

KRIZE SOUDOBÉHO PRÁVA V HISTORICKÝCH SOUVISLOSTECH

Jan Malíř*

Abstrakt: Článek srovnává problémy soudobého práva na Západě, které je kritizováno pro úpadek právní jistoty i důvěry společnosti v právo, s problémy práva ve společnostech v italských státech mezi vrcholným středověkem a raným novověkem. Toto srovnání ukazuje, že řada problémů nacházených v soudobých právních řádech včetně nejistoty způsobené právním pluralismem nebo pluralitou pramenů práva, nestability práva, proliferační právních předpisů a rozpory mezi nimi nebo pomalého a formalistického soudnictví, které může podléhat i korupčním tlakům a včetně nátlaku lobbistických skupin se na Západě zjevně opakuje, což svádí k závěru, že jde o antropologické konstanty spojené s vládnutím prostřednictvím práva v západním pojetí. To, zdá se, platí i o reformách práva, po kterých se opakovaně volá a které se provádějí, aniž by byly schopny přinést definitivní řešení.

Klíčová slova: krize práva, Itálie, vrcholný středověk, raný novověk, legislativa, soudnictví, společnost

ÚVOD

Zamýšlíme-li se nad rolí práva ve společnosti, neboli položíme-li si klíčovou otázku, která se otevírá před právní vědou v jakékoli době, nelze přehlédnout, že stále větší část společnosti v dnešním západním světě je přesvědčena, že právo přestává plnit funkce, které se od něj očekávají. Stav práva pak považuje za natolik vážný, že se v této souvislosti stále častěji mluví o krizi práva a důvěry v právo. S tím přímo koresponduje i to, že reforma právního řádu je vnímána jako tak naléhavý obecný cíl, že závazek k jejímu provádění figuruje ve více či méně akcentované formě v programu většiny politických stran a hnutí, které to se svými politickými ambicemi myslí alespoň trochu vážně.¹

Soudobé právo je nemalou – a spíše stále rostoucí – částí společnosti, jejíž koherenci má přitom právo udržovat, považováno v první řadě za složité, nepřehledné a nepřístupné. Předně, právo podle všeobecné představy rozkošatělo do objemu, kdy přesnější představa o tom, co jeho normy stanoví a jaké důsledky z nich plynou pro společenské vztahy, nemají už ani právní profesionálové, natož aby ji mohli mít „laičtí“ příslušníci společnosti. Jejich důvěra v právo je tím *a priori* zpochybněna. Co je ještě horší, vztahy mezi trvale vzrůstajícím počtem právních norem nejsou dostatečně zřetelné a mezi právními normami vznikají rozpory, takže stav skutečné právní jistoty a s tím i jistoty ve společenských vztazích už není zdaleka samozřejmý. Tuto situaci jen dále prohlubuje skutečnost, že v čase globalizace a hlubokých, byť dosud převážně latentních společenských proměn,² netvoří právní řád zdaleka jen normy přijímané státem na centrální úrovni,

* JUDr. Jan Malíř, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122. E-mail: jan.malir@ilaw.cas.cz.

¹ Zůstaneme-li v soudobé ČR, body týkající se reformy právního řádu a/nebo soudního systému figurují příkladem v politickém programu ČSSD, hnutí ANO nebo strany Svobodných; pro všechny strany a hnutí je přitom charakteristický akcent na zjednodušení právního systému tak, aby to vedlo zejména ke snížení administrativní zátěže, ale také ke zrychlení soudnictví.

² V čase psaní tohoto článku ještě nebylo zřejmé, že v létě 2015 propukne masivní uprchlická krize, která má potenciál zásadně změnit stávající evropský *status quo*; v době úpravy tohoto článku pro tisk tak již mnohé změny, k nimž v okolním světě dochází, nejsou zdaleka jen latentní.

ale v důsledku takových jevů, jakými je decentralizace či akcent na autoregulaci na straně jedné, a existence mezinárodního práva nebo regionálního práva na straně druhé, na regulaci společenských vztahů aspirují i další normy. Spolu s tím se soudobé právo vlastně mění v soustavu vrstev, jejichž přesný poměr není často zřejmý. Právo je kromě toho pro laickou společnost a leckdy také pro právní profesionály stále nesrozumitelnější, kvalita právních norem je namnoze vnímána jako pokleslá a jde-li o stabilitu právní úpravy, právní normy míjejí jako noční stíny, a to tím více, pokud se týkají významných společenských otázek. Ke zlepšení obrazu práva zásadně nepřispívá ani soudnictví, na které se sice pozornost společnosti zaměřuje více než dříve, ale které je nejčastěji hodnoceno jako pomalé, formalistické a nákladné. Tento obraz zásadně nemění ani existence ústavního soudnictví. V něm sice někteří vidí důležitý korektiv nejkřiklavějších deformací soudobého právního řádu, jejichž existenci jsou ústavní soudci skutečně mnohdy s to výslovně přiznat a reagovat na ně,³ jiní ale budou ústavní soudnictví považovat za programově aktivistické a politické bez potřebné legitimacy. Podobně pak budou vnímány i další právní instituce a profese, z nichž v českém prostředí stačí za všechny připomenout třeba soukromé exekutory.

Jak ukazují závěry nezanedbatelné části soudobé právní nauky, kritický pohled na právo a jeho podobu, kterou soudobá laická společnost má, není neodůvodněný a nauka je schopna poskytnout řadu „tvrdých“ údajů, které často intuitivní dojmy společnosti podporují.⁴ Abychom však nebudili dojem, že krize práva je jen záležitostí společností ve střední a východní Evropě, které se po politických a společenských otřesech 20. století v pohyblivém světě dneška snaží jen nesnadno založit nové právní tradice a nastolit stabilní právo a právní instituce, můžeme poukázat třeba na případ francouzského práva. Jde sice o právo nejstaršího státu, který v dnešní Evropě kontinuálně existuje a v němž se prostřednictvím práva vládne nejméně od 13. stol., ve své současné podobě má ale k ideálům mnohdy velmi daleko. Zaměříme-li se na psané právo, trpí francouzský právní řád tím, co francouzská nauka výstižně nazývá „hypernormativitou“,⁵ tedy kvantitativním nárůstem objemu právních předpisů při současném poklesu kvality v nich obsažených právních norem. Tento pokles kvality ale neplyne jen z úpadku používaných legislativních technik, nýbrž souvisí významně i s tím, co francouzská nauka označuje jako tendence k „paranormativitě“. Tou se rozumí přijímání ustanovení, která nemají dostatečně normativní obsah a dostatečně přesnou působnost a jsou tedy stále více deklaratorní.⁶ Pokles kvality právní regulace je dále a podstatně dán i trvalým tlakem na provádění změn právní úpravy, jejichž důsledkem je významný pokles stability psaného práva.⁷ Na situaci se ale podepisuje i nárůst technicity právní úpravy,⁸ a také delegace pravomocí

³ V případech ČR srov. např. nálezy Pl. ÚS 77/2006 ze dne 15. února 2007 nebo Pl. ÚS 27/09 ze dne 10. září 2009.

⁴ Jde-li o českou situaci, lze poukázat třeba na přehledy o vývoji české legislativy z pera F. Nováka, které pravidelně vycházejí na stránkách tohoto časopisu.

⁵ ROLAND, H. *La santé du droit. Vers un pronostic vital. Mélanges en l'honneur de Marie-France Callu*. Paris, 2013, s. 57–87, zvl. s. 65–74. K r. 2008 tvořilo podle něj francouzské psané právo na 64 kodexů, 10 500 zákonů, a 130 000 dekretů, Úřední list Francouzské republiky pak v r. 2011 čítal na 23 136 stran; jak H. Roland upozorňuje, problémem není ani tak nárůst počtu jako nárůst délky jednotlivých právních předpisů.

⁶ ROLAND, H., op. cit., s. 60–65.

⁷ Jak uvádí H. Roland, podle studií se ve Francii ročně mění průměrně 10 % zákonů kodexového typu, za 10 let pak okolo 55–80 % celkového počtu ustanovení takového kodexového zákona, viz ROLAND, H., op. cit., s. 70.

⁸ ROLAND, H., op. cit., s. 69–70.

k přijímání normativních ustanovení na výkonnou moc, jakož i nadměrné využívání zjednodušených legislativních postupů.⁹ Potíže se ale ve Francii nevyhýbají ani soudní moci. Kromě toho, že je soudnictví ve Francii považováno za dlouhodobě podfinancované, zdůrazňuje se, že dochází k jeho dezinstytucionalizaci s tím, jak se spravedlnost v soudnické společnosti dneška mění ve spotřební zboží, jak se ve jménu zefektivnění řízení a snižování nákladů oslabuje váha soudnictví, jak v soudnictví ustupuje princip kolegiality, jak v civilní i trestní rovině ustupuje veřejnoprávní rozměr soudnictví a jsou akcentovány alternativní způsoby řešení sporů opírající se o soukromou spravedlnost, aniž by se však strukturální problémy klasického soudnictví včetně délky řízení dařilo odstranit.¹⁰ Na složitost francouzského práva mají ovšem vliv i další faktory, z nichž jsou často zmiňovány dopady mezinárodních a unijních závazků, jejichž počet se rovněž trvale rozšiřuje a které se stále častěji dostávají do interakce s vnitrostátními normami.¹¹

Problémy, na které upozorňuje francouzská nauka, však zdaleka nejsou jen výlučně francouzské. Podobný obraz bychom podle všeho získali i v případě, že bychom analyzovali situaci v dalších zemích západního světa.¹² S klidem bychom také pozorování francouzské nauky mohli přenést i na regionální a mezinárodní úroveň, protože třeba i právo Evropské unie – jehož jádro dnes tvoří nějakých 9000 legislativních aktů,¹³ přes 10 000 rozsudků Soudního dvora EU¹⁴ a také 1100 mezinárodních dohod¹⁵ – čelí dlouhodobě téměř potížím, které byly zmíněny pro francouzskou situaci.

Necháme-li stranou zásadní problém, že v situaci slábnoucí důvěry v (jednotné, státem tvořené nebo aprobované) právo se celé části společnosti, jak na to upozorňují právní sociologové a antropologové, nezřídka uchylují ke kvaziprávním normativním systémům,¹⁶ v laické společnosti, ale i napříč právními profesemi citelně sílí nostalgie po starých časech, kdy bývalo, pokud jde o stav práva a jeho roli ve společnosti, o tolik lépe. Kdo z nás se někdy nesetkal se vzpomínáním na časy, kdy práva bylo právě tolik, aby si je osvojili nejen příslušníci právních profesí, ale i laici? Kdo neslyšel mluvit o starých legislativcích, jejichž nadhled a kvality zajišťovaly, že v právní úpravě nebudou nikdy vznikat rozpory ani mezery? Kdo nezažil vyprávět o tom, jak pozoruhodnou stálostí se právo v oněch minulých časech vyznačovalo? A kdo neslyšel vyprávět o soudcích, kteří s bezmála šalamounskou moudrostí dokázali o sporech rozhodovat nejen rychle, ale také jednoznačně, a to v souhře s advokáty, kteří při obhajobě zájmů svých klientů nikdy neopouštěli hodnotu spravedlnosti? Mnohdy tak vzniká dojem, jako by se tyto časy, které už bohužel minuly, vyznačovaly všemi atributy legendárního zlatého věku.

⁹ Ibidem, s. 74–87.

¹⁰ Viz ROLAND, H., op. cit., s. 57–58 a tam citovanou bibliografii.

¹¹ ROLAND, H., op. cit., s. 67.

¹² Srov. např. britskou situaci, jak ji popisuje zpráva *When Laws Become Too Complex. A review into the causes of complex legislation*, kterou v r. 2013 vypracoval Office of the Parliamentary Counsel při britském Úřadu vlády. Dostupné z: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/187015/GoodLaw_report_8April_AP.pdf>.

¹³ K tomuto číslu se ještě před Lisabonem přihlásila sama Evropská komise, viz sdělení „Evropa přinášející výsledky – uplatňování práva Společenství“, COM (2007) 502 ze dne 5. září 2007; od té doby se příliš nezměnilo, viz akty vztahující se k pokračujícímu procesu *Better Regulation* a iniciativě REFIT, dostupné z: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm>.

¹⁴ ALTER, K. *The New Terrain of International Law. Courts, Politics, Rights*. Princeton – Oxford, 2014, s. 105.

¹⁵ Viz: <<http://ec.europa.eu/world/agreements/default.home.do>>.

¹⁶ Srov. POSPÍŠIL, L. J. *Etnologie práva: teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha, 1997, s. 58–65.

Avšak je taková nostalgie skutečně na místě? Opravdu někdy na Západě existovala období, která, jde-li o stav práv a jeho roli ve společnosti, si zaslouží epiteton zlatého věku? A opravdu je krize práva jevem, který je způsoben výlučně problémy našeho času a naší společnosti, tedy problémy éry „tekuté modernity“, jak o ní výstižně hovoří Z. Bauman a v níž přestává existovat jasný hodnotový žebříček i jasné a obecně sdílené představy o tom, kam vlastně chceme směřovat a jakou společností chceme být kromě toho, že se shodujeme na tom, že chceme zůstat společností spotřeby a trvalého hospodářského růstu za jakoukoli cenu?

Problémy práva, které se dnes projevují v právních řádech velké části států západního světa včetně právního řádu českého, je za těchto okolností vhodné konfrontovat s analýzou situace práva v historických společnostech na Západě. Z mnoha různých možností, které se v tomto ohledu nabízejí, se jako zvláště relevantní jeví analýza situace práva v Itálii mezi vrcholným středověkem a raným novověkem, rámcově tedy mezi 12.–16. stoletím. Ať se to totiž komu líbí či nikoli, společnosti staré Itálie sehrály v západoevropském kontextu průkopnickou roli při formování konceptu vládnutí prostřednictvím práva a právo se tu dříve než jinde stalo nástrojem regulace společnosti a vztahů uvnitř ní.¹⁷ Italská společnost se tak dříve než většina jiných společností na Západě stala novou společností práva, „*iuris societas*“, abychom parafrázovali jednoho z velkých italských právních historiků.¹⁸ Spolu s tím ale byla Itálie dříve než jiné evropské společnosti také konfrontována s jistými problémy, které vládnutí prostřednictvím práva přineslo a které přinejmenším v některých ohledech nápadně připomínají naši současnost.

1. ITÁLIE VRCHOLNÉHO STŘEDOVĚKU A OBJEV PRÁVA

Podle klasického podání stojí na počátku cesty k usměrňování italských společností prostřednictvím práva, respektive k vládnutí prostřednictvím práva, náhoda, která vedla k znovuobjevení Justinianova kodexu (dále jen „Kodex“) a zejména úplného textu Digest. Podle jedné verze to byli vojáci z Pisy, na které při tažení v jihoitalském městě Amalfi v 1. polovině 11. století vypadl úplný Kodex z jakési zřícené zdi.¹⁹ Podle jiné verze stojí za znovuobjevením Kodexu až legendami opředený mistr Irnerius z Bologni (zemřel okolo roku 1130), tedy muž, od něhož vede kontinuální linie k dnešní západní právní vědě. Ten měl na části Kodexu narazit, když hledal vhodné latinské texty pro přednášky z latinské gramatiky, a napadlo jej pospojovat je dohromady.²⁰

¹⁷ Zastánce výlučnosti anglického *common law* je v tomto ohledu možné odkázat např. na STEIN, P., op. cit., s. 64, který vysvětluje, do jaké míry se italskou debatou o právu a zejména o římském právu inspiroval takový Henry de Bracton (okolo 1210–1268), jehož traktát *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* měl, jak známo, významný vliv na další rozvoj anglického práva.

¹⁸ CALASSO, F. heslo *Bartolo da Sassoferrato*. In: *Dizionario biografico degli Italiani*. Svazek 6. Roma, 1964, který zase parafrázuje proslulý Ciceronův výrok „*Quid est enim civitas nisi iuris societas civium?*“; k počátkům vládnutí prostřednictvím práva a k vládě zákona na Západě ve středověku viz např. velmi zajímavé teze BERMAN, H. J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard, 1983; v češtině nově zejména ŠEJVL, M. *Idea právního státu v dějinách filozofie*. Plzeň, 2014, zvl. s. 91–119.

¹⁹ CARBASSE, J. M. *Manuel d'introduction historique au droit*. 4. vydání. Paris, 2011, s. 123.

²⁰ Možná také mistr Garnier nebo Werner, viz CARBASSE, J. M., op. cit., s. 124; podrobněji k Irneriově osobnosti např. BELLOMO, M. *The Common Legal Past of Europe, 1000–1800*. Anglický překlad 2. italského vydání. Washington, 1995, s. 58–63.

Ať už na kteroukoli z nepochybně působivých verzí legendy o objevení Kodexu uvěříme či nikoli,²¹ je nepochybné, že nejspíše od počátku 12. stol. lze ve středověké Itálii sledovat intenzivní nárůst zájmu o právo.²² Tento zájem, který je dnes nejčastěji shrnován pod zkratku „renesance římského práva“, ale rozhodně nebyl motivován pouze zájmem o jazykově ryzí starověké právní texty, nýbrž měl silné a pragmatické důvody společenské povahy. Itálie procházela po roce 1000 dynamickým demografickým, sociálním a ekonomickým vývojem.²³ Socializace a sociální kontrola v podmínkách měnící se, početnější a složitější společnosti si vyžadovala nové nástroje, které by umožňovaly zajistit koherenci stále rozmanitější společnosti a současně vytvořit prostor pro její další rozvoj. Právo takový potenciál mělo. A to římské, s vlastní terminologií a propracovanými instituty odrážejícími se zejména v Kodexu, nabízelo na první pohled sofistikovanou alternativu k převážně obyčejovému právu „tradiční“ společnosti raného středověku, v němž k prosazování norem a k socializaci ve skutečnosti docházelo nejčastěji „*per pugnam sine iustitia*“, tedy s použitím síly mimo právo.²⁴ Přitažlivost římského práva navíc v podmínkách končícího raného středověku podstatně zvyšovala skutečnost, že šlo o právní systém, který byl v klasické éře rozvíjen záměrnou pravotvornou činností, při které bylo vyhrazeno prominentní místo centrální autoritě, tedy římskému císaři.²⁵ To se v podmínkách překonávání nestability politicky a sociálně decentralizovaného raně středověkého světa, ukazovalo jako mimořádně atraktivní a šlo nepochybně o cosi, po čem v tehdejší západní světě existovala nezpochybnitelná „poptávka“.²⁶

Není tak překvapivé, že v průběhu 1. poloviny 12. století se v Itálii začalo s právem skutečně pracovat a právo se začalo soustavně používat jak k regulaci společenských vztahů, a to jak těch soukromých, tak veřejných, respektive politických. Na předvoji tohoto vývoje stála bezesporu kancelář římského papeže, pro kterého představovalo latinsky koncipované a shora tvořené právo zvláště atraktivní způsob, jak účinně spravovat nejen univerzální římskou církev, ale také stát, nad nímž papež vykonával zcela světskou moc.²⁷ Papežskou kancelář záhy následovala i kancelář římského císaře a poté i kanceláře jednotlivých italských světských států, a to jak monarchií a signorií, tak těch s komunálním zřízením, jejichž postavení se silně upevnilo po kostnickém míru z roku 1183.²⁸ Spolu

²¹ Ve skutečnosti se zdá, že znalost Kodexu v Itálii nikdy plně nepominula a jeho části byly známy přinejmenším v Římě, Ravenně a Pavii, odkud zájem o římské právo mohl znovu povstat; srov. k tomu podrobně zejména RADDING, Ch. – CIARALLI, A. *The Corpus iuris civilis in the Middle Ages: manuscripts and transmission from the sixth century to the juristic revival*. Leiden – Boston, 2007, zvl. s. 68–109.

²² BELLOMO, M., op. cit., s. 51–54.

²³ Stručně BELLOMO, M., op. cit., s. 58; podrobně pak ABULAFIA, D. (ed.). *Italy in the Central Middle Ages: 1000–1300 (Short Oxford History of Italy)*. Oxford, 2004, zvl. s. 127–214.

²⁴ BELLOMO, M., op. cit., s. 50.

²⁵ V duchu proslulého Ulpiánova „*Quod principi placuit, legis habet vigorem*“, D. 1,4,1.

²⁶ K okolnostem této „poptávky“ viz v širším srovnávacím měřítku a v souvislosti se „znovuzrozením“ státu na Západě např. VAN CAENEGEM, R. *Government, Law and Society*. In: J. H. Burns (ed.). *The Cambridge History of Medieval Political Thought, c. 350–c. 1450*. Cambridge, 1988, zvl. s. 185 an.

²⁷ Berman v tomto ohledu hovoří dokonce o „papežské revoluci“ a kanonické právo označuje za „první moderní právní řád“ na Západě, přičemž náběhy k této revoluci datuje již do doby okolo r. 1050, viz BERMAN, H. J., op. cit., s. 199–224; méně okázale, ale se srovnatelnými akcenty dále např. CARBASSE, J. M., op. cit., s. 129–133 nebo BELLOMO, M., op. cit., s. 65–74; zásadní význam pro další vývoj mělo sebrání a uspořádání norem kanonického práva provedené slavným Gratianem (zemř. před r. 1159) ve dvou fázích mezi l. 1140–1150 v proslulém *Decretum Gratiani*.

²⁸ BERMAN, H. J., op. cit., s. 385.

s tímto vývojem se na společenskou scénu také mohutně navrácí veřejné právo. „Právní revoluce“ na prahu vrcholného středověku tak provází i skutečná renesance veřejného práva, od které vede přímá spojnice k budování moderního pojetí státu.²⁹

Nejpozději v 1. polovině 12. století v Itálii současně vykristalizovala i nauka o právu (*scientia legum*). Její pěstování nabylo institucionalizované povahy v Bologni, opravdové kolébce západní právní vědy. V Bologni došlo v důsledku vícero okolností už na přelomu 11. a 12. století k pozoruhodné koncentraci příslušníků právnických profesí, v jejichž okruhu se zrodil zájem o soustavnou a obecnou reflexi práva a mezi tím zvláště o studium „právních knih“ (*libri legales*), jak se v dobové terminologii říkalo Kodexu.³⁰ Už v 70. letech 11. století je tak v Bologni doloženo působení jistého Pepa či Pepona, který zřejmě vyučoval právo,³¹ jednoznačně však zkoumání a výuku práva prováděl již zmíněný mistr Irnerius. Kolem něho také vznikla vůbec první nesporná právní škola, která ještě před jeho smrtí dosáhla mimořádného mezinárodního ohlasu.³² Na Irneriovu školu posléze navázaly další soukromé právní školy a na jejich základu se pak zformovala první západní veřejná univerzita, jejíž postavení definovala *Constitutio Habita* Fridricha I. Barbarossy (1122–1190) z roku 1158.³³ Co je neméně podstatné, v boloňském prostředí byly položeny základy metodologie, kterou právníci včetně těch českých užívají dodnes. To z právní nauky mimochodem činí jednu ze vskutku nejstarších a metodologicky i strukturálně nejvíce etablovaných sociálních věd západního světa.³⁴

Výsledkem všech výše popsaných jevů bylo, že pro společnosti italských států se vládnutí prostřednictvím práva stalo realitou již z kraje vrcholného středověku nebo nejpozději v jeho průběhu a oproti většině jiných evropských společností měly tedy ty italské v tomto ohledu nepochybný náskok. Za těchto okolností se nutně nabízí otázka: jaká byla zkušenost italských společností s právem, jeho instituty a institucemi v těchto legendami opředených časech, které by měly mít nejbližší k pověstnému zlatému věku? Byl to opravdu zlatý věk, s nímž se naše doba nemůže v ničem měřit, anebo i tehdy naráželo právo a vládnutí jeho prostřednictvím na nějaké nesnáze nebo dokonce limity?

Vycházíme-li ze závěrů právněhistorického výzkumu, jehož intenzita po roce 1945 prudce vzrostla jak v Itálii, tak mimo ni,³⁵ nezdá se, že by tato velká éra v historii práva na Západě, kterou „renesance římského práva“ z přelomu vrcholného středověku a raného novověku bez nejmenšího zaváhání byla, skýtala pouze obraz zlatého věku nebo že by zlatým věkem byla ve všech ohledech.

²⁹ CARBASSE, J. M., op. cit., s. 150–152; na pozornost, jaká začala být věnována veřejnému právu, dobře ukazuje, že už v r. 1158 považoval císař Fridrich I. Barbarossa v souvislosti s konáním říšského sněmu v Roncaglii za užitečné využít argumentace boloňských „čtyř doktorů“ práv, Irneriových žáků; příznačné bylo, že dva z nich dovodili, že císař je jediný a výlučný nositel *honor mundi* a současně *lex animata in terris*; za to je císař bohatě odměnil a jejich argumentaci využil s cílem prosazovat svrchovaná císařská práva a pravomoci; zbylí dva právníci ovšem – jak je pro právníky typické dodnes – zaujali postoje zcela opačné a odměny se jim tedy nedostalo, viz k tomu blíže STEIN, P. *Roman Law in European History*, s. 60.

³⁰ BELLOMO, M., op. cit., s. 59–60 a s. 112–122.

³¹ CARBASSE, J. M., op. cit., s. 124 nebo BELLOMO, M., op. cit., s. 69–70.

³² K tomu viz např. BELLOMO, M., op. cit., s. 113–114 nebo CARBASSE, J. M., op. cit., s. 125–126.

³³ Výsady přiznané boloňské univerzitě jsou často dávány do souvislosti s podporou, kterou Irneriovi žáci – doktorů práv – Fridrichu I. Barbarossoví poskytli, jak jsme to zmínili v pozn. pod čarou č. 29.

³⁴ Stručně viz CARBASSE, J. M., op. cit., s. 127–128, podrobně pak BELLOMO, M., op. cit., s. 126–148.

³⁵ Bibliografický přehled částí titulů, které se týkají období, o němž pojednává i tento článek, viz nově např. ASCHERI, M. *The Laws of Late Medieval Italy (1000–1500). Foundations for a European Legal System*. Leiden – Boston, 2013, s. 361–410.

Nedlouho poté, co právo vystoupalo do role jednoho z klíčových normativních systémů, začali je totiž Italové z přelomu středověku a raného novověku vnímat jako složitý a nepřehledný systém, jehož uplatňování vyvolávalo mnohdy kritiku a mýjelo se s tím, co společnost považovala za spravedlivé a adekvátní. Toto vnímání i kritika problémů práva, které historickými prameny proskakují nejpozději od pokročilého 13. století, měly pochopitelně vícero příčin, některé se ale natolik podobají těm, které známe z dnešního světa, že to svádí k závěru považovat je za jisté „genetické dědictví“, které si právo a vládnutí prostřednictvím práva v západním pojetí nutně nese s sebou. Zastavme se proto u nich podrobněji.

2. ITALSKÉ PRÁVO MEZI STŘEDOVĚKEM A NOVOVĚKEM: SVĚT PRÁVNÍHO PLURALISMU

Základním faktorem, který měl v Itálii mezi středověkem a novověkem vliv na posuzování práva jako složitého a pro laika nesnadno přístupného systému, byla okolnost, že pro italské právo byla už na přelomu středověku a novověku charakteristická koexistence několika vrstev práva, jejichž vzájemné normativní vztahy nebyly apriorně zřejmé. Tento stav je možné s klidem charakterizovat jako právní či normativní pluralismus.³⁶ Ten tak rozhodně není novým jevem, který by nastoupil až v evropské situaci po roce 1945 – charakterizované zejména více či méně (ne)konfliktní koexistencí vnitrostátního, regionálního a mezinárodního práva – jak to někdy naznačují někteří soudobí autoři.

V obecné představě je italské právo sledované doby nejčastěji ztotožňováno s prosulým *ius communae* čili obecným nebo také společným právem, tedy oním zvláštním právním systémem vystaveným na základě latinského *utrumque ius*,³⁷ tedy obojího práva, na něž dodnes poukazuje i nejznámější český akademický titul v právu. Tímto obecným, respektive obojím, právem se nerozumělo nic jiného než římské *ius civile* plynoucí primárně z Kodexu na straně jedné, a kanonické právo – uznávající ovšem subsidiaritu římského *ius civile*³⁸ – na straně druhé, jak bylo postupně od 12. století glosováno, komentováno a uplatňováno.³⁹ Tato představa není nesprávná, *ius communae* se postupně stalo podstatnou složkou právních řádů většiny italských států této doby a, jak píše Manlio Bellomo, „bylo realitou, a to nejen jako systém pozitivního práva, ale také jako systém právního myšlení“.⁴⁰

Právo italských států této doby se tím ovšem nevyčerpávalo. Vedle *ius communae*, pěstovaného a rozvíjeného zejména univerzitní naukou, existovalo v každém z italských států a v jejich částech – a to včetně papežského státu, kde bychom přitom předpokládali výlučnou roli kanonického práva⁴¹ – také tzv. *ius proprium*, tedy lokální právo. To bylo tvořeno právními předpisy vydávanými komunami či vladaři jednotlivých italských států, feudálním právem a více či méně objemným korpusem místních obyčejů.⁴²

³⁶ Srov. např. ASCHERI, M., op. cit., s. 104 an.

³⁷ Sám pojem obojího práva je doložen nejpozději z pozdního středověku, srov. CARBASSE, J. M., op. cit., s. 142.

³⁸ Viz např. STEIN, P., op. cit., s. 49–52.

³⁹ K němu např. BELLOMO, M., op. cit., s. 55–77.

⁴⁰ BELLOMO, M., op. cit., s. 184.

⁴¹ Ibidem, s. 86–87.

⁴² K němu např. BELLOMO, M., op. cit., s. 78–111.

Koexistence *ius communae* a *ius proprium* či přesněji *iura propria* se zajisté z určitého úhlu pohledu může jevit jako takřka ideální stav, kdy byla nastolena harmonie mezi konceptem křesťanské jednoty na straně jedné, a pluralitou autonomních politických jednotek na straně druhé.⁴³ Takový náhled bude ne náhodou připomínat hodnocení, se kterými se lze setkat při popisu stavu práva v současné Evropě. Ten je také ve smyslu právního pluralismu stále častěji charakterizován a takové koncepty, jako je např. koncept prostoru k uvážení států (angl. *margin of appreciation*) korigovaný kontrolou třeba takového ESLP, vycházejícího ze společně sdílených hodnot, mají v dnešní Evropě vytvářet podobně optimální stav. Jiná část nauky ale v této souvislosti upozorňuje na složitost práva a zpochybnění právní jistoty, které mohou být důsledkem právního pluralismu.⁴⁴

Na reálnost takových rizik ukazuje i italský předobraz právního pluralismu z doby vrcholného středověku a raného novověku. Za situace, kdy přesný vztah mezi *ius communae* a *ius proprium* nebyl dostatečně jasně a apriorně definován, mohl tento právní pluralismus zásadně oslabovat právní jistotu na straně subjektů práva, protože mnohdy nebylo jasné, podle jakých právních norem posuzovat konkrétní společenské vztahy a jak rozhodovat spory, které z těchto vztahů vyvstávaly, což zavdávalo prostor ke spekulacím. Nešlo rozhodně o teoretický problém, který by uměle konstruovala rodící se právní nauka, ale o naléhavou otázku s celospolečenskými konotacemi. Na to, co může právní pluralismus z hlediska právní jistoty a společenské kredibility práva znamenat, dobře ukazuje anekdota, která může mít reálné jádro a kterou zanechal Andrea Bonello da Barletta (zemřel 1291), mistr neapolské univerzity a prominentní specialista na právo Sicilského království. Významný právník se v této anekdotě snaží svému klientu před soudem v Puglii v Sicilském království zajistit úspěch okázalou argumentací, která se neopírá o nic menšího než o římské právo, respektive *ius communae*. Advokát protistrany ale v určité fázi řízení všechny zaskočí tím, že se před soudem dovolá lombardského práva, jehož kompilaci vytáhne zpod taláru, kde ji do té doby ukrýval. Soudce mu proti všem očekáváním dá za pravdu a dospěje k závěru, že případ je třeba posoudit podle lombardského práva, jež posoudí jako nadřazené právo a odmítne aplikovat římské právo.⁴⁵ Jak zdůrazňuje Manlio Bellomo, podstatou právního diskurzu v podmínkách právního pluralismu mezi středověkem a novověkem tak bylo za těchto okolností „hledání normy“, která se použije.⁴⁶

Vztah mezi *ius communae* a *ius proprium* tedy představoval jednu z klíčových otázek, na kterou nepřestávala hledat odpověď nejen právní nauka, ale i právní praktici a musela se jím pro jeho celospolečenský význam nutně zabývat i politická moc. Po téměř sto padesáti letech debaty, jejíž počátky sahají kamsi k roku 1200, dospěl hlavní proud nauky k jednoznačnějšímu postoji v díle slavného Bartola de Saxoferrato (1313/1314–1357). Podle Bartola bylo při posuzování konkrétních společenských vztahů třeba vycházet primárně z norem *iura propria*, které ale měly být současně důsledně vykládány v souladu, respektive konformně, s *ius communae*, které se nezbytně použilo také tam, kde *iura propria* neměla dostatečně výslovná pravidla a jejich uplatňování by bez *ius communae*

⁴³ MAZZACANE, A. Law and Jurists in the Formation of the Modern State in Italy. In: J. Kirshner (ed.). *The Origins of the State in Italy. 1300–1600*. Chicago – London, 1995, s. 67.

⁴⁴ Srov. např. LEVRAT, N. – BESSON, S. (eds). *European Legal Disorders*. Genève – Zurich – Bâle, 2012.

⁴⁵ BELLOMO, M., op. cit., s. 151.

⁴⁶ Ibidem.

nebylo možné.⁴⁷ Podle části právněhistorické nauky spíše než o vztah hierarchie⁴⁸ šlo ale o jakýsi vztah komplementarity mezi oběma vrstvami práva, který umocňovalo to, že také *iura propria* pracovala s latinskými pojmy, které měly svůj základ v římském právu a rovněž i jeho intelektuálních konceptech.⁴⁹

Při rozporech, které ohledně přesného vztahu *ius communae* a *ius proprium* existovaly v nauce, začala do jejich rozhraničení posléze zřetelně promlouvat politická moc. Dobře to lze demonstrovat na případě císaře Fridricha II. Štaufského (1194–1250). O tomto pozoruhodném panovníkovi, obdařenému přídomkem „*stupor mundi*“, se u nás v obecných historických kurzech učí zpravidla jen to, že Přemyslu Otakarovi I. (1155/1167–1230) a jeho nástupcům vydal tzv. Zlatou bulu sicilskou. Tento velký panovník⁵⁰ ale vládl také Sicilskému království, v němž budoval centralizovaný stát vykazující řadu nečekaně moderních znaků. Není tak náhoda, že to byl právě on, kdo v proslulých *Constitutiones Regni* vydaných v Melfi roku 1231 a později označovaných též jako *Liber Augustalis*, jež byly základem práva v Sicilském království až do 18. století, nechal definovat vztah mezi oběma vrstvami práva v jasné hierarchických kategoriích. Soudci jeho Sicilského království měli při řešení sporů primárně aplikovat sicilské právo, a to přednostně právní akty sicilských králů; teprve za předpokladu, že by situaci nebylo možné podle psaného ani rozumného obyčejového sicilského práva řešit, měli se soudci uchýlit k *ius communae*, které tím nabývalo subsidiární povahy.⁵¹

I když si právní historici nejsou jistí, jaké přesné právní účinky Fridrichem zavedená hierarchie měla, jelikož, jak upozorňují, na neapolské univerzitě, kterou Fridrich založil, se sicilské právo jakožto *ius proprium* kupodivu nevyučovalo,⁵² ukazuje to dost jasně na to, že koexistence vícero právních vrstev má vedle právněpolitického vždy i ryze politický rozměr. S postupnou krystalizací moderního státu bylo pro většinu italských republik i monarchií a signorií naléhavé vztah mezi oběma vrstvami práva definovat a postupně se od *ius communae* – jehož normy a rozvoj byly z významné části mimo přímý dosah politické moci jednotlivých italských států – emancipovat.

Názorný je v tomto ohledu případ Benátské republiky, která je z dobrých důvodů i v italských podmínkách považována za jeden z prvních států v moderním pojetí.⁵³ *Serenissima* republika na rozdíl od většiny dalších italských států uplatňování *ius communae* nepřipouštěla, a to ani ve smyslu komplementarity ani ve smyslu hierarchie, respektive subsidiarity. Tvorbu a aplikaci práva ponechávala totiž na rozdíl od většiny jiných italských států výlučně v rukou svých politických orgánů a její právní systém se v duchu principu „*superiorem non recognoscens*“⁵⁴ opíral o benátskou *aequitas*, což vylučovalo,

⁴⁷ Ibidem, s. 190–195.

⁴⁸ Jak naznačuje např. MAZZACANE, A., op. cit., s. 66–67.

⁴⁹ BELLOMO, M., op. cit., s. 152–155.

⁵⁰ Jeho klasickou biografii viz KANTOROWICZ, E. *Frederick The Second*. Překlad německého vydání z r. 1927. London, 1931; v novější historiografii např. ABULAFIA, D. *Frederick II. A Medieval Emperor*. Oxford – New York, 1992.

⁵¹ Jak to v rámci *Constitutiones Regni* stanovila *Constitutio Puritatem*, viz BELLOMO, M., op. cit., s. 89–90; z ryze historiografického pohledu pak ke *Constitutiones Regni* ABULAFIA, D. *Frederick II. A Medieval Emperor*, s. 202–225.

⁵² BELLOMO, M., op. cit., s. 94–95.

⁵³ Srov. např. konstatování ERTMAN, T. *Birth of the Leviathan. Building states and regimes in medieval and early modern Europe*. Cambridge – New York, 1997, s. 5 a 35, byť se jejím zřízením dále podrobněji nezabývá.

že by se republika bezprostředně řídila *ius civile*.⁵⁵ Benátský postoj začali – ne-li z jiných, pak jednoznačně z politických důvodů – postupně následovat i jiní a s nástupem raného novověku, budováním moderního státu, prosazováním jeho suverenity a jeho centralizací začala subsidiarita *ius communae* ustupovat a rodilo se moderní národní, respektive vnitrostátní právo.⁵⁶

V poněkud jiné rovině přispívala ke vnímání složitosti práva v italských společnostech mezi vrcholným středověkem a raným novověkem skutečnost, že vedle psaného práva existoval v každém italském státě této doby také nezanedbatelný korpus obyčejového práva. Pro tehdejší italské právo tak byla – stejně jako pro naše dnešní právo – charakteristická nejen pluralita práva, respektive koexistence několika právních vrstev, ale též pluralita pramenů práva. Obyčejové právo, v pravém slova smyslu živoucí právo, rodící se zdola ze společnosti samé, představuje, jak se zdá, nejstarší formu práva, respektive nejstarší pramen práva v jakékoli společnosti.⁵⁷ Převážně v lokální podobě (*consuetudo loci*) hrálo obyčejové právo zásadní roli i v italských státech, kde většina práva měla před nástupem vrcholného středověku obyčejovou povahu.⁵⁸

S „renesancí římského práva“ se však těžiště právní regulace začalo posouvat do rámce psaného práva vydávaného komunami nebo vladaři jednotlivých italských států, jak o tom bude ještě řeč dále, případně se odkazovalo na *ius communae*, které bylo z podstatné části psané. Obyčejové právo ale nebylo do počátku raného novověku z právní regulace rozhodně vytlačeno a představovalo důležitou součást *ius proprium*.⁵⁹ Spolu s tím běžně nastávaly situace, kdy obyčej a právní předpisy, z nichž nejstarší neměly za účel nic jiného než obyčej kodifikovat, působily vedle sebe. To ale jistotě právní úpravy, a tedy ani společenských vztahů rozhodně nepřidávalo a ukazovalo se tedy jako nevyhnutelné zabývat se přesným místem obyčeje v soustavě pramenů práva a řešit zejména otázku, jak postupovat v případech, kdy mezi normami, které plynuly z obyčeje na straně jedné a z psaného práva na straně druhé, existoval rozpor. Místo obyčeje v soustavě pramenů práva a „právní síla“ norem, které z něj vyplývaly, tak představovala další významnou osu debaty v rodící se právní vědě i v právní praxi, přičemž v tomto případě nebylo možné vyjít z inspirace římským právem, protože ani to nemělo v otázce vztahu psaného práva a obyčeje jednoznačná pravidla.⁶⁰

Rozpory ohledně přesného místa obyčeje jsou tak dobře patrné už v případě Gratiana, který obyčej i jeho vztahu s psaným právem věnoval výraznou pozornost už v polovině 12. století. Na jedné straně se Gratianus, často považovaný za příznivce centralizace a jednoty, vyslovuje pro přednost právních předpisů v případě, že jsou vydány legitimním nositelem veřejné moci,⁶¹ a obyčej i přičítá zásadní roli hlavně v těch případech, kde právní předpisy chybí.⁶² Na straně druhé se Gratianus hlásí k postojům, které jsou bez velké

⁵⁴ MAZZACANE, A., op. cit., s. 69.

⁵⁵ Ibidem, s. 71.

⁵⁶ BELLOMO, M., op. cit., s. 202.

⁵⁷ Např. SACCO, R. *Anthropologie juridique. Apport à une macro-histoire du droit*, Paris, 2008, s. 109 an.

⁵⁸ BELLOMO, M., op. cit., s. 83.

⁵⁹ Ibidem, s. 86.

⁶⁰ IBBETSON, D. Custom in medieval law. In: A. Perreau-Saussine – J. B. Murphy (eds). *The Nature of Customary Law*. Cambridge – New York, 2007, zvl. s. 151.

⁶¹ Decretum I, C.4.

⁶² Decretum I, C.5.1.

nadsázky hodny moderních právních sociologů, totiž že „*zákony se* (sice – doplnil JM) *ustanovují promulgací, avšak jsou aprobovány na základě užívání* (respektive obyčeje – doplnil JM)“.⁶³ To s sebou podle Gratiana nese i to, že právní předpisy mohou pozbýt platnosti, nejsou-li užívány (*desuetudo*).⁶⁴ Gratianus proto v této souvislosti – dlouho před vznikem moderní materiální legistiky i hodnocení dopadů regulace – postuluje, že by neměly být promulgovány právní předpisy, které se výrazně rozcházejí s obyčejí, respektive ustálenými vzorci chování osob, na které se mají právní předpisy vztahovat, protože v takovém případě nebudou takové právní předpisy účinné.⁶⁵ V Gratianových závěrech je tak patrné napětí, které jasně odráží „*společenské podmínky a právní praxi jeho dnů*“,⁶⁶ a rozhodně tak nejde o jednoduché apriorní situování obyčeje do soustavy pramenů práva ve smyslu kategorií *praeter*, *secundum* nebo *contra legem*, o němž se hovoří v dnešních učebnicích. Ani o dvě staletí později nebude situace v odborné debatě zásadně jiná. Již zmíněný Bartolus de Saxoferrato bude totiž ve 14. století upozorňovat, že legitimita psaného a nepsaného práva je shodná, protože oba mají též původ, jímž je vůle lidu.⁶⁷ To je bezesporu pozoruhodné a v Bartolových závěrech lze zajisté spatřovat seriózní pokus vysvětlit právní realitu v kategoriích racionální politické filozofie, problém vzájemného vztahu obou dominantních pramenů práva z doby mezi středověkem a raným novověkem tím ale není zdaleka rozřešen. Výjimku tvořily toliko případy, kdy byl obyčej v rozporu s přirozeným právem nebo náboženstvím a kdy tedy šlo o tzv. „špatný obyčej“ (*mala consuetudo*). V takovém případě měla nauka jasno v tom, že je legitimní, aby byl takový obyčej na základě právního předpisu odstraněn.⁶⁸

Rozřešení vztahu obyčeje a dalších pramenů práva nakonec spíše než od nauky vzešlo opět od politické moci, která s postupným budováním moderního centralizovaného státu byla nutně konfrontována s problémem, jak zajistit jednotné právo, nad jehož tvorbou a aplikací by měla kontrolu. Náběhy k takovému vývoji jsou v italském případě dosti rané a jako příklad lze uvést opět již zmíněné *Constitutiones Regni* Fridricha II. Štaufského. Ty sice ve svém původním znění počítaly s tím, že v rámci aplikace *ius proprium* je možné použít i místní obyčeje, avšak, jak už bylo zmíněno, pouze za předpokladu, že jsou *bonae et approbatae*, tedy za předpokladu, že jsou jednak rozumné, jednak že jsou aprobovány, nikoli však společností, nýbrž panovníkem,⁶⁹ který tu vystupuje jako předobraz moderní suverénní moci.⁷⁰

V čem jsou rozpory ohledně místa obyčeje zajímavé pro naši dobu?

Předně podle našeho názoru ukazují, že na vnímání složitosti práva se významně podílí sám fakt plurality pramenů práva, který je ale pro právo na Západě příznačný, jak zřetelně ukazuje už italská zkušenost z doby mezi středověkem a raným novověkem.

⁶³ Decretum 4, C.3.

⁶⁴ Decretum 4, C.3.

⁶⁵ Decretum 8, C.2.

⁶⁶ PORTER, J. Custom, ordinance and natural right in Gratian's Decretum. In: A. Perreau-Saussine – J. B. Murphy (eds). *The Nature of Customary Law*, s. 98.

⁶⁷ LEE, H. Y. *Political Representation in the Later Middle Ages: Marsilius in Context*. Frankfurt am Main – New York, 2008, s. 77–78.

⁶⁸ IBBETSON, D. Custom in medieval law. In: A. Perreau-Saussine – J. B. Murphy (eds). *The Nature of Customary Law*, zvl. s. 151–161.

⁶⁹ BELLOMO, M., op. cit., s. 89.

⁷⁰ Srov. francouzskou situaci CARBASSE, J. M., op. cit., s. 175–185.

Pravda je, že v našich dnech není místo obyčejje považováno za problematické a obyčejji je – s čestnou výjimkou mezinárodního práva – v soustavě pramenů práva přisuzováno zcela podružné místo, byť, viděno sociologicky, takový obraz nemusí být nutně vůbec správný.⁷¹ Zásadní debata ale, jak víme, provází ve většině kontinentální Evropy, ale třeba i v Británii vztah psaného práva a soudních rozhodnutí, která mají tendenci se stále profilovat ve smyslu soudcovského, respektive soudcem tvořeného práva, což umocňují takové jevy, jako nástup kontroly ústavnosti. Debata o místě soudcovského práva je vedena vášnivě, dlouhodobě, má nepochybně i významné politické souvislosti a nauka v ní zastává velmi rozdílná stanoviska, která mohou mít různá odůvodnění. V právněhistorickém kontextu se ale musí nutně jevit jako variace na cosi, co už zde dávno bylo a co se v západním kontextu znovu a znovu navrácí. Zajímavá je pak italská debata o místě obyčejje z vrcholného středověku zcela jistě i proto, že názorně ukazuje, že odborná debata o určitém právním problému může s klidem probíhat po staletí, aniž by to garantovalo, že právní věda sama o sobě dospěje k jednoznačným nebo dokonce jednotným postojům.

Dojem, že právo je nepřehledné, zesilovala ve staré Itálii v neposlední řadě ještě otázka vztahu mezi právními řády jednotlivých italských států a právem Svaté říše římské, jejíž formální součástí přinejmenším velká část severní Itálie byla.⁷² Tato problematika přitom není tak nepodobná té, která dnes provází členství evropských států v Evropské unii, která nesporně nese některé rysy, které právě Svatou říši římskou nápadně připomínají, jakkoli její legitimace a odůvodnění leží někde zcela jinde, než tomu bylo v případě Svaté říše.⁷³

Stejně jako tomu bylo v obou výše vzpomenutých otázkách, i názory na politický i právní vztah Svaté říše a Itálie se rovněž prudce vyvíjely. Ještě na počátku 14. století obhajoval velký Dante (1265–1321), který nebyl jen literátem, ale který se výrazně angažoval i politicky, myšlenku, že veškerá legitimní světská moc v Itálii pochází výlučně od římského císaře a jeho vůle.⁷⁴ S tím, jak se nejspíše od konce vlády Jindřicha VII. Lucemburského (okolo 1275–1315) začal vztah mezi Svatou říší a Itálií rozvolňovat, což umocňovala nepřítomnost císaře na italském území, začaly se prosazovat názory, které však legitimitu veřejné moci v jednotlivých italských státech a platnost říšského práva v Itálii viděly jinak. Už během 1. poloviny 14. století se v Itálii na toto téma rozběhla debata, která navazovala na faktické politicko-právní proměny, k nimž docházelo a které se v této debatě přímo odrazily. V právní rovině je možné opět odkázat na Bartola de Saxoferrato. Ten sice vycházel z toho, že *de iure* je římský císař jediným pánem světa, s otevřeností, jakou v dnešní nauce nacházíme jen vzácně, ale současně konstatoval, že *de facto* nad sebou většina italských států neuznává žádnou nadřazenou moc, takže platí, že „*civitas sibi*

⁷¹ Stačí si v tomto ohledu vybavit, jak rozdílná a současně hluboce zakořeněná praxe může existovat v případě vedení obchodního rejstříku nebo katastru nemovitostí v různých částech malé a stále relativně homogenní ČR, abychom představu o tom, že obyčej nemá v dnešním vnitrostátním právu a společnosti místo, byli nuceni korigovat; ustálené a silně zakořeněné zvyklosti vstupují na scénu i v některých fázích legislativního procesu nebo soudního rozhodování.

⁷² NAJEMY, J. M. Governments and Governance. In: J. M. Najemy (ed.). *Italy in the Age of the Renaissance 1300–1550 (The Short Oxford History of Italy)*. Oxford – New York, 2004, s. 184–185.

⁷³ Jde-li o tyto analogie, srov. např. závěry, které ohledně povahy Svaté říše římské (a nemožnosti zařadit ji do tradičních kategorií) v době pokročilého raného novověku formuloval Samuel Pufendorf (1632–1694), k nim viz blíže např. PORTMAN, K. *Legal Personality in International Law*. Oxford, 2010, s. 53.

⁷⁴ NAJEMY, J. M., op. cit., s. 187.

princeps“. Jestliže v této formulaci (aktualizované zejména pro státy s komunálním zřízením, respektive republiky) lze spatřovat italskou obdobu zásady, že „*rex in regno suo imperator est*“, ke které se někdy od 12. století hlásil stále větší okruh evropských států, čímž postupně brala za své představa o jednotě a univerzalitě křesťanstva (*Respublica Christiana*), přelomové v kontextu západního právně-politického myšlení na Bartolově tezi je, že legitimizaci této moci spatřoval Bartolus nepokrytě ve vůli *popolo*, tedy politického národa jednotlivých italských států, jehož svrchovaná vůle je pak hlavním zdrojem práva, které v těchto státech platí.⁷⁵ K tímž úvahám se posléze v modifikované podobě přihlásil i Bartolův nejslavnější žák, Baldus de Ubaldis (1327–1400).⁷⁶ Autorita Svaté říše římské tak byla sice v Itálii uznávána nominálně, fakticky ale pozbývala na významu, někde šel ale vývoj tak daleko, že nadřazenost Svaté říše nebyla uznávána už ani formálně. To platilo zejména v případě již zmíněné Benátské republiky. Ta dlouhodobě a soustavně popírala, že by byla součástí Svaté říše a že by na jejím území platilo říšské právo.⁷⁷ *Serenissima* se přitom opírala o řadu argumentů, mj. o to, že se nachází na moři a nikoli na zemi, že je vlastníkem svého území a má vlastní politickou organizaci, v jejímž čele stojí dóže (*dux*), tedy svrchovaný vladař.⁷⁸ To byl model, který postupně napodobovaly i další italské státy, které si nárokovaly suverenitu a s tím i *plenitudo potestatis*, a to mj. s odkazem na zásadu, že *rex in regno suo imperator est* a že ani otec nemůže právně zasahovat do věcí legitimizovaných synů.⁷⁹ Příslušnost k „supranacionálnímu“ celku Svaté říše tím dostávala povážlivé trhliny⁸⁰ a její „supranacionální“ právo bylo vytlačováno právem a akty jednotlivých států, a to zvláště poté, co se leckde začalo vládnout absolutisticky. Koexistence různých vrstev práva a spory o jejich právní i faktické účinky ale mohly být zdrojem dlouhotrvajících závažných právních a také politických pochybností a už tehdy se mohly jevit jako jeden z významných faktorů nejistoty práva a nepořádku jak v právních řádech, tak v politických systémech. Ještě na prahu samé moderní doby se tak mohlo stát, že když v roce 1739 vymřel v Toskánsku slavný rod Medici, mohl na základě formální příslušnosti Toskánska ke Svaté říši o obsazení uprázdněného velkovévodského křesla rozhodovat císař, byť v souladu s vůlí koncertu evropských mocností.⁸¹ Vazby se „supranacionálním“ celkem Svaté říše, které zdánlivě upadly v zapomnění, tak naráz ožily, k pramalé spokojenosti občanů Toskánska, kteří za vladaře jen neradi přijali osoby z rodu „Lorena“, Lotrinčany, správně vlastně Habsburk-Lotrinčany, jež se tu ale stali průkopníky modernizace. Ta měla zvláště spektakulární podobu v oblasti práva.⁸²

⁷⁵ Srov. např. NEMO, P. *Histoire des idées politiques dans l'Antiquité et au Moyen Age*. Paris, 1998, reprint 2007, s. 979.

⁷⁶ NEMO, P., op. cit., s. 980.

⁷⁷ NAJEMÝ, J. M., op. cit., s. 184.

⁷⁸ MAZZACANE, A., op. cit., s. 72.

⁷⁹ Srov. argumentaci sforzovských právníků v Milánsku, kterou shrnuje BLACK, J. *Absolutism in Renaissance Milan. Plenitudo of Power under the Visconti and the Sforza 1329–1535*. Oxford – New York, 2009, s. 97–112.

⁸⁰ Zatímco ještě na počátku 13. stol. se do Říše počítala většina Itálie, koncem 15. stol. se za její součást považovalo už jen vévodství savojské, milánské, modenské a parmské a republiky Janov, Lucca, Pisa, Florencie a Siena, z nichž ale zastoupení v orgánech Říše mělo pouze Savojsko, viz WHALEY, J. *Germany and the Holy Roman Empire*. Svazek I: *From Maximilian I to the Peace of Westphalia 1493–1648*. Oxford – New York, 2012, s. 20.

⁸¹ Srov. k tomu např. VLNAS, V. *Princ Evžen Savojský. Život a sláva barokního válečníka*. Praha, 2001, s. 603–606.

⁸² Právě v hlavním městě Toskánska, ve Florencii, nechá velkovévoda Pietro Leopoldo (1747–1792), tedy pozdější římský císař a také korunovaný český král Leopold II., exemplárně spálit mučící nástroje, právě tady bude přijat první moderní trestní kodex Evropy preferující právní jistotu a legalitu před ekvitou soudců a prevenci před represí a právě tady bude kódex poprvé v moderní historii zrušen trest smrti.

Shrneme-li, je-li soudobá situace v právu na Západě popisována jako stav právního pluralismu, nejde zdaleka o jev, který by byl nový a nevidaný, jak to někdy naznačuje část soudobé nauky. Pojem právního pluralismu lze jednoznačně použít i pro situaci italských právních řádů mezi podzimem středověku a raným novověkem⁸³ a italská zkušenost z této doby také jasně ukazuje, že pluralismus s sebou může nést klady, ale současně i závažné zápory. Pluralismus právních systémů, jak prokazuje právě italská zkušenost z přelomu středověku a raného novověku, může dlouhodobě skutečně existovat a vést k vzájemnému obohacování právních kultur, jeho odvrácenou stránkou ale může velmi dobře být trvalá právní nejistota, která spočívá v tom, že nikdy není apriorně jasné, jaké právní normy na řešení konkrétní situace použít, což otevírá prostor pro právní spory. Závažným problémem právního pluralismu je ale i to, že prostřednictvím některého z vedle sebe působících právních systémů může do určité společnosti ingerovat politická moc odjinud. Není proto vůbec náhodou, že právě v Itálii podzimem středověku, kde se formovaly moderní státy, si jejich orgány a představitelé postupně nárokovaly monopol na tvorbu a aplikaci práva. Jak ukazuje italská zkušenost mezi koncem středověku a raným novověkem, významný podíl na vnímání složitosti práva má kromě toho fakt plurality pramenů práva, která je ale pro právo na Západě evidentně typická.

3. PROBLÉM PROLIFERACE PSANÉHO PRÁVA

Dalším významným faktorem, který měl v Itálii mezi vrcholným středověkem a raným novověkem zásadní vliv na vnímání práva jako složitého a laikovi nepřístupného normativního systému, byl bezesporu také výrazný vzestup počtu platných právních norem. Ten vyplýval zejména z prudkého vzestupu objemu psaného práva, tedy z toho, co se dnes, jak jsme viděli výše, označuje jako hypernormativita práva či proliferace psaného práva.

Při současném stavu poznání není patrně nadsazené tvrdit, že v době „renesance římského práva“ prožívá psané právo velkolepý návrat do práva a rychle nabývá povahu jednoho z hlavních vektorů změn v právu, a to zvláště tam, kde existuje zájem na centralizaci státu a jeho společnosti.⁸⁴ Už v 11. století vyhlásil papež Řehoř VII. (1015/1028–1085), jeden z velkých strůjců „papežské revoluce“, pro účely kanonického práva, že papež má pravomoc vytvářet nová pravidla v souladu s potřebami doby.⁸⁵ Jde-li o světskou moc v Itálii, náběhy k výraznějšímu používání psaného práva lze vysledovat v severní Itálii kolem poloviny 12. století, a to zejména v Bologni a – překvapivěji – také v Milánu.⁸⁶ Jejich příkladu rychle následovaly i další italské státy a už 13. století se v italské situaci jeví jako

⁸³ Srov. např. MAZZACANE, A., op. cit., s. 67.

⁸⁴ Tím nemá být řečeno, že by psané právo v raném středověku bylo zcela neznámé, jak na to ukazuje třeba i česká zkušenost a jak pro italské prostředí potvrzuje třeba existence *leges barbarorum* nebo později capitularií karolínské doby; používání psaného práva bylo ale po celý raný středověk sporadické, což jistě v praktické rovině umocňovala skutečnost, že drtivá většina tehdejší populace včetně politických elit neovládala čtení ani psaní, což výraznější roli psaného práva podstatně omezovalo; srov. k tomu CARBASSE, J. M., op. cit., s. 118–119; k nástupu psaného práva ve středověku viz v komparativní perspektivě např. VAN CAENEGEM, R., op. cit., s. 192–195.

⁸⁵ BERMAN, H. J., op. cit., s. 202.

⁸⁶ BELLOMO, M., op. cit., s. 84.

období nastupujícího „legicentrismu“. Jestliže původně bylo psané právo využíváno zejména k (re)kodifikaci právních norem vyplývajících z obyčejového práva v podmínkách stále početnější a vztahově rozrůzněnější společnosti, v níž už se nebylo možné při akulturaci práva spoléhat pouze na tradiční mechanismy,⁸⁷ záhy v psaném právu jednotlivé italské státy objevují klíčový prostředek, jak právo měnit a usměrňovat společnost, což vede k rychlému vzestupu psaného práva do role klíčového nástroje právní regulace.⁸⁸

Psané právo tak v právních řádech italských států zaujalo podstatné místo. Právě prostřednictvím psaného práva jsou v Itálii zaváděny normy, které směřují k zajištění veřejného pořádku a které tak vlastně napomáhají v budování rodícího se moderního státu, jak o tom svědčí právní předpisy zavádějící zákazy soubojů a soukromých válek⁸⁹ nebo právní předpisy regulující držení a nošení zbraní.⁹⁰ Jindy právní předpisy posilují dodržování veřejné morálky v duchu křesťanské nauky, a přispívají tak ke zvýšené disciplinaci obyvatelstva, jehož vzorce chování se rozrůžňují, o čemž svědčí třeba rozsáhlý soubor právních předpisů proti luxusu, které měly někdy navíc i chránit společnost před přílišnými politickými ambicemi společenských elit.⁹¹ Právní předpisy jsou namnoze také hybatelem skutečných právních reforem. Někdy umožňují z práva vytlačit normy, které vyplývají ze špatného obyčeje, který se neslučoval s náboženstvím, morálkou či rozumem, jako bylo např. dokazování ordálem, jak už o tom byla řeč výše.⁹² Jindy slyšíme o tom, jak právní předpisy v nečekaně moderním duchu sjednocují právní normy, a to v zájmu zajištění rovnosti mezi poddanými nebo občany jednotlivých italských měst, jak to ukazují třeba předpisy milánských Viscontiů upravující třeba jednotné podmínky při vyvlastnění.⁹³ A v dalších případech dochází na základě právních předpisů ke korigování nepřijatelných závěrů soudů, které upřednostňují určité vrstvy obyvatelstva nebo, moderně řečeno, narušují proces politického usmíření uvnitř italských států.⁹⁴

Rubem rozvíjení práva a disciplinace společnosti prostřednictvím psaného práva byl trvalý nárůst počtu právních předpisů v jednotlivých italských státech. Ten dosáhl takové míry, že na prahu moderní doby významný italský historik Lodovico Antonio Muratori (1672–1750), jehož zájem o právní historii přivedl až na pole teorie legislativy, respektive legistiky,⁹⁵ na adresu psaného práva s jasnou ironií poznamenal, že psané právo se jeví

⁸⁷ Ibidem, s. 84–86.

⁸⁸ Jak na situaci jednotlivých italských států ukazuje přehledně BELLOMO, M., op. cit., s. 86–96.

⁸⁹ Podrobněji k tomu např. NAJEMÝ, J. M., op. cit., s. 196–197 nebo DEAN, T. *Crime and Justice in Late Medieval Italy*. Cambridge – New York, 2007, s. 177–181; T. Dean v této souvislosti připomíná i *consilium*, které sestavil Bartolus de Saxoferrato pro císaře Karla IV. pro účely rozhodování o sporu mezi italským a německým šlechticem o čest a ve kterém císaře odrazuje od toho, aby povolil řešení tohoto sporu soubojem, viz DEAN, T. *Crime and Justice in Late Medieval Italy*, s. 180.

⁹⁰ Podrobněji k tomu DEAN, T. *Crime and Justice in Late Medieval Italy*, s. 86.

⁹¹ A které by dnes byly nejspíš označeny za porušení garantovaných lidských práv, ale které naši předkové považovali za opodstatněné, byť je zdaleka neuplatňovali důsledně; k italské situaci podrobně KOVESI KILLERBY, C. *Sumptuary Law in Italy 1200–1500*. Oxford, 2002.

⁹² K obecné teorii s přihlédnutím k francouzské situaci, která je ale srovnatelná s italskou, viz CARBASSE, J. M., op. cit., s. 179–181.

⁹³ BLACK, J., op. cit., s. 116.

⁹⁴ Ibidem, s. 128–129.

⁹⁵ Za zmínku stojí, že ve svém proslulém kritickém díle *Dei difetti della Giurisprudenza*, vydaném v Benátkách r. 1742, přišel Muratori s klasifikací vnitřních a vnějších nedostatků právního systému, která si svou pozoru-

doslova jako les, kterým zarostla celá Itálie.⁹⁶ Situace, která s sebou nesla i to, že „*nebylo nikdy jasné, které právní předpisy platí a které jsou obsoletní*“,⁹⁷ dospěla tak daleko, že po polovině 13. století muselo stále více italských států nevyhnutelně přistupovat k sebrání, uspořádání a přepracování platných právních předpisů, což dávalo také příležitost k tomu, aby byl do stále nepřehlednějšího korpusu právních předpisů vnesen určitý řád, respektive pořádek.⁹⁸ V tomto procesu lze nikoli nedůvodně spatřovat nejen předobraz moderních kodifikačních procesů, ale také všech konceptů reforem psaného práva, které jsou tak příznačné pro naši dobu. Už mezi středověkem a raným novověkem měl ale proces kodifikace a revize psaného práva svá jasná úskalí, jak to názorně demonstruje případ Francesca Sforzy (1401–1466). Ten svou vládu nad Milánem, které se zmocnil roku 1450, hodlal legitimizovat mj. zásadními a moderně působícími právními reformami, jejichž součástí bylo i „zprůhlednění“ psaného práva jeho sebráním a uspořádáním. Jak to komentují novodobí badatelé, „*kvůli mimořádnému rozsahu takového úkolu*“ ale jeho úředníci na tento úkol velmi brzy rezignovali.⁹⁹ Připomínat v tomto ohledu moderní zkušenosti, třeba výsledky procesu zjednodušování psaného práva EU, který je opakovaně vyhlášován nejméně od roku 1992, aby se pak opakovaně konstatovalo, že jeho výsledky jsou jen částečné, je patrně nadbytečné.¹⁰⁰

Nárůst objemu psaného práva a z toho vyplývající nepřehlednost práva, která se stala předmětem veřejné kritiky a stížností, v Itálii mezi středověkem a novověkem každopádně silně relativizuje představu, že nárůst právní regulace vlivem psaného práva a eroze právního vědomí jsou v západním kontextu záležitostí vývoje po roce 1945.

Problémem práva v italských společnostech mezi středověkem a raným novověkem ale rozhodně nebyl jen prostý nárůst objemu právních předpisů, který ztěžoval orientaci v právu a, moderně řečeno, přispíval k erozi právního vědomí. Označování, tvorba ani vyhlásování právních předpisů totiž kromě toho namnoze nepodléhalo dostatečně ustáleným pravidlům a postupům a mezi přijímanými právními předpisy často neexistoval jasný vztah, případně jednotlivé právní předpisy nebyly zákonodárcem uvedeny do odpovídajícího souladu. Pro ilustraci, na územích ovládaných kondotiérským rodem Malatestů plynuly ve 2. polovině 15. století obecně závazné normy nejen ze statutů, tedy zákonů, ale také z široké škály dalších právních předpisů, mezi které patřily *bandi, decreta, provvigioni* nebo *reformaggioni*.¹⁰¹ To je škála, která je plně srovnatelná s tou, která je běžná v soudobých právních řádech včetně toho českého.

hodnou aktuálnost – alespoň podle názoru autora tohoto článku – zachovává dodnes; v našem kontextu je zajímavé, že za ty vnitřní a nezhojitelné (protože vyplývající z lidské povahy) nedostatky považoval Muratori nedostatečnou jasnost psaného práva, neschopnost práva předvídat každý konkrétní případ, jakož i skutečnost, že právo reguluje úmysly a chování lidí, ale je vykládáno jinými lidmi, a také, že spravedlnost závisí na myslích a pochopení soudců, cit. dle CAPPELLETTI, M. – MERRYMAN, J. H. – PERILLO, J. M. *The Italian Legal System: An Introduction*. Stanford, 1967, s. 40.

⁹⁶ Citováno dle CAPPELLETTI, M. – MERRYMAN, J. H. – PERILLO, J. M. *The Italian Legal System: an Introduction*, s. 40.

⁹⁷ BLACK, J., op. cit., s. 128.

⁹⁸ Možná tak není náhoda, že mezi významné teoretiky, kteří v moderní době zpopularizovali pojem právní řád, náleží Italové, z nichž Santi Romano bude ve 20. stol. průkopníkem jeho nenormativistického pojetí, viz heslo *Ordre juridique*, ALLAND, D. – RIALS, S. (eds). *Dictionnaire de la culture juridique*. Paris, 2003, s. 115.

⁹⁹ DEAN, T. *Crime and Justice in Late Medieval Italy*. Cambridge – New York, 2007, s. 85 a tam citovaná literatura.

¹⁰⁰ V tomto ohledu stačí připomenout osudy unijních iniciativ typu *Better Regulation*, ke které se váže početný okruh dokumentů dostupných z: <http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm>.

Za těchto okolností – v době bez právní informatiky a teprve počínajícího knihtisku, k jehož použití v právu existovaly zprvu i určité výhrady¹⁰² – nebylo neobvyklé narazit na situaci, kdy nebylo jasné, zda a v jakém rozsahu ten který předpis stále ještě platí, na situaci, kdy mezi právními předpisy existovaly přímé rozpory, za jaké by se nemusel stydět ani soudobý zákonodárce, nebo na situaci, kdy právní předpisy obsahovaly – tak jako se to děje dnes – mezery, takže nebylo pamatováno na úpravu skutkových podstat, které ale v praxi nastávaly. Ne že by si s takovými situacemi italské právní prostředí mezi středověkem a raným novověkem nedokázalo poradit. V takových případech se bylo možné leckde podpůrně dovolávat *ius communae*, nebylo-li zbylí, dalo se uchýlit přímo k přirozené spravedlnosti, respektive ekvitě, královně spravedlnosti. Z některých italských státních máme v tomto ohledu navíc doloženy náběhy i k čemusi, co bychom mohli označit za jakousi „ur-verzi“ ústavního přezkumu. Třeba soudy v Neapolském království vzniklého z části Sicilského království nebo v Janově byly ochotny vyloučit aplikaci právního předpisu, pokud se ten dostal do rozporu s přirozeným právem a nebyl, připodobněno dnešní terminologii, dostatečně proporcionální nebo pokud zasahoval do sféry práv, která v dobových představách plynula z přirozeného práva.¹⁰³ Aplikace práva v konkrétním případě se pak ale někdy mohla dost podstatně rozcházet s obecnými očekáváními a výsledná řešení, zejména pokud byla hledána a nalézána soudy, byla nepředvídatelná a někdy na pokraji svévole. To ve starém právu dostatečně výstižně vyjadřovala právní maxima, která sice vznikla ve francouzském prostředí, dopadala ale právě na ty případy, kdy se vysoké francouzské soudy – stejně jako ty italské – uchýlovaly k ekvitě: „*Bůh nás chraň před ekvitou parlamentů.*“¹⁰⁴

Hovoříme-li o legislativně-technických nedostatcích právních předpisů Itálie mezi vrcholným středověkem a raným novověkem, opomenout závěrem nelze jasnořivé pozorování Cinea z Pistoie (asi 1270–1336), Dantova současníka a výrazného právního myslitele této éry. Ten celou problematiku se strohou věcností shrnul tak, že „*zákonodárci někdy ustanoví, co je nespravedlivé, protože jakožto lidé chybují a budou chybovat i nadále.*“¹⁰⁵ Kořeny těchto legislativních chyb a lapsů přitom Cineus přisuzoval zejména třem okolnostem, a to nedbalosti, nevědomosti nebo střetu zájmů na straně zákonodárce.¹⁰⁶ Není třeba dodávat, že taková analýza není daleko od hodnocení, která pocházejí od badatelů, kteří analyzují fungování legislativního procesu a faktory, které jej ovlivňují, v soudobém světě.

¹⁰¹ Srov. DEAN, T. *Crime and Justice in Late Medieval Italy*, s. 84–85 a tam citovaná literatura.

¹⁰² M. Bellomo velmi zajímavě připomíná, jak někteří vlivní představitelé nauky kritizovali zejména masivní vydávání consilii známých i neznámých právníků, v němž spatřovali komerčně motivované zaplavování trhu, ale i faktor erodování jednoty při výkladu a aplikaci práva, viz BELLOMO, M., op. cit., s. 214–215.

¹⁰³ HELMHOLZ, R. H. *Judicial Review and the Law of Nature. Ohio Northern University Law Review*. 2013, 39, č. 2, s. 417–434; oproti dnešním soudům ale byly staré italské soudy při kontrole proporcionality patrně ochotny více připustit politickou povahu tohoto přezkumu, jak autor citované studie ukazuje na neapolském modelu, viz ibidem, s. 428–430.

¹⁰⁴ „*Dieu nous garde de l'équité des Parlements*“; zatímco v Anglii začal být pojem parlament užíván pro orgán zastupující duchovní a světskou šlechtu a města a rozšiřující od 13. stol. své pravomoci i na zákonodárství, ve Francii, z jejíhož jazyka tento pojem pochází, zůstal tento pojem do Velké revoluce v r. 1789 vyhrazen pro označení soudů poslední instance v jednotlivých provinciích a v Paříži, na které král delegoval výkon svých soudních pravomocí.

¹⁰⁵ BELLOMO, M., op. cit., s. 188.

¹⁰⁶ Ibidem, s. 188.

4. PROBLÉM NESTABILITY PRÁVA

Pokles autority práva obecně a psaného práva zvláště spojují dnešní badatelé, jak jsme zmínili v úvodu této stati, ještě s jedním faktorem, jemuž někteří neváhají připisovat roli dominantní. Tímto faktorem je nestabilita práva obecně a psaného práva zvláště. Ta se projevuje v takřka permanentních změnách právních předpisů, přičemž tato nestabilita se nevyhýbá ani těm předpisům, které jsou klíčové pro úpravu širokých společenských vztahů v každodenním životě. V tomto ohledu by se mohlo zdát, že mezi dneškem a Itálií z přelomu vrcholného středověku a raného novověku nemohou existovat paralely, protože porovnávat dobu, kdy se svět měnil jen pozvolna, s dobou již zmíněné „tekuté modernity“, kdy se změny, které dříve trvaly dvě tři generace, odehrají v rozmezí jediného lidského života, a to někdy dokonce opakovaně, není dost dobře možné. Vše ale nasvědčuje tomu, že takové zdání rozhodně nemá absolutní platnost. Jak totiž opět prokazují závěry soudobých právněhistorických studií zaměřených na italskou situaci, změny psaného práva nebyly ve vrcholném středověku a raném novověku nejen neobvyklé, ale docházelo k nim častěji, než bychom byli ochotni připustit pro dobu, která v teoretické rovině vycházela z toho, že k zásahům do práva prostřednictvím normativních aktů by mělo docházet uměřeně v případech, kdy je to nutné k prosazování „*bonum communa*“, tedy onoho pověstného „obecného dobrého“, a jen takovým způsobem, aby nastolené právní normy byly rozumné, neboli aby byly v souladu s přirozeným právem, jak to ve 2. polovině 13. století syntetizoval zvláště výrazně Tomáš Akvinský (1225–1274).¹⁰⁷

Italská realita vrcholného středověku a raného novověku ale s pojetím „andělského doktora“ prudce kontrastuje, což je mimochodem jen další důkaz toho, že ve všech dobách má jakákoli nauka bez ohledu na svého původce inherentní limity a realita je namnoze formována zcela jinými faktory. Představa o tom, že základním rysem právní úpravy ve společnosti vrcholného středověku nebo raného novověku byla trvalost a jen nízká proměnlivost, což by bylo možné dávat do souvislosti s konzervativním duchem této společnosti, tak evidentně pro Itálii směřující k vládě prostřednictvím práva neobstojí.

Časté změny se podle všeho nevyhýbaly žádnému z hlavních odvětví práva v tehdejších italských státech, v některých odvětvích ale byla jejich frekvence ještě větší než v jiných. To platí kupř. o trestním právu, které přitom v námi sledované době hrálo stejně důležitou, ne-li důležitější, roli než dnes a u kterého by se proto čekala koherentní linie.¹⁰⁸ Jak ale jedinečnou kombinací mikro a makrostudií dokládá Trevor Dean, trestní právo podléhalo v Itálii mezi středověkem a raným novověkem stálým změnám. V této souvislosti připomíná třeba případ Malatestů, kteří „*na příklad často měnili tresty za porušování zákazů vycházení nebo nošení zbraní, opakovali zákaz hazardních her, omezovali užívání zkrácených trestních řízení úředníky...*“.¹⁰⁹ V milánském prostředí zase nebylo neobvyklé, že prostřednictvím psaného práva docházelo k zavádění celých nových

¹⁰⁷ CARBASSE, J. M., op. cit., s. 190–191.

¹⁰⁸ Jelikož při neexistenci policie a jen pozvolna nastupujícím inkvizičním principu v trestním řízení nebylo stíhání trestných činů, jejich objasňování a trestání dostatečně soustavné ani účinné, bylo třeba sázet na odrazující účinek trestního práva, tvrdost trestů a jejich spektakulární provádění v těch případech, kdy byl pachatel nalezen a odsouzen, viz k tomu ve srovnávací perspektivě nově DEAN, T. *Crime in Medieval Europe: 1200–1550*. Abingdon – New York, 2014, passim.

¹⁰⁹ DEAN, T. *Crime and Justice in Late Medieval Italy*, s. 85.

skutkových podstat, které reagovaly na aktuální politické a společenské problémy. V roce 1393 tak např. Gian Galeazzo II. Visconti (1351–1402), jehož o málo později učiní náš Václav IV. prvním milánským vévodou a udělí mu svůj Řád točenice, zavedl do milánského trestního práva nejen velmi moderně koncipovanou skutkovou podstatu trestného činu padělání veřejných listin, ale také loupení na silnicích. Za ně měly být ukládány mimořádně přísné a odrazující tresty ve zjednodušeném trestním řízení, což byla odpověď na velké problémové jevy jeho doby.¹¹⁰ Týž Gian Galeazzo II. také později vzhledem k imperativům – zjevně vždy probíhajícího a nikdy nedobojovaného – „boje s korupcí“ ustanovil, že ten, kdo byl pravomocně odsouzen pro trestný čin, nesmí už v Milánsku zastávat veřejnou funkci.¹¹¹ Porovnáme-li tyto údaje třeba s těmi, které se týkají vývoje českého trestního práva a české trestní politiky, o nichž je občas řeč i na stránkách tohoto časopisu, nejsou současné problémy českého trestního práva (proměnlivost nebo nárůst kriminalizace jednání spojený s formulací často velmi kazuistických skutkových podstat trestných činů) rozhodně nepodobné italské situaci mezi středověkem a raným novověkem.

K provádění těchto změn přitom docházelo – podobně jako v naší době, která chce být s odkazem na princip vlády zákona neméně společností práva, než tomu bylo v případě italských společností mezi středověkem a raným novověkem – se stále větší oblibou s pomocí psaného práva. Doba sice neznala termín „legislativní smrž“, který se vžil v našem slovníku, věcně byl ale totožný jev současníkům znám. Na to dobře ukazují právní maximy, které ze sledovaného období pocházejí a které jsou doloženy z různých částí Itálie. Jak uvádí Manlio Bellomo, např. v Toskánsku tak už ve 13. století kolovalo úsloví, že „*legge fiorentina fatta la sera e guasta la mattina*“, tedy cosi na způsob, že florentské zákony se večer přijmou a ráno pominou.¹¹² Jestliže tak dnes slyšíme neustálé stesky na adresu změn práva, které jsou vnášeny zejména dalšími a dalšími novelami právních předpisů, nepůjde tedy patrně o rys, který by byl výlučný pro hektický svět raného 21. století.

Tento stav samozřejmě nebyl uspokojivý a už v té době se na něj hledaly recepty. Mimořádně zajímavé zprávy máme v tomto ohledu z Bologni z poslední třetiny 13. století. Tam v tomto období docházelo k zásadní rekodifikaci celého platného práva, které bylo revidováno, znovu uspořádáno a nakonec roku 1288 vyhlášeno v podobě kodexu o dvanácti knihách, označovaného jako *Statuti di Bologna*. Co bylo zásadnější, jedenáct z těchto dvanácti knih bylo, má-li pravdu Massimo Vallerani, koncipováno jako nezměnitelných.¹¹³ Měnit a doplňovat – a to formou dekretů přijatých boloňskou *Consiglio del popolo* – bylo možné pouze knihu pátou, kterou bychom dnes nejspíše kvalifikovali jako ústavněprávní, protože se dotýkala pravidel voleb do orgánů boloňské komuny a příslušnosti k ní. Jak uvádí právněhistorický výzkum, důvody takového pojetí byly primárně politické, zatímco ty právní spíše sekundární.¹¹⁴ Přesto jde o pozoruhodný důkaz nejen o tom, že už v době mezi středověkem a raným novověkem bylo nutné reagovat

¹¹⁰ BLACK, J., op. cit., s. 127.

¹¹¹ Ibidem, s. 127.

¹¹² BELLOMO, M., op. cit., s. 85.

¹¹³ VALLERANI, M. *Medieval Public Justice*. Anglický překlad italského vydání. Washington (D.C.), 2012, s. 272–273.

¹¹⁴ Ibidem.

na nestabilitu politického a právního prostředí, ale také o tom, že koncept nezměnitelných prvků právního řádu na Západě nemusí mít rozhodně své kořeny (teprve) v Základním zákoně SRN z roku 1949, ani v ústavním zákoně ze dne 14. srpna 1884 francouzské Třetí republiky, ani v americké debatě o *entrenchment clauses* z doby občanské války, ale mnohem hlouběji v historii, než jsme si ochotni připustit, a že má vždy nejen právní, ale i nepřehlédnutelně politické konotace.¹¹⁵

Nedostatek stability práva, vyplývající zejména z prudkých posunů v psaném právu a popírající samu jazykovou podstatu základních pojmů, na nichž je právo v češtině, italsčině i jiných západních jazycích vystavěno,¹¹⁶ však nebývá vysvětlován jen jako důsledek proměn společnosti, které prostě přinášejí nové, a tedy dosud nutně neupravené otázky, nebo nahodilých společenských procesů. V našich časech bývají proměny práva obecně a psaného práva zvláště přičítány také na vrub nejrozmanitějších politických zájmů, politických dohod nebo kompromisů a také lobbistických tlaků vycházejících od nejrozmanitějších společenských skupin. Právě ty k rychlým a častým změnám právní úpravy opakovaně nutí. Tyto změny jsou teorií – namnoze odůvodněně – kvalifikovány jako nesystémové nebo konjunkturální, zkušenost pak ukazuje, že mohou ve svých důsledcích generovat více problémů, než které skutečně řeší. Představa, že taková situace je až výsledkem dnešní politické a společenské situace, která má být spojena s koncem tradiční stranické politiky nebo ingerencí ekonomické moci do politiky, se ale ve světle italské zkušenosti na přelomu středověku a novověku jeví opět jako lichá.

Hovoříme-li o politicky motivovaných změnách práva, můžeme si znovu posloužit milánskou historií. Gian Galeazzo II. Visconti, o němž už byla řeč výše, se vládcem Milána stal na základě úspěšného převratu, který zosnoval proti svému strýci Bernabovi (1323–1385). Ač byl strýc internován a záhy poté odpraven jedem, Gian Galeazzo II. – v předobrazu k vladařům a režimům z mnohem pozdějších dob – považoval za nutné konsolidovat své nové postavení i pomocí práva. S odkazem na koncept *plenitudo potestatis*, které drží – a tedy jako předobraz moderního suveréna – tak v roce 1385 do milánského trestního práva nadekretoval dosud zcela neznámou skutkovou podstatu trestného činu, totiž trestného činu znevažování svého jména, o němž bylo vedeno zkrácené trestní řízení jako v případě *crimen laesae maiestatis*.¹¹⁷ Nedlouho poté – a ve značně kazuistickém duchu – kriminalizoval i jakékoli verbální a jiné projevy, které by kritizovaly jeho daňovou a poplatkovou politiku s odůvodněním, že takové akty by mohly svádět ke vzpouře a k narušení veřejného pořádku.¹¹⁸ Není třeba dodávat, že „političtější“ použití práva pro konsolidaci určité politické moci si lze stěží představit.

Jde-li o vlivy různých společenských respektive zájmových skupin na proměny právní úpravy, je nemalá část italských států mezi středověkem a raným novověkem doslova laboratoř, v níž se s těmito vlivy experimentuje nejrozmanitějším způsobem. Výše jsme vyzdvihli pozoruhodnou argumentaci Bartola de Saxoferrato otevírající cestu k dnešku

¹¹⁵ Stranou ponecháváme, že představa o neměnnosti a nezměnitelnosti práva, odvozovaného od božské vůle, byla příznačná pro archaické společnosti starověku, v češtině k tomu viz nově zejména ANTALÍK, D. – STARÝ, J. – VÍTEK, T. *Zákon a právo v archaických kulturách*. Praha, 2010, passim.

¹¹⁶ Jako jsou pojmy řád nebo ustanovení, navozující dojem trvalosti a stálosti, respektive pevnosti.

¹¹⁷ BLACK, J., op. cit., s. 126.

¹¹⁸ Ibidem, s. 127.

tak drahým principům suverenity lidu a demokracie ve státech, které se formálně vymezovaly jako republiky. Většina režimů v těchto státech měla ale ve skutečnosti povahu oligarchií, v nichž byla kontrola politického systému a spolu s tím také kontrola tvorby a aplikace práva omezena jen na představitele určitých sociálních skupin. Prototypem takového uspořádání je třeba republika Siena, kterou v letech 1287–1355 kontrolovalo jen okolo 60 rodin, ač celkový počet obyvatel samotné Sieny je v této době odhadován na 50 000.¹¹⁹ Právě tento oligarchický režim je ale tím, který si, jak připomíná Andrea Zorzi, u Ambrogia Lorenzettiho (okolo 1290–1348) pro výzdobu sálu Devíti v sienském *Palazzo pubblico* zadal zhotovení proslulé fresky na téma dobré vlády mající alegoricky vyjádřit sienskou *concordia civium* kontrastující se špatnou a „zkorumpovanou“ vládou tyranů, vyobrazenou na protější straně sálu.¹²⁰ Ano, je to táž freska, která je dodnes s oblibou reprodukována i v pracích o právu, protože jen málokterá stará práce ztělesňuje ideální představu o nezastupitelném místě spravedlnosti v dobře fungující společnosti lépe než zrovna Lorenzettiho dílo. John. M. Najemy pak dokonce neváhá hovořit o třídním antagonismu, který byl pro Itálii sledované doby typický a který se přímo projevoval v přijímání opatření za účelem udržení veřejného pořádku.¹²¹

Při takovém uspořádání pak nemohlo překvapit, když si určitá sociální respektive zájmová skupina disponující významným nátlakovým potenciálem právní cestou vymohla ustanovení, která chránila její zájmy proti zájmům jiných společenských skupin. Ukázkovým příkladem jsou ustanovení, která některé části populace vylučovala z účasti na politickém procesu a která bychom dnes řadili do rámce ústavního práva. V řadě italských komun tak byli z politického procesu původně vyloučeni magnáti, tedy příslušníci patriciátu, považovaní za arogantní a příliš bohaté, u nichž existovalo trvalé podezření, že budou chtít zvrátit politický systém nebo mu dominovat. Nejlépe jsou taková ustanovení doložena z Florencie, kde bylo magnátům zakázáno držet veřejné úřady.¹²² Když se v důsledku ekonomických a sociálních obtíží staly ve 2. polovině 14. století problémem naopak nižší vrstvy tvořené zejména vznikajícím dělnictvem v dílnách a raných manufakturách, docházelo zase k omezování jejich shromažďovacího a spolčovacího práva a bylo jim pochopitelně až na výjimky odňato právo nosit zbraně.¹²³ Už tehdy ale existoval i ryze ekonomicky motivovaný lobbying. Doloženy jsou tak třeba situace, kdy si vlivní podnikatelé dokázali vymoci zastropování mezd dělníků ve svých provozech, aby si jejich podniky udržely „konkurenceschopnost“.¹²⁴ To není rozhodně nepodobné současným debatám, v nichž různé skupiny chtějí pod různými záminkami prosadit omezení mezd

¹¹⁹ ZORZI, A. The Popolo. In: J. M. Najemy (ed.). *Italy in the Age of the Renaissance 1300–1550 (The Short Oxford History of Italy)*, s. 169; podrobně pak SHAW, C. *Popular Government And Oligarchy in Renaissance Italy*. Leiden – Boston, 2006.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ NAJEMY, J. M. Governments and Governance. In: J. M. Najemy (ed.). *Italy in the Age of the Renaissance 1300–1550 (The Short Oxford History of Italy)*, s. 196.

¹²² SHAW, C., op. cit., s. 152–153; historie dala těmto obavám za pravdu, když se Florencie ve 2. pol. 15. stol. začala z republiky měnit ve stát ovládaný rodem Medici; z občanů Medicejů se nakonec v r. 1530 stali vévodové florentští a v r. 1569 velkovévodové toskánské.

¹²³ NAJEMY, J. M. Governments and Governance. In: J. M. Najemy (ed.). *Italy in the Age of the Renaissance 1300–1550 (The Short Oxford History of Italy)*, s. 196.

¹²⁴ FRANCESCHI, F. The economy: work and wealth. In: J. M. Najemy (ed.). *Italy in the Age of the Renaissance 1300–1550 (The Short Oxford History of Italy)*, s. 142.

dalších společenských skupin. Pro nás je ale v tuto chvíli podstatné, že už mezi středověkem a raným novověkem byly posuny v právu prudké a byly namnoze spoluurčovány vlivnými zájmovými skupinami spíše než ideály a teoretickými modely.

5. SOUDNICTVÍ MEZI OBSTRUKCEMI, NÁTŁAKEM A KORUPCÍ

Bylo by ale nesprávné tvrdit, že vnímání práva jako složitého až nepřehledného systému, který trpí celou řadou nedostatků, vyplývalo jen z plurality práva, které v Itálii mezi středověkem a raným novověkem platilo, a z nadužívání psaného práva, jež obsahovalo řadu vnitřních rozporů a vyznačovalo se místy do očí bijící nestabilitou, kterou umocňovaly více či méně učené spory mezi představiteli právní nauky. Její *consilia*, tedy rady, respektive posudky pro potřeby praxe, jejichž objem narůstá od poloviny 13. století, mohla být mimochodem leckdy vydávána ryze stranicky a za vysokou úplatu s cílem podpořit právní názor zadavatele. To znamenalo, že v určitých oblastech bylo jen stěží možné dovolávat se onoho proslulého *opinio communis doctorum* a právní historici mají dodnes problém s tím, na kolik mohou v těchto *consiliích* vůbec spatřovat objektivní obraz platného práva.¹²⁵

K pochybnostem o právu a jeho přístupnosti pro společnost totiž svým dílem přispívalo i dobové soudnictví a na něm zúčastněné právní profese. To platí přesto, že přinejmenším z perspektivy jiných částí kontinentální Evropy Itálie této doby podobu soudnictví na Západě podstatně ovlivnila a sehrála v mnoha ohledech opět průkopnickou úlohu. Již výše jsme zmínili náběhy k soudnímu přezkumu, jež může připomínat moderní ústavní soudnictví, výrazný přeshraniční vliv ale měly základní principy soudního řízení a instituty procesního práva spojené s tzv. římsko-kanonickým procesem.¹²⁶ Zapomínat nelze v neposlední řadě ani na to, že právě v Itálii se, přinejmenším jde-li o kontinentální Evropu, rozvinula i zásada odůvodňování soudních rozhodnutí.¹²⁷

Postupující formalizace pravidel řízení před soudy, kterou si vyžadoval nárůst počtu sporů, s sebou ale – zdá se, že nezadržitelně – nesla to, že být účastníkem řízení před soudy nebylo nadále možné bez pomoci právních specialistů, zejména advokátů. Avšak jejich služby – tehdy jako dnes – nebyly laciné a mohly dosáhnout i závratné výše, což už samo o sobě přispívalo k vytváření společensky nelichotivého obrazu právních profesí podílejících se na výkonu soudnictví. Ten se místy blížil až postojům, které u nás v baroku bude mít třeba hrabě F. A. Špork (1662–1738), zřejmě neslavnější (a nejkultivovanější) z českých sudiců všech dob.¹²⁸ Situace, kdy vystupovat v řízení před soudy nebylo možné bez účasti právních specialistů, ale především umocňovala vnímání práva jako systému, nad nímž

¹²⁵ DEAN, T. *Crime and Justice in Late Medieval Italy*, s. 99; k okolnostem vydávání consilií a jejich místu viz podrobně BELLOMO, M., op. cit., s. 211–215.

¹²⁶ K jeho přeshraničnímu vlivu viz např. CARBASSE, J. M., op. cit., s. 160–162 nebo STEIN, P., op. cit., s. 57–59; k jeho podobě na příkladu trestního řízení viz podrobně např. VALLERANI, M., op. cit.

¹²⁷ DAVID, R. – BRIERLEY, J. E. C. *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law*. 3. vydání. London, 1985, s. 142.

¹²⁸ K historii tohoto barokního aristokrata a nepřekonatelného sudice viz nově zejména velmi zajímavé a skvěle zdokumentované právněhistorické studie HRDINA, I. A. – KUCHAROVÁ, H. *Kacířský proces s hrabětem F. A. Šporkem v právně-historickém a teologickém kontextu*. Ostrava, 2011 a dále HRDINA, I. A. *Proč hrabě Špork seděl ve vězení pro dlužníky?* Ostrava, 2013.

má kontrolu uzavřený právní stav. Se sobě vlastní britkostí o tom nebude na prahu moderní doby mluvit nikdo menší než Cessare Beccaria (1738–1794). Ten bude poukazovat na to, že jelikož je (trestní) právo až příliš často nejasné, což, jak zdůrazňuje, plyne mj. z toho, že není formulováno běžným jazykem přístupným všem, „*ocitne se lid v závislosti na malém počtu držitelů zákona, z něhož se stane jakési tajemné orákulum*“.¹²⁹

Skutečnost, že pravidla řízení se postupně dále komplikovala, že jen pozvolna se prosazovalo řízení *ex officio* založené na inkvizičním principu a že k tomu všemu nastupoval princip víceinstančního řízení, vytvářela pro strany sporů a jejich právní zástupce navíc nezanedbatelný prostor pro obstrukce. Jak to komentoval C. F. Black, „*pro ty, kdo měli peníze a moc, existovaly nekonečné možnosti, jak zpochybnit pravomoc a příslušnost k vedení řízení*“.¹³⁰ V důsledku těchto okolností tedy již v době vrcholného středověku nemusela být řízení před soudy v Itálii rozhodně krátká, takže lichá je přinejmenším z italského hlediska i představa o věku, kdy soudní řízení nepřesahovala přiměřenou délku. Pochybnosti mohly kromě toho vzbuzovat i postoje soudců, a to zejména tam, kde, jak už bylo popsáno výše, se tito při řešení sporu uchýlovali třeba k přirozené spravedlnosti – působivé, ale ve svých důsledcích nepředvídatelné.

Pro vytvoření obrazu o tom, jakými nedostatky mohlo soudnictví v Itálii mezi vrcholným středověkem a raným novověkem trpět a jak tyto nedostatky mohly přispívat k vnímání složitosti práva a jeho společenské kritice, lze s úspěchem použít třeba dobře zmapovaný milánský příklad. Jak ve své pozoruhodné monografii ukazuje Jane Blacková, už Viscontiové a po nich Sforzové legitimizovali – a to nikoli bez úspěchu – svou absolutní vládu nad Milánem také tím, že prováděli reformy soudního systému, k jehož fungování měla dobová veřejnost zásadní výhrady. Tyto výhrady a stížnosti přímo rezonují v dekretu z 25. května 1356, jímž již výše zmíněný Bernabo Visconti a jeho spoluvládce Galeazzo Visconti (1320–1378) přikročili k zevrubné reformě pravidel civilního procesu před milánskými soudy. V odůvodnění tohoto dekretu oba spoluvládci a bratři uvádějí, že účelem reformy je „*přivést řízení ke spravedlivému a rychlému konci, přijmout veškerá opatření, která jsou v jejich moci, ve prospěch poddaných, odstranit příležitosti k obstrukcím a úskokům, zajistit věřitelům že se jim u soudů dostane toho, co jim po právu náleží (bez lehkovážných námitek a průtahů); ušetřit stranám sporu úsilí a náklady vyloučením zlých úmyslů právníků a zavést ve prospěch dobrých a pokojných chudých, jakož i dětí, sirotků, politováníhodných osob a různých jiných takových dalších obezřetnost, péči a vše pro obecné dobro*“.¹³¹ Součástí reformy civilního procesu bylo omezování možností použít opravné prostředky, zavádění zkrácených řízení, zjednodušování procesních pravidel a také prosazování alternativních prostředků řešení sporů, z nichž nejvýznamnějším byla arbitráž, kterou později Gian Galeazzo II. upravil tak, že měla probíhat před „*třemi dobrými muži*“.¹³² To jsou ale při bližším zamýšlení v souhrnu kroky, které charakterizují většinu změn civilního procesního práva, jimiž se i naše současnost zpravidla snaží čelit trvale nedostupnému ideálu řádného a transparentního soudního řízení v přiměřené lhůtě.

¹²⁹ BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*. Milano, 1764, kpt. V.

¹³⁰ BLACK, C. F. *Early Modern Italy: A Social History*. London – New York, 2001, s. 194.

¹³¹ Cit. podle BLACK, J., op. cit., s. 117–118.

¹³² BLACK, J., op. cit., s. 124.

Stejně jako v našich časech už také v Miláně podzimu středověku provázely reformy soudního řízení ostré polemiky. Tak jako dnes se předně objevovaly námitky, že tyto reformy, zejména pokud omezují přístup ke klasickému obecnému soudu, porušují právo na spravedlivý proces, které tehdy nebylo dovozováno z mezinárodních a ústavních textů, jako je tomu dnes, ale v zásadě z *ius gentium* jako integrální složky přirozeného práva.¹³³ Tak jako dnes narážely tyto reformy ale také na mohutný a koordinovaný odpor příslušníků všech dotčených právních profesí.¹³⁴ To mělo za následek, že část těchto reforem, z nichž některé měly, připustíme, i politické pozadí, musela být vzata zpět. Jak však konstatuje J. Blacková, smysl všech reforem řízení před soudy byl zřejmý, Viscontiové a po nich i Sforzové se profilovali jako „*ochránci skutečné spravedlnosti proti zájmům právních profesí a těch, kdo byli dost bohatí na to, aby si mohli zaplatit zhoubné dovednosti právníků*“. Jak J. Blacková dodává, „*zde se ... rýsoval koncept sociální spravedlnosti, v němž signore jednal s cílem vyvážit váhu mocnějších článků společnosti*“.¹³⁵ O příliš lichotivém stavu dobového soudnictví a soudního řízení to ale rozhodně nesvědčí.

Problémy se však v této době rozhodně netýkaly jen procesu civilního, ale postihovaly také ten trestní. Důraz, který byl kladen na práva obžalovaných zejména tehdy, kdy bylo trestní řízení zahajováno soukromou žalobou a obžalovaný mohl mj. podrobit křížovému výslechu veškeré svědky, měl za následek, že trestní řízení bylo velmi pomalé.¹³⁶ Ještě významnější vliv mělo, že už v této době měly strany sporů k dispozici řadu opravných prostředků. Ty strany neváhaly využívat a délka sporů se tak mohla protáhnout na desetiletí, ve výjimečných případech dokonce na více než tři, jak na benátském příkladu (a ovšem v trestní i civilní oblasti) prokazuje Monique O'Connell.¹³⁷ K délce řízení mohlo někdy přispívat i to, že soudce, jímž byl ve vrcholném středověku ve většině italských států s výjimkou Benátek a Sicilského království *podestà* nebo kapitán, byl sice právním profesionálem,¹³⁸ avšak byl úmyslně každoročně ustanovován z osob, které měly „státní příslušnost“ jiného italského státu, což sice zvyšovalo jeho nezávislost a nestrannost, ale na druhé straně tak tento klíčový činitel nemusel být vždy dostatečně obeznámen s místním právem.¹³⁹ To vše přispívalo k tomu, že postihování trestných činů bylo nedostatečné nebo dokonce se mýjelo účinkem, což bylo v podmínkách společnosti mezi středověkem raným novověkem, v níž bylo trvale přítomné násilí a svépomoc, vysoce problematické. Ve snaze najít cestu ven se kupř. Gian Galeazzo II. Visconti pokusil v Miláně v roce 1387 zrychlit trestní řízení tím, že zrušil právo na přezkum trestních rozsudků na základě odvolání.¹⁴⁰ Stejným výzvám ale o sto let později čelil v témže Miláně i Francesco Sforza, jehož úředník v této souvislosti v roce 1495 lakonicky – a také nadčasově – poznamenal, že právníkům nelze povolit, aby v rámci řízení vedli do nekonečna debatu s Barto-

¹³³ Ibidem, s. 124.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Ibidem, s. 118.

¹³⁶ NAJEMY, J. M. Governments and Governance. In: J. M. Najemy (ed.). *Italy in the Age of the Renaissance 1300–1550 (The Short Oxford History of Italy)*, s. 197; na příkladu trestního řízení podrobně DEAN, T. *Crime and Justice in Late Medieval Italy*, s. 17–24.

¹³⁷ O'CONNELL, M. *Men of Empire. Power and negotiation in Venice's maritime state*. Baltimore, 2009, s. 83–87.

¹³⁸ SISMONTI, J. C. L. de. *A History of the Italian Republics*. Philadelphia, 1832, reprinted 2007, s. 1190–1191.

¹³⁹ NAJEMY, J. M. Governments and Governance. In: J. M. Najemy (ed.). *Italy in the Age of the Renaissance 1300–1550 (The Short Oxford History of Italy)*, s. 197.

¹⁴⁰ BLACK, J., op. cit., s. 124.

lem a Baldem.¹⁴¹ Jinde, třeba v Mantově nebo Modeně, se vládnoucí představitelé rodu Gonzaga a d'Este v téže době zase snažili zajistit účinné trestní řízení tím, že pravomoc k jeho vedení svěřili zvláštnímu vyšetřujícímu soudci oprávněnému vést zkrácené řízení. Ten ale mohl narážet i na takové věci, jakými byla osobní a kariérní rivalita mezi dalšími soudci nebo přímo zastrasování ze strany procesem dotčených osob.¹⁴² V Benátkách zase zkušenosti s pokusy o politické převraty, které nebyly řešitelné tradičními mechanismy před běžnými soudy, vedly k ustavení jedné z neúčinnějších institucí, která se v historii republiky zrodila a která fungovala až do jejího konce pod nápoem napoleonských vojsk v roce 1797. Touto institucí byla vyhlášená a obávaná Rada deseti (*Consiglio dei Dieci*), zřízená roku 1310. Rada deseti měla na pomezí trestního a ústavního trestního práva pravomoc vést řízení o trestných činech proti benátskému státu a ukládat za ně tresty včetně trestu smrti.¹⁴³ Řízení před ní bylo do značné míry tajné a proti jejímu rozhodnutí neexistoval opravný prostředek, kromě toho měla Rada deseti od 15. století k dispozici i síť tajných agentů. O její moci se ještě na úsvitu modernity přesvědčil i jeden z jejích nejznámějších stíhaných, jímž nebyl nikdo jiný než Giacomo Casanova (1725–1798), který podzim svého života prožil ke své pramalé radosti, jak známo, v severočeském Duchcově. Tribunálem tří státních inkvizitorů tvořícím součást Rady deseti byl roku 1755 bez sdělení obžaloby v tajném procesu odsouzen na pět let do nechvalně proslulých olověných komor za trestný čin pohrdání náboženstvím. Za ním se reálně skrývalo nejen brakovou literaturou skloňované svádění jeptišek, ale především podíl na šíření svobodného zednářství a ateismu v *Serenissimě* a také pochybné styky s francouzským velvyslancem a pozdějším vlivným kardinálem-ministrem de Bernis (1715–1794), jehož agentem se Casanova později na čas stal.¹⁴⁴ Toto postavení současně postupně učinilo z Rady deseti jeden z nejdůležitějších politických orgánů Benátské republiky.¹⁴⁵ Víme-li, jaké kroky s ohledem na rostoucí mezinárodní napětí nebo boj s terorismem státy západního světa v rámci soudnictví a soudního řízení přijímají dnes a jaká debata tyto kroky nutně provádí,¹⁴⁶ je nutné se znovu ptát, zda jde skutečně o něco, co je nevidané a nové, nebo zda je to jen variace na něco, co jsme v minulosti už viděli, mj. v případě benátské Rady deseti?

V neposlední řadě je třeba zmínit i to, že přes snahu zajistit řádné chování soudců, příznačnou zřejmě pro každou dobu, byli i soudci Itálie mezi podzimem středověku a raným novověkem korumpovatelní. To je o to zajímavější, že všichni byli věřícími

¹⁴¹ Ibidem, s. 119.

¹⁴² CHAMBERS, D. S. – DEAN, T. *Clean Hands and Rough Justice: An Investigating Magistrate in Renaissance Italy (Studies in Medieval and Early Modern Civilization)*. Michigan, 1997.

¹⁴³ Podrobnější údaje k ní viz např. COZZI, G. Authority and the Law in Renaissance Venice. In: J. R. Hale (ed.). *Renaissance Venice*. London, 1973, s. 307–308.

¹⁴⁴ Srov. např. POLIŠENSKÝ, J. *Casanova a jeho svět*. Praha, 1997, s. 48–57.

¹⁴⁵ Základním způsobem SHAW, C., op. cit., s. 193–195.

¹⁴⁶ Srov. případ USA, kde souzením pachatelů útoků z 11. září 2001, postupně soustředěných na základně Guantanamo, a dalších osob prezident G. W. Bush svým rozhodnutím z listopadu 2001 zmocnil zvláštní vojenské komise, jejichž rozhodnutí nebudou moci být přezkoumána obecnými federálními soudy; Nejvyšší soud sice zpochybnil ústavnost těchto komisí zřízených bez souhlasu Kongresu v rozsudku *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), tento souhlas ale Kongres bezodkladně dal v *Military Commissions Act* z roku 2006; až dnes je ale určitá omezená forma přezkumu rozhodnutí vojenských komisí možná; srov. k tomu přehled od ELSEA, J. K. *The Military Commissions Act of 2009 (MCA 2009): Overview and Legal Issues*. 2014, dostupné za: <<https://fas.org/sgp/crs/natsec/R41163.pdf>>.

a hlásili se – často i velmi okázale – k základním křesťanským morálním hodnotám. Byť se dnes vede určitá debata o tom, zda je dnešní pojem korupce – jejíž vzestup je nezřídka spojován právě s úpadkem morálních hodnot – možné na jednání soudců v tomto období vztahovat a zda to není ahistorické,¹⁴⁷ z dochovaných dobových zpráv i z krásné literatury lze usuzovat, že přinejmenším v některých případech bylo požadování nebo nabízení neoprávněných výhod v kontextu rozhodování sporů již současníky jako jednoznačně nepřijatelné a nesprávné posuzováno. O tom dodnes svědčí třeba i některé příběhy z *Dekameronu* nesmrtelného Giovanniho Bocaccia (1313–1375). Ten ostatně mezi řádky výmluvně upozorňuje také „na slepou přísnost zákonů a soudců, kteří chtějí být horlivými hledači pravdy, ale velmi často upadají do krutosti a způsobí, že se dokáže, co není pravda, a kteří se nazývají služebníky spravedlnosti a Boha, ačkoli jsou vykonavači nepravosti a dábla“.¹⁴⁸

Ona velká kapitola v historii evropského práva, jakou „renesance římského práva“ či „právní revoluce“ z pomezí italského středověku a raného novověku bezesporu je, tedy ani, pokud jde o soudnictví, nenaznačuje, že by šlo o věk, který bychom mohli jednoznačně opěvovat jako zlatý a až podezřele mnoho problémů, které se v něm vyskytují, připomíná situaci nemalé části dnešního západního světa.

ZÁVĚR

Smyslem tohoto článku rozhodně není tvrdit, že soudobé právo na Západě nemá – ve světle problémů, jaké měly staré italské společnosti – potíže, ani to, že řada z těchto potíží není skutečně závažná a naléhavá. Jeho smyslem není ani vyvracet tezi, že přinejmenším část potíží, jimž dnes právní řády západního světa včetně toho českého čelí, není dána specifickými problémy současné společnosti, která prochází hlubokými proměnami, protože to by znamenalo popírat podstatu práva jako normativního systému, jehož podoba a fungování je vždy závislá na představách a hodnotách konkrétní společnosti, pro kterou platí, v konkrétním čase a na konkrétním místě.¹⁴⁹ Už vůbec by pak tento článek neměl být pochopen jako výzva k tomu, abychom rezignovali na debatu o tom, jakými způsoby další erozi právní jistoty a tím i společenské důvěry v právo na Západě zastavit, jelikož je to stejně marné a tato eroze je nevyhnutelně osudem veškerého práva v západním pojetí.

Podrobnější pohled na některé z problémů, se kterými se potýkaly právní řády italských států mezi vrcholným středověkem a raným novověkem, a jejich srovnání se současnou situací ale podle našeho názoru dost jasně poukazuje na dvě podstatné okolnosti, které zpochybňují obecně přijímané představy o soudobé krizi práva na Západě ve dvou směrech a nutí odsuzující a tvrdé závěry o soudobém právu ve dvou směrech korigovat či přinejmenším zmírnit.

Zprvė a především, historie právních řádů, které kdysi platily v oněch dávno padlých italských státech a které působily v podmínkách dávno zmizelých společností vycházejí-

¹⁴⁷ K tomu viz podrobně DEAN, T. *Crime in Medieval Europe: 1200–1550*, s. 41–43.

¹⁴⁸ BOCCACCIO, G. *Dekameron, Den třetí, příběh sedmý*; citováno podle překladu R. Krátkého. Praha: Baronet, 1997, s. 207.

¹⁴⁹ Srov. např. POSPÍŠIL, L. J., op. cit., s. 66 nebo SACCO, R., op. cit., s. 35–40.

cích z dávno opuštěných společenských modelů, podle našeho názoru zřetelně naznačuje, že dnes tak často tradovaná představa o zmizelém zlatém věku, v němž bylo právo jednoduché, přístupné všem osobám průměrného rozumu a bezrozporné jak v rovině „in books“, tak „in action“, neplatí a je ze všeho nejvíce poplatná stejným myšlenkovým schémátům, která známe ze všech jiných oblastí lidské činnosti. Ta odrážejí cosi z individuální i kolektivní psychologie, pro niž je typické, že negativní prožitky z minula vytěsňuje a minulost si postupně konstruuje jako blažený čas nevinosti. Výstižně se tato schémata dodnes ozývají v proslulých Ovidiových *Proměnách*, v nichž, jak víme, básník v souladu s tradičním mytologickým schématem rozdělil dějiny lidské společnosti do čtyř věků. Zatímco ten poslední, současný, ve kterém žil on sám, označil – tak jak by to dnes udělal i leckdo z našich současníků v případě soudobého práva – za věk železný a ze všech nejzkaženější, kdy „*kruté vzcházejí války ... žije se z loupeže ... i bratrská láska je vzácná ... jen po zbožnosti se šlape a panenská bohyně Diké, poslední z nebešťanů, zem opouští prosáklou krví*“, každý z předchozích věků se mu jevil vždy o něco lepší, přičemž ze všech nejvzdálenější věk první byl dle básníka skutečný „*věk zlatý, kdy bez zákonů a soudců člověk sám od sebe sám si správně a poctivě vedl*“.¹⁵⁰ Představy o harmonické podobě práva a jeho nekonfliktním uplatňování ve starých a dávno minulých časech a o jeho postupném úpadku až do dnešní kritické podoby má tak celkově blíže k mytologii než k realitě v tom rozsahu, ve kterém závěry právněhistorického výzkumu vylučují, abychom třeba právě éru „renesance římského práva“, jednu z nejslavnějších v dějinách práva na Západě, za zlatý věk bez výhrad označovali.

Zadruhé, i když na debatu o způsobech, jak další erozi právní jistoty a tím i společenské důvěry v právo na Západě zastavit, nemůže a nesmí právní nauka rezignovat, nemá-li se tato nauka stát ryším uměním pro umění, které je uzavřené do sebe a nemá z hlediska zbytku společnosti význam, ve světle zkušeností Itálie mezi vrcholným středověkem a raným novověkem by bylo pošetilé čekat, že je možné dospět k ideálnímu stavu, kdy se právo bude v plném rozsahu potkávat se společenskými očekáváními a beze zbytku naplní ideály, kterými právní i politická nauka indoktrinuje nové adepty právních profesí i zbytek společnosti. Zdá se totiž, že složitost práva, tendence k nárůstu jeho objemu i ke složitému překrývání mezi jeho normami je v západním pojetí jakousi konstantou, ke které právo v západní společnosti vždy a znovu dospívá a v tomto smyslu můžeme dokonce postulovat, že složitost práva je doslova antropologickou konstantou, která se při řízení společnosti prostřednictvím práva na Západě opakovaně dostavuje.

Takový stav má bezesporu řadu příčin. Přisuzuje-li se totiž právu role hlavního normativního systému, o který se má společnost opírat, je tím podle našeho názoru dopředu určeno, že právní normy se nebudou moci omezit jen na několik základních principů, s nimiž bychom si mohli vystačit ve všech společenských situacích, byť bychom si to tak přáli. Musí tomu tak být tím spíše, že tendence k formalizaci a nárůstu počtu a složitosti právních norem je jevem, který právní antropologové leckdy pozorují i na mnohem nižším stupni organizace společnosti, než byl ten, na kterém se nacházely společnosti staré Itálie a na kterém se nachází dnešní společnosti evropské.¹⁵¹ Za situace, kdy se západní

¹⁵⁰ OVIDIUS NASO, P. *Proměny*, 1, 89; citováno podle překladu I. Bureše. Praha, 1974.

¹⁵¹ Viz např. SIMMONS, R. *Order and Dispute. An Introduction to Legal Anthropology*. 2. vydání. New Orleans, 2013, s. 133.

společnost programově hlásí k tomu, že se musí vyvíjet a měnit, a současně se mění preference společnosti i technologie, kterými společnost vládne, aniž by bylo dopředu známo, jaké dopady to může na společnost mít, je kromě toho velmi těžké očekávat, že právní normy budou trvalé a že o jejich podobu nebude veden souboj, ve kterém se nebudou snažit projevít a prosadit nejrůznější zájmové skupiny. Velmi podstatnou roli v procesu vnímání práva jako složitého a nepřístupného systému pak nepochybně hraje, jak upozorňují antropologové práva, i akcent na jazyk, do něhož jsou právní normy kódovány a který nutně redukuje společenskou realitu, takže skutečný způsob práce s právem pak může být v rozporu s očekáváním příslušníků společnosti.¹⁵² V neposlední řadě, jak nám připomínají opět právní antropologové, právo je do jisté míry i záležitostí víry a společenských představ, což znamená, že jestliže společnost tuto víru v právo v určitém čase ztrácí a nabude přesvědčení, že je právo v krizi, nemá taková situace jednoduchá řešení.¹⁵³

Právněhistorická ohlédnutí nás tak, zdá se, učí ještě jedné podstatné věci, která se obvykle v právní nauce příliš otevřeně neříká. Vládnutí prostřednictvím práva může být zajisté uspokojivější než vláda opírající se o jiné prostředky, nelze ale čekat, že tato vláda zajistí sama o sobě harmonickou koherenci společnosti a magicky prvoplánové řešení problémů, které ve společnosti existují. Právo je pouze jedním z prostředků, jak společnost držet pohromadě a jak řešit konflikty, které v ní nutně vyvstávají, není ale samo o sobě řešením společenských problémů. Jak ukazuje právě italská zkušenost z doby, kdy se středověk lámal do novověku, vláda prostřednictvím práva může navíc dokonce sama rozmanité společenské problémy a dokonce konflikty generovat. Celkově pak zřejmě platí i to, že není-li ideální lidská společnost sama, stěží takové mohou být normativní systémy, které si pro sebe tato společnost tvoří.

¹⁵² SACCO, R., op. cit., s. 139–165.

¹⁵³ Viz např. RUDE-ANTOINE, E. – CHRÉTIEN-VERNICO, G. (eds). *Anthropologies et droits. Etat des savoirs et orientations contemporaines*. Paris, 2009, s. 216–219.

Crisis of Contemporary Law in Historical Context

Jan Malíř

***Abstract:** The present article compares the problems of contemporary Western law, criticized for the demise of legal certainty and social confidence in law, with those in societies in Italian states between High Middle Ages and Early Modern period. This comparison shows that many problems found in the present legal systems including uncertainty due to legal pluralism and plurality of sources of law, instability of law, proliferation of written law and conflicts between its provisions, slow and formalist judiciary which may be prone to corruption or pressures from lobby groups are repeated in the West which suggests that these problems may represent anthropological constants linked to rule through law in the Western understanding. It seems that this observation holds true also for legal reforms which are regularly called for and put into practice without being able to bring about the ideal solution.*

***Key words:** crisis of law, Italy, High Middle Ages, Early Modern period, legislation, judiciary, society*