

PRÁVO A JEHO INSPIRAČNÍ ZDROJE V PROMĚNÁCH VĚKŮ

Sborník příspěvků z Letní školy Katedry dějin státu a práva PrF MU

Masarykova univerzita
Brno 2014

Vzor citace:

SALÁK, Pavel. Právo a jeho inspirační zdroje v proměnách věků. Sborník příspěvků z Letní školy Katedry dějin státu a práva PrF MU. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014. 96 s. Řada teoretická, Ed. S, č. 480. ISBN 978-80-210-7038-7.

Katalogizace v knize – Národní knihovna ČR

Salák, Pavel

Právo a jeho inspirační zdroje v proměnách věků. Sborník příspěvků z Letní školy Katedry dějin státu a práva PrF MU / Pavel Salák. – 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014. - 96 s. (Edice S, řada teoretická Právnické fakulty MU ; č. 480) ISBN 978-80- 210-7038-7 (brož.)

34* 34(091)*

- právo
- právní dějiny
- sborník

34 – Právo [16]

Editor:

JUDr. Pavel Salák jr., Ph.D.

Recenzenti:

JUDr. Ondřej Horák, Ph.D.

JUDr. Vilém Knoll, Ph.D.

© 2014 Masarykova univerzita

ISBN 978-80-210-7038-7

Obsah

Úvodem	7
Rabínské právo	9
Literatura jako inspirace práva	23
Justiniánská Digesta – kamenný pomník, nebo živé právo?.....	35
Falcidiánská kvarta (§ 1598 NOZ) ve vztahu ke svěřenskému nástupnictví (§ 1512 NOZ)	47
Vlastnictví k nálezu pokladu v osnovách OZ 1924–1946 ve světle archivních pramenů	57
Říšské právo a právo automomní v Protektorátu Čechy a Morava.....	69
Ústava v muslimských zemích.....	83

ÚVODEM

Letní škola „Právo a jeho inspirační zdroje v proměnách věků“ je již VI. letní školou, kterou pořádá Katedra dějin státu a práva PrF MU. Letošní ročník, jak název napovídá, se zaměřuje na otázku, co může být inspiračním zdrojem právní regulace. V současnosti jsou nejčastěji inspirací práva právní úpravy jiných států, nicméně v minulosti se právo inspirovalo i jinými normativními systémy, zejména náboženstvím. Podobně však může jako zdroj inspirace sloužit třeba i literatura. Tuto různost se v sobě snaží postihnout i přednášky, jež budou na letní škole předneseny.

Předložený sborník neobsahuje psanou podobu všech příspěvků, jež na letní škole zazní. Toto je dáno především skutečností, že řada z příspěvků již byla prezentována byla v rámci konferencí a v jejich rámci také již byla publikována. Předložené články však ve svém souhrnu postihují všechny aspekty inspiračních zdrojů, jimiž se letní škola zabývala.

JUDr. Pavel Salák, jr., Ph.D.

Organizátor letní školy

RABÍNSKÉ PRÁVO¹

RABBINICAL LAW

Tomáš Pezl

Abstrakt

Článek se zabývá termínem rabínské právo, kdy zejména popisuje jeho vznik na pozadí historických událostí a základních principů existence židovského práva. Zásadním je poukázat na to, kdy a jak rabínské právo vzniklo a jak se vymezilo vůči právu biblickému, tj. právu obsaženému v Tóře jako základnímu pramenu židovského práva. Článek je prací, která se zabývá pouze úvodem do celé problematiky a jsou v něm naznačena ta témata, která jsou zcela samostatnými kapitolami pro další výzkum. Důraz je kladen na redakci Mišny a Talmudu jako obrazu rabínskému práva, následně je pojednáno i o pramenech rabínskému práva, které byly užívány v dobách po zničení druhého chrámu a rozptýlení Židů do diaspory, a to i s odkazem na význam rabínskému práva do dnešních dnů.

Klíčová slova

Židovské právo, rabínské právo, Tóra, Mišna, Talmud

Abstract

The submitted paper is examining the term of rabbinical law, where it describes the its creation on the historical background and on the background of elementary principles of Jewish law. It is essential to emphasize how and when the rabbinical law has been established and what is its relation to biblical law, as the law written in Torah. The paper is only a introductory work to the whole issue and there are subsequent topics that shall be subject of further research. The writing down of Mishna and redaction of Talmud as the mirror of rabbinical law is highly

1 Příspěvek vznikl v rámci projektu ZČU SGS-2014-060 „Právo v běhu času“, který je řešen na katedře právních dějin Fakulty právnické ZČU v Plzni.

2 JUDr. Tomáš Pezl, asistent na Katedře ústavního a evropského práva Fakulty právnické Západočeské univerzity v Plzni.

emphasised in the paper, followed by description of other sources of Jewish law that has been used after destruction of Second Temple and dispersion of Jews to diaspora, including reference to importance of rabbinical law up till today.

Key words

Jewish law, rabbinical law, Torah, Mishna, Talmud

1 Úvod

Pojmem rabínské právo lze označit několik různých oblastí židovského práva. Jednak jej lze použít jako protiklad k právu biblickému, kdy tím bude myšleno právo, které je přímo kodifikováno v Tóře a právem rabínským pak bude ta část práva židovského, která byla odvozena interpretací biblického práva, kdy následně bude zajímavé sledovat jejich vzájemný vztah a prolínání.

Další možností užití rabínského práva, bude rabínská právo tvorba prostřednictvím jednotlivých sekundárních pramenů židovského práva, zejména pak rabínských rozhodnutí, či příkazů a nebo rabínských odpovědí a v neposlední řadě jím můžeme označit i současnou rozhodovací praxi rabínských soudů a Vrchního rabinátu v Izraeli v rámci svěřených pravomocí.

Pro další zkoumání je třeba si uvědomit, že všechny tři oblasti, které byly výše naznačeny na sebe vzájemně navazují. Vznik rabínského práva jako protikladu práva biblického je v podstatě počátek kodifikace ústní právní tradice, kterou lze sledovat od druhého století před občanským letopočtem, na níž zcela plynule navazuje činnost rabínů na poli tvorby závazných norem chování od raného středověku do dnešních dnů. Současná izraelská situace, kdy je Vrchní rabinát a rabínské soudy státem pověřeny výkonem určitých pravomocí státu, zejména na poli osobního statutu, je pouze pokračováním role rabínů ve společnosti. Proto nelze ani jeden z naznačených výrazů chápat jako zcela samostatný, ale naopak je třeba jej chápat v celém širokém spektru vývoje židovského práva a jeho aplikace v průběhu věků.

2 Vývoj rabínského práva

Vznik rabínského práva lze zařadit do období zhruba 30 př. o. l.–500 o. l., kdy tato doba je židovské literatuře označována jako doba Mišnaická a Talmudická, tedy

doba kodifikace Mišna a kodifikace Talmudu. Vznik rabínského práva lze ztotožnit s kodifikací do té doby ústně existující právní tradice, která doplňovala psaný pramen práva Tóru. Tato ústní právní tradice—Tóra-še-be-al-pe (ústně tradovaná Tóra) byla nedílnou součástí židovského práva od samého počátku a měla v něm výsadní postavení. Dokonce platilo, že ústní Tóru bylo zakázáno sepsat, respektive užívat její písemně zaznamenanou formu jako základ pro její výklad a znění³.

Samotný zákaz sepsání Tóry je však výsledkem výkladu biblického verše z knihy Exodus: *Hospodin řekl Mojžíšovi: „Napiš si tato slova, neboť podle těchto slov uzavírám s tebou a s Izraelem smlouvu.“*⁴ Škola rabiho Išmaela tento verš vyložil tak, že obrat tato slova znamenal příkazy, a dále pak doplnil „*tato slova jsou ty, která můžeš napsat, ale nikoliv tradovaná pravidla!*“⁵ Rabi Juda ben Nahmani, překladatel rabiho Simeona ben Lachiše tento verš vyložil tak, že to co je napsáno nesmí být citováno z paměti a to co není napsáno (tj. to co je ústně tradováno) nesmí být citováno z psaného záznamu.⁶

Ústní Tóra doplňuje psanou Tóru a není možné je od sebe zcela oddělit, protože každé napsané slovo je třeba vysvětlit a předat dalším generacím. Je třeba si uvědomit, že nejstarším užívaným jazykem byla zřejmě biblická hebrejšтина, ve které byla sepsána Tóra a obecně bylo lidem znám význam jejích slov. Postupem času se však každá společnost vyvíjí, a to včetně jazyka. Takže se postupem času stalo, že některá biblická označení se bez ústní tradice, která vysvětlovala jejich význam, stala nesrozumitelná dalším generacím co do jejich významu.⁷

Z doby existence Prvního chrámu víme, že existovali ti, kteří byli znalci Tóry (*tofsěj Tora*), učenci, kteří se vzdělávali v Tóře a jednoznačně se podíleli i na předávání ústní tradice, ale jinak není zcela jasné jaký byl styl interpretace práva. Po obnovení

3 Podle všeho totiž docházelo k soukromému zaznamenávání jednotlivých halachot jednotlivými učenci, nicméně tyto poznámky nemohly sloužit jako záznam platného práva. Talmud pro ně užívá označení „skrytý svitek“ srovnej Talmud Šabat 6b.

4 Exodus 34:27.

5 Talmud, traktát T'mura 14b.

6 Talmud, traktát Gittin 60b.

7 Například Leviticus 23:40 říká: Prvního dne vezmete plody citrusovníku, palmové ratolesti a větve silného stromu a vrbové větve a radujte se sedm dní před tváří H-spodina, svého B-ha. (překlad převzat z SIDON, Karol. *Pět knih Mojžíšových: včetně Haftarot*. 1. vyd. Praha: Sefer, 2012 a účelově upraven). Význam spojení větve silných stromů není srozumitelná na první pohled, ale jednalo se o myrtu (ostatně tak to překládá i K. Sidon), což je vysvětleno tak, že se jednalo o strom, jehož větve jako provazy poskrývaly celý kmen, jehož vůně bude libá a přinese mír (Talmud, Seder Moed, Traktát Suka, 32b).

chrámu, Ezra zavedl zvyk předčítání z Tóry, u kterého v chrámu byli přítomni Levité, kteří následně vysvětlovali význam jednotlivých pasáží⁸. Na Ezru navázalo tzv. Velké shromáždění (Kneset HaGdola)⁹, shromáždění učenců, kteří svou činností provedli redefinici celého judaismu. Zejména provedli redakci Starého zákona, zavedli některé části liturgie, která je dodnes užívána¹⁰, upravili kalendář a definovali židovské právo do podoby, která byla následně zaznamenána v kodifikaci Talmudu.

Zásadním počinem bylo propojení ústní tradice (ústní Tóry) s ustanoveními psaného práva (psanou Tórou), a to tak, že jednotlivá právní pravidla ústní tradice jsou navázána na biblické příkazy a pravidla, a to včetně systému interpretace těchto pravidel. Doba Velkého shromáždění byla předchůdcem rabínského práva. Na tuto dobu navázala tzv. doba párů (zugot), kterou lze datovat do doby řecké nadvlády (332–140 př. o. l.) a po ní následující hasmonejské vlády (140–37 př. o. l.).¹¹ Velké shromáždění je v této době již minulostí a autorita byla svěřena do rukou Sanhedrinu, který byl veden dvěma učiteli, kdy jeden měl titul předsedy (*nasi*) Sanhedrinu a druhý byl jeho zástupcem a předsedal soudu (*av beit-din*). Je zřejmé, že důvodem vytvoření těchto párů bylo, že každý z nich reprezentoval určitou právní školu, ale bližší informace a důkazy se o této době nedochovaly, s výjimkou některých důležitých rozhodnutí. Již v době párů dochází k rozšiřování okruhu těch, kteří studují, a proto dohází i k nárůstu škol. Tím rovněž dochází k tomu, že se objevují učenci z různých sociálních skupin a nikoliv jak tomu doposud pouze z těch rodů které buď byly levitské či kohenské, nebo nějak spřízněné s královskou mocí.

8 STEINSALTZ, Adin. *The essential Talmud*. New Milford, CT: Maggid Books, 2010, s. 37.

9 Velké shromáždění bylo dle tradice shromážděním učenců a proroků v období od výstavby Druhého chrámu do vpádu makedonských, které mělo dle tradice 120 členů. srovnej MAYER, Daniel, *Kapitoly ze židovských dějin*, vydala RŽNO ČSR, Brno, 1989. s. 74.

10 Jedná se zejména o modlitbu Šmone Esre (nebo také Amida), která je součástí všech denních modliteb. srvnej Talmud, traktát Berachot 33a.

11 STEINSALTZ, Adin. *The essential Talmud*. New Milford, CT: Maggid Books, 2010, s. 41.

V průběhu této éry dochází k přímému střetu mezi dvěma frakcemi, které tehdy již v judaismu existovaly, a to mezi saduceji¹² a farizeji¹³, kdy tomuto střetu napomáhalo hasmonejské upřednostňování saduceu v rámci Sanhedrinu. Situace se změnila až v době předsednictví Šimona ben Šetach za doby panování Alexandra Janaje a zejména pak následně po jeho smrti za panování královny Salome (Šlomcion).¹⁴ Šimon ben Šetach znovuobnovil autoritu Sanhedrinu a odstranil z něj mnoho saducejů, čímž byl Sanhedrin zcela ovládnut farizeji. Šimon ben Šetach rovněž zavedl pravidla týkající se standardní manželské smlouvy (ketuby), kterou došlo k posílení práv žen v manželství. Veškerá pravidla zavedená v této době jsou pravidly, která jsou obsažena v ústně tradovaném právu.

Za vlády Heroda začíná období tzv. tannaim. Tannaim byly původně osoby s velkou pamětí, které se učily zpaměti jednotlivá pravidla, včetně příslušného odkazu na biblický základ nebo částí Tóry, která byla užitá jako mnemotechnická poučka pro lepší pamatování. V této době oficiálně stále platí zákaz zapisování ústní tradice, které jak již bylo naznačeno výše, byl zcela jistě porušován jednotlivými učenci, pro jejich soukromé účely.¹⁵ To, co se výrazně změnilo oproti předchozí době, byla větší individualizace vzdělávání, kdy se rozvíjejí školy jednotlivých rabínů a učení jednotlivých významných osobností, které byly mnohdy kontradiktorní.¹⁶ Je to rovněž tato doba, kdy se ustaluje význam pojmu rabín jako označení těch učenců, kteří obdrželi příslušné pověření a jmenování—tzv. smicha. Smicha je založena na způsobu, kterým pověřil Mojžíš Jozueho vedením, kdy na něho vložil ruce¹⁷. Tímto způsobem byli rovněž dříve jmenováni soudci, kdy obdrželi jmenování od svého předchůdce. Následně bylo jmenování soudcem pravomocí Sanhedrinu¹⁸,

12 Saduceové (hebrejsky *Cedokim*) byly proudem v judaismu, který byl silně konzervativní a odmítal ústní tradici, trval na přísné aplikaci pouze písemné tradice (Tóry). Jednalo se o poměrně málo početnou skupinu složenou ze členů aristokracie a kněžích. srovnej MAYER, Daniel, *Kapitoly ze židovských dějin*, vydala RŽNO ČR, Brno, 1989. s 117 a STEINSALTZ, Adin. *The essential Talmud*. New Milford, CT: Maggid Books, 2010, s. 42.

13 Farizejové (hebrejsky *Perušim*) byli rovněž proudem v judaismu, který prosazoval odloučení Židů od ostatních národů a izolaci judaismu pouze na Židy. Prosazovali široké vzdělání a oproti saduceům uznávali ústní tradici. Srovnej MAYER, Daniel, *Kapitoly ze židovských dějin*, vydala RŽNO ČR, Brno, 1989. s 116.

14 MAYER, Daniel, *Kapitoly ze židovských dějin*, vydala RŽNO ČR, Brno, 1989. s. 119.

15 Rav (Abba ben Aibu) v diskusi týkající se zakázané práce o šabat u jejich důsledcích říká: „*Našel jsem skrytý svátek v domě rabína Chiji, který říká...*“, z čehož je zřejmé, že rabi Chija (2 stol. o. l.) si zapsal pro sebe některá pravidla z ústní tradice. srovnej Talmud Šabat 6b.

16 STEINSALTZ, Adin. *The essential Talmud*. New Milford, CT: Maggid Books, 2010, s. 48.

17 Numeri 27:22.

18 Talmud, Seder Nezikin, Traktát Sanhedrin, 2a.

později patriarchou v Palestině a v době po Bar Kochbově povstání byli soudci v Babylonii jmenováni zdejšími Exilarchou, respektive přestavenými jednotlivých škol.¹⁹ Zánikem vůdčí autority došlo k zániku centralizovaného jmenování. Rabíni získávali pak svůj titul na základě svého studia na ješivách, přičemž titul získávali na základě doporučení svých učitelů.

Pro další vývoj v rámci židovského práva je zásadní i vznik tradice minimálně dvou škol, které reprezentují rozdílné názory. Za první takové dvě základní školy jsou považovány školy Hilela (Bejt Hilel) a Šamaje (Bejt Šamaj), které založily tradici diskuse v rámci určování rozhodných pravidel jednání. Je nutné poznamenat, že obě školy patřily k tradičnímu judaismu a nereprezentovaly tak žádnou ze židovských sekt či okrajových proudů.²⁰ Obecně se považuje Hilelova škola za umírněnou, kdežto Šamajova škola je považována za přísnější.²¹ Nicméně platí, že škola Hilelova má přednost před Šamajovou.²² Hilel byl za svého života předsedou Sanhedrinu a následně platilo, že se předsedou Sanhedrinu stávali vždy jeho potomci, a to až do zániku Sanhedrinu. Tato tradice byla přenesena i akademii vzniklou po zániku chrámu v roce 70 o. l., o kterou se zasloužil Jochan ben Zakaj, který byl rovněž jedním z potomků Hilela. Hilelovi potomci se měli právo užívat titul raban, což znamená v překladu náš učitel.

Zásluhou rabana Jochana ben Zakaje je ustanovena akademie v Javne, která si za svůj cíl bere úpravu judaismu tak, aby tento mohl existovat i za situace, že neexistuje chrám. Akademi v Javne je rovněž základem pro prosazení toho čemu lze říkat rabínské právo, tj. právo tvořené rabíny bez omezení jejich původu či bez nutnosti zásadní autority. V období následující po vzniku akademie se objevuje mnoho významných osobností, které se formují judaismus a židovské právo. Výsledkem činnosti této akademie je pak kodifikace do té doby ústního práva, které se děje za předsednictví Jehudy HaNasiho (zhruba kolem roku 200 o. l.).²³ Jednotlivá pravidla jsou roztržena do šesti částí, které tvoří základní organizační schéma mišny,

19 ELON, Menachem. *The Principles of Jewish law*. Jerusalem: Encyclopaedia Judaica, c1975, s.563.

20 Jako např. eséni.

21 Srovnej například Talmud. traktát Šabbat 31a.

22 Talmud, traktát Eiruvim 13a: „...*B-šj blas se ozval a sdělil: Oba tyto a tamty (míněno Šamaj a Hilel) jsou slova b-šj, ale halacha je to co je názorem Hilela*“.

23 ELON, Menachem. *The Principles of Jewish law*. Jerusalem: Encyclopaedia Judaica, c1975, s.123.

jedná se o základní tématické třídění, které dále pokračuje dělením na traktáty, kapitoly a jednotlivé mišny. Systém Mišny se stal výchozím i pro další rozšíření, kterým byla redakce Talmudu, tj. doplnění Mišny o Gemaru.

Nicméně i přes veškerou snahu, kterou tannaim věnovali při kodifikaci mišny, zůstalo mnoho jednotlivých tradičních pravidlem mimo konečnou kodifikaci. Následující generace, tzv. amoraim pak pokračovali v organizaci a kodifikaci ústní tradice do dalších sbírek, kdy takovou sbírkou je například Tosefta. Některá pravidla nebyla zařazena do žádné sbírky a existovala samostatně v ústní tradici a označuje se jako baraita. Všechny části ústní tradice jsou považovány za základ židovského práva. Vztah mezi mišnou, toseftou a baraitou je někdy vykládán na základě Písni písní *«Byť tu bylo šedesát královen a osmdesát ženin a dívek bez počtu»*,²⁴ kdy 60 je traktátů mišny, ženiny (míněno konkubíny) reprezentují toseftu a dívky jednotlivé halachot (pravidla).²⁵ Doba amoraim je doba redakce Talmudu, která končí v roce 500 o. l., hlavním centrem židovské právo tvorby v té době je Babylonie.

3 Rabínské právo jako právo rabínů

V rámci literatury je možné se sekat s několika termíny, které vnitřně diferencují jednotlivé části židovského práva, kdy z hlediska původu právních norem je užíváno dělení na právo biblické a právo rabínské. Kdy biblickým právem²⁶ jsou myšleny ty právní normy, které pocházejí přímo z textu Tóry, na druhou stranu rabínským právem²⁷ jsou označena právní normy, které vznikly až legislativní činností učenců a rabínů. Samotné rozlišení práva na jednu nebo druhou kategorii není jednoduché a nedá se učiniti jednoznačně a je předmětem rozsáhlých diskusí. Zcela jistě lze za biblické právo označit ta ustanovení, která jsou výslovně uvedena v Tóře a za rabínské ty ustanovení, která byla přijata až některým z rabínských legislativních způsobů. Problém je pak těch norem, které jsou odvozeny z některého ustanovení Tóry, ale byly následně interpretovány v rámci rabínské tradice. Maimonides tvrdil, že biblickými jsou pouze ta pravidla, která jsou vykládána dle původních tradic, které mají dosah až k Mojžíšovi a dále pak ta pravidla, o nichž je to v Talmudu výslovně uvedeno²⁸.

24 Píseň písní 6:8.

25 Midraš Raba, Šir-Haširim, 6:14.

26 Označované aramejsky de-oratia.

27 Označované aramejsky de-rabanam nebo právo ze slov učenců(písařů) (mi-divrej soferim).

28 Sefer ha-mitzvot, druhý princip.

Nachmanides zastává zcela opačný názor, když tvrdí, že všechna ustanovení, která lze jakkoliv interpretačně dovodit z Tóry jsou biblická a pouze ta ustanovení, u kterých je zřejmé, že je učenci označili za derivát z biblického práva jsou právem rabínským.²⁹ Rabínské autority musely řešit otázku původu pravidla u některých důležitých právních otázek. Například u manželské smlouvy – *ketuby*³⁰, zejména pak u institutu moharu³¹, byla dlouhodobě vedena diskuse, zda se jedná o biblickou či rabínskou právní normu, samotné rozhodnutí pak mohlo zásadní dopad na reálnou výši moharu. Pokud by byl mohar biblický, pak by jeho výše musela být vždy stejná, ale pokud by byl rabínský, pak se jeho výše mohla měnit dle doby, kupní síly a společenské situace.³²

Obdobně by veden spor o to zda dědické právo manžela k majetku jeho manželky je biblické či rabínské, rabín Simeon ben Gamaliel tvrdil, že se jedná o biblické právo³³ na druhou stranu názor učenců byl, že se jedná o právo rabínské.

Spory o původ různých právních norem pokračovaly i v době amoraim a dodnes neexistuje jasné dělení norem na biblické či rabínské, přičemž není možné vycházet ani z časově ze vzniku norem, ani z jejich obsahu.

Důležité je, jaký má dopad, pokud je právní norma považována za biblickou a pokud je považována za rabínskou. V případě, že se jedná o normu biblického práva, pak je vyžadována její přísná aplikace a naopak u norem rabínského práva je aplikována mírnější interpretace.³⁴

Z výše uvedeného by se mohlo na první pohled zdát, že v rámci židovského práva tedy existují dvě kategorie právních norem, kdy jedna z nich (biblické právo) je nadřazena druhé z nich (rabínské právo). Tento závěr není zcela správný, protože důležité je si uvědomit, že se tyto dvě kategorie nestřetávají v rámci aplikace. Otázky,

29 ELON, Menachem. *Jewish law*. Voluem I. 1. English ed. Philadelphia, Pa: The Jewish Publ. Soc, 1994, s. 210.

30 Ketuba je manželskou smlouvou uzavíranou v rámci sňatečného obřadu. Smlouva obsahuje zejména povinnosti manžela vůči manželce a hlavně stanoví majetkové vyrovnání pro případ rozvodu.

31 Mohar je ústředním finančním ujednáním v ketubě, jedná se o věno, které zaplatí ženich nevěstě, resp. jejímu otci. Jedná se o podstatnou náležitost ketuby, bez níž je ketuba neplatná, proto je často označován také jako ketuba nebo ikar ketuba. Srovnej EPSTEIN, Louis M. *The Jewish marriage contract: a study in the status of the woman in Jewish law*. Clark, N.J.: Lawbook Exchange, 2004, s. 58.

32 Talmud, Traktát Berochot, 50b.

33 Talmud Ketubot 10a a 83a.

34 Talmud, traktát Bejca 3b.

kteří jsou upraveny biblickým právem, již nejsou upravovány právem, rabínským a naopak. Židovské právo, ať již biblického nebo rabínského původu, je považováno za stejně závazné, se stejnou právní silou.³⁵

V rámci interpretace židovského práva mohla nastat i situace, že rabínským právem byl přiznán přísnější účinek určitému pravidlu, než jaký by byl očekáván dle práva biblického, jedná se o případy, kdy se učenci dohodli na tom, že v určitých otázkách je třeba upravit záležitosti jednotně. Jako dobrý příklad lze opět připomenout ketubu (manželskou smlouvu), kdy na jedné straně je minimální hodnota věna, které má ženich vyplatit nevěstě (resp. jejímu otci) při sňatku. Tato hodnota byla stanovena na základě interpretace bible na 200 zuz u panny a 100 zuz u vdovy či rozvedené ženy³⁶. Otázkou bylo zda si mohou snoubenci sjednat ketubu nižší, tj. zda je možné se odchýlit od stanovené hodnoty. Rabi Juda byl toho názoru, že je možné, aby v ketubě byla sjednána cena 200 zuz, ale aby novomanželka předala písemné potvrzení pouze na poloviční částku. S tím, že takové jednání by bylo projevem smluvní volnosti, která je biblickým právem umožněna ve finančních věcech. Naproti tomu rabi Meir tento přístup striktně odmítl, s tím, že není možné, aby byla sjednána nižší částka, a to ani naznačenou fikcí, protože by to odporovalo pravidlu a pár by tedy žil ve smilstvu, protože žena by neměla platnou ketubu³⁷. Je nutno poznamenat, že ketuba je považována za rabínské pravidlo, i když i tom byla vedena zásadní diskuse. Zde však převládl jasný názor, že protože ketuba se vztahuje na všechna manželství, je třeba nastolit určitá jednotná pravidla, a proto není možné připustit, aby si snoubenci sjednali věno nižší než stanovených 200 zuz (resp. 100 zuz).³⁸ Fakticky tím došlo k tomu, že rabínské pravidlo bylo aplikováno přednostně před pravidlem biblického práva.

I vzhledem k historické posloupnosti není možné připustit, aby biblické právo bylo nástrojem omezení rabínského práva, protože je třeba si uvědomit, že rabínské právo vznikalo a vzniká vždy s ohledem na konkrétní společenskou situaci, ve které se ta či ona společnost nachází. Rabínské právo je rovněž odrazem autority, kterou měli a mají rabíni v rámci židovské společnosti. I z těchto důvodů byly obě kategorie židovského práva prosazovány a vymáhány stejným způsobem, nicméně

35 Talmud, traktát Gitin 65a.

36 Mišna, Seder Našim Traktát Ketubot 1:2.

37 Mišna, Seder Našim Traktát Ketubot 5:1.

38 Talmud, traktát Ketubot 56a.

přesto se mohly lišit co do možných právních následků³⁹. Zejména šlo o situace, kdy byly rabínským právem zakázány některé činnosti a při porušení těchto zákazů nebylo možno se u soudu domáhat majetkové restituce přímo, ale stále zde hrozil trest za porušení práva, který byl donucujícím prostředkem pro provinilce, aby přistoupil dobrovolně k případné majetkové či jiné restituci.⁴⁰

Zatímco jsme se doposud zabývali vznikem a rozvojem rabínského práva na pozadí kodifikace ústní tradice, tj. v podstatě v době, kdy byla ústní tradice přetvořena do psané formy a vliv těch, kteří se na tomto procesu jakkoliv podíleli je patrný, už jenom ze zaznamenaných diskusí, pak vyvstává otázka, jakým způsobem se rabínské právo tvořilo a aplikovalo v dalších obdobích.

Vždy je třeba v každém jednotlivém období se zaměřit na postavení židovské komunity v příslušném regionu. Jiné bylo postavení Židů v Babylonii a Persii, kde čerpalo s autonomie založené již v době tannaim a silném postavení exilarchy a jednotlivých akademií. Jiné bylo postavení Židů ve Španělsku za vlády muslimů a jiné bylo postavení Židů ve střední a východní Evropě. Obecně lze konstatovat, že do 14. století mají židovské obce v Evropě poměrně širokou míru vnitřní autonomie, kterou jim většinou garantují i panovníci příslušných zemí. Následně dochází k postupnému omezování vnitřní právní autonomie, což má za následek, že židovské právo, respektive rabínského právo ztrácí normativní charakter uznávaný státem, ve kterém komunita žije, ale jeho autorita a závaznost vychází ze samotného konceptu židovských obcí jako uzavřených společenství, která jsou ovládána svými tradicemi. Například zákaz řešit vzájemné spory u jiných než židovských soudů, vede k tomu, že se stále rozvíjí oblast civilního židovského práva.

4 Další prameny rabínského práva

Právo je tvořeno několika typy pramenů, které lze označit sice jako sekundární, protože již jsou odvozeny z Tóry a talmudu, ale které mají výslovný význam pro každodenní život Židů ve svých komunitách. Základními legislativními nástroji byly odpovědi na otázky, rabínská rozhodnutí a nařízení.

39 At' se již jedná o zakázaná jednání jako je gamblerství, které bylo považováno za formu krádeže nebo praktiky obcházející zákaz vybírání úroku.

40 ELON, Menachem. *Jewish law*. Voluem I. 1. English ed. Philadelphia, Pa: The Jewish Publ. Soc, 1994, s. 219.

Odpovědi na otázky, tzv. responsy jsou zásadním zdrojem práva v době 6. století. Principem responsy je odpověď na položenou otázku a následné respektování této odpovědi. Dotazy byly zaslány významným rabínům v babylonských akademiích z velké části tehdy existujících židovských center.⁴¹ Otázky byly většinou zaslány ve sbírkách a odpovědi byly archivovány i v akademiích. Systém respons byl následně převzat i do jiných částí světa a tím jak centrum v babylonii upadlo, byly dotazy adresovány jiným učencům. V době rozkvětu španělského židovstva směřovaly dotazy významným rabínům, kdy jsou známy responsy Maimonida, Nachmanida a dalších významných rabínů této éry.⁴² Stejný vývoj lze sledovat od 9. století v Evropě, kde je významným centrem Německo a severní Francie, zejména pak města jako Worms, Troyes, Rothenburg a další.⁴³ Responsy jsou do dnešních dnů významným zdrojem rabínského práva. Jednotlivé responsy byly vždy sbírány a publikovány ve sbírkách jednotlivých významných rabínů. Je nutné si uvědomit, že responsy byly mnohdy používány na místo klasického sporu, tj. než se strany dostaly k soudu, nejdříve zkusily svůj spor řešit tím, že se dotázaly nějaké významné rabínské autority, která jim podala odpověď na zmíněnou právní otázku, strany se pak odpovědí řídily.

Jako jeden z příkladů lze uvést spor o právo tisku modlitební knihy, který se rozhořel o právo vydávat modlitební knihu na svátky tzv. machzor z Rodelheimu na začátku 19. století. V tomto sporu se angažovalo několik rabínských autori té doby, jako byl bratislavský rabín Moses Sofer, známý jako Chatam Sofer a moravský vrchní rabín Mordechaj Banet. V rámci sporu oba zmínění rabíni vydali své responsy, které byly v podstatě kvalifikovanými právními názory.⁴⁴

Dalším významným legislativním nástrojem rabínského práva jsou tzv. obecná nařízení–takkanot kahal. Právní základ pro možnost vydávání takovýchto rabínských nařízení obecné povahy je možno vysledovat již v Talmudu a rovněž v Toseftě,⁴⁵ kdy každé obci bylo právo upravit si cenu vína či obilí na trhu, míry a váhy nebo

41 HECHT, Neil S. *An introduction to the history and sources of Jewish law*. New York: Oxford University Press, 1996, s. 207.

42 HECHT, Neil S. *An introduction to the history and sources of Jewish law*. New York: Oxford University Press, 1996, s. 282.

43 HECHT, Neil S. *An introduction to the history and sources of Jewish law*. New York: Oxford University Press, 1996, s. 303.

44 Srovnej BANET Mordechaj, *Paraschat Mordekbai, Chošen mišpat, nos. 7, 8*, Sziget, 1889 a SOFER Moses (Chatam Sofer), *Responsa Chatam Sofer, Chošen Mišpat No. 41*, Budapest, 1861.

45 Talmud, traktát Bava Batra 8b.

ceny námezdních dělníků. Tato svá rozhodnutí mohly obce rovněž vymáhat prostřednictvím soudů⁴⁶. Talmudický základ vycházel z doby, kdy Židé vykonávali správu svých měst a obcí, nicméně princip takkanot kahal byl následně přenesen i do židovských obcí, které neměly zcela samostatnou správu, protože podléhaly doзору ze strany vrchnosti. Právo vydávat takkanot kahal je v tuto chvíli přeneseno z obecní správy na duchovní vůdce – rabíny, kteří jsou zároveň považováni za znalce práva. Z doby raného středověku pak známe i spojení jednotlivých obcí za účelem jejich společné obecné správy, jejichž výsledkem jsou pak nařízení, která měla větší obecnou působnost než jenom na jednu obec.⁴⁷ Obecná nařízení byla promítnutím určité praxe nebo názoru některého rabína, nicméně jakmile byla sepsána a vydána jako takkana, stala součástí práva dané obce jako *ius cogens*.⁴⁸

Posledním nástrojem tvorby rabínského práva se staly zvyklosti a obyčej, nazývané jako *minhag*. Obyčej se mohly stát pramenem práva, pouze pokud neodporovaly Tóře, jinak se nemůže jednat ani o závazné pravidlo chování, když je řešeno: „*Jakékoliv slovo (míněno zvyk), které oporu v nějakém právním základě není zvykem.*“⁴⁹ *Minhag* tedy není a nemůže být originálním pramenem práva, protože ke své závaznosti potřebuje, aby existoval jeho právní základ v Tóře nebo ústní tradici. Nachmanides tvrdil, že *minhag* může být závazný pro obec pouze pokud je výslovně přijat obcí nebo jejím vedením a žádný *minhag* nemůže změnit již existující pravidla pokud tato pravidla nejsou pochybná.⁵⁰

Minhagy tedy působí jako doplňující prameny práva, které upravují některé místní odlišnosti či zákonitosti, v každé obci jich existuje několikero. *Minhagy* mohou upravovat jak liturgické odchylky při bohoslužbách (například jiné pořadí modliteb) nebo postavení určitých synagog a jejich představených.⁵¹

Velmi často je možné upravit aplikaci židovského práva právě podle místního *minhagu*. I v současné době jsou *minhagy* významným zdrojem práva. Například ve stále probíhajícím sporu mezi jednotlivými proudy judaismu o to, kdo má

46 Tosefta, Bava Mezia 11:23.

47 ELON, Menachem. *Jewish law*. Volume II. 1st English ed. Philadelphia, Pa: The Jewish Publ. Soc, 1994, s. 683.

48 HECHT, Neil S. *An introduction to the history and sources of Jewish law*. New York: Oxford University Press, 1996, s. 307.

49 Talmud Jerušlami, Traktát Šabat, 87a.

50 Nachmanides, Novellae k Bava Batra 144b.

51 Známý je pražský *minhag*, podle kterého se modlitba v synagogách na Josefově nezačíná pokud již nezačala ve Staronové synagoze, jako synagoze nejstarší.

právo konat či nekonat modlitby u Zdi nářků, bylo i u obecných soudů argumentováno tzv. místním obyčejem, který podle jednoho právního názoru byl, že modlitby u Zdi nářků se konají podle ortodoxního ritu, naproti tomu odvolací soud přisvědčil názoru, že místním obyčejem je výkon židovské modlitby bez jakéhokoliv omezení. Soud zde konstatoval, že místním obyčejem – minhag ha-makom, je modlitba všech Židů, čímž odmítl nároky právě představitelů ortodoxní části na omezení možností konání bohoslužeb jiných proudů judaismu.⁵²

5 Závěr

Tento článek se zabýval nástinem pojmu a významu rabínské právo, které je nedílnou součástí práva židovského, respektive rabínské právo je živou součástí práva židovského, protože do dnešních dnů je to právě rabínské právo, které dotváří židovské právo, a to jak legislativně tak zejména v praktické rovině. Samotný termín rabínské právo je termín, kterým lze označit vývoj a tvorbu práva zhruba od doby vlády Heroda, kdy se vzhledem k rozšíření vzdělání, stává jak teologie tak, i právo otázkou pro větší okruh lidí. Rabíni, jako učenci a znalci práva se prosazují jmenovitě a vystupují z anonymity, která je jinak zajištěna označením učenci, které Talmud používá pro označení těch názorů přijatý buď ve starších dobách tak i jako většinová rozhodnutí.

Zásadním rysem rabínské právo, který je popsán v tomto článku, je pak diskuse mezi samotnými učenci, která vede k tomu, že se názor na určitý právní problém rozvíjí a kultivuje, přičemž je zajímavé, že tato diskuse probíhá jednak v rámci jedné generace učenců, ale i skrze staletí, kdy jsou diskutovány názory již dříve publikované.

Jednotlivé aspekty židovského právo, které jsou zde nastíněny, by si však vyžadovaly samostatné a hlubší pojednání, což však nebyl ani účel ani cíl tohoto článku.

52 Srovnej rozsudek Okresní soud v Jeruzalémě, č. 23834-04-13, ve věci State of Israel v. Ras et al., ze dne 23. 4. 2013.

LITERATURA JAKO INSPIRACE PRÁVA

LITERATURE AS INSPIRATION OF LAW

Martin Škop¹

Abstrakt

Příspěvek se zabývá možnou inspirací, kterou právu poskytuje literatura. Jeho výchozím předpokladem je, že právo stejně jako literatura vychází ze stejné společenské situace, resp. reflektuje tytéž potřeby, které jsou pro společnost relevantní. Prvky, které jsou společensky natolik významné, že si jich všímá literatura, pravděpodobně budou zajímavé i pro právo. Proto lze říci, že krásná literatura může působit na právo a inspirovat je. Příspěvek nejprve zkoumá obecné možnosti vlivu působení literatury na právo. Pak směřuje k představení jednotlivých autorů, kteří zdůraznili pozitivní působení krásné literatury na právo (Wigmore, Cardozo, White). V závěru příspěvek směřuje k tezi, že literatura nejen působí na právo přímo, ale ovlivňuje také společenský kontext (stejně jako tak činí např. masová média) a tím se nepřímo podílí na chápání práva ve společnosti.

Klíčová slova

Právo a literatura, interpretace, forma rozsudku, právní vědomí, právní imaginace

Abstract

This paper deals with the possible inspiration which the literature provides the law. Its underlying assumption is that the law as well as literature is rooted in the same social situation; that both of them reflect the same needs that are relevant to the society. Elements socially significant enough to be reflected by literature are likely to be of interest to law. Therefore, we can say that fiction can act on the law and inspire them. The paper first examines the general possibility of influencing the law by the literature. Then it focuses on the presenting of individual authors who emphasized the positive effects of fiction on the law (Wigmore, Cardozo, White).

¹ Doc. JUDr. Mgr. Martin Škop, Ph.D., katedra právní teorie, Právnická fakulta, Masarykova univerzita.

In conclusion, this paper leads to the notion that literature has not only the direct influence on law but also affects the social context (as they do so as the mass media) and thus indirectly contributes to the understanding of law in society.

Key words

Law and Literature, Interpretation, Form of the Judgment, Legal Consciousness, Legal Imagination.

1 Úvod

Anglický lyrický básník první poloviny devatenáctého století Percy Bysshe Shelley ve své stati „A Defence of Poetry“ („Obrana básnictví“) prohlásil, že „*básníci jsou nepovšimnutí zákonodárci světa.*“² Jeho záměrem je sice – jak napovídá název – vyzdvihnout význam poezie, avšak současně touto větou výstižně spojuje právo a literaturu. Není podstatné, jestli skutečně souhlasíme s tím, že básníci jsou těmi normotvůrci, které však nikdo neodhalil a do role skutečného zákonodárce nepasoval, ale to, že slovo, které je spojeno s imaginací, je podstatou práva. Ten, kdo s ním dokáže nakládat, tak jako to činí skuteční básníci, dokáže formovat nejen, kam právo směřuje, ale co právo je. Tedy, dokáže zformovat takový obraz práva, který se právem stane. A to je možné jen proto, že právo je tak těsně spojeno nejen se společností, ale také se slovy. Toto spojení práva a slov vystihl německý právník, právní teoretik a romanista, Rudolf von Ihering: „... a právní dějiny by mohly jako motto na svou první knihu napsat *Na počátku bylo slovo*“.³ Právo slovem začíná, slovem se projevuje a není vlastně ničím jiným, než slovem. Není tedy důvod pochybovat o tom, že krásná literatura, jejíž podstatou je pracovat se slovy, může výrazně ovlivnit právo. Manipulovat s ním, inspirovat jej, působit na něj a pevně jej spojit se společností. Literatura se promítá jak do způsobů, jakým právo vnímáme, tak do nástrojů, kterými s právem nakládáme. Je součástí společnosti, ve které právo působí. Literatura se v právu, či v právní vědě, také může projevit jako kultivační činitel, který celé právní prostředí a právní kulturu povznáší, ale také jako vržený

2 SHELLEY P.B. A Defence of Poetry. In: *Essays, Letters from Abroad, Translations and Fragments*. London: Edward Moxon, 1845, s. 14.

3 IHERING, R. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858, s. 467–468.

kámen, který naruší strukturu práva a rozlomí jeho pevné vazby. Mimo to nabízí literatura právu svět, který lze zúročit při nakládání s právním textem, který lze využít při interpretaci. Nezapomeňme, že právo je založeno na jazyku, a kde hledat vhodnější oporu pro jazyk než v literatuře?

Všechny směry, které spojují právo a literaturu, nebo chcete-li právo a umění, se zaměřují na jazyk.⁴ Jazyk je tím, co napomáhá uchopit okolní svět a manipulovat s ním. „Hlavním prvkem hnutí *Právo a literatura* je, že právo a literaturu spojuje pohled na jazyk jako diskursivní komunitu určitých kulturních světů.“⁵ Současně dokáže literatura uvést právníky do celé společenské komunity. Je tím lístkem, který umožňuje právu vydat se na poznávací cestu společností, jejíž je literatura součástí. Význam síly slova pro právní myšlení, právní vědu a právo samotné si uvědomoval i Jhering⁶ a nijak tuto sílu nepodceňoval. Vždyť silou a kvalitou svého projevu vyvolal tak negativní obraz pojmové jurisprudence, že do dnešních dnů zcela nevytizel.⁷

Již zmíněnou spojitost práva a literatury evokuje také postřeh Guyory Binder a Roberta Weisberga, pro které právo představuje mimo jiné „*proces tvorby významů představující klíčovou dimenzi moderního kulturního života*.“⁸ Právo nejen popisuje svět, ale také mu přiznává významy. Invence normotvůrce, jeho představa světa a jeho snaha společnost řídit se střetává se skutečným světem, který je nutné přetvářet do právního textu. Právo zasahuje do životů lidí, mění vztahy a ovlivňuje lidské osudy. Proto je velmi atraktivní pro literaturu. Právo je samo literaturou, která popisuje svět a současně jej zasazuje do symbolického kontinua. A právo je objektem, který literaturu provokuje. V průběhu věků se právo a literatura vzájemně ovlivňují, inspirují. V zaznamenaném vyjádření právní normy se setkáme i s popisem okolního světa. Z příkazu se o společnosti, která jej vydala, můžeme mnohé dozvědět. Staré kodexy popisují stav společnosti, hrozby, kterým čelila, víru, kterou si uchovala, či směr, kterým se chtěla ubírat.⁹ Vyjadřují touhu normotvůrce a jeho

4 Viz např. WHITE, J.B. *Living Speech. Resisting the Empire of Force*. Princeton: Princeton University Press, 2006, s. 1.

5 MINDA, G. *Postmodern Legal Movements*. New York: New York University Press, 1995, s. 150.

6 JHERING, R. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858, s. 468 a n.

7 SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha: Ústav státu a práva, 2008, s. 291-292

8 BINDER, G., WEISBERG, R. *Literary Criticism of Law*. Princeton: Princeton University Press, 2000, s. ix.

9 ČERMÁK, J. *Jako když dvoranou proletí pták. Antologie nejstarší anglické poezie a prózy /700–1100/*. Praha: Triáda, s. 442.

představy o společnosti, kterou spravoval. Právní norma se podobá výtvarnému umění nebo hudbě – obrazy a skladby také vyprávějí příběhy. O svém tvůrci, situaci, kterou zachytil, či technice, kterou použil. Současně si lze povšimnout, že jako vypovídají tyto právní záznamy a záznamy právních norem o době svého vzniku, vypovídají jako důkazy také o nás a o právu jako takovém. Velice často vidíme, že všem společnostem z přibližně stejného kulturního okruhu je například stejná snaha dosáhnout spravedlnosti. A at' si pod tímto slovem představíme cokoli, vždy to bude mít přibližně stejné kontury: „*Sud' velmi spravedlivě. Nevynášej jeden soud nad bohatým a jiný nad chudým, jeden nad tím, kdo je ti milejší, a jiný nad tím, kdo se ti zamlouvá méně.*“ (Alfréd Veliký, Úvod, 43)¹⁰

Můžeme si dovolit konstatovat, že právo je podmíněno lidskou aktivitou – právo závisí pouze na člověku. Je stíženo myšlenkami člověka, zákoutími jeho Já. V jakékoli podobě má právo podobu výsledku lidské duševní aktivity – at' člověka vnímáme jako tvůrce pravidel, nebo jako někoho, na jehož interpretaci existence práva závisí. Proto se Peter Goodrich domnívá, že právo pracuje prostřednictvím obrazů, analogií, asociací a jiných příběhů, metonymií a metafor. Jeví se tak jako jakýkoli jiný text. Jako promluva, která má své zvláštnosti, jejichž původ můžeme najít přímo v člověku a jeho pohledu na svět, anebo také v okolním světě, jehož přesného popisu se nám nedostává a dostat nemůže. Vzhledem k těmto a jiným jazykovým nástrojům, které obvykle řadíme do výbavy krásné literatury, a také vzhledem k tomu, že podstatný je člověk jako autor a člověk jako čtenář, uvádí existence práva v život nevědomé touhy skryté v právních zvyklostech, tradicích, právních systémech, jakož i ve vůli normotvůrce.

Již shora jsme uvedli, že právo a téměř vše, co s právem souvisí, nemůže uniknout krásné literatuře. Literatura se zmocňuje práva a zpětně ovlivňuje to, jak právo pro společnost vypadá. Literární díla mohou odhalit nedostatky, kterými právo trpí. Současně však propůjčuje lesk legitimacy jakémukoli právnímu institutu, který vykreslí jako spravedlivý nebo přirozený. Stejně jako právo, i literatura vyrůstá z určitého společenského základu, společně sdílí tytéž hodnoty a vyrůstá z téže společnosti. Přesto literatura nenabízí pouze popis dysfunkcí aktuálního práva, ale vzhledem ke své schopnosti překlenout věky a kultury, také pohled na maličerné a škodlivé chyby, které nemusíme být schopni vzhledem k aktuální situaci postřehnout. A právě díky větší schopnosti uměleckého popisu zachytit a popsat

¹⁰ Tamtéž, str. 462.

blíže hodnoty lidské společnosti, může být krásná literatura přiléhavějším ztvárněním práva a právních otázek, než prostý technický popis. Krásnou literaturu tak například využívá již zmíněný Rudolf von Jhering,¹¹ hovoří-li obecně o právu a používá ji nejen jako ilustraci svého vyobrazení práva, ale také jako imaginativní spojnicí mezi hodnotami, které má na mysli, a jejichž popis byl mnohem lépe podán právě v krásné literatuře. Stejně tak se setkáme i v našem prostředí s příklady čerpanými z krásné literatury. Ať je to v teoretické rovině Sofoklova Antígona při popisu vztahu pozitivního a přirozeného práva¹² nebo obecně díla Franze Kafky a Jaroslava Haška přítomná v rozhodnutí Ústavního soudu.¹³ Literatura v těchto případech slouží jako inspirace, která sice může nabídnout právu nové myšlenky, ale mnohem častěji ukazuje myšlenky a hodnoty, které jsou v konkrétní společnosti pevně zakořeněny. Literatura tedy v těchto příkladech neslouží jinak, než jako vyzdvížení či alespoň navození pocitu, že zmiňovaný právní prvek je pro společnost přirozený. Literatura může otevřít oči, stejně jako může klamat. Je jen inspirací a záleží jen na tom, na koho působí, jak s ní naloží. Nic na tomto potenciálním působení literatury na právo – a to v každé společnosti – nemění ani to, že je literatura jako zdroj inspirace práva svými kritiky chápána spíše jako zvláštnost či výjimka, která není škodlivá, a za určitých okolností (a rozumějme tomu, že jen výjimečně) dokonce může napomoci prosazení určitých myšlenek.¹⁴

Právo je diskursivní disciplína, ve které jde především o rétorické schopnosti. Použijeme-li při popisu práva jazyk a sloh umělecké literatury – a použijeme-li jej správně – můžeme tím lépe zaujmout publikum, resp. adresáty právních povinností. Mimo to, krásná literatura může napovědět právníkům, jak výstižněji, přesněji a zejména lépe stylisticky vyjádřit své myšlenky a úvahy. Přitom také není pochyb, že tento směr neútočí na obvyklé a zažité kánony právní metodologie. Nenarušuje stávající techniky a metody v právu používané. Upozorňuje na nedostatky práva společensky akceptovaným způsobem. Naráží na nedostatky práva jako takového, či na prvky zneužití práva či možné nedostatky v aplikaci. To může literatura, resp. autoři literárních děl, činit jak nevědomky, tak záměrně. Může jen

11 V tomto případě se například jedná o Heinricha von Kleist a jeho dílo Michael Kolhaas – viz JHERING, R. v. *Boj o právo*. Brno: nakladem Fr. Karafiáta, 1875, s. 27.

12 HOLLÄNDER, P. *Filosofo práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006.

13 Rozhodnutí Ústavního soudu ze dne 29. 11. 2006, č.j. II. ÚS 549/06. [cit. 28. 2. 2011] Dostupné z: <<http://nalus.usoud.cz/Search/ResultDetail.aspx?id=52935 & pos=1 & cnt=1 & typ=result>>.

14 Viz o tom např. TAMANAHA, B. *Sociological Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

tak popsat závažnou právní chybu, ale také může úporně působit na právo vedena různými motivy. To, že literatura může působit na právo, není nijak ovlivněno tím, zda se jedná a cílenou kritiku, či kritiku nezáměrnou. Mezi cílené kritiky, kdy autor využil svých uměleckých schopností, aby pranýřoval něco, co se mu nelíbilo, můžeme řadit například otevřený dopis Émila Zoly „*J'accuse*“ (*Lettre au président de la République*). S tím souvisí i další možnost záměrného prolnutí práva a umění – záměrné využití jazyka umění, pro změnu právního prostředí, manipulaci s právním vědomím, či pro ospravedlnění určitých právních kroků – například německý propagandistický film *Ich klage an* (1941, režisér Wolfgang Liebeneiner).

Shrňme si to. Literatura slouží právu jako několikerý zdroj, který právo může do sytosti využívat. Jednak literatura – pro svou spojitost se společností – nese hodnoty, které jsou pro právo nezbytné. Odkaz na ně umožňuje právním aktérům signalizovat těsnější sepetí se společností a jejími hodnotami. S tím souvisí i literatura jako zdroj argumentačních právních dovedností. Kde lépe se dá naučit psát srozumitelně, krátce a jasně vyjádřit myšlenku, barvitě popsat skutečnost než v literatuře? Literatura může právo naučit klamat tak, aby to nebylo ošklivé či obecně zlepšovat právní komunikaci. Literatura také může právu nabídnout jeho obraz. Ukázat mu, jak jej lidé vnímají a jak vnímají svět, ve kterém žijí. Jako nezbytnou technickou dovednost usnadňuje literatura číst a psát, tedy zdokonalovat základní a nezbytné právní dovednosti.

2 Literatura právo kultivuje

Mezi první autory, kteří si uvědomili, jak literatura může kultivovat právníky a právní prostředí, řadíme¹⁵ Johna Wigmorea. Ten si při svém pedagogickém působení všiml, jak literatura může blahodárně působit na právníky, či studenty práv, a v roce 1907 publikoval článek s názvem *A List of Legal Novels*.¹⁶ V něm nabídl právníkům seznam literárních děl, která by rozhodně neměla uniknout jejich pozornosti. Wigmore se domníval, že je nezbytné, aby právníci byli kultivovaní, čehož nelze dosáhnout bez znalosti krásné literatury. Právník, v jakékoli profesi, jakoukoli specializací se zabývá, reprezentuje svůj stav, rozhoduje o osudech lidí či do nich přinejmenším zasahuje a není proto příliš vhodné, aby to byl šmudla, který se neumí vyjádřit. Je přímo jeho povinností reprezentovat sebe a svou profesi,

15 KAIRYS, D. *The Politics of Law: a progressive critique*. New York: Basic Books, 1998, s. 663.

16 WIGMORE, J.H. *A List of Legal Novels*. *Illinois Law Review*, 1907–1908, s. 574–593.

nebot' zachází s právem, zachází s lidskými osudy a prezentuje autoritu, jejíž vůli se lidé mají podřídít. To se sice dá částečně nahradit tím, co má na sobě, jaký nosí oděv, ale vzhledem k tomu, že jádrem projevů jeho činnosti je psaní a mluvení, zvláštní šat mu nepomůže tolik, jako mu může pomoci znalost literatury.

Právnický má podle Wigmore také povinnost obeznámit se důkladně se svou profesí, což znamená, že musí být obeznámen s jejími rysy, a jaké zaujímá místo v „obecném mínění a literatuře.“¹⁷ Právnický musí být nejen kultivovaným člověkem, ale musí i vědět, co si společnost myslí o jeho profesi. Wigmore chce vnímat právníka jako postavu, která ve společenském systému zaujímá místo nejen znalce práva, ale také je ve společnosti pevně zakořeněna. Právnický má odpovědnost a tato odpovědnost také znamená, že se společnosti ukáže tak, aby reprezentoval kultivovaný výkon práva, a snad i spravedlnosti. Proto mají již studenti práva znát a studovat krásnou literaturu: aby se seznámili s obrazy právní úpravy, pojetí právního systému či aplikace práva. Aby pochopili, jak společnost právo vnímá. Tyto obrazy jsou podány způsoby reflektujícími obecné povědomí společnosti a popisující tyto prvky obecným – literárně zvládnutým – jazykem.

Ve Wigmoreově textu je však literatuře přisouzena ještě jedna role. Není jen inspirační právní interpretace nebo aplikace; není jen zdrojem kultivace právních projevů, či ornamentem, který právní argumentaci dodá lesk učenosti, starobylosti nebo duchaplnosti, ale přímo ovlivňuje obecné normativní texty. Wigmore se totiž domnívá, že krásná literatura může vyvolat potřebu právních reforem, a to velmi efektivně: „Austin Elliot od Henryho Kingsleyho zřejmě inspiroval přísnou legislativu proti soubojům; Balzakův *Cesar Birotteau* ukázal utrpení a vady v insolvenčních řízeních; Cooper ve *Ways of the Hour* soudil samotný porotní proces; Besantův *Chaplain of the Fleet* nás přinutil žasnout nad tím, jak dlouho mohlo být tolerováno utrpení ve starém vězení pro dlužníky...“¹⁸ Jsou to spisovatelé a jejich díla, která natolik ovlivnila veřejné mínění natolik, že se dosavadní úprava ukázala jako neudržitelná. Nezapomínejme však na to, že literatura dokáže ovlivnit právní uvažování přímo, ale také nepřímo. Pomáhá definovat kontext, ve kterém probíhá veškerá interpretace, včetně právní. Pomáhá určit, jaké významy budou převažovat. Zde lze zařadit i básníky, jejichž sílu ve společnosti připomněl Shelley.

17 WIGMORE, J.H. A List of Legal Novels. *Illinois Law Review*, 1907–1908, s. 576.

18 WIGMORE, J.H. A List of Legal Novels. *Illinois Law Review*, 1907–1908, s. 577–578.

Wigmoreův seznam nepřestal být od svého vzniku populární. Vznikají další a další seznamy,¹⁹ které obsahují další, novější díla, případně seznamy, které již neobsahují jen romány či klasická dramata, ale které obsahují i filmy, případně další umělecké žánry. To je výsledek stále patrnějšího propojování práva s humanitními vědami, což je nezbytné pro lepší poznání práva a jeho role či fungování ve společnosti.²⁰

3 Literatura ovlivňuje kvalitu soudních rozhodnutí

Ve Wigmoreově kultivační snaze pokračoval i Benjamin Cardozo.²¹ Byť pro něj byla krásná literatura nezbytným činitelem podílejícím se na zlepšování úrovně soudního rozhodování a zejména podoby a stylu soudních rozhodnutí. Literatura je pro něj nezbytnou inspirací či zdrojem, a může soudce naučit kultivovat formulace svých rozhodnutí, lépe popsat skutkové okolnosti případu a dostát požadavku na přesvědčivost, který je na každé soudní rozhodnutí kladen.

V první řadě Cardozo literaturu vnímal jako prostředek, který zlepšuje zejména styl soudních rozhodnutí. Je to kultivace formy a způsobu vyjadřování, bez kterých si soudní praxi neumí představit. Bez nich, dodává Cardozo, bychom se v rozsudcích při jejich čtení topili „*ve zmrzlých bezradných mnohomluvnostech jako v moři chut' postrádajícího teplého pudinku.*“²² Zde si nemohu odpustit lacinou poznámku, že by mělo být povinností českých soudců číst krásnou literaturu a snad z ní i skládat zkoušky. Cardozo v soudních rozhodnutích upřednostňuje jasnost, a schopnost literatury ji zlepšovat, ale literatura soudci napomáhá i v dalších prvcích správné koncepce rozhodnutí.

Tou další dovedností, kterou lze s pomocí literatury vybrousit do přijatelné podoby, je schopnost konstruovat hodnověrný obraz skutečnosti. Takový obraz pochopitelně nikdy nebude dokonalý, pokud nebude podán způsobem, který podněcuje čtenářovu obrazotvornost a vede ji tím směrem, který vypravěč (v našem případě pisatel) zamýšlí. Soudce, či případně i jiná osoba, která podává popis skutkových

19 WEISBERG, R.H. Wigmore's "Legal Novels" Revisited: New Resources for the Expansive Lawyer. *Northwestern University Law Review*, 1976, č. 1, s. 17–28; WEISBERG, R.H., KRETSCHMAN K.L. Wigmore's "Legal Novels" Expanded: A Collaborative Effort. *The Maryland Law Forum*, 1977–1978, s. 94–103.

20 WEISBERG, R.H., KRETSCHMAN K.L. Wigmore's "Legal Novels" Expanded: A Collaborative Effort. *The Maryland Law Forum*, 1977–1978, s. 94.

21 CARDOZO, B. Law and Literature, *Yale Law Journal*, č. 3, 1939, s. 489–507.

22 Tamtéž, s. 491.

okolností případu, musí správně dávkovat události důležité na úkor těch nedůležitých. Vyzdvihnout podstatný detail a správně jej zakomponovat do struktury celého popisovaného příběhu a naopak upozadit ty prvky, které nejsou podstatné, nebo se nehodí. Autor nemusí nutně klamat, ale může využít techniky přípustné manipulace a definovat příběh podle svého záměru. Cílem vylíčení skutkového stavu není podat zcela přesný obraz skutečnosti, ale podat takový obraz, který je přijatelný, důvěryhodný, respektuje předložené důkazy a zejména souhlasí s obrazy, které jsou společensky přijímány jako možné. A připomeňme, že tuto dovednost formulovat dobrý příběh může soudce naučit literatura. Literatura nabízí efektivní postupy vykreslení takového obrazu skutečnosti složeného z podstatných náležitostí, který je považován za hodnověrný.

Již shora jsme zmínili, že rozhodnutí musí být nutně přesvědčivé. A že literatura může soudce naučit, jak vystavět rozhodnutí tak, aby bylo přesvědčivé samo o sobě, bez jakékoli vedlejší konstrukce: „*Odůvodnění potřebuje přesvědčovací sílu, či působivou moc upřímnosti a zápalu, nebo symbolickou sílu aliterace a protikladů, nebo výstižnost a nádech přísloví a mravních rčení.*“²³ Z literatury si soudci mohou vypůjčit postupy a techniky, které mohou zužitkovat při řádné kompozici rozhodnutí. Přesvědčivé rozhodnutí obstojí před zaujatým okem stran, i před kritikou svého okolí. Přesvědčivé rozhodnutí musí obstát i před odvolacím soudem.²⁴ Nehledě na to, že rozhodnutím je dotčena celá společnost a její právní vědomí. Proto i v soudních rozhodnutích jednoznačně nelze opomíjet formu, v níž se podávají.

Cardozo usiluje o rozvoj *architektury odůvodnění* (architecture of opinions),²⁵ která má zajistit přehlednost, srozumitelnost a kvalitu soudních rozhodnutí. Lze se domnívat, že kultivací svých literárních schopností dokáží soudci (a jak Cardozo v závěru svého článku dokládá, nejen oni, ale také například advokáti či jiné právní profese) komponovat svá rozhodnutí přesvědčivěji. Při této kompozici nejde pouze o spojování faktů, argumentů a objasnění, ale také o přiměřené používání dekorativních prvků. Velká rozhodnutí jsou totiž podle Cardoza taková, která jsou dobře napsaná – která se poučila z literatury.²⁶ Slavná rozhodnutí svůj význam z velké části čerpají právě ze stylu, kterým jsou sdělována.

23 Tamtéž, s. 492–493.

24 Tamtéž, s. 505.

25 Tamtéž, s. 503.

26 Tamtéž, s. 507.

Wigmore ani Cardozo nepovažují literaturu za formální pramen práva. Je pro ně inspirací, která může pozitivně ovlivnit to, jak se s právem zachází. Oba chtějí kultivovat právní prostředí a vyzdvihnout smysl kultivovaného právního projevu. Důvodem, pro který tak činí je, jak jsme si ukázali, jak obecná a speciální povinnost právníka a celé právnické profese v případě Wigmore, tak určitá snaha vytvořit přesvědčivé a správné rozhodnutí v případě Cardoza. Neusilují o přínos, který může mít literatura pro hodnotové zakotvení práva. Literatura, právě pro svou spojitost se společností a jejími (i skrytými touhami a emocemi) totiž dokáže pro svou nespoutanost vystihnout odpovídající hodnoty. To však Wigmore ani Cardozo nesměřují. Plně jim postačí formální stránka práva, kterou může literaturou zlepšit.

4 Literatura ovlivňuje kontext

Přelom ve snahách propojit právo a literaturu přišel roku 1973. V něm svou knihu *The Legal Imagination* vydal James Boyd White²⁷ a rozebral v ní některá literární díla a načerpal v nich inspiraci pro právní vědu a zejména pro výuku práva. Je to literárně podaná metodologie práce s krásnou literaturou ve výuce práva. White zastává názor, že studium literatury musí být pevnou součástí nejen právního vzdělávání, ale celé právní vědy. Důvodem pro to je obdobný způsob interpretace: právní i literární věda využívají při interpretaci textů postupy, které jsou přinejmenším srovnatelné. Nezáleží na skutečnosti, zda jsou texty právní nebo beletristické.

Pro správné zakomponování krásné literatury do oblasti práva si White dokonce vytváří vlastní definici práva: „*Domnívám se, že právo není pouze systém pravidel [...] či redukovatelné na volby strategií nebo třídní zájmy, ale že je to spíše to, co nazývám jazyk, kterým nemyslím pouze množinu výrazů a frází, ale návyky mysli a očekávání – které také mohou být nazývány kulturou. [...] Právo vytváří svět.*“²⁸ Právo není pouze systém pravidel. Je to sada způsobů, kterými vnímáme naše okolí, a kterými tento svět v konečném důsledku vytváříme. Sílu práva pak ten, kdo s ním nakládá, musí vnímat v jeho jazyku – a tento jazyk je jazykem donucení.²⁹ Je-li právo jazykem, pak nepřekvapí, že pro Whitea je také uměním – vytváří něco nového ze stávajících prvků.³⁰ Jeho základ je v lidské kreativitě a schopnosti přetvořit si přírodní svět do podoby,

27 WHITE, J. B. *The Legal Imagination*. London: Little, Brown, 1973.

28 WHITE, J. B. *The Legal Imagination*. London: University of Chicago Press, 1985, s. xiii.

29 Tamtéž, s. xiii.

30 Tamtéž, s. xiv.

kerou si zamane. Symbolicky ovládnout své okolí a zvládnout nezměnitelné alespoň tímto způsobem. Pokud právník chce vstoupit kvalifikovaně do soubojů mezi lidským vědomím, kreativitou a světem, který nás obklopuje, nemůže se vyhnout tomu, že při popisu své zkušenosti vystaví na odív své duševní schopnosti. Nemůže se vyhnout okamžikům, kdy prokáže svou imaginaci. Vždyť velká část právní práce spočívá v nutnosti vyjádřit nevyjádřitelné a popsat nepopsatelnou zkušenost.³¹ Právník pracuje pouze se slovy, se specifickým jazykem, který je plný zvláštních pojmů, vazeb a stylů, a který se pokouší předat určitou zkušenost, jejíž společné zažití je neuskutečnitelné.

To, co White předkládá je mnohem blíže formování kontextu, ve kterém se právo pohybuje, než pouze kultivování právníků nebo formulace rozsudků. Constance Jordan a Karen Cunningham tento přístup vystihují, když se věnují divadelním hrám Williama Shakespeara: jeho hry reprodukují současné pojetí práva a spravedlnosti a jeho spojitost s morálními představami.³² V tomto případě jsou to divadelní hry, které se dotýkají spravedlnosti a představ o ní, které kolují mezi lidmi. Toto pojetí, čím více se ve společnosti šíří, tedy čím více je hra nebo román úspěšnější, tím více se podílí i na formování práva. Na adekvátnosti jeho interpretace a na významech, které s ním budou spojovány.

Literatura zde poskytuje inspiraci, která se promítá do práva, respektive ovlivňuje společenské uskutečňování práva, bez něhož však o právu není možné hovořit. Spojení práva a literatury, které od záměru představit adresátům některé právně významné prvky srozumitelně, až po kritickou reflexi chyb, kterých je moderní právo plné, tak vždy znamená spojení práva a společnosti. Právo je nemožné bez společnosti a literatura slouží jako klíč, kterým si právo otevírá dveře.

31 Tamtéž, s. 3.

32 JORDAN, C., CUNNINGHAM, K. English Law in Shakespeare's Plays. In: Jordan, C., Cunningham, K. (Eds.) *The Law in Shakespeare*. Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2007, s. 1.

JUSTINIÁNSKÁ DIGESTA – KAMENNÝ POMNÍK, NEBO ŽIVÉ PRÁVO?¹

DIGEST OF JUSTINIAN – A HEADSTONE, OR LAW IN ACTION?

Kamila Bubelová² a Matej Pekarík³

Abstrakt

Předložený příspěvek je úvahou v rámci tématu o inspiračních zdrojích současného práva. V době začátku účinnosti nového českého občanského zákoníku je obzvláště aktuální hledání skutečných zdrojů dobrého práva. Důvodová zpráva k novému občanskému zákoníku často uvádí jako inspirační zdroj konkrétního ustanovení římského právo. Ne vždy je to však pravda. Zatímco obecná sdělení o inspiraci římským právem postrádají skutečný obsah, v tomto příspěvku hledáme odpověď na otázku o základním díle z pramenů římského práva, o justiniánských Digestech. Jsou Digesta jen historickou památkou, nebo je lze stále využívat k řešení teoretických a praktických otázek?

Klíčová slova

Digesta, císař Justinián, římské právo

Abstract

The presented article is a consideration within the topic of inspirational sources of contemporary law. In the early days when the new Czech Civil Code came into effect, it is especially relevant to seek the real sources of quality law. The explanatory memorandum to the new Czech Civil Code marks Roman law as the source of inspiration for many of its provisions. However, this is not always true. While general declarations on inspiration by Roman law often lack real content, in this

1 Tento příspěvek je jedním z výstupů vědeckého projektu VEGA s názvem Teológia a právo – Prínos kresťanstva k rozvoju európskej právnej kultúry registrovaného pod č. 1/0495/11.

2 JUDr. Kamila Bubelová, Ph.D., vedoucí katedry teorie práva a právních dějin PF UP v Olomouci.

3 Mgr. Matej Pekarík, Ph.D., katedra římského a církevního práva PF TU v Trnavě.

article we seek the answer about the basic work of Roman law, the Digest of Justinian. Are the Digest of Justinian only a mere historical relic, or is it possible to use it to solve both theoretical and practical questions?

Keywords

Digesta, Emperor Justinian, Roman law

1 Úvodem

Tématem Letní školy práva v Brně pro rok 2014 jsou inspirační zdroje práva. Jedním z cenných, ale v poměrech České republiky zcela nedocenených, zdrojů poznání práva je sbírka Digest císaře Justiniána (promulgována v roce 533).⁴ Ona, stejně jako celé římské právo, bývá traktováno (z pedagogických důvodů) nejčastěji v jeho pandektní podobě, zpracované a rozpracované právníky následujících generací. Samotná Digesta podrobně zkoumají romanisté – ale praktičtí právníci se k nim, patrně z obavy z latinského jazyka, který upadl v právnických kruzích v zapomnění, o radu neobracejí. Je to však nesporně velká škoda pro právní vědu i praxi samotnou. Aby však naše chvála Digest nebyla bez důkazu, překládáme v následujícím textu některé mimořádně zajímavé fragmenty. Doufáme, že studenti letní školy práva jimi budou inspirováni a sami poté častěji nahlédnou při řešení právních problémů do této právní pokladnice.⁵

Ideálním postupem by asi bylo vybrat fragmenty pro demonstraci z každé jednotlivé knihy Digest. Protože však knih Digest je rovných padesát, neumožní nám prostorový rozsah tohoto článku postupovat tímto způsobem. Rozhodli jsme se tedy přistoupit k tematické selekci a jednotlivé fragmenty vybrat podle základních aplikačních právních zásad.

4 Podrobně o tom viz BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J. *Corpus iuris civilis – Digesta. Tomus I.* Eurokódex, Bratislava 2008, s. 8.

5 Vzhledem k malým znalostem latiny, zato rozšířeným znalostem angličtiny, doporučujeme zájemcům Scottův překlad Digest, který je volně přístupný na internetu: <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica>. Latinský originál je k dispozici v knihovnách, nebo dostupný on-line zde: <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/digest.htm>.

2 Zásada první – smysl pro spravedlnost (aequitas)

Jak známo, císař Justinián byl císařem křesťanským, tj. do římského klasického práva, které do svých sbírek částečně převzal, přidal i nového ducha, a to ducha křesťanství. Ideály polyteistického starého římského státu však nebyly s ideály křesťanství v oblasti spravedlnosti v rozporu. Císař sám spoléhal na Boží pomoc, vědom si obrovského a těžko splnitelného úkolu dosáhnout spravedlnosti v oblasti práva.⁶ Když v konstituci Deo auctore nařizoval připravit sbírku římského práva, přikázal právníkům-sestavovatelům, aby za účelem spravedlnosti nevybírali z prací starých právních autorit právní názory podle toho, ke kterému se klonila většina, ale podle toho, který názor je „lepší a spravedlivější“ (melius et aequius).⁷

Spravedlnost má v římském právu dvojí podobu – jednak jako iustitia,⁸ a dále jako aequitas.⁹ Jejich rozdílnost můžeme demonstrovat na těchto dvou fragmentech:

D 1. 1. 10. pr.

Ulpianus libro primo regularum: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

Překlad:

Ulpián v první knize Právních pravidel: Spravedlnost je neměnná a stálá vůle dát každému jeho právo.

D 1. 1. 11. pr.

Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum in quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.

Překlad:

Paulus v knize čtvrté svých komentářů K Sabinovi: Slovo právo užíváme ve více významech – v jednom je přirozeným právem, které hovoří o tom, co je slušné a dobré vždy.

6 Viz úvod císařské konstituce Deo auctore – slovenský překlad BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J. op. cit., s. 17.

7 Tamtéž, s. 20.

8 Jazykový význam viz PRAŽÁK-NOVOTNÝ-SEDLÁČEK *Latinsko-český slovník*. KLP, Praha 1999, s. 741: spravedlnost, spravedlivé jednání.

9 V jazykové rovině má slovo více významů: 1. rovnost, 2. mírnost, 3. nestrannost, vyšší spravedlnost. Viz PRAŽÁK-NOVOTNÝ-SEDLÁČEK: *Latinsko-český slovník*. KLP, Praha 1999, s. 42.

Vycházejíce z těchto dvou fragmentů vidíme, že *aequitas* je cesta k naplnění *iustitiae*.¹⁰ *Iustitia* realizuje právo člověka, aby obdržel (ve všech smyslech toho slova) vše, co mu náleží. A to lze uskutečnit pouze spojením ustanoveného práva s právem přirozeným, dle kterého má každý člověk smysl (cít) pro vyváženost mezi oprávněnými zájmy společnosti i jednotlivců.

Jestliže je něco v rozporu se smyslem pro spravedlnost, je to *iniquum*, protože to neoprávněně škodí. Vezměme např. výrok Celsův:

D 22. 3. 13.

Idem libro trigesimo digestorum: Cum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in haec verba rescripsit: et durum et iniquum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur et deversae professiones proferunt, ea potissimum stare, quae nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet et ex eo potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilis videtur.

Překlad:

Tentýž ve 30. knize svých *Digest*: Pokud je zjišťován věk člověka, poskytl k tomu náš císař toto dobrozdání: Je-li u někoho zkoumána otázka jeho věku a jsou předkládána rozporná osvědčení, je tvrdé (kruté) a neslušné uznat právě to osvědčení, které škodí. Nebot' při vyšetřování případu se musí hledat pravda a věk se určí podle toho osvědčení, jehož hodnověrnost je zřejmě důvěryhodnější.

Druhým prvkem ekvity je tedy odstraňování tvrdosti zákona. Zákonodárce na tomto místě ale neřekl, že ochranu proti škodě zasluhuje každé působení, které je tvrdé; tvrdost zákona totiž v oprávněných případech zajišťuje jeho účinnost; aby byl důvod tuto tvrdost odstranit, musí být jednání zároveň neslušné (*iniquum*).¹¹ Význam slova *iniquum* může být i nespravedlnost. Např. v Justiniánových Institucích se v souvislosti se zaváděním přetorské ochrany dědiců, jimž civilní právo odpíralo ochranu, hovoří o „zjevné nespravedlnosti“ a „nespravedlnosti práva“:

10 O právních významech těchto dvou slov viz BUBELOVÁ, K. *Aequitas* jako prvek tvorby římského práva. In: *Days of Law/Dny práva 2008*, Právnická fakulta MU v Brně, Brno 2009. Dostupné online na www.law.muni.cz/sborniky.

11 K aplikaci zásady *Lex dura, sed lex* viz blíže BLAHO, P. *Aequitas* ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve. In: *Slušnosť v práve* (sborník z konference), Právnická fakulta Univerzity Komenského, Bratislava 1993, s. 106–107.

Just. Inst. 3. 7. pr. a 1.:

... Et si quidem ex naturalibus libertis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbantur querella: si vero adoptivus filius esset, aperte iniquum erat nihil iuris patrono superesse. 1. Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est...

Překlad:

Pokud (zůstavitel-propuštěnec) zanechal vlastního dědice, neexistovala žádná možnost stížnosti. Ale pokud zanechal adoptivního syna, bylo zjevně nespravedlivé, aby patronovi nezbylo dědické právo. 1. Proto tuto nespravedlnost práva později napravil prétorický edikt.¹²

Naopak *aequum*, správné, je to, co slušnost činit přikazuje. Jako příklad můžeme uvést výrok Paulův:

D 47. 10. 2.

Paulus libro 50 ad edictum: Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est.

Překlad:

Paulus v 50. knize komentářů K ediktu: Byl-li manžel uražen bezprávím (*iniuriis*), nemůže jeho žena žalovat, protože je správné, aby muži bránili ženy, nikoli ženy muže.

V tomto případě má slovo *aequum* pro jednání význam „správně konat“, neboť by nebyl logicky vhodný překlad slovem „spravedlivé“ či „rovné“ a už vůbec by pro porovnání postavení muže a ženy nepadalo do úvahy slovo „rovnoprávné“, které však bylo příležitostným překladem ve fragmentu předchozím. *Aequitas* jako slušnost lidského konání (ev. opak neslušnosti) však v římskoprávním pojetí není totožná s mravností či nemravností. Můžeme se o tom přesvědčit např. zde:

12 Předklad do češtiny viz BLAHO, P., SKŘEJPEK, M. *Iustiniani Institutiones. Justiniánské Instituce.* Karolínium, Praha 2010.

D 2. 14. 27. 4.

Paulus libro tertio ad edictum: Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel iniuriam poenam: sed post admissa haec pacisci possumus.

Překlad:

Paulus ve třetí knize svých komentářů K ediktu: Dohody, jejichž důvod je nemravný, není třeba zachovávat, např. se s tebou dohodnu na krádeži nebo jiném bezpráví, že na tebe nepodám žalobu, když něco takového spácháš; protože je namísto strach z trestu za krádež nebo injurií. Ale po spáchání takových činů můžeme tuto dohodu uzavřít.

Nemravnost (turpitude) neměla v římském právu pouze ten význam, že se přičila hodnotám, které chránily zákony, ale i etickým hodnotám, jež vyznávala římská společnost v dané době. Turpis tedy nebyly pouze osoby, které spáchaly něco protiprávního, ale i ty, které žily způsobem přičícím se římskoprávnímu pojmání ctnosti, např. prostitutky nebo gladiátoři. Jakkoli dnes už prostituce nečiní lidi nezpůsobilými třeba ke svědecké výpovědi, přesto si stále tento mravní kontext kupodivu uchovává: provozování prostituce může být důvodem, pro který lze potomka právoplatně vydědit. U nemravnosti nejde tedy o nespravedlnost, nerovnost, nevyváženost nebo tvrdost, ale o odsouzeníhodnost.

Přejdeme nyní k ukázce aplikace samotné aequitatis v soudním sporu. Paulus v druhém titulu deváté knihy Digest, která pojednává o Akviliově zákoně (náhrada škody), vysvětluje případ, ve kterém byl usmrcen cizí otrok, jenž byl použit jako předmět zástavy. Řešil otázku, zda je možno dát žalobu na náhradu škody z Akviliova zákona nejen zástavnímu dlužníkovi (tj. vlastníkovu otroka), ale i zástavnímu věřiteli – pro případ, že dlužník by se stal insolventním a zničením zástavy (otroka) by byl věřitel poškozen. Paulus rozhoduje na základě ekvity:

D 9. 2. 30. 1.

Paulus libro vicensimo secundo ad edictum... Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem...

Překlad:

Ale bylo by neslušné, aby ten, kdo otroka usmrtil, odpovídal vlastníkovvi i věřitelvi. Pouze pokud by se někdo domníval, že v tomto případě dlužník neutrpěl žádné bezpráví, protože je v jeho prospěch zaplatit dluh a získat přebytek, musí mu být dána žaloba na to, co přesáhne výši dluhu.

I pachatel deliktu má tedy právo (aequitas ve významu rovnost), aby se vůči němu postupovalo korektně a nebyl trestán víc, než odpovídá skutečné újmě, kterou způsobil. V tom můžeme vidět základ moderní retributivní spravedlnosti. Na závěr této úvodní části našich úvah zmiňme ještě pramenné místo, ze kterého se můžeme dozvědět, jakou vlastností aequitas oplývá. Obvykle k ní v pramenech nebývají přidávány přívlastky, takže se jedná o fragment poněkud atypický. Jeho autorem je Modestinus:

D 1. 3. 25. Modestinus libro VIII responsorum:

Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producimus ad severitatem.

Překlad:

Modestinus v 8. knize svých Dobrozdání: Ani smysl zákona ani zjemňující slušnost nedovoluje, abychom to, co bylo zavedeno jako výhoda pro lidi, v jejich neprospěch vykládali příliš přísně.

3 Zásada druhá – dobré mravy (boni mores)

Dnešní právo stejně jako to staré římské musí hledat konkrétní obsah tzv. otevřených pojmů (dříve nazývaných neurčité pojmy). Bez nich však nelze právní normy připravit, neboť legislativní technika neumožňuje popisovat každý možný jednotlivý případ v jeho odlišnostech. Dobré mravy jsou základem spravedlivé aplikace práva dodnes.¹³

13 Viz BUBELOVÁ, K.: *Dobré mravy v judikatuře Ústavního soudu*. In: Právní fórum č. 1/2010, s. 1–7.

V římském právu byl pojem *mos, mores* (mrav, mravy) v právním smyslu vnímán v mnoha významech:¹⁴ kromě způsobu výkonu určité činnosti (např. *more militiae facere testamentum*¹⁵ – zřídít závěť po vojenském /tj. privilegovaném/ způsobu), vyjadřoval i obyčej, který získal sílu zákona, a jenž vznikl z mravů předků.¹⁶ Mrav byl rovněž (a především) kategorií hodnotovou v rámci mravopočestnosti (morálky) - např. měli *mores* (špatné mravy) měl syn, který zavraždil svého otce, aby mohl zapravit své dluhy (známý případ SC *Macedonianum*).¹⁷ Za špatné mravy toto senátní usnesení (asi z roku 69 př. Kr.)¹⁸ označilo i to, když by potomek (např. z důvodu svých dluhů jako onen syn *Macedo*) očekával s nadějí či radostí smrt svých rodičů; z tohoto důvodu byly všechny půjčky synů pod otcovskou mocí prohlášeny za *naturální obligace* a zbaveny možnosti soudního vymáhání.

Obratem „nehodných mravů“ (*indignus moribus*) byl označen muž, kterého jediného mohla dcera odmítnout přijmout za manžela (jinak se vůli svého otce ve výběru jejího manžela protivit nesměla).¹⁹ Takový muž měl buď „nechvalně známý charakter“, nebo pokleslé mravy. V souvislosti s tímto významem slova *mos* je třeba zmínit ještě tento: bylo trestuhodné zkazit něčí mravy, ať už se jednalo o mravy osoby svobodné, nebo cizího otroka (*mores mutare, corrumpere*).²⁰

Zvláštní postavení mravů se projevovalo i v procesních předpisech: pokud byla žena žalována pro špatné mravy, musela být složena zvláštní záruka (*satisdatio*)²¹ vzhledem k neobvyklému druhu žaloby, stejně jako např. v případech, kdy byl žalován někdo, kdo zpronevěřil peníze, nebo dědic, jenž byl označen přetorem za podezřelého. Znamou záležitostí jsou srážky z věna, které si mohl strhnout (pro sebe) z věna při rozvodu muž, jehož žena dobré mravy nedodržovala.²² Koneckonců důstojnou, ctnostnou ženu vždy zdobily právě dobré mravy: *boni mores faciunt matrem familias*; jak dokládá např. tento text:

14 HEUMANN-SECKEL: *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*. 9. Aufl., Verlag von Gustav Fischer, Jena 1926, s. 352–353.

15 D 29. 1. 33. pr.

16 Just. Inst. 1. 2. 9.

17 D 14. 6. 1. pr.

18 BARTOŠEK, M.: *Encyklopedie římského práva*. Panorama, Praha 1981, s. 289.

19 D 23. 1. 12. 1.

20 D 9. 2. 23. 5. a D 24. 3. 47.

21 Gai. Inst. 4. 102.

22 Ulp. VI. 9. 12.

D 50. 16. 46. 1.

Ulpianus libro quinquagensimo nono ad edictum: „Matrem familias“ accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias aceteris feminis mores discernunt atque separant. Proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina: nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores.

Překlad:

Ulpian v 59. knize svých komentářů K ediktu: Výraz „matka rodiny“ (matrona) musíme chápat tak, že je to ta žena, která nežije nečestně: matku rodiny totiž od ostatních žen rozeznáváme podle mravů. Proto není rozhodující, zda je vdaná nebo vdova, na svobodě narozená nebo propuštěnka: ani sňatek, ani narození nedělá matku rodiny, nýbrž dobré mravy.

4 Smlouvy

Kontrakty představují vždy značnou část právních jednání. V souvislosti s tím, jak jsme výše hovořili o dobrých mravech, můžeme nazírat smlouvy právě tímto pohledem. Všimněme si nyní podrobně několika fragmentů, které hovoří o uzavírání a obsahu smluv:

D 50. 17. 116. pr.

Ulpianus libro undecimo ad edictum: Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare contra bonos mores est.

Překlad:

Ulpian v 11. knize svých komentářů K ediktu:

Nic není v takovém protikladu ke konsenzu, který tvoří základ soudního řízení ze smluv v dobré víře, jako násilí a strach: schvalovat něco takového je v rozporu s dobrými mravy.

D 4. 2. 3.

Ulpianus libro undecimo ad edictum: Pr. Continet igitur haec clausula et vim et metum, et si quis vi compulsus aliquid fecit, per hoc edictum restituitur.

Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. Ceterum si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorsit.

Překlad:

Ulpian v jedenácté knize svých komentářů K ediktu: (pr.) Toto ustanovení tedy pojednává o násilí i strachu, a jestliže je někdo psychickým nátlakem donucen něco konat, prostřednictvím pretorského ediktu dosáhne navrácení do původního stavu.

Ale silou chápeme těžké (extrémní) násilí, které se přiči dobrým mravům, ne takové, které použije k výkonu své pravomoci sám úředník; totiž on hájí to, co je právem povolené a je čestné. Pomponius píše, že i tehdy, pokud spáchá protiprávnost úředník římského lidu nebo správce provincie, bude mít tento edikt místo; jako například když někdo vymáhal peníze pod hrozbou (zastrašováním) smrti nebo bičování.

D 16. 3. 1. 7.

Ulpianus libro trigensimo ad edictum: Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.

Překlad:

Ulpian ve 30. knize svých komentářů K ediktu: Není přijatelné, aby byla nahrazena (kompenzována) škoda tomu, kdo podváděl při smlouvě; pokud bylo dohodnuto něco proti dobré víře nebo dobrým mravům, není třeba to dodržet.

Just. Inst. 3. 26. 7.:

Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut damno faciendo aut de iniuria facienda tibi mandat. Licet enim poenam istius facti

nomine praestiteris, non tamen nullam habes adversus Titium actionem.

Překlad:

Také není závazným příkaz [mandatum], který je v rozporu s dobrými mravy, například když ti Titius přikáže něco ukrást nebo poškodit věc nebo zranit. Protože i když jsi z tohoto důvodu zaplatil pokutu, nemáš proti Titiovi žádnou žalobu.

Na základě předložených textů můžeme vyvozovat ohledně ochrany dobrých mravů u smluv následující zásady: 1. Příklad se jednání některé ze stran zásadě svobodného konsensu (dnes nazývané autonomie vůle), plnění ze smlouvy není možno vymáhat. Prétorská ochrana proti použití násilí nebo vyvolání strachu k přinucení druhé strany jednat spočívala zejména v uvedení do původního stavu (*restitutio in integrum*), které vytvářelo stejnou situaci, jako by smlouva nikdy nevznikla. Rovněž možnost domáhat se plnění ze smlouvy, jejíž obsah je *adversus bonos mores*, byla nulová, protože prétorská diskreční pravomoc (*denegatio actionis*)²³ umožňovala v případech, kdy by soudní ochrana byla poskytnuta nespravedlivě, aby prétor podání žaloby nepovolil (viz „nemáš proti Titiovi žádnou žalobu“). V Ulpiánově fragmentu (D 4. 3. 2.) pak vidíme, že násilí a strach, přičítá se dobrým mravům, musely být způsobeny protiprávně, nikoli při výkonu řádné soudní, trestní či exekuční pravomoci magistráta. Ani magistrát však nebyl vyňat ze zákazu vydírat (tzv. *repetundární zločiny správců provincií*).²⁴

5 Závěrem

Nemůžeme bohužel na tomto místě prezentovat všechny fragmenty, které by si zasloužily připomenutí pro moderní dobu. Někdy teprve praxe naučí studenty správně chápat hodnotu římského práva. V této souvislosti na závěr ještě jednu poznámku: římské právo zakazovalo darování mezi manžely,²⁵ a to z toho důvodu, aby nedocházelo bezdůvodně k nadměrným převodům majetků.²⁶ Tento fakt

23 K tomu viz POLÁČEK, V. *Denegatio (k diskreční pravomoci magistrátů)*. Linhart, Ostrava 1947.

24 O tom blíže viz FRÝDEK, M. Čtyři řeči o římské společnosti – dopady zrušení Oppiova sump-tuárního zákona na repetundární zločiny u Tacita a Livia. In: *Acta Iuridica Olomouensis*, Nr. 6, vol. IV (X), Olomouc 2009.

25 Kromě případů obvyklých příležitostných darů, např. k významnému výročí, nebo k narození dítěte atp.

26 Viz např. D 24. 1. 1.–3. K tomu také FRIER-MCGINN *A casebook on Roman Family Law*. Oxford University Press 2004, s. 130 an. Vybraná témata je možno studovat rovněž zde: BLAHO-HAUSMANINGER, *Praktické případy z římského práva*. 3. vydání, Bratislava, Iura Edition 2008, nebo BUBELOVÁ-DOSTALÍK, *Praktikum z římského práva*. 2. vydání. Leges, Praha 2013.

je poměrně známý a obvykle vzbuzuje v moderních právnících dojem o anachroničnosti římského práva. Ovšem jen do okamžiku, než mají v praxi řešit zoufalou situaci muže či ženy bez domova po rozvodu. Tento člověk bez domova je sice jeden konkrétní subjekt, ale schéma se opakuje častěji, než by bylo záhodno. Vlastník domu (ať muž či žena), pojal (pojala) za manželku/manžela z hluboké náklonnosti osobu, která se do domu přistěhovala. Této (dočasné) hluboké náklonnosti, která se může někdy jevit až patologická, využila protistrana, a stěžovala si na to, že se necítí v cizím domě dobře. Vlastník domu chtěl, aby se jeho životní partner (partnerka) cítil v domě skutečně jako doma, i převedl vlastnické právo k domu na milovanou polovičku. Po roce následovalo vystrízlivění a rozvod. Původní vlastník je nyní bez střechy nad hlavou a moderní právo mu nepomůže. Ještě stále si můžeme myslet, že zákaz neobvyklých darování mezi manžely nemá reálný základ? Nebylo by vhodné využít staleté zkušenosti římských právníků o nepřiměřených majetkových převodech v manželství i v současném právu?

FALCIDIÁNSKÁ KVARTA (§ 1598 NOZ) VE VZTAHU KE SVĚŘENSKÉMU NÁSTUPNICTVÍ (§ 1512 NOZ)

FALCIDIAN PORTION (§ 1598) IN RELATION TO TRUST OF ESTATE (§ 1512) ACCORDING TO NEW CZECH CIVIL CODE

Radek Černoch¹

Abstrakt

Tento článek se zabývá vztahem § 1598 ke § 1512 NOZ (zákon č. 89/2012 Sb.). § 1598 (Falcidiánská kvarta, *quarta Falcidia*) stanoví, že dědici má zůstat alespoň čtvrtina dědictví nezatížena odkazy. § 1512 upravuje svěřenské nástupnictví, což je původem universální fideikomis (*fideicommissum hereditatis*), na které by se dle římského práva měla *quarta Falcidia* vztahovat. Svěřenské nástupnictví se však během svého vývoje posunulo směrem k dědické posloupnosti a ztrácí povahu odkazu, čemuž odpovídá i jeho systematické zařazení v rámci NOZ. V důsledku toho lze uzavřít, že na svěřenská nástupnictví nemá být Falcidiánská kvarta aplikována.

Klíčová slova

Falcidiánská kvarta (*quarta Falcidia*), NOZ (zákon č. 89/2012 Sb.), Svěřenské nástupnictví (*fideicommissum hereditatis*)

Abstract

This article deals with the relationship between § 1598 and § 1512 of the Czech Civil Code 2012. § 1598 (Falcidian Portion, *quarta Falcidia*) stipulates that the heir can retain one quarter of the estate even in case the estate is overburdened with legacies. § 1512 regulates Universal Trust (*svěřenské nástupnictví*), that originates from *fideicommissum hereditatis*, on which would be the rule of Falcidian Portion applied according to Roman law. However, Universal Trust became during its historical

1 JUDr. Bc. Radek Černoch, Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno.

development rather sort of heir appointment and loses its nature of bequest. This process is reflected by systematicness of the Czech Civil Code 2012. As a result, Falcidian Portion is not applied on Universal Trusts.

Key Words

Czech Civil Code 2012, Falcidian Portion (*quarta Falcidia*), Universal Trust (*fideicommissum hereditatis*)

1 Úvodem

Nový občanský zákoník² zásadním způsobem mění podobu českého právního řádu. Samotné označení zákoníku jako „nový“ může být na první pohled poněkud zavádějící, neboť jeho cílem zásadně není nalézat nová originální řešení, nýbrž navázat na ABGB³ a jeho nerealizovanou prvorepublikovou modifikaci,⁴ jde tedy zejména o snahu navázat kontinuitu přerušenu středním kodexem⁵ a socialistickým občanským zákoníkem,⁶ byť v NOZ nalzáme i inspiraci jinými východisky a zákoníky.⁷

Třebaže převzetí institutu z jiného zákoníku či právního řádu, at' již domácího či zahraničního, může být významným vodítkem pro porozumění textu ustanovení, je třeba k jeho interpretaci přistupovat obezřetně a vždy pečlivě zvažovat, zda lze závěry ohledně daného institutu v konkrétním případě přenést z jednoho

2 Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. (dále jen „NOZ“).

Citováno dle: *ASPI* [databáze]. Verze 2014. Wolters Kluwer, 2014.

3 Zákon č. 946/1811 Sb. z. s., obecný zákoník občanský, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ABGB“).

Citováno dle: ROUČEK, František – SEDLÁČEK, Jaromír et al. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatpatské Rusi. Díl třetí. (§ 531 až 858)*. Reprint původního vydání. Praha : CODEX Bohemia, s. r. o., 1998. 680 s.

4 *Tisk č. 844. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník* [online]. [cit. 2014-02-04]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/eknih/1935ns/ps/tisky/t0844_01.htm> (dále jen „Osnova 1937“).

5 Zákon č. 141/1950 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Střední kodex“).

6 Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“).

7 *Důvodová zpráva – konsolidovaná verze*. [online]. [cit. 2013-02-24]. s. 17. Dostupné z: <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/tiny-mce-storage/files/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>>.

normativního rámce do jiného. Tento článek se pokusí uvedený problém demonstrovat na konkrétním ustanovení NOZ, bude tedy zkoumáno, zda má být Falcidiánská kvarta⁸ zachovávána v případech svěřenského nástupnictví.⁹

2 Falcidiánská kvarta

Dle římského práva (a ostatně i dle NOZ) je dědic univerzálním sukcesorem zůstavitele, pročež vstupuje do všech zděditelných práv a povinností zůstavitele, tedy i dluhů,¹⁰ doslova následuje na jeho místo (*succedit in locum defuncti*).¹¹ V případě odkazovníka jde naproti tomu pouze o singulární sukcesi, pročež odkazovník za zůstavitelovy dluhy neodpovídá. Důsledkem toho, byla-li pozůstalost přetížena odkazy, bylo pro ustanovené dědice výhodné dědictví odmítnout, čímž došlo ke zmaření jak dědické posloupnosti, tak i odkazů.¹²

Tomu úspěšně čelila *lex Falcidia* ustanovením, dle něhož má dědici zůstat jedna čtvrtina (*quarta Falcidia*) čistého dědictví odkazy nezatížena, přičemž *legata* tuto míru převyšující se poměrně krátí. Postupem doby začala být Falcidiánská kvarta uplatňována i na další instituty sukcese *mortis causa*, z čehož nás pro účely tohoto článku zajímá především její rozšíření na *fideicommissa*,¹³ provedené *senatusconsulto Pegasiano* přibližně roku 74 n. l.¹⁴ V takových případech se pak sice u jednotlivých institutů

8 § 1598 NOZ

Každému z dědiců musí zůstat z hodnoty dědictví alespoň čtvrtina odkazy nezatížena. Zatížili-li zůstavitel dědice více, má dědic právo na poměrné zkrácení odkazu. (zvýraznění autor).

9 § 1512 odst. 1 NOZ

Zůstavitel může nařídit, že dědictví má přejít po smrti dědice nebo v určitých jiných případech na svěřenského nástupce jako následného dědice. Povolání za svěřenského nástupce se považuje i za povolání za náhradníka. (zvýraznění autor).

10 VÁŽNÝ, Jan. Pojem práva dědického a účelnost jeho dnešní struktury. *Právní obzor*, 1923, č. 6, s. 100.

K této problematice zejména ve vztahu k NOZ nejnověji HORÁK, Ondřej. *Univerzální sukcese a odpovědnost za dluhy zůstavitele*. Rekodifikace & praxe, 2014. (v tisku).

11 VÁŽNÝ, Jan. Římské právní ideje v občanském zákoníku a v osnově. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1933, roč. XVI, s. 184.

12 SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové*. Reprint pův. vyd. Praha : Wolters Kluwer ČR, 2011. s. 326.

13 BÉRIER, Franciszek Longchamps de. *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*. Warszawa : Wolters Kluwer Polska, 2011. p. 142.

14 BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*. 2. vyd. Praha : Academia, 1994. s. 247.

pro odlišení užívá specifických pojmů typu *quarta Pegasiana*, *quarta Trebellianica* či *quarta legitima*, mnohdy o nich však bývá pojednáváno zároveň,¹⁵ až se nabízí říci, že se nejedná o nic jiného nežli o *quartam Falcidiam*.¹⁶

Pokud jde o domácí právní vývoj, není Falcidiánská kvarta obsažena v ABGB ani v Osnově 1937, ve Středním kodexu je pak v poněkud upravené podobě, konečně v OZ nepřichází vzhledem ke značně okleštěné struktuře dědického práva vůbec v úvahu.¹⁷ Nic z toho tedy nemůže být vodítkem pro interpretaci § 1598 NOZ. Tím by však mohla být důvodová zpráva, která upozorňuje na římskoprávní původ zmíněného paragrafu užívajíc výslovně pojmu „*quarta Falcidia*“.¹⁸

3 Svěřenské nástupnictví

Římské *ius civile* je v oblasti práva dědického ovládáno zásadou „*Semel heres, semper heres*“, znemožňující vázat ustanovení dědice na rozvazovací podmínku či ustanovit jej jen na určitou dobu.¹⁹ Dokonce je nemožna i *institutio captatoria*, tedy ustanovení dědice pod odkládací podmínkou, že on sám naproti tomu obmyslí třetí osobu (či opět zůstavitele, což však pro tento článek není podstatné).²⁰ Zůstaviteli tak není dána možnost ovlivnit osud dědictví (*hereditas*) dále než do jeho přijetí dědicem.²¹

Naproti tomu právo praetorské poskytuje zůstaviteli, tak jako i v jiných případech, podstatně více volnosti, a to díky institutu neformálního odkazu (*fideicommissum*), skýtajícím četné výhody oproti odkazu civilnímu (*legatum*). Nebylo třeba dodržovat formality, v případě *legatorum* dosti přísné. I co do zúčastněných osob panovala velká volnost, neboť obtížen mohl být kdokoli, kdo smrtí zůstavitele něco získal, tedy nejen testamentární dědic. Na straně druhé obmyšlena mohla být i osoba bez

15 E g. ABEGG, Ioannes Christophorus. *Disputatio de tribus quartis, Legitima, Falcidia et Trebellianica*. Ingolstadii : Typis Ederianis apud Andream Angermanium, 1613. iv+18 p.

16 LINDELOF, von. Interpretation der L. 86. Titia D. ad Leg. Falcid. (35. 2). L. 24. Filium C. fam. errisc. (3. 36.) und der L. 91. In quartam D. ad Leg. Falcid. (35. 2.), oder Erörterung der Controverse: „ob die s. g. Quarta Trebellianica etwas anders ist, als die Falcidia, angewandt auf Universal-Fideicommiss“? *Archiv für die civilistische Praxis*, 1821, 4. Bd., H. 3, S. 455. Citováno dle: JSTOR [online]. [cit. 2013-08-15]. Dostupné z: <<http://www.jstor.org/stable/41003498>>.

17 ČERNOCH, Radek. Falcidiánská kvarta v Římě a domácím právním vývoji. In: Ladislav Voják, Jaromír Tauchen (Eds.). *Sborníky z doktorandského semináře katedry Dějin státu a práva Právnické fakulty MU č. 2 (2012)*. Ostrava: KEY Publishing, 2012. s. 13–21.

18 *Důvodová zpráva*. Op. cit. s. 398.

19 KINCL, Jaromír – URFUS, Valentin – SKŘEJPEK, Michal. *Římské právo*. Praha : C. H. Beck, 1995. s. 283.

20 SOMMER, Otakar. Op. cit. s. 294.

21 BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*. 2. vyd. Praha : Academia, 1994. s. 261.

testamentární způsobilosti (*sine testamenti factione*). Konečně předmětem *fideicommissi* mohla být vedle jednotlivé věci či části pozůstalosti i pozůstalost celá, pak jde o universální fideikomis (*fideicommissum hereditatis*).²² Obmyšlený se poté označuje jako fiduciář (*heres fiduciarius*).²³ Dle praetorského práva je pak fideikomisář po vydání *senatusconsulti Trebelliani* roku 62 n. l. universálním sukcesorem, je tedy na místě dědice (*loco heredis*). Blížkost universálního fideikomisu dědické instituci prozrazuje i název příslušné žaloby – *hereditatis petitio fideicommissaria*.²⁴ Glossátoři tak již považují *fideicommissum hereditatis* za obdobu dědické posloupnosti (*ius hereditarium utile*).²⁵

Dalším specifickým *fideicommissi* je možnost fideikomisární substituce (*substitutio fideicommissaria*), kterážto umožňuje naříditi substituta i pro případ, že se obmyšlený chopí předmětu *fideicommissi*, a to pro případ následné smrti obmyšleného či splnění libovolné (sc. možné a dovolené) podmínky.²⁶ U *fideicommissi* se tak neuplatňuje zásada „*Semel heres, semper heres*.“ Jelikož bylo možno kombinovat *fideicommissum hereditatis* a *substitutionem fideicommissariam*,²⁷ lze parafrázovat následovně: „*Semel heres fiduciarius semper heres non est*.“

V této podobě je institut svěřenského náhradnictví znám i ABGB,²⁸ přičemž jeho římskoprávní původ coby *fideicommissum hereditatis/universitatis*²⁹ je lépe patrný z německého (i. e. úředního) znění, užívajícího pro označení tohoto institutu adjektivum *fideikommissarische*.³⁰ V Osnově 1937 doznal text paragrafu upravujícího svěřenské nástupnictví (již nikoliv náhradnictví)³¹ změny směrem k dědické instituci

22 SOMMER, Otakar. *Op. cit.* s. 320.

23 *Ibidem*. s. 321.

24 *Ibidem*. s. 334.

25 URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého. Římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy*. Praha : C. H. Beck, 1994. s. 48.

26 KINCL, Jaromír – URFUS, Valentin – SKŘEJPEK, Michal. *Op. cit.* s. 309.

27 SOMMER, Otakar. *Op. cit.* s. 321.

28 Fideikommissarische. § 608 ABGB

Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode, oder in andern bestimmten Fällen, einem zweiten ernannten Erben überlasse. Diese Anordnung wird eine fideikommissarische Substitution genannt. Die fideikommissarische Substitution begriff stillschweigend die gemeine in sich. (zvýraznění autor).

Svěřenské. § 608 ABGB

Zůstavitel může svému dědici uložit za povinnost, aby dědictví, které přijal, přenechal po své smrti nebo v jiných určitých případech druhému ustanovenému dědici. Toto opatření nazývá se náhradnictvím svěřenským. Ve svěřenském náhradnictví obsaženo jest mlčky náhradnictví obecné. (zvýraznění autor).

29 VÁŽNÝ, Jan. *Římské právní ideje... Op. cit.* s. 184.

30 SALÁK, Pavel. *Římskoprávní vlivy v českém dědickém právu v 19. a 21. století. Právník*, 2012, roč. 151, č. 12, s. 1321.

31 *Ibidem*. s. 1322.

(a nikoliv odkazu) v tom smyslu, že namísto termínu „přenechání“ (*Überlassung*), užítoho v ABGB a vhodného pro odkazy,³² užívá Osnova 1937 termínu „přechod“,³³ což i terminologicky odpovídá ustanovení dědice. Tento terminologický posun lze vnímat i jako posun od římského občanského testamentu, stojícího na principu „*Semel heres, semper heres*“ k testamentu vojenskému, s nímž již by další přechod dědictví nebyl v rozporu.³⁴ Stejně jako Osnova 1937 užívá termínu přechod i výše uvedený § 1512 NOZ.

4 Vztah Falcidiánské kvarty a svěřenského nástupnictví v NOZ

Chceme-li zkoumat vztah dvou ustanovení (v našem případě tedy zmíněných dvou institutů), měli bychom nejprve prozkoumat, zda je tento vztah někde výslovně upraven (což není) a následně prostudovat judikaturu (dosud také žádná není). Příliš nám nemůže pomoci ani předchozí právní úprava, neboť našim dosavadním zákoníkům byl znám maximálně jeden z obou institutů (svěřenské nástupnictví ABGB a Osnově 1937, *quasi* Falcidiánská kvarta Střednímu kodexu). Můžeme tak konstatovat toliko jejich společný římskoprávní původ, jenž však prošel v případě svěřenského nástupnictví výše popsaným vývojem včetně ABGB a Osnovy 1937, což značně pozměnilo jeho obsah.

Je tedy namísto otázka, zda se chtěl zákonodárce přiblížit římskoprávnímu pojetí svěřenského nástupnictví, na něž by se *quarta Falcidia* uplatnila, či zda chtěl do NOZ vtělit svěřenské nástupnictví z Osnovy 1937, na které by *quarta Falcidia* nedopadla. Výše uvedené znění § 1512 odpovídá Osnově 1937, stejně tak se zákonodárce

32 Cf. sloveso *sinere* v termínu „*legatum sinendi modo*“, třebaže z hlediska významového jde o odlišný institut.

33 Svěřenské nástupnictví. § 456 Osnovy 1937.

Zůstavitel může naříditi, že dědictví po smrti dědice nebo v jiných určitých případech má přejíti na jinou osobu. Tímto ustanovením se zřizuje svěřenské nástupnictví. V povolání svěřenského nástupníka je obsaženo povolání náhradníka. (zvýraznění autor).

34 VÁŽNÝ, Jan. Římské právní ideje... *Op. cit.* s. 185.

pozn.: Pro pořádek je nutno uvést, že Jan Vážný se vyjadřoval, jak ostatně plyne i z datace jeho článku, ke znění Osnovy z roku 1931, což však na situaci nic nemění, neboť vyjma čísla paragrafu a stylistické změny „dědicové“ => „dědice“ se od Osnovy 1937 neliší.

Svěřenské nástupnictví. § 570 Osnovy 1931.

Zůstavitel může naříditi, že dědictví po smrti dědice nebo v jiných určitých případech má přejíti na jinou osobu. Tímto ustanovením se zřizuje svěřenské nástupnictví. V povolání svěřenského nástupníka je obsaženo povolání náhradníka. (zvýrazněno odlišností od Osnovy 1937).

Text ustanovení citován dle: ROUČEK, František – SEDLÁČEK, Jaromír et al. *Op. cit.* s. 174.

v důvodové zprávě odvolává na vývoj přes ABGB a hovoří při tom o dědici.³⁵ Tomu odpovídá i systematika NOZ, kdy je Falcidiánská kvarta (správně) zařazena do Dílu 3 mezi ustanovení o odkazech, zatímco svěřenské náhradnictví je vřazeno již do Dílu 2 mezi poručení pro případ smrti a v jejich rámci mezi obecná ustanovení o závěti. Na základě těchto zjištění je možno učinit závěr, že zde není úmysl zákonodárce vztáhnout *quartam Falcidiam* na svěřenská nástupnictví, tím spíše pak nelze hovořit o úmyslu „jasném“.³⁶

Pro úplnost si zasluží zmínku ještě institut svěřenského fondu,³⁷ jehož název prozrazuje (nejspíše oprávněně) římskoprávní kořeny. Jeho římskoprávním pravzorem by bylo *fideicommissum familiae relictum* (rodinné svěřenství neboli šlechtický fideikomis), jež bylo součástí našeho práva do roku 1924.³⁸ Pro vztah ke svěřenskému fondu dle NOZ je spíše významný anglický *trust*, jenž je římskoprávnímu institutu *fideicommissum* přinejmenším velice blízký,³⁹ přičemž tento se následně prostřednictvím Québeckého občanského zákoníku stává inspirací pro NOZ.⁴⁰ Je tak paradoxem, že zatímco je coby důvod časového omezení svěřenského nástupnictví uvedeno zamezení rodinnému svěřenství,⁴¹ vrací se v zásadě týž institut v ustanovení jiném, třebaže s jinými účinky, převzat z odlišného právního rámce.⁴² Svěřenský fond ve formě, v jaké se dostal do NOZ však ztrácí svůj výlučně dědickoprávní charakter, takže jsou jakékoliv úvahy o Falcidiánské kvartě kromě systematického zařazení tohoto institutu mimo dědické právo vyloučeny i tím, že může jít čistě o dispozici *inter vivos*, tedy aniž by zakladatel svěřenského fondu zemřel, pročez ani nelze uvažovat o dědici.

35 *Důvodová zpráva. Op. cit.* s. 376.

36 § 2 odst 2 NOZ

Zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodárce; nikdo se však nesmí dovolávat slov zákona proti jeho smyslu. (zvýraznění autor).

37 § 1448 ff. NOZ.

38 Zákon č. 179/1924 Sb. z. a n., o zrušení svěřenství.

39 BEDNARÍKOVÁ, Barbora. Svěřenské fondy. *Institut pro uchování a převody rodinného majetku*. Praha : Wolters Kluwer, 2012. s. 111 ff.

40 *Důvodová zpráva. Op. cit.* s. 352.

BEDNARÍKOVÁ, Barbora. *Op. cit.* s. 117 ff.

41 *Důvodová zpráva. Op. cit.* s. 377.

42 K tomu viz SALÁK, Pavel. K pojmu fideikomis a jeho pozici v římském právu a novověkém právu. *Právní rozhledy*, 2014, č. 12. s. 436, 437.

5 Závěr

Falcidiánská kvarta (§ 1598 NOZ) i svěřenské nástupnictví (§ 1512 NOZ) jsou instituty římskoprávního původu, přičemž od vydání *senatusconsulti Pegasiani* roku 74 n. l. se požadavek na zachování čtvrtiny pozůstalosti dědici vztahoval i na *fideicommissa*, mezi která svěřenské nástupnictví vývojově patří. Na první pohled se tedy nabízí přiklonit se k římskoprávnímu řešení i v případě NOZ a zachovávat Falcidiánskou kvartu i u institutu svěřenského nástupnictví.

Jelikož se však oba zmíněné instituty dostaly do textu NOZ jiným způsobem – u Falcidiánské kvarty lze předpokládat inspiraci „přímo“ římským právem, zatímco svěřenské nástupnictví má za sebou pozvolný vývoj včetně ABGB a Osnovy 1937 – je nutno detailněji zkoumat i tento vývoj svěřenského nástupnictví. Pak pozorujeme, že svěřenské nástupnictví se během historického vývoje stalo obdobou dědické posloupnosti, čemuž ostatně odpovídá i jeho zařazení do oddílu o závěti v systematice NOZ a nikoliv mezi odkazy. Je tedy nutno předpokládat, že zákonodárce pojal svěřenské nástupnictví tímto způsobem a nikoliv jako odkaz, protože se na ně proti prvotnímu očekávání *quarta Falcidia* neuplatní.

Prameny:

- Zákon č. 946/1811 Sb. z. s., obecný zákoník občanský, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ABGB“).
 - Fideikommissarische. (Svěřenské.) § 608 ABGB
- Zákon č. 179/1924 Sb. z. a n., o zrušení svěřenství
- Osnova československého občanského zákoníku z roku 1931 (dále jen „Osnova 1931“)
 - Svěřenské nástupnictví. § 570 Osnovy 1931
- Tisk č. 844. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník [online]. [cit. 2014-02-04]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/eknih/1935ns/ps/tisky/t0844_01.htm> (dále jen „Osnova 1937“).
 - Svěřenské nástupnictví. § 456 Osnovy 1937
- Zákon č. 141/1950 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (v textu jen „Střední kodex“).
- Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „OZ“).
- Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, (dále jen „NOZ“).

- § 2 odst 2 NOZ
- § 1448 NOZ
- § 1512 odst. 1 NOZ
- § 1598 NOZ

Literatura:

ABEGG, Ioannes Christophorus. *Disputatio de tribus quartis, Legítima, Falcidia et Trebellianica*. Ingolstadii : Typis Ederianis apud Andream Angermanium, 1613. iv+18 p.

ASPI [databáze]. Verze 2014. Wolters Kluwer, 2014.

BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*. 2. vyd. Praha : Academia, 1994. 469 s. ISBN 80-200-0243-X.

BEDNAŘÍKOVÁ, Barbora. Svěřenské fondy. *Institut pro uchování a převody rodinného majetku*. Praha : Wolters Kluwer, 2012. xii+182 s. ISBN 978-80-7357-938-8.

BÉRIER, Franciszek Longchamps de. *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*. Warszawa : Wolters Kluwer Polska, 2011. 290 p. ISBN 978-83-264-1468-8.

ČERNOCH, Radek. Falcidiánská kvarta v Římě a domácím právním vývoji. In: Ladislav Vojáček, Jaromír Tauchen (Eds.). *Sborníky z doktorandského semináře katedry Dějin státu a práva Právnické fakulty MU č. 2 (2012)*. Ostrava: KEY Publishing, 2012. s. 13–21. ISBN 978-80-7418-140-5.

Důvodová zpráva – konsolidovaná verze. [online]. [cit. 2013-02-24]. s. 17. Dostupné z: <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>>

HORÁK, Ondřej. *Univerzální sukcese a odpovědnost za dluhy zůstavitele*. Rekodifikace & praxe, 2014. (v tisku).

KINCL, Jaromír – URFUS, Valentin – SKŘEJPEK, Michal. *Římské právo*. Praha: C. H. Beck, 1995. xxii+386 s. ISBN 80-7179-031-1.

- LINDELOF, von. Interpretation der L. 86. Titia D. ad Leg. Falcid. (35. 2). L. 24. Filium C. fam. errisc. (3. 36.) und der L. 91. In quartam D. ad Leg. Falcid. (35. 2.), oder Erörterung der Controverse: „ob die s. g. Quarta Trebellianica etwas anders ist, als die Falcidia, angewandt auf Universal-Fideicommisses“? *Archiv für die civilistische Praxis*, 1821, 4. Bd., H. 3, S. 436–455. Citováno dle: JSTOR [online]. [cit. 2013-08-15]. Dostupné z: <<http://www.jstor.org/stable/41003498>>
- ROUČEK, František – SEDLÁČEK, Jaromír et al. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl třetí. (§ 531 až 858)*. Reprint původního vydání. Praha : CODEX Bohemia, s. r. o., 1998. 680 s. ISBN 80-85963-74-4.
- SALÁK, Pavel. K pojmu fideikomis a jeho pozici v římském právu a novověkém právu. *Právní rozhledy*, 2014, č. 12. s. 432–437.
- Idem. Římskoprávní vlivy v českém dědickém právu v 19. a 21. století. *Právník*, 2012, roč. 151, č. 12, s. 1313–1322. ISSN 0231-6625.
- SOMMER, Otakar. *Učebnice soukromého práva římského. Díl II. Právo majetkové*. Reprint pův. vyd. Praha : Wolters Kluwer ČR, 2011. 356 s. ISBN 978-80-7357-616-5.
- URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého. Římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy*. Praha : C. H. Beck, 1994. 135 s. ISBN 80-7949-197-8.
- VÁŽNÝ, Jan. Pojem práva dědického a účelnost jeho dnešní struktury. *Právní obzor*, 1923, č. 6, s. 97–103.
- Idem. Římské právní ideje v občanském zákoníku a v osnově. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1933, roč. XVI, s. 171–186.

VLASTNICTVÍ K NÁLEZU POKLADU V OSNOVÁCH OZ 1924–1946 VE SVĚTLE ARCHIVNÍCH PRAMENŮ

THE OWNERSHIP OF A TREASURE TROVE IN PROPOSAL CZECH CIVIL CODES 1924–1946 IN THE LIGHT OF MATERIALS FROM CZECH NATIONAL ARCHIVE

*Pavel Salák jr.*¹

Abstrakt

Text se týká právní regulace nálezu pokladu v Osnovách občanského zákoníku 1924, 1931, 1937 a 1946. Zkoumá proměny právní regulace, k nimž došlo v průběhu jednání o těchto osnovách nejen na základě důvodových zpráv, ale především na základě archivních materiálů. Ukazuje tak, že některé změny ve skutečnosti vznikly jinak, než se může na první pohled zdát z důvodových zpráv.

Typickým příkladem je poslední věta ustanovení § 375 Osnovy 1924 věta, která na první pohled připomíná ustanovení čl. 724 odst. 4. ZBG. Jak vyplývá ze zápisů z porad, bylo původně toto ustanovení autory osnovy odmítnuto jako nadbytečné, nicméně později nezávisle na švýcarském zákoníku dospěli autoři osnovy ke stejnému ustanovení zcela nezávisle. Podobně se ukazuje, že návrat nároku státu na jednu třetinu nalezeného pokladu nebyl dán důvody zajištění kontroly nad památkami, jako spíše důvody fiskálními.

Archivní materiály prozrazují složitost jednání a různost postojů jednotlivých aktérů, ať již právníků, nebo i politiků.

Klíčová slova

poklad, rekodifikační snahy, občanské právo, ZGB, archeologické nálezy

Abstract

The text is dealing with legal regulation of finding a treasure in drafts of civil code in 1924, 1931, 1937 and 1946. Based on explanatory notes and

1 JUDr. Pavel Salák jr., Ph.D., Katedra dějin státu a práva PrF MU, Brno.

especially on archival documents, it examines changes in the legal regulation that occurred during preparation of the above mentioned drafts. It reveals that some changes in the legal regulation were made in a different way than the explanatory notes suggest.

A typical example of such a change is the last sentence of § 375 in Draft 1924, which at first glance resembles Art. 724 par. 4 ZBG (Swiss Civil Code). As is apparent from the records of preparatory meetings, the provision was originally rejected as superfluous, but was later embodied by the authors independently of the ZGB. Similarly, it appears that the claim of the State to one-third of a treasure was not reasoned by state control over cultural monuments, but rather by fiscal reasons.

Archival materials show complexity of the preparatory meetings and diverse attitudes of the creators, both lawyers and politicians.

Key words

Treasure, Recodification, Civil Law, Swiss Civil Code (ZGB), Archeological Findings

1 Úvodem

Většina prací, která se zabývá problematikou právní úpravy vychází pochopitelně z právních předpisů, odborných článků, judikatur a důvodových zpráv k těmto předpisům. Posledně jmenované často také slouží k tomu, aby bylo popsáno pozadí vzniku daných právních norem či jejich ustanovení. Nicméně ani sebepodrobnější důvodová zpráva nedokáže zcela popsat skutečné pozadí vzniku jednotlivých ustanovení zákona. Bez využití dalších pramenů tak může dojít k tomu, že závěry uzavržené jen na základě výše uvedených materiálů mohou být nepřesné.

Představený text navazuje na autorův článek *Nález pokladu mezi ABGB a Osnovou OZ z r. 1937 aneb cesta tam a zase zpátky*² a hlouběji rozebírá problematiku nabytí vlastnického práva k pokladu. Cílem je ukázat k jak odlišným závěrům je možno dospět, pokud budou využity jen texty návrhů zákonů a důvodových zpráv a jiné, pokud budou tyto informace doplněny archivními materiály. K následujícímu textu posloužily především materiály uložené v Národním archivu (dále jen NA) ve fondech Ministerstvo unifikací a Ministerstvo spravedlnosti v Praze (1918-1953).

2 SALÁK, P. *Nález pokladu mezi ABGB a Osnovou OZ z r. 1937 aneb cesta tam a zase zpátky*. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2013, roč. 2013, Supplementum, s. 269-275.

2 Proces rekodifikace za první republiky

Přestože plán rekodifikace soukromého práva začal mít pevné kontury v průběhu roku 1920,³ osud těmto snahám nepřál, a tak se nepodařilo nový občanský zákoník dotáhnout dále než do zahájení zákonodárského procesu v r. 1937, kdy jednání přerušily události září 1938 a ani po válce se nepodařilo pokračování prací dotáhnout, pro změnu vlivem událostí února 1948. V rozmezí let 1924, kdy byl zveřejněn první návrh úpravy věcných práv až 1948 došlo celkem ke čtyřem verzím návrhu znění občanského zákona – a v každé z těchto verzí byla právní úprava vlastnického práva k pokladu jiná. Jednotlivé verze budou nadále označovány jako Osnova 1924,⁴ Osnova 1931,⁵ Osnova 1937⁶ a Osnova 1946.⁷

- 3 K problematice kodifikačních snah k OZ zejména KUKLÍK, J. Pokusy o přijetí československého občanského zákoníku 1918-1948. In: J. Dvořák, K. Malý a kol., *200 let Všeobecného občanského zákoníku*. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 93-104. Těž HORÁK, O. Dějiny kodifikace soukromého práva v českých zemích. In MELZER, F., TĚGL, P. (edd.). *Občanský zákoník – velký komentář. Svazek I – § 1–117 Obecná ustanovení*. Praha: Leges, 2013, s. XXVII–LVII.
- 4 Jednotlivé části této osnovy /návrhy subkomitétů/ byly vydány samostatně v letech 1922-1924 a autorovy není známo jednotné vydání v českém jazyce. Existuje však kompletní německý překlad. Číslo paragrafů v tomto textu v souvislosti s touto osnovou tedy odpovídají číslům v tomto kompletním textu. V jednotlivých návrzích subkomitétů totiž paragrafy byly nečíslovány s postranní rubrikou jakému paragrafu ABGB odpovídají. Německý překlad viz *Das bürgerliches Gesetzbuch für die Českoslovakische Republik : Übersetzung des Entwurfes der Kommission für die Revision des ABGB Herausgegeben vom Justizministerium der Českoslovakischen Republik*. Reichenberg: Gebrüder Stüpel, 1924. Jednotlivé části česky viz KRČMÁŘ, J., *Všeobecná část občanského zákoníka a právo obligací: [všeobecná část, darování, smlouva sňobací, půjčka, zápůjčka a zmocnění]: Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro ČSR*. Druhé vydání. Praha: Minist. spravedlnosti, 1924. 282, [I] s., KAFKA, B. A., *Právo rodinné: návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924. 145 s., STIEBER, M., *Věcné právo: Návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou rep.* Praha: Min. spravedlnosti, 1923. 119 s., SVOBODA, E., *Dědické právo: návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku*. 2. vyd. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924. 84 s., WEISS, E., *Obligací právo (smlouva směnná, smlouva kupní, nájem a pacht, smlouvy pracovní, společenství statků, smlouvy odvážné) a náhrada škody: návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku. Část 1, Návrh subkomitétu*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924. 77 s., 11., WEISS, E., *Obligací právo (smlouva směnná, smlouva kupní, nájem a pacht, smlouvy pracovní, společenství statků, smlouvy odvážné) a náhrada škody: návrh subkomitétu pro revisi občanského zákoníka pro Československou republiku. Část 2, Důvodová zpráva*. Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1924. s. 84-189.
- 5 Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský. Návrh superrevisní komise. Díl I. (Tekst zákona), Díl II. (Důvodová zpráva). Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1931.
- 6 *Sněmovní tisk 844. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník*. Praha: Státní tiskárna, 1937.
- 7 Osnova byla na litografických deskách. Publikována byla též ve srovnání se slovenským právem – viz LUBY, Š. Československý občanský zákoník a slovenské súkromné právo. *Průmysl obzor*. 1947-48. Publikace však byla zastavena u § 1247.

Osnova z roku 1924 byla výsledkem práce jednotlivých subkomitétů, které vznikly na sklonku roku 1920. Každý z těchto subkomitétů měl na starosti určitou oblast občanského práva, přičemž postupovat měly tak, že v zásadě bude vycházeno z ABGB, z jehož textu však mají být odstraněna ustanovení přebytečná (zejména výkladová pravidla) a rovněž zastaralá. Subkomitét pro věcná práva vedl prof. M. Steiber, nicméně právě ustanovení vlastnického práva k nálezů pokladu nám ukazuje, že se stanoveného postupu příliš nedržel. Na první pohled zachoval jeho návrh rozdělení pokladu mezi nálezce a vlastníka, avšak řeč je již nikoliv o vlastníku pozemku, ale obecně „... věci, v níž byla věc (rozuměj poklad – pozn. autor) nalezena.“⁸ Do této doby totiž předmět, který svou povahou odpovídal pokladu, ale byl nalezen ve věci movité, byl podle ustálené judikatury považován za věc skrytou, nikoliv za poklad.⁹ Mnohem zásadnější změnu však znamenal dovětek, který se týkal věcí s archeologickou či numismatickou hodnotou. V tomto případě subkomitét přirkl státu požadovací právo. Státu tak bylo umožněno, aby se v půlroční lhůtě vyjádřil, zda si nález ponechá a zbylým potenciálním vlastníkům nahradí přiměřenou hodnotu, nebo zda o nalezený poklad zájem mít nebude. Přestože právní úprava je odlišná, důvodová zpráva prozrazuje inspiraci ZGB – švýcarským občanským zákoníkem z r. 1907. Podobnost můžeme dohledat i ve faktu, že oba zákony hovoří o tom, že náhrada za nalezený poklad nesmí být vyšší, než hodnota pokladu.¹⁰

Superrevizní komise však tento návrh nepřijala, s ohledem na přílišnou složitost navržené konstrukce, takže podoba ustanovení § 312 Osnovy 1931 se vrátila k rozdělení dle ABGB (po novele r. 1846), jež odpovídá římskoprávnímu, přesněji hadriánskému (justiniánskému), pojetí. Vedle složitosti byla důvodem i skutečnost, že „věc náleží spíše do oboru zákona památkového.“¹¹ Jak již bylo řečeno, ani Osnovou 1931 práce neskončily, vedle odborných debat se rozvíjely i debaty politické, zejména v podobě připomínkového meziministerského řízení.

8 § 375 odst. 1 Osnovy 1924, přestože římské právo zde u osoby vlastníka používá termín *dominus fundi*, nebyl ani jeden z těchto výrazů chápán dogmaticky a v zásadě se patrně připouštělo, aby poklad byl i předmět skrytý ve věci movité. ZEIDLER, G., *Die Rechtsverhältnisse am Schatz*. Berlín, 1880, s. 12, 13 a 20.

9 Viz zápis z 67. schůze subkomitétu ze dne 20. prosince 1922. NA, fond Ministerstvo spravedlnosti v Praze 1918-1953, karton 303, složka 1924-1926.

10 viz ustanovení čl. 724 odst. 4 ZGB: „*Der Finder und im Falle des Schatzes auch der Eigentümer haben Anspruch auf eine angemessene Vergütung, die jedoch den Wert der Gegenstände nicht übersteigen soll.*“

11 Zákon, kterým se vydává všeobecný zákoník občanský. Návrh superrevizní komise. Díl II. (Důvodová zpráva). Praha: Ministerstvo spravedlnosti, 1931, s. 127.

Teprve roku 1937 vyústily tyto debaty ve finální podobu osnovy zákona, jež byla předána do legislativního procesu. A jak ukazuje text Osnovy 1937, u nálezů pokladu opět došlo ke změně, kdy vlastnické právo k nalezenému pokladu se dělilo dle § 170 Osnovy 1937¹² na třetiny mezi nálezce, vlastníka věci, v níž byl poklad nalezen a stát. Podobné dělení na třetiny bylo přitom známo již původnímu znění ABGB a jelikož vycházelo z předpisů doby Marie Terezie a Františka I., dosud bylo v této podobě platné i na Slovensku.¹³ Důvodová zpráva uvádí pouze, že „...po mezi-ministerské řízení by v zásadě restituován stav jaký platil podle § 399 obč. zákoníku (ABGB – pozn. autor) před dvorským dekretem ze dne 15. června 1846, č. 970...“¹⁴ A opět je zde opakováno, že celá problematika je a priori záležitostí práva památkového. Nad návrhem začaly jednat na společných schůzích subkomitety ústavní výborů poslanecké sněmovny a senátu, přičemž poslanci přišli s další řadou připomínek k zákonu a vyžadovali k těmto podnětům odborné stanovisko super-revizní komise.¹⁵ Jak již bylo řečeno, s událostmi podzimu 1938 a let následujících práce na rekonstrukci ustaly, nicméně po válce byly opět obnoveny, přičemž do Osnovy 1946 byly zapracovány změny, které přineslo řízení v ústavodárných výborech. V otázce vlastnického práva k pokladu tak opět nastala změna, neboť § 170 Osnovy 1946 přiznával státu vlastnické právo k celému pokladu s možností nálezci a vlastníkovi věci, v níž byl poklad nalezen vyplatit jejich díl, nebo na ně převést příslušný díl pokladu.¹⁶

Přestože některé informace o těchto změnách nám poskytují důvodové zprávy, teprve pohled do archivních materiálů nám ukáže, jaké je skutečné pozadí. Informace o tom, nám mohou poskytnout fondy Ministerstva spravedlnosti a Ministerstva unifikací, uložené v Národním archivu v Praze.

12 Zásadní posun v číslování byl způsoben skutečností, že poměrně rozsáhlá část návrhu zákona týkající se otázek manželského práva byla vynechána z důvodu politických rozporů, aby nebránila přijetí zákona jako celku.

13 Viz SALÁK, P. Nález pokladu mezi ABGB a Osnovou OZ z r. 1937 aneb cesta tam a zase zpátky. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2013, roč. 2013, Supplementum, s. 269-275.

14 *Sněmovní tisk 844. Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník*. Praha: Státní tiskárna, 1937, s. 267 (důvodová zpráva).

15 KUKLÍK, J. Pokusy o přijetí československého občanského zákoníku 1918-1948. In: J. Dvořák, K. Malý a kol., 200 let všeobecného občanského zákoníku. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 102-104.

16 LUBY, Štefan. Československý občanský zákoník a slovenské súkromné právo. *Právny obzor*. 1947, č. 4-5, s. 98 a 99.

3 Subkomitét pro věcná práva a nález pokladu

Pokud jde o subkomitét pro věcná práva, ten se věnoval nálezů pokladu hned dvakrát – v prvním a následně pak ve druhém čtení. V rámci druhého čtení tomu tak bylo dokonce na dvou (třech) schůzích.¹⁷ Podle archivních materiálů je patrné, že původní návrh dr. V. Kasandy¹⁸ odpovídal zadání – pořízení českého překladu ABGB při zapracování změn, které přinesl dvorský dekret č. 970 z r. 1846, případně reagoval na jeho nedostatky, tedy na otázku oznamovací povinnosti u archeologických a numismatických nálezů.¹⁹

Na 15. schůzi subkomitétu, dne 21. dubna 1921, která byla zaměřena mimo jiné na otázku nálezů pokladu, však již od začátku byla řešena právě otázka vztahu archeologických a numismatických nálezů, obecně tedy předmětů kulturně-historického významu. Inspiraci hledali členové komise v čl. 724 ZGB, který tyto nálezy přiznával do vlastnictví státu, nicméně nakonec byla zvolena jiná varianta. Komise ponechala rozdělení vlastnického práva ve stávající podobě, avšak s dodatkem, že u archeologických a numismatických nálezů má stát zaručeno šestiměsíční požadovací právo. Na první pohled jako inspirace ZGB působí poslední věta odst. 4 zmiňovaného ustanovení (viz pozn. č. 9), že nálezné nesmí přesáhnout hodnotu nalezené věci.

Bližší pohled do archivních materiálů však ukazuje něco jiného. Na již zmiňované poradě výše uvedená věta byla probírána, avšak nebyla převzata. Členové subkomitétu se shodli na tom, že *„Dodatek, že tato nábrada nesmí převyšovat cenu nalezených předmětů, jak výslovně stanoví zákon švýcarský, označuje komise za samozřejmý.“*²⁰ V druhém čtení se však otázka nálezů pokladu řešila znovu, přičemž návrhy vznesené

17 Dne 20. prosince 1922, 10. a 17. ledna 1923 (67., 68. a 69. schůze) – na poslední schůzi však již bylo pouze sumarizováno, co bylo dohodnuto a přešlo se k jiným tématům.

18 Dr. Vojtěch Kasanda (1850 Praha -1922 Praha) byl významný pražský advokát, od r. 1919 do r. 1922 byl starostou Jednoty českých právníků (první, který nebyl profesorem na právnické fakultě). Další kandidatury se vzdal pro nemoc. V rámci subkomitétu působil jako koreferent pro vlastnické právo a služebnosti, později se této funkce ze zdravotních důvodů vzdal.

19 K tomu viz návrh dr. Kasandy na znění paragrafů § 380-403 předložený subkomitétu Dr. V. Kasandou dne 28. března 1921, viz NA Praha, fond Ministerstvo spravedlnosti v Praze 1918-1953, karton 301, složka 1921.

20 Zápis z jednání subkomitétu pro věcná práva dne 21. dubna 1921, s. 2. NA, fond Ministerstvo spravedlnosti v Praze 1918-1953, karton 303, složka 1924-1926.

zejména dr. Fr. Roučkem²¹ a prof. E. Weissem²² vedly k tomu, že prof. Stieber vypracoval znění příslušných paragrafů zcela nové. V něm bylo mimo jiné uvedeno, že nálezci a vlastníku věci, v níž byl poklad nalezen,²³ náleží nálezná ve výši poloviny hodnoty nalezené věci. Toto omezení však vyvolalo obavy, aby takto omezené nálezná nevedlo k zatajování nálezů. Výsledkem debat byla pak věta, jež jako by z oka vypadla již zmiňovanému dodatku u čl. 724 ZGB.²⁴

4 Superrevizní komise a meziministerské připomínky

Koncepce požadovacího nároku státu, již navrhl prof. Stieber, byla již od počátku vystavena připomínkám, např. prof. E. Weiss hned na jednání 21. dubna upozorňoval, že tímto způsobem byl zaveden de facto nový způsob nabytí vlastnického práva „*požadáním státu*.“²⁵ Diskuse vyvolávala pak především otázka, zda nárok státu vzniká od okamžiku, kdy stát své právo uplatní, nebo zda tím státu vzniká jen obligační nárok a vlastnictví přechází tradicí. Rovněž byla řešena otázka, zda do uplatnění požadovacího práva je nálezná v dispozici z nálezem nějak omezen. Výsledkem byla upravená formulace požadovacího nároku, která oba tyto problémy řešila.²⁶

21 František Rouček (1891 Nové Strašecí – 1967 Addis Abbeba) zastupoval při kodifikačních pracích ministerstvo unifikací, vedle jednotlivých subkomitétů byl referentem slovenské komise. Následně se stal profesorem obchodního a směnečného práva na Masarykově univerzitě v Brně. Znám je zejména jako spoluautor komentáře k ABGB. Po r. 1948 emigroval do zahraničí, kde v Etoipii pomáhal se zaváděním nových kodifikací.

22 Egon Weiss (1880 Brno – 1953 Innsbruck) působil od r. 1919 na německé univerzitě v Praze jako mimořádný profesor římského a občanského práva. Pro svůj původ musel své působení na škole ukončit v r. 1938. Od r. 1946 působil na univerzitě v Innsbrucku. Vedle B. Kafky a E. Swobody, patřil E. Weiss k nejvýraznějším právníkům německého původu, kteří se podíleli na prvorepublikových kodifikačních snahách. Viz např. BOLLA, S. von, *Egon Weiß, † 1. Februar 1953*. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, Band 70 (1953), S. 518–521.

23 Právě k tomuto směřovala připomínka Dr. Roučka – ABGB totiž uznávalo poklad pouze v pozemku, pokud byla nalezen „poklad“ ve věci movité, tak se postupovalo dle ustálené judikatury podle ustanovení o věci skryté.

24 Je zajímavé, že při tomto rozhodování již není ZGB argumentováno, jako by k těmto dospěli skutečně zcela nezávisle. Zápis z 68. porady subkomitétu pro věcná práva dne 10. 1. 1923, s. 3, 4. NA, fond Ministerstvo spravedlnosti v Praze 1918-1953, karton 303, složka 1924-1926.

25 Zápis z jednání subkomitétu pro věcná práva dne 21. dubna 1921, s. 2. NA, fond Ministerstvo spravedlnosti v Praze 1918-1953, karton 303, složka 1924-1926.

26 Zápis ze 67. porady subkomitétu dne 20. prosince 1922, s. 3, 4. Těž zápis z 68. porady subkomitétu dne 10. ledna 1923, s. 3, 4. NA, fond Ministerstvo spravedlnosti v Praze 1918-1953, karton 303, složka 1924-1926. Původní znění návrhu: „*Jen věci ceny archeologické a numismatické náležejí státu, když o ně do šesti měsíců po povinné obléšce požádá.*“ Bylo nahrazeno: „*Má-li nalezená věc archeologickou*

Suprerevizní komise však toto pojetí opustila. Důvodem byla přílišná složitost uve-
dené konstrukce. Svou roli však hrál i fakt, že stále více sílilo přesvědčení, že tato
problematika patří do oblasti práva památkového, tedy by občanským zákoní-
kem neměla být řešena. V obecnosti lze říci, že jedním z hlavních problémů bylo
slovičko „*stát*.“ Jak vyplývá z komentáře dr. Srba, který ve všech jednáních supe-
rrevizní komise a následně i při jednání podvýborů zastupoval ministerstvo sprave-
dlnosti, obecně panovala obava z určitého „pragocentrismu“,²⁷ zkrátka z toho,
že by takto nalezené předměty opustily místo svého nálezu, či dokonce region.
Superrevizní komise proto prý uvažovala, jak stanovit pravidlo na rozlišení zájmu
státu a regionálních zájmů,²⁸ ale nakonec bylo rozhodnuto, že toto bude ponecháno
pro zákon památkový a občanský zákoník se omezí jen na otázku rozdělení mate-
riální hodnoty.²⁹

Ostatně ve stejné době, kdy probíhala jednání superrevizní komise a kdy byl publi-
kován výsledek jejich porad v podobě Osnovy 1931, byl publikován i návrh zákona
o památkách.³⁰ Navíc i zde, jako i na jiných místech návrhu se zdá, že superrevizní
komise si dala za cíl vrátit Osnovu 1924 co nejlíže textu ABGB.

Osnova z r. 1937 však ve svém ustanovení § 170, které upravovalo vlastnické
právo k pokladu, přináší již zmiňovanou a poněkud nečekanou změnu - tedy roz-
dělení vlastnického práva na třetiny. Tato osnova byla výsledkem meziminister-
ských porad. Přestože zde důvodová zpráva opakuje, že celá otázka patří do oboru
zákona památkového, muselo v dané době být členům komise jasné, že takovýto
předpis jen tak přijat nebude, neboť jednání o památkovém zákoně v podstatě
ustala na mrtvém bodě.³¹ Mohlo by se tedy zdát, že ministerstvo školství, do jehož

*nebo numismatickou cenu, má stát právo do šesti měsíců po ohlášce politické správě o ni žádati. Do té doby nelze
s věcí nijak nakládati.“*

27 Zápis o jednání subkomitétů ústavně-právních výborů dne 7. října 1937, s. 14/3. NA Praha, fond
Ministerstvo unifikací, Karton 157.

28 Pro srovnání příslušné ustanovení čl. 724 odst. 1 ZGB zní: „*Herrenlose Naturkörper oder Altertümer
von wissenschaftlichem Wert sind Eigentum des Kantons, in dessen Gebiet sie gefunden worden sind.*“

29 Zápis o jednání subkomitétů ústavně-právních výborů dne 7. října 1937, s. 13/1. NA Praha, fond
Ministerstvo unifikací, Karton 157.

30 *Osnova zákona o památkách*. Praha: Ministerstvo školství a národní osvěty, 1934.

31 ŠTONCNER, P. Příspěvky k dějinám památkové péče v Československé republice v letech
1918–1938. Část 4. – Snahy o vydání památkového zákona. *Zprávy památkové péče*. 2005, č. 3,
s. 249. Na druhou stranu ze zápisů z porad lze mít za to, že o tomto buď informace neměli,
nebo prostě věřili, že tomu tak nebude. Např. na meziministerské poradě dne 19. února 1935
zástupce ministerstva spravedlnosti Dr. Srb uváděl u návrhu § 311, že „*tento paragraf bude tangován
osnovaným zákonem o památkách a nebude asi nutným.*“ viz záznam meziministerské porady k osnově

pravomocí problematika ochrany kulturních památek spadala, bude mít snahu prosadit majetkové nároky státu alespoň touto cestou, neboť občanský zákoník byl rozhodně považován za předpis prioritní. Archivní materiály však dokazují pravý opak.

Ministerstvo školství, shodně jako většina zástupců ministerstev a dotčených úřadů a rovněž tak členové superrevizní komise stály na názoru, že by podíl měl být zachován v poměru hadriánském. S jiným názorem vystoupil zástupce Nejvyššího účetního a kontrolního úřadu (NÚKÚ). Dle jeho názoru měl být státu u hodnotnějších nálezů zachován nárok na jednu třetinu. Ministerstvo financí tento názor v zásadě podpořilo, jediný rozdíl mezi oběma institucemi spočíval toliko v tom, jak vysoký měl být limit pro onen hodnotnější nález (Zatímco NÚKÚ požadovalo podíl již u pokladů v hodnotě 100Kč, podle vzoru předpisů platných na Slovensku, Ministerstvo financí hranici vidělo na dvou třech tisících).³² Důvodem u obou institucí však nebyl zájem o ochranu kulturního dědictví, ale spíše fiskální zájmy státu. Naopak, obava ze zatajování nálezů byla jedním z hlavních argumentů proti postojí těchto institucí.³³ O urputnosti „boje“ svědčí i fakt, že přestože byl návrh vznesen již počátkem roku 1935, do samotného textu Osnovy 1937 se dostal až relativně těsně před její publikací, v listopadu 1936. V té době byl již finální text Osnovy dávno schválen a jen jednotlivé sporné body byly předány k řešení vládě. A i na vládní úrovni „první kolo“ stoupenci třetinového dělení prohráli.³⁴ Zarytý postoj ministerstva financí však patrně hrozil blokováním dalších jednání, a proto nakonec bylo v této otázce ustoupeno.³⁵

občanského zákoníku dne 19. 2. 1935, I. vložka k čís. 430/1935/D, s. 3. NA, fond Ministerstvo unifikací, karton 155.

32 Zázpis z XVII. meziministerské porady k osnově občanského zákoníku dne 19. 2. 1935, s. 16. NA, fond Ministerstvo unifikací, karton 155. Viz výše, ke Slovensku srovnej ROUČEK, Fr., SEDLÁČEK, J. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. 2. díl.* Praha: V. Linhart, 1935, s. 406-408, 411.

33 Zázpis z XVII. meziministerské porady k osnově občanského zákoníku dne 19. 2. 1935, s. 16. NA, fond Ministerstvo unifikací, karton 155. Bylo argumentováno mimo jiné i tím, že se ignoruje zkušenost učiněná již za Rakouska, neboť odnětí třetinového nároku státu bylo způsobeno právě častým zatajováním pokladů. K negativnímu stanovisku též zápisy z XVII. redakční schůze superrevizní komise ze dne 12. února 1936, s. 7. NA, fond Ministerstvo unifikací, karton 156.

34 Zázpis z porady konané na ministerstvu spravedlnosti dne 19. května 1936, s. 2. NA, fond Ministerstvo unifikací, karton 156. Poznámky provedené v zápise zelenou tužkou dokazují, že od návrhu nebylo ustoupeno.

35 K tomu viz dopis ministerstva spravedlnosti předsednictvu ministerské rady č. 56937/36-8 (ze 4. listopadu 1936), s. 3. NA, fond Ministerstvo unifikací, karton 156.

5 Ústavněprávní podvýbory

O co složitější bylo jednání o získání třetinového nároku státu, o to jednodušší pak bylo prosazení výhradního vlastnického práva k pokladu. Ne že by jednání ústavněprávních výborů, jehož výsledkem zmiňovaná změna byla, bylo zcela jednoduché, nicméně stačilo k tomu skutečně pouze jediné zasedání. Problematika pokladu se řešila na jednání obou ústavněprávních podvýborů dne 7. října 1937, které se věnovalo znění § 145-173 Osnovy 1937.³⁶ Jak vypovídá stenoprotokolový zápis z porady, referent Dr. Stránský, spolu např. s posl. Dr. Rašínem zastávali názor, že by neměla třetina státu patřit vůbec.³⁷ Jiný postoj zastával slovenský poslanec Dr. Pružinský, kterého však do určité míry inspiroval Dr. R. Mayr-Harting. Pružinskému zjevně imponoval fakt, že se zde osnova po vládním zásahu inspiroval slovenským (uherským) právem, protože přes častokrát opakované zohlednění slovenského práva docházelo postupně od dvacátých let spíše k jeho potlačování ve prospěch ABGB. Zároveň však uváděl jako důvod lepší právní kontrolu pokladů a v konečném důsledku i ochranu jejich nálezců, neboť velmi často docházelo k situacím, kdy nálezci byli doslova napáleni překupníky a za hodnotný poklad dostali zcela mizivé peníze.³⁸ Tento argument ochrany nálezců a zájmu státu na pokladu nakonec převážil a nově mělo být ustanovení § 170 naformulováno tak, že vlastníkem se stává u pokladu stát a nálezce a vlastník pozemku mají toliko nárok na nálezné o výši jedné třetiny pokladu, nebo jeho hodnoty. Nepomohla ani argumentace Dr. Srba, který hovořil o tom, že zkušenosti ze Slovenska spíše ukazují na zatajování pokladů a který se marně snažil prosadit proti vládnímu znění původní názor superrevizní komise.³⁹

36 Toto jednání trvalo od 9.25 hod. do 12.50 hod. Jednání předsedal poslanec Dr. Patejdl, referentem byl poslanec Dr. Stránský a koreferentem senátor Dr. Havelka. Zápis o jednání subkomitétů ústavně-právních výborů dne 7. října 1937. NA Praha, fond Ministerstvo unifikací, Karton 157.

37 Zpravodaj poslanec dr. Stránský: „*Zdá se mi, že když se monarchie vzdala toho podílu, že bo nemusí republika reklamovat.*“ Zápis o jednání subkomitétů ústavně-právních výborů dne 7. října 1937, s. 12/5. NA Praha, fond Ministerstvo unifikací, Karton 157. Podobně ve stejném dokumentu hovoří i poslanec Dr. Rašín.

38 Tím argumentoval zejména dr. Pružinský, na druhou stranu dr. Rašín oponoval, že to byla jejich chyba, že nález neoznámili, jak měli.

39 Zápis o jednání subkomitétů ústavně-právních výborů dne 7. října 1937, s. 13/1-13/6. NA Praha, fond Ministerstvo unifikací, Karton 157.

6 Závěrem

Přestože důvodové zprávy, jež doprovázely všechny prvorepublikové osnovy občanského zákoníku, lze označit za velmi obsáhlé a zpravující nás leckdy nejen o účelu daného ustanovení, ale i o jeho inspiračních zdrojích či problémech, jež jeho vznik provázely, není v jejich možnostech, aby informovaly obsírněji o okolnostech vzniku dané právní úpravy.

Zde je možno využít archivních materiálů. Přestože se na první pohled může zdát, že vše podstatné již bylo v důvodových zprávách řečeno, nemusí to být pravda. Archivní materiály nám jsou s to ukázat zda jednání byla jednoduchá či složitá, a mnohem podrobněji rozebrat argumenty, které jednotlivé názory provázely. Jsou nám s to ukázat, že osoby, které se na kodifikaci podílely, nebyly jen úzkým okruhem teoretiků odtržených od reality, jak byly často v minulosti prezentovány.⁴⁰ Naopak, často domýšleli tito právníci, a i politici, důsledky, které by běžného člověka napadnout ani nemusely. Otázka je, zda podobně důkladně postupovali i autoři pozdějších kodifikací, včetně té nejnovější.

40 Tak tomu bylo zejména v komunistické literatuře.

ŘÍŠSKÉ PRÁVO A PRÁVO AUTONOMNÍ V PROTEKTORÁTU ČECHY A MORAVA¹

REICHS LAW AND AUTONOMOUS LAW IN THE PROTECTORATE BOHEMIA AND MORAVIA

Jaromír Tauchen²

Abstrakt

Po 15. březnu 1939, tedy po vzniku Protektorátu Čechy a Morava, byly v právním řádu provedeny zásadní změny. Asi tou nejdůležitější změnou byla skutečnost, že na území Čech a Moravy platilo dvojí právo – právo protektorátní (autonomní) a právo německé (říšské). Jeho aplikace byla závislá obvykle na tom, jakou státní příslušnost měly subjekty právních vztahů. V souvislosti se zavedením právního dualismu bylo v Čechách a na Moravě zřízeno i německé soudnictví, jakož i celý německý okupační správní aparát v čele s Říšským protektorem. Německá místa po celou dobu existence Protektorátu zasahovala do autonomního práva, takže se často proklamovaná „autonomie“ postupně vytrácela. V příspěvku jsou rovněž zmíněny publikační sbírky, ve kterých byly vyhlášovány normy jak říšského, tak i autonomního práva.

Klíčová slova

Protektorát Čechy a Morava, právní řád, říšské právo, Říšský protektor, soukromé právo, veřejné právo, Třetí říše, národní socialismus, publikace právních předpisů

1 Příspěvek vychází z článku TAUCHEN, J., Právní řád a publikace právních předpisů v Protektorátu Čechy a Morava. In: *Dny práva 2012 – Days of Law 2012*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 701-716, který byl příslušným způsobem upraven a zjednodušen pro potřeby publikace ve sborníku z letní školy tak, aby jejím účastníkům poskytl základní informaci o fungování právního systému v období Protektorátu.

2 JUDr. Jaromír Tauchen, Ph.D., LL.M.Eur.Integration (Dresden), Katedra dějin státu a práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno.

Abstract

After 15 March 1939, after the establishment of the Protectorate of Bohemia and Moravia, there were made fundamental changes in the legal system. Most likely the most important change was the fact that in the Protectorate of Bohemia and Moravia dual law came into effect—Protectorate law (autonomous) and German law (imperial). Its application used to depend on nationality of the subjects of legal relations. In connection with the introduction of dual law in Bohemia and Moravia, the German courts were also established as well as the entire German occupation administrative apparatus headed by the Reich Protector.

Key words

Protectorate Bohemia and Moravia, legal order, private law, public law, Third Reich, national socialism.

1 Úvodem

Účelem tohoto příspěvku je poukázat na vliv říšského (německého) práva na právo autonomní v období nacistické okupace českých zemí (1939-1945). Říšské právo, které na území Protektorátu Čechy a Morava také částečně a za určitých dále uvedených podmínek pro protektorátní státní příslušníky platilo, však nebylo dobrovolným inspiračním zdrojem pro právo protektorátní, nýbrž daná právní úprava byla autonomní správě vnucena. Ta pak neměla jinou možnost, než vybraná ustanovení říšského práva do autonomního práva převzít.

Jak je všeobecně známo, Protektorát Čechy a Morava byl zřízen 15. března 1939 a jeho právním základem se stal Výnos Vůdce a říšského kancléře z 16. března 1939. Ten byl vyhlášen v rozhlase, otištěn v denním tisku a písemně publikován v několika sbírkách.³ Na základě tohoto výnosu náleželo území bývalé Česko-Slovenské republiky k území Velkoněmecké Říše. Nově zřízený útvar nazývaný jako „Protektorát Čechy a Morava“ požíval ochranu Říše a Hitlerův výnos naznačoval existenci

3 V německém jazyce byl otištěn v čísle 47 Říšského zákoníku (Reichsgesetzblatt I., S. 485) ze dne 16. března 1939, německy a česky v čísle 2 Sbírky nařízení pro Čechy a Moravu (Verordnungsblatt für Böhmen und Mähren, S. 7) ze dne 21. března 1939, v částce 28 Sbírky zákonů a nařízení pod č. 75 ze dne 17. března 1939; český překlad je možné nalézt také v čísle 65 Úředního listu, S. 775 ze 17. března 1939.

autonomie tohoto nově vytvořeného státního útvaru. Protektorát Čechy a Morava byl tedy prohlášen za autonomní a dle dikce výše uvedeného výnosu měl mít právo spravovat se sám, přičemž ale svá výsostná práva musel vykonávat ve shodě s politickými, vojenskými a hospodářskými potřebami Říše. Tato z německé strany často proklamovaná autonomie však zůstala pouze na papíře a nacisté ji mohli kdykoliv porušit, omezit či úplně zlikvidovat.⁴ S postupem doby také nacisté do této „autonomie“ stále více zasahovali, až ji v některých oblastech úplně odstranili.

Článek 12 výnosu Vůdce a říšského kancléře stanovil, že: „*Právo platné nyní v Čechách a na Moravě zůstává v účinnosti, pokud neodporuje smyslu převzetí ochrany Německou říší*“.

Došlo tak k recepci drtivé většiny právních norem dosud platného právního řádu z první a druhé Československé republiky, jehož velká část se zahrnovala ještě recipované rakouské právní předpisy. Zachována tak byla kontinuita mezi novým právním řádem a právním řádem zaniklé Česko-Slovenské republiky.

Podíváme-li se na právní řád platný v Protektorátu jako celek, je zde nutno rozlišit, zda se skládal z říšskoněmeckých či tzv. autonomních právních předpisů, neboť na území Protektorátu neplatilo jen právo autonomní (tedy recipované právo z Česko-Slovenské republiky a nově vydané právní předpisy autonomními orgány), nýbrž zde byla zavedena platnost i některých říšských právních předpisů.

Aplikace autonomního či říšského práva byla závislá obvykle na tom, jakou státní příslušnost měly subjekty právních vztahů. Pro protektorátní státní příslušníky bylo rozhodující recipované právo Československé republiky spolu s nově přijatými protektorátními předpisy po 15. březnu 1939. Právní předpisy, které zůstaly po 15. březnu 1939 v platnosti, bylo však nutné vykládat v nových státoprávních poměrech v duchu ideologie národněsocialistické Velkoněmecké říše.⁵ Němečtí státní příslušníci, kteří měli své bydliště v Protektorátu, zásadně podléhali německé soudní pravomoci a požívali též práv státních příslušníků Protektorátu Čechy

K tiskovým chybám a odlišnostem českého překladu Hitlerova výnosu viz HOFFMANN, J. a kol., *Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava (a býv. Česko-Slovenské republiky)*, roč. 1/1939, Praha: Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1939, s. 403-404.

4 K tomu např. Kol. autorů, *Dějiny státu a práva na území Československa v období kapitalizmu (1918–1945)*. Bratislava: Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1973, s. 450-451.

5 KRIEGER, H., Die deutsche Gerichtsbarkeit im Protektorat Böhmen und Mähren. Ausübung und Umfang. In: *Deutsches Recht, Ausgabe A*, roč. 10, Heft 42, 1940, s. 1745-1754; příklad rozdílného výkladu v období 1. ČSR a Protektorátu představuje zákon č. 50/1923 Sb., na ochranu republiky.

a Morava.⁶ Říšské právo⁷ však v Protektorátu neplatilo ani pro protektorátní příslušníky, ani pro německé státní příslušníky jako celek,⁸ neboť ani jednotné říšské právo na celém území Velkoněmecké říše neexistovalo. Bylo to důsledkem připojení některých území k Říši, jmenovitě Rakouska v březnu 1938 a Sudet v říjnu téhož roku.

Jedním z hlavních úkolů nacistů v oblasti práva po připojení Rakouska k Říši a dalších území na Východě bylo především zavedení jednotného práva jak na celém říšském území, tak i na okupovaných územích. Protože toto sjednocení práva nebylo možno provést okamžitě, probíhaly změny postupně. To se dělo dvěma způsoby: buď právní řády okupovaných zemí přímo převzaly do svých právních předpisů právní normy platné v Říši (typicky norimberské rasové předpisy), nebo se v „autonomních“ právních rádech výrazným způsobem odrazila nacistická ideologie, nacistické pojetí práva či nacistický náhled na právo.⁹ Ne jinak tomu bylo i v Protektorátu Čechy a Morava.¹⁰ Dle statistik bylo ve Sbírce zákonů a nařízení publikováno 366 právních předpisů, které se výslovně derogačními klauzulemi dotkly 380 dosavadních předpisů, přičemž 129 úplně zrušily a 251 různě pozměnily.¹¹ Ve srovnání

6 Nařízení říšského ministra vnitra o nabytí německé státní příslušnosti dřívějšími česko-slovenskými státními příslušníky německé národní příslušnosti z 20. dubna 1939 (RGBl. I., S. 815).

7 K charakteristice říšského práva blíže viz např. MANDL, V., Právní soustava Německé říše. Praha: V. Línhart, 1939; NYDL, B., Základy nacionálně-socialistické nauky právní. In: *Právník*, roč. 78/1939, sešit 1, s. 18-19; KNAPP, V., *Problém nacistické právní filosofie* (reprint). Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002; z novější literatury viz TAUCHEN, J., Prameny práva v nacistickém Německu. In: *Dny práva–2009–Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2757-2773; MERTENS, B., *Rechtsetzung im Nationalsozialismus*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

8 K tomu blíže Nařízení o použití německého práva na německé státní příslušníky v Protektorátu Čechy a Morava z 20. července 1939 (RGBl. I., S. 1309); Nařízení o německém soudnictví v Protektorátu Čechy a Morava ze 14. dubna 1939 (RGBl. I., S. 752); Nařízení o výkonu soudnictví v občanských věcech právních v Protektorátu Čechy a Morava ze 14. dubna 1939 (RGBl. I., S. 759); z literatury např. ŠTAJGR, F., Druhé nařízení o výkonu občanského soudnictví v Protektorátu. In: *Všehrd*, roč. 21, č. 6, 1940, s. 177-181.

9 K nacistické ideologii a jejím odrazu v právním řádu Protektorátu z české literatury podrobně TAUCHEN, J., Základní ideologická východiska nacistického „soukromého“ práva jako vzoru pro právo protektorátní. In: *Dny práva–2010–Days of Law*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 1720-1742; TAUCHEN, J., Nacistické „soukromé“ právo jako vzor pro právo protektorátní (analýza jednotlivých právních odvětví). In: KNOLL, V. – BERÁNEK, P., *Acta historico-iridica Pilsnensia 2011*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 262-274.

10 KRIESER, H., Die Rechtsangleichung im Protektorat. In: *Böhmen und Mähren*, 1942, s. 150.

11 Tato statistika je uvedena v SCHELLE, K., K charakteru práva v tzv. Protektorátu Čechy a Morava. In: *15. březen 1939. Sborník z vědeckého kolokvia*. Brno: Dům techniky ČSVTS Brno, 1989, s. 90.

s ostatními dějinnými epochami neměl tento státní útvar sice dlouhého trvání, avšak za šest let jeho existence bylo jak soukromé, tak i veřejné právo bezesporu nacistickou ideologií výrazně ovlivněno.

2 Říšskoněmecké právní předpisy platné v Protektorátu

Jak již bylo uvedeno výše, právní předpisy Říše neplatily pro území Protektorátu Čechy a Morava jako celek, nýbrž pouze v případě, pokud to vyplývalo z jejich obsahu nebo pokud to říšský právní předpis výslovně stanovil. V případě některých předpisů byla jejich platnost v Protektorátu zřetelná již z názvu,¹² nebo působnosti předpisu na území Protektorátu byla věnována zvláštní část; existovaly však také případy, že se platnost pro Protektorát musela dovozovat z obratu, že se právní předpis „vydává pro území Velkoněmecké říše“.¹³ Avšak často se stávalo, že nebylo přímo jasné, zda se a v jakém rozsahu říšskoněmecký právní předpis vztahuje i na území Protektorátu. Situace však byla ještě komplikovanější, než by se mohla na první pohled zdát, neboť často nebylo na první pohled jasné, zda se platnost říšskoněmeckých právních předpisů vztahovala i na Protektorát. Dobová literatura či komentáře tak v mnoha případech popisovaly obsah říšskoněmeckých právních předpisů s konstatováním na závěr, že „není jisté, zda tyto právní normy jsou platné i na území Protektorátu.“¹⁴ Často také nebylo zcela jasné, zda se tyto říšskoněmecké právní předpisy vztahují jen na německé státní příslušníky v Protektorátu, či také na obyvatele s protektorátní příslušností. Aby měla česká odborná právnícká veřejnost vůbec přehled o říšskoněmeckém právu platném v Protektorátu, objevovaly se často v odborných právníckých časopisech¹⁵ pravidelně seznamy říšskoněmeckých předpisů, jakož byly vydávány i přehledové sbírky těchto právních norem.¹⁶ Výše uvedené se však týkalo nově vydávaných říšskoněmeckých před-

12 Např. Nařízení o zákonodárné moci v Protektorátu Čechy a Morava ze 7. června 1939 (RGBL. I., S. 1039).

13 Např. Zákon o příležitostných zvláštních svátcích ze 17. dubna 1939 (RGBL. I., S. 763).

14 S tímto a podobným konstatováním se můžeme setkat především v nejdůležitější (soukromé) sbírce protektorátních právních říšských i autonomních předpisů a zároveň jejich komentáři vycházející po celou dobu trvání Protektorátu pod vedením vrchního odborného rady na ministerstvu spravedlnosti Josefa Hoffmanna pod označením „*Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava (a býj. Česko-Slovenské republiky)*“. Praha: V. Linhart, 1939–1945“.

15 Např. *Obzor národobospodářský: časopis věnovaný otázkám národobospodářským a sociálněpolitickým*. Praha: Tiskem a nákladem J. Otty.

16 Např. PUMPR, T., *Rejstřík německých právních norem vydaných v době od 15. března 1939 do 30. dubna 1940 s platností pro Čechy a Moravu a norem recipovaných*. 2. vyd. Praha: Nákladem Právníckého knihkupectví

pisů po 15. březnu 1939. Avšak často docházelo také k zavedení platnosti starších říšskoněmeckých právních předpisů i na území Protektorátu vydaných před tímto datem.¹⁷

Rozsah působnosti úředních listů (publikačních sbírek), ve kterých se zveřejňovaly předpisy Říše, byly platné i pro území Protektorátu. Říšské právní předpisy platné pro území Protektorátu a vyhlášené v úředních listech Říše, nabývaly účinnosti v den následující po vyhlášení v úředních listech Říše (pokud nebylo stanoveno nic jiného).¹⁸

Mezi říšskoněmecké úřední listy (publikační sbírky) s platností pro Protektorát náležely především říšský zákoník (*Reichsgesetzblatt*), a to jeho oba dva díly, německý právní věstník a pruský státní věstník (*Deutscher Rechtsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger*) a věstníky říšských ministerstev, z nichž nejdůležitější byl věstník říšského a pruského ministerstva vnitra (*Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Innern*). Protože tyto říšskoněmecké úřední listy vycházely samozřejmě pouze v německém znění, představovala tato skutečnost poměrně velkou překážku, neboť ne všichni příslušníci právnických povolání v Protektorátu ovládali právníkou němčinu na velmi dobré úrovni, aby byli schopni porozumět znění říšskoněmeckého právního předpisu. Říšskoněmecké úřední listy (především jejich starší vydání) také nebyly širší české právní veřejnosti běžně přístupné, takže možnost seznámit se se zněním příslušných právních norem byla značně omezená. Z tohoto důvodu byly ve Sbírce nařízení pro Čechy a Moravu a ve Věstníku nařízení říšského protektora otiskovány vybrané důležité říšské předpisy s platností pro Protektorát společně s jejich českými oficiálními překlady, i když někdy se značným časovým posunem oproti datu vydání v říšském úředním listě. České

a nakladatelství V. Linhart, 1939; VESELÝ, V., *Říšské právo v Čechách a na Moravě: soubor říšských právních norem platných v Protektorátu Čechy a Morava a souvisejících a příbuzných předpisů protektorátních*. Praha: Nákladem Právníckého knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1940–1943; KRIESER, H., *Das neue Recht in Böhmen und Mähren (1.–3. Teil)*. Prag: Volk und Reich Verlag, 1943.

17 Příkladem může být č. 2 výše citovaného Hitlerova výnosu o Protektorátu Čechy a Morava, dle kterého pro „obyvatele Protektorátu, kteří jsou příslušníky německého národa a stávají se... říšskými občany... platí tudíž také ustanovení na ochranu německé krve a německé cti“, což je recepce jednoho z norimberských zákonů; dalších „učebnicovým“ příkladem může být Nařízení o výkonu trestního soudnictví v Protektorátu Čechy a Morava z 14. dubna 1939 (RGBl. I., S. 754), které obsahovalo taxativní výčet říšských hmotněprávních i procesně právních trestních norem, které se uplatnily na německé státní příslušníky v Protektorátu Čechy a Morava.

18 Nařízení říšského ministra vnitra z 3. dubna 1939 o právních předpisech Říše pro území Protektorátu Čechy a Morava (RGBl. I., S. 704).

oficiální překlady byly otiskovány až do konce roku 1941, poté již nikoliv. V případech neexistence oficiálního překladu do českého jazyka, byly často vyhotovovány soukromé překlady a uveřejňovány v odborných právnických časopisech či v odborných publikacích.

Zvláštní úřední list pro vyhlásování říšských norem v Protektorátu byl zřízen již vyhláškou vrchního velitele německé armády z 15. března 1939.¹⁹ Jeho provolání bylo také otištěno na první straně nově zřízené Sbírký nařízení pro Čechy a Moravu (*Verordnungsblatt für Böhmen und Mähren*),²⁰ ve které se otiskovaly právní předpisy a nařízení všeobecného charakteru, které byly vyhlášeny na území postavených pod ochranu německé branné moci (tedy v Čechách a na Moravě).²¹ Sbírký nařízení pro Čechy a Moravu se považovala rovněž za říšskou publikační sbírku.²² V souvislosti s ukončením vojenské správy v Čechách a na Moravě a nástupem prvního říšského protektora Konstantina von Neuratha do úřadu došlo od šestého čísla ke změně označení této sbírky na „*Verordnungsblatt des Reichsprotektors in Böhmen und Mähren*“, tedy na „*Věstník nařízení Reichsprotektora in Böhmen und Mähren*“, jak znělo oficiální označení jeho podtitulu.²³ Od čísla 12 roku 1941 (22. březen) se podtitul změnil na „*Věstník nařízení říšského protektora v Čechách a na Moravě*“. Od roku 1942 již český podtitul používán nebyl. Co se týče formy tohoto věstníku, v letech 1939 – 1941 vycházel dvoujazyčně, tedy ve sloupci na levé straně se nacházelo oficiální německé znění a v pravém sloupci pak jeho český překlad. Od roku 1942 byl pak tento věstník vydáván pouze v němčině.

Ve Věstníku nařízení Říšského protektora byly uveřejňovány kromě osobních zpráv, nařízení, výnosů a vyhlášek Říšského protektora, rovněž říšské normy, pokud platily na území Protektorátu.²⁴

19 SVATUŠKA, L., Říšskoněmecký právní řád v Protektorátu Čechy a Morava. In: *Moderní stát. Revue pro vědy státní*, roč. XII/1939, č. 10-11, s. 230.

20 Provolání vrchního velitele německé armády k obyvatelstvu v Čechách a na Moravě z 15. března 1939 (VBl., S. 1).

21 Vyhláška o Věstníku pro Čechy a Moravu z 15. března 1939 (VBl., S. 3); v této souvislosti je možné upozornit na odlišný oficiální překlad německého označení „*Verordnungsblatt*“, kdy překlad na titulní straně částky 1–5 zněl „Sbírký nařízení“, zatímco ve výše uvedené vyhlášce se mluví o „Věstníku“.

22 Nařízení říšského ministra vnitra z 3. dubna 1939 o právních předpisech Říše pro území Protektorátu Čechy a Morava (RGBl. I., S. 704).

23 Toto přejmenování bylo zakotveno až zpětně v nařízení o právu vydávat právní předpisy v Protektorátu Čechy a Morava ze 7. června 1939 (RGBl. I., 1039).

24 SVATUŠKA, L., Říšskoněmecký právní řád v Protektorátu Čechy a Morava. In: *Moderní stát. Revue pro vědy státní*, roč. XII/1939, č. 10-11, s. 230.

V souvislosti se zřízením funkce Německého státního ministra pro Čechy a Moravu výnosem Vůdce z 20. srpna 1943 došlo k přechodu vládní agendy spočívající v zastávání říšských zájmů v Protektorátu.²⁵ Německým státním ministrem pro Čechy a Moravu se stal K. H. Frank, který vydávané právní předpisy uveřejňoval ve Věstníku nařízení Německého státního ministra pro Čechy a Moravu (*Verordnungsblatt des Deutschen Staatsministers für Böhmen und Mähren*). Věstník nařízení Říšského protektora tak byl vydáván pouze do srpna 1943.

Říšskoněmecké právní normy byly uveřejňovány rovněž v denním tisku,²⁶ veřejným vyvěšením²⁷ či pomocí vyhlášení v rozhlase,²⁸ pokud nabytí účinnosti nesneslo odkladu. Některé právní normy tak byly uveřejněny v deníku „*Der Neue Tag*“ či „*Prager Abend*“. U říšskoněmeckých právních norem se lze také v několika případech setkat s porušením zákazu retroaktivity a se zavedením zpětné účinnosti právních předpisů. Příkladem může být nařízení Říšského protektora o židovském majetku z 21. června 1939 (VBIRProt., S. 45), jehož účinnost některých ustanovení byla stanovena na 17. března 1939; později došlo ještě k posunutí zpětné účinnosti na 15. března 1939.²⁹

3 Tzv. autonomní právo a zásahy do něj

Druhou skupinou práva platného na území Protektorátu Čechy a Morava bylo tzv. právo autonomní (české). Jak již bylo uvedeno výše, jednalo se jednak o právo převzaté z období I. a II. republiky a jednak o nově vydávané právní předpisy. Dle ústavního zákona o zmocnění ke změnám ústavní listiny a ústavních zákonů republiky Česko-Slovenské a o mimořádné moci nařizovací (krátce nazývaného

25 Výnos Vůdce o „Německém státním ministru pro Čechy a Moravu“ z 20. srpna 1943 (RGBl. I., S. 527).

26 Příkladem může být Nařízení Říšského protektora o židovském majetku ze dne 21. června 1939, které nabylo účinnosti dnem jeho uveřejnění v pražském deníku „*Der Neue Tag*“, k čemuž došlo následující den. K publikaci ve Věstníku nařízení Říšského protektora došlo až 7. července 1939.

27 Vyhlášením prostřednictvím veřejného vyvěšení vstoupilo v účinnost např. Nařízení Říšského protektora proti sabotážním činům z 26. srpna 1939 (VBIRProt., S. 83).

28 Např. Nařízení říšského ministra letectví o zákazu veškeré letecké dopravy nad německým výsostným územím bylo vyhlášeno rozhlasem přes vysílač Německo (*Deutschlandsender*) dne 1. září 1939 ve 4:45 a po jeho přečtení vstoupilo v účinnost. Okamžik nabytí účinnosti byl pak uveřejněn i ve Věstníku nařízení Říšského protektora (VBIRProt., S. 104).

29 Změna (oprava) Nařízení Říšského protektora o židovském majetku byla vyhlášena 1. července 1939 v novinách „*Der Neue Tag*“ a byla zde jeho účinnost zpětně posunuta před počátek účinnosti Výnosu Vůdce o Protektorátu Čechy a Morava.

jen jako „zmocňovací zákon“) z 15. prosince 1938 č. 330/1938 Sb. byl prezident republiky zmocněn, aby na jednohlasný návrh vlády vydával dekrety s mocí ústavního zákona, pokud jimi měly být řešeny otázky, ke kterým by bylo jinak třeba ústavního zákona. Toto zmocnění prezidenta republiky pro vydávání normativních aktů ústavní povahy bylo časově omezeno na dva roky ode dne ustavení Sněmu Slovenské krajiny, tedy skončilo dne 17. ledna 1941. Vláda byla zmocněna, aby dva roky od počátku účinnosti zmocňovacího zákona činila prostřednictvím vládních nařízení všechna nutná opatření, ke kterým by bylo jinak třeba zákona. Toto přenesení zákonodárné moci na vládu bylo omezeno na dva roky od účinnosti zmocňovacího zákona, tedy do 16. prosince 1940.

V období Protektorátu rovněž náležela zákonodárná moc státnímu prezidentovi a vládě. Národní shromáždění bylo Háchou rozpuštěno dne 21. března 1939. Prezident však své možnosti vydávat dekrety s mocí ústavního zákona využil pouze jednou, a to v březnu 1940.³⁰ Výhradním autonomním zákonodárcem se tak stala protektorátní vláda vydávající vládní nařízení. Ovšem již od počátku existence Protektorátu bylo ze strany německých orgánů do této „autonomní“ normotvorby výrazným způsobem zasahováno. Již v období vojenské okupace byla normotvorná činnost spojena se systémem předběžné kontroly návrhů konkrétních právních předpisů okupačními orgány. Ještě před jejich vyhlášením byly jak protektorátní vláda, tak i zemské úřady povinny překládat své výnosy a nařízení šéfovi civilní správy ke schválení. Rovněž právní předpisy okresních úřadů podléhaly kontrole Oberlandrátů (vrchních zemských radů), které je v neodkladných případech mohly nahradit vlastním opatřením.³¹

Do autonomního práva mohl svou legislativní činností rovněž zasahovat Říšský protektor, jehož právní postavení vyplývalo z výše několikrát citovaného Výnosu Vůdce o Protektorátu Čechy a Morava, z nařízení o zákonodárné moci v Protektorátu Čechy a Morava ze 7. června 1939³² a z nařízení o vybudování správy v Protektorátu Čechy a Morava z 1. září 1939.³³ Říšský Protektor byl zmocněn k normotvorbě již čl. 5 odst. 4 Hitlerova výnosu; oprávněn tak byl nechat

30 Jednalo se o Dekret státního presidenta z 8. března 1940 č. 83/1940 Sb., o slibu členů vlády, veřejných zaměstnanců a jiných orgánů veřejné správy.

31 MARŠÁLEK, P., *Protektorát Čechy a Morava*. Praha: Karolinum, 2002, s. 91-92.

32 Nařízení o zákonodárné moci v Protektorátu Čechy a Morava ze 7. června 1939 (RGBl. I., S. 1039).

33 Nařízení o vybudování správy a Německé bezpečnosti policie v Protektorátu Čechy a Morava z 1. září 1939 (RGBl. I., 1681).

se informovat o všech opatřeních protektorátní vlády a udělit jí rady. Mohl také podat námitky proti opatřením, které by mohly poškodit Říši. Existovalo-li nebezpečí z prodlení, mohl Říšský protektor vydat vlastní nařízení ve společném zájmu a zasáhnout tak do autonomního práva. Pokud podal námitky, musely autonomní orgány upustit od vyhlášení zákonů, nařízení a jiných právních předpisů, jakož i od výkonu správních opatření a soudních rozsudků. K dalšímu upevnění zákonodárné moci Říšského protektora došlo v červnu 1939. Nařízení o zákonodárné moci v Protektorátu Čechy a Morava mu výslovně přiznalo právo, aby v případě, že to vyžadoval společný zájem, mohl měnit autonomní právo. V případě, že by hrozilo nebezpečí z prodlení, mohl vydávat právní předpisy všeho druhu. Příslušelo mu také právo vydávat policejní nařízení.³⁴ Podle čl. 12 Hitlerova výnosu zůstalo právo v Čechách a na Moravě v platnosti, pokud neodporovalo smyslu převzetí ochrany Německou říší. Říšský protektor určoval, a jaké předpisy se mělo jednat. Soudy a správní úřady autonomní správy nebyly oprávněny přezkoumat právní normy ani opatření Říšského protektora. Podřízené postavení autonomní správy oproti Říšskému protektorovi bylo zakotveno rovněž v nařízení o vybudování správy v Protektorátu Čechy a Morava, podle kterého Říšský protektor vykonával dozor nad veškerou autonomní správou v Protektorátu. Říšský protektor mohl nařídit, aby mu protektorátní úřady v určitých věcech podávaly zprávy bez vyzvání. Pokud se zákony a jiné právní předpisy vztahovaly na více než jeden obvod Oberlandrata,³⁵ musely je protektorátní úřady předložit ke schválení Říšskému protektorovi. Říšský protektor jakož i říšský vůdce SS a šéf Německé policie ve shodě s Říšským protektorem mohli v Protektorátu učinit správní opatření nutná k udržení bezpečnosti a pořádku. V srpnu 1943 došlo v souvislosti se jmenováním nového Říšského protektora k úpravě jeho postavení, úkolů a oprávnění. Zastávání říšských zájmů v Protektorátě tak přešlo na nově zřízené Německé státní ministerstvo pro Čechy a Moravu.³⁶

34 Nařízení o zákonodárné moci v Protektorátu Čechy a Morava recipovalo § 1, 7 a 8 Nařízení o policejních nařízeních říšských ministrů ze 14. listopadu 1938 (RGBl. I., S. 1582). Dle tohoto nařízení mohli příslušní říšští ministři po dohodě s ministrem vnitra v mezích své působnosti vydávat policejní nařízení pro celou Říši nebo jen pro její část. Příslušným říšským ministrem se stal i Říšský protektor v Čechách a na Moravě.

35 K činnosti Oberlandrátů v Protektorátu podrobně např. SCHELLE, K. a kol., *Dějiny české veřejné správy*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 156-162; MATES, P., *Soustava státních orgánů tzv. Protektorátu Čechy a Morava*. In: *15. březen 1939. Sborník z vědeckého kolokvia*. Brno: Dům techniky ČSVTS Brno, 1989, s. 5- 6.

36 Oběžník ministerstva vnitra ze 4. září 1943, č. B-1800-1/9-43-I/1 o nové úpravě postavení Říšského protektora v Čechách a na Moravě a o zřízení Německého státního ministerstva pro Čechy a Moravu,

Z výše uvedeného je tedy zřetelné, že autonomie protektorátní vlády byla pouze prázdným heslem, neboť legislativní činnost protektorátní vlády i protektorátních ministerstev podléhala od samého počátku existence Protektorátu Čechy a Morava přísnému dozoru ze strany Úřadu Říšského protektora. Úředníci na ministerstvech tak často pracovali pod dozorem zmocněnců Říšského protektora, jejichž příkazy museli plnit. Do režie okupantů se dostávala i autonomní normotvorba na nižší úrovni. Zatímco v prvních letech byla kontrolována z vnějšku, tak po provedení tzv. Heydrichovy správní reformy došlo k obsazování protektorátních úřadů Němci, kteří tak „zevnitř“ vykonávali přímý vliv na autonomní normotvorbu.

Jak již bylo uvedeno výše, zmocnění vlády a státního prezidenta k normotvorné činnosti bylo dle zmocňovacího zákona časově omezeno. K jeho prodloužení na neurčito však nedošlo pramenem autonomního práva, nýbrž na základě nařízení Říšského protektora z 12. prosince 1940.³⁷ To zdůraznilo, že k vydání vládního nařízení byl potřebný podpis státního prezidenta, jakož i možnost, aby sekundární právní normy (typicky vyhlášky ministerstev) změnily nebo zrušily normy primární (tedy zákony).³⁸

Na jaře 1942 došlo k výrazné změně v protektorátní normotvorbě, neboť byla zlikvidována vláda jako kolektivní orgán a její pravomoc přešla na jednotlivé ministry. Došlo tak stejně jako v Říši v této oblasti k zavedení vůdcovského principu, jehož jeden ze základních znaků byla přednost odpovědnosti jednotlivce před odpovědností kolektivní a rovněž individuální rozhodování před rozhodováním kolektivním.³⁹ Právní podklad tvořilo jednak nařízení Říšského protektora⁴⁰ a jednak i nařízení protektorátní vlády.⁴¹ Nařízení vlády nově vydával a podepisoval předseda

publikován ve Věstníku ministerstva vnitra č. 9/1943 z 15. září 1943, s. 144.

37 Nařízení říšského protektora prodlužující a pozměňující některá ustanovení ústavního zákona ze dne 15. prosince 1938 o zmocnění ke změnám ústavní listiny a ústavních zákonů republiky Česko-Slovenské a o mimořádné moci nařizovací, Sb. z. a n. čís. 330 (Ústavní zmocňovací zákon) z 12. prosince 1940 (VBIRProt., S. 604).

38 K tomu viz dobový komentář HOFFMANN, J. a kol., *Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava*, roč. 2/1940, Praha: Právnícké knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1940, s. 1862–1865.

39 K podstatě a fungování vůdcovského principu z české literatury podrobně TAUCHEN, J., Prosazení vůdcovského principu ve státním aparátu Třetí říše. In: *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 15/2007, č. 2, s. 159-164.

40 Nařízení Říšského protektora ze dne 27. února 1942 (VBIRProt., S. 42) o změně některých ustanovení ústavního zákona ze dne 15. prosince 1938, č. 330 Sb., (ústavního zákona zmocňovacího).

41 Vládní nařízení ze 4. března 1942 č. 80/1942 Sb., o správní působnosti vlády Protektorátu Čechy a Morava a o zastupování členů vlády.

vlády a ministři pověřeni jejich prováděním, což znamenalo, že k vydání vládního nařízení (primární normy) bylo třeba souhlasu předsedy vlády, rezortního ministra (případně ministrů) a státního prezidenta; k vydání vládního nařízení se tak již nevyžadoval souhlas celé vlády jako celku. Rezortní ministři pak byli oprávněni vydávat nařízení („nařízení ministrů“). Na ministry přešla i správní působnost protektorátní vlády, kterou ministr vykonával se souhlasem předsedy vlády.

K poslednímu zásahu do autonomní normotvorby došlo v souvislosti s vyhlášením totální války v létě 1944, kdy věcně příslušní ministři byli zmocněni, „aby nařizovací cestou sami činili všechna opatření, jichž je v jejich oboru zapotřebí k provedení totálního válečného nasazení a k nimž by jinak bylo třeba zákona nebo vládního nařízení“.⁴²

Hlavním publikačním instrumentem autonomní legislativy byla Sbírka zákonů a nařízení převzatá z druhé republiky.⁴³ Od částky 75 ročníku 1939 (tedy od 20. září 1939) došlo ke změně jejího názvu na Sbíрку zákonů a nařízení Protektorátu Čechy a Morava. V té se publikovaly především vládní nařízení, dekrety státního prezidenta, vyhlášky předsedy vlády, vyhlášky ministerstev a nařízení všeobecné povahy státních ústředních úřadů a orgánů, a úřadů s působností pro obvod země České nebo Moravskoslezské; často byla ve Sbírci zákonů a nařízení uveřejňován nařízení předsedy nejvyššího úřadu cenového. Do 6. srpna 1940 vycházela Sbírka pouze česky, od částky 76 ročníku 1940 byl český text doplněn i německým překladem, takže Sbírka vycházela dvoujazyčně; německý text se nacházel v levém sloupci, zatímco český v pravém. Protože až do srpna 1940 nebyl oficiálně publikován německý překlad autonomního práva uveřejňovaného ve Sbírci zákonů, bylo německé znění nejdůležitějších právních předpisů otiskováno až do konce roku 1942 v časopise *Prager Archiv für Gesetzgebung und Rechtsprechung*.⁴⁴ K dalším instrumentům, ve kterých bylo publikováno autonomní právo, náležely: Úřední list Protektorátu Čechy a Morava, Věstníky ministerstev, Zemský věstník pro Čechy a Zemský věstník pro Moravu a Slezsko. Některé z nich vycházely dvoujazyčně.

42 Vládní nařízení z 22. srpna 1944 č. 177/1944 Sb., o zmocnění ministrů a vedoucích pozemkového úřadu pro Čechy a Moravu k mimořádným opatřením k provedení totálního válečného nasazení.

43 Zřízena byla Vládním nařízením z 30. prosince 1938 č. 392/1938 Sb., o Sbírci zákonů a nařízení republiky Česko-Slovenské.

44 HUSTÝ, F., (ed.) *Prager Archiv für Gesetzgebung und Rechtsprechung*. Prag: Böhmisch-Mährische Verlags- und Druckerei-Ges.m.b.H., 1939-1942.

4 Závěrem

Základním problémem právního řádu, který platil v Protektorátu Čechy a Morava, byla jeho nepřehlednost. Na území Čech a Moravy se uplatnila celá řada říšských právních norem, které však nebyly publikovány jen v říšském zákoníku, nýbrž i v dalších říšských publikačních instrumentech, které byly v Protektorátu hůř dostupné. Mezi říšské normotvůrce s působností pro Protektorát náležel také Říšský protektor, později Německý státní ministr pro Čechy a Moravu, jehož právní předpisy vycházely ve Věstníku nařízení Říšského protektora, resp. Státního ministra pro Čechy a Moravu. Větší problém než počet říšských právních předpisů však představoval fakt, že často z jejich znění nebylo zcela jasné, zda se měly uplatnit i v Protektorátu, a zda se případně vztahovaly i na české obyvatelstvo. Na tuto skutečnost opakovaně také poukazovala dobová literatura.

Co se týče práva autonomního, tak stejně jako za druhé republiky byla zákonodárná moc přenesena na státního prezidenta a na vládu. Protektorátní vláda byla jakýmsi hybným centrem veškeré legislativy i administrativy.⁴⁵ Po provedení reformy v roce 1942 byla však protektorátní vláda zrušena jako kolektivní orgán a normotvorná činnost se přesunula na věcně příslušné ministry. Zároveň je zde zřetelný jasný vliv německých míst na autonomní legislativu a bezprostřední a stále se stupňující zásahy okupační moci na obsah autonomních právních předpisů.

45 HOFFMANN, J. a kol., *Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava*, roč. 4/1942, Praha: Právnické knihkupectví a nakladatelství V. Linhart, 1942, s. 158.

ÚSTAVA V MUSLIMSKÝCH ZEMÍCH¹

CONSTITUTION IN MUSLIM COUNTRIES

Lenka Bezoušková²

Abstrakt

Tento příspěvek se zabývá konstitucionalismem jako v podstatě evropským konceptem v muslimských zemích. Stručně pojednává o vývoji ústavních reforem a shrnuje základní sporné otázky mezi muslimskými a západními učenými se zvláštním zřetelem k roli šari'fy v ústavě.

Klíčová slova

ústava, konstitucionalismus, historie, arabské země, šari'fa

Abstract

This paper deals with the constitutionalism as an essentially European concept in the Muslim (mostly Arabic) countries. It present briefly the history of constitutional reforms and summarises principal points of controversy among Muslim and Western scholars with regard to the role of Sharia in the constitution.

Key words

Constitution, Constitutionalism, History, Arab countries, Shari'fa

1 Přenesení idejí konstitucionalistiky do muslimského světa

Počínaje 19. stoletím dochází v muslimských zemích, především v Osmanské říši, k velkým změnám, nejen v oblasti práva. Je přistoupeno mj. k reformám armády a úředníci získávají v západních zemích cenné zkušenosti. I právní systém doznává

1 Příspěvek vznikl v rámci projektu ZČU SGS-2014-060 „Právo v běhu času“, který je řešen na katedře právních dějin Fakulty právnické ZČU v Plzni.

2 JUDr. Lenka Bezoušková, Ph.D., Katedra teorie práva Fakulty právnické ZČU v Plzni a oddělení teorie práva Ústavu státu a práva AV ČR

změn v důsledku reformy (*tanzímát a islábát*), kdy jsou přijaty rozsáhlé zákoníky. Roku 1878 je přijat i „základní zákon“ (*qánún asásí*), představující první ústavu Osmanské říše. Jakkoli je toto možné považovat za přelomový okamžik v právních dějinách Osmanské říše, první ústavou byla ta tuniská, která spatřila světlo světa o čtrnáct let dříve.

Ústava jako právní předpis upravující dnes vztah mezi mocí zákonodárnou, výkonnou a soudní, nastavující limity výkonu státní moci, či dokonce formulující základní práva a svobody člověka je v muslimském světě novinkou, kterou sebou přináší kontakt se západními myšlenkami či představami o fungování státu. To však neznamená, že bychom v muslimské historii a tradici nenašli prvky, jež by mohly být vnímány jako první vyjádření úvah směřujících ke konstitucionalismu. V této souvislosti se zmiňuje tzv. medínská ústava, zachovaná ve dvou verzích v Muhammadově životopise a jiných zdrojích. Její vznik je datován do prvního roku hidžry, tedy prvního roku po emigraci Muhammada a části muslimů z Mekky do Medíny (tehdy Jathribu). Dokument představuje dohodu Muhammada s (mj. i židovskými) kmeny města ohledně válčnictví, krvavých peněz, vykoupení zajatců a válečných výdajů a vytváří se obec s Muhammadem v čele. Medínská ústava bývá prezentována jako první ústava na světě,³ ve své podstatě ale ústavou není.⁴ Tím není snížena její historický význam.

V třicátých letech 19. stol. mj. přeložil Rifá‘a Ráfí‘ al-Tahtáwí Montesquieho *Ducha zákonů* do arabštiny a ve své knize *Talchís al-ibríz fí talchís báris*,⁵ vydané roku 1834 po pětiletém pobytu ve Francii, Tahtáwí ve formě esejí popisuje svou cestu do Francie, Paříž a její historii, francouzský způsob života, ale i měnící se politické klima. Kniha obsahuje mj. i překlad francouzské ústavy z roku 1814 a analýzu některých jejich

3 Jak tvrdí mj. M. Hamidullah ve své knize *The First Written Constitution of the World*, vydané roku 1986 v Lahore. M. H. Kamali jej označuje za nejstarší ústavní dokument (viz jeho příspěvek *Constitutionalism in Islamic Countries: A Contemporary Perspective of Islamic Law*. In: *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. New York: Oxford University Press, 2012)

4 V tomto ohledu se přikláním k názoru R. Groteho a T. Rödera (viz jejich úvod v knize *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*), R. B. Serjeanta (viz jeho článek *The „Sunnah Jámi‘ah,“ Pacts with the Yathrib Jews, and the „Tahrím“ of Yathrib: Analysis and Translation of the Documents Comprised in the So-Called „Constitution of Medina“ z roku 1978 v Bulletin of the School of Oriental and African Studies*) M. Leckera (viz heslo *Constitution of Medina v The Princeton Encyclopedia of Islamic Political Thought*, vydané roku 2013 Princeton University Press) a dalších.

5 Kniha byla přeložena do francouzštiny (A. Louca), němčiny (K. Stowasser) i angličtiny (D. L. Newman).

hlavních ustanovení. Nejen v Egyptě, ale i Tunisku a Osmanské říši,⁶ se začaly objevovat snahy o hledání rovnováhy mezi mocí zákonodárnou (*sulta tašr'ija*), výkonnou (*sulta tanfid'ija*) a soudní (*sulta qud'ija*). Dělbá moci tak, jak ji známe, není to, čím by se do té doby muslimští odborníci zabývali, resp. to, co by považovali za nutné přenést do svého právního prostředí. Učenci spíše hledali ideální teorii vládnutí, uspořádání státu v rámci svého náboženství a předkládali svou koncepci v rámci klasické teorie chalífátu (blíže viz níže). To, že idea nebyla bez dalšího přenositelná, je zřejmé, stejně jako to, že se ne vždy setkala a setkává s pochopením a podporou, jak o tom bude pojednáno níže.

2 Přijímání ústav

Konstitucionalismus na Blízkém východě byl moderním fenoménem a zamýšlel omezit absolutistickou moc panovníků. Jedním z prvních dokumentů garantující práva, byť jen určité skupiny, byl *Sened-i ittifak*, ve své podstatě smlouva mezi muslimským panovníkem a vládoucí třídou v Osmanské říši. Mehmed II. se na základě této dohody zavázal garantovat vládoucí třídě její status a majetek výměnou za vyjádření loajality k němu jako vládci. K významnému posunu přispělo přijetí dekretů (na nátlak evropských mocností) v letech 1839 a 1856, které zaručovaly rovná práva muslimům a nemuslimům. Roku 1857 Bej, tuniský guvernér, vydává základní pakt, jenž obsahuje garanci základních lidských práv, včetně práva na vlastnictví a svobody náboženského vyznání. V obou případech byly dokumenty dokladem změny, kterou země procházely. O ústavy se však ještě nejednalo. Přijímání a vývoj základních ústavních dokumentů je možné dělit různým způsobem, já se přikloním k dělení Moniky Tworuschky,⁷ byť je to jen hrubý nástin fázi vývoje přijímání ústavních dokumentů v arabských zemích. Publikace je staršího data, je proto třeba jistého doplnění nejen o změny v souvislosti s arabským jarem. Tworuschka proces přijímání ústav člení do čtyř základních fází a já ji doplním o pátou. V rámci tohoto přehledu jsou doplněny i ústavy jiných, nearabských zemí, pokud jsem to považovala za nutné a účelné.

První můžeme označit za **imitační** a její počátek je spojen s vpádem Napoleona do Egypta roku 1798 a konec s podepsáním Versailleské smlouvy. Představuje

6 Egypt sice formálně byl součástí Osmanské říše, měl však značnou autonomii.

7 TWORUSCHKA, M. *Die Rolle des Islam in den arabischen Staatsverfassungen*. Walldorf-Hessen: Verlag für Orientkunde Dr. H. Vorndran, 1976, s. 18-19.

období koloniální závislosti muslimských zemí na jejich kolonizátorech. V těchto letech jsou přijaty první ústavy podle evropského vzoru (především podle belgické ústavy z roku 1831).⁸ Podle N. J. Browna počátky arabských ústav spočívají v pokusu vybudovat politický systém, jenž by byl více efektivní, fiskálně odpovědný a lépe spravovaný. Tyto ústavy měly spíše podepřít stát z vnitřku než uspokojit evropské mocnosti.⁹

Vůbec první ústavou v muslimském (arabském) světě byla tuniská ústava (*qánún ad-dawla at-túnísija*) z roku 1864 přijatá za vlády *Mubammada as-Sadúqa Beje*,¹⁰ kdy již čtyři roky před tím je právním předpisem upravena rovnost všech Tunisánů před zákonem. Na návrhu ústavy se pracovalo více než tři roky a komise studovala mj. i osmanské reformy a návrh osmanské ústavy.¹¹ Tuniská ústava zavádí dělbu moci, zákonodárné rady, což lze považovat za velký mezník v muslimském světě, kde dělba moci jako taková je cizí prvek. V důsledku finanční krize, která přerostla v nepokoje, byl život ústavy poněkud krátký (zhruba čtyři roky).

O několik let později, roku 1876 dostává svou ústavu i Osmanská říše, když Midhat Paša přesvědčí sultána ‘Abd al-Hamída II. o její nezbytnosti.¹² Ústava je přijata, občanům Osmanské říše bez ohledu na vyznání má garantovat stejný přístup k povolání, ať už v civilní sféře, nebo té vojenské. Tím je dosaženo toho, čeho chtěly evropské mocnosti při svém vměšování do vnitřních záležitostí země docílit. Sultán však vystupuje jako chalífa, který je osmanským vládcem a ochranitelem náboženství. Je svolán parlament, ale ústava vyvolává stále kontroverze mezi konzervativními kruhy, které ji označují za neislámskou.¹³ V napjaté vnitropolitické

8 GROTE, R. – RÖDER, T. J. (eds.) *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 4.

9 BROWN, N. J. *Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*. Albany: State University of New York Press, 2002, s. 16.

10 GOMBÁR, E. *Moderní dějiny islámských zemí*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 1999, s. 251.

11 BROWN, N. J. *Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*. Albany: State University of New York Press, 2002, s. 16 an.

12 SCHULZE, R. *Geschichte der islamischen Welt im 20. Jahrhundert*. München: C. H. Beck, 2002, s. 52 an.

13 Předmětem kritiky byla celá řada aspektů. Pro ‘*ulamá* (učence) bylo velmi těžké přijmout fakt, že nemuslimům bylo dovoleno zvolení do parlamentu. Pravomoc sultána a vlády byla omezena, kdy odpovědnost ministrů byla předmětem debat, stejně jako pozice velkého vezíra.

situaci je parlament po pouhém roce jeho působení rozpuštěn.¹⁴ Přestože byla osmanská ústava záhy zrušena, zanechala v historii významnou stopu a stala se vzorem pro většinu arabských ústav přijatých ve dvacátém století.¹⁵

Přijetí egyptské ústavy, resp. organického zákona (*al-qánún an-niẓámí*) z r. 1883, předcházelo roku 1829 Muhammadem Ālím svolané Poradního shromáždění, kdy roku 1866 následovalo vytvoření Poslanecké komory (*madžlis šúrá al-nuwwáb*) za vlády chedívy Ismá'íla.¹⁶ Ústava obsahovala právní úpravu dvou zastupitelských orgánů—Zákonodárnou radu (*Šúrá al-qawánín*) o 30 členech, z poloviny volených a z druhé poloviny jmenovaných, a Generální shromáždění (*al-džam'íja al-umúmiya*) čítající 82 členů (ministři, volení poslanci a členové Zákonodárné rady).¹⁷

Po jistých nezdarech v Osmanské říši a Tunisku, dochází k razantní změně v Íránu. Pod vnitropolitickým tlakem perský šáh *Mozaffaro-d-Dín* souhlasil se svoláním Parlamentu a vyhlásil ústavu (1906/7) a vzniká konstituční monarchie. Pod politicko-vojenským vlivem Britů a Rusů je však Parlament roku 1911 rozpuštěn.

Následující **adaptační** období představuje časový úsek od r. 1919 do zhruba r. 1945. Území Osmanské říše bylo rozdrobeno a vznikala mandátní území spadající pod Anglii nebo Francii. V těchto letech řada zemí přijímala ústavy. Spíše než z vlastní vůle se tak dělo z historické a existenční nutnosti. V Osmanské říši byla ještě před první světovou válkou přijata Parlamentem reforma omezující práva sultána. Po pádu sultanátu vydává Kemal Atatürk roku 1924 první republikánskou ústavu v muslimské zemi. Islám je vytlačen z veřejného života a o čtyři roky později dokonce zrušen článek ústavy označující islám za státní náboženství.

V Egyptě byla po projednání třemi orgány (ústavním výborem, kabinetem a zákonodárným poradním shromážděním) vydána nová ústava r. 1923, a to královským výnosem. V Íráku vznikl v r. 1922 ústavní výbor složený ze dvou Iráčanů a jednoho Brita s úkolem vytvořit ústavní text země. Výbor nebyl ale schopný shodnout se na jeho znění, a proto byl nahrazen jiným, jež navrhovaný text pozměnil a král

14 NAGEL, T. *Staat und Glaubensgemeinschaft im Islam: Geschichte der Politischen Ordnungsvorstellungen der Muslime*. Band II. Zürich: Artemis, 1981, s. 191 an.

15 BROWN, N. J. *Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*. Albany: State University of New York Press, 2002, s. 21.

16 WICK, L. *Islam und Verfassungsstaat: Theologische Versöhnung mit der politischen Moderne?* Würzburg: Ergon, 2009, s. 62.

17 GOMBÁR, E. *Moderní dějiny islámských zemí*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 1999, s. 327.

jej vydal svým výnosem r. 1925.¹⁸ Další ústavy byly, pod francouzským vlivem, přijaty v Libanonu (1926) a Sýrii (1930). Dokonce i Kuvajť přijímá svou ústavu, byť má jen pět článků a potkal ji stejný osud jako ústavu tuniskou a osmanskou. Důvodem pro její přijetí byla také neutěšivá vnitropolitická situace (mj. na poli financí). Do země se zvýšil příliv peněz z ropných koncesí a část obyvatelstva z řad obchodníků nebyla spokojena s jejich rozdělováním. Emír ustoupil a souhlasil roku 1938 s ústavou, na základě níž vznikl i parlament. Pro snahy příliš zasahovat do finančních záležitostí země (emíra) byl však záhy rozpuštěn.¹⁹

Třetí období, označované za fázi **identifikační** či fázi **nezávislosti**,²⁰ zahrnuje společenské změny po druhé světové válce až do začátku šedesátých let a vzrůst arabsko-islámského sebevědomí. Státy získávaly svou samostatnost a měly možnost se svobodně rozhodnout o podobě státu a své ústavě. Toto období se vyznačuje dvěma trendy, jenž se promítají i do ústav, a to nacionalismem a socialismem. Charakteristické pro tyto ústavy je silné postavení výkonné moci, kdy většinou ji můžeme označit za autokratickou vládu. Monarcha nebo prezident obvykle svolává a rozpouští parlament, jmenuje a odvolává ministry a postavení politických stran je slabé v důsledku nejrůznějších omezení a fakticky je častokrát dominantní jen jedna politická strana.

Zatímco v Libanonu došlo jen k novelizaci stávající ústavy, v Egyptě byla po r. 1952 přijata ústava nová a následovně další v r. 1956. Jordánsko r. 1947 promulguje ústavu a r. 1952 ji pozměňuje. Ústava definuje Jordánsko jako konstituční dědičnou monarchii s dvoukomorovým parlamentem. Moc se však koncentruje v ruku panovníka. Obdobné postavení má marocký král v ústavě z r. 1962, a jehož postavení se zásadním způsobem nemění ani v dalších čtyřech ústavách přijatých do roku 1996. V Iráku byla zrušena monarchie a vznikla republika, stejně jako Tunisku v r. 1956. Tunisko, stejně jako Alžírsko, v následujících letech několikrát přijímá ústavy nové.²¹ V letech 1959-2014 přijalo Tunisko celkem sedm ústav a Alžírsko

18 TWORUSCHKA, M. *Die Rolle des Islam in den arabischen Staatsverfassungen*. Walldorf-Hessen: Verlag für Orientkunde Dr. H. Vorndran, 1976, s. 23.

19 BROWN, N. J. *Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*. Albany: State University of New York Press, 2002, s. 31.

20 Označení používané Ebertem, viz: EBERT, H.-G. *Die Interdependenz von Staat, Verfassung und Islam im Nahen Osten in der Gegenwart*. Frankfurt am Main: Petr Lang, 1991, s. 99.

21 To souvisí s politickými změnami v Alžíru. Blíže viz: BROWN, N. J. *Constitutions in a Nonconstitutional World: Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government*. Albany: State University of New York Press, 2002, s. 72 an.

od roku 1965-2008 pět ústav, resp. výraznějších revizí ústav. Le Roy se domnívá, že tento překotný vývoj v zemích Maghrebu nasvědčuje tomu, že jejich vlády věřily ve svou normativní nebo politickou významnost, nebo případně v oboje zároveň.²²

Odlíšná situace je v Pákistánu, kde je roku 1956 přijata ústava a stát se stává islámskou republikou. Je to poprvé, co se takové označení státu vyskytlo. Samotné označení státu za islámský neurčuje jeho charakter. Podle ústavy ale nesměl být přijat právní předpis, jenž by byl v rozporu s Koránem nebo sunnou, což se fakticky začalo projevovat až více než dvacet let poté, kdy vznikl federální šari'atský soud s pravomocí rozhodovat o souladu zákonů s Koránem a sunnou.

Čtvrtou zmiňovanou fází je období **vnitřní konfrontace**. Suverénní státy mají možnost přijmout ústavu dle svých představ a názorový pluralismus v jednotlivých státech vede ke konfrontaci různých názorů a pohledů na obsah a způsob její úpravy. Po roce 1970 byly přijaty vůbec první ústavy v „konzervativních“ monarchiích: Katar (1970), Spojené Arabské emiráty (1971), Bahrajn (1973). Katar a Bahrajn přijaly později nové ústavy. V tomto období byly ale také vyhlášeny ústavy, jež rušily ty předchozí, ať již zmiňované Maroko či Alžírsko, nebo Jemen (severojemenská ústava z r. 1970, později nová ústava pro sjednocený Jemen z roku 1991, následně třikrát novelizovaná) či Pákistán, jenž v roce 1973 přijal svou, v pořadí již třetí ústavu, následně také několikrát novelizovanou. Jiný přístup ke konstitucionalismu byl po velmi dlouhou dobu v Saudské Arábii. Zde panovalo přesvědčení, že jedinou ústavou je Korán a sunna a pro západní, lidmi vytvořenou ústavu zde není prostor. Král po dlouhou dobu odolával tlakům na přijetí jakéhokoliv ústavního dokumentu. I on podléhá a přistupuje k jistému omezení své moci. Roku 1992 přijímá „základní zákon“ (*an-Nizám al-Asásí*). Podle ní vládnoucí moc je odvozená od Koránu a sunny, stojících výše než základní zákon a vydaná nařízení, avšak bez dalšího určení mechanismů, jak má být jejich nadřazenost zajištěna. Král a jeho rodina i nadále mají téměř neomezenou moc a vládnou za pomoci poradního orgánu (*šúra*). I ománská monarchie v čele se sultánem prochází změnami a „základní status země“ z roku 1996 je ve své podstatě ústavou.

Je to i období, kdy se začíná projevovat nespokojenost s nacionalismem, socialismem a obecně sekulárními vládami. Odpovědí je islámské hnutí usilující o obrodu

22 LE ROY, T. Constitutionalism in the Maghreb: Between French Heritage and Islamic Concepts. In: GROTE, R. – RÖDER, T. J. (eds.) *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 110.

a vytvoření islámského státu. V Íránu dochází ke změně režimu v roce 1979 a je přijata nová ústava, novelizovaná roku 1989. Írán se stává ší'itským teokratickým režimem, kde je vše podřízeno duchovním vykonávajícím vládu v době nepřítomnosti skrytého imáma. Po americké intervenci v Afghánistánu a Iráku, jež vede ke svržení sekulární diktátorské vlády Saddáma Husajna a teokratické vlády Mohammada Omara, tyto země taktéž přijímají nové ústavy roku 2004 a 2005.

Jako pátou fází bychom mohli označit období **po arabském jaru**. V řadě muslimských začala v roce 2011 vlna protestů směřovaných proti vládám arabských diktátorů, monarchů či vlivu armád. Příčinou byla i neutěšená sociální situace v řadě zemí. Protesty zasáhly Tunisko, Egypt, Maroko, Libye, Jordánsko, Saudskou Arábii, Sýrii, Bahrajn, Omán, Kuvajt či Jemen a Spojené arabské emiráty. V řadě těchto zemí jsou demonstrace potlačeny a změna režimu nebo práva (ku prospěchu občanů) nenastává, v jiných přerostly nepokoje v občanskou válku. V části zemí přichází méně či více citelné změny. Na nátlak lidu je v Maroku přistoupeno roku 2011 k nové ústavě přinášející dílčí změny. Ománský sultán přikročil v roce 2011 ke změnám ve dvoukomorovém parlamentu a dekretem mu přiznal více než poradní roli v rámci legislativního procesu. Tunisko přijímá novou ústavu roku 2014, jež je považována za nejmodernější z arabských ústav. Egypt prošel hned dvojitou většinou. Po svržení vojenského režimu v roce 2011 je zrušen třicet jedna let trvající výjimečný stav, v roce 2012 přijata nová ústava, aby byla po dalších nepokojích a převratu nahrazena ústavou novou (2013). I v Jemenu dochází v roce 2012 ke svržení prezidenta a otevírá se cesta k nové ústavě. Návrh ústavy by měl být dokončen do jara 2015, sestavení komise pověřené vypracováním nové ústavy ale vyvolává v zemi politické napětí.

3 Muslimský pohled na ústavu

Ideje konstitucionalismu nebyly muslimskému prostředí vlastní. Ať už sunnitská teorie chalífátu, nebo ší'itské teorie imamátu vycházely z odlišného konceptu, kdy středobodem je Bůh určující pravidla, podle kterých mají muslimové žít a vládnout, jenž má velmi silné postavení a vystupuje téměř jako absolutista. Rozvíjení nejrůznějších podob ideálního státního uspořádání se věnovali učenci po dlouhá staletí a není možné je na tomto místě zcela postihnout. Nelze než odkázat na příslušnou

odbornou literaturu.²³ Hledání ideální formy vlády bylo ale předmětem politické filosofie, která se čím dál častěji objevuje v debatách o formě vládnutí s islamisty. Islámské právo, resp. *fiqh*, není ale v této oblasti co do pravidel tak bohaté. M. H. Kamali dokonce považuje oblast ústavního práva (*usúl al-hukm*) za jednu z nejméně rozvinutých oblastí islámského práva.²⁴ To samozřejmě neznámá, že by nebylo o co se při hledání formy vlády opřít. Existuje celá řada principů, pomocí nichž je možné model vlády vytvořit, jako např. princip *šúra* (konzultace), *idžmá* (konsensus), *maslaha* (veřejný prospěch či blaho) či *baj'a* (přísaha věrnosti).

Vliv myšlenek konstitucionalismu, jako produktu západního myšlení, sebou přinášel i problém terminologický. Jaké slovo použít pro ústavu, aby byl patrný rozdíl mezi zákonem a ústavou? Zpravidla se z počátku překládala jako *šarta*, *nižám*, pofrancouzštělý výraz *kaúnstítúsijún* se neujal, aby se na konec prosadil v arabštině termín *dustúr* (pl. *dasátír*).²⁵ B. Lewis v tom spatřuje vědomé distancování se od islámských právních tradic²⁶ a L. Wick se k jeho názoru přiklání, když se zmiňuje o neproniknutí termínu do muslimského práva,²⁷ opíraje se o absenci hesla s podobným názvem v kuvajtské encyklopedii islámského práva (*Al-mawsú'a al-fiqhíja*).²⁸ Dodává, že by se mohlo jednat o záměrný distanc od politických institucí minulosti. Těžko říci, zda dovozovat z absence hesla rezervovaný či až odmítavý přístup k ústavě jako takové.

Pohledy na ústavu v muslimském právním prostředí se různí. Hajr al-Dín al-Túnisi²⁹ a al-Tahtáwí nepovažovali ústavu za cizorodý prvek, který by byl neslučitelný s islámem. Obecně se dá říci, že kontakty s Francií podnítlily debaty o podobě a formě vládnutí. Wick uvádí, že nikdo nezamýšlel oddělit náboženství od státu

23 Z mnoha knih je možné uvést např. BLACK, A. *The History of Islamic Political Thought: From the Prophet to the Present*. Edinburg: Edinburg University Press, 2011.

24 Constitutionalism in Islamic Countries: A Contemporary Perspective of Islamic Law. In: GROTE, R. – RÖDER, T. J. (eds.). *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 19.

25 WICK, L. *Islam und Verfassungsstaat: Theologische Versöhnung mit der politischen Moderne?* Würzburg: Ergon, 2009, s. 57.

26 LEWIS, B. *The Political Language of Islam*. Chicago: University Chicago Press, 1991, s. 114.

27 WICK, L. *Islam und Verfassungsstaat: Theologische Versöhnung mit der politischen Moderne?* Würzburg: Ergon, 2009, s. 58.

28 S vydáváním této encyklopedie bylo započato v roce 1987. Podobné encyklopedie vycházely a ještě vychází i v jiných arabských zemích. Blíže viz NEUMANN, A. *Rechtsgeschichte, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Islam: Enzyklopedien des Islamischen Rechts unter besonderer Berücksichtigung Ägyptens und der Nasser-Enzyklopädie*. Hamburg: Dr. Kovač Verlag, 2010.

29 Tuniský vysoce postavený úředník stojící v pozadí přijetí první tuniské ústavy.

à la française.³⁰ Správně ale sám upozorňuje na dílo azharského učenice ‘Alího ‘Abd al-Ráziqa *Al-islám wa usúl al-bukm* (Islám a základy vládnutí)³¹ z roku 1925. Al-Ráziq argumentuje ve prospěch odluky státu od náboženství a vyvolává tím značný rozruch, dokonce přichází o své místo vyučujícího na al-Azharu.

Od šedesátých let 20. století začínají objevovat nespokojené hlasy s ústavními modely z nejrůznějších sociálních a politických důvodů. Očekávání spojená s nacionalistickou, socialistickou a sekulární vládou nejsou naplněna a část obyvatelstva se tak stále není schopna ztotožnit s konstitucionalismem, který může vnímat jako „západní“ import, jenž selhal v praxi. Řešení pak hledá v návratu k tradicím a „původním“ hodnotám. Objevují se argumenty díly Ahmeda Ibn Tajmíji (zemř. 1328), učení Sajjida Qutba (zemř. 1966), Hasana al-Banná (zemř. 1949) či Abú al-A‘lá Mawdúdího (zemř. 1979). Pro ší‘itské prostředí je to pak jedna z nejvýraznějších osob ajatolláh Chomejní (zemř. 1989). Začíná být vyzdvihován rozpor mezi západní demokracií a *šúrá* (principem konzultace), což vede až k závěru o neslučitelnosti obou systémů.³² Učenci se sice vyjadřují k celé řadě otázek konstitucionalistiky, na některé (křiklavé) otázky však někteří neodpovídají, věnují se spíše tématu z jiného úhlu pohledu a možná i vědomě se vyhýbají tomu, co by je přivedlo na tenký led, jako např. vyslovení souhlasu se sekularizací, vnímanou někdy jako zavedení ateistické společnosti, jindy ale na ní bylo pohlíženo jako na neutrální postoj státu přistupujícího k subjektům bez ohledu na jejich náboženství,³³ či otázky lidských práv.

Wick spatřuje šest důvodů pro mlčení některých učenců: 1. Muslimským zemím chybí pozitivní zkušenost s konstitucionalismem, kterou má Západ. Převládají negativní zkušenosti, kdy se za ústavními institucemi schovávají častokrát zkorumpované struktury. 2. Rozšíření „petro-islámu“, kdy Saudská Arábie finančně podporuje šíření idejí wahhábismu a s tím spojené představy, že jedinou ústavou je Korán a sunna. Je dáváno rovnítko mezi ústavní právo a šari‘u, stále více

30 WICK, L. *Islam und Verfassungsstaat: Theologische Versöhnung mit der politischen Moderne?* Würzburg: Ergon, 2009, s. 65.

31 EBERT, H.-G. – HEFNY, A. *Der Islam und die Grundlagen der Herrschaft: Übersetzung und Kommentar des Werkes von Alí Abd ar-Ráziq*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010.

32 WICK, L. *Islam und Verfassungsstaat: Theologische Versöhnung mit der politischen Moderne?* Würzburg: Ergon, 2009, s. 73.

33 Zde se opět projevuje terminologický. Blíže viz SHERIF, A. O. The Relationship between the Constitution and the Sharí‘ah in Egypt. In: GROTE, R. – RÖDER, T. J. (eds.) *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 122 an.

se připomíná odlišné postavení *dhimmi*.³⁴ Tím je samozřejmě nabourávána představa rovnosti lidí (občanů) před zákonem a obsah garantovaných práv. Tyto postoje nejsou ostatními učenici ve větší míře odmítány. Wick zmiňuje zajímavý postřeh: dochází k pronikání práva do nejrůznějších oblastí života na úkor duchovních tradic, jakým je např. sufismus. Mnoho muslimských teologů jsou dne především právníky. 3. Neoddělování funkcí Muhammada jako Proroka a politické autority (až na velké výjimky) z obavy, aby to nebylo považováno za implicitní kritiku Muhammada, jehož zásadní role je spatřována v působení v Medíně a ne v Mekce. 4. Odlišný pohled na přirozená práva. Učenici operují s termínem *fitra*, kdy podle nich se má člověk narodit jako muslim a až vnější okolnosti z něj učiní nemuslima. Plnoprávným člověkem je jen muslim, který následuje svoji „přirozenost“. Důsledkem je nerovnost, která je z teologického hlediska tímto ospravedlněna. Přirozená práva v západním pojetí je pak těžko s tímto konceptem (podle Wicka) sloučit. 5. Na rozdíl od Bible je Korán nedotknutelným, stvořeným slovem Božím, který hraje větší roli než společenské tradice. 6. Volání Muhammada ‘Abduha po obrácení se k době vlády pravověrných chalífů a navázání na ni, se stalo motem celé řady uskupení. Centrem pozornosti se opět stává *umma*, zahrnující jen věřící, kteří se musí podřídit celku a vzdát se některých svých osobnostních práv.³⁵ Výše uvedené body podle mého názoru celkem přehledně informují o hlavních problémech, třecích plochách a citlivých otázkách, jež v debatách (ne)bývají pokládány.

34 V islámském právu jsou nemuslimové, kteří jsou pod smluvní ochranou muslimské autority, považováni za *dhimmi*. Za ochranu platí zletilý muslim zvláštní daň, tzv. *džizja* a daň z nemovitosti, resp. z pozemku (*charádž*). Druhá daň postupem času přestala být v muslimských zemích vybírána. *Dhimmi* byli v nerovném postavení s muslimy a vztahovaly se na ně nejrůznější restrikce, typicky co do odlišení v oblékání, nesměli šířit či propagovat svou víru (veřejně), v praktikování své víry nebyli omezováni. Míra restrikcí byla v různých dobách na nejrůznějších místech odlišná. V moderní době je z hlediska práva koncept *dhimmi* téměř bezvýznamný, objevují se většinou jen relikty. S příchodem národních států napříč muslimskými zeměmi pozbývá rozlišování mezi muslimy a *dhimmi* významu. *Dhimmi* se stávají občany s až na výjimky stejnými právy jako muslimové, připomeňme si změny v právu již v Osmanské říši či Tunisku, které tento koncept prolomily již v 19. století. Znovuzavedení odlišného postavení *dhimmi* by ve své podstatě znamenalo narušení postavení nemuslimů ve vztahu ke státu a nepřiznání plného statusu občana jejich země. To je jeden z důvodů, proč i Wick výslovně zmiňuje šíření idejí o vztazích mezi muslimy a nemuslimy podle klasického islámského práva.

35 WICK, L. *Islam und Verfassungsstaat: Theologische Versöhnung mit der politischen Moderne?* Würzburg: Ergon, 2009, s. 171-177.

Tendence inkorporovat šari'cu do státního zřízení se pak v některých zemích projeví i v ústavách a právu obecně. Libye roku 1972 zavádí šari'cu,³⁶ Súdán o rok později přijímá ústavu, kdy vyzdvihuje islám jako státní náboženství. Írán se po revoluci v roce 1979 přemění v teokratický stát. Většina muslimských zemí se ale neuchyluje k provedení extrémních pozic k islámu do ústav. Muslimové představují většinu obyvatel v celkem čtyřiceti šesti zemích a jen deset z nich se označuje za islámské státy (ve svých ústavách).³⁷ Označení státu ale není určujícím indikátorem míry vlivu islámu a potažmo islámského práva na ústavní pořádek. Tím je článek ústavy o roli šari'cy v oblasti zákonodárství, který nalezneme v celé řadě ústav, ať už je režim monarchií, republikou či autoritářským režimem. Typicky je stanoveno, že šari'ca je jedním ze zdrojů nebo dokonce hlavním zdrojem zákonodárství. Ve dvacátém a dvacátém prvním století má velká část muslimských zemí článek o roli šari'cy ve státě, v té či oné podobě. Reálný dopad takového článku je závislý na mnoha faktorech, především na zvláštní institucionální a procedurálních úpravě jeho implementace, především na pravomoci ústavních soudů (ne)rozhodovat o souladu právních předpisů s šari'cou. V zemích Maghribu není výslovně vyžadován soulad právních předpisů s šari'cou, jak je tomu v jiných arabských zemích, nebo Íránu a Pákistánu. Tím není vyloučeno, že některé zákony budou vycházet z islámského práva. Velmi dlouho byly postačující až symbolické zmínky o islámu s šari'ce. Až se vzrůstajícím podporou a vlivem proislámských hnutí sílí volání po větším vlivu náboženství a islámského práva. V mnoha případech je (v poslední době) taková klausule výsledkem dlouhého vyjednávání mezi politickými aktéry a často i kompromisem mezi těmi, kdo by chtěli, aby vláda byla zcela založena na islámských pravidlech a těmi, kdo naopak chtějí sekulární režim.

Postavení a vztah šari'cy k světskému zákonodárství je (i nadále) předmětem neutuchajících debat a reálný dopad tohoto článku může být v oblasti práva personálního statusu (rodinné a dědické právo) a obecně v oblasti práv ženy, práv muslimů a nemuslimů. Dále i v trestním právu, mj. při přístupu k odpadlictví od islámu. Nic to nemění na tom, že článek o implementaci šari'cy vytváří právní paradox a jak Sherif výstižně uvádí: „ Na jedné straně se ústava sama prezentuje jako základní zákon státu a skutečná vůle suverénního lidu; pročez se stává zákonem

36 SCHULZE, R. *Geschichte der islamischen Welt im 20. Jahrhundert*. München: C. H. BECK, 2003, s. 243.

37 Pákistán, Saudská Arábie, Írán, Afghánistán, Bahrajn, Brunej, Jemen, Omán, Maledivy a Mauretánie.

umožňujícím [přijímání – doplněno autorkou] jiných zákonů. Na druhou stranu, odkaz na islámskou šari‘u implikuje (a někdy explicitně uvádí), že existuje vyšší právo nebo právo mající přednost.³⁸

Zdá se, že muslimové ve svých zemích stále hledají optimální řešení pro skloubení konstitucionalismu s islámem a svými tradicemi, na míře vlivu šari‘y na vnitrostátní právo nepanuje napříč společnostmi, natož napříč zeměmi shoda, stejně jako ne vždy je dáván lidským právům stejný obsah, resp. jejich ochrana může narážet na limity dané islámským právem. V tomto ohledu je v muslimských zemích ještě řada otázek nevyřešena.

38 SHERIF, A. O. The Relationship between the Constitution and the Shari‘ah in Egypt. In: GROTE, R. – RÖDER, T. J. (eds.) *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 125-126.

**Další přednášky, které zazněly na letní škole,
vychází z již publikovaných textů:**

- DOSTALÍK, P. Opuštění zásady *mala fides superveniens non nocet* jako příklad vlivu kanonického práva na ABGB. In *Melior est adquisitio scientiae negotiatione argenti : pocta Prof. Ignácovi Antonínovi Hrdinovi, O. Praem. k šedesátým narozeninám*. Praha: Královská kanonie premonstrátů na Strahově, 2013. s. 51-59.
- HORÁK, O. Historické zdroje úpravy nabytí od nevlastníka. Kapitolka z dějin právního myšlení. In BUBELOVÁ, K. (ed.). *150 let Všeobecného obchodního zákoníku*. Olomouc: Univerzita Palackého, 2012, s. 23–30.
- HORÁK, O. *Ratio scripta?* K přirozenoprávním vlivům v ABGB. In ŠIDLOVSKÝ, Gejza, VALEŠ, Václav, POLESNÝ, Jan (edd.): *Melior est adquisitio scientiae negotiatione argenti: pocta Prof. Ignácovi Antonínovi Hrdinovi, O. Praem. k šedesátým narozeninám*. Praha: Královská kanonie premonstrátů na Strahově, 2013, s. 61–69.
- KNOLL, V., DOSTALÍK, P. Krádež a vliv římského práva v českém městském právu. In *Delicta privata a crimina publica v rímskom práve*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010. s. 32-55.

PRÁVO A JEHO INSPIRAČNÍ ZDROJE V PROMĚNÁCH VĚKŮ
Sborník příspěvků z Letní školy Katedry dějin státu a práva PrF MU

JUDr. Pavel Salák jr., Ph.D. (ed.)

Vydala Masarykova univerzita roku 2014
Spisy Právnické fakulty MU, řada teoretická, sv. č. 480

Ediční rada: J. Kotásek (předseda), J. Bejček, V. Kratochvíl,
N. Rozehnalová, P. Mrkývka, J. Hurdík, R. Polčák, J. Šabata

Tisk: Point CZ s.r.o., Milady Horákové 890/20, 602 00 Brno
1. vydání, 2014

ISBN 978-80-210-7038-7

