gulliver kromě toho k těmto vlivům řadí dále etické zásady, základní kulturní premisy, normy chování, zvyky, obyčeje, rozhodnutí a precedenty a rozumná očekávání atd.¹⁰⁹ Význam právní antropologie pro interpretaci římských pramenů si uvědomil italský historik Arnaldo Momigliano, který se pokusil pomocí antropologických výzkumů a analýz (konkrétně studiem děl

¹⁰⁴ HOEBEL, op. cit., s. 293.

¹⁰⁵ MACCORMACK, 1971, op. cit.

¹⁰⁶ GLUCKMAN, 1965, op. cit., s. 264.

¹⁰⁷ LLEWELLYN, HOEBEL, op. cit., s. 264–265.

¹⁰⁸ TYLOR, Edward Burnett. *Anthropology: An Introduction to the Study of Man and Civilization*. D. Appleton, 1894, s. 405.

¹⁰⁹ GULLIVER, Philip Hugh. *Case Studies of Law in Non-Western Societies*. In: *Law and Culture and Society*. Chicago: Aldine Publishing Company, 1969, s. 20.

antropologů Malinowského, Evanse-Pritcharda, Shapery, Fortese, Levi-Strausse) osvětlit původ římských kurií. I když nenašel v antropologické literatuře oporu a relevantní materiály pro své bádání, tak poznamenal: „*Moje selbání nesmí být vykládáno jako popření hodnoty srovnávacích studií. Srovnávací antropologie pravděpodobně naznačuje alternativní možnosti interpretace důkazů, které máme, než že by jejím prostřednictvím bylo možné doplňovat důkazy, které nemáme.*“ Užitečnost antropologie pro studium římských institutů následně krátce demonstroval na objasnění původu klientství.¹¹⁰

Nejstarším druhem římské arbitráže, pro který existují pramenné důkazy, je rozhodování sporů prostřednictvím *boni viri* (spravedlivých mužů), tj. soukromých osob, které si strany sporu zvolily poté, co zjistily, že nemohou vyřešit spor vlastními silami. Postup při takovém rozhodování byl zcela neformální, ať už se strany domáhaly čehokoli a arbitr byl ochoten takový spor rozhodnout, přičemž stát do tohoto řízení nebyl přímo zapojen. Neexistovala pro něj žádná fixní pravidla a jednalo se o ad hoc postup, to znamená, že se vytvářela pouze pro účely konkrétního řízení. Tento druh neformální mediace či arbitráže se zdá být přítomen ve všech komunitách v celé historii.¹¹¹ Nejranější informace o tomto způsobu rozhodování sporů pochází od Cata staršího, který ve své spisů „O zemědělství“ (*De agri cultura*)¹¹² zmiňuje tento způsob rozhodování na několika místech. Podobně Plautus ve svých hrách zmiňuje arbitráž prostřednictvím „spravedlivého muže“, přičemž v této souvislosti uvádí, že by takový rozhodce měl být v dobré víře, čímž zřejmě míní, že by měl rozhodovat spravedlivě a nestranně.¹¹³ Z Justinianovy kompilace víme, že funkce spravedlivých mužů (*boni viri*) přetrvala až do doby poklasické, kde nacházeli své uplatnění zejména v rozhodování sporů rodinných¹¹⁴ a obchodních.¹¹⁵

Horatius píše trochu vzletně, že *bonus vir* je ten, kdo se řídí zákony, nařízeními senátu a statuty, jeho rozhodnutí řeší množství žalob a jeho svědectví rozhoduje případy.¹¹⁶ Římané očekávali, že arbitři použijí veškeré dostupné techniky k dosažení urovnání, které je pro strany přijatelné. Někdy zaměňovali pojmy *arbiter* a *iudex* a někdy trvali na rozdílu v těchto postech, tak jak to činíme dnes i my, ale každopádně vždy požadovali, aby ti, co rozhodovali spory, jednali jako *boni viri*.¹¹⁷ Dobrá víra a důvěra vyjádřená

¹¹⁰ MOMIGLIANO, Arnaldo. An Interim Report on the Origins of Rome. *The Journal of Roman Studies*, 1963, roč. 53, č. 1, s. 113.

¹¹¹ ROEBUCK, Derek a Bruno de Loynes de FUMICHON. *Roman Arbitration*. Oxford: Holo Books, 2004, s. 46.

¹¹² Cato, *Agri*. 149.1-2, 145.3, 144.2-3, 148.1.

¹¹³ Srov. Plaut. *Curv.* 719-22; Plaut. *Rud.* 1038-43.

¹¹⁴ Srov. D.32.43.

¹¹⁵ Srov. D.17.2.6, D.17.2.75-76, 78, 80.

¹¹⁶ Hor. *Epistles*. 1.16.40: „*Vir bonus est quis? 'qui consulta patrum, qui leges imaque servat, quo multae magnaque secantur iudice lites, quo res sponsore et quo causae teste tenentur.*“

¹¹⁷ ROEBUCK, FUMICHON, op. cit., s. 64–65.

tím, že si účastníci sporu zvolili arbitra (tj. dali mu důvěru),¹¹⁸ jak se zdá představovaly pro Římany nezbytné ctnosti, aby mohl být člověk považován za váženého a ctihodného, tedy kvalit, kterých si nejvýše cenili.¹¹⁹ Sice nevíme, v jakém rozsahu byl tento způsob arbitráže využíván, ovšem skutečnost, že *arbitrium boni viri* mělo svou vlastní zkratku „ABV“ v Probově seznamu právních zkratk, ukazuje na běžnou součást rozhodovacích procesů.¹²⁰ Koncept *bonus vir* ovlivnil veškeré pozdější formy římských arbitráží a definoval základní parametry vyžadované při urovnávání soukromých sporů. Ať se jednalo o arbitry, rekuperátory či soudce, tak od nich Římané očekávali využití veškerých technik nezbytných k dosažení urovnání sporu a postup stejné kvality jako u *bonus vir*.¹²¹

Zákon XII desek v několika ustanovení rozlišuje mezi spory, které rozhodoval buď výhradně rozhodce (rozhodci), nebo alternativně rozhodce a soudce (nikoli však soudce samotný).¹²² V Tab. 2.2. se konkrétně dovidáme, že se nesmělo konat řízení, pokud se soudce, rozhodce nebo žalovaný pro těžkou nemoc nebo pro jinou překážku nemohli dostavit k projednání sporu, Tab. 9.3. zase postihuje trestem smrti soudce a rozhodce, jestliže byl usvědčen z braní úplatků a Tab. 12.3. vyžaduje tři rozhodce v případě, že někdo odnese neoprávněně předmět sporu. Stejný počet rozhodců požaduje také Tab. 7.5b. v případě, že vznikne spor ohledně meze mezi pozemky.¹²³ Podobně Gaius píše (4.17), že podle Lincinniova zákona rozhodoval rozhodce spory týkající se společné věci anebo dělení pozůstalosti mezi spoludědici, zatímco žalobu *legis actio per iudicis postulationem* mohl rozhodovat nejen soudce, ale též rozhodce (4.17). Z četnosti odkazů na arbitry můžeme usuzovat, že rozhodčí řízení v době vzniku zákona XII desek převládalo nad soudním řízením.¹²⁴ Na podkladě právních (LDT, Gaia), ale i neprávních pramenů (Plauta, Cata nebo Horatia) můžeme usuzovat, že Římané v nejstarším období

¹¹⁸ D.17.2.78: „*In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*“ [Ohledně tohoto případu však mám za to, že je třeba postupovat podle uvážení spravedlivého muže/rozhodce, a to o to více, že žaloba proti společníkovi je založena na dobré víře.] BLAHO, Peter et al. *Digesta, neboli, Pandekty: svazek II, kniha XVI–XXXV, vybrané části = Digesta, seu, Pandectae: tomus II, liber XVI–XXXV, fragmenta selecta*. Praha: Univerzita Karlova, 2019, s. 143.

¹¹⁹ „*Právě na poctivosti, neposkvrněné občanské cti, si Římané vždy velmi zákládali. Není náhodné, že fides (čest) psali brzy s velkým počátečním písmenem a začali ji uctívat – došlo k její personifikaci v bohyni Fides.*“ SKŘEJPEK, 1999, op. cit., s. 48; ROEBUCK, FUMICHON, op. cit., s. 56.

¹²⁰ PROBUS, Marcus Valerius. On the Single Letters of Fragments. In: *De M Valerio Probo Berytio*. Bonn: Cohen, 1910; ROEBUCK, FUMICHON, op. cit., s. 64.

¹²¹ Cic. *Caec.* 2.6.

¹²² Bartošek spatřuje největší rozdíl mezi soudcem (*iudex*) a rozhodcem (*arbiter*) v tom, že rozhodce nebyl na rozdíl od soudce vázán žalobní formulí a mohl rozhodovat podle toho, co považoval za správné a spravedlivé. Disponoval tedy větší volností než soudce, zejména jde-li o hospodářské a technické okolnosti sporného případu. BARTOŠEK, Milan. *Škola právníckého myšlení*. Praha: Karolinum, 1991, s. 297–298.

¹²³ Girard dovozuje z typů řízení, které rozhodci rozhodovali, že v nich vystupovali nejen jako rozhodci, ale především jako techničtí odborníci znalí problematiky, jež se stala předmětem sporu. GIRARD, 1901, op. cit., s. 82. pozn. 2.

¹²⁴ KINCL, Jaromír. *Gaius učebnice práva ve čtyřech knihách*. Brno: Doplněk, 1981, s. 204.

urovnávali své spory v rozhodčích řízeních, která postupně v době historické začal nahrazovat soudní typ řešení sporů.

Můžeme mít tedy za to, že relativně neformální fáze *apud iudicem* představuje s největší pravděpodobností reziduum kmenových arbitrážních řízení, jež probíhalo podobným způsobem a za podobných okolností a účelem jako v ostatních primitivních společnostech, tedy v duchu úsilí narovnat poměry ve společnosti a obnovit soulad mezi jejími členy.¹²⁵ Podobnosti jsou natolik nápadné, že se této analogii nelze ubránit. Nacházíme-li v římském procesu fázi podobající se zejména po obsahové stránce rozhodování v moderních kmenových kulturách (s podobnou sociální a ekonomickou strukturou), můžeme tedy mít důvodně za to, že se řízení *apud iudicem* vyvinulo právě z kmenové arbitráže či mediace. Greenidge považoval institut soudce za původní a latinským kmenům vlastní způsob urovnávání sporů, jak ostatně plyne z historického práva účastníků sporu zvolit si svého soudce. Nesouhlasil tedy s teoriemi, které viděly v soudci dodatečně vytvořený institut (viz Savigny).¹²⁶ Podle něj instituce soudce představovala dědictví z předstátního života klanů (*gens*) a vesnic (*vicus*). V takových komunitách náčelník předsedal periodickému slavnostnímu zahájení řešení sporů, po jehož vykonání si strany zvolily svého soudce (*iudex* nebo arbitra), který následně spor rozhodl.¹²⁷ Můžeme tedy konstatovat, že teorie o původu bipartity římského soudního řízení založené na silném postavení státu, krále anebo úředníka, jež dodatečně jmenoval soudce, se jeví jako nepravděpodobná a ahistorická, jelikož antropologické analýzy ukazují, že určitá forma mediačního či arbitrážního rozhodování sporů existuje v nějaké formě ve všech primitivních kulturách. Antropologické výzkumy tak dávají (spolu s *lex Irnitana*) za pravdu Wlassakově arbitrážní teorii minimálně v tom ohledu, že nejstarší římský proces zřejmě vycházel z latinské kmenové arbitráže (popř. mediace), která stála na jeho počátku. V průběhu vývoje začal stát postupně do arbitrážních rozhodovacích procesů vstupovat a regulovat je spolu s narůstající tendencí monopolizovat výkon svrchované moci na svém území. Samozřejmě dnes již nevíme a nelze to ani dovodit z antropologických závěrů, kdy a jak k tomu došlo, zda postupně, spolu s postupně sílícími pravomocemi státních institucí, jak předpokládal Wlassak, nebo v důsledku konkrétní historické události.

Právní antropologie prakticky vyvrací Kaserův předpoklad spočívající v nezbytnosti silné autority schopné přimět strany sporu podrobit se soudnímu rozhodnutí.¹²⁸ Kaser totiž opomíjí nebo nepřikládá dostatečný význam mimoprávním vlivům, které v primitivních a archaických společnostech sehrávají na poli sociální normativní kontroly stěžejní úlohu

¹²⁵ BUCKLAND, William Warwick a Arnold D. McNAIR. *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 400–401.

¹²⁶ SAVIGNY, op. cit., s. 287.

¹²⁷ GREENIDGE, Abel Hendy Jones. *The Legal Procedure of Cicero's Time*. Oxford: Clarendon Press, 1901, s. 17–18.

¹²⁸ KASER, 1964, op. cit.

a účinně ovlivňují chování jejích členů. Jak jsme si již řekli, tak v primitivních a archaických společnostech spolupůsobí velké množství neformálních vlivů (zejména veřejné mínění, názor zainteresovaných příbuzných na způsob řešení sporu, obava z užití magie druhou stranou, obava z případné odvety apod.), přičemž všechny jednotlivě, častěji ve vzájemné koincidenci, dokážou ve většině případů strany sporu přimět, aby se snažily vyřešit spor smírně. Musíme si uvědomit, že kmenové kultury se vyznačují tím, co Gluckman nazývá multiplexními vztahy¹²⁹ a Laura Nader křížové vazby¹³⁰, což je různé označení pro vazby mezi komunitami či jednotlivci založenými na příbuzenském, ekonomickém či jiném základu. Čím více existuje těchto vzájemných vazeb a čím více strany sporu sdílejí společných činností, tím je pravděpodobnější, že spor bude řešen smírněji než autoritativním způsobem.¹³¹ Kaserovo pochybení lze tak spatřovat v nedocenění mimo-právních vlivů a jejich účinků na chování lidí v rámci procesu urovnávání sporů a přeceňování nepřátelství a nevraživosti mezi členy primitivních společností.

Jak Hoebel poznamenal, tak osobní tyranie v primitivních společnostech představuje naprosto vzácný, výjimečný a ojedinělý jev; hrubá síla jednotlivce rozhodně není upřednostňována.¹³² Důvodem je skutečnost, že politické autority potřebují následovníky, kteří zároveň limitují jejich moc. V důsledku toho je politické vůdcovství již v primitivních komunitách do jisté míry trans-personalizované, jelikož spočívá v „úřadu“ a sociálním statutu než v konkrétní osobě.¹³³ Zvláště v případě neformálního vůdcovství typické pro nejprimitivnější komunity je podle něj představa tyransko-vykořisťovatelského vůdce pomýlená, neboť tyto vůdce postrádají jakékoli prostředky pro vykořisťování a útlak ostatních. Nejsou výslovně zvoleni do funkce; spíše vedou skupinu s tichým souhlasem svých následovníků a své vedení okamžitě ztratí, jakmile ostatní přestanou přijímat a respektovat jejich návrhy a začnou upřednostňovat návrhy jiného člena. Patriarchální tyran primitivní skupiny není ničím jiným než spekulací 19. století.¹³⁴

Mýlil se i Jolowicz, pokud spojoval nadpřirozené techniky jako ordálie s přísně formálními postupy, které vtiskly legisakčnímu řízení jeho strohý formalismus.¹³⁵ Vycházel z předpokladu, že formalismus a symbolika představují znak primitivního způsobu myšlení, což na jedné straně ovlivnil zájem o magii a náboženství, pro které jsou tyto jevy typické, a na straně druhé to plyne ze symbolů identifikovaných v raných římských

¹²⁹ GLUCKMAN, Max. *Judicial Process Among the Barotse*. Manchester: Manchester University Press, 1973, s. 20–21.

¹³⁰ NADER, Laura. *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*. Redwood City: Stanford University Press, 1990, s. 36.

¹³¹ GLUCKMAN, 1973, op. cit., s. 20–21.

¹³² Gulliver rovněž uvádí, že autorita je vždy v primitivních komunitách omezená. GULLIVER, 1969, op. cit., s. 23.

¹³³ HOEBEL, op. cit., s. 277.

¹³⁴ HOEBEL, op. cit., s. 294.

¹³⁵ JOLOWICZ, 1935, op. cit.

právních institucích, které mohou být vysledovány v dřívější fázi vývoje práva.¹³⁶ Spojení magického jednání s formalismem primárně vychází z přesvědčení, že přísné dodržení předepsané formy představuje charakteristický rys magické formy, která zůstává i poté, kdy původně magický obsah vymizí, a zároveň, že slova mají samy o sobě magický „náboj“,¹³⁷ který se aktivuje pouze tehdy, když jsou pronesena správně, v požadovaném pořadí a bezchybně. Kouzelná interpretace formalismu je založena na řadě předsudků o přesvědčeních a praktikách primitivních národů pocházejících z takových prací, jako jsou Zlatá ratolest¹³⁸ nebo Myšlení člověka primitivního.¹³⁹

V těchto pracích dominuje představa primitivního člověka bez ohledu na sociální skupiny nebo kmenové diference, ve kterých převládá zájem o magický nebo náboženský aspekt života. Získaný dojem spočívá v tom, že ani obyčejné každodenní činy nemohou být vykonávány, aniž by bylo nutné vyžádat si podporu nadpřirozených sil nebo odvrátit zlé síly pomocí patřičných rituálů. Z tohoto pohledu rovněž pramení představa o formalismu práva, které se neliší (ani lišit nemůže) od jiných aspektů života. Přirozeně takové pojetí života primitivního člověka budí dojem, že pro něj právo spolu s jeho dalšími aktivitami představuje sbírku aktů a vzorců určených k ovlivnění tajemných sil. Jak etnografické výzkumy a antropologické závěry ukazují, tak tyto představy nejsou opodstatněné, resp. právní formalismus není typický jak pro primitivní právní systémy, tak pro praktikování magie.¹⁴⁰ Ritualismus

¹³⁶ KUNKEL, Wolfgang. *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*. Oxford: Oxford, Clarendon P., 1966, s. 92; HÄGERSTRÖM, Axel. *Der römische Obligationsbegriff: Im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*. Uppsala: Almqvist & Wiksell, 1927, s. 302–303; JÖRS, Paul, Wolfgang KUNKEL a Leopold WENGER. *Römisches Privatrecht*. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 1949, s. 19–20; KASER, Max. *Das Römische Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1955, s. 23.

¹³⁷ SKŘEJPEK, 1999, op. cit., s. 263–265.

¹³⁸ Srov. FRAZER, James George, Sir. *Zlatá ratolest*. Praha: Československý spisovatel, 2012.

¹³⁹ Srov. LÉVY-BRUHL, Lucien. *Myšlení člověka primitivního*. Praha: Argo, 1999.

¹⁴⁰ „Zandské rity nejsou formalizovanou záležitostí. Existují určité činnosti, které musí člověk vykonat, ale posloupnost těchto akcí závisí na logice obřadu a jinak nepodmiňuje jeho účinnost. Proto je jen zřídka, že člověk pozoruje konkrétní rituál, který se koná několikrát přesně stejným způsobem. Obvykle existují variace, často široké variace toho, co se říká a dělá, stejně jako pořadí slov a akcí. Posloupnost rituálních aktů je určena výhradně technickými potřebami a zdravým rozumem.“ EVANS-PRITCHARD, Edward Evan. *Witchcraft, Oracles, and Magic among the Azande*. Oxford: Clarendon Press, 1976, s. 177; „Procedura, stejně jako většina společenských akcí Tivů, je neformální.“ BOHANNAN, Paul. *Justice and Judgment among the Tiv*. New York: Harper & Row, 1971, s. 61; „Ve většině kmenových společností a stejně tak i v některých civilizacích mohou být soudní rozhodnutí i úloha soudní autority tak neformální a neceremoniální, že západně jednostranní antropologové by je zcela přehlédli nebo by je považovali za nelegální.“ POSPÍŠIL, Leopold. *Etnologie práva*. Set Out, 1997, s. 35; „Čejenské právní způsoby postrádaly jakoukoli formu, formalismus nebo legalismus pro nedostatek pochopení těchto věcí a způsobu jejich užití.“ LLEWELLYN, HOEBEL, op. cit., s. 339; „Právní normy nejsou zdaleka tak rigidní, absolutní nebo vydávané ve jménu nadpřirozených bytostí. Naopak jsou udržována sociálními silami, chápány jako racionální a nezbytná, pružná a schopná přizpůsobení. Také jejich práva a povinnosti nejsou zdaleka výlučně skupinovou záležitostí, jsou v zájmu jednotlivce, který dokonale ví, jak se starat o své zájmy a uvědomuje si, že musí své závazky splatit. Ve skutečnosti jsem zjistil, že postoj domorodce vůči povinnostem a výsadám je téměř stejný jako v civilizované komunitě – do té míry, že se nejen naplná, ale také občas porušuje zákon.“ MALINOWSKI, Bronislaw. *Crime and Custom in Savage Society*. New Brunswick, NJ: Rowman & Littlefield Publishers, 1985, s. 74.

a procedurální formalismus spojený s nadpřirozenými technikami tvoří jen velmi malou část primitivního práva, přičemž „*formalismus a ritualismus v právu představuje vedlejší produkt právní specializace v archaických a raných moderních právních systémech. Podobná specializace neexistuje mezi primitivními národy.*“¹⁴¹

Jak výstižně popsal neformálnost primitivního procesu MacCormack: „*Vedení žaloby před africkým soudem je velmi neformální záležitostí, ve které žalobce a žalovaný předkládají své případy libovolným způsobem a předkládají tolik materie, kolik si přejí. Je ponecháno na soudcích, aby postupně zjišťovali, o čem vlastně spor je, než vynesou rozhodnutí.*“¹⁴² Etnografické výzkumy jasně ukazují, že průběh projednávání sporů v primitivních komunitách představuje velice neformální činnost, v jejímž rámci strany sporu předkládají svá tvrzení a přednášejí své důkazní návrhy libovolným způsobem bez požadavku konkrétní formy.¹⁴³ Je ponecháno na právní autoritě rozhodující spor, jakým způsobem vede vyšetřování nebo provádí důkazy a zda již nasbíral dostatek znalostí o povaze sporu, aby mohl rozhodnout. Samotné vynesení rozhodnutí rovněž zpravidla postrádá jakoukoli konkrétní formu.¹⁴⁴

Nelze se tedy spoléhat na primitivní právo a víru v nadpřirozené magicko-náboženské techniky u primitivních národů při obhajobě formalismu v raném (nejen) římském právu. Základy, na nichž byla vystavěna představa o raném právním formalismu budou pravděpodobně nesprávné.¹⁴⁵ Formalismus totiž představuje spíše pokročilejší než primitivní právní techniku vyžadující od soudců či mediátorů zvláštní právní dovednosti a tím pádem i užší specializaci, které nemohou dosáhnout kmenoví náčelníci, pohlaváři či jiné právní kmenové autority. Teorie, jež vycházejí z premisy, že „čím je právo primitivnější, tím je formálnější“, zakládají své závěry nesprávných základech.¹⁴⁶ Budeme-li aplikovat tyto poznatky na předstátní římskou společnost, tak se zřejmě nevyhneme možné

¹⁴¹ HOEBEL, op. cit., s. 257.

¹⁴² MACCORMACK, 1971, op. cit.

¹⁴³ GULLIVER, Philip Hugh. *Social Control in an African Society: A Study of the Arusha*. Literary Licensing, LLC, 2013, s. 178, 228.

¹⁴⁴ Pospíšil popsal průběh rozhodování sporu u Kapauků následovně: „*Například kapaucký pohlavár, nazývaný tonovi, nenařizuje ‚soudní líčení‘, ale obvykle nepokrytě vstupuje do průběhu sporu, který je již ve značně pokročilém stádiu. Posadí se a naslouchá argumentům a nadávkám, ba dokonce se stává svědkem fyzického napadání, aniž by do něj zasáhl. Teprve když sám uzná, že nasbíral dostatek vědomostí o povaze sporu, pomalu zahájí své vlastní vyšetřování, a přitom neformálně klade otázky svědkům a navrhuje další kroky, jako slyšení jiných svědků, obledání místa činu nebo přivolání experta. Tím sbromažďuje své důkazy, které Kapaukové označují boko petai (hledání podstaty). Má-li pohlavár zato, že tuto podstatu sporu a relevantní fakta už zná, může svolat radu, složenou z dalších významných mužů či starších právních expertů. Pak učiní vlastní rozhodnutí o způsobu řešení sporu a zahájí boko duwai (rozjetnutí podstaty), tj. vlastní vynesení rozsudku či rozsouzení věci (podle potřeby). Může shrnout důkazy, odvolat se na existující pravidla a říci stranám, co mají učinit.*“ POSPÍŠIL, op. cit., s. 35.

¹⁴⁵ MACCORMACK, Geoffrey. Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law. *The Legal History Review*, 1969, roč. 37, č. 3, s. 439–468.

¹⁴⁶ HOETINK, H. R. The Origin of the Dual Mode in Roman. *Seminar* 5, 1947, roč. 16, s. 16–30.

námítce, že právní formalismus (s ohledem na formalismus archaických hmotněprávních institutů, např. *sponsio*, *fideiussio*, *stipulatio* apod.) představuje v kontextu předstátního římského práva jisté specifikum. V takovém případě bychom ovšem zároveň museli připustit, že v kmenové římské (latinské) společnosti působili (na rozdíl od ostatních empiricky zkoumaných kmenových společností)¹⁴⁷ specialisté zabývající se výhradně rozhodováním sporů, v důsledku jejichž činnosti by mohlo docházet k formalizování práva a soudních procesů.

Římská kmenová společnost by tak představovala naprosté unikum vymykající se situaci v jiných primitivních komunitách, přičemž takový extrémní závěr by vyžadoval (alespoň částečně) oporu v dochovaných pramenech. V opačném případě nezbyvá než předpokládat, že se archaické předstátní způsoby řešení sporů odehrávaly prostřednictvím soukromé arbitráže (tak jako v jiných primitivních komunitách), které přešly do nejranějšího období římského státu. S procesem etatizace úzce souvisel nárůst komplexnosti společnosti a zvyšování úrovně sociální stratifikace, což se projevovalo ve stále větší potřebě právní jistoty a přesnosti. Právní úkony a dispozice s majetkem zřejmě obecně vyžadovaly zvláštní formu, což se odráželo zejména v ustanovení řady pregnantně definovaných žalobních nároků vyjádřených ve formalizovaných vzorcích.¹⁴⁸ Dalo by se ovšem očekávat, že se bude jednat o dlouhodobý proces reagující na narůstající potřebu právní preciznosti v návaznosti na postupný ekonomický rozvoj. Na druhou stranu, víme-li, že fáze *in iure* byla již v historickém období (resp. před vznikem zákona XII desek) proktnuta množstvím formalizovaných právních aktů,¹⁴⁹ muselo být římské právo vystaveno v relativně krátkém období intenzivnímu „formalizujícímu“ vlivu, který tento proces minimálně v některých aspektech notně urychlil.

Při těchto úvahách nemůžeme zcela pominout etruský vliv, který nepochybně sehrál významnou roli při formování římského městského státu, zvláště v období přelomu šestého a pátého století před naším letopočtem, kdy docházelo k silnému ovlivňování římské společnosti Etrusky, a to nejen v politické a kulturní oblasti, ale nepochybně i v oblasti práva. Na rozdíl od kmenového práva Latinů, usazených na římských pahorcích, bylo etruské právo plně rozvinuto a dozajista plně specializováno. Za předpokladu, že se právo etruských městských států vyznačovalo silným formalismem (čemuž by zejména napovídal důraz kladený na formálnost náboženských ritů),¹⁵⁰ tak ve spojení s politickým vlivem Etrusků na raný Řím, nelze vyloučit interakci primitivního latinského (římské) práva s rozvinutým právem etruským do té míry, že rané římské

¹⁴⁷ HOEBEL, op. cit., s. 257.

¹⁴⁸ Srov. D.1.2.2.6.

¹⁴⁹ Srov. Gai. 4.17.

¹⁵⁰ „Etruskové patrně přinesli do Říma rigoróznost a formálnost kultu, který se stal pro Římany posléze tak typický.“ SKŘEJPEK, 1999, op. cit., s. 48.

právo převzalo i jeho prvky formálnosti a rituálnosti.¹⁵¹ Mocensky uplatňovaný etruský vliv (ať už přímý, či nepřímý)¹⁵² mohl vést, ve snaze ovládnout římskou jurisdikci,¹⁵³ k „naroubování“ etruského právního formalismu (v podobě zavedení fáze *in iure*, kterou zajišťoval římský král etruského původu nebo jím pověřený úředník) na původní neformální latinskou kmenovou arbitráž (později fázi *apud iudicem*), což se v konečném důsledku mohlo promítnout do diametrálně odlišných parametrů obou fází legisakčního řízení. Tento přístup nám umožňuje alespoň částečně skloubit na první pohled kontradiktorní teorie o původu bipartity legisakčního řízení, jmenovitě pak Wlassakovu arbitrážní teorii s Mommsenovou teorií státního původu vycházející ze silného postavení krále disponujícího svrchovanými pravomocemi nejen v oblasti soudní, a koneckonců

¹⁵¹ O skutečnosti, že staré latinské právo nebylo natolik formální může svědčit, že s uzavřením manželství římské právo nespojovalo žádné formální úkony ani neexistovala žádná závazná forma jeho uzavření. Ibid., s. 122–123.

¹⁵² Vliv Etrusků na raný Řím se patrně neomezoval na pouhé nepřímé působení, nýbrž s vysokou mírou pravděpodobnosti etruská elita přímo latinsko-římské etnikum politicky ovládala, což ostatně nepopírá ani sama římská tradice. Králové L. Tarquinius Priscus a L. Tarquinius Superbus a první republikánští konzulové, tedy čelní představitelé římského státu v tomto období, patřili k etruskému etniku, zatímco překvapivě šestý král Servius Tullius byl dle tradice latinského původu. Skutečnost, že mezi dvěma etruskými králi vládl král latinského původu vždy vyvolávalo mnoha nejasností a pochybností. První pochybnosti pochází již z antiky, kdy císař Claudius (10 př. n. l.–54 n. l.), který se celý život věnoval (nejen) etruské historii (víme například, že napsal dnes již ztracené dílo pojednávající o historii Etrusků s názvem *Tyrrhenica*) a ovládal jako jeden z mála své doby etruštinu, poprvé veřejně zpochybnil při inauguraci galských senátorů v Lyonu skutečnost, že by Servius Tullius byl latinského původu a ztotožnil jej s etruským šlechticem Mastarnou (*Macstrna*). Tato informace nabývá obzvláště na významu v souvislosti s nálezem pařížského mědirytcce Alphonse Francoise, který v roce 1857 v etruské hrobce poblíž města Vulci objevil nástěnné fresky znázorňující vítězství bratří Vibennů (po Caeliovi Vibennovi byl pojmenován jeden z římských pohorků *Caelius*) a Mastarny nad nepřátelskou koalici tvořenou Římem (Cneve Tarchunies Rumach, zřejmě se jedná o krále Tarquinia Prisca) a etruskými městy Volsiniami (Laris Papatnas Velznach) a Sovanou (Pesna Arcmsnas Sveamach). Historický původ bratří Vibennů je navíc doložen nejen nálezem etruského zrcadla z okolí Bolseny, na kterém jsou oba vyobrazení, ale též zlomek vázy z poloviny 6. st. př. n. l., na které je etrusky psané jméno Avile Vipiennas, tedy druhého ze dvou bratrů. (CORNELL, Tim. *The Beginnings of Rome. Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c. 1000–264 BC)*. Oxon: Routledge, 1995, s. 134–141). To by znamenalo, že by poslední tři římské králové nejen patřili k etruskému etniku, ale také že římský trůn byl uchvácen násilím etruským Mastarnou, který si mohl dovolit vládnout o poznání autoritativněji než jeho tradičně volení předchůdci, jejichž moc limitovali ostatní představitelé římských rodů (*patres*). Není bez souvislosti, že samotná římská tradice připisuje Serviovi Tulliovi rozsáhlé reformy, kterými od základu změnil ústavu římského státu (Liv. 1.42–45) a hojnou legislativní činnost (podle Dionýsia vyhlásil údajně padesát zákonů; Dio. Hal. 4.13), čehož by zřejmě těžko dosáhl, kdyby nedisponoval tomu odpovídající mocí.

¹⁵³ V tomto ohledu je možné odkázat na Wengera, který etruský vliv na římské právo pozdního království prosazoval. Nebyl ovšem jediný. Již v roce 1931 F. Leifer ve své práci *Zur Vorgeschichte des Römischen Führeramtes* předpokládal, že mohlo dojít pod vlivem etruských Tarquinů k přeměně původně latinsko-indogermánského patriarchálního království v despoticke vykonávanou vládu orientálního typu, přičemž koncept absolutního a neomezeného impéria, kterým disponovali etruští králové, byl přímým důsledkem tohoto vývoje. Tomu ostatně odpovídala jeho neomezená jurisdikční pravomoc. SCULLARD, Howard Hayes. *A History of the Roman World*. London: Routledge, 2013, s. 54; MOMMSEN, 1894, op. cit., s. 157–161.

i s Wengerovou demokratickou teorií, zejména pak v části předpokládající rozdílné pravomoci latinských a etruských králů vládnoucích v královském Římě.

Závěr

Odlišnost obou fází řízení vždy vyvolávala množství otázek, na které se snažili mnozí najít odpověď, ovšem žádná z nich se nesetkala s obecnou akceptací. Důvodem je skutečnost, že žádná plně neodpovídá veškerému souboru informací, které se nám v pramenech o povaze nejstarší formy římského procesu dochovaly. Největší zájem a pozornost vyvolávají zejména diametrální odlišnosti obou fází řízení natolik se lišících, že budí dojem pozdějšího spojení dvou dříve samostatných řízení. To se projevilo v logické snaze vytyčit a definovat podmínky včetně socio-politických okolností, za kterých mohlo k takto radikální změně dojít. Stěžejní otázka, která se k této problematice rovněž váže, spočívá v nejasnosti ohledně možné ingerence státu do soudního systému, zejména (1) zda a do jaké míry jej státní moc ovládala a (2) zda mohli představitelé státní moci donutit účastníky sporu podřídit se soudnímu řízení.

Mnozí romanisté a historikové se snažili vysvětlit původ bipartity soudního římského procesu nejrůznějšími způsoby, přičemž se pokoušeli najít at' už historickou, sociální nebo právní okolnost, která tuto dichotomii zapříčinila. Zatímco Mommsen, Savigny nebo Kaser vycházeli ze silného postavení státu a jeho orgánů, které delegovaly část své jurisdikční pravomoci na soudce nebo na jejich předchůdce, tak Wlassak nebo Jhering spíše věřili, že původ římského soudního procesu spočívá v soukromé arbitráži, jíž se účastníci sporu dobrovolně podrobili. Wenger zase označoval za tuto klíčovou událost republikánskou revoluci, která poskytla vhodné prostředí pro „demokratizaci“ justičního systému, díky čemuž došlo posílení lidové kontroly v oblasti soudnictví. Jolowicz na druhou stranu spatřoval původ rozdělení soudního řízení na dvě části v praktikování iracionálních nábožensko-magických praktik, které jsou nevyhnutelně spojeny s formalizovanými rituálními postupy, jež se promítly do fáze řízení před úředníkem a dříve králem jakožto nejvyšším knězem.

Závěry právní antropologie však vyvrací některé předpoklady, ze kterých tito autoři vycházeli, zejména pokud jde o formalismus vztahů v primitivních komunitách. Etnografické výzkumy ukazují, že formalismus v jakékoli podobě není vlastní primitivním společnostem, a proto nelze odkazovat na primitivní právo při snaze odůvodnit rituální formalismus raného římského (či jiného archaického) práva, jelikož postrádá užší oborovou specializaci, ze které vychází, resp. představuje jeho elementární předpoklad. Stejně tak antropologie vyvrací představu rané společnosti zmítající se ve vzájemné antagonii a nepřátelství, kde vládne právo silnějšího, který si uzurpuje právo autoritativně ovládat ostatní členy společnosti. Dokonce i v těch nejcentralizovanějších primitivních komunitách se prakticky nevyskytují náčelníci schopní autoritativně rozhodovat o společenských akcích bez nezbytné podpory ostatních významných členů komunity, kteří

zároveň limitují jeho moc. Autoritativní a neomezené rozhodování je tak nevyhnutelně spjato s mocí státní, která disponuje (za určitých specifických okolností) takovým rozsahem a silou, že si může monopolizovat výkon násilí na vlastním území.¹⁵⁴

Za přispění právní antropologie a etnografie si lze učinit představu o parametrech nejranějšího římského procesu, které se ve svých základních rysech blíží Wlassakově „Schiedsgerichtstheorie“ (arbitrážní teorii), pro kterou je typická smluvní volnost v otázce výběru osoby rozhodce a dohoda mezi stranami sporu, která se časem změnila v litiskontestaci, tak jak ji známe v legisakčním řízení. Kromě právní antropologie podporuje arbitrážní původ římského soukromého procesu i *lex Irnitana*, který obsahuje pasáže zaručující vysokou míru dispozitivnosti, zejména při výběru osoby soudce. Můžeme se tedy celkem důvodně domnívat, že nejstarší podoba římského procesu se podobala kmenové arbitráži, která stále více nabývala formalizované podoby, přičemž tento vývoj uspíšil buď přímo či nepřímo etruský element v návaznosti na politické ovládnutí raného Říma Etrusky. Etruské právo v šestém století před naším letopočtem zcela jistě disponovalo potřebnou specializací projevující se důrazem kladeným na řádnou formu. To následně vedlo k bipartitě soudního řízení, kdy na jedné straně existovala fáze řízení *in iure* vyznačující se od Etrusků převzatým (nebo mocensky indoktrinovaným) formalismem a fází řízení *apud iudicem* představující reziduum latinské kmenové neformální arbitráže.

¹⁵⁴ Srov. CLAESSEN, Henry J. M. a Peter SKALNIK. *The Early State*. Haag: Mouton Publishers, 1978, s. 586–587.