

„iniuria est quod non iure factum est“<sup>118</sup>, a složitě definuje bezpráví jako „kontra-diktorní protiklad právu“, jenž je produktem „protinormové (normwidrig)“, tj. protiprávní vůle.<sup>119</sup>

V této věci ovšem nelze ponechat bez povšimnutí, že německý výraz „Unrecht“ není úplný ekvivalent českého výrazu „bezpráví“<sup>120</sup> a ani latinského výrazu „iniuria“.

4. Jediný závěr, který je z toho všeho, co tu bylo řečeno o různých koncepcích pojmu bezpráví, možno spolehlivě vyvodit, je ten, že pojem „bezpráví“ nelze definovat analyticky, totiž tím, že by jeho implicitní znaky byly učiněny explicitními. Důvod toho je prostý. Pojem „bezpráví“ žádné vyhraněné, jednoznačné implicitní znaky nemá. Nezbyvá než jej definovat synteticky, tj. tím, že k němu přiřadíme definiční znaky zvenčí, že tedy obsah (intenzí) pojmu „bezpráví“ *nezjistíme* analýzou jeho implicitních znaků, ale *vyvoříme* konvencionálně, tj. předpokládanou dohodou s recipientem tohoto výrazu.

Ani tento postup ovšem nemůže být libovolný a nemůže se, ač syntetický, zcela obejít bez analýzy, v tomto případě bez analýzy významu, který pojmu (výrazu) „bezpráví“ přikládá usus communis.

To už se ale ve stručnosti stalo výše, kde bylo konstatováno, že pojem (výraz) „bezpráví“ se používá ve významu

- a) nedostatek práva,
- b) protiprávnost, popř. neoprávněnost,
- c) nespravedlnost.

223 Význam sub a) je sice smysluplný a nic nebrání tomu, aby se výraz „bezpráví“ v tomto významu používal. V tomto významu ovšem tento výraz nenáleží k usus communis.

Ve významu sub b) a c) sice výraz „bezpráví“ k obvyklému vyjadřování v právním jazyce náleží, v obou svých významech je však synonymem, jednou pojmu „protiprávnost“ („neoprávněnost“) a podruhé pojmu „nespravedlnost“. Vzhledem k tomu však, že synonyma sice slouží oživení stylu, naopak ovšem snižují přesnost vyjadřování a proto se jim právní jazyk brání, soudíme, že se právní jazyk bez pojmu „bezpráví“ obejde. Podle tohoto závěru tedy lze pojem „bezpráví“ ponechat jazyku hovorovému a jazyku politickému nebo literárnímu apod., ale je lépe upustit od jeho používání v jazyku právním, kde ostatně i dosud byl celkem neobvyklý.

Pro jazyk právní by tedy při této koncepci zůstaly pojmy „nespravedlnost“ pro stav odporující spravedlnosti jako převážně etické, popř. přirozenoprávní kategorie, nezávislé na platném právu, a „protiprávnost“ označující rozpor s platným právem.

<sup>118</sup> Jde o výrok Ulpianův D.47,10,1 pr., který zní: „omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur“ (o všem totiž, co se neděje po právu, se praví, že se děje neprávem).

<sup>119</sup> Jellinek, G., Recht, Unrecht und Strafe, s. 56.

<sup>120</sup> Viz český překlad Hegelova výrazu „Unrecht“, o němž je zmínka výše v pozn. <sup>116</sup>, který dosvědčuje, že zmateční jazyků je v této věci úplné.

## Část šestá: Velké právní systémy

**Literatura:** Afchar, H., The Muslim Conception of Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. II, Ch. I; Allott, A., Essays in African Law, London 1960; Allott, A., New Essays in African Law, London 1970; Ancel, M., Utilité et méthodes du droit comparé, Paris 1971; Baudouin, L., Le droit civil de la Province de Québec, modèle vivant de droit comparé, Montréal 1853; Castro, F., La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei, Trieste 1984; Constantinesco, L.J., Rechtsvergleichung, Köln 1972; Cross, R., Precedent in English Law, Oxford 1991; David, R., Les Grands systèmes de droit contemporains, 4ème éd., Paris 1971; David, R., Le droit français, 2 dity, Paris 1960; David, R., Anglické právo, Bratislava 1972; Derrett, J., Iyer, T., Hindu Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Hamburg, Vol. II, ch. 2; Eörsi, Gy., Comparative Civil (Private) Law, Budapest 1979; Guttridge, H.C., Comparative Law, Cambridge 1949; Hanbury, H.G., English Courts of Law, London 1967; Heinrich, D., Einführung in das englische Privatrecht, Darmstadt 1971; Chhabra, Ch., Droit musulman, Paris 1970; Chhabra, Ch., Etudes de droit musulman, Paris 1971; Kálenský, P., Některé otázky použití sociologických metod v oblasti srovnávací právní vědy, Právník sociální a humanitní, Paris 1978; Knap, V., Základy srovnávací právní vědy, Praha 1991; Stefanovič, M., Porovnávání práva, Bratislava 1967; Zweigert, K., Die „Praesumptio similitudinis“ als Grundatzvermutung rechtsvergleichender Methode, in Buis et méthodes de droit comparé, Padova, New York 1963; Zweigert, K., Kötz, H., Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen 1971; Zweigert, K., Puttfarcken, H.J. (red.), Rechtsvergleichung, Darmstadt 1978.

### I. Právní geografie

1. Právo (vnitrostátní) je téměř vždy teritoriálně vázáno, tj. platí jen na určitém 224 území, a to zpravidla na území státu, z jehož suverenity se odvozuje. Tak tomu je ve federacích, kde platí zároveň právo federální a právo členských států, a ve státech, kde vedle sebe na stejném území platí více právních řádů, zejména ve státech, které jako státy nástupnické převzaly právo více států, na jejichž území vznikly. Tak tomu bylo např. v Československé republice až do konce roku 1950, anebo ve státech, kde vedle práva moderního platí i práva tradiční atd. Výjimku z teritoriálního omezení působnosti práva číní práva, která působí personálně, tj. jen pro určité osoby, jako jsou práva náboženská, a jistou výjimku tvoří i extra-teritoriální působení práva dané osobní a prostorovou působností jeho norem.

Tím vším je dáno, že se právo jednotlivých států, resp. jednotlivé právní systémy navzájem více či méně liší. Přesto však se v historickém vývoji práva 225 vytvořily dva základní typy resp. modely práva, tj. *právo kontinentální*, které je v literatuře někdy nepřesně nazýváno i právem románskogermánským, a *právo angloamerické*, které - rovněž nepřesně - bývá nazýváno common law. Právo jednotlivých států světa, jejichž počet se už blíží dvěma stům, lze téměř vždy přiradit k jednomu z právě uvedených typů.

V historii se ovšem vytvořily i další významný model, jímž je *právo islámské*, které se celým svým pojetím od práva kontinentálního i angloamerického výrazně liší. Toto právo se ovšem dnes již zpravidla omezuje hlavně na otázky vlastnictví, dědění a otázky osobního stavu (včetně práva rodinného). V ostatních věcech státy islámského práva přijaly právo bývalých metropolit a z tohoto hlediska je lze

řadit buď do skupiny států kontinentálního práva anebo do skupiny států práva angloamerického.

2. V současné době existují tedy ve světě dva hlavní systémy práva, tj. systém kontinentální a systém angloamerický, s nimiž se v některých zemích (zejména v zemích arabských) prolíná specifický systém práva islámského. Vedle nich pak existují některé státy, jejichž právo je atypické nebo smíšené a dále existují (zejména v Africe) státy, v nichž vedle práva přejatého z dřívějších metropolit či nově vytvořeného podle jejich vzoru, platí i domorodé právo zvykové. To si zachovává význam z hlediska právní etnografie, z hlediska svého praktického významu je však dnes už zanedbatelné.

3. Tříděním práva a jeho srovnáváním se zabývá tzv. *srovnávací právní věda*<sup>121</sup> (právní komparatistika). Třídění práva se v právní komparatistice provádí různými způsoby. Nejpraktičtějším a nejstrukturivnějším je třídění podle charakteru pramenů práva, a to zejména práva soukromého.

## II. Právní systém kontinentální

1. Systémem kontinentálním zde nazýváme systém občanského práva, který se vyvinul na základě recepce práva římského. „Kontinentálním“ se nazývá proto, že vznikl v kontinentální Evropě a odtud se pak rozšířil cestou kolonizace i mimo Evropu. Přesně by se tedy tento systém měl nazývat evropským kontinentálním systémem; pro jednodušší vyjadřování se však používá výše uvedené zkratky.) Tento systém se často též nazývá románsko - germánským,<sup>122</sup> což je název nepřesný (viz výše) a proto ho zde nepoužíváme.

Charakteristické pro kontinentální systém je to, že je to systém práva psaného (lex scripta), ve vztahu k němuž jsou event. jiné prameny práva (zejména právo obyčejové) toliko prameny subsidiárními, a který - ve své ryzí podobě - zcela vylučuje soudcovskou tvorbu práva. Soudce podle tohoto systému právo toliko nalézá, avšak nevytváří je (platí tu striktní zásada, že rozhodnutí soudcovské toliko „ius dicit inter partes“). I v zemích kontinentálního systému, včetně Francie, kde se zrodil, má ovšem rozhodování vyšších soudů cestou interpretace velmi značný vliv na utváření práva; v některých zemích (např. v zemích skandinávských, viz dále) dokonce v takové míře, že soudcovské rozhodování je tam považováno za subsidiární pramen právní.

Kontinentální systém se člení v několik okruhů.<sup>123</sup> Toto právo je prototypem 228 kontinentálního právního systému a jeho vliv mimo hranice vlastního země byl ze

<sup>121</sup> Komparatistická literatura je ve světě obrovská. Z naší literatury viz Knapp, V., *Základy srovnávací právní vědy* a tam uvedenou bibliografii. Zvláštní místo v komparatistické literatuře má sedmáctivazková *International Encyclopedia of Comparative Law*, kterou po sešitech vydává od roku 1972 hamburský Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Ve světě existuje velké množství vědeckých ústavů a univerzitních kateder specializovaných na srovnávací právní vědu (viz Štrasburku existuje zvláštní fakulta srovnávacího práva (Faculté internationale de droit comparé).  
<sup>122</sup> Viz zejména David, R., *Les Grands systèmes de droit contemporains*.  
<sup>123</sup> David, R., *red./.*, *Le droit français*.

všech okruhů kontinentálního systému nejrozsáhlejší. Tento vliv zasahuje (ve větší či menší míře) většinu západoevropských zemí, země Latinské Ameriky, čtené země Blízkého i Dálného východu a jihovýchodní Asie, jakož i prakticky všechny africké státy, které vznikly na území bývalých francouzských a belgických kolonií, aj.

Základním pramenem francouzského práva je občanský zákoník (Code civil, obvyklá zkratka CC) z roku 1804, mohutné legislativní dílo vypracované pod zřetelným vlivem filozofie J.J. Rousseau, jehož byl hlavní redaktor francouzského občanského zákoníku Jean Portalis horlivým stoupencem.

Ve svém úvodním titulu obsahuje Code civil dvě v jiném kontextu již zmíněná 229 ustanovení, která lze považovat za filozofický manifest (zjevně antifeudálního charakteru) vřít v psané právo a v jeho úplnost.

Jsou to čl. 4, který stanoví, že „soudce, který odmítne rozhodnout pod záminkou mlčení, nejasnosti nebo neúplnosti zákona, může být stíhán za provinění odmítnutí spravedlnosti“; a dále čl. 5, který stanoví, že „soudcům je zakázáno rozhodovat o věcech, které jim byly k rozhodnutí předloženy, výrokem obecným a normativním“.

Čl. 4 tedy výslovně zakazuje *denegatio iustitiae*, tj. zavazuje soudce, aby rozhodl, předpokládá tedy úplnost práva, a zároveň čl. 5 výslovně vylučuje prece-  
denční působení soudního rozhodnutí.

3. Další je okruh práva *rakouského*,<sup>124</sup> opírající se o obecný občanský zákoník z r. 1811 (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, obvyklá zkratka ABGB). Vliv tohoto zákoníka nepřekročil významněji hranici rakouské části býv. rakousko - uherské monarchie, nicméně jde o legislativní dílo velmi pozoruhodné, spočívající (zejména díky svému poslednímu hlavnímu redaktorovi F. v. Zeillerovi) na koherentních filozofických základech přirozenoprávního racionalismu. Tento filozofický základ je programově vyjádřen zejména v § 16 ABGB, v němž se praví že „každý člověk má přirozená, již samým rozumem seznatelná práva a jest ho tudíž považovati za osobu“.

4. Téměř o sto let později vznikl *německý občanský zákoník* z r. 1896,<sup>125</sup> který vstoupil v účinnost dne 1. ledna 1900 (Bürgerliches Gesetzbuch, obvyklá zkratka BGB), který vytvořil další okruh kontinentálního práva a měl jistý vliv i za hranicemi Německa (zejména na Dálném východě: v předrevoluční Číně a v Japonsku).

Na rozdíl od okruhů uvedených výše postrádá německé občanské právo filozofický základ a je výsledkem kompromisu tendencí romanistických a tendencí hledajících inspiraci v starém právu německém. Občanský zákoník z r. 1896 není legislativní dílo zdařilé a aplikační praxe velmi záhy odhalila jeho četné slabiny.

<sup>124</sup> Schwind, F., Zemen, H., Austria, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. I: National Reports.

<sup>125</sup> Medicus, D., Federal Republic of Germany, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. I: National Reports.

232 5. Dalším okruhem je občanské právo švýcarské,<sup>126</sup> jehož hlavním pramenem je občanský zákoník (Zivilgesetzbuch, obvyklá zkratka ZGB), skládající se ze dvou zákonů, totiž z občanského zákoníku z r. 1907 a ze zákona o obligacích z r. 1911, který nahradil dřívější zákon o obligacích z r. 1881 a je, ač samostatný zákon, považován za V. část občanského zákoníku. Oba tyto zákony vstoupily v účinnost r. 1912; zákon o obligacích byl významněji novelizován r. 1936.

Švýcarský občanský zákoník rovněž postrádá koherentní filozofický základ. Jeho inspirací byl jednak *usus modernus pandectarum* a jednak německý BGB. Charakteristické pro švýcarský občanský zákoník (a pro dobu ve které vznikl) je to, že je ve své obligacní části výrazně komercializován (viz dále). Občanské právo tu opět splývá s právem obchodním, a to tak, že převažuje prvek obchodněprávní. Švýcarský občanský zákoník měl též jistý vliv za hranicemi země (např. v Turecku) a působil jako vzor při kodifikaci tzv. věcného statutu v některých zemích Blízkého východu.

233 6. Občanské zákonodárství *skandinávských* zemí a v Dánsku<sup>127</sup> neustiluje o vyčerpávající úpravu látky, nýbrž ponechává značný prostor pro aplikaci práva obyčejového a zejména též pro soudcovskou tvorbu práva, která tu bývá (byť nikoli v podobě závazných precedentů jako např. v Anglii) zpravidla uznávána za důležitý pramen práva. Skandinávský okruh, ač náležel v podstatě ke kontinentálnímu systému, se od jeho klasické francouzské podoby, jak vidno, již velmi značně odlišuje.

### III. Právní systém angloamerický

#### 1. Geografické rozšíření a charakteristika

234 Angloamerický právní systém<sup>128</sup> vznikl v Anglii a byl původně nazýván systémem common law. (Toto označení není ovšem zcela přesné, poněvadž common law je jen část toho systému.) Anglické právo platí ve Spojeném království Velké Británie a Severního Irsku s výjimkou Skotska a s některými odchylkami v Severním Irsku a na Britských ostrovech. Cestou kolonizace se anglický právní systém rozšířil do celé někdejší britské říše a je v současnosti většinou, alespoň ve své podstatě, zachovávan i ve státech, které se z britského koloniálního panství osvobodily. Nejvýznamnější z nich jsou Spojené státy, kde se ovšem právní systém zachovává historické základy převzaté z anglického common law, od anglického právního systému značně odchýlil. V důsledku toho se systém *common law* ve svém celku často, a to zejména v Americe, nazývá právním systémem angloamerickým (Anglo-American Law) a bývá tříděn v podsystemy práva anglického a práva USA.

Do okruhu práva anglického patří, ač i tam jsou někdy značné rozdíly, právo

<sup>126</sup> Stoffel, W.A., Switzerland, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I: National Reports.

<sup>127</sup> Viz Zweigert, K., Kötz, H., Einführung in die Rechtsvergleichung, s. 339 an.

<sup>128</sup> Viz David, R., Les Grands systèmes de droit contemporains, /3. část: La Common law/, s. 325 an.

kanadské, právo australské, právo novozélandské a právo dalších zemí Britského společenství.

Angloamerický právní systém bývá charakterizován tím, že je to systém soudcovského práva. Přesněji však je charakterizován jej tím, že v něm má soudece zvláštní postavení spočívající v tom, že na rozdíl od panujícího pojetí kontinentálního nejen právo nalézá, ale i právo tvoří. Tomuto postavení soudece odpovídá i právní myšlení v angloamerickém právním systému. I v tomto systému však kromě práva soudcovského existují i jiné prameny práva, zejména právo zákonné (psané), které stále nabývá významu.

## 2. Právo anglické

2.1. V Anglii existuje více druhů právních pramenů.<sup>129</sup> Základním z nich je 235 právo soudcovské, které vzniklo ze dvou pramenů a rozlišuje se v *common law* (které dalo název celému systému, viz výše) a *equity*.

I v samé Anglii ovšem platí řada zákonů, a to jak velmi starých, i několik století, tak i současných. Soudní precedenty tedy nejsou výlučným pramenem práva v anglickém právu, jsou však pramenem práva pro toto právo i pro anglické právní myšlení charakteristickým. Krom toho existuje i obyčejové právo a v omezené míře se jako pramen práva používá literatura.

Prameny anglického práva lze tedy třídít takto:

- právo soudcovské (judge-made law, case law);
- právo zákonné (legislation; Statute law, enacted law);
- právo obyčejové (custom);
- právní literatura (legal writings).

*Právo soudcovské* je vytvářeno rozhodnutími soudu, která mají povahu 236 závazných precedentů. V anglické literatuře se k vyjádření této skutečnosti používá zpravidla výrazů „the doctrine of precedent“ nebo „stare decisis“ (tj. setrvati při rozhodnutím). Právo soudcovské se uplatňuje, jak vyplývá již z toho, co bylo uvedeno, jak v oblasti common law, tak v oblasti equity.

*Právo zákonné* (psané) je svým charakterem nejbližší „kontinentálnímu“ chápání pramenů práva. Je ovšem třeba dodat, že v anglickém resp. americkém způsobu právního myšlení je psaná právní norma chápána do značné míry jinak než v právním myšlení kontinentálním. V angloamerické oblasti je psaná právní norma chápána spíše jako určitý základ soudcovské normotvorby a zákon, který pro to zpravidla ponechává dosti značný prostor, je dotvářen soudcovským rozhodnutím, které i v případě *statute law* má v praxi větší váhu než psané právo samo. *Právo obyčejové* má dvě formy:

- *general customs of the Realm* (obecné obyčejné říše), které dnes většinou platí již jen v oblasti práva ústavního; jinak bylo většinou pohlceno common law,
- *local customs* (místní obyčej), které jsou pramenem práva za podmínky, že se odchylují od common law, ale neodporují jeho duchu, a dále, že byly zachovány již r. 1189. Je jasné, že pozitivní důkaz této naposled zmíněné skutečnosti

<sup>129</sup> David, R., Anglické právo; Cross, R., Precedent in English Law.

je prakticky nemožný. Proto se předpokládá, že dokázaný obyčej byl zachovávan již r. 1189, ledaže je notorické, že tomu tak nemohlo být, anebo byl-li dokázán opak. Význam místních obyčejů jako pramene práva je nepatrný, a to tím spíše, že, jakmile by soud vytvářel precedenty opřel své rozhodnutí o obyčej, byl by obyčej konzumován common law, tj. přestal by být pramenem práva jako obyčej a stal by se součástí common law.

**238** *Právní literatura* je považována (pokud je za pramen práva uznávána) za pramen práva podružnějšího významu. Krom toho angličtí autoři, mluvící o „legal writings“ jako pramenu práva, mají na mysli zpravidla toliko několik věhlasných právních děl dávné minulosti, tak zejména „De legibus“ od Ranulfa de Glanvill (konec XII. století); Bractonovo dílo „De Legibus et Consuetudinibus Angliae“ (polovina XIII. století); Littletonovo dílo „The Tenures“ (polovina XV. století); „The Institutes“ od Sira Edwarda Cokea (1628 - 1641) a Blackstoneovy „Commentaries“ (1765). Současná literatura právní, pokud je vůbec v rozsudcích citována, nemá charakter pramene práva, nýbrž pouze charakter podepření názoru soudce, popř. jeho inspirace apod.

**239** *2.2. Právo soudcovské* se počalo vyvíjet za vlády Jindřicha II. (1154 - 1189) jako právo nahrazující postupně<sup>130</sup> v celé Anglii dosavadní práva partikulární; v tomto smyslu se tedy *common law* stalo právem obecným (tj. obecným pro celou Anglii). Bylo právem, které aplikovaly královské soudy. Ve středověkých dobách vzniklo common law však možnost občanova obrátit se na soud nebyla jeho právem, nýbrž privilegiem, které mu bylo poskytnuto. Toto privilegium (zvané „writ“) bylo zprvu poskytováno individuálně; později však se vytvořil systém obecných writů pro určité kauzy (něco podobného jako římské actiones). Právo, pro které neexistoval writ, nemohlo být u královského soudu uplatněno. Další vývoj anglického práva pak byl silně ovlivněn tzv. Druhým Westminsterským Statutem (t. 1285), jenž znamenal kompromis mezi králem a feudály ve věci výkonu soudnictví a jenž stanovil, že typy writů existující v té době nemají být rozmnžovány. Jen výjimečně bylo připuštěno vydání writu v analogickém případě dě writu existujícího (in consimili casu). Toto ustanovení, které čelilo rozšíření pravomoci královských soudů a které bylo formálně zachováváno až do reform provedených koncem XIX. století (The Judicature Acts, viz dále), nezamezilo sice vývoj common law v Anglii (není v moci takovéhoho opatření zastavit historický vývoj), nicméně však učinilo systém common law ještě rigidnější a bylo vlastně historickým podnětem postupného vzniku druhého systému anglického nepšaného práva, jímž je *equity*.

Čím složitější se stával společenský život, tím více bylo sporů, pro které neexistovaly writs (a to ani in consimili casu), a nové typy writů, jak bylo právě vylouženo, vytvářeny být nemohly. Lidé se pak v takovýchto případech obraceli přímo na krále (a obraceli se na něj i se stížnostmi proti rozhodnutím královských soudů) a ten světoval rozhodování takovýchto rozepří lordu vysokému kancléři (Lord High Chancellor), tehdy ještě církevnímu

<sup>130</sup> Hanbury, H.G., English Courts of Law; Cross, R., Precedent in English Law.

hodností, který je rozhodoval podle „spravedlnosti“, (podle „ars aequi et boni“), tj. podle equity. Později se pro rozhodování podle equity vytvořily na rozdí od soudů královských, rozhodujících podle common law, zvláštní soudy kancléřské. Common law však i nadále zůstávalo, alespoň teoreticky, právem primárním. Vztah equity a common law byl vyjádřen zásadou „Equity follows the law“ (Equity sleduje právo, tj. common law). Tato regule měla vyjádřit zásadu, že rozhodování podle equity se neobrací proti common law, nýbrž je doplňuje a zdokonaluje. Nicméně se ovšem z rozhodování podle equity postupně vytvořil druhý systém soudcovského práva anglického a z toho plynoucí dualismus common law a equity, o němž byla zmínka výše.

Ke sjednocení soudnictví (nikoli však ke sjednocení common law a equity jako různých systémů práva) došlo v letech 1873 - 1875 zákony zvanými *The Judicature Acts*, které zavedly pro Anglii jednotný systém soudnictví, i nadále ovšem přes svou jednotnost zřetelně ovlivněný dualismem common law a equity.

**241** *2.3. Pro náležité pochopení zásady stare decisis*, tj. pro náležité pochopení mechanismu působení soudních precedentů jako pramenů práva je třeba alespoň stručně vylíčit současnou organizaci *anglického soudnictví*.<sup>131</sup> Tato organizace je velmi složitá. Její výklad zde bude značně zjednodušen.

Na rozdíl od našeho soudního systému jsou v Anglii, ač ne zcela důsledně, civilní soudy a trestní soudy od sebe institucionálně odlišeny. Výlučně pravomoc v trestních věcech má - nehledíme-li k nižším soudům, o nichž ještě bude zmínka - Korunní soud (Crown Court) a koronářův soud (Crown's Court), který ovšem není soudem rozhodujícím, ale soudem obžalovacím. Zároveň ovšem King's (Queen's) Bench Division (viz dále), která má dnes zcela převážně jurisdikci v civilních věcech, si nicméně zachovala omezenou jurisdikci ve věcech trestních. Další výrazný rozdíl je v hierarchickém uspořádání soudů, v němž sice rovněž existuje instanační vztah, ale v němž je zcela zásadní rozdíl mezi soudy vytvářejícími precedenty a soudy nevytvářejícími precedenty, a zároveň mezi soudy centrálními a soudy venkovskými.

Venkovské soudy jsou velmi různé, v civilních věcech to jsou zejména soudy hrabské (county courts), ve věcech trestních tzv. magistrates' courts a různé jiné. Jsou to většinou soudy laické nebo zčásti laické. Zde se, se zřetelem k cíli tohoto výkladu, budeme zabývat jen soudy, které mají jurisdikci v civilních věcech, a zároveň jen soudy centrálními, které vytvářejí precedenty.

**242** *2.3.1. Tyto soudy, vesměs se sídlem v Londýně, mají společný název Supreme Court of Judicature (Nejvyšší soudní dvůr).* Tento soud se skládá ze dvou instancí, jimiž jsou *Court of Appeal (Odvolací soud)* a *High Court of Justice (Vysoký soudní dvůr)*, jenž působí jako soud prvoinstanční a ve vztahu k soudům nižším jako soud apelační. High Court of Justice je *ratione causae* rozdělen do tří oddělení (divizí), a to - *Queen's Bench Division* (oddělení královny lavice), popř. panuje-li král,

<sup>131</sup> Hanbury, H.G., op. cit.

King's Bench Division (králova lavice), což je soud, který je jakožto následovník královských soudů příslušný zejména pro spory vzešlé z obligací, a to jak smluvních, tak i z civilní odpovědnosti (angl.: torts);

- *Chancery Division* (kancelářské oddělení), které je jakožto následovník soudů kancléřských příslušné zejména pro věci pozemkového vlastnictví, trustů, obchodních společností, úpadků atd.;

- *Family Division* (rodinné oddělení), které rozhoduje o věcech, které se nesprávovaly ani common law ani equity, nýbrž právem kanonickým.

Z historického vzniku King's (Queen's) Bench Division a Chancery Division vyplývá, že první z obou soudů rozhoduje převážně podle common law a druhý podle equity. Dnes ovšem rozhraní aplikace common law a equity již není tak výlučné jako v dřívější historii a Queen's Bench Division může, pokud je toho třeba, ve věci, pro kterou je ratione causae příslušná, použít i equity a obdobně může Chancery Division použít common law.

O odvoláních proti rozhodnutím jednotlivých divizí High Court of Justice rozhoduje Court of Appeal. Proti rozhodnutí Court of Appeal je zcela výjimečně dopuštěn opravný prostředek, o němž rozhoduje Sněmovna lordů (House of Lords), která je nejvyšším soudem Anglie. Její členové vykonávající jurisdikci se nazývají Law Lords. Sněmovna lordů rozhoduje v senátech složených nejméně ze tří lordů. (Nejde ovšem zpravidla o rodové dědičné lordy, nýbrž o soudce, kteří byli ad personam jmenováni lordy a tím se stali členy Sněmovny lordů.) Sněmovna lordů jako třetí instance ovšem není přístupná každému. Strana řízení se může proti rozhodnutí Court of Appeal odvolat k Sněmovně lordů jen tehdy, shledá-li Court of Appeal věc za zásadně důležitou a straně dá povolení, aby se odvolala (leave to appeal), anebo tehdy, jestliže jí toto povolení dá sama Sněmovna lordů.

243 Kromě uvedených soudů má soudní pravomoc právní komise - *Privy Council* (Judicial Committee of the Privy Council). Privy Council je poradní orgán krále (královny), kterému je zároveň svěřeno vykonávání některých funkcí. Svě funkce vykonává Privy Council v komisích. Jednou z nich je právě komise právní, která byla nejvyšším soudním orgánem ve vztahu k rozsudkům soudů země Britského společenství, britských závislých území a dalších. Některé země Britského společenství, které se mezitím staly zcela suverénními státy, dosud uznávají Privy Council za nejvyšší soudní instanci ve vztahu k rozsudkům svých vlastních soudů.

Rozhodnutí Privy Council nemají precedenční závaznost, tj. zásada stare decisis pro ně neplatí. Nicméně de facto precedenčně působí silou své přesvědčivosti a jejich precedenční působení je všeobecně uznáváno.

244 Z práve uvedeného systému soudů vyplývá i systém precedenčů, který je v současné době v podstatě stejný v oblasti common law i v oblasti equity. Podstatou precedentu je to, že rozsudek soudu, oprávněného vytvářet precedenty, se stává, pokud jde o právní názor v něm vyslovený, závazným i pro obdobné případy v budoucnosti a tím se stává pramenem práva.

Anglický soudce nemá povinnost rozsudek odůvodňovat; nicméně však je

pravidlem, že soudy vytvářející precedenty své rozsudky odůvodňují. V tomto odůvodnění se rozlišuje *ratio decidendi*, tj. právní zdůvodnění rozhodnutí, a *obiter dicta*, tj. úvahy soudu, které nemají tento charakter. Precedenční působení má toliko *ratio decidendi*.

Základním pravidlem je, že precedent zavazuje jako právní norma jednak soud, který jej vydal a který při svém právním názoru musí setrvat i napříště při rozhodování obdobných věcí. Dále zavazuje všechny soudy nižší. To znamená, že precedent vytvořený Sněmovnou lordů zavazuje jako pramen práva Sněmovnu lordů samotnou a všechny ostatní anglické soudy; precedens vytvořený Court of Appeal zavazuje tento soud i všechny divize High Court of Justice, jakož i hrabské a event. jiné nižší soudy, atd.

Nikoli zcela jasná je otázka, zda precedenty jedné divize High Court of Justice jsou pramenem práva pro jinou divizi téhož soudu. Teoretická odpověď je zpravidla záporná, v praxi se však uznává, že ze vzájemné úcty jednotlivé divize High Court of Justice navzájem své precedenty dobrovolně uznávají v důsledku jejich přesvědčivosti (*persuasive power*).

Od roku 1966 platí výjimka ze zásady stare decisis pro Sněmovnu lordů, která se ve zcela výjimečných případech může odchýlit od svého vlastního rozhodnutí a tím změnit v dané věci precedent pro všechny anglické soudy.

245 Zásada stare decisis je v anglickém právu sjata se zásadou *rozlišování* (*distinguishing*). Precedenční rozhodování je ve své podstatě rozhodování podle podobnosti, řečeno slovy Bractonovými je to rozhodování a *similibus ad similia*. Poněvadž při soudním rozhodování neexistují tožné konkrétní skutkové podstaty a ani konkrétní skutkové podstaty univerzálně stejné, usiluje anglický soudce při rozhodování daného případu o zjištění jeho abstraktní totožnosti s případem v minulosti již precedenčně judikovaným. To znamená, že i on subsumuje v případě od evropského soudce však v případě case law subsumuje nikoli skutkovou podstatu faktickou pod skutkovou podstatu právní, ale subsumuje konkrétní skutkovou podstatu skutkové podstatě abstraktní, tj. precedenční.

Tento postup ovšem implikuje i *rozlišování*, ono věhlasné *distinguishing* anglického soudcovského práva. To znamená, že rozhodnutí, zda soudce na určitý konkrétní případ použije soudní precedent anebo usoudí, že dotyčný případ, ač podobný, je od podobného případu precedenčně již judikovaného odlišný, záleží koneckonců na soudci samém. To ovšem zároveň znamená, že v případech, kdy soudce rozhoduje o věci již předtím precedenčně judikované a měl by použít právní pravidlo již dřív soudním rozhodnutím vytvořené, může usoudit, že skutková podstata, ač podobná, je nicméně jiná a tak věc odlišit (*distinguish*) od případu dříve precedenčně judikovaného a rozhodnout ji nezávisle na něm. To značně uvolňuje rigiditu anglického precedenčního práva a zároveň to vyvrací mýtus, který se na evropském kontinentu vytvořil o zásadě stare decisis.

246 Precedenty jsou evidovány v různých sbírkách; vzhledem k velkému počtu rozhodnutí se pro určité častěji judikované otázky vytvářejí tzv. *leading cases* (hlavní případy, které vyjadřují základní právní pravidla pro určitou věc). Anglické i americké *cases* (tj. soudní případy) se citují jmény stran spojenými zkratkou „v.“

znamenající latinské slovo „versus“ (proti) a čtenou „and“ nebo „against“ (např. Paradine v. Jane) a dále uvedeném zkratkou soudu, roku a čísla jednacího.

### 3. Precedenční právo v USA

247 3.1. V USA jsou za prameny práva zpravidla uznávány:

- právo soudcovské (judge made law, case law),
- zákonodárství (legislation).

Základní struktura právních pramenů v USA<sup>132</sup> je tedy stejná jako v Anglii. Přesto je charakter práva USA od charakteru práva anglického dost odlišný. Je to dáno tím, že v USA, ač tam bylo převzato anglické common law, se toto právo dále vyvíjelo vlastní cestou. Mluví-li se tedy běžně o tom, že v USA platí common law, znamená to nikoli to, že by tam platily instituty anglického common law, nýbrž že tam byl převzat tradiční anglický způsob práva vytvořený v common law, tj. soudcovská tvorba práva.

Odlišnost amerického a anglického právního vývoje spočívá i v tom, že v Americe ztratilo svůj historický význam dělení soudcovského práva na common law a equity. Oba tyto výrazy sice v americkém právním jazyku zůstaly, ale tak, že common law prakticky znamená synonymum pro soudcovské právo a equity se používá ve smyslu zcela jiném, který pro náš výklad nemá důležitost.

Odlišný politický a ekonomický vývoj USA i odlišný vývoj americké jurisprudence dále vedly k tomu, že i americké právní myšlení je dost odlišné od anglického, zejména pokud se týká vztahu soudcovského práva a práva zákonného a závaznosti precedentů. Odlišnost amerického právního myšlení zvyšuje i to, že velká část obyvatelstva USA je jiného, než anglického původu a nebyla vychována v tradicích anglického práva.

Nejzávažnější rozdíl amerického a anglického práva spočívá v tom, že USA je federace a právo se tam v důsledku toho vytváří na dvou úrovních: na úrovni federální a na úrovni jednotlivých států.

248 3.2. Federální charakter amerického práva, tj. jeho právě zmíněná dvouúrovňovost, vyvolává zvláštní problémy. Ty se projevují jinak, pokud jde o právo zákonné a jinak, pokud jde o common law.

V oblasti práva zákonného je vztah federální legislativy a legislativy států řešen X. dodatkem k Ústavě Spojených států z roku 1791, v němž se praví, že pravomoc, které ústava nesvětuje Spojeným státům a jejichž výkon nezakazuje státům (roz. členským), jsou vyhrazeny každému státu. Z tohoto pravidla tedy teoreticky vyplývá, i když praxe inklinuje k rozšiřování pravomocí federálních, že primární je zákonodárství jednotlivých států, kdežto pravomoc federace je dána tehdy, jestliže tak stanoví ústavní předpis. (Pro srovnání budíž uvedeno, že např. v Kanadě platí princip opačný.)

Podstatně složitější je obdobná otázka týkající se common law, tj. otázka, zda existuje common law jen federální, nebo jen common law jednotlivých států, nebo common law obojí úrovně. Řešení této otázky se ve vývoji měnilo. Pro historii

<sup>132</sup> Tunc. A., Právo Spojených států amerických; Rheinstein, M., United States of America, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. I: National Reports.

jejího řešení mají význam dvě precedenční rozhodnutí Federálního nejvyššího soudu. První z nich je rozhodnutí ve věci Swift v. Tyson z roku 1842, ve kterém byla uznána existence *general common law*, tj. federálního common law. Tato doktrína, která od počátku narážela na odpor, vyvolala řadu praktických a teoretických problémů. Téměř po sto letech byla revidována rozhodnutím ve věci Erie Railroad Company v. Tompkins z roku 1938, v němž bylo uznáno common law státu Pennsylvania a tím existence common law jednotlivých států vůbec. Tato doktrína je dosud v americkém právu doktrinou všeobecně uznávanou. Jistá nejasnost je však v tom, zda vedle common law jednotlivých států je uznáváno i federální common law, či nikoli. Samo cit. rozhodnutí svědčí spíše tomu, že nikoli, někteří autoři však připouštějí i velmi omezenou existenci *general common law*.

249 Uznání common law jednotlivých států přineslo ovšem též některé problémy, z nichž nejvýznamnější bylo nebezpečí rozpadnutí práva USA v padesát různých právních řádů jednotlivých států. Tomu čelí praxe tím, že se snaží vymezovat instituce common law jednotlivých států stejným způsobem. Tím se teoreticky ovšem nevytváří *general common law*, tj. federální právo, nýbrž dochází k faktické unifikaci common law jednotlivých států, k jeho přibližování, tj. ačkoli se toho výrazu nepoužívá, něco na způsob dříve zmíněné *praesumptio similitudinis*.<sup>133</sup>

K unifikaci common law jednotlivých států v praxi značně přispívá i *restate-ment of the law*, což je soukromá sbírka, kterou vydává American Law Institute, ve které jsou systematicky řazena pravidla common law. Jde tedy o systematickou sbírku soudních rozhodnutí a ve skutečnosti o sice neoficiální a nezávaznou, ale velmi autoritativní kodifikaci amerického common law.

250 3.3. K americkému právu lze ještě dodat, že v USA je podíl i význam zákonů v Americe menší než v Anglii. Zásada *stare decisis* v USA neplatí ve své striktní podobě, kterou má v Anglii. Nejvyšší soudy jí nejsou vázány vůbec a mohou svá vlastní judikovaná stanoviska měnit podle svého uvážení. Ani jiní soudcové se necítí tolik vázání precedenty a ani jimi nejsou tolik vázání jako soudcové angličtí.

## IV. Islámský právní systém

251 1. Islámský právní systém<sup>134</sup> je v porovnání se systémem kontinentálním a angloamerickým systémem historicky nejmladší. Přesto však pro jeho úzké sepectí s islámským náboženstvím a prolínáním právních pravidel islámu s pravidly náboženskými a etickými je systémem nejobtížněji adaptabilním na moderní vývoj společnosti. Z toho důvodu, a také jistě proto, že islámské země, čímž rozumíme země, které se historicky vyvíjely pod vlivem islámu a jejich obyvatelstvo tvoří většinou muslimové, byly v době koloniální téměř všechny

<sup>133</sup> Zweigert, K., Die „Praesumptio similitudinis“ als Grundvermutung rechtsvergleichender Methode.  
<sup>134</sup> Chehata, Ch., Droit musulman; též autor, Etudes de droit musulman; Afchar, H., Muslim Conception of Law.

závislími na evropských koloniálních metropolích, platí islámské právo zpravidla vedle kodifikovaného práva převzatého z dřívějšího práva metropolitního anebo někde samo tvoří součást této kodifikace. Islámské právo není tedy totožné s právem islámských zemí, a dokonce už ne jen arabských, nýbrž zpravidla tvoří jen jeho část.

2. Hovoří-li se o islámském právním systému je třeba si uvědomit, že sám islámský pojem práva je podstatně odlišný od kontinentálního i od angloamerického pojmu práva a odlišně je i islámské pojetí státu.<sup>135</sup> Stát v islámském chápání není oddělen od náboženství, nýbrž je náboženstvím ovládan, tvoří - možno snad říci - součást náboženského systému. Proto stát ani není a nemůže být tvůrcem práva (zákonodárcem) a kontinentální představa práva jako systému státem daných a státní mocí vynutitelných norem lidského chování je islámu cizí.

3. Jediným zákonodárcem v islámském pojetí je Bůh a jediným islámským božím právem je *šaría*. Ta ovšem je nikoli specifickým právním, ale univerzálním systémem závazných pravidel chování muslima. Stejně závazně ustanovuje o otázkách, které v našich očích jsou právní, bez rozdílu zda rodinněprávní, občanskoprávní či trestní, jako o tom, jak a kdy se má muslim modlit, jak a kdy se má postit, jak se má chovat při pouťi do Mekky, a taky, do které ruky má brát jídlo, kdy a jak se má očistovat atd.

Naší představě práva spíše odpovídá islámský pojem *fiqh*, jímž se rozumí soustava závazných pravidel lidského chování vypracovaná islámskou *jurisprudencí*, tj. islámskými učenými, interprety islámu, kteří se nazývají *ulamá*. Šaría je dílo boží, kdežto *fiqh* je dílo lidské. Přes jistou podobnost však *fiqh* nemá stejný charakter jako anglické právo soudcovské. Angličtí soudcové jsou nejen *de facto*, ale i teoreticky tvůrci práva a jsou přitom (v oblasti *common law* a *equity*) vázání jen svými vlastními precedenty podle zásady *stare decisis*. *Fikh* naproti tomu není tvůrcem práva, ale jeho nalézáním. *Ulamá* vykládají zákon boží, *šariu*. Ta sama je neměnná, jednou provždy daná, takže její pravidla, jak řečeno výše, nemůže měnit ani stát a stát je ani nemůže doplňovat a přirozeně tak nemožno činit ani jeho vykladači. Nicméně ovšem se společnost vyvíjí a mění a tento vývoj formální neměnnost práva zastavit nemůže. Naopak, vývoj společnosti nutně mění zdánlivě neměnné právo (ještě o tom bude řeč) a autoritativní interpretační činnost *ulamá* tomu napomáhá. Ve všeobecném systému *šarie* se zatím vždy podařilo najít teoretické východisko ke zúvodnění toho, co vyžaduje politická potřeba.

4. Politický vývoj světa po druhé světové válce, a někdy i předtím, vedl k tomu, že se islámské, původně teokratické, státy změnily v moderní státy a do značné míry se tím či oním způsobem emancipovaly od islámu (i když má míra této emancipace v jednotlivých státech je značně různá). To mělo důsledky i v oblasti práva, které se ve značné míře *sekularizovalo*. Státy, které před osvobozením byly součástí francouzské koloniální sféry, začaly své právo kodifikovat. Někdy přitom docházelo k tomu, že např. občanské zákoníky prostě do formy zákonných usta-

<sup>135</sup> Linant de Bellefonds, Y., *Immutabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte*.

novení převzaly pravidla islámského práva,<sup>136</sup> což sám islám nezakazuje, často však psané právo těchto zemí šlo za meze práva islámského. Tak např. s právem islámským nebylo přirozeně možno vystačit v oblasti práva směšného a šekového, při právní úpravě letecké dopravy, nelze s ním vystačit ani při mezinárodním obchodování s ropou atd. Obdobně se sekularizovalo i právo islámských zemí, které patřily do koloniální sféry britské, v nichž vedle práva islámského platilo, zejména v oblasti práva obligáčního a obchodního, z Anglie importované právo soudcovské.

5. Islámské právo se rozlišuje (obdobně jako islám sám) na právo *summitské*, tj. ortodoxní, a *šjitské*, tj. heterodoxní, které platí toliko v Iránu a v Iráku. /Další výklady se budou týkat jen zcela převažujícího práva sunnitského./ Formálními prameny tohoto práva v našem smyslu jsou:

- *korán*, v němž ovšem je pravidel právního charakteru poměrně velmi málo;
- *sunna*, tj. tradice o skutcích a výroché popisovaných prorokovi;
- *idžmá*, tj. *consensus omnium*, čímž se rozumí domnělý konsens islámského společenství o určitých právních vědomí islámského společenství; stovnatelná s pojmem právního vědomí islámského společenství;
- *kijás* (tj. analogie), kterým se rozumí uvažování opírající se o určité premisy dané základními prameny práva a od nich odvozující řešení podobného případu per analogiam. Kijás tedy není sylogismus, tj. úsudek o třech členech, jako je soudcovská aplikace právní normy u nás, ale bezprostřední odvozování o dvou členech; jestliže něco platí na skutkovou podstatu A, pak to per analogiam platí i na podobnou skutkovou podstatu B.

6. Již ve II. století hidžry (tj. v VIII. století n.l.) se vytvořily čtyři sunnitské (ortodoxní) školy, které - zahrnující svými pravidly chování i širokou oblast mimoprávní - zároveň postupně vytvořily čtyři ucelené, navzájem podobné, avšak nikoli totožné systémy islámského práva. Od IV. století hidžry pak v islámském právu platí zásada *taklíd*, tj. absolutní neměnnost islámského práva, a to i v tom smyslu, že je nelze nijak doplňovat. Islámské pojetí práva tedy, jak už bylo řečeno v jiné souvislosti, v oblasti práva materiálního vůbec vylučuje a nezná legislativu. (V islámských zemích, kde byl osobní status kodifikován, nešlo - až na ojedinělou výjimku - o skutečnou kodifikaci, nýbrž toliko o uspořádání právních pravidel dané školy do artikulované formy evropských zákoníků.)

V současném islámském právu se tedy neaplikují uvedené prameny práva přímo, ale jako pravidla na jejich základě obsažená v učení školy, přijaté v dané zemi jako pozitivní právo.

Tyto školy se nazývají podle jmen svých zakladatelů:

- *škola málikovců*, rozšířená zejména v severní a západní Africe,

- *škola hanefijců*, která je nejrozšířenější a tvoří plněné právo zejména na území bývalé osmanské říše, v Afganistánu, v Indii a v Pakistánu (až do derogace islámského práva platila i v Turecku) a dále platí v středoasijských republikách býv. SSSR,

<sup>136</sup> David, R., *Les Grands systèmes de droit contemporains*, s. 505 an.

## Část sedmá: Tvorba práva

Literatura: Allen, C. Kemp, Law in the Making, Oxford 1958; Horn, D., Rechtssprache und Kommunikation, Berlin 1966; Huber, E., Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1921; Knapp, V. (red.), Teoretické problémy tvorby československého práva, Praha 1983; Knapp, V. (red.), Právo a informace, Praha 1988; Knapp, V., Právní pojmy a právní terminologie, Státní správa 1978, č. 4; Knapp, V., Grospič, J., Ših, Z., Ústavní základy tvorby práva, Praha 1990; Kořenský, J., Právní jazyk, právní komunikace a interpretace, Stát a právo, 1989, č. 27; Kuběš, V., Theorie der Gesetzgebung, Wien-New York 1987; Mollnau, K.A., Probleme einer Rechtsbildungstheorie, Berlin 1982; Procházka, A., Tvorba práva a jeho nalézání, Praha-Bno 1957; Röding, J., Baden, E., Kindermann, H., Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung, St. Augustin (SRN) 1975; Slawinski, L., Gestlinger, M. (red.), Gesetzgebung in Ost- und Südosteuropa, Legislative Technik im Wandel, München 1991; Souritour J.L., Lerat, P., Le langage de droit, Paris 1975; Schneider, H., Gesetzgebung, Heidelberg 1991; Varga, C., Types of Codification, in Acta Academiae Hungaricae, Budapest 1977, č. 19; Wróblewski, J., Zasady tworzenia prawa, Łódź 1979.

### I. Tvorba práva a tvorba zákona

1. Tvorbou práva lze v nejširším smyslu rozumět tvorbu práva heteronomního 259 i autonomního<sup>141</sup> /viz výše v části čtvrté, III. 2.2./ Zde se budeme zabývat jen tvorbou práva heteronomního, tj. objektivního. O vzniku práva autonomního bude řeč dále (v části osmé) při výkladu o právních skutečnostech.

I při tomto omezení lze pojem tvorby práva vykládat dvojím způsobem. V širším smyslu je pojem tvorby práva totožný s pojmem vzniku práva. V tomto smyslu se piáme, jak a popř. proč se právo ve společnosti vytváří /viz výše v části třetí, II./ Tato otázka se týká i práva přirozeného a práva obyčejového. Obvykle se však tvorbou práva rozumí jen tvorba práva cílevědomou lidskou činností, tj. zákonodárstvím a soudcovským rozhodováním.<sup>142</sup>

O tvorbě práva precedenční judikaturou byla již stručně řeč v souvislosti s právem anglickým /v části šesté, III./ a ještě se k ní vrátíme při výkladu a pramenech práva. Tu se soustředíme na to, co je nám nejbližší, tj. na výklad tvorby práva zákonodárstvím, tedy činnosti státních zákonodárných, resp. vůbec právotvorných orgánů, jejímž výsledkem je vytvoření právní normy v její sdělné podobě, tj. ve formě právního předpisu. Tvorbou práva v tomto smyslu je tudíž tvorba právních norem, resp. právních předpisů.<sup>143</sup> (Záleží na zorném úhlu, ze kterého věc pozorujeme.)

<sup>141</sup> V tomto smyslu chápe tvorbu práva, ze svého hlediska důsledně, především normativní teorie (stov. Procházka, Tvorba práva a jeho nalézání). Tento militantní zástánce normativní teorie k tomu bez účasti lidské (stov. zejména str. 106 an.), což je kuriozita, která nikdy nedošla velkého ohlasu. Za stěžejní vědecké dílo zabývající se tvorbou práva v tomto širokém smyslu lze považovat rozprahu Kemp Allenovu práci The Law in the Making.

<sup>142</sup> Tak i Wróblewski, J., Zasady tworzenia prawa, s. 31 an. Takto zákonodárcem vytvořené právo se ovšem ve vývoji společnosti mění, je dorvátno (zejména judikaturou). O tom se tu mluví jinde. V této části jde o vytvoření právní normy v jejím vnějším výrazu.

-škola šáfiyovců, rozšířená např. v Sýrii, v Indonésii, na východním pobřeží Afriky atd.,

-škola hanbalovců, která je uznávána toliko v Saúdské Arábii.

7. Dříve již bylo řečeno, že v islámském právu platí zásada neměnnosti práva (taklíd), která znamená, že ani vladař ani nikdo jiný právo, které je původem božního, nesmí měnit a přirozeně ani rušit ani doplňovat. Proto tu bylo islámské právo označeno jako právo na moderní vývoj společnosti nejobtížněji adaptabilní.

Vývoj společnosti si však změny práva nutně vyžaduje i v islámských zemích. Děje se tak jednak sekulární legislativní činností islámských států, která ovšem mění právo těchto států, ale teoreticky nemůže měnit islámské právo v nich platné. Zmínění již ulamovců však našli různé způsoby faktických změn islámského práva při zachování jeho teoretické neměnnosti. Ulamovci jako náboženský myslitelé zpravidla projevují velké porozumění pro veskrze světské potřeby islámského státu, takže dochází k paradoxu, že islámské právo, které je v důsledku zásady taklíd neadaptabilní vývoji společnosti, se mu ve skutečnosti /v praxi/ adaptuje velice pružně.

### V. Některé další právní systémy

257 1. Nejčastěji bývá, kromě právních systémů uvedených výše, uváděn systém tradičních a náboženských práv afrických.<sup>137</sup> V tomto případě však jde spíš o vymezení geografické než systémové. Tradiční a náboženská práva v Africe nemají ani společný historický původ ani základní společnou koncepci.<sup>138</sup> Ani jejich geografické vymezení není přesné. Do této skupiny nenáleží právo afrických států arabských, které patří do právního systému islámského, a nenáleží tam ani právo Jihoafrické republiky.

Pokud jde o právo ostatních států, je z dnešního praktického hlediska zajímavější jeho akulturace, než toto právo samo. Tyto státy spolu s právem bývalých metropolitů převzaly i jejich právní kulturu, tzn. pokračují v ní i ve svém vlastním zákonodárství, a přizpůsobují ji i domácí práva tradiční a náboženská.

258 Z oblasti bývalého britského vlivu je třeba připomenout zejména natural justice, která sloužila a dosud slouží ke korigování rozhodnutí domorodých soudů a je prostředkem akulturace tradičních či náboženských práv současným právním předstávám. Natural justice v někdější praxi britských koloniálních soudců dovolovala i v současné praxi vlastních soudců dovoluje common law soudci zrušit rozhodnutí „domorodého soudu“ /native court/ vydané podle tradičního práva, je-li toto rozhodnutí v rozporu s principy natural justice formulovanými britskou koloniální judikaturou i literaturou. (O pojmu natural justice viz podrobněji dále v části osmé, II. 2.5.)

2. Z dalších tradičních práv lze připomenout právní systémy dharma v Indii a adat v Indonésii,<sup>140</sup> které oba rovněž ustupují právu současnému.

<sup>137</sup> Allot, A., Essays in African Law; též autor: New Essays in African Law.

<sup>138</sup> Allot, A., New Essays in African Law, s. 159 an.

<sup>139</sup> David, R., op. cit. v pozn. s. 505 an.

<sup>140</sup> David, R., tamtéž, s. 522 an.; s. 76 an.