

## PANOVNICE NA ROZHRANÍ EPOCH A CESTA K MODERNÍMU STÁTU A PRÁVNÍMU ŘÁDU (Před třemi sty lety se narodila Marie Terezie)

Ladislav Vojáček\*

**Abstrakt:** Článek je připomenutím třístého výročí narození Marie Terezie, které připadá na 13. května tohoto roku. Autor panovnici představuje jako symbol doby, v níž habsburská monarchie opatrně, ale zároveň rázně nakročila na cestu vedoucí k modernímu státu, k jeho efektivnějšímu řízení prostřednictvím profesionálního aparátu a pro všechny platných právních předpisů a k sociálně spravedlivější společnosti, tedy k tomu, co dnes – se všemi klady i zápory – považujeme za západní civilizaci. Přicházející revoluční přeměna společnosti, včetně nového pohledu na fungování státu a na roli práva, Marie Terezie odstartovala svým odpovědným přístupem k panovnickým povinnostem a schopností reflektovat potřeby společnosti. Autor přibližuje motivace, obsah a důsledky nejdůležitějších tereziánských reforem. Zmiňuje reformy státního aparátu (novou organizaci a profesionalizaci poradních orgánů, správních orgánů i soudnictví), kodifikaci jednotného česko-rakouského trestního a směnečného práva i pokus o kodifikaci práva občanského, finanční, vojenské, národohospodářské, poddanské, církevní i školské reformy. Oceňuje přitom, že reformy z tereziánského období nebyly tak razantní jako pozdější opatření Josefa II., často však byly daleko trvalejší. Stručně si také všimá, jak tereziánské reformy hodnotili současníci a učebnice dějepisu a právních dějin z konce 19. a začátku 20. století, z doby první Československé republiky a z poúnorového i normalizačního Československa.

**Klíčová slova:** Marie Terezie, habsburská monarchie, české země, osvícenský absolutismus, reformy

### 1. RENASCENS SPES ORBIS

Císař a král Karel VI. Habsburský se po smrti svého bratra Josefa I. stal posledním žijícím mužským příslušníkem habsburského rodu. Proto brzy po nástupu na trůn, v roce 1713, „ve slavném shromáždění všech tajných rad z rozličných království a zemí“<sup>1</sup> vyhlásil nařízení, jež do dějin vešlo jako Pragmatická sankce. Dokument, který Valentin Urfus oprávněně označil za rodný list podunajské monarchie,<sup>2</sup> vytvořil z habsburského soustátí celek s jednotnými předpisy o nástupnictví a pro případ, že panovník nebude mít mužské potomky, zaručoval nástupnictví na všechny habsburské trůny též princeznám z vládnoucího rodu a jejich potomkům.

Alternativa, že se po smrti vládnoucího císaře Karla VI. v duchu Pragmatické sankce na habsburské trůny posadí žena, se zpočátku nejevila příliš pravděpodobně. Císařskému páru se totiž v roce 1716 narodil syn Leopold Johann Josef. Neduživé dítě však zemřelo už na podzim téhož roku. Nicméně stále existovala reálná možnost, že na svět přijde další mužský potomek, zvláště když císařovna byla v té době opět v pozhaném stavu. Nikdo se proto asi nedokáže vžít do pocitů římsko-německého císařského páru Karla VI. a Alžběty Kristýny Brunšvické (Elisabeth Christine von Braunschweig-Wolfen-

\* Prof. JUDr. Ladislav Vojáček, CSc., katedra dějin státu a práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity.  
E-mail: Ladislav.Vojacek@law.muni.cz.

<sup>1</sup> TOMEK, Václav Vladivoj. *Děje království českého*. Praha: nákladem Fr. Řivnáče, 1885, s. 304.

<sup>2</sup> URFUS, Valentin. 19. 4. 1713. *Pragmatická sankce. Rodný list podunajské monarchie*. Praha: Havran, 2002.

büttel),<sup>3</sup> když se jim 13. května 1717 narodila dcera Maria Theresia Walburga Amalia Christiana. Jistě měli z narození zdravého děvčátka radost. Vždyť pamětní medaile, kterou nechal otec při této příležitosti razit, hlásala, že se právě zrodila nová naděje světa (*Renascens Spes Orbis*).<sup>4</sup> Ale zároveň v nich ještě musel doznívat smutek ze smrti jejich syna a navíc – říše potřebovala mužského následovníka. Možné nástupnictví ženy totiž věstilo problémy. Pragmatickou sankcí se mohli mnozí cítit poškozeni, ale hlavně: rakouské dědictví bylo příliš lákavé, aby se je mocní sousedé nepokusili získat, nebo si z něj alespoň kousek ukrojit.

Alžběta Kristýna svému muži v následujících letech porodila už „jen“ dvě další dcery a mužský potomek, který by před nimi měl v nástupnické posloupnosti přednost, nepřišel. K panování tak byla předurčena nejstarší z dcer – Marie Terezie. Je třeba říci, že se její otec nespolehal jen na pouhý „cár papíru“, jak se jistě Pragmatická sankce v té době mnohým jevila, ale snažil se její nástup na trůn diplomaticky pojistit, a to i za cenu velkých ústupků a ztrát. Jeho snaha a oběti však přišly vniveč. Jak jsem již napsal, „*rakouské dědictví bylo příliš lákavé...*“.

## 2. NA ROZHRANÍ EPOCH

Marie Terezie se nenarodila do jednoduchého světa.<sup>5</sup> Ostatně, kdo se do něj rodí... První polovina 18. století však byla dobou pozvolna se prosazující zásadní změny a ta se neobešla bez permanentních názorových a politických střetů a četných střetů vojenských. Přestože nenastal přelom, radikální a rychlá změna zdánlivě přicházející ze dne na den, běh času se výrazně zrychloval a svět se – též přičiněním ženy na habsburských trůnech, ale často i proti její vůli – rychle měnil. Pro vnímavé bylo už v prvních letech života budoucí panovnice zřejmé, že přichází něco nového, i když ještě nebylo zcela zřejmé, co. Ona sama však byla se zárodky onoho „nového“ plně konfrontována až později, teprve poté, co dosedla na panovnický trůn. V její jinak pečlivě a důkladně výchově totiž chyběla soustavnější příprava na řízení státních záležitostí,<sup>6</sup> tedy i na seznámení se s novými státoprávními a ekonomickými koncepcemi a jejich vyústěním v praktické politice. Přesto rychle pochopila slabiny stávajícího systému a fungování státního aparátu v něm a dokázala najít – z její strany ostražitý – *modus vivendi* s novými trendy. Až v posledních letech života u ní výrazněji převážily konzervativní rysy. Zřejmé to však

<sup>3</sup> Psaní jmen a příjmení se v různých českých a německých textech liší. Přiklánět se budu k tomu, co považuji za u nás běžnější, případně uvedu českou i německou verzi.

<sup>4</sup> Avers i revers medaile dostupný z: <<https://www.numisbids.com/sales/hosted/dorotheum/nov13/image/00986.jpg>>.

<sup>5</sup> Biografií slavné panovnice byla napsána dlouhá řada. Jako příklad chci připomenout „starou“ německou (GUGLIA, Eugen. *Maria Theresia. Ihr Leben und ihre Regierung. I., II.* München – Berlin: R. Oldenbourg, 1917), starší českou (JANUSOVÁ, Jana – KÁŇA, Otakar. *Její Veličenstvo Marie Terezie*. Praha: Mladá fronta, 1987) a u nás momentálně asi nejpřístupnější práci z pera francouzského znalce německých dějin (BLED, Jean-Paul. *Marie Terezie. Zakladatelka moderního státu*. Praha: Slovart, 2013).

<sup>6</sup> Učitelé Marie Terezie byli zejména jezuité Franz Xaver Vogel (matematika) a Gottfried Spannagel (latina a filosofie) a laik Jacob Marinoni (matematika). Vedle uvedených disciplín se v její výuce věnovala velká pozornost jazykům. Český ani maďarský však neuměla (v Uhrách byla až do poloviny 19. století úřední řečí latina). K tomu BLED, Jean-Paul. *Marie Terezie. Zakladatelka moderního státu*, s. 13. Než jsem si tuto publikaci vyhledal, chtěl jsem svůj příspěvek nazvat podobně: *Marie Terezie. Spoluzakladatelka moderního státu*.

nebyl jen důsledek stárnutí, ale i podvědomá obranná reakce vůči razantním a často nedomyšleným návrhům a krokům jejího netrpělivého syna a nástupce.

Podhoubím přicházejících společenských změn byl hospodářský a technický rozvoj, zpravidla podněcovaný snahou o zdokonalení vojenské techniky, a s ním ruku v ruce jdoucí rozvoj přírodních věd. Jejich výsledky začaly měnit nejen pohled na přírodu, ale i na společnost. Čím byli pro přírodní vědy Galileo Galilei, Mikuláš Koperník či sir Isaac Newton, tím byli pro „politické“ vědy, tedy i vědy o státu, přirozenoprávně uvažující teoretici. Klíčové přitom nebylo samotné jejich přirozenoprávní uvažování, to, jak známo, rozhodně nebylo *nihil novi sub sole*, v tom ani zdaleka nebyli první. *Sub sole novum* bylo, že v návaznosti na pokrok v přírodních vědách své koncepcce opřeli o rozum jako zdroj, schopný pochopit a přetvářet společnost a v rámci této komplexní přeměny zplodit též univerzálně platný model ideálně fungujícího státního mechanismu.<sup>7</sup> Fikce společenské smlouvy, již se snažili vysvětlit původ státní moci, koncept přirozených práv, nově pojímající vztah občana a státu, a koncept dělby moci, bez něž společnost „nemá vůbec ústavu“ (pozdější francouzská *Deklarace práv člověka a občana*), připravovaly půdu pro zásadní změnu. Ale v habsburské monarchii konce první poloviny 18. století byla změna, zakódovaná v přirozenoprávních koncepcích Johna Locka, Charlese Louise de Montesquieua či provokativního Françoise Marie Aroueta, řečeného Voltaire, tedy příchod moderního konstitučního a právního státu, ještě skryta za horizontem, za nějž nebyli schopni dohlédnout ani ti nejlépe vybavení. Nicméně nové vnímání světa je již ovlivňovalo. Vždyť třeba z pojetí společenské smlouvy Lockova předchůdce Thomase Hobbesa mohli panovníci snadno čerpat argumenty pro absolutistický způsob vládnutí, „moderně“ založený na rozumových principech správné a spravedlivé vlády: „*svrchovaná moc [...], je-li dána jedinému člověku, ten se pak nazývá nejvyšším pánem státu. Projevy svrchované moci jsou tyto: vydávat a rušit zákony, rozhodovat o válce a míru, vyšetřit a rozsoudit všechny spory buď osobně, nebo prostřednictvím soudců vlastním rozhodnutím ustanovených, vybírat úředníky, ministry, rádcy*“.<sup>8</sup> Z přirozenoprávního uvažování akceptovali především víru v sílu rozumu, kritický racionalismus, a měnili svůj pohled na člověka a jeho aktivity i na stát – na jeho uspořádání, funkce či vztah k obyvatelstvu. Nově pak také logicky vnímali své postavení a úkoly, které před ně staví privilegium a zároveň povinnost stát v čele státu. A nově také pohlíželi na právo, v němž už ztrácely na významu stavovské rozdíly.

Nové myšlenkové proudy této doby spojujeme s termínem osvícenství<sup>9</sup> a jejich proktnutí se zájmy panovníků 18. století s označením osvícenský absolutismus.<sup>10</sup> Přestože

<sup>7</sup> Samotný pojem „*státní mechanismus*“ odkazuje na inspiraci v technických vědách, na představu státu jako dobře fungujícího stroje, v něm jednotlivé součástky do sebe účelně zapadají a funkce každé jediné záleží na správném fungování všech ostatních.

<sup>8</sup> Citováno z pojednání *O občanu* (v pozdější verzi *Leviathan*); in: HOBBS, Thomas. *Výbor z díla*. Praha: Svoboda, 1988, s. 193.

<sup>9</sup> Osvícenství nejnověji výstižně charakterizoval František Stellner jako „*celoevropské společensko-kritické hnutí 17.–18. století*“, které „*zahrnovalo všechny oblasti lidského života*“ a „*považovalo rozum za jedinou a poslední instanci, rozhodující o metodách, pravdě a omylu každého poznání, stejně jako o normách etického, politického a sociálního jednání*“; STELLNER, František. Absolutismus osvícenský. In: SCHELLE, Karel – TAUCHEN, Jaromír. *Encyklopedie českých právních dějin*. I. svazek, (A–Č). Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 184. K tomu doplním jen též výstižné konstatování Františka Šamalíka, že „*osvícenství rehabilituje pozemskost člověka, jeho světská práva, egoismy, zájmy, je zušlechťenou, mravně a právně ukázněnou renesancí*“; ŠAMALÍK, František. *Úvahy o dějinách české politiky*. Praha: Victoria Publishing, 1996, s. 202.

raněnovověký absolutismus jednoznačně staví do popředí osobu panovníka a my si navíc připomínáme výročí narození Marie Terezie, měli bychom si být vědomi, že ve spojení s uskutečněnými a „nastartovanými“ změnami je Marie Terezie více než živoucím člověkem symbolem své doby. Sice byla panovnicí aktivní, která rychle pronikla do tajů vládnutí a skutečně vládla, nicméně nebyla, a ani nemohla být, vždy tím, kdo inspiroval prováděná opatření, natož pak aby je přímo uváděla do života. V mnoha případech dokonce působila spíše jako brzda (což ale u někdy ukvapených a příliš razantních nápadů spoluvládajícího syna bylo i ku prospěchu věci). Přes hluboký respekt k její osobě a s vědomím toho, že nesla odpovědnost za výběr svých spolupracovníků (mohla se obklopit konzervativními, do minulosti zahleděnými muži, kterých jistě nebylo ve Vídni i v jednotlivých zemích málo) a že konečné rozhodnutí vždy leželo na jejích bedrech, je třeba vyzvednout též roli jejího okolí, tedy vysokých státních úředníků. Jim důvěřovala a jejich radám byla ochotná pozorně naslouchat, i když třeba byly v řadě případů protichůdné, případně zcela nekonvenovaly s jejími představami. Jak ukazuje její tzv. politický testament,<sup>11</sup> v jehož první části po zkušenosti z desetiletého panování odkrývala kořeny špatného stavu monarchie a ukazovala cesty k nápravě, příčiny problémů primárně nehledala a nenacházela v osobách, ale v chybně nastaveném systému. Přesto některé lidi ze svého okolí nešetřila a neodpustila si s hořkostí postěžovat na „zdeděné“ úředníky, kteří jí nebyli oporou, jakou zejména zpočátku potřebovala: „*Ti, kdo mne s tím měli seznámit, toho nebyli schopni, nebo to udělat nechtěli*“ („*Diejenigen, die mir hievon Connoissance geben sollten, waren dessen nicht capable oder wollten es nicht tun.*“).<sup>12</sup> Českému dvorskému kancléři Filipu Josefu Kinskému zase přičítala velkou část viny na neúspěchu v první slezské válce. Naopak vyzvedla zásluhy a věrnost svých tehdejších nejbližších spolupracovníků.

Připomenou alespoň některé. Po odchodu vesměs přestárlých úředníků jejího otce se klíčovou osobností reformního úsilí vídeňského dvora stal syn saského generála hrabě Friedrich Wilhelm von Haugwitz, který se uvedl úspěšnými reformami v „rakouském“ Slezsku, tedy té části Slezska, která zůstala pod vládou Habsburků (a součástí zemí Koruny

<sup>10</sup> Osvěcenský absolutismus se podle charakteristiky Theodora Saturníka hlásil k „*vyššímu pojetí absolutistického státu*“, který „*má mít nejen práva, nýbrž i povinnosti ke svým občanům*“ a „*sloužití obecnému dobru (salus publica suprema lex)*“; SATURNÍK, Theodor. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě. Nástin přednášek*. Seš. 2. Praha: vlastním nákladem, 1938, s. 53. Za nejlepší prostředek k dosažení svého účelu, zdokonalení vnitřních poměrů a obecného dobra, samozřejmě považoval neomezenou moc panovníka.

<sup>11</sup> Tzv. politický testament Marie Terezie je pozoruhodným dokumentem. Tvoří jej dva pamětní spisy určené pro její následovníky. Na níže uvedené webové stránce je převzat první z nich, který vznikl v letech 1749 až 1750 a dokončen byl po skončení přestavby státního aparátu z těchto let. Panovnice v něm vysvětlovala, proč byla reforma nezbytná. Druhý pochází z let 1755 a 1756 a skutečný testament připomíná i tím, že byl zveřejněn až po smrti Marie Terezie. Oba jistě celé nezveřejly z pera panovnice, byly však napsány jejím jménem a ona se přímo podílela na jejich koncipování i na konečné redakci. Vedle toho, že obsahují řadu historicky cenných detailů, ukazují na charakteristické rysy osobnosti Marie Terezie jako ženy i panovnice. Odrážejí se ve zdůvodňování zaváděných opatření, v jejím pohledu na nejbližší spolupracovníky i v projevech hluboké víry v Boha, jemuž – nikoliv sobě, svým úředníkům, vojákům či obyvatelstvu, snášejícím všemožné útrapy – přičítala hlavní zásluhu na tom, že se monarchie v krizových čtyřicátých letech zcela nezhroutil. (Text citovaného dokumentu: Maria Theresias Politisches Testament (1749–50). *Deutsche Geschichte in Dokumenten und Bildern*. Band 2. Vom Absolutismus bis zu Napoleon 1648–1815. Dostupné z: <[http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/deu/3\\_AustrianHabsburgEmpire\\_Doc.1\\_German.pdf](http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/deu/3_AustrianHabsburgEmpire_Doc.1_German.pdf)>. Znění převzato z KALLBRUNNER, Josef (Hrsg.). *Kaiserin Maria Theresias Politisches Testament*. Wien: Verlag für Geschichte und Politik, 1952, s. 25–73).

<sup>12</sup> *Ibidem*.

české). Důvěru císařovny si uchoval hrabě a později vévoda Emmanuel Silva-Tarouca, podílející se už na její výchově. Od začátku padesátých let se stále zřetelněji prosazoval hrabě a pak kníže s moravskými kořeny Václav Antonín Kounic-Rietberg (Wenzel Anton von Kaunitz-Rietberg). Jeho role vzrostla zejména od druhé poloviny šedesátých let, kdy na jedné straně brzdil netrpělivého, sebevědomého a někdy až bezohledného Josefa a na straně druhé se snažil konzervativní návrhy Marie Terezie přizpůsobit jeho myšlení, a tak se často stával hromosvodem, v němž se vybíjely názorové střety panovnice a jejího agilního spoluvládce. Velký vliv na císařovnu měl její osobní lékař, Holanďan baron Gerard van Swieten, jehož dílem byla zejména univerzitní reforma. Ve vojenských věcech důvěřovala maršálu hraběti Leopoldu Josefu Daunovi, který se osvědčil jako dobrý organizátor vojenské správy. Její důvěru postupně získával též syn štrasburského profesora baron Johann Christoph Bartenstein. Na reformách ekonomiky se výrazně podílel hrabě Rudolf Chotek.

Samotná Marie Terezie si byla významu lidí ve svém okolí velmi dobře vědoma. Jean-Paul Bled cituje její konstatování z druhé části politického testamentu, že „nejdůležitějším úkolem panovníka je výběr poradců“.<sup>13</sup>

### 3. ČAS PRO VÁLKU, ČAS PRO REFORMY

Vzpomínka na Marii Terezii v právnickém časopise se nemůže nezaměřit na to, co v souhrnu označujeme jako tereziánské reformy. O nich bylo popsáno snad ještě více papíru než o životních osudech a válkách slavné panovnice. Dočteme se o nich v pracích zaměřených primárně na ně,<sup>14</sup> v již zmíněných životopisech Marie Terezie, ale i Josefa II., v různých podrobných historických výkladech o počátcích novověku, v právněhistorických učebnicích, ve studiích věnovaných hospodářským dějinám, válečné historii, vývoji vztahu státu a církve či historii školství, dopravy, měny nebo třeba statistiky. Výčet jen u nás snadno přístupných prací by mohl být delší než samotný tento článek. Není jej však třeba, už jen zmíněná tematická rozmanitost prací, dotýkajících se tereziánských reforem, svědčí o jejich šíři.

Dobu vlády Marie Terezie samozřejmě nelze členit tak jednoduše, jak by naznačoval název této kapitoly. K prvním poměrně razantním zásahům do organizace ústředních orgánů nebo do finanční sféry sáhla pod tlakem vojenských neúspěchů už „v čase pro válku“ brzy po nastoupení na trůn. Nesporné však je, že v dobách velkých válečných konfliktů, v bouřlivých čtyřicátých letech a v době sedmileté války se do popředí dostávaly aktuální vojenské a diplomatické záležitosti a s nimi spojené další akutní problémy. Po skončení bojů se naopak císařskému dvoru rozvažovaly ruce pro promyšlenější a komplexněji pojaté reformy, jejichž potřebu navíc umocňovaly obrovské škody, které válečné roky přinášely. Jen dodám, že války citelně zasáhly zejména české země, na jejichž území probíhala většina pustošivých střetů. Jejich části se střídavě dostávaly do rukou rakouských, pruských, bavorských, saských či francouzských jednotek. Vlastní i cizí vojáci nejen pustošili a plenili, ale zároveň potřebovali nakrmit, ubytovat, vystrojiti...

<sup>13</sup> BLED, Jean-Paul. *Marie Terezie. Zakladatelka moderního státu*, s. 85.

<sup>14</sup> Z nich připomínám relativně novou popularizující práci s poněkud nedomyšleným názvem FRAIS, Josef. *Reformy Marie Terezie a Josefa II. (a nejen v českých a moravských zemích)*. Třebíč: Akcent, 2005.

Války a reformy byly provázány i jinak. Neúspěšné války s Pruskem Marii Terezií a jejímu okolí ukázaly, že monarchii k budoucímu vítězství nepřivedou pouze jednotlivá izolovaná opatření tam, kde jsou problémy viditelné na první pohled. Nastolily nutnost radikálního řezu, komplexu vzájemně provázaných opatření, dotýkajících se struktury a fungování státního aparátu od nejvyšších pater až k základním článkům, obstarávání příjmů pro státní pokladnu, organizace a materiálního zázemí armády, ekonomiky, infrastruktury, postavení jednotlivých vrstev obyvatelstva, vztahu státu a církve a školství. Na jejich významu nic nemění, že hlavní motiv reformního úsilí císařského dvora v první etapě na přelomu čtyřicátých a padesátých let byl čistě utilitární a směřovaný primárně do vojenské sféry: vytvořit materiální podmínky pro zformování, vybavení a vyzbrojení početné a operativní armády, schopné v připravované válce vrátit do rukou Habsburků nedávno ztracené, ekonomicky rozvinuté a tedy bohaté Slezsko.

Měnicímu se duchu doby odpovídalo, že zejména za pozdějšími tereziánskými reformami už nestála jen čistě účelová snaha bez ohledu na vše ostatní zajistit prostředky na vojenské operace a provoz panovnického dvora. Reformní úsilí stimulovala snaha zlepšit celkovou hospodářskou kondici země (která ovšem s přípravami na válku samozřejmě také úzce souvisela). Podstatné při tom bylo, že se v praxi rakouských úřadů prosadil nový pohled na hlavní zdroj bohatství státu: už se nespojovalo s hromaděním zlata, tedy s obchodní sférou, ale s výrobou, v první řadě zemědělskou.

Jenže právě v tomto směru byl stav monarchie alarmující. Hospodářské poměry zhoršovaly nejen zvyšované kontribuce a jiné dávky, plenění okupačními i vlastními vojsky a úbytek obyvatelstva v důsledku vojenských operací. Podepsaly se na nich též katastrofální neúroda, která postihla Čechy a v letech 1771 až 1772 vyvolala hladomor a s ním spojené šíření epidemií, nelidské zacházení s nevolníky, jež na některých panstvích odhalily inspekce státních úředníků, nerovnoměrné rozvržení daňového břemene nebo cechovní předpisy, bránící rozvoji manufakturního podnikání. Další důvod k reformě reformátoři nacházeli v neúměrně velkém vlivu katolické církve ve společnosti. Odrazil se zejména v systematické snaze oslabit vliv mocného Tovaryšstva Ježíšova, považovaného za hlavní překážku při hledání nové úlohy církve ve společnosti. No a konečně, a rozhodně ne v poslední řadě, se přímo jako předpoklad úspěšné proměny společnosti jevílo odstranění vlivu zemských stavů, z pohledu císařského dvora málo operativních, sobecky chránících svá privilegia a privilegia svých příslušníků, lpících na stávajících pořádcích a skeptických k novotám, neboť ty od počátku zjevně směřovaly k marginalizaci jejich vlivu ve společnosti.

Lékem na tyto bolesti se měl stát promyšlený komplex reforem. Správně diagnostikovat potíže, určovat terapii a kontrolovat účinnost léčby měl centralizovaný a byrokratizovaný státní aparát. V tereziánské době díky tomu politická správa, prosazující se proti stavovským institucím na centrální, zemské a krajské úrovni, v různé míře ovlivňovala vojenství, církevní záležitosti, školství, výběr daní, poštu, cechy, manufaktury, obchod, poddanské a čelední záležitosti, ujednávání měny, měr a vah, rozšiřování silniční sítě, vystěhovalectví a přistěhovalectví, zdravotnictví, ochranu pořádku a bezpečnosti, veřejné zábavy nebo stavební policii.

První „čas pro reformy“ nastal na přelomu čtyřicátých a padesátých let. Jak jsem již uvedl, na pozadí reforem zaváděných v tomto období musíme vidět především snahu získat zpět ztracená slezská území. Osvícenství se v nich promítlo jen zprostředkovaně,

a to zejména vědomou nápodobou pruského, novými myšlenkovými proudy ovlivněného způsobu výkonu státní moci. „*Teorie měla jen omezený vliv, z cizích úprav jako vzor sloužila jen pruská, ale i ta jen v omezené míře*“,<sup>15</sup> napsal o tom před sto lety Eugen Guglia.

Druhá reformní perioda začala v polovině šedesátých let skončením sedmileté války, která definitivně stvrdila ztrátu podstatné části Slezska, a tedy i zásadní zmenšení území Koruny české, volbou arcivévody Josefa římským císařem a jeho přijetím za spoluvladaře Marie Terezie. Reformy tohoto období už lze bez pochyb označit za osvícenské. Významně se na nich podílel Josef II. a vedle dalších za nimi stál blízký rádce Marie Terezie Václav Antonín Kounic-Rietberg (není bez významu, že do začátku padesátých let působil jako vyslanec u francouzského královského dvora).

V „*čase pro reformy*“ i v neklidných válečných letech se rodila řada méně či více závažných rozhodnutí a z nich plynoucích organizačních opatření. Ne všechna rozhodnutí byla správná a ne všechna opatření v konečném důsledku úspěšná. Někdy možná chybělo jen více trpělivosti, aby se jejich pozitivní důsledky mohly skutečně projevit, jindy se ukázalo, že vedlejší účinky znehodnocují jejich hlavní účel. Novoty často narážely i na odpor těch, jejichž prospěch v konečném důsledku sledovaly, jindy či jiným se naopak zdály být nedostatečné. Byl to logický důsledek faktu, že politicky aktivní vrstvy obyvatelstva raného novověku se oproti minulosti výrazněji diferencovaly a v důsledku nových trendů v ekonomice rozšiřovaly. „Podnikající“ šlechtici, jakým byl například v tomto ohledu velmi úspěšný manžel Marie Terezie František Štěpán Lotrinský, a bohatnoucí městské obyvatelstvo přicházeli s novými očekáváním, požadovali odstranění administrativních překrad, které už ztrácely své dřívější opodstatnění, a od státu očekávali podporu ve svém snažení. S postupem času ji stále více spojovali s vytvořením liberálního ekonomického prostředí a s možností aktivně se podílet na řízení společnosti. Tento duch, byť v omezené míře, působil i na vrstvy obyvatelstva, které na aktivní ovlivňování společenského dění politickými prostředky ještě pomýšlet nemohly. Když stát začal zasahovat i do jejich postavení, dosud téměř zcela závislého na vrchnosti, vzbuzovalo to naděje na změny – často v dané chvíli nereálné – i u nich. V kombinaci se zničujícími důsledky válek a hladomoru se i ony odhodlaly ovlivnit svou situaci a činily tak prakticky jedinými prostředky, které měly k dispozici – začaly se bouřit.

Zásadní i dílčí tereziánské reformy již historická a právněhistorická literatura popsala na daleko větším prostoru, než mám k dispozici já. Přesto bych se u některých z nich chtěl zastavit, byť jen stručně a spíše obecně. Předsestavit musím, co už bylo řečeno: leitmotivem reformního úsilí bylo posílení panovníkem svědomitě řízeného státu, usilujícího o prosazení se na mezinárodní scéně. Nově se stále zřetelněji dostávalo do popředí přesvědčení, že kondice státu se odvíjí od kondice všech vrstev obyvatelstva. Jejich tvůrčí potenciál, který reformy uvolní, se totiž bude zpětně promítat do posílení státu a upevnění pozice panovníka.

Poslední očekávaný efekt, posílení moci panovníka, se však dostavil jen krátkodobě. Společenské vrstvy, které reformy vynášely do popředí, se už nechtěly spokojit s pozicí – byť „osvícené“ – manipulovaných objektů. Jejich ambicí bylo vzít osud do svých rukou. Marie Terezie leccos z toho tušila a bála se toho, proto ji znepokojovaly razantní kroky jejího spoluvládnočího syna a snažila se je eliminovat nebo alespoň mírnit.

<sup>15</sup> GUGLIA, Eugen. *Maria Theresia. Ihr Leben und ihre Regierung. II.*, s. 2.

#### 4. CENTRALIZACE A BYROKRATIZACE STÁTNÍHO APARÁTU

V poznámce jsem se již zmínil o tom, že se Marie Terezie vzdělávala v náboženství, filosofii, historii, matematice i ve „světových“ jazycích, ale praktickému řešení otázek státní správy že ji učil až život panovnice a její rádcí (s kameralistikou, mimo jiné forsírující silný stát, ji seznamoval její osobní tajemník baron Ignaz von Koch). Rychle si však uvědomila, že předpokladem, aby se všechny ostatní reformní záměry skutečně podařilo uvést do života, je efektivně fungující státní správa a dostatek finančních prostředků.

Přebudování státního aparátu představovalo mnohvrstevnatý komplex opatření. Dotýkala se jednotlivě císařského dvora, zemských institucí, krajů a zprostředkovaně i jednotlivých panství a měst, ale též vzájemného propojení všech těchto organizačních článků do funkčního a výrazně centralizovaného systému. Marie Terezie si ovšem záhy uvědomila, že centralizace je sice žádoucí, ale že v celé monarchii nelze měřit jedním metrem. To se promítlo především do odlišného přístupu k jádru monarchie, tj. k českým a rakouským zemím a v sedmdesátých letech k nim připojenému území Haliče, na jedné straně a k ostatním součástí monarchie na straně druhé, ale reformní kroky zohledňovaly i rozdíly jednotlivých zemí. Všude však reformy provázelo oklešťování vlivu stavovských institucí. Prostřednictvím specializovaných státních orgánů stát navíc zasahoval i do oblastí, které dříve stály stranou jeho zájmu.

Změna organizace správy státu nemohla obejít ani její personální substrát. Profesionalizace výkonu státní správy, zřetelná již od pobělohorských změn, dostala spoustu nových impulsů. Tam, kde dříve bylo odborné vzdělání výhodou, stávalo se nezbytností. Řada reskriptů a jiných právních aktů<sup>16</sup> předepisovala alespoň částečné právnické vzdělání jako podmínku přijetí do zeměpanské, stavovské či městské služby, do krajských úřadů, ke královským i nižším soudům, k advokacii (mezi zemské advokáty nebo přísězné praktiky v nižších instancích) atp. Zájem o osoby s právnickým vzděláním proto výrazně vzrostl a v síti početně rychle mohutnící státní byrokracie, postupně prostupující z ústřední úrovně i do nižších pater státní organizace, se více uplatňovaly též neprilegované osoby především z městského prostředí, brzy pronikající i do vyšších úřadů. Postupně, dříve však ve válce než v civilním životě, se prosazovalo „*staré, primitivní a opovázlivé lidské právo, totiž, že každý platí jen za to, čím skutečně je*“.<sup>17</sup> Tento proces provázela nezbytná reforma výuky na právnických fakultách.

Pro první výrazný zásah do systému ústředních orgánů se Marie Terezie rozhodla již v roce 1742. Z rakouské dvorské kanceláře vyčlenila Tajnou, domácí, dvorskou a státní kancelář, zkráceně označovanou Státní kancelář, a do její výlučné působnosti svěřila zahraniční věci a tajné dynastické záležitosti. Tento krok měl symbolický i reálný význam.

<sup>16</sup> Předpisy vydané v tereziánské době, pokud ještě měly opodstatnění v době vlády Josefa II., byly publikovány in: KROPATSCHEK, Joseph (Hrsg.). *Sammlung aller k. k. Verordnungen und Gesetze vom Jahre 1740 bis 1780, die unter der Regierung der Regierung des Kaisers Joseph des II. theils noch ganz bestehen, theils zum Theile abgeändert sind, als eine Hilfs- und Ergänzungsbuch zu dem Handbuche aller unter der Regierung des Kaisers Josephs des II. für die k. k. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer chronologischen Ordnung*. I.–VIII. a Hauptelenchus und Repertorium über alle acht Bände der Sammlung aller k. k. Gesetze vom Jahre 1740 bis 1780 in einer chronologischen Ordnung und sistematischen Verbindung. Wien, 1786–1787 (dostupné z: <[http://alex.onb.ac.at/tab\\_tgb.htm](http://alex.onb.ac.at/tab_tgb.htm)>). V roce 1789 byla tato sbírka vydána pod názvem *K. k. Theresianisches Gesetzbuch*.

<sup>17</sup> Citováno podle IM HOF, Ulrich. *Evropa a osvícenství*. Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2001, s. 65.



Symbolický spočíval v tom, že v názvu jednoho z ústředních orgánů se poprvé objevilo adjektivum odvozené od slova stát. Slovo „stát“ se na počátku novověku postupně prosazovalo jako zobecnující termín pro politické útvary, označované jako říše, země, království, vévodství apod. a spojovalo se s pevnější organizací, kterou v této době získávaly, a s jednoznačnějším vymezením vůči jiným podobným útvarům (Bodinova suverenita). Reálně panovnice tímto krokem dala najevo, jakou důležitost v této kritické době přikládala zahraničněpolitickým, tedy i vojenským, záležitostem. Jako důležité se později ukázalo, že přes funkci státního kancléře do okruhu nejvyšších státních úředníků v roce 1753 pronikl již opakovaně zmíněný, francouzským osvícenstvím ovlivněný hrabě Václav Antonín Kounic-Rietberg, jenž pak stál po boku panovnice až do její smrti. Po jeho nástupu byla Státní kancelář reorganizována a hrabě prostřednictvím své funkce a přízně panovnice stále více ovlivňoval i vnitropolitické dění.

Ještě před Kounicovým příchodem do Vídně však Marie Terezie posvětila soubor opatření, známý jako Haugwitzova reforma. Na vojenská a daňová (berní) opatření v rámci ní navázala u nás nejznámější změnou: zrušením České dvorské kanceláře a Rakouské dvorské kanceláře, dvou vídeňských úřadů představujících dosud vrcholné instance pro správu, finance i soudnictví pro celky českých zemí a alpských (rakouských) zemí. Tyto ústřední úřady sice sídlící ve Vídni, ale s působností vymezenou teritoriálně, nahradila společnými rakousko-českými orgány pro vnitřní správu a finance (*Directorium in publico-politicis et cameralibus*, zkráceně *Directorium in internis*, Ředitelství věcí vnitřních) a pro soudnictví (*Oberste Justitzstelle*, Nejvyšší soudní místo<sup>18</sup>). Toto opatření, provázené posílením odborného prvku na úkor šlechtických hodnostářů, přineslo – prozatím jen v nejvyšší instanci – oddělení soudnictví od státní správy. Vytvořilo tak základ, na němž se vztyčil jeden z nosných pilířů moderní soudní soustavy habsburské monarchie i jejích pozdějších nástupců.

Zrušení České dvorské kanceláře znamenalo zánik nejdůležitějšího orgánu, demonstrujícího sounáležitost zemí Koruny české do jednoho celku. Spolu se souběžným zrušením Rakouské dvorské kanceláře zároveň zahájilo budování jednotného rakousko-českého jádra monarchie, k němuž měly být ostatní habsburské země, tj. Uhry s Banátem, území na severu (budoucí) Itálie a Rakouské Nizozemí (budoucí Belgie), pro tuto chvíli připojeny volnějšímí vazbami.

Podnět k zrušení dvorských kanceláří dala nespokojenost Marie Terezie s jejich fungováním. Podle panovnice upřednostňovaly partikulární zájmy dílčích celků, které reprezentovaly, před společnými zájmy monarchie. Česká stavovská reprezentace toto opatření pochopitelně nesla nelibě. A jak je obecně známo, v 19. století rozhodující složky české národně orientované politiky přikládaly zrušení České dvorské kanceláře velkou váhu a usilovaly o obnovení společných orgánů zemí Koruny české. Argumenty jim k tomu dodávala česká historiografie a právní historiografie.

Přebudování ústřední správy provázelo postátnění zemské a krajské správy a jejich byrokratizace. S reformou zemské správy, rozdělenou do několika etap, začal hrabě Friedrich Wilhelm Haugwitz již v letech 1742 a 1743 ve zbytku Slezska, kde vytvořil

<sup>18</sup> Přidržuji se tohoto označení, přestože autoři nyní používaných českých učebnic právních dějin (včetně naší brněnské, pod níž jsem podepsán) sáhlí k překladu Nejvyšší soudní úřad, který uchu současného čtenáře zní lépe. Podle mne je však poněkud zavádějící, protože navozuje dojem, jako by *Oberste Justitzstelle* byla pouze správním orgánem.

Královský úřad (a Generální daňový a výběrčí úřad) se sídlem v Opavě. V Čechách a na Moravě vznikly v roce 1748 vedle starých zemských úředníků královské deputace, podřízené Hlavní deputaci ve Vídni. Už v následujícím roce zanikly staré zemské úřady v Čechách a pravomoc moravských zemských úřadů byla omezena. Stavovské orgány nahradily v obou zemích byrokratické královské reprezentace a komory. Ve Slezsku vznikl stejnojmenný orgán přejmenováním Královského úřadu. V královských reprezentacích a komorách se koncentrovala prakticky celá vnitropolitická, finanční a vojenská správa, odčleněna zůstala pouze justiční správa.

Když se v průběhu sedmileté války jasně ukázalo, že *Directorium in publico-politicis et cameralibus*, které v padesátých letech ještě postupně rozšiřovalo své kompetence, je příliš těžkopádné a fungování celého systému neúměrně nákladné,<sup>19</sup> nahradily je souběžně s úpravami zemské správy a konstituováním Státní rady v roce 1761 nové orgány. Reformátoři, soustředění kolem hraběte Kounice-Rietberga a kritizující Haugwitzova opatření, svěřili správní (politické) záležitosti Spojené česko-rakouské kanceláři v čele s hrabětem Rudolfem Chotkem. Finanční správu nejen oddělili, ale i rozdělili mezi tři orgány: Dvorskou komoru, Bankodeputaci a Dvorskou účetní komoru. V systému těchto nově zřízených finančních orgánů lze vidět zárodek institucionalizované kontroly státního hospodářství.<sup>20</sup>

Na začátku roku 1761 začala fungovat jako nový poradní orgán panovnice zmíněná Státní rada. Zrodil se v ní silný orgán, z něž v následujících letech vycházela většina reformních návrhů (a zároveň orgán stabilní: sice ve změněné podobě i s jinými funkcemi, ale fungovala až do roku 1848). Do jejího čela panovnice postavila Václava Antonína Kounice-Rietberga.

Na začátku šedesátých let byly královské reprezentace a komory v zemích přejmenovány na gubernia. V jejich čele stáli úředníci s tradičním označením: nejvyšší purkrabí v Čechách a hejman na Moravě. Na nižší organizační úrovni, v čele nově rozčleněných českých krajů,<sup>21</sup> nahradili dva tradiční šlechtické hejtmany byrokratičtí úředníci, kteří už vykonávali svůj úřad ve stanoveném úředním sídle (nikoliv na svém panství, jako jejich předchůdci), za stanovený plat a s ročním funkčním obdobím. Podmínkou přestalo být usazení v příslušném kraji, vyloučení však byli cizinci. V roce 1768 se začala připravovat nová reforma krajských úřadů, ale dokončena a provedena byla až za samostatné vlády Josefa II.

Nový název společného orgánu rakouských a českých zemí (Spojená česko-rakouská kancelář), připomínající ústřední orgány rakouských a českých zemí z doby před Haugwitzovou reformou, a skutečnost, že do čela zemských správ v Čechách a na Moravě byli postaveni úředníci s tradičními stavovskými tituly, by mohly navozovat představu, že se alespoň částečně obnovují staré stavovské instituce. I když to tak mnozí současníci vnímali, přání bylo otcem myšlenky. Pravdou byl pravý opak, neboť nové orgány fungovaly na profesionální bázi a jako součást centralizovaně spravovaného systému státní správy.

<sup>19</sup> Jak uvádějí Jan Janák a Jiřina Hledíková (JANÁK, Jan – HLEDÍKOVÁ, Jiřina. *Dějiny správy v českých zemích do roku 1945*. Praha: SPN, 1989, s. 172), na konci svého fungování byla Haugwitzova správní organizace o čtvrt mil. zlatých dražší než předchozí správní systém.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Z původních 12 krajů v Čechách nově vzniklo 16. Morava, kde se kraje konstituovaly později než v Čechách a kde vliv stavů na jejich řízení byl od počátku menší, se členila do 6 krajů.

Časté organizační změny svědčí o tápání a nejednotnosti v představách o tom, jak by měla státní správa vypadat. Na začátku šedesátých let se však její systém načas stabilizoval a reorganizovaný státní aparát se po skončení války mohl pustit do přípravy a realizace druhé vlny reformem.

## 5. ORGANIZACE SOUDNICTVÍ, POČÁTEK REFORMY PROCESNÍHO A HMOTNÉHO PRÁVA

V roce 1749 vznikla „*die Oberste Justitzstelle*“, tedy Nejvyšší soudní místo, jako jednotný ústřední orgán soudní správy a zároveň nejvyšší soudní orgán. Oddělení soudnictví a jeho správy od vnitropolitické a finanční správy, provedené prozatím jen na ústřední úrovni a předznamenané už oddělením obou agend uvnitř ještě samostatných dvorských kanceláří, zpočátku vedlo ke kompetenčním konfliktům mezi Direktoriem a Nejvyšším soudním místem a mezi královskými reprezentacemi a apelačními soudy v jednotlivých zemích.<sup>22</sup> Aby předešla pokusům o obnovení původního stavu, Marie Terezie opakovaně zdůrazňovala, jak jí na oddělení záleží.

V roce 1753 se změnila povaha pražského apelačního soudu. Po zřízení apelačního soudu v Brně přestal být společným orgánem pro všechny české země, a tak lépe zapadl do představ o instanční struktuře soudů v monarchii. Velmi důležitým opatřením bylo razantní omezení počtu vrchnostenských a městských soudů s hrdelní pravomocí. Došlo k němu nejdříve na Moravě (1753) a pak i v Čechách (1765). Oproti dřívějšímu stavu jich zůstala přibližně desetina.<sup>23</sup> Toto opatření, provedené i v dalších dědičných zemích, zajistilo kvalifikovanější řízení o závažných trestných činech, protože u hrdelního soudu musel rozhodovat soudce s právnickým vzděláním. Nově vznikly směnečné a merkantilní soudy, důchodkové soudy a soudy pro stížnosti poddaných vůči vrchnosti.

Organizační reformy měla provázet reforma procesních předpisů a hmotného práva. Vedle jiných důvodů, které už dříve volaly po rekodifikaci platných předpisů, tj. zejména přežívajícího stavovského partikularismu, zastaralého přístupu k právu i překonaného pojetí řady jednotlivých institutů, si jednotnou úpravu vyžadovalo vytvoření Nejvyššího soudního místa jako společné česko-rakouské soudní instance. Jelikož v době vzniku Nejvyššího soudního místa neexistovaly jednotné česko-rakouské právní předpisy, dělilo se vnitřně na samostatný senát a expedici pro české země a na obdobné organizační složky pro alpské země, což jeho činnost pochopitelně komplikovalo. Nově přijímané předpisy proto měly platit pro všechny rakouské dědičné země (a zároveň pro všechno obyvatelstvo bez rozdílu stavu).

Nejvýznamnějšími předpisy přijatými v tereziánské době nesporně byly směnečný řád (1763) a trestní zákoník z roku 1768 (*Constitutio criminalis Theresiana*). Soukromoprávní kodifikace, známá jako *Codex Theresianus universalis*, zůstala jen ve stadiu neschváleného návrhu. Přes nový přístup k tvorbě právních předpisů se při jejich přípravě projevil tradiční konzervatismus právníků. Ten, přestože zpravidla působí pozitivně jako prevence před neuváženými a příliš razantními změnami, v dané chvíli, kdy už právní

<sup>22</sup> Na Moravě vznikl apelační soud v roce 1753 (s působností i pro „rakouské“ Slezsko), když se reorganizoval Moravský tribunál.

<sup>23</sup> Autoři uvádějí různé počty, jak zřejmě jejich počet kolísal. Nejčastěji se uvádí 25 na Moravě a 30 v Čechách.

úprava dávno neodpovídala dobovým potřebám, namísto nebyl. Návrhy trestněprávní a civilněprávní kodifikace proto nebyly příliš zdařilé a k trestnímu zákoníku z roku 1803 (1852) a občanskému zákoníku z roku 1811, jimiž se kodifikační práce završily, měly svým pojetím ještě hodně daleko.

Podkladem pro přípravu unifikovaného směnečného řádu z roku 1763 se stal dolnorakouský směnečný řád vydaný v roce 1717. Ztrátou podstatné části Slezska se totiž přetrhla slezská linie směnečného práva, opírající se o novější směnečný řád z roku 1738. Panovnice vydala nový směnečný řád původně pouze pro rakouské a české země, ale pak se stal nástrojem dalšího sjednocování směnečného práva: začal platit též v Terstu a Přímoří (1765), v Sedmíhradsku (1771 na základě královského reskriptu, 1792 na základě schválení sněmem), ve východní Haliči (1775) a později též ve Vojenské hranici a v západní Haliči.<sup>24</sup>

Zatímco do poloviny 18. století se směnečný styk soustřeďoval v rukou kupců, podle směnečného řádu z roku 1763 se směnkami mohli zavazovat prakticky všichni, výjimku tvořili jen duchovní a vojenské osoby. Na základě nového směnečného řádu vznikla i soustava zmíněných směnečných a merkantilních soudů. Její základní články v českých zemích tvořily zemské směnečné a merkantilní soudy v Praze, Brně a Opavě. V Praze a v Brně se jako odvolací instance ustavily apelační směnečné a merkantilní soudy. Celou soustavu završoval Nejvyšší soud ve Vídni.

Proces vzniku tereziánského trestního zákoníku poprvé popsal W. M. Wahlberg.<sup>25</sup> Jeho tvůrci navazovali na starší předpisy: říšský (*Constitutio criminalis Carolina*), dolnorakouský (*Constitutio criminalis Ferdinanda*), hornorakouský (*Constitutio criminalis Leopoldina*) a pro české země (*Constitutio criminalis Josephina*), a tato inspirace v něm zanechala hluboké stopy. Vycházel ze zásady, že účelem trestání je především odstrašovat. Jak procesní, tak i hmotněprávní ustanovení zatěžovala řada přežitků, které se neshodovaly s právním vědomím osvícenství ovlivněných právníků a politických činitelů: tortura, zákonná důkazní teorie, kruté tresty spojené s mrzačením a mučením, postih čarodějnictví a magie, vágní skutkové podstaty ad. Najdeme i pozitivní posuny, ale jen dílčí, například sjednocení procesních pravidel pro všechny soudy, včetně zavedení přesných pravidel pro mučení při výslechu.

Nedostatky zákoníku musela napravovat praxe. Ohledně tortury dostaly soudy v roce 1773 interní pokyn, aby mučení při výslechu neaplikovaly, a v roce 1776 přišel její výslovný zákaz. Veřejně se proti tomuto přežitku postavil významný osvícenec, od roku 1763 profesor policejní a kamerální vědy ve Vídni Josef Sonnenfels, když v roce 1775 vydal spis s jasně vypovídajícím názvem *Über die Abschaffung der Tortur* (O odstranění tortury).<sup>26</sup> Zahajování čarodějnických procesů Marie Terezie předešla tím, že si pro panovnický dvůr vyhradila jejich přezkoumání. Dodatečně byly zakázány také některé nehumánní způsoby výkonu trestu a soudy často nahrazovaly uložení trestu smrti odvedením k vojku.

<sup>24</sup> RANDA, Antonín. *Soukromé obchodní právo rakouské. I. a II.* Praha: J. Otto, 1902, s. 9.

<sup>25</sup> WAHLBERG, Wilhelm Emil. Bruchstücke der Genesis der Theresiana. In: *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*. 1866, Nr. 91, 92 (převzato z WAHLBERG, Wilhelm Emil. *Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht, Strafprozess, Gefängnissskunde, Literatur und Dogmengeschichte der Rechtslehre in Oesterreich*. II. Wien: Alfred Hölder, 1877, s. 115 an.).

<sup>26</sup> SONNENFELS, Josef. *Über die Abschaffung der Tortur*. 2. rechtmäßige Auflage. Wien – Nürnberg: Chr. Weigel – A. G. Schneider, 1782.

Pro další vývoj trestního práva byl významný program reformy trestního práva, který Marie Terezie nastínila na konci sedmdesátých let.<sup>27</sup> Za jeho naplnění můžeme považovat pozdější josefínské zákoníky. Podnítila jím také diskuse o zrušení trestu smrti a jeho nahrazení jinými tresty. V této souvislosti je třeba připomenout, že zakladatel moderní penologie Lombardan Cesare Beccaria už v roce 1764 v Livornu vydal svou přelomovou práci *Dei deliti e delle pene*.<sup>28</sup> Téměř okamžitě se sice ocitla v církevním Seznamu zakázaných knih a ani mezi osvícenci se nesetkala s jednoznačně pozitivním přijetím, ovšem díky ohromnému ohlasu výrazně ovlivnila pohled na účel trestání a vhodné druhy trestu.

Ani komise, která začala v roce 1753 připravovat *Codex Theresianus universalis*,<sup>29</sup> nezačínala na zelené louce.<sup>30</sup> V Praze a v Brně už od roku 1709 fungovaly komise, které pracovaly na sjednocení zemského a městského práva a zároveň práva českého a moravského. Na začátku čtyřicátých let se sice přestaly scházet, ale v letech 1748 (pražská) a 1751 (brněnská) byly doplněny a jejich činnost obnovena. Dílčí výsledky jejich práce jsou známé jako *elaboratum bohemicum* a *elaboratum moravicum*.<sup>31</sup>

Po Haugwitzově reformě se však i tvorba práva nutně přizpůsobovala rámci česko-rakouského celku, proto se v roce 1753 ustavila zmíněná společná komise pro rakouské dědičné země. Ta pak na svém prvním zasedání rozhodla, že se bude věnovat pouze soukromému právu a řízení v civilních věcech. K přezkoumání prvních výsledků její práce vznikla ještě revizní komise, která v roce 1756 původní komisi nahradila. Významnou roli v ní jako zpravodaj sehrával absolvent studia práv v Praze a člen původní komise Joseph von Azzoni a po jeho smrti další pražský absolvent Johann Bernhard Zenker. Práce na zákoníku však k velké nevoli Marie Terezie pokračovaly velmi pomalu.<sup>32</sup>

Zklamání pak přinesl i obsáhlý návrh, který komise panovníci předložila v roce 1766. Vycházel z obecného práva (*ius commune*), jak se od konce 15. století aplikovalo v některých zemích římsko-německé říše, a byl silně kazuistický, komplikovaný a mnohomluvný. Jeho ustanovení nebyla vždy jednoznačná a vzájemně sladěná. Podle J. Krčmáře měl

<sup>27</sup> WAHLBERG, Wilhelm Emil. Die Revision der Thesiana und die Genesis des Josephinischen Strafgesetzbuches. Aus den „Forschungen zur Geschichte der altöster. Strafgesetzbgebung“. In: *Grünhut's Zeitschrift für Privatrecht und öffentliches Recht*. VIII. Bd. (převzato z WAHLBERG, Wilhelm Emil. *Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke über Strafrecht, Straffprozess, Gefängnissskunde, Literatur und Dogmengeschichte der Rechtslehre in Oesterreich*. III. Wien: Alfred Hölder, 1882, s. 1 an.).

<sup>28</sup> U nás ji do němčiny přeložil a hned v roce 1765 (1767) v Praze pod názvem *Abhandlung von Verbrechen und Strafen* vydal významný osvícenec Josef Ignác Buček (Butschek); k tomu například KLABOUCH, Jiří. *Osvícenské právní nauky v českých zemích*. Praha: Nakl. ČSAV, 1958, s. 210 a 244.

<sup>29</sup> HARRAS von HARRASOWSKY, Philip (Hrsg.). *Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen*. Bd. 1–5. Wien, 1883–1886.

<sup>30</sup> Česky o přípravě zákoníku nejnověji NESCHWARA, Christian. Občanský zákoník Marie Terezie („Codex Theresianus“) (1766). In: SCHELLE, Karel. – TAUCHEN, Jaromír. (eds). *Encyklopedie českých právních dějin*. IV. svazek, (N–O). Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, s. 515–526. Již dříve zejména JIREČEK, Hermenegild. *Právníký život v Čechách a na Moravě v tisícileté době od konce IX. do konce XIX. století*. Praha – Brno: vl. nákl., 1903; TILSCH, Emanuel. *Občanské právo, Část všeobecná*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 13 an.; BAXA, Bohumil. K dějinám kodifikace práva soukromého v zemích českých. In: ROUČEK, František – SEDLÁČEK, Jaromír. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. I*. Praha: V. Linhart 1935, s. 44 an.; KUKLÍK, Jan – SKŘEJPKOVÁ, Petra. *Kořeny a inspirace velkých kodifikací*. Praha: Havlíček Brain Team, 2008, s. 101 an.

<sup>31</sup> BAXA, Bohumil. *K dějinám kodifikace práva soukromého v zemích českých*, s. 48.

<sup>32</sup> Zajímavé materiály z přípravy návrhu SOJKA, Drahoslav. In: TAUCHEN, Jaromír (ed.). *Codex Theresianus*. Elportál PF MU (dostupné z: <<http://is.muni.cz/do/1499/el/estud/praf/ps09/codex/web/index.html>>).

„daleko více povahu traktátu než zákonníka“<sup>33</sup> a B. Baxa jej označil za „dílo velmi obšírné, ba přímo rozvláčné a pro praktickou potřebu jako zákoník nezpůsobilé“.<sup>34</sup> Na rozdíl od trestního zákoníku proto sankci od panovnice neobdržel a zůstal v podobě nerealizovaného návrhu, přestože zpočátku vše zdánlivě směřovalo k jeho schválení.

Od roku 1772 začala na revizi neúspěšného návrhu pracovat nová komise. Ve vlastnoručním listu Marie Terezie dostala instrukce, reagující na vady prvního pokusu. Podle nich se zákoník nesmí směřovat s učebnicí, má být stručný, bez zbytečných podrobností a raritních ustanovení a jeho ustanovení mají být jasná a jednoznačná.<sup>35</sup> Panovnice zároveň rozhodla, že se ze všeobecného civilního kodexu vyčlení soudní řád. Tu nastal zlomový moment: svou instrukcí Marie Terezie narýsovala cestu, vedoucí k přijetí samostatného civilního soudního řádu (1781) a rakouského občanského zákoníku (ABGB) a přes ně až k naší současnosti.

Směnečný řád zapadl do komplexu opatření na podporu podnikání. Přes nevalnou kvalitu připravené trestněprávní a civilněprávní kodifikace došlo i v těchto odvětvích k zásadnímu posunu. Pod vlivem přirozenoprávních učeních byly v sedmdesátých letech odstraněny nejkřiklavější přežitky z trestního zákoníku a Marie Terezie načrtla hlavní rysy budoucích skutečně moderních kodifikací trestního a občanského práva. Do podoby platných předpisů se ovšem přetavily až po její smrti. Společně rakousko-české předpisy pohřbily samostatné české právo, respektive práva. Nahradily je však nesporně kvalitnější právní úpravou, přičemž jednou z kvalit nového práva byla právě jeho jednotnost.

## 6. STÁTNÍ FINANCE

Vedle přebudování státního aparátu bylo druhým předpokladem úspěšného provedení ostatních reforem zajištění dostatečných finančních prostředků. Nejpodstatnější novinku, která se začala prosazovat s kameralistickými koncepcemi, tedy ještě před nástupem Marie Terezie, tu představovala změna celkového pojetí finanční politiky. Ta se už neomezovala na pouhé získávání finančních prostředků od obyvatelstva prostřednictvím kontribucí, dalších daní, cel, mýt a různých poplatků bez ohledu na vedlejší dopady těchto opatření, ale začala cílevědomě vytvářet podmínky pro to, aby byl daňový výnos co největší, aniž by to zároveň znamenalo existenční ohrožení zdaňovaných subjektů. Znamenala tedy provázání finanční politiky se zásahy do hospodářské sféry. Součástí a zároveň zárukou zhodnocení přijímaných opatření měl být výkon finanční správy „pro stát a prostřednictvím státu“ („für den Staat und durch den Staat“).<sup>36</sup> To se však pro odpor zemských stavů, které měly při povolování, rozvržení i vybírání daní silné pozice, začalo dařit právě až v tereziánské éře.

Po prvních tradičních opatřeních, jejichž smyslem bylo okamžitě získat finanční hotovost, přinesl rok 1748 koncepční zásah do finanční sféry. V českém prostředí se spojuje především s tím, že se stavovské sněmy vzdaly významné pravomoci, když souhlasily s tzv. decenálními recesy, jimiž zemské stavy v českých a rakouských zemích

<sup>33</sup> KRČMÁŘ, Jan. *Právo občanské. Díl I. Výklady úvodní a část všeobecná*. Praha: Všeherd, 1927, s. 8.

<sup>34</sup> BAXA, Bohumil. *K dějinám kodifikace práva soukromého v zemích českých*, s. 50.

<sup>35</sup> K tomu NESCHWARA, Christian. *Občanský zákoník Josefa II. (1786)*. In: SCHELLE, Karel – TAUCHEN, Jaromír (eds). *Encyklopedie českých právních dějin*. IV. svazek, (N–O), s. 527.

<sup>36</sup> GUGLIA, Eugen. *Maria Theresia. Ihr Leben und ihre Regierung*. I., s. 327.

na deset let dopředu schválily novou výši daní (a dodávalo se, že odsouhlasené daňové zatížení českých zemí bylo neúměrně velké a nerovnoměrně rozvržené mezi jednotlivé vrstvy obyvatelstva). Státní pokladně však toto opatření zajistilo na deset let pravidelný příjem. Díky tomu mohl vídeňský dvůr začít sestavovat všeobecný státní rozpočet a byrokratická správa od stavů převzít odpovědnost za budování armády a jejího materiálního zázemí.

Lepší výběr daní měly zajistit přísnější předpisy o vybírání daní a vedení exekucí proti neplatičům a soupisy a ocenění zdaňované půdy, protože základem daňového systému byla právě pozemková daň. První tereziánský katastr z roku 1747 (1748) pro Čechy registroval rustikální půdu a konstruoval tzv. fiktivní pro městské nemovitosti a řemesla. Spolu s ním vznikl katastr pro Slezsko, zahrnující i dominikál. Druhý tereziánský katastr poddanské půdy z roku 1757 pro Čechy a Moravu sice zachovával celkové daňové zatížení, ale spravedlivěji je rozvrhl mezi jednotlivé kraje. Zároveň s ním vznikl soupis dominikální půdy a ostatních důchodů vrchností (tzv. *exequatorium dominicale*). I ony nově podléhaly zdanění, ale výrazně nižšímu než rustikál.

Svou daňovou politikou si Marie Terezie přízeň rozhodně nezískala, protože se zvyšovaly již existující daně, zaváděly nové (například výdělková, příjmová nebo dědická) a důsledněji se dbalo na jejich řádné vybírání. Zákonodárství zvyšující daně nebylo (a nikdy nebude) populární, ale v kombinaci s dalšími opatřeními bylo účelné. E. Priesterová to doložila tím, že v roce 1775 státní pokladna poprvé v tomto období vykázala přebytek, a to rozhodně ne zanedbatelný.<sup>37</sup>

Důležitou součástí dobového finančního a národohospodářského uvažování byla celní politika. Stavovské reprezentace dokázaly dlouho udržovat různá vnitrostátní cla a mýta, která ovšem výrazně prodražovala obchod. V duchu merkantilismu se mýta měla odstranit (a postupně odstraňovala) a cla přenést na hranice státu, aby stát jejich prostřednictvím mohl podporovat vývoz a brzdit dovoz, zejména dovoz zbytečného (luxusního) zboží. V době vlády Marie Terezie musely státní orgány úpravou cel reagovat také na ztrátu podstatné části ekonomicky vyspělého Slezska, narušení dřívějších čilých ekonomických kontaktů s ním a rozpoutanou celní válkou s Pruskem. Jako největší překážka obchodu se v této fázi jeví celní hranice mezi jednotlivými zeměmi. Padly až v roce 1775, ale pouze v neuherské části monarchie. Od té doby tvořily české země, alpské země a Halič jednotné celní území.

## 7. PODPORA PODNIKÁNÍ

Už od konce 14. století se v nejvyspělejších evropských zemích rodilo a na konci 16. století i prosadilo přesvědčení, že hospodářství, jakkoliv je svázáno s ostatními složkami společenského života, představuje svébytný organismus, organismus ovládaný vlastními zákonitostmi, jež je třeba poznat, v praxi respektovat a využívat pro posílení postavení té které země. V úvahách o získávání příjmů státní pokladny se proto stále hlasitěji hovořilo o podpoře podnikatelských aktivit.

První ucelenou národohospodářskou koncepcí představoval merkantilismus, ve Francii označovaný jako colbertismus a v německých zemích (rozuměj v zemích spojených

<sup>37</sup> PRIESTEROVÁ, Eva. *Stručné dějiny Rakouska*. Praha: Státní nakladatelství politické literatury, 1954, s. 278.

do rozvolněného svazku římsko-německé říše) zakomponovaný do tzv. kameralistiky. Ta z merkantilismu v mnohém vycházela, ale později se stala kritickým přehodnocením jeho základních postulátů. Hlásilo se k ní už okolí Karla VI., i když panovník musel v zájmu uznání Pragmatické sankce na mezinárodní scéně některá merkantilismem motivovaná opatření ve třicátých letech zrušit. Merkantilistické ochrannářské koncepce ovlivňovaly i první tereziánské reformy ve finanční a hospodářské sféře. Když nepřinesly kýžený výsledek a monarchie se potýkala s hrozivými hospodářskými problémy, pronikly v sedmdesátých letech na vídeňský dvůr myšlenky první liberálně pojaté národohospodářské koncepce – fyziokratismu. Fyziokraté zdroj společenského bohatství už nehledali ve sféře spotřeby, ale našli je ve výrobě, přesněji v zemědělské výrobě. Zastánci této koncepce se stali i nejbližší spolupracovník panovnice Václav Antonín Kounic-Rietberg a Josef II.<sup>38</sup>

S uvědoměním si možnosti aktivně ovlivňovat ekonomickou sféru se novou součástí státní správy už ve druhé polovině 17. století staly orgány, jejichž úkolem byla podpora výroby a obchodu (komerčních záležitostí).<sup>39</sup> Za vlády Karla VI. vznikly v jednotlivých zemích různě pojmenované komerční úřady, které ale v době nástupu Marie Terezie nevyvíjely téměř žádnou činnost. Marie Terezie to rychle postřehla a v roce 1743 napsala státnímu a dvorskému kancléři hraběti Antonu Corfizi Ulfeldovi: „*Je mi čím dál jasnější, že se v mých zemích nevěnuje dostatečná pozornost obchodu a výrobě, přestože existují prostředky, jak jim pomoci, a možnosti, jak získat zahraniční kapitál*“.<sup>40</sup> Proto nejdříve dala podnět k aktivizaci starších orgánů a pak v roce 1746 k vytvoření Univerzálního komerčního direktoria jako ústředního orgánu pro celou říši. Tento krok však nepřinesl prakticky žádný efekt, protože nový orgán neměl téměř žádné výkonné pravomoci. Komerční kolegia v jednotlivých zemích (později přeměněná na komerční konsensy) stále podléhala zemským úřadům, a tím pádem v druhé instanci dvorským kancelářím.

Ve válečné situaci po nástupu Marie Terezie monarchie vrávorala na pokraji bankrotu. Proto dominovaly reformy směřující k pokud možno okamžitému zlepšení finanční situace, dále zvyšující daňové zatížení obyvatelstva. Již v krátké pauze mezi první a druhou slezskou válkou však přišla i první, spíše jen izolovaná opatření k podpoře řemesel a obchodu. Zásadní zlom nastal až po skončení sedmileté (třetí slezské) války, kdy místo fiskálních reforem začaly dominovat reformy národohospodářské. Byla s nimi spojena především snaha o uvolnění okovů, které pro rozvoj moderního manufakturního podnikání představovaly cechy. V okolí Marie Terezie však panovala obava, že by jejich zrušení vyvolalo sociální nepokoje ve městech, proto byl vydán pouze zákaz zřizování nových. Na podkladě exaktních údajů o daném stavu a možnostech rozvoje výroby se přesto začala pomalu prosazovat liberálnější ekonomická politika vůči obchodu a manufakturnímu podnikání. Dříve udělované monopolní výsady pro tehdejší podnikatele nahradily cílené státní podpory a dotace.<sup>41</sup>

Dodat je třeba, že v roce 1753 na základě dohody s jihoněmeckými státy vznikla tzv. konvenční měna, v roce 1762 se začaly tisknout první papírové peníze, tzv. bankocetle,

<sup>38</sup> Za samostatné vlády Josefa II. však radikální liberalizace začala ohrožovat teprve se rozvíjející průmysl, proto opět přišlo ke slovu ochrannářství.

<sup>39</sup> Leopold I. v roce 1666 na podnět významného merkantilisty Johanna J. Bechera zřídil Komerční kolegium.

<sup>40</sup> GUGLIA, Eugen. *María Theresia. Ihr Leben und ihre Regierung. I.*, s. 327.

<sup>41</sup> K tomu BĚLINA, Pavel. *Česká města v 18. století a osvícenské reformy*. Praha: Academia, 1985, s. 86 an.



sjednocovaly se míry a váhy, částečně se postátnil výkon poštovní služby a budovaly se nové silnice.

## 8. PODDANSKÉ REFORMY

Fyziokratické koncepce kladly velkou váhu na rozvoj zemědělství, podmíněný mimo jiného též růstem venkovské populace (s fyziokratismem spojený populacionismus, jehož hlavními vídeňskými zastánci byli známí právníci Johann Gottlob Justi a Josef Sonnenfels<sup>42</sup>). Proto tereziánští reformátoři chtěli ovlivňovat i tuto oblast. Rozhodujícím producentem zemědělských produktů však byl šlechtický velkostatek, navíc spojený i výkonem správy a soudnictví vůči rolnickému obyvatelstvu (patrimoniální úřady).

Vedle zájmu na růstu populace ovlivnily poddanské reformy i další faktory. Potřebu zasahovat do poměrů na jednotlivých panstvích umocnily již zmiňované důsledky válek a katastrofální neúrody na začátku sedmdesátých let. Prováděné průzkumy navíc ukazovaly na obecně špatné postavení venkovského obyvatelstva zejména v českých zemích, ještě zhoršované excesy v zacházení s ním na některých panstvích. A přehlédnout nelze ani zájem na uvolnění pracovních sil pro vládou podporované manufakturní podnikání. Stavovské orgány i jednotlivé vrchnosti se připravovaným změnám bránily a odmítaly je jako zásah do svých soukromých práv, zejména práva vlastnického.

Poddanské reformy spojujeme v první řadě s robotními patenty, pro Čechy a Moravu z roku 1775. Jejich hlavní ustanovení vymezovala maximální míru roboty a dalších povinností jednotlivých skupin venkovského obyvatelstva vůči vrchnosti. Postavení závislého obyvatelstva zlepšovaly také změny v soudnictví, které omezovaly vrchnostenskou jurisdikci a podrobovaly ji kontrole ze strany státních orgánů (s úspěchem se však nesetkalo zřízení tribunálu, u nějž si poddaní mohli stěžovat proti útisku). K povznesení rolnického stavu významně přispěla též reforma základního a středního školství.

Robotní patent z roku 1775 měl připravit cestu k dalším změnám. Ještě před jeho publikováním panovnice schválila zajímavý projekt, nazývaný podle svého tvůrce dvorního rady barona Franze Antona Raaba raabizací. Podle něj se rušila roboty a další povinnosti rolníků, pronajímala se jim půda a za pronájem se vybíralo plnění v penězích nebo naturáliích. U naprosté většiny šlechtických velkostatkářů projekt narazil na odpor, proto se uskutečnil prakticky jen na komorních statcích, statcích královských měst a na půdě, která dříve patřila jezuitům.<sup>43</sup>

## 9. VOJENSTVÍ

Války v 18. století představovaly běžný nástroj zahraniční politiky. Proto větší a menší vojenské střety byly téměř na denním pořádku a koalice bojujících stran se snadno proměňovaly v závislosti na konkrétní situaci. Jak jsem již naznačil, nástup mladé panovnice

<sup>42</sup> K tomu například ŠUBRTOVÁ, Alena. *Dějiny populačního myšlení v českých zemích*. Praha: Česká demografická společnost, 2006, s. 106 an.

<sup>43</sup> K tomu například KUTNAR, František. *Přehled dějin Československa v epoše feudalismu. IV. Doba národního obrození 1970–1848*. Praha: SPN, 1967, s. 52 an. Celkově byla provedena na 105 panstvích patřících státu a na několika soukromých (ibidem, s. 54).

středoevropského mocnářství, i když pracně a ne bez obětí zaštitěný Pragmatickou sankcí z roku 1713, se jevil jako vítaná příležitost překreslit evropskou politickou mapu. Nikoho asi nepřekvapí, že se jí sousedé habsburského soustátí chopili a že zpozvdálí svá želízka v ohni kuly i největší evropské mocnosti.

Samotné válčení budeme brát jen jako fakt, přesto je pro naše téma velmi důležité. Důvod již známe: zpočátku bylo alfou i omegou reformního uvažování Marie Terezie. Nejen dílčí kroky z válečných let, ale též reformy z přelomu čtyřicátých a padesátých let jednoznačně směřovaly k válce. Snaha vybudovat dostatečně početnou, dobře vyzbrojenou a operativní armádu se schopným a oddaným velitelským sborem konec konců vykukovala za všemi reformami, ať se týkaly státní správy, financí, podnikání, církevní sféry nebo školství.

Slabiny nesourodé armády, stále se nacházející pod stavovským vlivem, i vojenské správy, na níž se podílely hned tři různé orgány, se projevovaly přímo na bojištích, tedy obzvláště zřetelně. Do organizace vojenské správy proto Marie Terezie výrazně zasáhla už v polovině čtyřicátých let. V roce 1745 reorganizovala rozbujelou a těžkopádnou Dvorskou válečnou radu, která nebyla centralizovaným orgánem, neboť její činnost podstatně ovlivňovaly stavovské reprezentace (znovu do její organizace zasáhla ještě v roce 1753). V roce 1746 dostal novou podobu Generální válečný komisariát, jemuž podléhala vojenská hospodářská správa.

Rozhodující okamžik pro budování moderně organizované armády nastal na konci čtyřicátých let, kdy pozici zemských stavovských reprezentací ve vojenské sféře podlomily již zmíněné decenální recesy. Umožnily totiž centrálním orgánům převzít do svých rukou celé řízení a financování armády a budovat i její zázemí (pevnosti, kasárna, školy, připravující budoucí velitelský sbor).

Budování početné a dobře připravené a vyzbrojené armády se ovšem nakonec minulo účinkem. Nová válka s Pruskem, pro kterou byla připravována, kýženým navrácením Slezska neskončila. Za vítěznou nelze označit ani tzv. válku o bavorské dědictví (bramborovou válku) z let 1778 a 1779.

## 10. NÁBOŽENSTVÍ A CÍRKEV

Přijetí a důsledné prosazování zásady „*wes der Fürst, des der Glaub*“, respektive v pro nás známější podobě „*cuius regio, eius religio*“, vedlo k tomu, že na počátku novověku se velmi úzce propojila státní moc s uznávanou církví. S pobělohorskou protireformační nebylo pochopitelně spojeno jen ono pověstné „temno“, nicméně na konci 17. a na začátku 18. století se stále zřetelněji dostávala do rozporu s duchem doby. S ní spojené státní uspořádání se stále zřetelněji koncentrovalo na žárlivou a důslednou ochranu stávajících pořádků. V zájmu spravedlnosti je třeba říci, že podobně se chovaly též protestantské státy a církve (T. G. Masaryk v té souvislosti psal o protestantském papeženství či protestantském jezuitismu). Jak však ukázal vývoj, typicky v Prusku, protestantské státy byly přece jen přístupnější vnímání nových společenských proudů a novým myšlenkám se dokázaly otevřít rychleji. Více než habsburská monarchie se totiž vázaly na měšťanstvo, vrstvu, která právě v této době i v habsburské monarchii nabírala sílu, aby se prodrala do pozic, z nichž bude moci určovat směr společenského vývoje.

V habsburské monarchii se úzké propojení církve a státu, které kdysi oba subjekty posilovalo, pomalu začalo obracet proti nim. V duchu primitivní, ale ve vnímání společenského dění širší veřejností zpravidla platící zásady „*spolu chyceni, spolu pověšení*“ se všechny neduhy církve snažely i na hlavu státní moci a všechny nedostatky státu odnášela též autorita církve.

Osud habsburských trůnů a katolické církve byl spojen i v 18. století. Marie Terezie byla dobrou katoličkou a své reformní záměry odůvodňovala souladem s „*náboženstvím a lidskostí*“. Ani osvícenství v podobě, jak se prosazovalo v okolí Josefa II., vesměs nebylo vysloveně protináboženské. Ve vzdělanějších vrstvách společnosti se však – pomalu – začala šířit nová víra, snažící se vyrovnat s poznatky moderní vědy a v duchu jejich univerzálnosti potencionálně tolerantní a ohledem na člověka povznášející, zušlechťující a aktivizující. Zejména široké lidové vrstvy ovšem změnu ještě vesměs nepocitovaly, v nich katolická víra téměř všude pevně zakořenila v podobě, jak ji šířila většina venkovského duchovenstva, víra plná předsudků, strachu, odevzdanosti a často až v pohanských dobách tkvících pověr. Také Marie Terezie ještě nebyla prosta všech předsudků a nedokázala být vždy dostatečně tolerantní. Ovládal ji odpor k Židům<sup>44</sup> a plně se nezbavila ani nechuti vůči protestantům. Josefínské osvícenství se však od náboženské nesnášenlivosti charakteristické pro předchozí století náboženských bojů už v zásadě dokázalo oprostít. Jeho přívrženci chtěli, aby církev začala „*být majákem, který svítí, a ne balvanem, který drtí*“,<sup>45</sup> přičemž onu drtivou sílu jim symbolizovalo Továřstvo Ježíšovo (a vůči němu snášenlivostí rozhodně neoplývali).

Nové vnímání náboženské víry logicky měnilo přístup k dosud monopolní katolické církvi. Jako jiné důležité oblasti společenského života se i její majetkové poměry a správa měly dostat pod kontrolu státu. V tom se shodli Marie Terezie i Josef II. Marie Terezie obnovila *placetum regium* pro publikaci papežských bul (1767), výrazně omezila pravomoci církevního soudnictví, vedle jiných nových biskupství zřídila biskupství v Brně a olomoucké biskupství povýšila na arcibiskupství (což až dodatečně potvrdil papež), vydávala předpisy o správě církevního majetku a ukládala patronům a farářům povinnost opravovat zchátralé kostely, omezila přijímání noviců do církevních řádů atd. S pozdější radikální Josefovou politikou, směřující k rušení klášterů nebo k toleranci jiných vyznání, však panovnice již nesouhlasila: „*Jsem příliš stará na to, abych se někdy přidala k takovým zásadám. Přeji si ale, a prosím Boha, aby to můj nástupce nikdy nezkoušel. Ani on, ani ti, kteří přijdou po něm, by nebyli šťastnější.*“<sup>46</sup>

Když papež Kliment XIV. v roce 1773 zrušil jezuitský řád, vyvolal v habsburské monarchii spory o způsob realizace tohoto rozhodnutí. Tajná komise, jmenovaná panovnicí, zastávala radikální postoje, které se panovnice pod vlivem kardinála Migazziho snažila tlumit. Jednalo se nejen o náboženské otázky (pastoraci), ale též o zajištění majetku před možným zašantročením a o působení exjezuitů ve školství.

<sup>44</sup> Zejména na přelomu let 1744 a 1745 vydala pro Čechy a pro Moravu s „rakouským“ Slezskem patenty o vystěhování Židů. Pod tlakem svého okolí i z ciziny byly v roce 1748 odvolány, ale zároveň byla vypsána toleranční daň a Židy postihla řada omezení.

<sup>45</sup> To ve stejném smyslu, ale již v jiné rovině o úkolu církve v současné společnosti nedávno řekl biskup Václav Malý (*Právo*. 22. prosince 2016, č. 298, Literární a kulturní příloha Salon, s. 1).

<sup>46</sup> Citováno podle FRAIS, Josef. *Reformy Marie Terezie a Josefa II. (a nejen v českých a moravských zemích)*, s. 110.

## 11. ŠKOLSTVÍ

Před několika lety jsem si z internetu stáhl půvabný portrét Marie Terezie, který vznikl v souvislosti s kdysi populárním televizním programem. Povedená dětská kresba je doplněna textem: „*Můj největší Čech je Marie Terezie, protože zařídila povinnou školní docházku.*“ Přestože konstatování o „*zařízení*“ povinné školské docházky není přesné, je dokladem toho, že v naší veřejnosti v souvislosti s reformami Marie Terezie rezonuje právě reforma základního školství – a oprávněně.

Mezi školskými reformami tereziánského období však tato reforma nebyla první ani poslední. Zvýšený zájem o školství vycházel z nového pohledu na vzájemný vztah panovnické (státní) moci, církve a obyvatelstva. Absolutistický režim až do první poloviny 18. století odůvodňoval své autoritářství v politické i duchovní rovině odkazy na slabosti a chyby jednotlivců, kteří potřebují pevné vedení, dohled, usměrnění, kontrolu a donucení. Osvícenské myšlení tento pohled nahradilo jiným, a vlastně opačným: lidské slabosti a chyby nejsou něčím *a priori* daným, ale důsledkem poměrů, v nichž lidé vyrůstají.<sup>47</sup> Zákonodárstvím a činností státního aparátu je proto třeba změnit poměry tak, aby (mimo jiné) pozitivně působily na člověka a cíleně potlačovaly jeho slabosti a chyby.

V duchu důrazu na budování byrokratické správy a silné armády se tereziánské reformní úsilí nejdříve upnulo k přípravě budoucích vyšších státních úředníků a důstojnického sboru. Syny převážně ze šlechtických rodin mělo pro státní službu připravovat ve Vídni nově vytvořené *Collegium Theresianum* (1746), „*první opravdu čistě osvícenské vyučovací středisko, které se stalo baštou nového směru i v právní nauce*“.<sup>48</sup> Vznikla též Vojenská akademie (1751) a pro vzdělávání v mezinárodních vztazích Orientální akademie (1754). Už od dob předchůdce Marie Terezie fungovala Technická vojenská akademie (1720).

Řada reformních kroků se dotýkala univerzitního studia. Reforma univerzit se připravovala už od začátku století, ale dlouho narážela na odpor jezuitů, kteří zcela ovládali teologické a filosofické fakulty.<sup>49</sup> Přesto v Praze byly důležité změny ve výuce provedeny již ve čtyřicátých letech, kdy na fakultách vznikly nové stolice (například domácí právní praxe nebo státního, přirozeného a lenního práva). Impuls k urychlení změn dal v roce 1745 příchod Gerarda van Swieten, jemuž panovnice svěčila reformu lékařské fakulty. Za reformou obsahu právnického studia, spojenou především se zaváděním již zmíněných nových vyučovaných předmětů a završenou v letech 1753 (ve Vídni) a 1754 (v Praze), zase musíme vidět Paula Josefa Rieggera, působícího v Tereziánském kolegiu, a Karla Antona Martiniho, postaveného na vídeňské právnické fakultě do čela nové stolice přirozeného práva a známého především z přípravy občanského zákoníku.

<sup>47</sup> K tomu ŠAMALÍK, František. *Úvahy o dějinách české politiky*, s. 203.

<sup>48</sup> KLABOUCH, Jiří. *Osvícenské právní nauky v českých zemích*, s. 144.

<sup>49</sup> ČORNEJOVÁ, Ivana. *Tovaryšstvo Ježíšovo. Jezuité v Čechách*. Praha: Mladá fronta, 1995, s. 204 an. Monopol jezuitů přednášet na filosofické fakultě narušilo v roce 1763 jmenování Karla Jindřicha Seibta mimořádným profesorem „*pěkných nauk*“. Pro nás je zajímavé, že následně byly povoleny přednášky o kamerálních vědách významnému právníku Josefu Ignáci Bučkovi a později (1784) se díky němu přenesly na právnickou fakultu. J. I. Buček tak na pražské právnické fakultě založil tradici národohospodářství.

Zárukou správného fungování univerzit v duchu státní politiky se stala státní správa, tvořená od roku 1760 Dvorskou školskou komisí, jí podřízenými provincionálními (zemskými) komisemi a fakultními studijními direktory, stojícími vedle akademických funkcionářů.<sup>50</sup> Na právnické fakultě v Praze se studijním direktorem stal osvícenec baron František Karel Kressl z Kvaltenberku (Kressel von Qualtenberg), angažující se též v církevních reformách. Reforma tak na jedné straně díky zřízení nových stolic a příchodu nových lidí přinesla modernější obsah výuky, ale na straně druhé univerzitu přeměnila ve státní učiliště k výchově kněží a státních úředníků, svázané přísnými regulemi. Profesori museli přednášet podle jednotných a podrobných osnov a používat předepsané učebnice, což přineslo i dočasné utlumení vědeckého bádání ve společenských vědách.

Pro komplexní reformu nižšího školství se vytvořily podmínky až na začátku sedmdesátých let, kdy hrabě Johann Anton Pergen, známý spíše jako pozdější budovatel policejního aparátu, připravil ambiciózní koncept školské politiky. Správu školského systému chtěl svěřit státnímu orgánu, vzdělávání podřídit především zájmům státu a dítěte, výuku sjednotit (probíhat měla v němčině a podle jednotných osnov) a její zabezpečení svěřit laikům. Poslední bod ovšem nebyl přijatelný pro panovnici ani pro hraběte Kounice-Rietberga.<sup>51</sup>

Klíčový dokument, Všeobecný školní řád pro německé normální, hlavní a triviální školy ve všech císařsko-královských dědičných zemích, připravil v roce 1774 bývalý zaháňský probošt Johann Ignatz Felbinger, povoláný z pruské části Slezska. Reforma byla financována především ze studijního fondu, do něž byl převeden jezuitský majetek. Vznikla síť tzv. triviálních škol, hlavní školy v krajských městech a normální (vzorové) školy v hlavních městech jednotlivých zemí, sloužící především pro výchovu budoucích učitelů.

Nová soustava škol zpřístupnila školní docházku všem dětem, ale povinnou školní docházku panovnice ještě nezavedla, jak se domnívala malá autorka jejího portrétu a spolu s ní mnozí další. K jejímu zavedení však tímto opatřením důrazně nakročila.

Dílními opatřeními se snížil počet latinských gymnázií, která sloužila především pro přípravu kněžského dorostu a dříve je plně ovládali jezuité. Byl pro ně vypracován nový studijní řád, protože jezuitský způsob výchovy osvícencům obzvlášť ležel v žaludku,<sup>52</sup> a většinu gymnázií převzali piaristé. Opomenout nelze, že vznikla také řada specializovaných škol připravujících odborníky pro různé profese: kreslířská, mědirytecká, obchodní, báňská, mechanická, prašlácká ad.

Tu je snad namísto ještě připomenout, že v roce 1746 v Olomouci vznikla první vědecká společnost v českých zemích, *Societas incognitorum eruditorum* (Společnost anonymních učenců), a v roce 1774 v Praze přímá předchůdkyně dnešní Akademie věd – *Privatgesellschaft in Böhmen zur Aufnahme der Mathematik, der vaterländische Geschichte und der Naturgeschichte* (Soukromá společnost v Čechách pro povznesení matematiky, vlasteneckého dějepisu a přírodovědy).

<sup>50</sup> K tomu například KLABOUCH, Jiří. *Osvícenské právní nauky v českých zemích*, s. 170 an.

<sup>51</sup> BLED, Jean-Paul. *Marie Terezie. Zakladatelka moderního státu*, s. 241–242.

<sup>52</sup> Když na jezuitskou výchovu ze svého dětství a mládí vzpomínal dlouholetý voják a český vlastenec Jan Jeník z Bratřic, mimo jiné napsal, že „nočních strašidel báli jsme se všickni“, že „titěrkami krmili a vyučovali nás tito páni jezuiti“ a „že jsme se malounko co učili, však ale velmi mnoho modlili“, ale zároveň s porozuměním vychovatelů „při tom hodně čtveračili“. A dospěl k závěru, že „až kasárna učinila mne trošku člověkem“(!). (POLIŠENSKÝ, Josef – ILLINGOVÁ, Ella. *Jan Jeník z Bratřic*. Praha: Melantrich, 1989, s. 160, 164, 165.)

## 12. TEREZIÁNSKÉ REFORMY V BĚHU ČASU

Významný český historik Josef Šusta téměř před sto lety formuloval mnohokráté potvrzenou pravdu, že „každá doba má svou mentalitu a že není možno naší psychologií vždy měřiti ceny a názory tehdejších generací“.<sup>53</sup> Poselství této moudré věty by měl mít na mysli každý, kdo se obrací k minulosti, a své soudy by jím měl stále verifikovat. Avšak na druhé straně, i když si budeme vědomi toho, že nelze „naší psychologií vždy měřiti ceny a názory tehdejších generací“, právě proto, že „každá doba má svou mentalitu“, ani my se mentality naší doby nedokážeme zcela zbavit. I při největší obezřetnosti tak vždy budeme neuvědoměle do hodnocení dějů minulých vnášet své vědomosti (a neznalosti), zkušenosti, stereotypy, vize či předsudky. J. Šusta si byl této skutečnosti podle mne dobře vědom, alespoň tak si vysvětlují jeho slůvko „vždy“, respektive spojení „není možno [...] vždy měřiti“.

Tedy, aniž bych chtěl našim předchůdcům předhazovat vědomou snahu falšovat dějiny, nemohu nevidět, že se s jejich hodnocením tereziánské doby ne ve všem shodnu (ostatně neshodnu se ani se svými mladšími kolegy nebo dokonce i vrstevníky;<sup>54</sup> ale snad je zřejmé, že zde nepůjde o osobní stanovisko, ale o převládající dobový pohled). Proto jistě nebude na škodu, když se podíváme, jak na tereziánské reformy nahlíželi naši předkové. Vybral jsem k tomu, jsou-li k dispozici, především učebnicové texty, neboť učebnice dějepisu ovlivňovaly pohled široké veřejnosti a učebnice právních dějin budoucí právníky.

Než dojde na učebnice, zastavím se u prvních bezprostředních reakcí. Ty byly spíše negativní. Ale habsburská panovnice není první ani poslední, koho veřejnost i historiografie ocenily až s odstupem času. Nálady širší veřejnosti dokládá například konstatování historika, věnujícího se poměrům v českých městech: „V městských kronikách a pamětech té doby nechybějí důkazy, že osvícenské reformy byly v tomto prostředí přijímány téměř vždy rozpačitě.“<sup>55</sup> Ještě výmluvnější jsou zprávy o radostných až zlomyslných reakcích Vídeňanů na úmrtí Marie Terezie, které zmiňuje historik a od roku 1793 profesor češtiny na pražské univerzitě František Martin Pelcl (\*1734).<sup>56</sup> Tentýž autor sice konstatoval, že „byla z nejlepších žen, které kdy byly na trůně“, ale pak pokračoval velmi kriticky. Podle něj „k Čechům byla jí vštípena již za mládí nenávisť a jednala s nimi nejinak než macecha. Čechy se netěšily její velkomyslnosti a dobrotě“ a „stalo [se] mnoho opatření a změn, království škodlivých“, z nichž některá i vypočítával. Zároveň však – v duchu dobové úcty k panovníkovi a trochu v rozporu se svým předchozím odsudkem Marie Terezie – neopomenul dodat, že chyby „se nesmějí přičítati tak jí jako spíše rakouským ministrům a radům, kteří Čechům nikdy nepřáli“.<sup>57</sup> Jak je tedy zřejmé, Marie Terezie se v českých zemích spojovala především s tíživými roky opakujících se válek, s vysokými daněmi, špatnou sociální situací a nepřízní vůči Čechům (zatímco k osobě spoluvládnoúciho Josefa II. se zpočátku upíraly naděje na zlepšení).

<sup>53</sup> ŠUSTA, Josef. Soumrak západní vzdělanosti a jeho německý prorok. *Český časopis historický*. XXVII a XXIX; citováno podle ŠUSTA, Josef. *Z dob dávných i blízkých. Sbirka rozprav a úvah*. Praha: Vesmír, 1924, s. 29.

<sup>54</sup> K tomu VOJÁČEK, Ladislav. Glosa na okraj jednoho sborníku, jednoho vynálezu a různých generačních a skupinových pamětí aneb Hlas z obklíčení. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2010, roč. 18, č. 2, s. 204–207.

<sup>55</sup> BĚLINA, Pavel. *Česká města v 18. století a osvícenské reformy*, s. 91.

<sup>56</sup> PELCL, František Martin. *Paměti*. Praha: SNKLHaU, 1956, s. 30.

<sup>57</sup> *Ibidem*, s. 27 an.

Hodnocení, která vznikla s větším odstupem, už nacházejí pro reformní politiku Marie Terezie větší pochopení a liší se především v akcentech, kladených na ta či ona opatření. Často se v nich objevuje asi oprávněné konstatování, že vůči Čechům (případně Čechám nebo českým zemím) byla přísnější než vůči ostatním. Jen zdůvodnění je různé. Současník panovnice její postoj spojoval s výchovou, pozdější hodnocení spíše poukazovala na chování českých stavovských činitelů v době okupace cizími vojsky, zejména na to, že se ochotně podřídili bavorskému panovníkovi.

Konzervativně laděný historik druhé poloviny 19. století V. V. Tomek spojoval reformy Marie Terezie výlučně s potřebami a negativními dopady, spojenými s válkami s Pruskem a jeho proměnlivými spojenci, a neopomenul připomenout ztrátu jedné třetiny území zemí Koruny české: „*Výboj Fridricha krále pruského, kterým koruna česká násilně zba-vena byla třetiny svého území, ukázal zřetelně potřebu zvětšení a lepšího zřízení vojenské moci Rakouska, mělo-li býti bezpečno proti dalším podobným útokům v budoucnosti. Ku provedení toho vláda Marie Terezie nevyhnutelně musila vymáhati větší berně na zemích; aby pak země mohly snést těžší břemeno, bylo starati se pilněji než dosud o jejich zvelebení, o povznesení hmotného jejich blahobytu a duchovního vzdělání národů.*“ V podstatě také opakoval Pelcovo tvrzení, že Marie Terezie „*při všech šlechtetných vlastnostech svých mívala k Čechům méně náklonnosti než k Vídeňanům*“.<sup>58</sup>

Josef Pekař ve své středoškolské učebnici z roku 1914 konstatoval, že tereziánské reformy jen poněkud upravily cestu „*kritickému racionalismu osvícenskému*“. Panování Marie Terezie podle něj má zvlášť důležité místo v dějinách vývoje našich zemí v jednotný stát, protože Marie Terezie položila základ k administrativnímu spojení českých a rakouských zemí, a tak otevřela cestu – k tehdy ještě existujícímu – dualismu.<sup>59</sup>

V prvorepublikové učebnici, která se ve výkladech o vládě Marie Terezie od předchozí téměř vůbec neliší, Josef Pekař opět konstatoval, že panování Marie Terezie má zvlášť důležité místo v dějinách vývoje našich zemí v jednotný stát. Pouze neutrální konstatování, že položila základ k administrativnímu spojení českých a rakouských zemí, doplnil odsudkem, že „*jako prvá zradila přísahy, jimiž se zavázala dbáti samostatnosti státu českého*“.<sup>60</sup> Byla to zřejmá úlitba době, ovšem jen v expresivní formě, nikoliv v obsahu. Na „*opuštění cesty ústavní*“ v souvislosti s reformou z roku 1749 totiž Pekař upozorňoval i ve starší učebnici.

Začátkem padesátých let minulého století vydal kolektiv autorů vedený Václavem Husou učební text *Dějiny ČSR*. Kapitulu věnovanou osvícenskému období napsala Marie Husová. Odlišnost přístupu evokují především název kapitoly (*Počátky manufakturní výroby – Osvícenský absolutismus – Zrušení nevolnictví*) a proporce výkladu, v němž je hlavní pozornost věnována hospodářskému vývoji a postavení nevolníků a dělníků v manufakturách. Jako v jiných pracích z tohoto období autorka často operuje s pojmy „*pokrok*“ a „*pokrokovost*“. Zdůrazňuje, že reformy nebyly pouhým důsledkem osvícenských názorů, ale „*nutným a zákonitým důsledkem růstu nových kapitalistických vztahů uvnitř rozkládajícího se feudálně nevolnického hospodářsko-společenského zřízení*“ a že

<sup>58</sup> TOMEK, Václav Vladivoj, *Děje království českého*, s. 307, 308.

<sup>59</sup> PEKAŘ, Josef. *Dějiny naší říše se zvláštním zřetelem ke královstvím a zemím v říšské radě zastoupeným*. Praha: Historický klub, 1914, s. 118 an.

<sup>60</sup> PEKAŘ, Josef. *Dějiny československé*. Praha: Historický klub, 1922, s. 108.

„v tomto rozkladu feudalismu a narůstání kapitalistických vztahů měla absolutistická moc ve společenském vývoji relativně pokrokovou úlohu“. Reformy Marie Terezie a Josefa II. podle autorky „dokončily dlouhodobý proces vytváření absolutistického centralizovaného státního celku, který se měl stát i velkým tržním odbytištěm. Měly jimi být vytvořeny předpoklady pro celkový hospodářský rozvoj a mocenské zmožnění habsburské monarchie“.<sup>61</sup> Za zmínku snad stojí, že když v roce 1954 v Československu vyšly *Stručné dějiny Rakouska* marxistické historičky a publicistky Evy Priesterové, na něž jsem jednou odkazoval, autoři českých redakčních poznámek neopomenuli doplnit, že autorka „přeceňuje význam osobnosti i pokrokovost Marie Terezie, která k pokrokovým opatřením přistupovala většinou pod tlakem nevyhnutelné nutnosti a naprosto nebyla jejich iniciátorkou“.<sup>62</sup>

Středoškolská učebnice z roku 1972, kterou už jen pod svým jménem vydal Václav Husa, v příslušných pasážích vychází ze své předchůdkyně, jen je podstatně stručnější.<sup>63</sup> Pojetí výkladu opět charakterizuje název kapitoly VII.: „Rozklad cechovního zřízení a rozvoj manufaktur. Boj poddaného lidu za zrušení nevolnictví“ (s. 119). Autor označil selské povstání z roku 1775 za „nejmohutnější třídní boj venkovského lidu od doby velkého povstání roku 1680“ (s. 128) a vydání robotního patentu téhož roku přičítal jen povstání a hromadnému odporu proti robotním povinnostem o žních. Odpustil si však kritickou poznámku z předchozího textu, že Marie Terezie usilovala o zlepšení postavení nevolníků „nikoli ovšem z lidského zájmu o ně, nýbrž proto, aby jich mohlo být plně využito pro zájmy státu“.<sup>64</sup> Správní reformy viděl jako dovršení „staletého úsilí Habsburků o vytvoření absolutistické centralizované monarchie“ (s. 123) a jako „velmi významnou“ ocenil školskou reformu (ibidem).

Učební texty věnované českým právním dějinám si pochopitelně všímaly především reforem státního aparátu a jejich dopadu na státoprávní poměry v českých zemích, případně – vesměs velmi stručně – i kodifikačních snah. První z nich akcentovaly především omezování práv stavů a s ním spojené oslabování české státnosti. Na konci 19. století Jaromír Čelakovský<sup>65</sup> zdůrazňoval, že reformy rušily české ústavní poměry („české“ ve smyslu celku zemí Koruny české i pouze ve spojení s Královstvím českým). Hlavním účelem změn z roku 1749 bylo, „aby správa a soudnictví v zemích českých a rakouských byly zcentralizovány, zároveň aby správa od soudnictví v nejvyšší instanci byla oddělena, a aby úřady a soudy pozbyly docela veškeré povahy stavovské a staly se toliko orgány zeměpanské správy s povahou byrokratickou“ (s. 78). Když J. Čelakovský psal o zrušení královského místodržitelství, porovnával tento krok se zrušením české dvorské kanceláře a citoval Bohuše Riegra (s. 79): „I to byl převrat, ne snad toliko administrativní, nýbrž státoprávní. Byloť staré místodržitelstvo sborem a úřadem ústavním stejně jako česká dvorská kancelář; a značila-li tato samostatnost českého státu, značilo ono samosprávu země České a stavů jejích, – značil-li pád kanceláře hlavní dílo rakouského centralismu, značil pád místodržitelstva v přední radě uvedení státní byrokracie do Čech.“

<sup>61</sup> HUSA, Václav a kol. *Dějiny ČSR*. Praha: Naše vojsko, 1954, s. 142 a 149.

<sup>62</sup> PRIESTEROVÁ, Eva. *Stručné dějiny Rakouska*, s. 266.

<sup>63</sup> HUSA, Václav. *Československé dějiny do roku 1918*. Praha: SPN, 1972. Přestože je pasáž, která nás zajímá, v podstatě jen zestručněnou verzí předchozího textu, M. Husová je v tiráži uvedena jen jako ta, která Husův text doplnila a připravila k vydání.

<sup>64</sup> HUSA, Václav a kol. *Dějiny ČSR*, s. 148.

<sup>65</sup> ČELAKOVSKÝ, Jaromír. *Pověštné české dějiny právní*. Praha: vl. nákladem u J Otty, 1892, s. 78 a 79.



Jan Kapras, který bezprostředně po vzniku první republiky podal podrobný učebnicový výklad o tereziánských reformách, opět zdůraznil protistavovské zacílení. Podle něj Marie Terezie, „*opírajíc se o nové pojetí moci státní, které ztotožňovalo ji s mocí zeměpanskou, byla stavům nepřiznivá a pokládala práva stavovská pouze za škodlivé obyčejy. [...] Hlavním účelem všech změn bylo utvořit v zemích habsburských dobrý finanční a vojenský základ, jehož do té doby neměly. Theoreticky chtěl stát osvíceného absolutismu oblažovati své poddané.*“ Jako pokračovatel J. Čelakovského akcentoval, že panovnice „*svými reformami zasadila [...] státnímu právu koruny České ránu nemalou a velmi nebezpečnou*“.<sup>66</sup> Ve stručnější učební pomůcce, zdánlivě rozporně, ale výstižně, napsal, že Marie Terezie svými reformami položila „*skoro ve všech věcech základ k postupu Josefa II.*“; přičemž ale její reformy „*jsou pronikavější a hlubšího dosahu státoprávního nežli reformy Josefa II. a jsou také výsledkem svým trvalejší*“.<sup>67</sup>

Pro jiného prvorepublikového právního historika Bohumila Baxu byl rok 1749, kdy se uskutečnila Haugwitzova reforma, periodizačním mezníkem (1749–1918).<sup>68</sup> Podle něj však „*zrušení české dvorské kanceláře se přikládal před převratem příliš veliký význam*“ (s. 238), když se interpretovalo jako konec českého státu. Zároveň však připustil, že mělo „*ve svých účincích nepřiznivý vliv na státoprávní vývoj zemí koruny české*“ (s. 239). Státní samostatnosti zemí Koruny české se sice nedotklo, ale „*znamená ztrátu správní samostatnosti zemí koruny české*“ (s. 231). Podle něj Marie Terezie, když plnila panovnickou povinnost usilovat o dosažení nejvyššího blaha státu a poddaných, rušila stavovské výsady, ale neviděla (nebo nechtěla vidět), že s likvidací výsad stavů likviduje i práva země. Spolu s tím však správně zdůrazňoval (s. 234), že „*osvícenský absolutismus zdokonaluje pojetí státu. Rází si cestu přesvědčení, že stát není jen útvarem právním, nýbrž zároveň také útvarem společenským (sociálním). V této druhé své povaze jest stát povinen pečovat o ty, kdož v důsledku vlastní slabosti a daných skutečností mohou snadno podléhati útisku*“.

Václav Vaněček, autor učebních textů, z nichž se právním dějinám učili čeští studenti na právnických fakultách od konce války až do poloviny osmdesátých let minulého století, v podobě své učebnice z roku 1975<sup>69</sup> charakterizoval osvícenský absolutismus jako „*absolutismus provádějící reformy, jakých v okamžité situaci si zachování feudalismu vyžaduje a jež zároveň usnadňují nástup kapitalismu*“. Reformy jsou možné proto, že intelektuální kruhy v této době ovládla „*racionalistická filosofie, nejčistší výraz ideologie mladé buržoazie*“. Z reformem postupně vzpomínal vytvoření prostoru pro zakládání manufaktur, centralizaci a byrokratizaci státního aparátu, úsilí o administrativní a ústavní splynutí monarchie v jeden celek a spojení tohoto procesu se zaváděním němčiny do škol a úřadů a oslabování vlivu katolické církve, přičemž ovšem „*i v ní se objevují proudy osvícenské*“ (vše s. 230). Pro český stát je to „*období ovšem zcela nepřiznivé*“, neboť „*roku 1749 jsou těžkými ranami zasahovány sloupy, držící dosud zvláštní postavení České koruny v habsburském soustátí*“ (s. 231). Autor se podrobně věnoval též poddanským

<sup>66</sup> Obě citace KAPRAS, Jan. *Právní dějiny zemí Koruny české. III.* Praha: nákladem České grafické unie, a. s., 1920, 134.

<sup>67</sup> KAPRAS, Jan. *Přehled právních dějin zemí České koruny. I., II. Právní prameny a dějiny státního zřízení do roku 1848.* Praha: nákladem vlastním, 1930, s. 188.

<sup>68</sup> BAXA, Bohumil. *Dějiny práva na území Republiky československé.* Brno: Právník, 1935, s. 231.

<sup>69</sup> VANĚČEK, Václav. *Dějiny státu a práva v Československu do roku 1945.* 3. doplněné a přepracované vydání Praha: Orbis, 1975.

reformám. Jednak psal, že sedmdesátá léta s velkým selským povstáním, „s pronikavými reformami poddanskými“ a tlakem intelektuálů na vládu „jsou obdobím příprav pro vlastní osvícenské reformy josefínské“ (s. 230), ale na jiném místě poddanské reformy zpochybňoval, když toto slovo dal do uvozovek a konstatoval, že jimi mělo být co nejvíce zachráněno pro vrchnosti a v lidech vzbuzen dojem, že je o ně „nahore“ zájem (s. 253). Zákonodárství tohoto období „významně napomáhá k prvnímu zajištění základních elementů nové kapitalistické základny v našich zemích“ (s. 231).

## ZÁVĚREM: „JAKMILE DOZRAJE DOBA...“

„Jakmile dozraje doba, není síla, která by zadržela novou myšlenku,“ napsal současník Marie Terezie Voltaire.<sup>70</sup> V polovině 18. století doba pro nové myšlenky už dozrála, pro činy z nich vyvozené se však teprve začínala rozvíjet. V myšlenkovém světě se prosazovala touha po svobodě, dávající všem rovné šance a umožňující rozhodovat o vlastním bytí i „věcech veřejných“. Avšak „náklonnost ke svobodě se [...] projevovala spíše v knihách než v činech“.<sup>71</sup> Citované konstatování, vypůjčené od Alexise de Tocqueville, sice patřilo před-revoluční Francii, ale o realitě habsburské monarchie platilo dvojnásob. Staré v ní už sice mizelo, ale nové za – zpočátku asi neuvědomělé a později zdrženlivé – asistence habsburské panovnice teprve složitě vznikalo.

Jak tedy dnes hodnotit počínání panovnice „na rozhraní věků“?

Marie Terezie byla rozpolcená jako doba, do níž se narodila. *Cum grano salis* lze říci, že byla ženou tradice, ale panovnicí budoucnosti. Výchovou a životními návyky nesporně vězela ve starší době. Žily v ní hodnoty barokního katolicismu, v nichž ji vychovali, a to samozřejmě ovlivňovalo i její vystupování jako panovnice. V prvních letech své vlády proto stála (i) za razantními protižidovskými opatřeními, v nichž se s předsudky propojily i politické důvody.<sup>72</sup> Nebyla příliš tolerantní k protestantům a bránila realizaci radikálnějších záměrů Josefa II. v rolnické otázce nebo vůči nekatolíkům. Svým podpisem pod trestní zákoník také stvrdila zcela zjevné přežitky v soudní praxi.

Panovnicí budoucnosti byla výběrem svých nejbližších spolupracovníků, schopností naslouchat těm, kterým věřila, opatrnou otevřeností vůči novým řešením, včetně toho, že „pro blaho státu“ neváhala zasáhnout do dosud autonomní církevní (a školské) sféry, ochotou změnit svá rozhodnutí, když se neosvědčila, ale i takovou pro nás zdánlivě běžnou skutečností, že si vzala muže, kterého milovala. S budoucností ji nesporně spojoval též pragmatický přístup k řízení konglomerátu zemí a jejich historických uskupení, jimž vládla a z nichž chtěla vytvořit funkční celek. Nebyla „revolucionářkou z boží milosti“ jako její netrpělivý a radikální syn Josef.<sup>73</sup> Mnohé myšlenky osvícenských filosofů ji zcela zřejmě děsily. A není divu, protože si zřejmě dobře uvědomovala, že v podobě rozvíjené ve druhé polovině 18. století už otřásají základy toho, co považovala za jednu dané, ale

<sup>70</sup> Citováno z: <<http://citaty.net/autori/voltaire/?q=271386>>.

<sup>71</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis. *Starý režim a revoluce*. Praha: Academia, 2003, s. 42.

<sup>72</sup> Zesílené antipatie chovala k pražským a obecně českým Židům, které vinila z ochotné podpory bavorské okupační moci; k tomu GUGLIA, Eugen. *Maria Theresia. Ihr Leben und ihre Regierung*. I., s. 330–333.

<sup>73</sup> Obdobně označil Josefa II. Hans Magenschab v titulu své i česky vydané práce (MAGENSCHAB, Hans. *Josef II. Revolucionář z boží milosti*. Praha: Brána, 1999).

čemu už její syn a jeho generace takovou váhu nepřikládali a někdy se tomu dokonce – s „filosofy“, jak se obecně označovali osvícenští myslitelé – posmívali.

Přesto revoluční přeměnu společnosti, včetně pohledu na stát a jeho fungování a na roli práva, svým přístupem k panovnickým povinnostem odstartovala a předurčila i její budoucí podobu. Naslouchala schopným lidem, i když o nich věděla, že sympatizují s myšlením „nebezpečných“ francouzských filosofů. Jako příklad, nad který není, poslouží kníže Václav Antonín Kounic-Rietberg, jenž ji provázal po větší část jejího vládnutí. Svému budoucímu spoluvládcí a nástupci spolu s manželem připravila studijní plán, který jej – na rozdíl od jejího vzdělávání – na základě nejnovějších poznatků systematicky připravoval na budoucí vládnutí. Ocenit je třeba i její ne zcela samozřejmý komplexní pohled na společnost. Vědomí toho, jak spolu jednotlivé její složky souvisí a vzájemně se ovlivňují, se odrazilo nejen v šíři reformních zásahů, ale též v opatrnosti, s níž k reformám přistupovala. Své představy pak prosazovala důsledně, ale ne dogmaticky. Byla si vědoma odpovědnosti, kterou má vůči svým „*poddaným*“, a snažila se jí nezpronevřit. Především si však osvojila víru v možnost účelné úpravy lidských věcí prostřednictvím rozumu, která se – později – stala ve vnitřní politice států oporou demokracie a právního státu a v mezinárodních vztazích inspirátorkou mírových snah založených na vzájemné spolupráci mezinárodního společenství.

Marie Terezie byla aktivní a odpovědná panovnice, která se zcela oprávněně stala symbolem všeho, co je s dobou její vlády spojeno. Patří k ní tedy jak zlepšení soudního řízení a omezení hrdelních jurisdikcí, tak hrůzné mědirytiny z trestního zákoníku, modernizace obsahu vysokoškolské výuky i podřízení univerzit přísnému státnímu dozoru, vytvoření předpokladu pro zavedení školní docházky i pronásledování Židů, „její“ robotní patenty, ale též neúměrné daňové zatěžování a tvrdé zákroky proti bouřícím se nevolníkům, péče o organizační výstavbu církve i její podřizování státu, přijetí zdravotních řádů i počátek „organizovaného“ hazardu v Čechách,<sup>74</sup> podpora vědeckých společností i zřízení cenzurní komise, jež podle dobového autora „*jest morem věd*“ a cenzorem „*je často veliký osel*“...<sup>75</sup> Suma sumárum však to pozitivní převažuje, protože k jejímu panování především patří – v habsburské monarchii první – rázné, ale rozvážené nakročení na cestu vedoucí k modernímu státu, k jeho efektivnějšímu řízení prostřednictvím profesionálního aparátu a pro všechny platných právních předpisů a k sociálně spravedlivější společnosti, tedy k tomu, co dnes – se všemi klady i zápory – považujeme za západní civilizaci.

Víra rodičů Marie Terezie, že se zrodila nová naděje světa (*Renascens Spes Orbis*), našla naplnění v dceřině reformní činnosti, i když jejich i její představa o budoucím světě by s tím naším jistě příliš nekonvenovaly. Ani my však nemáme záruku, že nás naše dnešní rozhodnutí dovedou tam, kam si myslíme. Podstatné je, aby v tom, co vytváříme, naši potomci nacházeli více pozitiv než negativ, jako my nacházíme u tereziánských reforem.

<sup>74</sup> Současník doplnil svou informaci o tom, že Marie Terezie zavedla v Čechách loterii, povzdechem: „*Znal jsem celé rodiny, které chodily na žebrotu a bídně hynuly, poněvadž veškeren svůj majetek prosázely v loterii*“; PELCL, František Martin. *Paměti*, s. 29.

<sup>75</sup> *Ibidem*, s. 30.

## ZÁKLADNÍ PROBLÉMY PRÁVNÍ RECEPCE

Ernst A. Kramer\*

**Abstrakt:** Autor se zabývá fenoménem, který ač v některých obdobích byl popírán, hraje v dějinách vývoje soukromého práva v Evropě zcela zásadní úlohu. Jde o právní recepci a její produkty, které se moderním jazykem nazývají transplantáty. Jde o přebírání buď celých právních sektorů, zejména občanskoprávních kodexů, nebo jenom některých právních institutů, případně již kodifikované úpravy určitých procesů či ryze „technických“ instrumentů. Dosud bylo v germánském právním okruhu považováno za recepci převzetí římského práva, jako proces jeho vývoje do formátu *ius commune* pak do výtvoru pandektistů v 19. století. Současně však se právě v tomto okruhu možnost recepcce kritizovala jako metoda nevhodná. V současné době je otázka transplantace, jejich možností, metod a vývoje transplantovaných fenoménů předmětem v podstatě celosvětové diskuse. Proti transplantaci, respektive recepci se namítá, že úpravy, respektive právní instituty vyvinuté v určitém sociopolitickém prostředí nemohou fungovat za jiných společenských podmínek. Praxe však tuto námitku vyvrací, neboť zejména kodifikace občanského práva v mnoha zemích je ukázkou úspěšné koexistence právních institutů převzatých z různých právních ráďů. Dále se autor zabývá důvody mluvící ve prospěch právní recepcce, kterými jsou především efektivita převzetí něčeho funkčního oproti vyvíjení vlastních, mnohdy sporných projektů. Fungování amerických institutů v oblasti zejména hospodářského práva jsou toho důkazem. Autor pak rozeznává několik typů recepcí, k nimž řadí především převzetí celých legislativních celků, jakými jsou například převzetí švýcarského občanského zákoníku a obligačního práva v Turecku, německého obchodního zákoníku v Rakousku a dalších. V těchto případech se mnohdy jedná o zcela nahodilý výběr přebíraných legislativních útvarů, někdy jde o oktrojované převzetí. Jiným typem je převzetí jen některých institutů či jenom jejich částí jakými jsou například převzetí culpa in contrahendo do italského občanského zákoníku apod. Přebírají se však i názory vědy, které jsou recipovány i v judikatuře jiných států. Příkladem je učení o odpovědnosti za důvěru vyvinuté profesorem Canarisem a převzaté švýcarským Nejvyšším soudem. Přebírány jsou i některé instituty vyvinuté v tzv. soft law, jakými jsou americké Restatements do opět projektu soft law, jako například jsou PICC nebo PECL přebírání těchto modelových zákonů do zákonodárství. Další vývoj transplantátů je mnohdy odlišný od vývoje v jejich původních mateřských právních ráďech. Klíčová otázka je přitom, zda se tyto transplantáty mají vykládat autonomně, tj. ve smyslu právního ráďu, do kterého byly převzaty, anebo se držet dosavadní judikatury mateřské jurisprudence.

**Klíčová slova:** právní recepcce, transplantace práva, právní transplantáty, argumenty pro a proti právní recepci, efektivita, metody recepcce, vývoj transplantátů v novém prostředí

### ÚVOD

Hovoří-li německy mluvící právník o „recepci“, rozumí tím, a to i dnes, jedinečný proces zaznamenaný intenzivním zkoumáním globálního převzetí myšlenkového bohatství římského práva v kontinentální Evropě, počínaje znovuoobjevením římského práva a epochou glosátorů působících na severoitalských právnických fakultách od 12. století a prozatímně končící převážně praktickým vývojem *ius commune* a *usus modernus pandectarum* v mnoha oblastech Evropy.<sup>1</sup> Aktuální recepcce zahraničních

\* Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Ernst A. Kramer patří mezi nejpřednější evropské civilisty. Jeho knihy o metodologii práva, uzavírání smlouvy, omylu a další jsou považovány za klasická díla evropského soukromého práva. Ernst Kramer je profesor emeritus Právnické fakulty Univerzity v Basileji. Jde o text, který autor opatřil poznámkami a který přednesl v lednu na univerzitě v Innsbrucku a v únoru 2016 na univerzitě v Praze (na fóru CPK). Forma přednášky je zachována. Poznámkový aparát si nečiní nárok na úplnost, zejména s přihlednutím k ve světě probíhající diskusi. Přeložil Luboš Tichý za přispění Kateřiny Džbáňkové.

<sup>1</sup> K „praktické recepci“ v německé soukromoprávní historii viz WIEACKER, F. *Privatgeschichte der Neuzeit*. 2. vydání. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1967, s. 124 an.

právních pramenů jsou naproti tomu již dlouhou dobu předmětem analýz pouze jako dílčí témata.<sup>2</sup> Přeloženo do národně státního právního paradigmatu, jevílo se domácí právo, jak na to příznačně upozorňují Janssen a Schulze<sup>3</sup>, jako „hermeticky uzavřený kosmos, který s výjimkou několika často rušivě chápaných meteorů existuje autarktně uzavřen vůči dalším světům“. Toto pojetí se ovšem změnilo až v druhé polovině 20. století; v německy mluvící oblasti především skrze příspěvky Ernsta E. Hirsche,<sup>4</sup> Imre Zajtaye<sup>5</sup> a Maxe Rheinsteina,<sup>6</sup> v anglicky mluvícím diskurzu prostřednictvím nápadného úvodu do metaforicky znějícího „*legal transplant*“ skrze dvě současně vydané studie (1974), a to Otto Kahn-Freundem<sup>7</sup> a Alanem Watsonem<sup>8</sup>. Od té doby je téma *legal transplants* k nezastavení; diskuse vedená v celém světě se projevuje stále rostoucí lavinou sotva přehlédnutelného počtu publikací. Zejména v Evropě je tato zásadní změna podporována okolností, že se v důsledku kolapsu socialistických režimů východní Evropy projevuje mimořádně silný hlad po právních normách, který by nemohl být zvládnut pouze recepcí starých kodexů.<sup>9</sup> O tehdejší paradigmatu hermeticky uzavřených národních právních řádů nemůže tedy být již delší dobu řeč. Na mnoha místech lze číst o pronikání, asimilacích, přeshraničních fertilizacích, kontaminacích<sup>10</sup> a podobně. Pro Watsona, který zastával nejučinnější myšlenku *legal transplants*, je převzetí cizího právního myšlení

<sup>2</sup> Srov. však již v roce 1938 publikaci Roscoe Pounda. POUND, R. *The Formative Era of American Law*. Boston: Little, Brown & Co, 1938, s. 94: „*History of a system of law is largely a history of borrowing of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law*“ (citováno podle REHM, G. *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und –transformation. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2008, Vol. 72, s. 4; k recepci a asimilaci cizího práva srov. též publikaci z roku 1938: SCHWARZ, A. B. In: LAMBERT, É. et al. *Introduction à l'étude du droit comparé. Récueil d'Etudes en l'honneur d'Eduard Lambert*. Paris: Sirey, 1938, s. 581 an.

<sup>3</sup> JANSSEN, A. – SCHULZE, R. *Legal Cultures and Legal Transplants in Germany. European Review of Private Law*. 2011, No. 2, s. 225.

<sup>4</sup> Recepce cizího práva jako sociální proces, viz HIRSCH, E. *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1966, s. 89 an.

<sup>5</sup> ZAJTAY, I. Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1958, Bd. 156, H. 5, s. 361 an.

<sup>6</sup> RHEINSTEIN, M. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. München: C. H. Beck, 1974, s. 124 an.

<sup>7</sup> KAHN-FREUND, O. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*. 1974, Vol. 37, No. 1, s. 5.

<sup>8</sup> WATSON, A. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Athens – Georgia: University of Georgia, 1974, 2. vydání 1993.

<sup>9</sup> REHBINDER, M. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 8. vydání. Berlin: Walter de Gruyter, 1995, s. 55, který uvádí, že: „*byl zhroutením východního bloku v dosavadních socialistických státech zahájen světově nejrozsáhlejší proces recepce*“. Dále o tomtéž FADE, M. *NM*. 1993, 639 an.; AJANI, G. By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe. *The American Journal of Comparative Law*. 1995, Vol. 43, No. 1, s. 93 an.; BERKOWITZ, D. – PISTOR, K. – RICHARD, J.-F. The Transplant Effect. *The American Journal of Comparative Law*. 2003, Vol. 51, No. 1, s. 164; JESSEL-HOLST, C. – KULMS, R. – TRUNK, A. (eds). *Private Law in Eastern Europe – Autonomous Development or legal Transplants?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; KURZYNSKY, J. – SINGER, L. (eds). *Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsformen im Kaukasus und in Zentralasien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. Např. CHANTURIA, L. Recht und Transformation: Rechtliche Zusammenarbeit aus der Sicht eines rezipierenden Landes. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2008, Bd. 72, H. 1, s. 114 an.

<sup>10</sup> Shrnujícím způsobem viz AUBY, J.-B. *Globalisation, le droit et L'Etat*. Paris: Montchrétien, 2003, s. 131: „*Le droit comparé devient analyse des influences entre les systèmes juridiques. Il est de plus en plus capital de comprendre comment ils s'interpénètrent, comment se produisent entre eux [...] de phénomènes de transplantation juridique, de 'crossfertilisation': comment, en d'autres termes, se déroulent ces rencontres multiples entre le systèmes juridiques que la globalisation suscite*“. SCHACHERREITER, J. Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2013, Vol. 77, No. 295, mluví o „hybridizaci“ právních systémů.

vůbec nejdůležitějším faktorem vývoje práva. „*Law develops mainly by borrowing.*“<sup>11</sup> („Právo se rozvíjí zejména půjčováním.“) Výzkum a právní komparace pro něj znamená totéž jako analýza těchto procesů vypůjčování. „*Comparative Law is a study of the legal borrowings or transplants that can and should be made.*“<sup>12</sup> („Srovnávací právo je výzkumem právních výpůjček nebo transplantátů, který je třeba dělat.“)

I když absolutizujeme faktor evoluce, nemůže být právní recepce na samotném počátku, neboť někdy totiž musí být rozvinuta vlastní myšlenka, například taková, abychom uvedli příklad, že s. r. o. jakožto právní konstrukt byl „vynalezen“ roku 1892 v Německu,<sup>13</sup> a ačkoliv koncepce právních transplantátů (*legal transplants*) se musí bránit proti zcela zásadním námitkám,<sup>14</sup> lze se dobrat poznání, že právní recepce, tedy právní imitace, hrají vedle právních inovací ve vývoji našich právních řádů<sup>15</sup> skutečně zcela eminentní roli. Ve prospěch tohoto názoru mluví již zcela banální úvaha, že totiž by nebylo příliš inteligentní znovu a znovu vynalézat kolo. V tomto smyslu se vyslovil již i Jhering<sup>16</sup> takto: „*Nikdo přece nebude přinášet něco zdaleka, co existuje již dávno doma, ale jenom blázen to bude odmítat z toho důvodu, protože přece chce mít něco nového – cizího*“. Důkaz, že napodobování je ekonomicky efektivní, je zřejmé i v pozadí učení Aristotela,<sup>17</sup> podle kterého *mimesis* je člověku vrozeným pudem a – jak může být dnes jen dodatečně řečeno – představuje podstatný antropologický kulturní faktor, ale především příčinu transkulturní evoluce.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> WATSON, A. *The Making of the Civil Law*. Harvard University Press, 1981, s. 83; WATSON, A. *Legal Origins and Legal Change*. London: Hambledon Press, 1995, s. 73: „*Borrowing from another system is the most common form of legal change*“.

<sup>12</sup> WATSON, A. In: SCHLESINGER, R.-B. – BAADE, H. W. – HERZOG, P. E. – WISE, E. M. (eds). *Comparative Law – Cases, Text, Materials*. 6. vydání. New York: Foundation Press, 1998, s. 13 an.; citováno podle DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, 2006, s. 487.

<sup>13</sup> ANNOFF, S. heslo: „společnost s ručením omezeným“ (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*). In: BASEDOW, J. – HOPT, K. J. – ZIMMERMANN, R. (eds). *Handwörterbuch des europäischen Privatrecht*. sv. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 729: „*společnost s ručením omezeným je umělý výtvor zákonodárce z roku 1892 bez historického a právně srovnávacího vzoru*“; k vývoji s. r. o. v Evropě a na světě viz LUTTER, M. *Festschrift 100 Jahre GmbH*. Köln: Schmidt, 1992, s. 49 an.

<sup>14</sup> Viz níže kapitola 1.1.

<sup>15</sup> Zřejmě trefně ÖRÜCÜ, E. Law as Transposition. *International and Comparative Law Quarterly*. 2002, Vol. 51, No. 2, s. 216: „*the amount of innovations is small and borrowing and imitation is of central importance in understanding the course of legal change*“; a dále SACCO, R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1991, Vol. 39, s. 397: „*the Birth of a rule or institution is rarer phenomenon than its imitation*“.

<sup>16</sup> VON JHERING, R. citováno podle RABEL, E. *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*. 1924; Reprint in: RABEL, E. *Gesammelte Aufsätze. Bd. III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919–1954*. 1967, s. 9. Krátce a jasně píše WATSON A. (cit. podle BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. Economic and Legal Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation? *Scandinavian Studies in Law*. 2015, Vol. 60, s. 116, pozn. č. 23): „*Borrowing is much easier than thinking. It saves time and effort*“.

<sup>17</sup> ARISTOTELES. *Poetik*. kap. 4, 1448b 5 an. Napodobování je „*část jeho chování, které je člověku přirozené*“. Právě tím se odlišuje „*člověk od ostatních živočichů, že má největší schopnost napodobování; též jeho první krůčky činí v důsledku napodobení*“.

<sup>18</sup> K recepci jakožto obecnému kulturnímu fenoménu viz WIEACKER, F. *Privatgeschichte der Neuzeit*, s. 125: „*recepce kulturních prvků, které člověk sám nevytvořil, je jenom jedna z jevových forem existujících z kulturních evropských statků, na kterých existence lidstva spočívá*“; srovnej též STOLLEIS, M. Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten. *Rechtsgeschichte*. 2012, Vol. 20, s. 76: „*předávání a přebírání textů a právních textů by mělo být chápáno jako normální případy kulturní výměny tak jako lidé, zvířata a rostliny putují po celém světě*“.

Proto nemůže překvapit, že právní recepce z hlediska historicko-právního existovaly vždy a všude. Budiž jen připomenuto vyprávění o tom, že Římané, když připravovali Zákon dvanácti tabulí v roce 451 před Kristem, vyslali do Athén delegaci, která se měla nechat inspirovat zákonodárstvím Solónů.<sup>19</sup> Periklés ve své známé řeči nad padlými v peloponéské válce<sup>20</sup> výslovně a hrdě zdůraznil výjimečný charakter okolnosti, že Athény mají ústavu, kterou zákonodárství jiných států nenapodobuje. Michele Graziadei<sup>21</sup> poukázal nedávno na globální přebírání čínského práva v Japonsku (již od 8. století po Kristu), stejně jako na značné rozšíření islámského práva v Asii a v Africe.<sup>22</sup>

Již těchto málo úvodních poznámek by mělo ukázat, že problém právní recepce je skutečným „velkým právnickým tématem“,<sup>23</sup> které v rámci přednášky může být pojednáno pouze stručně a nedokonale. Budiž jen zmíněny některé hlavní teoretické problémy z perspektivy civilisty, který si je vědom toho, že před historiky nebo právními sociology, avšak i zástupci jiných právnických odvětví, by měl svůj referát podstatným způsobem doplnit.

## 1. JSOU PRÁVNÍ RECEPCE VŮBEC MOŽNÉ?

### 1.1 Základy

Jak již bylo naznačeno, je možnost a přirozeně tedy i relevance právních recepcí vzdor protikladným důkazům zdaleka nepřekročena. Východiskem tohoto stanoviska je argument, že právo je se společností, jež je obklopuje, s její kulturou a ekonomikou natolik spojeno, že není možné ho – jako v případě fresky – odpoutat od tohoto základu<sup>24</sup> a „přesadit“ je na jiné místo. V tomto smyslu se mluví o zrcadlových teoriích práva.<sup>25</sup>

„*Nothing in the law*“, píše William Ewald,<sup>26</sup> americký komparatista, „*is autonomous; rather law is molded by [economy and society]*“. Tato zrcadlová teorie práva není přirozeně nová; jak známo již Montesquieu<sup>27</sup> soudil, že „*politické a občanskoprávní zákony*

<sup>19</sup> Viz místo dalších autorů WIEACKER, F. *Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1: Einleitung, Quellenkunde, Friezeit und Republik*. 1981, s. 288.

<sup>20</sup> Reprodukováno v THUKYDIDES. *Geschichte des peloponesischen Krieges*. II. kniha, č. 37.

<sup>21</sup> In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pozn. č. 1211, s. 44 an. Ohledně převzetí čínského práva v Japonsku též KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*. München: C. H. Beck, 2015, § 9, N137.

<sup>22</sup> Lze uvádět mnohé další právněhistorické důkazy o světově rozšířeném fenoménu právní recepce. K úžasnému rozšíření lübeckého práva ve středověku po celém území Baltického moře viz STOLLEIS, M. *Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten*. *Rechtsgeschichte*. 2012, Vol. 20, s. 73, zde též velmi podrobně o procesu recepcí práva v jihovýchodní Evropě v 19. století.

<sup>23</sup> Viz STARCK, CH. In: *Jahrbuch der Akademien der Wissenschaften zur Göttingen*. 2009, s. 377.

<sup>24</sup> Obdobný stav popsán DRUEY, J. N. *Der Kodex des Gesprächs. Was die Sprechaktlehre der Juristen zu sagen hat*. 2015, s. 199: v případě *legal transplants* nejde vzdor terminologii o to, že si člověk cizí právo postaví jako sochu „do zahrady“.

<sup>25</sup> Tento pojem zavedl EWALD, W. *The Logic of Legal Transplants*. *The American Journal of Comparative Law*. 1995, Vol. 43, s. 492 an.; v současné době je používán i cizojazyčnými komparatisty: viz např. WENDEHORST, CH. In: JEHLE, J.-M. – LIPP, V. – YAMANAKA, K. (eds). *Rezeption und Reform in japanischen und deutschen Recht*. Göttingen, 2008, s. 25; MÜLLER-CHEN, M. – MÜLLER, CH. – WIDMER LÜCHINGER, C. *Comparative Private Law*. Zürich: – St. Gallen: Dike Verlag AG, 2015, marg. č. 260.

<sup>26</sup> EWALD, W. *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*. *The American Journal of Comparative Law*. 1995, Vol. 43, No. 4, s. 493. Slova, jež se nacházejí v hranatých závorkách („*Economic*“, „*Society*“), jsou W. Ewaldem označována jako krácené iniciály.

*každého národa by musely být vlastní lidu, pro něž byly vytvořeny“*, že „*que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre“* („je velkým rizikem, že zákony jednoho národa se mohou hodit i národu druhému“). Nejznámější současný reprezentant teze zásadní nepřenositelnosti právních norem je kanadský komparatista Pierre Legrand, činný v Paříži, jenž ve svých mnoha dílech zastává tezi nemožnosti právních transplantátů,<sup>28</sup> velmi známou právě kvůli určitému přehánění. Jelikož celá „kultura“ společnosti vychází ze základní normy, která by měla být transplantována a brána v potaz, pokud chceme pochopit její smysl, znamená to ve svém důsledku: „*all that was displaced from the one jurisdiction to the other was a meaningless form of words“*.<sup>29</sup>

Jak lze hodnotit tuto námítku? Správné je východisko, podle kterého právním normám nenáleží autonomní existence, která je nezávislá na společnosti a kultuře, které jsou jejími nositeli. Nesprávná je naproti tomu představa, jež je vlastní zastaralému modelu, jenž spojuje společnost a kulturu s přísně vymezeným teritoriem státu a toto zázemí se údajně mění na hranici každé jurisdikce.<sup>30</sup> Vycházíme-li z dnešního jádra Evropy, je třeba konstatovat, že zde usdlí občané žijí v kulturně relativně homogenizované, vysoce technizované, zásadně na tržní hospodářství orientované průmyslové společnosti. Proč by měla být transpozice právních pravidel v takto globalizované oblasti od počátku nemožná? Tím spíše, uvážíme-li, že – jak to bude vzápětí ještě ilustrováno – jde zpravidla o transformaci, která je přizpůsobená novému kontextu.<sup>31</sup>

Právě řečené však neznamená, že – podíváme-li se na věci pozorněji – vzdor veškeré konvergenci společenských rámcových podmínek existují nadále významné právní rozdíly. Tyto rozdíly jsou, jak o tom bude ještě řeč,<sup>32</sup> částečně podmíněny různými společensko-kulturními předporozuměními; zčásti jsou zde závažné ještě hluboce zakořeněné vnitroprávní rozdíly v právní struktuře,<sup>33</sup> především rozdílné koncepce právních pramenů a rozdílná metodická pravidla. Z těchto divergencí bezprostředně vyplývá, že v mezinárodním odborném diskurzu etablovaná metafora o právních transplantátech

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, CH. L. *De l'esprit des lois*. 1748. kniha I, kap. 3; k tomu pak REHM, G. *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, s. 13 an.

<sup>28</sup> K „*impossibility of legal transplants“* viz Legrandův článek LEGRAND, P. *The Impossibility of ‚Legal Transplants‘*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 1997, Vol. 4, s. 11 an.

<sup>29</sup> LEGRAND, P. In: NELKEN, D. – FEEST, J. (eds). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 2001, s. 63.

<sup>30</sup> Stejně (a to proti Legrandovi) TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*. *The Modern Law Review*. 1998, Vol. 61, s. 15 an.: „*The primary unit is no longer the nation which expresses its unique spirit in a law of its own as a cultural experience which cannot be shared by other nations with different cultural traditions [...]. And globalising processes have created one world-wide network of legal communications which downgrades the laws of the national states to mere regional parts of this network which are in close communication with each other“*; podobně též DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 488; REHM, G. *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, s. 32; KNIEPER, R. *Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2008, 72, Nr. 1, s. 104.

<sup>31</sup> Správně zdůrazňuje KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, s. 66, že P. Legrand vychází ve své tezi o nemožnosti z *à propos* nerealistického obrazu neměnitelného právního transplantátu, jde tedy o nedorozumění, které bylo vyprovokováno A. Watsonem (srov. též v pozn. č. 37 an.).

<sup>32</sup> Viz níže kapitola 1.2.

<sup>33</sup> K rozdílné „*structure of legal system“* (struktuře právních systémů) jakožto podstatnému argumentu pro členění právních systémů René Davida. DAVID, R. *Structure and Division of the Law* (kap. 2). In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Sv. II. 1994, např. v pozn. č. 4 an.; srov. též DAVID, R. – GRASMANN, G. *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*. 2. vydání. München: C. H. Beck, 1988, s. 50 an.



je skutečně mylná, a nelze ji proto chápat doslova:<sup>34</sup> transplantace znamená zásadně nedotčený přenos určité části jednoho organismu do organismu jiného. O takový přenos však v případě právní recepce z důvodů právě zmíněných a v konkrétním případě různě závažných zpravidla nejde.<sup>35</sup> Recipovaná normativní část musí totiž být přizpůsobena novému kontextu; tato část, o níž se ještě zmíníme,<sup>36</sup> je z důvodu nového kontextu často různě interpretována a dále rozvíjena. To znamená: nejde zpravidla o vlastní transplantaci, nýbrž o kulturněprávní adaptaci, a tím asimilaci do nového právního řádu.<sup>37</sup> To vše Watson, protagonista paradigmatu transplantace, který vychází z představy dalekosáhlé autonomie formálních právních struktur a který tvrdí, že *legal transplants*<sup>38</sup> jsou v zásadě *socially easy*,<sup>39</sup> podcenil.

Terminologicky nelze proti metafoře „transplantace“ v mezinárodní angličtině vedené diskusi zřejmě nic namítat; ten kdo ji používá, měl by si však být vědom toho, že sugeruje nerealistický obraz právních recepcí. V německy mluvící oblasti nemluví nic proti tomu hovořit nadále o „receptci“,<sup>40</sup> protože pro receptci – jak v německé, tak v anglické literatuře (viz výraz „právní transfer“) – je lhostejné, zda recipované (transferované) má být převzato v nezměněné podobě, anebo pouze v určité adaptované formě.<sup>41</sup>

## 1.2 Konkretizace

Relativní kulturní (hospodářská, sociální) homogenita, která již byla popsána na příkladu střední Evropy a která je obecně předpokladem úspěšného dovozu práva, přirozeně zvýhodňuje tento import<sup>42</sup> zejména v oblastech soukromého práva, jež mají vztah k hospodářství (závazkové právo, právo obchodních společností, soutěžní právo).<sup>43</sup>

<sup>34</sup> Stejně TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, s. 11 an.; ÖRÜCÜ, E. *Law as Transposition*, s. 205; srov. též DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 488.

<sup>35</sup> Ještě rozhodněji STOLLEIS, M. *Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten*, s. 76: „žádný objekt transferu nepřejíje transfer nezměněn“.

<sup>36</sup> Viz níže kapitola 4.

<sup>37</sup> O pomalém procesu amalgamace s ohledem na recipované právo mluví v současné době FOLJANTY, L. *Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung. KritV*. 2015, Vol. 98, No. 2, s. 92.

<sup>38</sup> WATSON, A. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, s. 95; též WATSON, A. *Legal Transplants and Law Reform. The Law Quarterly Review*. 1967, Vol. 92, s. 79; „Successful borrowing could be achieved even when nothing was known of the political, social or economic context of the foreign law“.

<sup>39</sup> Rozsáhlou kritikou přispěl TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies. The Modern Law Review*. 1998, Vol. 61, s. 15 an.

<sup>40</sup> Jiný názor viz FOLJANTY, L. *Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung*, s. 94: výraz „receptce“ se zasloužil o transfer práva v důsledku svých právně historických konotací.

<sup>41</sup> K otázce terminologie viz též ÖRÜCÜ, E. *Law as Transposition*, s. 205 an. Navrhuje pojem převzatý z teorie hudby „transpozice“, protože vyjadřuje, že recipované právo bylo převzato v přeneseném slova smyslu; FOLJANTY, L. *Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung*, s. 94 an.; chce mluvit o „překladu“, protože přenášené právo obdobně jako cizojazyčný text musí být přeložen do jazyka přebíraného právního řádu. Obraz je svým způsobem jemný, jakožto terminologie pro vhodný právní recepční proces a jako překlad se zřejmě neosvědčuje.

<sup>42</sup> Srov. např. DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 488; „The more foreign the new cultural environment [...], the greater the possibility that a rule will lose its meaning in such a new environment.“

<sup>43</sup> KAHN-FREUND, O. *On Uses and Misuses of Comparative Law*, s. 12 an., rozlišoval mezi „mechanical“ (mechanickými) právními oblastmi, u nichž je transplantace relativně neproblematická, a „organic“ (organickým) právními instituty, u nichž je obtížná; EWALD, W. *The Logic of Legal Transplants*, s. 495, mluví o právních institutech hlouběji zakořeněných v životě určitého státu; COTTERELL, D. In: NELKEN, D. – FEEST, J. (eds).

To platí též pro bývalé socialistické státy Evropy: zatímco v období před zhroutilím komunismu byla právní výměna mezi socialistickými státy, jež charakterizovalo plánované hospodářství, a zeměmi vyznačujícími se tržním hospodářstvím z oblasti *common law* a kontinentálního práva prakticky vyloučena, v současné době nelze o takovéto železné oponě dávno hovořit. V těch oblastech soukromého práva, které jsou hospodářskému právu vzdáleny a jež jsou zčásti stále ještě označovány jako „*cultural deeply embeded laws*“<sup>44</sup> (tj. manželské a rodinné právo, též právo dědické), existoval tradičně podstatně menší sklon k recepci, tedy právnímu importu a exportu. V případě, že se na tomto poli přesto uskutečňovala recepce prostřednictvím státu s odlišným kulturním základem, vedlo to, jak o tom svědčí příklad recepce švýcarského manželského a rodinného práva v Turecku,<sup>45</sup> k obrovským problémům, které – abychom zůstali v obraze transplantačních metafor – mohou být označeny jako kulturně podmíněné efekty odmítání. Avšak i v těchto „citlivých“ oblastech práva existují základní kulturní konvergenční procesy a v důsledku toho i právní konvergenční tendence.<sup>46</sup> To dokazují příklady právního postavení nemanželských dětí, zrovnoprávnění muže a ženy, problémy umělého oplodnění a rozšíření pojmu manželství, a to zejména v typicky katolických zemích, jakými jsou Španělsko a Irská republika.

Ve vztahu mezi kontinentálním evropským občanským právem a právem *common law* to nebyla a není rozdílnost hospodářských, sociálních a kulturních základů, respektive jakési podezdívky, která by mohla být považována za překážku úspěšné recepce; naopak lze tradičním způsobem odkázat na to, že to je zcela specifický vývoj, který zásadním způsobem odlišuje *common law* od kontinentální právní kultury, a dále specifická právní struktura *common law*, která komplikuje vzájemné obohacování těchto dvou systémů. Jak to prokázal především Reinhard Zimmermann,<sup>47</sup> je třeba tuto, nikoliv zanedbatelnou překážku, relativizovat. Ve skutečnosti je možné prokázat celou řadu vzájemných propojení mezi kontinentálním právem a právem *common law*. Například existuje tzv. *contemplation rule*, jež se týká odpovědnosti ze smlouvy, v rozhodnutí *Hudley v. Baxendale*<sup>48</sup> ve středověké francouzské literatuře (Molinaus), která pak byla prostřednictvím Potiera převedena do *Code Civil* (čl. 1150)<sup>49</sup> a byla jako příklad recepce zásady *common law* převzata do čl. 74 CISG.<sup>50</sup> Potierovo dílo *Traité des obligations*, které ostatně bylo již v roce 1806 publikováno v anglickém překladu, mělo též velký vliv na anglické pojetí omylu.<sup>51</sup>

---

*Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 2001, s. 82, rozlišuje mezi „*instrumental law*“ (instrumentálním právem) a „*culturally based law*“ (právem založeným na kultuře).

<sup>44</sup> TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, s. 15.

<sup>45</sup> To bývá často analyzováno. Plastický výklad viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, s. 176, s dalšími prameny.

<sup>46</sup> K tomuto globálnímu procesu akceptace právně politických konceptů viz níže kapitola 3.3.

<sup>47</sup> *JuristenZeitung*. 1992, s. 15 an. Též tuto koncepci, že totiž anglické právo je římským právem jenom ovlivněno, je třeba velmi relativizovat. Srov. např. DAVID, R. – GRASMANN, G. *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, s. 51 an.; též k tomu GIESEN, D. *Rezeption fremder Rechte*. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Sv. IV. Berlin, 1990, s. 997.

<sup>48</sup> 9. vyd. 341 (1854).

<sup>49</sup> ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Juta & Co., 1990, s. 829.

<sup>50</sup> K tomu ještě dále kapitola 4.

<sup>51</sup> K tomu DAVID, R. In: *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*. 1939, s. 145 an. Viz další prameny in: REIMANN, M. (ed.). *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820–1920*. Duncker & Humboldt, 1993.

Též učení o tzv. *consideration*, jež obecně platí za jednu z nejzvláštnějších, ale současně nejcharakterističtějších právních institucí anglického smluvního práva,<sup>52</sup> není ohledně svého původu v žádném případě žádnou prazvláštní kuriozitou, neboť v její kolébce, jak píše Zimmermann,<sup>53</sup> můžeme najít porodní bábu římsko-kanonického původu: nepřímé učení o kauze. Naproti tomu bylo kontinentální občanské právo obohaceno recepcí právních institucí *common law*. Například holandský nový občanský zákoník z roku 1992 zahrnul právní instituty *innocent misrepresentation* a *undue influence* do nauky o právním jednání (čl. 44 3. knihy a čl. 228 6. knihy).<sup>54</sup> Také specifický jev, příznačný pro styl *common law* a využívaný jako skvělý příklad Zweigertem s Kötzem,<sup>55</sup> tedy trust, byl převzat do kontinentálního zákonodárství; například v Lichtenštejnsku<sup>56</sup> a Francii,<sup>57</sup> v České republice,<sup>58</sup> stejně jako do DCFR.<sup>59</sup> Ještě je třeba zmínit téměř epochální vliv amerického práva na kontinentální hospodářské právo.<sup>60</sup>

## 2. DŮVODY PRO PRÁVNÍ RECEPCI

Existuje celá řada důvodů pro převzetí cizího práva. Následující přehled není v žádném případě úplný a rovněž nerozlišuje systematicky mezi důvody, které převzetí cizího práva jako takového zapříčiňují, popřípadě zvýhodňují, a důvody, jež s nimi často úzce souvisí a jež volbu či fixaci (neboť jak bude hned ukázáno, nejedná se vždy o volbu) určitého právního řádu, z něhož je právo recipováno, podmiňují nebo je alespoň zvýhodňují.

1) Recepce nespočívají zřídka na politickém výkonu moci a jsou často vnuceny státu, který podlehl nebo který byl dobyt. Jde o tzv. oktrojované recepce – *imposed transplants*.<sup>61</sup> Existuje celá řada takových příkladů,<sup>62</sup> mezi nimiž je například zavedení francouzského

<sup>52</sup> ZIMMERMANN, R. *JuristenZeitung*. 1992, s. 16.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> K tomu viz HARTKAMP, A. Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht: Teil I: Rechtsgeschäfte und Verträge. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1991, Bd. 191, H. 5, s. 401; k akceptaci principu *estoppel* – prostřednictvím *Cour de Cassation* viz CUNIBERTI, G. Enhancing Judicial Reputation Through Legal Transplants – *Estoppel Travels to France*. *The American Journal of Comparative Law*. 2012, Vol. 60, s. 383 an. (s podtitulem: „*Estoppel travels to France*“).

<sup>55</sup> Viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 71.

<sup>56</sup> Viz čl. 897 an. Zákona o osobních a obchodních společnostech (PGR) z 20. 11. 1926 (LGBI. 1926/4). K tomu BIEDERMANN, K. *Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law*. Bern: Stämpfli & Cie, 1981; právně dogmatické a srovnávací úvahy k trustu v Lichtenštejnsku viz SCHURR, F. A. *Festschrift für G. H. Roth*. 2011, s. 766 an.; ohledně bezmyšlenkovité inklinace k anglickému *Trustee Act 2000* při výkladu lichtenštejnského trustového práva viz SCHURR, F. A. In: SCHURR, F. A. (ed.). *Handbuch des Vermögensschutzes für Liechtenstein, Österreich und die Schweiz*. 2015, § 1 marg. č. 144.

<sup>57</sup> Přijetí nové části XIV 3. knihy *Code Civil* z 19. 2. 2007.

<sup>58</sup> Viz § 1448 an. Občanského zákoníku, který vstoupil v účinnost 1. 1. 2014.

<sup>59</sup> Kniha X o trustu. Srov. též Preambuli k Haagské konvenci o trustech z 1. 7. 1985: „*berouce v úvahu, že trust, jak byl vyvinut soudy Common Law a jak byl s některými změnami převzat v některých státech, je výjimečným právním institutem*“.

<sup>60</sup> Viz níže kapitola 2, část 5).

<sup>61</sup> Srov. k tomu např. RHEINSTEIN, M. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 124 an.; SACCO, R. Legal Forums: A Dynamic Approach to Comparative Law, s. 398; MÜLLER-CHEN, M. – MÜLLER, CH. – WIDMER LÜCHINGER, C. *Comparative Private Law*, marg. č. 271.

<sup>62</sup> Samozřejmě nikoliv však v oblasti soukromého práva. Viz např. MILLER, R. A. A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History, and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. *The American Journal of Comparative Law*. 2003, Vol. 51, s. 847: „*V oblasti ústavní existuje klasický příklad transplantátu, jenž byl vnucen v minulosti, tedy japonská ústava vnucená generálem Douglasem McArthurem*.“

*Code Civil* v oblastech dobytých Napoleonem,<sup>63</sup> zavedení *common law* nebo francouzského práva či jiných evropských právních řádů v koloniích<sup>64</sup> nebo zavedení německého říšského obchodního práva v Rakousku v souvislosti s anšlusem tohoto státu.<sup>65</sup>

2) V malých státech je to právě omezená velikost státního mechanismu, která ztěžuje vypracování vlastního právního řádu a volání po vhodných zahraničních modelech. Často zde chybí – obdobně jako v rozvojových zemích<sup>66</sup> – vhodné zdroje k vytváření komplexní legislativy.<sup>67</sup> Lze tedy vyjít z obecného pravidla: čím menší je stát, tím více je způsobilý k recepci. Dobrým příkladem je soukromé právo Lichtenštejska,<sup>68</sup> jež přebírá právo rakouské a švýcarské. Poté, co byl v tomto státě roku 1812 implantován rakouský ABGB, došlo na základě knížecího nařízení z roku 1819 a účinného do roku 1843 k určité extrémní formě recepce, určitému způsobu „automatické“ recepce.<sup>69</sup> Podle tohoto nařízení měly být novelizace provedené v Rakousku automaticky recipovány do lichtenštejnského práva, aniž by bylo zapotřebí určitého právního aktu Lichtenštejnského knížectví.

3) Často je to i časový tlak, který vede k recepci. V časech politických přelomů, které podmiňují radikální, zásadní přestavbu právního řádu, je naléhavost plošných změn práva, která upřednostňuje recepci, doslova vynucena. Poté, co Kemal Atatürk v roce 1922 vytvořil Tureckou republiku a zahájil současně radikální proces europeizace, bylo zřejmé, že je třeba bezodkladně navázat na evropské moderní zákonodárství (viz např. švýcarský ZGB a OR).<sup>70</sup> Na příklad kolapsu socialistických států ve východní Evropě v 90. letech 20. století bylo již poukázáno:<sup>71</sup> Pro výstavbu mechanismů zásadně orientovaných na tržní hospodářství bylo nanejvýš naléhavé ukončit působení socialistického hospodářského práva a co nejrychleji zavést právní předpisy především v oblasti práva společností, jež budou kompatibilní s tržním hospodářstvím.

4) Často to jsou ekonomické oportunní úvahy, které vedou k recepci. Poté, co švýcarský lid v roce 1992 odmítl přistoupení k evropskému hospodářskému prostoru, takže

<sup>63</sup> K tomu viz přehled u ZWEIFERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 99 an.

<sup>64</sup> K recepci v koloniích viz např. SACCO, R. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, s. 398; BERKOWITZ, D. – PISTOR, K. – RICHARD J.-F. *The Transplant Effect*, s. 172. O kuriózním příkladu koloniální recepce práva se zmiňuje KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, § 9, marg. č. 253: „Nejzřetelnější viditelný rys (o nizozemských kořenech indonéského práva) se nachází v indonéském občanském zákoníku, který je vlastně stále nizozemským občanským zákoníkem (*Burgerlijk Wetboek*) z roku 1847. Evidentní problém spočívá v tom, že dnes zná nizozemský jazyk v dostatečné míře pouze velmi málo indonéských právníků k tomu, aby mohli občanský zákoník v nizozemštině vůbec číst.“

<sup>65</sup> Německý obchodní zákoník HGB vstoupil v účinnost v zemi Rakousko („*Land Österreich*“) 1. 3. 1939, a to na místo zrušeného rakouského občanského zákoníku (*ADHGB*). Tato vnucená recepce však byla po osvobození Rakouska v roce 1945 dobrovolně ponechána v účinnosti.

<sup>66</sup> Srov. MILLER, R. A. *A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History, and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, s. 839 an.: „v rozvojových zemích má většina důležitých právních úprav nyní vždy určitý cizí prvek“; srov. ještě MILLER, R. A. *A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History, and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, s. 846.

<sup>67</sup> K tomu (pod nadpisem *Právní život v malém státě*) se stále vyplatí číst Gschnitzera. GSCHNITZER, F. *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1957, s. 36 an.

<sup>68</sup> Vztahuje se především na PGHR (viz výše pozn. č. 56).

<sup>69</sup> V jednotlivostech BERGER, E. (ed.). *Eine Zivilrechtsordnung für Liechtenstein. Die Entwürfe des Landvogts Joseph Schuppler*, 1999, s. 37 an.

<sup>70</sup> K tomu podrobně naposledy ATAMER, Y. M. *Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2008, 72, 4, s. 731 an.; MÜLLER-CHEN, M. – MÜLLER, CH. – WIDMER LÜCHINGER, C. *Comparative Private Law*, marg. č. 439 an.

<sup>71</sup> Viz výše Úvod.

neexistoval ani právní důvod pro převzetí evropské *acquis communautaire*, byly recipovány některé důležité soukromoprávní prameny EU v rámci tzv. „*Swiss LX*“ reformního balíčku,<sup>72</sup> pomocí – jak se o tom poněkud eufemisticky mluví – „autonomní transpozice“, přičemž ve skutečnosti jde méně o autonomii, ale spíše jak o tom svědčí v oblasti obligací práva převzetí režimu odpovědnosti za výrobek EU,<sup>73</sup> o strategii „Evropské harmonizace“ švýcarského hospodářského práva, která je podmíněna zcela zřetelnými zahraničně obchodními úvahami.<sup>74</sup> Transpozice záruční doby pro spotřebitelskou kupní smlouvu v trvání dvou let do článku 210 odst. 1 OR, která se uskutečnila v roce 2012, spočívá na stejné úvaze. Ovládnutí mezinárodní praxe koupě podniku (*mergers acquisition*) prostřednictvím pojmů a termínů především amerického práva,<sup>75</sup> a to i ve státech kontinentálně evropského *civil law*, které spočívá na tradicích římského práva, nespočívá koneckonců v tom, že příslušné smlouvy (ať už jde o bankovní půjčky, nebo dlužní úpisy) musejí být financovány. „Od určité velikosti“ může být tato potřeba financování, jak o tom píše Hanno Merkt,<sup>76</sup> uspokojena na mezinárodních trzích a „*to znamená především v Londýně nebo v New Yorku*“. Požadavky tamních trhů a jejich účastníků ovlivňují přirozeně též tvorbu finančních smluv. Nikoliv v posledku očekávají tito hráči na trhu, že smluvní režim bude odpovídat určitým právním standardům, jimž důvěřují. „*Jenom v případě dodržení těchto standardů lze uspokojit potřebu financování na trhu.*“<sup>77</sup>

5) Též kvalita a prestiž právního řádu mohou být důvodem k recepci.<sup>78</sup> Paul Koschaker<sup>79</sup> se sice důrazně vyslovil proti tomu, že to byla vnitřní kvalita římského práva, jež pohnula národy Evropy k tomu, aby tento právní systém recipovali; ve skutečnosti to je údajně „prestiž myšlenky římského práva“ zejména v německé říši (viz ideologické označení *translatio imperii*), která dala podnět k recepci. Že obdiv „vysokého stupně“ k „juristickému vzdělání“ římským právem, o němž Koschaker současně mluví,<sup>80</sup> tedy *imperium rationis* (v protikladu k *ratio imperii*) již nemá hrát žádnou roli, vypadá ostatně těžko pochopitelná. Výjimečná „formální racionalita“ římského práva, kterou popsal Max

<sup>72</sup> K tomu např. KRAMER, E. A. Das schweizerische Schuldrecht vor der Herausforderung des Europarechts. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 1995, H. 3, s. 502 an.

<sup>73</sup> Ve formě zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou výrobkem (*Produkte Haftpflichtgesetz – PrHG*) z 18. 6. 1993 (SR 221.112.944).

<sup>74</sup> Ohledně souladu švýcarského soukromého práva s evropským právem viz JUNG, P. *ZSR*. 2010, 129, I, s. 513 an. s dalšími prameny; ohledně souladu hospodářského práva s právem evropským viz BAUDENBACHER, C. *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*. *ZSR*. 2012, B. 131, H. 2, s. 419 an.

<sup>75</sup> Viz příklady k terminologii níže v pozn. č. 134. Ohledně rozhodné smluvní praxe viz např. BÖCKLI, P. In: TSCHÄNI, R. (ed.). *Mergers & Acquisitions*. Zürich: Schulthess Verlag, 1998, s. 59 an.; WÄCHTER, G. H. *M&A Litigation*. Köln: RWS Verlag, 2012.

<sup>76</sup> MERKT, H. Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*. 2007, 171, s. 500. Viz též MILLER, R. A. *A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History, and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, s. 847: „mnoho států přijalo několik úprav finančního práva z USA v důsledku poptávky amerických investorů po právní úpravě, která by byla podobná americké, a dále MMF a Světová banka podmiňovaly poskytování půjček právními reformami“. Srov. též níže v pozn. č. 93.

<sup>77</sup> MERKT, H. *Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht*, s. 500 an.

<sup>78</sup> „prestiž“ motivuje napodobování“. Tak např. GRAZIADEI, M. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 458, s dalšími prameny.

<sup>79</sup> KOSCHAKER, P. *Europa und das Römische Recht*. München: Biederstein, 1947, s. 79 an.; s. 136.

<sup>80</sup> *Ibidem*, s. 81.

Weber,<sup>81</sup> byla ve spojení s kanonickým myšlením o právnických osobách<sup>82</sup> podstatným faktorem při vývoji evropské státnosti pozdního středověku. Těž globální vyzářování, které vyvinul *Code civil* na zákonodárství 19. století<sup>83</sup> a které překračovalo evropský kontinent, nelze podle Koschakera<sup>84</sup> připisovat vnitřní kvalitě tohoto kodexu; *Code civil* dosáhl naopak takového rozšíření, protože to byl zákoník „francouzské říše“, která „vzdor svému krátkému trvání působila v myšlenkách okolního světa ještě dlouhá staletí“, a to „zejména v důsledku osobnosti svého velkého císaře“. Avšak i zde, obdobně jako při recepci římského práva, je třeba uvažovat o tom, že politická a kulturní prestiž Francie a ideová kvalita základních právních principů, na kterých je vystavěn *Code civil*, jdou ruku v ruce.<sup>85</sup> Mnohé receptce *Code civil* jsou nepochybně vysvětlitelné touto okolností, že vyjádřil právní ideály nahromaděné během osvětenství tím nejprominentnějším způsobem. Právě v tomto smyslu označil Jean Carbonier *Code civil* za „la véritable constitution de la France“ (skutečnou ústavu Francie).<sup>86</sup>

Ke konci 19. století a až do první poloviny století dvacátého se rozvíjela německá pandektistika a na ní budující BGB vyvíjely pomocí své vědecké prestiže nikoliv nepodstatné vyzářování, které našlo výraz například v občanském zákoníku Řecka (23. 2. 1946), jenž je nepochybně výrazně poznamenán BGB.<sup>87</sup>

Podobné dalekosáhlé intelektuální vůdcovství (*intellectual leadership*) jako tomu bylo v případě francouzského soukromého práva v 19. století, vyvíjí již několik století americké soukromé a hospodářské právo.<sup>88</sup> Wolfgang Wiegand<sup>89</sup> mluví o „*global process of Americanization*“ (globální proces amerikanizace). Přitažlivost amerického práva vychází nikoliv v poslední řadě z jeho univerzalizmu, který je srovnatelný se středověkým *ius commune*. Toto vůdcovství (*leadership*) spočívá v tomto případě méně na vnitřní kvalitě amerického práva, která je oprávněně z určité části zpochybňována,<sup>90</sup> jako v prvé

<sup>81</sup> Srov. WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen, 1922; citace podle GEPHART, W. – HERMES, S. (eds). *Max Weber-Gesamtausgabe*, díl: *Wirtschaft und Gesellschaft*, sv. 3. 2010, s. 493 an., 581 an.

<sup>82</sup> Ke kanonickému právu jako prvnímu modernímu západnímu systému BERMAN, H. J. *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, s. 327 an.; s. 337 an., a to i ve vztahu kanonického práva k římskému právu.

<sup>83</sup> Prameny např. u RANIERI, F. L'influence du code civil sur les codifications du 19e siècle: essor et déclin d'un modèle européen. In: ANDENAS, M. (ed.). *Liber amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*. London: British Institute of International and Private Law, 2007, s. 832 an., a dále s. 837 an. též k úpadku a izolaci francouzského soukromého práva od 2. poloviny 19. století.

<sup>84</sup> KOSCHAKER, P. *Europa und das Römische Recht*, s. 136.

<sup>85</sup> Stejně i ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 98.

<sup>86</sup> Citováno podle LEQUETTE, L. Vers un code civil européen? *Pouvoir*. 2003, Vol. 4, No. 107, marg. č. 107.

<sup>87</sup> K historickým důvodům této kodifikace viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 154 an. K ovlivnění řecké kodifikace německým BGB viz GEORGIADES, A. Der Einfluß des deutschen BGB auf die Entwicklung des skandinavischen Privatrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2000, 200, s. 439 an. Značnou pozitivní odezvu měla a má německá soukromoprávní dogmatika nejen v sousedních státech Rakousku a Švýcarsku, k tomu v pozn. č. 98, nýbrž i v Řecku, v pozn. č. 107.

<sup>88</sup> K tomu zejména velmi cenný příspěvek MUIR WATT, H. Propos liminaires sur le prestige du modèle américain. *Archives de philosophie du droit*. 2001, 45, s. 29 an.; podrobně pak k americké právní hegemonii STÜRNER, R. Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der anglo-amerikanischen Rechtskultur? *Archiv für die civilistische Praxis*. 2010, 210, s. 109 an.

<sup>89</sup> WIEGAND, W. The Reception of American Law in Europe. *The American Journal of Comparative Law*. 1991, Vol. 39, No. 235.

<sup>90</sup> Zvlášť kriticky k tomu HONSELL, H. In: FORSTMOSER, P. – CRONE, H. C. – WEBER, R. H. – ZOBL, D. *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Roger Zäch zum 60. Geburtstag*. Schulthess Juristische Medien, 1999, s. 39 an.

řadě v hegemoniálním politickém a hospodářském postavení USA. Lze tak spolu s Bernhardem Grossfeldem<sup>91</sup> mluvit téměř o určitém „politickohospodářském sacím účinku“. Na hospodářské podněty, které stojí v pozadí angloamerikanizace mezinárodní smluvní praxe v oblasti *mergesei acquisition*, jsme již poukázali.<sup>92</sup>

Obdobně to platí pro americké právo obchodních společností, bankovní právo a právo kapitálového trhu, dominující ve světovém měřítku.<sup>93</sup> O tom, zda tato dominance bude podporována specifickými výhodami amerického *common law*, které vycházejí vstříc potřebám trhu a praxi *doing business* (ve srovnání s kontinentálním právem, s jeho abstraktní deduktivně systematickou dogmatikou) a které je charakteristické svým induktivním a pragmaticky vstřícným postojem, jak to tvrdí reprezentanti tzv. hnutí *legal origins* založeného americkými ekonomy,<sup>94</sup> nebudeme na tomto místě diskutovat.

Dodatečný faktor, který přispívá k atraktivitě amerického práva, je v širokém slova smyslu kulturního charakteru. Americký způsob života ovlivňuje jak známo životní styl, a to ve světovém měřítku. Potud lze bez dalšího mluvit o určitém kulturním vůdcovství (*cultural leadership*). To se projevuje v právu plně ve smyslu udávání směru (*agenda settings*), a to i ve smyslu etablování globálních právně-politických reformních procesů.<sup>95</sup> Zde je možné uvést pouze určitá hesla, jimiž se anglická terminologie prosadila na celém světě: *consumer protection* (ochrana spotřebitele) a s tím související nové právní instituty deliktního a procesního práva, jakými jsou například *product liability* (odpovědnost za škodu způsobenou výrobkem), odpovědnost z *medical malpractice* (odpovědnost za škodu ve zdravotnictví), zejména v případech *wrongful conception* (vadné početí) a *wrongfull birth* (odpovědnost za vadný porod), *class action* (hromadná žaloba) atd. K fenoménu „spontánní recepce“, tedy k rysu současného myšlení se ještě vrátíme.<sup>96</sup>

6) Je zřejmé, že jsou recepce, zejména částečné recepce, ze sousedních, obdobných a obsahově známých právních řádů častější než ty, jež pocházejí ze vzdálených a obtížně

<sup>91</sup> K tomu viz GROSSFELD, B. *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1984, s. 95.

<sup>92</sup> Viz od pozn. č. 75.

<sup>93</sup> Recepce tzv. „*business judgement rule*“ ve formě § 93 odst. 1 německého akciového zákona (AktG) je pro Drueye (DRUEY, J.-N. *Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag*. Leinen: C. H. Beck, 2010, s. 71 an.) příklad jednotné jednosměrné transplantace amerického práva do Evropy, kterou nazývá ironicky „*Transplatlantik*“. Tento postup je nezdídko doprovázen tlakem, který je jednostranně vyvíjen nebo jednoduše existuje fakticky. Viz americký Sarbanes-Oxley-Act mohli globalizovat v oblasti práva kapitálového trhu, nebo existují proto, aby transplantovali právní normy upravující účetní závěrky (ibidem, s. 72). K právním transplantátům v německém akciovém právu viz též FLEISCHER, H. *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht*. In: DORALT, P. – KALSS, Z. (eds). *Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*. Wien: Manz, 2004, s. 115 an.; v monografii VON HEIN, J. *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. K osmóze anglosaského konceptu ve švýcarském obchodním právu viz BÖCKLI, P. In: VOGT, N. P. (ed.). *The International Practice of Law. Liber Amicorum for Thomas Bär und Robert Karrer*. Boston: Kluwer Law International, 1997, s. 9 an.

<sup>94</sup> K tomu s celou řadou dalších pramenů viz MICHAELS, R. *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*. *The American Journal of Comparative Law*. 2009, Vol. 57, s. 765 an.; BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. *Economic and Legal Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation?*, s. 117 an.; KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, s. 144 an. Právní původ tohoto hnutí spočívá v souvislosti s koncepcemi (jež směřují k právní recepci) „soutěže právních řádů“, kdy evropské státy se snaží propagovat svůj právní řád jako zboží. Ohledně francouzské „nadace pro kontinentální právo“ a „svazku pro německé právo“ viz VOGENAUER, S. *Regulatory Competition through Choice of Contract Law*. *European Review of Private Law*. 2013, Vol. 21, No. 1, s. 30 an.

<sup>95</sup> K tomu podrobně WIEGAND, W. *The Reception of American Law in Europe*, s. 240 an.

<sup>96</sup> Viz níže kapitola 3.3.

přístupných právních okruhů.<sup>97</sup> Příklad častých recepcí z německého soukromého práva do rakouského a švýcarského právního systému je toho jasným důkazem.<sup>98</sup> Zde navíc hraje velkou roli rovněž faktor jazyka, o němž bude vzápětí hovořeno.

7) Vedle těchto ústředních faktorů, které recepci podmiňují nebo ji alespoň zvýhodňují, existují méně významná hlediska, jež podmiňují způsobnost receptce z určitého právního řádu. Podstatná je přitom především řečená jazyková přístupnost cizího právního řádu, z něhož by potenciálně mohla být receptce prováděna. Bez vývoje latiny jako *lingua franca* právního stavu by nebyla myslitelná receptce římského práva. Obdobně je tomu dnes s etablováním angličtiny jako jazyka mezinárodního právního diskursu.<sup>99</sup> Právní řády s malými jazyky, jako jsou estonština, maďarština, slovinština nebo též nizozemština, jsou ve skutečnosti, pokud z těchto právních okruhů neexistují anglické překlady, mezinárodně bezvýznamné. Občas hraje při výběru recipovaného práva roli náhoda. Příkladem je rozhodnutí o recepci švýcarského soukromého práva v Turecku, které bylo údajně odůvodněno okolností, že tehdejší turecký ministr spravedlnosti absolvoval ve Švýcarsku svoje právnícké studium a nabyt tak přesvědčení, že švýcarské zákony jsou ty nejmodernější a nejlepší na světě.<sup>100</sup> Studoval-li by v Německu, byl by pravděpodobně prosazoval převzetí německého BGB.

### 3. TYPY PRÁVNÍCH RECEPCÍ

#### 3.1 Receptce typu zákonodárství versus zákonodárství

Klasický typ receptce,<sup>101</sup> který je v mnoha dílech popisován jako jediný příklad tohoto fenoménu, je receptce zákonodárství jedné jurisdikce zákonodárcem jiného právního řádu.<sup>102</sup> Vydeme-li z této premisy, pak lze rozlišovat jednotlivé podtypy receptce: v případě

<sup>97</sup> Za všechny pak BERKOWITZ, D. – PISTOR, K. – RICHARD, J.-F. *The Transplant Effect*, s. 180: „Státy, které mají společnou historii, budou znát transplantované právní koncepce a budou proto mít málo důvodů k tomu, aby si vybraly systém, který méně znají.“

<sup>98</sup> Srov. prameny u Kramera, KRAMER, E. A. Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2000, 200, s. 365 an. Nikoliv nepodstatný faktor u této rozvinuté tendence k recepci teorií z Německa je poukaz německých znalců soukromého práva na rakouské a švýcarské katedry. Ohledně „*circo lazio di professori*“ ve vztahu Německo, Rakousko a Švýcarsko viz blíže ibidem, s. 390 an.

<sup>99</sup> Příklady pro transponovanou anglickou terminologii v mezinárodním smluvním styku viz níže pozn. č. 134.

<sup>100</sup> Viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 176, s odvoláním na HIRSCH, H. J. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*. 1954, 116, s. 206.

<sup>101</sup> Následující typologie vychází z receptce zúčastněných subjektů. Lze si však zajisté představit jinou typologii (srov. typologie u COHN, M. *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*. *The American Journal of Comparative Law*. 2010, Vol. 58, s. 590 an.), například takovou, která se odlišuje podle svého obsahu. Podle toho lze rozlišovat mezi receptcemi obsahově právních zadání a receptcí metodologických pravidel, respektive institutů. K recepci institutu, který byl vyvinut v německé nauce a který se týká teleologické redukce ve Švýcarsku, viz např. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München: C. H. Beck, 2013, s. 227 an.; k metodologickým procesům asimilace ve vztahu k *Common Law* a kontinentálního práva viz KRAMER, E. A. *Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode*. In: ASSMANN, H. D. – BRÜGGEMEIER, G. – SETHE, R. (eds). *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*. Baden-Baden, 2001, s. 34 an.

<sup>102</sup> Jestliže se úvaha omezí na typ receptce, bylo by možné souhlasit s názorem Amstutze a Karavase (AMSTUTZ, M. – KARAVAS, V. *Rechtsgeschichte. Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum*. 8. svazek. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2006, s. 14 o tom, že právní transplantace vychází



částečných recepcí, které stojí v popředí, jsou přebírány jednotlivé díly cizího právního řádu, jak tomu je v případě převzetí jednotlivých ustanovení francouzského deliktního práva (například generální klauzule čl. 1382 *Code Civil*) do švýcarského obligačního práva (čl. 41 odst. 1 OR).<sup>103</sup> O totální neboli celkové recepci se hovoří tehdy, jestliže je plošně převzato celé zákonodárství *en bloc*,<sup>104</sup> jako tomu je v případě švýcarského ZGB a OR v Turecku<sup>105</sup> či německého HGB v Rakousku,<sup>106</sup> kde šlo o totální recepci, jež byla již uvedena jako vnucená recepcce.<sup>107</sup> O eklektické neboli syntetické recepci lze mluvit tehdy, jestliže kodifikace přijímá rozmanité modely a skládá je do nového *mixtum compositum*.<sup>108</sup>

Oprávněně mnozí při recepci zahraničních zákonů varují před jakýmsi naivním recepčním diletantismem.<sup>109</sup> Samozřejmě nelze brát v úvahu pouhý text zákona (*black-letter arguments*), aniž se reflektuje právní kontext a především konkrétní praktické zkušenosti s takovýmito recepcemi. Stojíme totiž, jak popisuje Grossfeld<sup>110</sup> neudržitelnost receptce pouhých textů, stále před nebezpečím převzetí zahraničního tzv. mrtvého práva a jeho

---

z určité představy národních států, která již není aktuální. Srov. proti tomu naznačené rozšíření pozornosti na smluvní praxi (dále viz kapitola 3.2), na *soft law* (níže kapitola 3.2) a mezinárodní sjednocení, respektive harmonizaci práva (níže kapitola 3.3).

<sup>103</sup> K tomu BUCHER, A. In: CARONI, P. (ed.). *Das Obligationenrecht 1883–1983. Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts*. Berne – Stuttgart, 1984, s. 162 an. Kromě tohoto příkladu lze uvést bezpočet dalších. K částečné recepci skutkové podstaty zneužití práva podle čl. 2 odst. 2 a 7 švýcarského ZGB v novém českém občanském zákoníku, který vstoupil v účinnost 1. 1. 2014, viz TICHÝ, L. *Das neue ZGB für die Tschechische Republik – Eine kritische Skizze. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2014, s. 489.

<sup>104</sup> K pojmu celkové receptce viz již ZAJTAY, I. *Der Begriff der Gesamtrezeption fremder Rechte. Archiv für die civilistische Praxis*. 1970, 170, s. 251 an.

<sup>105</sup> Viz již výše pozn. č. 70.

<sup>106</sup> Viz výše pozn. č. 65.

<sup>107</sup> Celková receptce německého soukromého práva na Dálném východě (Japonsko, Korea, Čína, Taiwan), v kterémžto případě model však nebylo možné jednoduše kopírovat, viz WENDEHORST, Ch. In: JEHL, J.-M. – LIPP, V. – YAMANAKA, K. (eds). *Rezeption und Reform in japanischen und deutschen Recht*. Göttingen, 2008, s. 19 an.; k problematice Koreje a Taiwanu podrobně též KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, § 9, marg. č. 153 an., pozn. č. 158 an. K recepci ve východní Asii též SCHERMAIER, M. J. – GEPHART, W. (eds). *Rezeption und Kulturwandel. Europäische Rechts traditionen in Ostasien und Russland*. Vittorio Kolstremann, 2016.

<sup>108</sup> Ohledně eklekticky koncipovaného občanského zákoníku Etiopie z pera René Davida jakožto příkladu tzv. „syntetické receptce“ viz SAND, P. H. *Die Reform des äthiopischen Erbrechts: Problematik einer synthetischen Rezeption. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1969, Vol. 33, s. 413 an.; k obecnému zákoníku o majetku Knížectví Černé Hory z roku 1888, jehož redaktor vzal jako základ schematickou synopsi tehdy existujících zákoníků (mezi jiným též švýcarských kantonálních kodexů), viz STOLLEIS, M. *Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten* s. 78 an. Zvláštní struktura receptce existuje tehdy, jestliže v tzv. „hybridních právních řádech“ (*Mixed Legal System*) jsou značné části právního řádu převzaty z jednoho právního řádu a jiné důležité prvky z právního řádu jiného státu, respektive z jiné právní tradice. Mezi velmi často analyzovanými případy to jsou Jižní Afrika, Skotsko a Izrael, též Mauritius a Seychely. K tomu BOGDAN, M. *The Law of Mauritius and Seychelles. A Study of Two Small Mixed Legal Systems*. Juristförlaget, 1989. Ohledně půjčování a transplantátů jakožto základu smíšených právních řádů viz DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 487 an.

<sup>109</sup> Seznam typických pastí při recepcích zákonů viz MÜLLER-CHEN, M. – MÜLLER, CH. – WIDMER LÜCHINGER, C. *Comparative Private Law*, marg. č. 281.

<sup>110</sup> Viz GROSSFELD, B. *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, s. 89. K novému českému obecnému zákoníku srov. kritiku Tichého, TICHÝ, L. *Das neue ZGB für die Tschechische Republik – Eine kritische Skizze*, s. 480: „Protože český zákonodárce reflektoval pouze text zákona a ignoroval jeho výklad soudní praxí a právní teorií, zavedl též obskurtní právní instituty. Uvádí obstarožní věcné právní úpravy, které byly převzaty z rakouského ABGB, avšak v Rakousku již nejsou používány.“

následného považování za právo živoucí. Uwe Kischel<sup>111</sup> uvádí příklad původního znění § 253 BGB (tj. platného ještě před modernizací obligačního práva), podle kterého bylo navzdory protikladné judikatuře vyloučeno poskytnutí náhrady nemajetkové škody. Jestliže by tedy jiný stát převzal právní normu obsaženou v § 253 BGB, převzal by sice německý text zákona, nikoliv však jeho skutečný význam. Proto například Estonsko, které se chtělo orientovat na německé civilní právo, doplnilo § 253 BGB do § 1046 estonského zákona o obligacích o obsah, který mu vtiskla judikatura;<sup>112</sup> a to s tím výsledkem, že estonský zákon reflektoval německou situaci lépe než tehdejší BGB. Z hlediska metodologického to znamená, že rozhodující zahraniční právní normy je třeba nalézat nikoliv na povrchu v jejich terminologii, nýbrž pouze na základě funkční komparace, která vychází z reálných problémů úpravy a jejich účelu,<sup>113</sup> jež právě nemohou být dovozeny pouze z textu zákona. Z toho mimo jiné vyplývá, že zejména u recepce zákonů z právních řádů, které jsou vytvářeny jinými rámcovými podmínkami, je třeba si počínat velmi opatrně.<sup>114</sup> Jestliže se například právní institut amerického deliktního práva stane potenciálním objektem recepce, je třeba zvažovat, že hospodářské a sociální prostředí deliktní odpovědnosti v USA se zřetelně odlišuje od našeho chápání tohoto institutu, konkrétně, že sociální systémy jsou rozdílného charakteru a že deliktní odpovědnost je mnohdy jediný instrument sociální regulace.<sup>115</sup>

### 3.2 Recepce jiným způsobem

Recepce ve formě zákonodárství versus zákonodárství není jedinou možností převzetí práva. Zřejmě není zapotřebí zvláštních důvodů pro úvahu, že zákonodárství není jediný činitel dalšího vývoje právního řádu, přičemž je třeba brát v úvahu skutečně rozhodující faktory, a otázkou zůstává, zda a jak zařadit produkty adekvátních aktérů vytvářejících právo do oficiálního interního katalogu právních pramenů. Vedle zákonodárství existují samozřejmě též soudní rozhodnutí, zejména nejvyšších soudů, tedy tzv. „*legal formants*“ právního řádu, abychom použili výraz vytvořený Rodolfem Sacco.<sup>116</sup> Totéž platí pro právní nauku a soukromou smluvní praxi. Mezi všemi těmito aktéry existují velmi bohaté recepční procesy: soudcovské právo určitého státu, jako například právě uvedený příklad recepce německého soudcovského práva u náhrady imateriální škody v Estonsku, je recipován zákonodárcem jiného státu;<sup>117</sup> judikatura nejvyšších soudů jednoho státu

<sup>111</sup> Viz pozn. č. 21, s. 64 an.

<sup>112</sup> Viz KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, s. 65.

<sup>113</sup> BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer, 1991, s. 386.

<sup>114</sup> Viz výslovně OLG Celle NJW 2005, 2160 (2161).

<sup>115</sup> Viz GROSSFELD, B. *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, s. 111.

<sup>116</sup> *The American Journal of Comparative Law*. 1991, Vol. 39, s. 1 an.; s. 343 an.; k tomu podrobně KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, s. 113 an.

<sup>117</sup> HÄBERLE, P. Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells. *JuristenZeitung*. 1992, s. 1036 an., který mluví o překřížené recepci, jestliže právě autor recepce se neidentifikuje s pramenem, jehož právní kreaci převzal, jestliže například – jako již v uvedeném příkladu Estonska – zahraniční zákonodárci recipuje cizí soudcovské právo; STARCK, CH. *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zur Göttingen*, s. 383, poukazuje například na činnost Otto Mayera, který na základě praxe francouzské státní rady koncipoval svoje dílo *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (1886) a nechal se tím inspirovat k svému „německému správnímu právu“ (*Deutschen Verwaltungsrechts*, 2 svazky 1895 a 1896). O toto epochální dílo se opírala judikatura německých soudů, která pak byla základem správněprávního soudnictví (1976).

je přebírána bez zásahu zákonodárce jiného státu;<sup>118</sup> teorie, respektive právní instituty vytvořené v právní nauce jednoho státu jsou recipovány judikaturou nebo zákonodárstvím státu jiného. Například Canarísem vytvořená doktrína tzv. odpovědnosti za důvěru (*Vertrauenshaftung*)<sup>119</sup> podporovaná švýcarskou naukou byla převzata švýcarským spolkovým soudem (Nejvyšší soud),<sup>120</sup> který je, jak již bylo prokázáno,<sup>121</sup> vůči soudem implementované srovnávací metodě k vyplňování mezer v zákoně velmi otevřený. Podobným způsobem převzal španělských Nejvyšší soud (*Tribunal Supremo*) za podpory španělské právní nauky německou doktrínu zániku práva.<sup>122</sup> Jheringem v roce 1861<sup>123</sup> „objevená“ (přesněji znovuobjevená)<sup>124</sup> nauka o *culpa in contrahendo* byla s ohledem na odpovědnost v souvislosti s námitkou omylu poprvé recipována (1881) švýcarským zákonodárcem<sup>125</sup> a v roce 1941 převzata do obecné formulace čl. 1337 *Codice Civile* tak, že překračuje samotné právo omylu. Jde o určité zevšeobecnění, k němuž se připojila i modernizace obligačního práva BGB v roce 2002<sup>126</sup> poté, co předtím (jako ve Švýcarsku<sup>127</sup> a Rakousku<sup>128</sup>) nauka a judikatura tento obecný předpis již propagovaly, respektive praktikovaly. To jsou jen některé příklady toho, že v evropském prostoru lze již staletí najít zejména v soukromém právu zvlášť cílé „*circolazione di modelli*“ (Sacco)<sup>129</sup>, a sice, jak bylo již několikrát zdůrazňováno, mezi relativně kreativními a právo recipujícími aktéry (zákonodárství, judikatura, nauka a též smluvní praxe), přičemž během doby, jak to plasticky formuloval Peter Häberle,<sup>130</sup> vzniká relativně hustá síť recepce.

Jedním z obzvlášť důležitých vývojových faktorů smluvního práva, jež je ovládáno autonomií vůle, je smluvní praxe. Zde je možné pozorovat světové („transnacionální“) mnohostranné recepční fenomény.<sup>131</sup> Leasing byl například vyvinut v americké smluvní praxi (USA), je však, nezávisle na tom, zda existuje jeho zákonná úprava, praktikován po celém světě.<sup>132</sup> Americká smluvní kultura hraje dnes, jak již zmíněno,<sup>133</sup> například

<sup>118</sup> SACCO, R. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, s. 395, hovoří o „*přímém napodobování soudců soudci*“.

<sup>119</sup> CANARIS, C.-W. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1971.

<sup>120</sup> Významná rozhodnutí jsou BGE 120 III s. 334 an. a BGE 121 III s. 350 an.

<sup>121</sup> Viz celou řadu rozhodnutí uváděných Kramerem, pozn. č. 101.

<sup>122</sup> K tomu viz VAQUER, A. *Importing foreign doctrines. Yet another approach to the Unification of European Private Law*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2000, s. 301 an.

<sup>123</sup> JheringsJb 4.1861, s. 1 an.

<sup>124</sup> K historii objevů podrobně viz MEDICUS, D. In: BENÖHR, H. P. et al. *Iuris Professio, Festgabe Max Kaser zum 80. Geburtstag*. Wien: H. Böhlau, 1986, s. 169 an.; viz též *Zimmermann*, pozn. č. 49, s. 613 an.

<sup>125</sup> Čl. 23 starého zákona o obligacích (OR) z roku 1881, který odpovídá dnešnímu čl. 26 odst. 2 OR.

<sup>126</sup> Viz § 311 odst. 2 BGB.

<sup>127</sup> Pro Švýcarsko viz komentář Schwenzerové, SCHWENZER, I. *Schweizerisches Obligationenrecht*. 6. vydání. Bern: Stämpfli Verlag, 2012, marg. č. 47.01 an.

<sup>128</sup> Podstatné viz u WELSER, R. *Das Verschulden beim Vertragschluss im österreichischen bürgerlichen Recht*. *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1973, s. 281 an.

<sup>129</sup> SACCO, R. In: CAPPELLETTI, M. (ed.). *New Perspectives for a Common Law of Europe*. Florence: EUI, 1978, s. 97 an.

<sup>130</sup> HÄBERLE, P. *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, s. 1042. Vztahuje se na evropské ústavní právo.

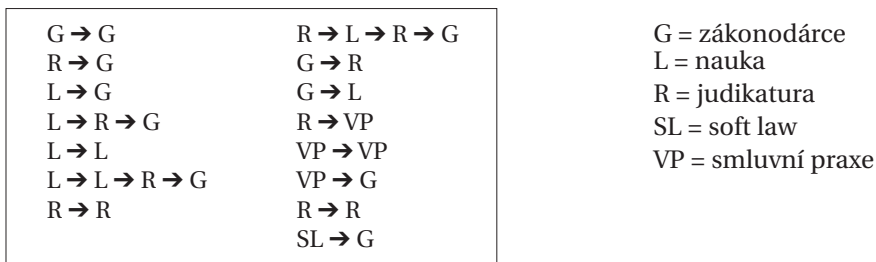
<sup>131</sup> K právním transplantátům na základě soukromých smluv na příkladu „Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains“ viz LIN, L. W. *Legal Transplants through Private Contracting: Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as an Example*. *The American Journal of Comparative Law*. 2009, Vol. 57, s. 711 an.

<sup>132</sup> Pro mezinárodní smlouvu o leasingu existuje kodifikace ve formě UNIDROIT *Convention on International Financial Leasing*, Ottawa 1. 5. 1995. Pokus o ratifikaci této konvence však je bezvýznamný. Z členských států Evropské unie ji ratifikovaly pouze Francie a Velká Británie.

v případě fúzí společnosti („*Mergels & Aquisitions*“) rozhodující roli. Světově rozšířené a používané výrazy jako například *share deal*, *asset deal*, *representations and warranties*, *set off*, *due diligence*, *closing*, *heads of agreement* dokládají amerikanizaci<sup>134</sup> smluvního práva.

Relativně novým jevem smluvního práva jsou kodifikace ve formě *soft law*, tzv. *Restatements* smluvního práva, a mezi nimi zejména *Principles of International Commercial Contracts* (PICC) a *Principles of European Contract Law* (PECL). Do těchto kodifikací bylo mnoho recipováno a na druhé straně jsou rovněž tyto kodifikace recipovány, a sice nejen do mezinárodních obchodních smluv a arbitrážních doložek, nýbrž též do národní legislativy, zejména jak to ukazuje analyzovaný příklad Litvy,<sup>135</sup> a dále do zákonodárství bývalých socialistických států Evropy, které se při přijímání svých civilněprávních kodifikací nechaly inspirovat modelem těchto tzv. *Restatements*.<sup>136</sup>

Následující graf, zajisté nikoliv vyčerpávající, je schématickým přehledem struktury možných recepčních modelů:



### 3.3 „Spontánní“ recepce

Od záměrné a cílené recepce různými subjekty, které se zúčastňují legislativní práce, je třeba odlišovat „právní adaptace spontánní formy“,<sup>137</sup> při nichž nejde o převzetí kon-

<sup>133</sup> Viz pozn. č. 75.

<sup>134</sup> MERKT, H. *Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht*, s. 502 an., který mluví s ohledem na anglickou terminologii, jež je užívána v mezinárodních hospodářských smlouvách, jako o *lingua franca*. Jestliže mezinárodní hospodářské smlouvy, které podléhají německému nebo jinému kontinentálně evropskému právnímu řádu anglickou terminologií, která je odvozena od angloamerického právního okruhu, avšak výklad je podřízen příslušnému právnímu řádu kontinentálnímu, pak vznikají velmi složité otázky interpretace. Pro interpretaci ve smyslu angloamerického významu viz FREUDENBERG, R. Haftung für „indirect and consequential damages“ unter deutschem Vertragsstatut. *ZfP*. 2015, H. 49, s. 2345 an. (na příkladu odpovědnosti za nepřímé a následné škody). Ohledně zavedení anglické slovní zásoby v mezinárodních obchodních věcech viz ARMBRÜSTER, CH. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2001, s. 102 an.

<sup>135</sup> Viz ZUKAS, T. *Einfluss der „Unidroit Principles of International Contract Law“ auf die Transformation des Vertragsrechts in Litauen*. Bern: Stämpfli, 2011.

<sup>136</sup> Ohledně častého použití PECL španělským nejvyšším soudem (*Tribunal Supremo*) jako určité výplně mezer obligacního práva podle *Código Civil* viz VENDRELL CERVANTES, C. The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2008, 16, s. 534 an.

<sup>137</sup> Ohledně spontánní právní harmonizace viz PHILIPPS, G. *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung*. Frankfurt – Berlin: Alfred Metzner, 1965, s. 10 an.; KRAMER, E. A. *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung*. *JBl*. 1988, s. 485. Ohledně přirozené konvergence na základě vzrůstajícího povědomí o závažných globálních problémech (znečištění, životní prostředí, globální oteplování atd.) viz DE CRUZ, P. *Comparative Law in a Changing World*. 2. vydání. Routledge-Cavendish, 1999, s. 491.

krétních úprav, nýbrž o recepci globálních témat, která odpovídají časovým tendencím, a proto jsou tak říkajíc „ve vzduchu“,<sup>138</sup> v jejichž rozvoji některé státy zaujímají určitou přední úlohu, která – plně ve smyslu obecného fenoménu „kulturní difúze“ – je činí světově vedoucími představiteli,<sup>139</sup> přičemž, jak řečeno, nejde (alespoň nikoliv typickým způsobem) o recepci konkrétních právních modelů, nýbrž trochu obdobně, jako tomu je v případě čl. 288 odst. 3 SFEU v případě směrnic evropského práva – o převzetí usku- tečňovaného právněpolitického cíle. Na příklad tzv. *cultural leadership* amerického práva v oblasti práva ochrany spotřebitele jsme již poukázali.<sup>140</sup>

#### 4. DALŠÍ VÝVOJ A INTERPRETACE RECIPOVANÉHO PRÁVA

Recepce práva je dynamický sociální proces, který nekončí pouhým aktem recepce. Objekt recepce musí být interpretován recepčním právním řádem a teprve poté je transponován. Že se to ne vždy podaří a recepce tak může zůstat mrtvým textem, neboť transponované právo není kompatibilní s „kulturou“ recepčního právního řádu, se ukazuje již na zmíněném případě recepce švýcarského manželského a rodinného práva v Turecku.<sup>141</sup>

Často však nejde o vlastní odmítající efekty (odpuzející efekty), nýbrž zejména o transformace provedené judikaturou. Günter Teubner analyzoval tento fenomén, kdy objekt recepce působí v novém prostředí jako právně mylný (*legal irritant*) a někdy se mu doslova odcizí, a to na příkladu principu dobré víry (*Treu und Glauben, good faith*), jenž byl recipován z evropského právního předpisu (směrnice o zneužívajících ustanoveních EU) do britského práva a jenž jinak odpovídá kontinentální evropské tradici,<sup>142</sup> a došel k závěru: „*Under present conditions it is inconceivable that British good faith will be the same as Treu und Glauben German style which has been developed in a rather special historical and cultural constellation.*“<sup>143</sup> [Za současných podmínek je nepředstavitelné, že bude britská dobrá víra totožná s německou dobrou vírou (*Treu und Glauben*), jež se vyvinula za dosti speciálních historických a kulturních podmínek.]

V případě recepce zákonodárstvím prostřednictvím zákonodárství jiného státu je převzaté právo recipováno zákonodárcem nikoliv v nepozměněné podobě, nýbrž je integrováno cílenými modifikacemi. Příkladem jsou předpisy u příležitosti totální recepce německého obchodního zákoníku (HGB) do rakouského práva, obsažené ve 4. nařízení uvozujiícím obchodní právo.<sup>144</sup> Právě příklad převzetí německého obchodního práva v Rakousku ukazuje, že vývoj se nezastaví u původně provedené adaptace, nýbrž že zákonodárce jde zcela konkrétní cestou a objekt recepce tak částečně dále znovu nostrifikuje.

<sup>138</sup> FEDTKE, J. viz heslo „*Legal transplants*“. In: SMITS, J. M. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. 2006, s. 436, mluví o „transplantátech myšlenky“.

<sup>139</sup> Viz GROSSFELD, B. *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, s. 25, který mluví o „duchovních proudech“, které obcházejí svět, a uvádí například hesla jako „emancipace“, „dětské blaho“, „ochrana spotřebitele“ a „ochrana životního prostředí“.

<sup>140</sup> Viz výše kapitola 2, část 5); srov. ohledně globálních konvergenčních tendencí též v případě pozn. č. 46.

<sup>141</sup> Viz výše kapitola 1.2 v pozn. č. 45.

<sup>142</sup> Viz TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, s. 11 an.

<sup>143</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>144</sup> 4. Nařízení k přijetí obchodněprávních předpisů v Zemi Rakousko z 24. 12. 1938 (RGBl I 1999 = GBlO 1939/86). Toto nařízení bylo u příležitosti vydání rakouského podnikatelského zákoníku (UGB) zrušeno.

V tomto ohledu je třeba poukázat na „vpuštění“ německého HGB prostřednictvím vydání podnikového zákoníku (UGB) v roce 2005, tedy na další vývoj, který v současné době působí na zemi původu, tj. na Německo, a vyvolává tam diskusi,<sup>145</sup> zda spotřebitelsko-právní pojem podniku obsažený v UGB (který byl ostatně v podstatě vyvinut německým teoretikem Karstenem Schmidtem)<sup>146</sup> neměl v německém HGB vystřídat již překonaný pojem obchodníka. Něco obdobného bylo možno pozorovat v posledních letech v Turecku, kde byly švýcarské kodifikace převzaty v roce 1926 v mezidobí nahrazeny novými zákoníky,<sup>147</sup> které jsou sice v podstatě velmi ovlivněny švýcarským „mateřským právem“, avšak v mnoha ohledech se od tohoto vzoru odlišují.<sup>148</sup> Těž další vývoj francouzského *Code Civil* v Belgii a v Lucembursku nabízí velmi cenný materiál.<sup>149</sup>

To nás vede k metodologické otázce o tom, zda se soudy státu převzetí při interpretaci recipovaného práva mají držet judikatury státu původu, jak to odpovídá především judikatuře nejvyšších soudů. Jde tedy o upozornění ustanovení § 3 rakouského MPS (které odpovídá i švýcarské a německé praxi),<sup>150</sup> jež z hlediska kolizněprávního takový postup výslovně zapovídá. Lichtenštejnský nejvyšší soud (OGH)<sup>151</sup> tento princip kolizněprávního státu původu rozšířil na recipované právo. Převzaté právo by mělo „v Lichtenštejnsku platit tak, jak ve skutečnosti v zemi původu platí (*law in action*)“. Ve skutečnosti je správné diferencovat: je-li účelem recepce (například z obchodněpolitických důvodů) vytvoření právní jednoty v poměru k zemi původu, pak odpovídá této teleologii, že požadovaná právní jednotka by neměla být zpochybňována samostatným, svébytným a v zemi původu se odlišujícím výkladem. V tomto smyslu interpretuje švýcarský nejvyšší soud prostřednictvím „autonomní implementace“ recipované unijní právo směrnice (bez unijněprávní povinnosti), a to pokud možno konformně se směrnicemi tím způsobem, jak to předvídá SDEU.<sup>152</sup> Ve všech jiných případech recepce, ve kterých je zahraniční právo recipováno pouze kvůli svému obsahu, aniž by hrála jednotka právních řádů nějakou relevantní roli, nehovoří nic proti tomu, aby byla prováděna samostatná

<sup>145</sup> K tomu SPRINGOB, A. *Der verbraucherrechtliche Unternehmensbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. Jeho transpozice do německého občanského zákoníku podle modelu podnikatelské reformy v Rakousku (2016).

<sup>146</sup> Viz např. SCHMIDT, K. *Wozu noch Handelsrecht? – Vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht*. *JBl.* 1995, s. 341 an., především s. 344 an.; SCHMIDT, K. *Zum Stand der HGB-Reform: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen*. *JBl.* 2003, s. 137 an.

<sup>147</sup> Nový občanský zákoník (v účinnosti od 1. 1. 2002); nový zákon o obligacích (v účinnosti od 1. 7. 2012).

<sup>148</sup> A tak vychází například deliktní právo nového tureckého zákona o obligacích velmi výrazně z návrhu celkové revize švýcarského deliktního práva (zejména s ohledem na přijetí obecné klauzule ohledně odpovědnosti za velmi nebezpečné činnosti v čl. 71 nového tureckého zákona o obligacích), tedy celkové revize, která však ve Švýcarsku ztroskotala. Widmer tedy tvůrce švýcarského návrhu považuje nikoliv za vyloučené, že Švýcarsko jednoho krásného dne by se mohlo octnout v značně zvláštní situaci, tedy převzít zahraniční model, který se inspiroval švýcarským návrhem, a mluví tedy o formě recyklace legislativy [viz WIDMER, P. In: GUILLOD, O. – MÜLLER, CH. (eds). *Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*. Bâle: Helbing Lichtenhah Verlag, 2011, s. 242]. K novému tureckému reviznímu právu viz BURCUOĞLU, H. *Aperçu général sur le nouveau Code Turc des Obligations*. *ZSR.* 2013, 132, I, s. 229 an.

<sup>149</sup> K tomu viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 99. Přitom nejde jenom o to, aby kodifikace jednotlivých zákonů žily vlastním životem, nýbrž o rozdílné vývoje judikatury v případě totožného zákonného textu.

<sup>150</sup> Pro Švýcarsko viz BGE 126 III 492 (s. 494 an.); ohledně Německa viz *von HEIN, J.* In: *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10: Internationales Privatrecht I*. 6. vydání. München, C. H. Beck, 2015, Einl. IPR, marg. č. 297.

<sup>151</sup> Knížecí nejvyšší soud z 1. 7. 2011, viz Lichtenštejnská sbírka rozhodnutí (LES) 3/11, s. 156 (157).

<sup>152</sup> Viz prameny u KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 309 an.

a zejména v příslušné souvislosti s právním kontextem zdůrazňující interpretace skrze soudy recipujícího státu. Je zřejmé, že při interpretaci recipovaného práva je třeba vzít v úvahu inspiraci praxí a teorií státu původu. To ovšem neznamená, že by existovala metodologicky nějaká povinnost přebírat tuto cizí interpretaci.

Zvláštní pozornost by měla patřit jednotnému soukromému právu<sup>153</sup> a evropskému právu.<sup>154</sup> Je zřejmé, že existují mnohé recepce národních právních řádů členských států různých konvencí a EU. To ovšem zde neznamená, že by měla interpretace těchto ustanovení následovat po výkladu mateřského právního řádu. Platí princip svébytné, autonomní interpretace z celého systému jednotného práva, respektive unijního práva. Na hranici tohoto systému by měl být zachován účinek sjednocování či sjednocení, který by neměl být ohrožen principiální inklinací k národnímu právnímu řádu. Například pravidlo předvídatelnosti v čl. 74 CISG, které, jak již řečeno,<sup>155</sup> je principiálně inspirováno modelem angloamerického pravidla kontemplance (*contemplation rule*), je interpretováno autonomně a odlišně od judikatury práva angloamerických států.<sup>156</sup> Též zde neznamená tato samostatnost, že nemůže být v případě pochybností při výkladu přinejmenším inspirativním, a tedy žádoucím či vhodným takovou judikaturu konzultovat (jako *persuasive authority*) a v případě, že neodporuje svébytné teleologické teorii sjednoceního práva, se jejím výkladem i řídit.<sup>157</sup> To platí obdobně i v případě unijně autonomní interpretace evropského práva.<sup>158</sup>

<sup>153</sup> K CISG za všechny FERRARI, F. In: SCHLECHTRIEM, P. – SCHWENZER, I. (eds). *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*. 6. vydání. München: C. H. Beck, 2013, čl. 7, marg. č. 9 an.

<sup>154</sup> Viz k tomu RIESENHUBER, K. In: RIESENHUBER, K. (ed.). *Europäische Methodenlehre*. 3. vydání. Berlin: De Gruyter, 2015, § 10, marg. č. 4 an.

<sup>155</sup> Viz výše pozn. č. 101.

<sup>156</sup> Viz SCHWENZER, I. *Schweizerisches Obligationenrecht*, čl. 74, marg. č. 46.

<sup>157</sup> Jestliže by právní úprava byla záměrně recipovaná z jiného právního řádu, pak se jeví legitimním vztahovat se na tzv. mateřský právní řád. K tomu srov. FERRARI, F. In: SCHLECHTRIEM, P. – SCHWENZER, I. (eds). *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*. 6. vydání. München: C. H. Beck, 2013, čl. 7, marg. č. 12; též již KRAMER, E. A. *Zur Theorie und Politik des Privat- und Wirtschaftsrechts*. Basel – Frankfurt: Manz, 1997, s. 413.

<sup>158</sup> K zásadní bezvýznamnosti jakéhosi modelového práva viz RIESENHUBER, K. *Europäische Methodenlehre*, § 10, marg. č. 39, který však nevylučuje, že v těchto případech mohou existovat určité důležité aspekty pro interpretaci jednotlivých ustanovení.

## PŘIROZENÁ SUBJEKTIVNÍ PRÁVA MEZI STŘEDOVĚKEM A NOVOVĚKEM

Michal Šejvl\*

**Abstrakt:** Tento článek se pokouší zmapovat různé názory na přirozená práva myslitelů vrcholného středověku (Jindřich z Gentu, Duns Scotus, Ockham, Marsilius z Padovy, Gerson, Summenhart) a raného novověku (Vitoria, Suárez, Grotius) tak, že nejdříve představí jejich názory na přirozené objektivní právo, jejich vymezení ius jakožto subjektivního práva, operace s permissivním přirozeným objektivním právem a konečně jejich koncepcie přirozených práv (k jejichž demonstraci používá především právo na soukromé vlastnictví). Místo někdy postulovaného předělu mezi středověkem a novověkem ukazuje naopak kontinuitu v názorech, která podle autora spočívá v tom, že často stejné či podobné koncepty jsou různými autory reinterpretovány a použity v nových kontextech. Ukazuje, že přirozená „práva“ u některých myslitelů (Jindřich z Gentu, Marsilius, Ockham) nejsou hohfeldovskými nároky (claims), a tedy subjektivními právy, ale hohfeldovskými volnostmi (liberties). Kritizuje také (minimálně v tuzemské literatuře převládající) tradiční přístup hledající spojitost mezi koncepcemi přirozených práv a nástupem metafyzického nominalismu či voluntarismu. Naopak hledá důvody pro partikulární rozvinutí koncepce přirozených práv v tom, jak zde představení myslitelé reagují na problémy, které před ně postavila doba, v níž žili.

**Klíčová slova:** subjektivní právo, přirozená práva, Jindřich z Gentu, Jan Duns Scotus, Vilém Ockham, Marsilius z Padovy, Jean Gerson, Konrad Summenhart, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Hugo Grotius, metafyzický realismus, metafyzický nominalismus, kontroverze mezi (teologickým a etickým) voluntarismem a racionalismem, hohfeldovská analýza právních pozic, přirozené právo na soukromé vlastnictví, permissivní přirozené právo

### ÚVOD: MEZI TRADIČNÍM PŘÍSTUPEM A ALTERNATIVAMI

Pokud bývá v české, respektive československé literatuře věnováno místo dějinám pojmu subjektivních přirozených práv (jakožto jistým „pojmovým předchůdcům“ dnešních práv lidských) v jakémsi „přechodovém období“ mezi středověkem a novověkem, většinou bývá tematizován přechod od přirozeného objektivního práva k přirozeným subjektivním právům v souvislosti s filozofickými základy, na nichž prý stojí, přičemž se nejčastěji zdůrazňuje přechod od filozofického realismu (reprezentovaného typicky Akvinským) k filozofickému nominalismu (reprezentovaného především Ockhamem). S tímto názorem (který bude nadále nazýván „tradiční přístup“) se „v kostce“ můžeme setkat např. u politologa Pavla Dufka, když píše: „*Tak dal například středověký spor mezi realisty a nominalisty ve svém důsledku vzniknout štěpení mezi pojmem přirozeného zákona a přirozených práv, neboli posunu od hledání objektivního řádu spravedlnosti (přirozený zákon doplněný o odpovídající přirozené povinnosti) k vyzdvižení individuálního subjektu jakožto držitele práv a zároveň výhradního zdroje samotného významu pojmu přirozenost. Ta je od této chvíle situována do lidského rozumu, v protikladu k neosobním a morálně indifferenčním silám fyzikálního světa.*“<sup>1</sup> Podobně (i když

\* JUDr. Michal Šejvl, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i., a Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni. E-mail: sejvl@ktp.zcu.cz. Tento článek je jedním z výstupů grantového projektu Grantové agentury ČR *Lidská práva v mezikulturních perspektivách*, č. 13-30299S.

<sup>1</sup> DUFEK, P. *Úroveň spravedlnosti. Liberalismus, kosmopolitismus a lidská práva*. Brno: MU, Mezinárodní politologický ústav, 2010, s. 186.



v jiném kontextu) se nedávno vyjádřil i Pavel Holländer, který spatřuje kontinuitu v „příběhu“ moderní demokracie od Ockhamovy „nominalistické revoluce“ až k dnešku, přičemž konstatuje, že „*nominalismus není ‚otcem‘ moderní demokracie, nominalismus zrodil typ myšlení, jež v toku dějin vedlo ke zrodu konceptu moderní demokracie*“<sup>2</sup> přes anglický parlamentarismus, práci anglických empirických filozofů, reformaci a osvícenství. Opět tedy máme před sebou nominalismus, který vede k individualismu podobně jako u Dufka. Holländer kromě toho ukazuje ještě další časté spojení, a to spojení Ockhamova nominalismu s jeho teologickým voluntarismem: „*Z představy svobodného a všemohoucího Boha vyvozuje (Ockham – pozn. autora) odmítnutí apriorní existence idejí (čili odmítnutí reálné existence obecnin)*.“<sup>3</sup>

Podobně zastává tradiční přístup i Alexandra Krsková – „moderní doba“ a s ní spojený individualismus a nakonec i idea přirozených práv podle ní začíná u Dunse Scota, který připravuje Ockhamův nominalismus, a u Ockhama samotného, přičemž oba myslitelé jsou zároveň teologickými voluntaristy. Takto Krsková píše o Scotovi: „*Protože Bůh je absolutně svobodný, má vše, co koná, náhodnou povahu. Lidský rozum není schopen dedukcemi a argumenty dosáhnout čehokoli z toho, co vzešlo ze svobodného božského činu, nemůže obsáhnout tajemství boží svobody. Rozumový optimismus sv. Tomáše je zde radikálně korigován. Takto je přirozená morálka zpochybněna a s ní i pevnost přirozeného řádu [...]. Společnost je asociací jedinců, emancipovaných od komunitárního poručnictví. Jedinec je fundamentálním elementem analýzy. Vychází z přirozeného stavu a má přirozená práva. Jedinec předchází státu. Stát je plodem společenské smlouvy a nemůže jedinci škodit, nemůže být postaven nad respektování základních práv*.“<sup>4</sup> A takto zase píše o Ockhamovi: „*Nominalismus vedl k brutálnímu rozdělení filozofie a teologie, poznání a víry [...]. Od přirozeného práva se upustilo. Mravní zákon nemá absolutní platnost a hodnotu, závisí na suverénní boží vůli [...]. Nominalismus uvažuje o všem z hlediska jednotlivce, který je centrem zájmu i právní vědy. Právní věda se snaží popsat právní kvality a možnosti jednotlivce, jeho individuální práva. A východiskem k formulaci právních norem také není pozorování přirozeného řádu, ale pozitivní vůle jedinců. V tomto smyslu je právní pozitivismus dítětem nominalismu*.“<sup>5</sup> I zde tedy nominalismus souvisí nejen s teologickým voluntarismem, ale i s jeho etickou variantou, ideou přirozených práv a v konečném důsledku i s ideou společenské smlouvy, ale i s právním pozitivismem. Tady a takto tedy začíná moderní doba a od nominalismu a voluntarismu pozdního středověku vede přímá cesta k Hobbesovi (kterého lze chápat zároveň jako myslitele společenské smlouvy i právního pozitivistu) a Lockovi.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> HOLLÄNDER, P. Sean Connery, nominalistická revoluce a koncept moderní demokracie. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 1, s. 24.

<sup>3</sup> *Ibidem*, s. 7.

<sup>4</sup> KRSKOVÁ, A. *Kapitoly z dějin evropského politického a právního myšlení*. Bratislava: PF UK, 1997, s. 95.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 97.

<sup>6</sup> Z české právnické literatury se k tomuto tradičnímu pojetí hlásil i Bohuš Tomsa, jak je patrné z jeho posmrtně vydané práce: „*Realismus ve svých praktických konsekvencích je tedy zahrnocen protiindividualisticky a totalitářsky. Těto realistické koncepci bylo přizpůsobeno celé uspořádání středověké společnosti, v níž člověk jako izolované individuum byl nemyslitelný, a byl proto zapojen organicky do soustavy vyšších lidských celků... Naproti tomu nominalismus tím, že přisuzoval reálnou existenci výlučně jednotlivinám, kdežto vše obecné a druhové pokládal pouze za myšlenkovou konstrukci, která se skutečností nemá nic společného, vyzdvihl význam jednotlivin, čímž otevřel cestu individualismu a emancipaci jednotlivců i společenských skupin*

V intencích voluntarismu a racionalismu, avšak bez nutného spojení s nominalismem a realismem, píše o stejném problému i známý filozof Stanislav Sousedík ve své snad jediné české monografii o zrodu lidských práv – po Akvinském s jeho přirozeným zákonem, který je výsledkem participace lidského rozumu na zákonu věčném, přichází na jedné straně teologický voluntarismus Scota a Ockhama,<sup>7</sup> na druhé straně racionalismus propagující, že by přirozený zákon byl stejně závazný, i kdyby boha nebylo,<sup>8</sup> což jsou pro Sousedíka nepřijatelné pozice, protože voluntarismus vede v konečném důsledku k odsunutí představ o lidské přirozenosti (a z ní vycházejících přirozených práv) „na vedlejší kolej“ a racionalismus bez boha zase sám nemůže dodat pravidlům přirozeného zákona závaznost<sup>9</sup> – skutečná přirozená práva mohou vycházet pouze z přirozeného zákona, který podle něj nemůže existovat bez boha. V učení voluntaristů však i podle Sousedíka začíná moderní doba: „*Na jedné straně je to anticko-křesťanské vidění světa jako Božím rozumem prozářeného kosmu, k němuž se s porozuměním (teoretickým i praktickým) obrací s Božím rozumem spřízněný rozum lidský, na druhé straně novověká vize světa jako v podstatě chaotického celku, z něhož můžeme rozumět jen tomu, co jsme sami udělali, a v němž se musí starat v první řadě každý sám o sebe.*“<sup>10</sup>

Tento přístup samozřejmě není nijak nový (proto je zde ostatně označován jako tradiční) a jeho zastáncem byl, abychom mluvili jen o mysliteli tematizujícím dějiny subjektivních práv, třeba i Michel Villey (na něhož třeba Krsková sama odkazuje), byť se mi zdá, že Villeyho „příběh“ je poněkud „košatější“ a „jemnější“, když např. rozlišuje mezi pojetím *ius* jakožto objektivně správného (*iustum*) u Aristotela či Akvinského a pojetím *ius* jakožto zákona (*lex*), který prý začínají propagovat myslitelé tzv. salamanské školy Vitoria a hlavně Suárez, čímž podle Villeyho „zrazují“ autentické myšlení Akvinského<sup>11</sup> (zatímco třeba Sousedík oba myslitele chápe jako Akvinského pokračovatele). I Villey však spojuje nástup nominalismu a voluntarismu s přelomem, který v posledku znamená

---

*z područí vyšších celků, které je dříve pohlcovaly. Přispěl k rozložení organické koncepce středověké společnosti a k rozpadu Svaté říše po stránce světské i duchovní. Stal se průkopníkem renesance a rozhodl o celém příštím vývoji novověké civilizace a kultury, která se vyvíjela směrem k individualismu a proti totalitarismu.“* TOMSA, B. *Kapitoly z dějin filosofie práva a státu*. Praha: Karolinum, 2005, s. 88.

<sup>7</sup> SOUSEDÍK, S. *Svoboda a lidská práva. Jejich přirozenoprávní základ*. Praha: Vyšehrad, 2010, s. 84: „U myslitelů, jako je Duns Scotus či Vilém Ockham, nejsou přirozenosti možných věcí participacemi Boží podstaty. Participace – myšlenka převzatá Tomášem z novoplatónské tradice – u těchto myslitelů zcela (nebo téměř zcela) mizí. Přirozenosti jsou konstituovány v podstatě nezávisle na Boží podstatě a mravní zákony jsou (ne vždy zcela důsledně) projevem svobodného, na nic nevázaného Božího ustanovení. S určitou dávkou zde snad omluvitelné nadsázky by bylo možné říci, že u voluntaristicky orientovaných myslitelů je přirozený zákon (téměř) potlačen, a to ve prospěch (Bohem výslovně vyhlášeného) zákona pozitivního. Tento pozitivní zákon není však nutným projevem Boží a z ní derivované lidské přirozenosti, nýbrž kontingentním projevem Boží vůle, vůle, která by mohla v zásadě rozhodnout vždy i jinak.“

<sup>8</sup> Sousedík myšlenku *etsi Deus non daretur* spojuje s jezuitskými teology pozdní generace tzv. španělské scholastiky či salamanské školy Gabrielem Vasquezem a Luísem Molinou. Ibidem, s. 86 an.

<sup>9</sup> Jak píše sám SOUSEDÍK, S. *Svoboda a lidská práva. Jejich přirozenoprávní základ*, s. 87: „Příkaz, jak víme, sám o sobě nezavazuje, zavazuje teprve s ním spojená sankce.“ Je možná zajímavé, jak se toto pojetí blíží třeba ranému Kelsenovi v jeho *Hauptprobleme* (u něhož stát jakožto autor práva může činit pouze své vlastní chování, tedy trestání a exekuvování) a některým starším právním pozitivistům vůbec.

<sup>10</sup> Ibidem, s. 85.

<sup>11</sup> K Villeyho interpretaci Vitoria a Suáreze souhrnně viz VILLEY, M. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: Quadrige – PUF, 2003 (původní vydání z roku 1975), s. 326 an., k jejich „destruujícím“ vlivu na myšlenku správného přirozeného řádu viz VILLEY, M. *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*. Paris: Dalloz, 1976, zejména esej *Torah-Dikaon II*, s. 35 an.

vítězství „egoistického“ pojetí subjektivních práv nad představou objektivního řádu. O Villeyho tezi jsem však psal jinde<sup>12</sup> a zde se nechci zbytečně opakovat.

Tradiční přístup zdůrazňující diskontinuitu a „přelom“ hezky vystihuje třeba britská historička Annabel Brettová, která s ním ve svém díle polemizuje: „*Takto je původ subjektivních práv připisován tradičním oponentům tomismu, tedy voluntaristům a nominalistům třináctého a čtrnáctého století, kteří jsou tradičně vypodobňováni jako ničitelé tomistické syntézy a iniciátoři individualismu a laického ducha. Tato perspektiva je navázána na tradiční příběh o pozdní scholastice jako o boji mezi a n t i q u i a moderní [...]. S tím souvisí i argumentace, že je to právě ta koncepce práva, kterou rozvinula voluntaristická tradice, jež vede k chápání práva jako práva subjektivního. Voluntarismus chápe právo jako vůli zákonodárce nad jednotlivci, kteří jsou chápáni jako svobodní nebo mají svobody (liberties) v tom rozsahu, v jakém jim nepřikazuje zákonodárna vůle – což je nakonec vůle boží. Svoboda jednatelce v tom, co právo nepřikazuje, tedy vlastně absolutní volnost (latitude) jednání – to je jednotlivcovu subjektivní právo. Naproti tomu jestliže je jednatelce chápán jako bytost nasměřovaná k určitému jednání z důvodu své přirozenosti – jako v racionalistické koncepci práva – pak zde není žádná taková subjektivní volnost jednání, která by mohla představovat subjektivní právo.*“<sup>13</sup>

Kromě toho, že Brettová opakuje výše představené úvahy, nabízí další představu, podle níž přirozená subjektivní práva jsou sférou, v níž jednotlivci požívají „výhody“ toho, čemu dnes říkáme zásada legální licence – jejich přirozená subjektivní práva jsou to, co není zakázáno ve voluntaristické tradici božím zákonodárcem. Tuto představu, které říká „permissivní přirozené právo“, asi nejdůkladněji rozvinul americký mediavelista Brian Tierney ve své nedávné knize.<sup>14</sup> K této představě se v následujícím textu ještě vrátím.

Ještě předtím však představím názory britského medievalisty Francise Oakleyho, které jsou také podobné zde představené tradiční pozici, i když jsou poněkud komplexnější a opatrnější. Oakley se inspiroval Whiteheadem a rozlišuje mezi dvěma pojetími *natury* (v tomto kontextu je *natura* jak přirozeností, tak i přírodou) – podle prvního pojetí *natury* jsou její přirozené (přírodní) zákony imanentní skutečnosti samotné, zatímco ve druhém pojetí tyto zákony pocházejí zvenčí, od boha: „*Takto pojem přirozených (či přírodních) zákonů jako imanentních implikuje stejně imanentní chápání morálního či právního přirozeného objektivního práva a může být řečeno, že předpokládá systém idejí, v němž je boží chápáno jako imanentní či vlastní světu (innerworldly); epistemologie je esencialistická (nebo, řečeno pomocí středověké terminologie, realistická); a natura je chápána v organických (organismic) pojmech, naplněna účelem a cílem a otevřena zkoumání analytickým či deduktivním způsobem, které je schopno získat znalost, jež je jistá a absolutní. Oproti tomu pojem přirozených (či přírodních) zákonů, které jsou uloženy vnější vůlí, implikuje podobně legislativní pojem morálního či právního přirozeného objektivního práva a předpokládá či obsahuje systém, který pracuje s pojmem Boha jako mimosvětské (extraworldly) či transcendentní entity, přičemž zdůrazňuje především jeho svobodu*

<sup>12</sup> Zejména v ŠEJVL, M. Původ pojmu subjektivního práva v antickém právním myšlení v kontextu uvažování o lidských právech. *Právník*. 2014, roč. 153, č. 6, s. 448–463.

<sup>13</sup> BRET, A. *Liberty, Right and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, s. 3 an.

<sup>14</sup> TIERNEY, B. *Liberty and Law. The Idea of Permissive Natural Law, 1100–1800*. Washington: The Catholic University of America, 2014.

*a všemohoucnost, epistemologie je nominalistická a přírodní filozofie vychází z empirické-ho či mechanistického způsobu poznání, který se zaměřuje na zkoumání účinných příčin (efficient causes) a zdůrazňuje podmíněnou povahu veškerého poznání založeného na pozorování stvořeného a radikálně kontingentního světa, který by mohl být jiný, než je.*<sup>15</sup> Typickými představiteli první koncepce jsou dle Oakleyho stoikové a blíží se jí i pozice platónská, typickým zástupcem druhého přístupu je pak Hobbes. Oakleyho pozice je komplexnější, protože mu nejde jen o oblast přirozeného práva jako normativní kategorie, ale i o oblast přírodních zákonů, když např. velmi hezky ukazuje, jak mnozí novověcí přírodovědci používající empirické metody poznání jsou zároveň teologickými voluntaristy. Oakley je také opatrnější proto, že v přechodu od realismu/racionalismu k nominalismu/voluntarismu nevidí nějaký dějinný zlom, ale dlouhodobý proces, který podle něj trval cca od 12. do 18. století (protože ukazuje, jak mnozí filozofové či teologové nejsou důslední v zastávání těchto filozofických pozic), a odmítá i tradiční dělení na středověk a novověk, což je pochopitelné.

Jestliže Oakley odmítá zlom postulovaný tradičním přístupem, ale naopak přijímá kontinuitu (byť zachovává „polaritu“ mezi racionalismem/realismem a voluntarismem/nominalismem), jeho pozice se poněkud blíží alternativní představě, kterou rozvinul již zmiňovaný Brian Tierney. Ačkoli i Tierney považuje Ockhamovo učení za důležitý mezník v učení o subjektivních přirozených právech (a neváhá Ockhamovy názory prezentované především v *Breviloquiu* a *Dialogu* označit za jednu z prvních politických teorií postavených na subjektivních právech<sup>16</sup>), důrazně odmítá, že by tato Ockhamova teorie byla plodem jeho nominalismu či voluntarismu.<sup>17</sup> Poukazuje přitom nejen na to, že diskurs o subjektivních právech byl rozvinut již dříve u kanonistů 12. století,<sup>18</sup> že *ius* jako subjektivní právo znali již před Ockhamem třeba Jindřich z Gentu nebo tomisté jako typicky Hervaeus Natalis (Hervey Nedellec) v debatě o františkánské chudobě<sup>19</sup> a po Ockhamovi třeba myslitelé salamanské školy (které na rozdíl od Villyeho považuje také za „ortodoxní“ tomisty), že diskurs subjektivních práv používali i filozofičtí realisté jako Viklef či Hus (když šlo o práva křesťanů vůči papežům<sup>20</sup>), ale především ukazuje, že jakékoli moderní pokusy spojit politickou teorii s metafyzickými doktrínami je chybný.<sup>21</sup> Tierney pak rozvíjí vlastní alternativní přístup, v němž, velmi zjednodušeně řečeno, jde o to, že nezávisle na filozofických či metafyzických „pozicích“ toho kterého autora probíhá

<sup>15</sup> OAKLEY, F. *Natural Law, Laws of Nature, Natural Rights: Continuity and Discontinuity in the History of Ideas*. New York – London: Continuum, 2005, s. 30.

<sup>16</sup> TIERNEY, B. *The Idea of Natural Rights. Studies on Natural Right, Natural Law and Church Law, 1150–1625*. Grand Rapids – Cambridge: William B. Eerdmans Publishing Company, 2001, s. 185.

<sup>17</sup> Ibidem, zejména s. 30 an.

<sup>18</sup> Ibidem, především s. 43 an., a především REID, C. J. The Canonistic Contribution to the Western Rights Tradition: An Historical Inquiry. *Boston College Law Review*. 1991, Vol. 33, No. 1, s. 37–92.

<sup>19</sup> TIERNEY, B. *The Idea of Natural Rights*, s. 104 an.

<sup>20</sup> V české literatuře jde podle mého názoru až příliš daleko český evangelický teolog Jakub S. Trojan, který u Husa a husitů nachází nejen právo na odpor proti církevní autoritě, jejíž názory jsou v rozporu s Kristovou pravdou, ale třeba i zárodky práva na svobodu shromažďování či tisku. Viz TROJAN, J. S. *Idea lidských práv v české duchovní tradici*. Praha: OIKOYMENH, 2002, s. 113 an.

<sup>21</sup> Zde Tierney navazuje především na Charlese Zuckermana, který ukázal, že spojovat nominalismus s teorií o tom, že moc v církvi pochází od jednotlivých věřících, a umírněný realismus tomistů s představou, že nejvyšší moc v církvi se dělí mezi papeže a individuální věřící, je více než pochybné – ZUCKERMAN, C. The Relationship of Theories of Universals to Theories of Church Government in the Middle Ages: A Critique of Previous Views. *Journal of the History of Ideas*. 1975, Vol. 36, No. 4, s. 579–594.

diskurs o subjektivních (přirozených) právech nejen mezi filozofy a teology, ale i mezi právníky, takže se vytváří jakési obrovské „skladiště“ scholastických textů, kam si podle potřeb přicházejí různí myslitelé pro argumenty, kterými podporují tu či onu pozici.

Tierney tedy místo zlomu způsobeného v tradičním pojetí nástupem nominalismu či voluntarismu prosazuje kontinuitu v diskursu o (přirozených) právech mezi středověkem a novověkem, což je podobné Oakleyho pozici. Oakley je však podle mého soudu opatrnější v tom, aby připisoval jisté moderní názory středověkým myslitelům, jak to někdy podle mého názoru činí Tierney, jak uvidíme dále. Oakley také v závěru své knihy varuje, abychom středověkým myslitelům nepřipisovali příliš moderní názory: „*Když to říkám, mám na mysli především to, jak snadno [...] můžeme sklouznout k tomu, že budeme požadovat po středověkých předchůdcích (diskursu subjektivních práv – pozn. autora) příliš mnoho, [...], a takto nám unikne podstatný rozdíl v důrazu a nuancích, které odlišují moderní i novověké vzorce uvažování od toho, co se stalo předtím.*“<sup>22</sup>

Ačkoli se tedy i já přikláním spíše k alternativnímu názoru Tierneyho a Brettové, který místo zlomů zdůrazňuje kontinuitu mezi středověkým a novověkým diskursem o (přirozených) právech, přesto budu v následujícím textu kritizovat některé názory Tierneyho a Brettové, pokud jde o přítomnost či nepřítomnost pojmu subjektivních (přirozených) práv u některých myslitelů. Kdybychom se měli opět vrátit k metafoře o středověkém „skladišti textů“, je možné říci, že sice mnozí novověcí myslitelé toto „skladiště“ (ať již vědomě či později nevědomě) používají, ale tento „materiál“ slouží k vytvoření podstatně jiných „staveb“ či konstrukcí, než byly ty středověké.

V dalším textu představím názory vybraných myslitelů pozdního středověku a raného novověku, abych ukázal (po Tierneyově vzoru) kontinuitu v jejich názorech. Protože (jak bylo řečeno výše) se vznik ideje přirozených práv v tradičním přístupu spojuje s „metafyzickými pozicemi“ (tedy s nominalismem/voluntarismem a realismem/racionalismem), pokusím se o popis pozice těchto myslitelů a vedle jejich učení o přirozeném objektivním právu se budu věnovat právě i jejich představám o případných přirozených subjektivních právech. Za subjektivní práva přitom budu považovat pouze hohfeldovské nároky, nikoli hohfeldovské volnosti.<sup>23</sup> Protože zejména na počátku se zde probíráni myslitelé věnují často právu na soukromé vlastnictví, bude toto právo často použito jako příklad odvození přirozeného subjektivního práva v díle toho kterého myslitele – to však

<sup>22</sup> OAKLEY, F. *Natural Law, Laws of Nature, Natural Rights: Continuity and Discontinuity in the History of Ideas*, s. 107.

<sup>23</sup> Protože jsem se hohfeldovským pozicím věnoval jinde (ŠEJVL, M. Pojem přirozeného subjektivního práva ve středověkém myšlení v kontextu uvažování o lidských právech. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 12, s. 1023 an.), zde se omezím na snad nejdůležitější rozdíl – zatímco v případě hohfeldovské volnosti (*liberty, privilege*) subjekt volnosti nemá žádnou povinnost vůči jinému subjektu a jiný subjekt nemá žádnou povinnost vůči subjektu volnosti, v případě hohfeldovského nároku (*claim*) má jiný subjekt povinnost k subjektu nároku. Právě proto, že volnostem neodpovídají žádné povinnosti jiného subjektu, nepovažuje Hohfeld volnost za subjektivní právo, a proto subjektivními právy podle Hohfelda jsou jen nároky (později byla tato teorie upravena Rainboltem, který ukázal, že subjektivním právem je i hohfeldovské uzavření (*immunity*), ale tím se zde nemusíme zabývat). Někdo by mohl říci, že aplikovat teorii z 20. století na minulé myslitele je anachronismus – když však uvážíme, že tyto vztahy mezi právy a povinnostmi jsou vztahy pojmové (vyplývají ze sémantiky a někdo by je mohl považovat i za vztahy logické), je tato námitka lichá, protože pojmové vztahy platí nezávisle na dějinách. Jinak řečeno, nikdo jistě nemůže zazlívát myslitelům minulosti, že je nerozlišovali, ale používat toto rozlišování na jejich pojmy a ukazovat, v čem např. jejich subjektivní „práva“ nejsou právy, ale jen volnostmi, nám nic nebrání – nejde o diskvalifikace starších myslitelů, ale o ukázání toho, v čem se od nás liší.

určitě neznamená, že by toto právo mělo nějakou prioritu vůči jiným subjektivním právům, jak uvidíme. Protože mnozí zde probíraní myslitelé operují s ideou permissivního přirozeného práva (tedy s ideou, že přirozené objektivní právo nesestává jen z příkazů a zákazů, ale i z dovození), ukáží i to, jak s ní operují. Konečně v závěru se pokusím shrnout poznatky vzniklé porovnáváním názorů zde představených myslitelů a pokusím se o formulaci obecnějších závěrů z hlediska toho, jaké je jejich místo v dějinách ideje lidských práv.

Konečně zbývá poznamenat, že chápu tento článek jako jisté přirozené navázání na své předchozí články publikované v tomto časopise, v nichž jsem se zabýval subjektivními právy v antickém myšlení a v myšlení středověkém a na něž budu v textu někdy odkazovat.

## 1. JINDŘICH Z GENTU

Prvním probíraným myslitelem je Jindřich z Gentu (asi 1217–1293), kterého bychom snad mohli považovat za voluntaristu – jak píše třeba německý filozof Theodor Kobusch, Jindřich postuluje primát vůle oproti rozumu, ačkoli i činnosti vůle, která je prvním hybatelem, nutně předchází rozumové poznání a je vyloučeno, aby vůle chtěla něco bez předchozího poznání. Vůle však může chtít i něco proti diktátu rozumu. Jindřichovi jde tedy o zdůraznění svébytnosti vůle jakožto zvláštní mohutnosti vedle rozumu, nikoli o převrácení tradičního vztahu rozumu a vůle.<sup>24</sup> Za své zahrnutí ve výběru zde prezentovaných názorů vděčí Jindřich především tomu, že Tierney o něm tvrdí, že u Jindřicha nalezneme subjektivní právo každého člověka na sebezachování a vůbec myšlenku, že člověk je *dominus* sebe sama – ve své *Questio 26 Quodlibetu 9* asi z roku 1289 prý podle Tierneyho předznamenal Hobbesovy i Lockovy úvahy o tom, že vězeň, který je ohrožen (právoplatným) trestem smrti, má právo na to mu vzdorovat.<sup>25</sup> Je zřejmé, že Jindřich z Gentu chápe ono sebezachování člověka nejen jako právo, ale především jako povinnost, což říká i Tierney.<sup>26</sup> V případě vězně jde přitom o to, že ačkoli jeho tělesná schránka po právu „propadla“ jeho soudci (a tudíž k ní vězeň nemá na první pohled žádné subjektivní právo), pokud by se vězeň nepokusil o záchranu svého života, dopustil by se prohřešku proti přirozenému zákonu, který velí zachování života. Jindřich toto „dilema“ řeší podle Tierneyho tak, že využívá konstrukce, podle níž je možné, že k jednomu objektu (v tomto případě k tělesné schránce) mohou mít různé osoby různá práva – Jindřich uvádí příklady vlastníka věci a jiné osoby, která k ní má právo užívací (*usus*). Vězeň, který se nachází v situaci nutnosti, má tedy vyšší či silnější právo (*ius*) než soudce, který má k jeho tělesné schránce pouze *usus* a může ho tedy podle Jindřicha pronásledovat, držet ve vězení, a dokonce i zabít.

Pro dnešního čtenáře tyto úvahy dle mého názoru působí poněkud zvláště – jak je možné, aby měl vězeň právo uprchnout a zároveň soudce právo ho pronásledovat? Jak je dokonce možné, aby měl vězeň právo na zachování svého života a zároveň soudce právo zabít ho? Konflikt dvou práv se v dnešní době řeší buď stanovením hierarchie mezi

<sup>24</sup> Viz KOBUSCH, T. *Filosofie pozdního a vrcholného středověku*. Praha: OIKOYMENH, 2013, s. 430 an.

<sup>25</sup> TIERNEY, B. *The Idea of Natural Rights*, s. 78 an.

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 87.

dvěma právy (k čemuž možná Jindřich směřuje, postuluje-li, že vězeň má *ius* jakožto *potestas*, nebo dokonce *necessitas*, protože je nutné, aby zachoval svůj život, zatímco soudce má k jeho tělesné schránce „pouze“ *usus*), anebo pomocí vyvažování v konkrétní situaci, které by v tomto případě nejspíše vedlo opět ke stanovení toho, že vězňovo právo v dané situaci převáží nad právem soudcovým. Tam však dle mého názoru (ani dle Tierneyho) Jindřichovy úvahy nesměřují. Dle mého názoru jde spíše o to, že vězeň má právo zachovat svůj život jako hohfeldovskou volnost, protože nemá povinnost vůči soudci neutíkat a podvolit se trestu, a soudce má zase volnost vězně pronásledovat i zabít, aniž by měl vůči vězni jakékoli povinnosti respektovat jeho právo na zachování jeho života. Řečeno „jazykem“ přirozeného objektivního práva, vězeň i soudce mají povinnosti plynoucí z přirozeného zákona (jeden povinnost zachovat život, druhý povinnost zabít), ale těmito povinnostem neodpovídá jakákoli povinnost „druhé strany“ (vězně vůči soudci, soudce vůči vězni) splnění těchto povinností minimálně nebránit, natož je respektovat.

Tierney má ale nejspíše pravdu, když tyto Jindřichovy názory chápe jako předznamenání názorů Hobbesových a možná i Lockových. Hobbes na jedné straně postuluje „právo“ na odpor toho, kdo je odsouzen k smrti, ale na druhou stranu zcela pochopitelně neklade jakékoli povinnosti státní moci, která má trest smrti vykonat, aby neodporovala tomuto odsouzencovu „právu“. <sup>27</sup> Locke nepíše explicitně nic o tom, že by odsouzenec na smrt měl právo uprchnout, nicméně i on uznává na jednu stranu nezadatelné „právo“ každého na zachování života a na druhou stranu píše o tom, že velitel může poslat vojáka na smrt, aniž by to Locke nějak vysvětlil (třeba tím, že vojáková práva „propadla“ v momentě, kdy vstoupil do armády). <sup>28</sup> Zdá se tedy, že Jindřich z Gentu sice předznamenává Hobbesovy a Lockovy názory, ale že přinejmenším v této otázce nelze chápat ani Jindřichovo, ani Hobbesovo „právo“ odsouzence na sebeobranu jako subjektivní právo, ale jako „pouhou“ hohfeldovskou volnost, které neodpovídá žádná povinnost jiného subjektu vůči odsouzení, minimálně k tomu, aby ji nerušil.

## 2. DUNS SCOTUS

Dalším dobrým příkladem by mohl být třeba sám Duns Scotus (asi 1266–1308), který bývá s voluntaristickou či nominalistickou pozicí spojován jako jeden z prvních myslitelů,

<sup>27</sup> HOBBS, T. *Leviathan*. Praha: OIKOYMENH, 2009, kap. XXI, 11 až 17, s. 151 an.

<sup>28</sup> LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. Praha: Svoboda, 1992, kap. XI, 139, s. 113: „*Neboť zachování armády a v tomto smyslu celého státu vyžaduje naprostou poslušnost velení každého vyššího důstojníka a neposlechnout nebo přit se o nejnebezpečnější nebo nejnerozumnější z rozkazů znamená právem smrt. Ale přece vidíme, že ani seržant, který by mohl nařídít vojínovi, aby kráčet přímo před ústí děla nebo aby stál v průlomů, kde je téměř jisto, že zahyne, nemůže nařídít onomu vojínu, aby mu dal jedno penny ze svých peněz. Ani generál, který ho může odsoudit na smrt za to, že zběhl ze svého stanoviště nebo že neuposlechl nejzoufalejších rozkazů, nemůže přece při veškeré své neomezené moci nad životem a smrtí volně nakládat s jediným halířem ze změti onoho vojína [...], a přece mu může nařídít cokoliv a dát ho pověsit pro nejmenší neposlušnost.*“ (zvýraznění autora). Jak vidno, Locke postuluje spíše nedotknutelnost majetku než nedotknutelnost života a na první pohled se zdá, že ona moc seržanta či generála nad životem ubohého vojína je téměř absolutní. Poznamenejme v této souvislosti, že Hobbes tuto situaci řeší tak, že k získání oné absolutní moci nadřízeného ve vojsku je třeba dobrovolného souhlasu potenciálního vojína – HOBBS, T. *Leviathan*, kap. XXI, 11 až 17, s. 151 an. Neboli Hobbes žádná takové právo suveréna nad životem a smrtí potenciálního vojína bez dalšího (bez výslovného souhlasu potenciálního vojína) nepostuluje – proto má suverén používat žoldnéře, kteří se zavázali bojovat dobrovolně.

příčemž by se tato pozice mohla odrazit i v jeho případném pojetí přirozených práv, pokud nějakou má.

Za prvé se domnívám, že lze mít pochybnosti o Scotově nominalismu. Pro realismus je typické, že existuje korespondence mezi řádem skutečnosti a řádem gnozeologickým – jestliže svým myšlením opírajícím se vždy o abstrakci poznáváme obecniny, pak jsou tyto obecniny opravdu nějak skutečné, reálné, a to buď jako od jednotlivin odlišná realita (extrémní realismus, možná na způsob platónských idejí jakožto pravzorů věcí), nebo jako nějaká část jednotlivin (formy ve věcech na způsob Aristotela), nebo „*v nich existuje nějak jinak jakožto nesamostatný ontologický obsah (umírněný realismus)*“.<sup>29</sup> Z tohoto úhlu pohledu je Scotus nejspíše filozofickým realistou, možná snad větším realistou než Akvinský, což se ukazuje v jeho názorech na poznávání obecného: Jestliže předpokladem abstrakce je, že odhlíží od některých stránek věci, a naopak si všímá jiných stránek věci, pak poznávaná věc sama musí být nějak strukturována. Tato strukturace, z níž abstrakční akt vychází, podle Scota není strukturací fyzickou, nýbrž metafyzickou – věc se skládá z metafyzických částí, kterým se ve skotistické tradici říká „formality“. Každá věc se skládá ze společné přirozenosti (*natura communis*) a z *haecceity* (totosti), tedy z toho, co ji činí individuální, přičemž společná přirozenost může být dále sama strukturována. Rozum pak postihuje právě společnou přirozenost, zatímco *haecceitu* nikoli. Protože difference mezi „formalitami“ nejsou reálné, jde o difference „formální“, které však přesto existují ve věcech nezávisle na našem poznání (v tomto je Scotus realistou), i když na rozdíl od fyzických, reálných částí nejsou schopny samostatné existence – proto je i formální difference nějak skutečnou, i když skutečnou „méně“, než skutečnost reálných částí. Při poznávání „formalit“ dle Scota abstrahujeme, ale tyto „formality“ jsou ve věci skutečně (aktuálně). Oproti tomu dle tomistů tyto metafyzické části jsou ve věcech pouze virtuálně (potenciálně) a tedy nejsou skutečné – virtuální distinkce u tomistů spočívá „*ve schopnosti jedné potenciální věci být poznána bez potenciálních částí jiné [...]. Zatímco je tedy strukturace jednotlivých věcí, která je podmínkou abstrakčního aktu, podle Dunse Scota něčím skutečným, jedná se podle tomistů o strukturaci, jež je pouze potenciální a která se může stát aktuální nikoli v oblasti jsoucna reálného, nýbrž pouze intencionálního. I Tomáš uznává jakousi korespondenci mezi řádem poznání a řádem bytí, a i jeho stanovisko je tudíž realistické, jedná se ovšem o typ tomismu, jenž je ve srovnání se scotismem o stupínek blíže řešení nominalistickému.*“<sup>30</sup> Scotus však může být považován i za předchůdce nominalismu, když rozvinul svou teorii *haecceit* – tím, že Scotus postuloval intuitivní rozumové poznání jednotlivin, otevřel cestu nominalismu.

Scotus je však, za druhé, zároveň voluntaristou, pokud jde o obsah přirozeného (objektivního) práva, ale *nikoli úplně*, protože pouze některé přirozené zákony jsou produktem

<sup>29</sup> DE VRIES, J. *Základní pojmy scholastiky*. Praha: Rezek, 1998, s. 72.

<sup>30</sup> SOUSEDÍK, S. *Jan Duns Scotus. Doctor subtilis a jeho čeští žáci*. Praha: Vyšehrad, 1989, s. 60 an. Podobně píše i De Vries: Tomistická natura či *quiditas* (*cosis*) tvoří *universale in re* a jde o to, čím se věc shoduje s jinými. Abstraktní obecný pojem (druh či rod) je pak až výtvořem myšlení, a proto je u Akvinského *universale post rem*. „*Nauka o obecném u Duns Scota se od tomistické liší názorem, že obecná přirozenost (natura communis) sice není věc (res) odlišná od samotných jednotlivin, nicméně je to ‚realita‘, resp. ‚formalita‘, jež, nezávisle na našem myšlení, není s individuací identická, nýbrž je od ní odlišena formálním rozdílem (distinctio formalis ex natura rei).*“ DE VRIES, J. *Základní pojmy scholastiky*, s. 74.



boží vůle.<sup>31</sup> I pro Scota tedy existují pravidla přirozeného práva, které je možné poznat rozumem, tedy nezávisle na božím zjevení jakožto produktu jeho vůle. Toto přirozené právo poznatelné rozumem je však, jak uvidíme dále, velmi „chudé“. Protože bůh může chtít cokoli, co není rozporné (jeho vůle nemůže být v rozporu sama se sebou), existují i dva druhy přirozeného zákona – na jedné straně ty příkazy, které jsou nutně pravdivé pouze na základě významu termínů (*per se notum ex terminis*) a ty, které z nich (logicky) vyplývají, což jsou ty, které bůh nemůže chtít i nechťt zároveň, a na druhé straně ty, které jsou ve velkém souladu (*consonantia*) s příkazy prvního druhu a které jsou jejich rozpracováním (*declaratio*) nebo vysvětlením (*explanatio*). Tyto příkazy druhého druhu jsou tedy projevem boží *potestas ordinata*. Scotus uvádí jako příklady příkazů prvního druhu první dvě příkázání Desatera, která se týkají boha, protože nejvyšším cílem každého lidského jednání je konat dobro a nejvyšší dobro spočívá v bohu. Jako příklady příkazů druhého druhu uvádí Scotus čtvrtý až desátý příkaz Desatera (protože u třetího si není jist), které se týkají věcí lidských. Od druhého druhu příkazů může také bůh svou zjevenou vůlí (tedy svou *potestas absoluta*) člověka osvobodit, např. když přikázal Abrahámovi obětovat Izáka apod. I tento druh příkazů přirozeného práva je však ve velkém souladu s prvním druhem a jsou závazné v současné situaci, která je poznamenána dědičným hříchem. Aplikováno na lidské chování je tedy zřejmé, že např. soukromé vlastnictví nebo monogamní manželství (které chrání známé příkazy Desatera) nutně nevyplývají z příkazů milovat boha a lze si představit jistě i společnost, v níž by bylo společné vlastnictví nebo v níž by existovala polygamie, pokud by to bůh chtěl – nicméně po pádu lidstva do dědičného hříchu je závazné soukromé vlastnictví i monogamii ctít, protože je ve velkém souladu s příkazem milovat boha, kterého poznáváme i skrze jeho stvoření.

Ze zde prezentovaného stručného přehledu tedy plyne, že Scotus úplně nevykázal rozum z oblasti přirozeného zákona, ale „chudost“ Scotova chápání přirozeného práva poznatelného rozumem je v tom, že zahrnuje pouze dva první příkazy Desatera týkající se poznání boha – pro Scota je prostě prvním příkazem přirozeného práva milovat boha a tak uznávat jeho existenci. Na druhou stranu však není rozum vykázan ani z příkazů přirozeného práva druhého druhu.

Jde-li o případná přirozená subjektivní práva u Scota, nepřekvapí, že je jím tematizováno především právo na soukromé vlastnictví, protože i Scotus jako františkán požaduje život v chudobě podle Kristova vzoru. Ve čtvrté knize svého *Ordinatio* (tedy v nedokončené revizi komentáře k *Sentencím* Petra Lombarda) vlastně aplikuje své výše představené názory o přirozeném zákonu a vysvětluje vznik soukromého vlastnictví spolu se vznikem politické autority v odpovědi na otázku, zda je kající zloděj povinen provést *restitutio* toho, co ukradl. Scotus vychází z *Decretu Gratiani*, podle něhož bylo ve stavu před pádem lidstva vlastnictví společné, což samotné je názor převzatý z Augustinova komentáře k Janovu evangelium. Podle Scota je v souladu se správným rozumem (*secundum rectam rationem*), aby každý člověk mohl užívat věci pro skromný život v míru a ke své obživě,

<sup>31</sup> V dalším vycházím především z MÖHLE, H. Scotus's Theory of Natural Law. In: WILLIAMS, T. (ed.) *The Cambridge Companion to Duns Scotus*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 312 an., a CHABADA, M. *Rectitudo praxis. K prepojeniu náuky o slobodnej vôli a prirodzenom zákone u Jána Dunsu Scota*. In: NEJES-CHLEBA, T. a kol. *Pojetí svobody v dějinách a současnosti filosofie*. Brno: CDK, 2013, s. 60 an.

což zajišťuje i společné vlastnictví.<sup>32</sup> Po lidském pádu se však situace mění a pravidlo přirozeného zákona je revokováno (*revocatum*), protože zlí a chtiví lidé požadovali více, než je nutné k obživě a skromnému životu v míru – tito silnější pak mohli zbavit slabší i toho mála, co je nutné k takovému životu. Proto vzniklo soukromé vlastnictví, které je pro tuto situaci vhodnější, protože každý se lépe stará o to své než o to společné, jak Scotus píše s odkazem na známou pasáž z druhé knihy Aristotelovy *Politiky*. Vznik soukromého vlastnictví se však udál až působením pozitivního práva – přivlastňování a rozdělování společného vlastnictví mezi jednotlivce nebylo nijak regulováno přirozeným či božím právem. K tomu, aby se tak stalo, by muselo být přirozené právo změněno tak, že by došlo k příkazu zavést soukromé vlastnictví. Místo toho však revokace přirozeného zákona vedla pouze k dovození zavést ho. K tomu, aby mohlo existovat pozitivní právo, je však vedle *prudencia* (tedy jakési praktické racionality) nutná ještě autorita, tato autorita může být jak otcovská, tak politická, přičemž je zajímavé, že zavedení politické autority dle Scota vychází ze společného souhlasu a z volby daného společenství (*ex communi consensu et electione ipsius communitatis*). Teprve spravedlivé pozitivní právo, které je produktem takto vytvořené politické autority, může zavést rozdělení vlastnictví a také právo prvního nabyvatele – podobně jako Noe rozdělil zemi mezi své syny, jak píše Scotus.

Tyto Scotovy úvahy (které se, mimochodem, nejspíše nijak zásadně neliší od Akvinského úvah)<sup>33</sup> vzdáleně připomínají budoucí úvahy o přirozeném stavu (v němž jsou ale lidé nadáni dobrými vlastnostmi, nikoli především „zlými“, egoistickými jako třeba u Hobbese)<sup>34</sup> a o zavedení občanské společnosti či státu společenskou smlouvou.<sup>35</sup> Ale především ukazují to, že právo na soukromé vlastnictví podle Scota není přirozeným právem přímo, ale vzniká jako důsledek povolení přirozeného práva, a tedy může být chápáno jako jeden z příkladů výše zmíněné ideje permissivního přirozeného práva – za předpokladu, že lidé tohoto dovození využili (což udělali), může být soukromé vlastnictví považováno za přirozené subjektivní právo v souladu s příkazy přirozeného práva druhého druhu. To na první pohled „nahrává“ myšlence, že právo na soukromé vlastnictví se samo stalo (po revokaci) na základě permissivního přirozeného zákona přirozeným subjektivním právem podle přirozeného zákona druhého druhu – Desatero nám ostatně přikazuje respektovat soukromé vlastnictví jiného. Zároveň však Scotus (jak jsme viděli

<sup>32</sup> V dalším používám latinský text a anglický překlad publikovaný v WOLTER, A. B. *John Duns Scotus' Political and Economic Philosophy*. New York: The Franciscan Institute, 2001, s. 28 an.

<sup>33</sup> Akvinský diskutuje vznik soukromého vlastnictví, když probírá otázku krádeže (*furtum*) a loupeže (*rapina*) – *Summa Theologiae* (ST), II-II, q. 66, 2. Zde píše podobně jako Scotus, že podle přirozeného práva je majetek společný a soukromé vlastnictví vzniklo až dohodou lidí, tedy pozitivním právem – „*secundum ius naturale non est distinctio possessionum, sed magis secundum humanum conductum, quod pertinet ad ius positivum*“. Důvody pro zavedení soukromého vlastnictví však jsou u Akvinského jiné než lidská hříšnost a egoismus v důsledku pádu do hříchu u Scota. V podstatě opakuje Aristotelovy myšlenky, že každý se lépe stará o své než o společné a pokojnější je stav, v němž se každý spokojen se svou věcí, než když se má starat o společné – mezi těmi, co něco drží společně, vznikají častěji sváry.

<sup>34</sup> Aby nevznikla mýlka – myšlenka přirozeného stavu, v němž lidé žili před vznikem společnosti, je samozřejmě přítomná v různých variantách i u starověkých autorů – např. Cicero líčí ve spise *De inventione* (o „vynálezu“ výmluvnosti a řečnictví) stav, v němž se lidé „potulují po lesích jako zvířata“, nespolehají na svůj rozum, ale na fyzickou sílu a nejsou vázání žádnými svazky pospolitosti, ani náboženstvím.

<sup>35</sup> I to, že politické společenství bylo založeno smlouvou lidí, není samo o sobě žádnou novinkou – např. teze, že právo je výsledkem smlouvy mezi lidmi, bývá připisována třeba již sofistovi Kritiovi.

výše) spojuje vznik soukromého vlastnictví až s působením práva pozitivního – v tomto smyslu tedy právo na soukromé vlastnictví nemůže být přirozeným subjektivním právem, což je nejspíše to, co chce Scotus jako františkán dokázat. Proto se domnívám, že u Scota nevíme, zda právo na soukromé vlastnictví je naším přirozeným subjektivním právem, nebo až naším subjektivním právem plynoucím z práva pozitivního. Důvody, které k odmítnutí přirozeného práva na vlastnictví Scota vedou, se zdají být pochopitelné – pro něj jako pro františkána je prostě výhodné uvažovat o soukromém vlastnictví jako o výtvaru pozitivního práva, protože právě soukromého vlastnictví se františkáni chtěli vzdát, aniž by se prohřešovali proti přirozenému či božímu právu. Tento důvod (tedy že Scotus vytváří svou „teorii“ soukromého vlastnictví, aby odmítl jeho přirozenost) přitom považuji za důležitější než jeho „metafyzickou pozici“. Rovněž se však ukazuje, že i v těchto úvahách Scotus klade důraz na správné používání rozumu a nemůžeme ho vidět jako nějakého „čistého“ voluntaristu – ačkoli bůh stvořil svět, v němž je vlastnictví společné, pozdější důsledky lidské svobodné vůle (tedy upadnutí do dědičného hříchu) vedou lidi racionálně k tomu, aby zavedli soukromé vlastnictví v souladu s pozitivním právem.

### 3. VILÉM OCKHAM

Ačkoli Scotus nejspíše není ani „čistým“ nominalistou, ani „čistým“ voluntaristou, zdálo by se, že připravil půdu pro Viléma Ockhama, který už za voluntaristu i nominalistu považován je. Již dříve jsem kritizoval Tierneyho za to, že Ockhamovi v jeho spisu *Opus nonaginta dierum* (napsaném někdy mezi lety 1332 a 1334) připisuje nějakou teorii subjektivních (přirozených) práv, protože mám za to, že Ockhamova *iura* neobsahují hohfeldovské nároky, ale že jde pouze o hohfeldovské volnosti, které samy o sobě nejsou subjektivními právy,<sup>36</sup> a zde zopakují pouze nejnужnější část argumentace. Za prvé se domnívám, že ani Ockhama nelze považovat za nějakého „čistého“ voluntaristu, protože se již v *Opus nonaginta dierum* často odvolává na *recta ratio*, a lze zacitovat i jeho slavnou větu, že „*cokoli je provedeno správně (recte) bez i us fori (tedy bez lidského pozitivního práva), je provedeno správně podle i us poli (tedy podle práva božího, tedy přirozeného)*“.<sup>37</sup> Za druhé, podle tohoto spisu se františkán, který chce žít v chudobě, vzdává jakéhokoliv práva k věci podle práva lidského (*ius fori*), zatímco se nemůže vzdát svého práva k věci podle práva božího (*ius poli*), které je sice produktem boží vůle, ale je lidmi poznatelné skrze *recta ratio*, protože i františkán má povinnost zachovat svůj život. Pokud jde o věci nezužitelné, františkán je užívá, protože majitel této věci mu to dovolil, ale může ho kdykoli požádat, aby tuto věc vrátil zpět. Pokud jde pak o věci zužitelné, které vrátit zpět nelze, pak Ockham pracuje s konceptem extrémní nutnosti – člověk prostě vždy potřebuje jídlo k tomu, aby přežil. Františkán nemá žádné právo podle *ius fori* k nezužitelné věci, kterou užívá, protože ji musí na požádání vrátit jejímu majiteli – má tedy pouze volnost užívat ji, protože nemá povinnost k opaku. V případě

<sup>36</sup> ŠEJVL, M. Pojem přirozeného subjektivního práva ve středověkém myšlení v kontextu uvažování o lidských právech. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 12, s. 1023 an.

<sup>37</sup> *Opus nonaginta dierum*, 65. 180: „*Omne quod recte absque iure fori fit, iure poli fit*.“ Citováno dle BENNET, R. F. – OFFLER, H. S. (eds). *Guillelmi de Ockham Opera Politica*. Manchester: Manchester University Press, 1963, s. 577.

zuzivatelné věci (a v tomto bych chtěl své závěry z citovaného článku poněkud opravit) vzniká možná subjektivní právo, ale pouze v případě extrémní nutnosti. Není tedy pravda, že v případě extrémní nutnosti se člověk dostává do sféry mimo jakoukoli normativitu, jak by to naznačovala zásada *necessitas legem non habet*, kterou jsem ve svém citovaném článku zmiňoval, ale naopak dochází „pouze“ k tomu, že i *dominium* podle lidského zákona se stává společným a ten, kdo narušuje soukromé vlastnictví, není zlodějem, jak tvrdili někteří kanonisté.<sup>38</sup> Zdá se tedy, že v této situaci opravdu dochází k tomu, že úplně chudý, který má hlad, má opravdu hohfeldovský nárok, tedy subjektivní právo i podle lidského práva. Nejde však o právo plynoucí z *ius poli*, ale o právo podle *ius fori*, a aktivuje se pouze v případě extrémní nutnosti, tedy nikoli vždycky. Osobně se domnívám, že toto může být poněkud málo na to, abychom u Ockhama v jeho *Opus nonaginta dierum* mohli konstatovat existenci přirozených práv.

Jiná situace však může nastat, pokud se soustředíme na případná přirozená práva dle Ockhamova pozdějšího spisu *Dialogus*, který byl napsán snad někdy na počátku čtyřicátých let. Zde Ockham rozpracovává své tři mody přirozeného objektivního práva:<sup>39</sup> Přirozené právo podle prvního modu je to, co je v souladu s přirozeným rozumem (*conforme rationi naturali*), který nikdy neselže. Tento první modus obsahuje příkazy jako „nesesmilni!“ nebo „nelži!“ Podle Tierneyho v tomto prvním modu „*bylo přirozené právo rozumu identifikováno s morálními příkazy, typicky těmi, které nalezneme v Desateru; je to mandatorní, nikoli permissivní forma práva.*“<sup>40</sup> Jak vidíme, i zde Ockham pracuje s rozumem, a nikoli pouze s boží vůlí.

Druhý modus přirozeného práva lze poznat za použití přirozené spravedlnosti (*aequitas naturalis*) bez ohledu na jakýkoli lidský zákon či obyčej a tento modus by platil, kdyby všichni lidé žili podle příkazů přirozeného rozumu a božího práva. Jak opět píše Tierney, je to „*přirozené právo, které je permissivní v tom smyslu, že může být změněno lidskou iniciativou.*“<sup>41</sup> Podle tohoto druhého modu přirozeného práva jsou všechny věci společné a soukromé vlastnictví neexistuje.

Konečně přirozené právo podle třetího modu je jakési „podmíněné“ přirozené právo (*ius naturale ex suppositione*) a sestává z toho, co je získáno přirozeným rozumem z práva národů (*ius gentium*) či z jiného práva anebo z nějakého jiného faktu, božího

<sup>38</sup> Zásada *necessitas legem non habet* může na jednu stranu znamenat, že nutnost sama vytváří „nové“ právo, tudíž „staré“ právo přestává platit (což připomíná známou Jellinekovu tezi o normativní síle skutečnosti) – v tomto významu ji používá *Decretum Gratiani* („*Quia enim necessitas non habet legem, set ipsa sibi facit legem*“), který ji sám přebírá z *Collectio Pseudoisidoriana*, nebo Bernard z Pavie („*Quod non est licitum lege, necessitas facit licitum*“), který ji zase podle svých slov nalezl u Bedy Ctihodného v jeho homilii k evangeliu sv. Marka. Na druhou stranu může tato zásada znamenat i to, že „v časech nutnosti je všechno společné“ („*unde tempore necessitatis omnia sunt communia*“), jak píše Bernard z Parmy (cca 1250). Huguccio (zemřel kolem roku 1210) pak tuto zásadu interpretuje tak, že „v časech nutnosti není osoba podřízena právu a není nazývána delikventem, tedy tím, kdo by byl vinen porušením práva, ačkoli tato osoba udělal něco jiného, než právo přikazuje.“ („*Idest in necessitate positus non subest legi, non dicitur legis esse transgressor, idest reus transgressionis, licet aliter faciat quam precipiat lex*“). Viz PENNINGTON, K. *Innocent III. and the Ius commune*. Dostupné z: <<http://legalhistorysources.com/Medieval%20Papacy/InnocentIuscom.htm>>.

<sup>39</sup> *Dialogus*, 3.2.3.6. Pracoval jsem s latinským textem dostupným z: <<http://www.britac.ac.uk/pubs/dialogus/wtc.html>> a anglickým překladem publikovaným ve WILLIAM OF OCKHAM. *A Letter to the Friars Minor and Other Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, s. 286 an.

<sup>40</sup> TIERNEY, B. *Liberty and Law. The Idea of Permissive Natural Law, 1100–1800*, s. 105.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

či lidského, za předpokladu, že opak není stanoven za souhlasu těch, kterých se to týká (*nisi de consensu illorum quorum interest contrarium statuatur*). Tento třetí modus je tedy možný až tehdy, když lidstvo kvůli své hříšnosti opustilo přirozený stav a muselo zavést např. soukromé vlastnictví či peníze – právě pouze za předpokladu (*ex suppositione*), že soukromé vlastnictví (které neexistuje podle druhého modu) je ustaveno, je pak příkazem tohoto třetího modu přirozeného práva, že půjčka má být vrácena, za předpokladu, že někdo neoprávněně užije síly (což je vyloučeno podle druhého modu), má být toto násilí oplaceno silou, včetně toho, čemu se Ockham v *Dialogu* věnuje nejvíce: Totiž za předpokladu, že je na světě ustaven lidský vládce, pak je příkazem podle tohoto třetího modu, že má být zvolen těmi, jimž vládne. Ockham pak pokračuje tak, že za předpokladu, že má být zvolen papež, je přirozeným právem lidí zvolit ho, což potřebuje k tomu, aby dokázal, že právo zvolit papeže může být lidmi přeneseno na světského vládce (císaře) a tím pak konečně dokáže to, proč spis píše, totiž možnost císaře (Ockhamova ochránce Ludvíka Bavora) vybírat papeže.

Z tohoto vymezení dle mého názoru plyne, že Ockham se důsledněji než Scotus snažil postihnout vznik soukromého vlastnictví. Za použití přirozeného práva podle třetího modu totiž dovodíme, že soukromé vlastnictví má být respektováno – lidé mají zkrátka dovoleno zavést soukromé vlastnictví (jako u Scota), a to podle druhého modu přirozeného zákona, toto samotné zavedení se neděje pozitivním právem, ale na rozdíl od Scota přirozeným právem podle druhého modu; přirozené právo podle třetího modu pak dodává pravidlo, že právo na soukromé vlastnictví má být respektováno, protože byl splněn předpoklad, že ho lidé zavedli. Tímto se tedy do sféry lidského ustanovování dostává přirozené právo (dle třetího modu), a to skrze permissivní přirozený zákon, konkrétně dovolení přirozeného práva dle druhého modu. Je to tedy tak, že od svého díla *Opus nonaginta dierum* Ockham změnil svou „teorii“ a nyní v *Dialogu* již zná subjektivní přirozená práva, typicky přirozené subjektivní právo na soukromé vlastnictví? Možná ano a musím změnit svůj kategorický závěr ze svého předchozího článku, že u Ockhama žádná přirozená subjektivní práva neexistují, protože i když neexistují dle *Opus nonaginta dierum*, mohou nejspíše existovat dle *Dialogu* a také dle *Breviloquia* napsaného až po *Dialogu*.<sup>42</sup> Pokud tomu však takto je, jedná se o přirozená práva, která jsou zase snad až příliš „bohatá“ (na rozdíl od příliš „chudých“ volností a případných nároků v *Opusu*, o nichž bylo pojednáno výše). Jestliže totiž každé lidské ustanovení nějakého společenského a právního institutu (soukromé vlastnictví, peníze, politická vláda apod.) může „aktivovat“ příkazy přirozeného práva podle třetího modu, pak dle mého názoru velmi těžko najdeme něco, co by nevedlo k aktivaci přirozeného práva podle tohoto modu. Vždyť Ockham sám ve vymezení třetího modu přirozeného práva poukazuje na přirozený rozum, *ius gentium* i jiná fakta. Znamená to, že bychom pak měli mít přirozená práva na vše, co neodporuje přirozenému rozumu? Není takové pojetí přirozených práv u Ockhama příliš „inflační“? Domnívám se, že je. Zde by však chtěl zdůraznit především to, že existují dobré důvody nepovažovat ani Ockhama za „čistého“ voluntaristu, což dle mého názoru plyne jak z operace s *recta ratio* v *Opus nonaginta dierum*, tak minimálně z prvního modu přirozeného práva v *Dialogu*.

<sup>42</sup> ŠEJVL, M. *Pojem přirozeného subjektivního práva ve středověkém myšlení v kontextu uvažování o lidských právech*, s. 1027.

#### 4. MARSILIUS Z PADOVY

Zdá se, že „čistým“ voluntaristou by snad mohl být Marsilius z Padovy ve svém slavném díle *Defensor pacis* z roku 1324, vezmeme-li v úvahu jeho známé vymezení objektivního práva jako příkazu, který má být dodržován a který donucuje tím, že trestá nebo odměňuje (což poněkud připomíná třeba Austinovu *command theory*).<sup>43</sup> Ale ani Marsilius nevykázal rozum ze sféry práva, protože vedle práva přirozeného a lidského zná i právo boží, o němž píše, že jde o „příkaz správného rozumu“ (*rectae rationis dictamen*) a že „vše, co je uděláno v souladu s božím právem a radou správného rozumu, je v souladu s právem.“<sup>44</sup> Abychom však Marsiliovu koncepci lépe pochopili, je třeba nejdříve představit jeho koncepci objektivního práva (včetně práva přirozeného) a pak se věnovat jeho případné koncepci přirozených práv.

Ve dvanácté kapitole druhého dílu rozlišuje Marsilius mezi božím právem a lidským právem. Lidské právo pak Marsilius rozděluje na právo přirozené (*ius naturale*) a právo občanské (*ius civile*). Rozdíl mezi nimi je ten, že občanské právo stanoví lidský zákonodárce pro ty země, jimž vládne, zatímco přirozené právo je to, co je ze všech lidských zákonodárných ustanovení stejné ve všech zemích.<sup>45</sup> Boží právo je naopak produktem vůle božského zákonodárce (byť je poznatelné lidmi pomocí *recta ratio*, jak jsme viděli výše) a jeho donucení a tresty jsou vyhrazeny pro život, který přijde až po tomto „slzavém údolí“. Marsilius sám tedy neztotožňuje přirozené právo s božím právem (*ius naturale* pro něj není totéž, co *ius poli*, jako třeba pro Ockhama) – naopak, přirozené právo je součástí práva lidského.

Nyní k Marsiliově případné koncepci subjektivního práva. Tierney jako jeden z prvních psal, že u něj nacházíme rozvinutý pojem subjektivních přirozených práv,<sup>46</sup> protože se soustředil nejen na první knihu *Defensor pacis* (která se dnes často a snad i příliš anachronicky čte jako předznamenání „suverenity lidu“), ale spíše na knihu druhou, v níž se Marsilius věnuje i problému františkánské chudoby a celkem pochopitelně hájí pozice svých františkánských „druhů ve zbrani“ na dvoře Ludvíka Bavora. Na jednu stranu bychom mohli dát Tierneymu za pravdu v tom, že Marsilius skutečně jako jeden z prvních používá slovo *ius* ve významu subjektivního práva, konkrétně když podává své „definice“ *ius* ve dvanácté kapitole druhého dílu *Defensor pacis*: Podle první „definice“ je *ius* totéž co *lex*, tedy objektivní právo,<sup>47</sup> podle druhé „definice“ je *ius* připisováno „každému lidskému jednání, schopnosti či získané dispozici, které plynou z příkazu lidské mysli (ať již je vnitřní nebo vnější, imanentní nebo transitivity) a vztahují se k nějaké věci nebo k jejímu

<sup>43</sup> *Defensor pacis* (DP), I, 10, 4. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*. BRETT, A. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 53 an.

<sup>44</sup> DP, II, 12.8 „quod omne factum secundum legem divinam et secundum recte rationis consilium simpliciter est licitum“. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*, s. 254.

<sup>45</sup> DP, II, 12, 7. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*, s. 253 an. Jak výstižně poznamenává již zmiňovaná překladatelka Marsiliova díla Brettová, „svět právního a politického je pro Marsilia světem vytvořeným lidskými ustanoveními a je v opozici k neměnnému světu přírodnímu, který studují přírodní vědy. Podle Marsilia jsou potom přirozenými zákony ty lidské zákony, které jsou všude stejné. Nejsou přirozené v tom smyslu, že by byly vrozené nebo že by byly odvoditelné z přirozenosti.“ BRETT, A. Politics, Right(s) and Human Freedom in Marsilius of Padua. In: MÄKINEN, V. – KORKMAN, P. (eds). *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 107.

<sup>46</sup> TIERNEY, B. Marsilius on Rights. *Journal of the History of Ideas*. 1991, Vol. 52, No. 1, s. 3–17.

<sup>47</sup> DP, II, 12, 4. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*, s. 250.

aspektu (např. *usus*, *usufructus*, získání věci, její držba, její výměna) v souladu s *ius* v prvním významu [...]. A právě v tomto významu jsme zvyklí říkat: ‚Toto je něčí právo‘, jestliže chce konkrétní věc nebo s ní nakládat v souladu s *ius* v prvním významu.“<sup>48</sup> *Ius* je tedy zde jako schopnost (*potestas*) nebo získaná dispozice (*habitus acquisito*) jednat podle objektivního práva, což je vymezení subjektivního práva, s nímž se často můžeme setkat i dnes.<sup>49</sup>

Je-li však přirozené (objektivní) právo pro Marsilia lidským právem, pak jsou i z něj plynoucí případná přirozená (subjektivní) práva *potestates* či *habitaes* jednat podle lidského práva, což není příliš zajímavé. Případná subjektivní práva by však mohla být zajímavá, pokud bychom uvažovali o subjektivním právu podle božího práva – boží právo však, jak brzy uvidíme, nejspíše nehraje velikou roli v lidských záležitostech.

Ona „nezajímavost“ Marsiliova konceptu subjektivního práva je podle mého názoru dobře patrná na následujícím příkladu: Konkrétně ve čtrnácté kapitole druhého dílu diskutuje Marsilius situaci františkána (který chce žít v chudobě podle Kristova vzoru), jenž si ulovil rybu (okupoval tedy ničí věc) a jemuž někdo jiný tuto rybu bere. Podle Marsilia se tento zloděj nedopouští ničeho proti lidskému právu, dopouští se však porušení božího práva, které je smrtelným hříchem.<sup>50</sup> Jak je to možné? Protože františkán rezignoval na jakékoli *dominium* nad rybou podle občanského práva, neb nechce nic vlastnit jako Kristus; nemohl však rezignovat na své právo na zachování života (k němuž rybu potřebuje), protože to plyne z božího práva. (Tato Marsiliova argumentace je podle mě obsahově shodná s Ockhamovou.) Je tedy zřejmé, že tento mnich má k ulovené rybě podle přirozeného práva (jakožto součásti práva lidského) stejné subjektivní právo jako ten, kdo mu ji bez jeho souhlasu bere, což je opět situace, která je z dnešního pohledu poněkud zvláštní, čehož si samozřejmě všimla i již zmiňovaná Brettová.<sup>51</sup> Podle mého názoru je tomu tak proto, že nejde o subjektivní práva, ale o hohfeldovské volnosti: Ten, kdo bere františkánovi rybu, nemá žádnou povinnost k tomu nebrat mu ji, a má tedy hohfeldovskou volnost brát mu ji. Naopak františkán nemá žádný hohfeldovský nárok bránit se zloději, protože zloděj nemá povinnost nebrat mu rybu – má tedy hohfeldovskou volnost bránit se zloději. Oba tak mají dle přirozeného práva volnosti a nemají vůči sobě navzájem žádné povinnosti.

Stejnou situaci však musíme posoudit i podle božího práva, kde jde o situaci daleko jasnější – františkán má subjektivní právo zachovat svůj život (tím, že ulovenou rybou ukojí svůj hlad), zloděj má povinnost nebrat mu ji a když ji poruší, dopouští se podle Marsilia smrtelného hříchu. Podle božího práva tedy františkán již má hohfeldovský

<sup>48</sup> DP, II, 12, 10. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*, s. 254 an.

<sup>49</sup> Např. u Knappa je subjektivní právo „míra faktické možnosti chování subjektu, která je objektivním právem /zákonem/ chráněna“ (KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 194), u Gerlocha je to „míra možného a dovoleného chování subjektu práva chovat se způsobem objektivním právem nezakázaným“ (GERLOCH, A. *Teorie práva*. 5. upravené vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 149), u Boguszaka, Čapka a Gerlocha je to „právní možnost (resp. míra možnosti) subjektu chovat se určitým způsobem, tj. možnost vyjádřená a zaručená objektivním právem, a tedy chráněná zvláštním způsobem stanoveným v právních normách.“ (BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. 2. přepracované vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 115).

<sup>50</sup> DP, II, 14, 19. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*, s. 302.

<sup>51</sup> „Níc méně je to zvláštní závěr, že jednání dokonalého (františkána – pozn. autora) a jednání zloděje jsou legální (licit) a správné (iustum) podle lidského práva [...]. Je to jedna věc říci, že něco může být správné podle lidského práva, ale nesprávné podle práva božího – to je stará známá myšlenka. Je to však úplně něco jiného říci, že dvě jednání, která si navzájem odporují, mohou být správné podle téhož standardu.“ BRETTE, A. *Politics, Right(s) and Human Freedom in Marsilius of Padua*, s. 111.

nárok, kterému odpovídá povinnost všech ostatních nerušit jej. Jak ale opět poznamenává Brettová, pokud jde o boží právo, „*existuje tak úplně mimo-politická dimenze subjektivního práva, která se navíc tváří tak, že má právní přednost (juridical priority). Ale je bytostným znakem Marsiliovy argumentace, že tato právní přednost nemá žádnou pravomoc (legal force) na tomto světě.*“<sup>52</sup> Je to tedy tak, že porušení božího práva si zloděj či františkán, který umře hladu, zodpoví před bohem sám a boží právo opravdu nehraje žádnou roli v lidských záležitostech? Pokud by to tak bylo, naše případné hohfeldovské nároky (tedy subjektivní práva) a povinnosti podle božího práva bychom neuplatňovali vůči jiným lidem, ale vůči bohu, a lidé, kteří by měli prospěch z plnění našich povinností, by mohli stát v roli případných třetích stran (*third-party beneficiaries*) – nejspíše analogicky jako např. naše povinnosti netýrat zvířata nemusí být nutně viděny jako naše povinnosti vůči zvířatům, ale jako naše povinnosti vůči jiným lidem a zvířata nejsou v roli subjektů práv ale v roli těchto třetích stran.

Je však také možné, že Marsilius později své názory poněkud pozměnil a možná se přiblížil tradičnějším pozicím, podobným třeba těm, co měl Akvinský – ve svém spise *Defensor minor*, který napsal kolem roku 1342, se snažil reagovat na své kritiky (mezi něž patřil třeba i Ockham, který nesouhlasil s někdy až přílišným radikalismem Marsilia vůči papežské moci). V osmé kapitole tohoto spisu Marsilius píše, že lidské a boží právo mají být v souladu a navzájem se „podporovat“ – boží právo přikazuje poslušnost i tomu lidskému právu, které mu neodporuje, a lidští zákonodárci zase nemohou ustanovit nic, co by odporovalo božím právu. Ve třinácté kapitole pak řeší, jak se s případným rozporům vypořádat, a celkem pochopitelně dává přednost dodržení božího práva;<sup>53</sup> dále však upírá soudcům podle božího práva (tedy vlastně duchovním osobám, které se starají o spásu naší duše) jakékoli možnosti vynucovat na tomto světě boží právo nezávisle na ustanovení lidského práva.<sup>54</sup> Zdá se tedy, že situace podle tohoto Marsiliova spisu je taková, jak popisuje jeho editor Cary Nederman – jestliže vyloučení aplikace lidského práva, které je v konfliktu s božím právem, nemohou provést církevní hodnostáři, je to věcí každého věřícího a jeho vlastního svědomí, jestli se bude řídit lidským právem nebo nikoli.<sup>55</sup> Františkán ulovivší rybu si tak ani podle *Defensor minor* nijak „nepolepší“ – zloděj sice má podle *Defensor minor* nepoužít své subjektivní právo, které má podle práva lidského (protože jeho použitím by porušil boží právo), ale nikdo (ani kněží) ho k tomu nemůže nijak přinutit, a tak si celý problém vyřeší pouze se svým svědomím. Zdá se, že boží právo (a subjektivní práva z něj plynoucí) opravdu nehraje velkou roli v lidských záležitostech.

Abychom tedy Marsiliovy názory nějak stručně rekapitulovali a zhodnotili: Marsilius zná pojem subjektivních práv (viz jeho definice *ius* jako *potestas* či *habitus* jednat podle práva), v čemž lze dát Tierneymu za pravdu. Zároveň ale u Marsilia neexistuje přirozené právo ve smyslu nějakého na lidském (pozitivním) právu nezávislého standardu. Řečeno jinak za použití přirovnání k současné situaci – lidská práva by možná podle Marsilia existovala proto, že jsou uznána na celém světě všemi lidskými zákonodárci stejně (což evidentně není pravda, když si uvědomíme, že existují státy, které nepodepsaly

<sup>52</sup> Ibidem, s. 109.

<sup>53</sup> *Defensor minor*, 13, 6. Viz MARSIGLIO of PADUA. *Defensor minor and De translatione Imperii*. NEDERMAN, C. J. (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, 1993, s. 47.

<sup>54</sup> *Defensor minor*, 13, 9. Viz MARSIGLIO of PADUA. *Defensor minor and De translatione Imperii*, s. 48.

<sup>55</sup> Ibidem, s. xxii.



a neratifikovaly mezinárodní úmluvy o lidských právech, ani třeba nehlasovaly pro Všeobecnou deklaraci lidských práv v OSN), nikoli proto, že plynou z lidské přirozenosti. Kromě toho se domnívám, že z výše uvedeného příkladu františkána a „jeho“ ryby plyne, že Marsiliova subjektivní „práva“ i podle přirozeného práva nejsou hohfeldovskými nároky (a tedy subjektivními právy), ale pouhými hohfeldovskými volnostmi. Roli na pozitivním právu nezávislého standardu hraje u Marsilia boží právo a podle něj máme nějaká subjektivní práva, ale tato pro něj nejspíše nehrají velikou roli v lidských záležitostech, jak jsme viděli. Z hlediska své „metafyzické pozice“ však Marsilia můžeme opravdu považovat za „čistého“ voluntaristu, když operuje s *recta ratio* „jen“ v oblasti božího práva – jeho voluntarismus však nevede k nějaké koncepci přirozených práv, když jde v podstatě o hohfeldovské volnosti.

## 5. ŘEHOŘ Z RIMINI

Když bychom pokročili v dějinách blíže k novověku, můžeme se setkat i s autory, kteří jsou považováni za nominalisty, a přesto o nich můžeme tvrdit, že jsou z hlediska řešení toho, na čem závisí obsah přirozeného práva, spíše racionalisty (v opozici třeba ke Scotovi, který může být považován za realistu, jenž je však spíše voluntaristou). Zde bych zmínil augustiniána Řehoře z Rimini (cca 1300–1358), který je patrně dle většinového názoru považován za nominalistu, minimálně ve své přírodní filozofii.<sup>56</sup> O jeho voluntarismu je však možné s úspěchem pochybovat<sup>57</sup> – když ve svém komentáři ke druhé knize *Sentencí* píše o povaze a příčinách hříchu, snaží se smířit Augustinovu definici hříchu jako jednání či touhy proti věčnému zákonu a jinou definici, podle níž spočívá hřích ve volním jednání proti *recta ratio*. Podle Řehoře jsou obě definice ekvivalentní, protože pro Augustina je věčný zákon rozumem i vůlí boží, a proto je rozpor s *recta ratio* zároveň rozporem s božím rozumem i boží vůlí. Poté Řehoř vlastně opakuje starý argument známý z Platónova dialogu *Euthyfron* a rozvíjí ho – je chybné myslet si, že hřích je hříchem, protože odporuje bohu; naopak – hřích je hříchem, protože je v rozporu s *recta ratio*, který je i božím rozumem. A pak následuje úvaha, kterou Řehoř předznamenává Hugo Grotia: „*Kdyby, per impossibile, boží rozum nebo Bůh sám neexistovali, nebo kdyby byl tento rozum chybný, přesto kdyby někdo jednal proti správnému rozumu, andělskému či lidskému nebo jinému, který by byl, stejně by hřešil.*“<sup>58</sup> A tato Řehořova argumentace se pak objevuje prý i u „posledního scholastika“ Gabriela Biela (mezi 1420 až 1425–1495), dalšího myslitele řazeného obvykle mezi nominalisty,<sup>59</sup> a pak ji opakují jak výše zmíněný Molina, tak třeba Roberto Bellarmin.

<sup>56</sup> Jak píše např. Christopher Schabel ve svém hesle věnovaném tomuto mysliteli ve *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, dostupném z: <<https://plato.stanford.edu/entries/gregory-rimini/>>, nebo COPLESTON, F. *A History of Philosophy. Vol. III Ockham to Suarez*. Westminster: The Newman Press, 1953, s. 124 an.

<sup>57</sup> V dalším vycházím především z CROWE, M. B. *The Changing Profile of the Natural Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1977, s. 204 an.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 208. K tomu viz i KOBUSCH, T. *Filosofie pozdního a vrcholného středověku*, s. 619: „Řehoř je právem považován za středověkou obdobu Hugona Grotia, neboť proti vsudypřítomnému voluntarismu svého okolí hájí platnost přirozeného zákona pro *recta ratio* i bez ohledu (*per impossibile*) na existenci Boha.“

<sup>59</sup> CROWE, M. B. *The Changing Profile of the Natural Law*, s. 209 an. Je přitom zajímavé, že Kobusch připisuje Bielovi přesně opačnou tezi, tedy tu, že něco je správné proto, že je to v souladu s boží vůlí, nikoli tedy, že boží vůle chce něco proto, že je to správné – viz KOBUSCH, T. *Filosofie pozdního a vrcholného středověku*, s. 669.

## 6. JEAN GERSON A KONRAD SUMMENHART

Zdá se však, že pro pozdější myšlenkový vývoj se již kategorie nominalismus/realismus či voluntarismus/racionalismus příliš nehodí. Podívejme se například na dalšího myslitele, který je spojován s pojmem přirozených práv, totiž Jeana Gersona (1363–1429), o němž třeba britský historik Richard Tuck píše, že u něj nacházíme první opravdovou (*fully fledged*) teorii přirozených práv a že jako jeden z prvních začal důsledně rozlišovat mezi *ius* jakožto subjektivním právem a *lex* jakožto právem objektivním.<sup>60</sup> Ačkoli bývá Gerson obvykle řazen mezi nominalisty,<sup>61</sup> stejně tak dobře bývá označován za anti-Ockhamistu, realistu, voluntaristu nebo tomistu, jak píše třeba kanadská historička D. Catherine Brownová, která nakonec navrhuje toto zařazování úplně opustit.<sup>62</sup> Podobně se vyjadřuje i jiný znalec Gersonova díla americký teolog Louis Pascoe: „*V otázce, zda boží právo je primárně výtvorem božského intelektu nebo boží vůle, se Gerson odmítá přidat na tu či onu stranu v kontroverzi mezi realisty a nominalisty. Odpověď na tuto otázku nechává ve svých definicích záměrně vágní. Je ale zajímavé, že v této otázce odkazuje čtenáře na svatého Tomáše a nikoli na Ockhama.*“<sup>63</sup> Vždyť Gerson byl především mystickým teologem kritizujícím scholastické „hraní si s pojmy“ pokud jde o boha, a naopak zdůrazňoval lidskou zkušenost s boží láskou, takže pro svou kritiku scholastické teologie a filozofie je chápán i jako myslitel připravující půdu budoucí renesanci.<sup>64</sup>

Tierney při hledání teorie přirozených práv u Gersona však nepracuje primárně s jeho mystickou teologií, ale naopak zdůrazňuje jeho konciliarismus, který u Gersona dosáhl vrcholu nejspíše v době kostnického koncilu, na němž Gerson aktivně působil (a podílel se mj. na odsouzení Husových názorů). Stejně jako Tuck se Tierney opírá především o Gersonovo vymezení *ius* ve spisech *De vita spirituali animae* z roku 1402 a *De ecclesiastica potestate et origine juris ac legum* z roku 1417. Ve třetí *lectio* prvního spisu Gerson vymezuje *ius* jako *facultas seu potestas propinqua conveniens alicui secundum dictamen rectae rationis*,<sup>65</sup> ve třinácté a poslední *consideratio* druhého spisu pak jako *potestas seu facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen primae iustitiae*, přičemž tento příkaz pochází ze zákona (*lex*), který je definován jako *regula conformitatem habens ad dictame rectae rationis*, k čemuž Gerson dodává, že *dictamen vero rectae rationis primae et iustitiam conveniunt in Deo synonyme*.<sup>66</sup> Definice *ius* v obou spisech tedy opět zřetelně spojují *potestates* či *facultates* s *recta ratio*, jak jsme to výše viděli u Ockhama<sup>67</sup> i Marsilia

<sup>60</sup> TUCK, R. *Natural rights theories. Their origin and development*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, s. 25 an.

<sup>61</sup> Např. COPLESTON, F. *A History of Philosophy. Vol. III Ockham to Suarez*, s. 202 an.

<sup>62</sup> BROWN, D. C. *Pastor and Laity in the Theology of Jean Gerson*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987, s. 81 an.

<sup>63</sup> PASCOE, L. B. *Jean Gerson: Principles of Church Reform*. Leiden: Brill, 1973, s. 58.

<sup>64</sup> Viz KOBUSCH, T. *Filosofie pozdního a vrcholného středověku*, s. 660 an.

<sup>65</sup> *Ioannis Gersonii, doctoris et cancellarii Parisiensis Tertia pars Operum*. Paris, 1606, s. 185.

<sup>66</sup> *Ioannis Gersonii, doctoris et cancellarii Parisiensis Opera*. Paris, 1606, s. 139.

<sup>67</sup> Americký filozof a znalec Ockhamova díla tvrdí, že Ockhamovo *Opus nonaginta dierum* bylo nejpravděpodobněji zdrojem pro Gersonovu „definici“ *ius* jakožto subjektivního práva – viz Mc GRADE, A. S. Right(s) in Ockham. In: MÄKINEN, V. – KORKMAN, P. (eds). *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, s. 77. Oproti tomu nizozemský teolog a znalec Gersonova díla Posthumus Meyjes uvádí, že Gerson čerpal znalosti Ockhamových názorů především z jeho *Dialogu*, který se *ius* jako subjektivním právem spíše nezabývá – viz POSTHUMUS MEYJES, G. H. M. *Jean Gerson – Apostle of Unity. His Church Politics and Ecclesiology*. Leiden: Brill, 1999, s. 350.

z Padovy, přičemž *recta ratio* je totéž, co spravedlnost a bůh sám. Ať již je tedy Gersonova metafyzická pozice jakákoli, v podstatě spojuje přirozená práva s *recta ratio* podobně jako výše zmiňovaní myslitelé.

Jakou roli však hrají tato Gersonova vymezení *ius* v kontextu celého jeho díla, aby mohl být Gerson považován za myslitele, který má nějakou koncepci přirozených práv? Podle Tierneyho<sup>68</sup> je Gersonův zájem o „definici“ *ius* jakožto subjektivního práva dán především tím, že jeho ústředním cílem je reforma církve v „hlavě a v údech“, přičemž můžeme poněkud zjednodušeně říci, že *De vita spirituali animae* se zabývá obnovou spirituálního života duše jednotlivého křesťana (jde tedy o reformu „úďů“), zatímco pozdější *De ecclesiastica potestate* se zabývá reformou „hlavy“, tedy papežství, a to cestou všeobecného koncilu. Jak by však reforma církve mohla být spojena s přirozenými právy? Podle Gersona v *De vita spirituali animae* počíná spirituální život duše křtem, ale duše může tento svůj život „ztratit“ tím, že člověk svým jednáním propadne hříchu. Hříchem se pochopitelně rozumí přestoupení božního (objektivního) práva, a proto se dále Gerson věnuje božímu či přirozenému právu a to, co ho zřejmě nejvíce trápí, je fakt, že příkazy božního a přirozeného práva (Gerson mezi nimi liší, ale uznává jejich velikou blízkost) byly „překryty“ masou lidských příkazů, ať už kánonů, papežských rozhodnutí, rozhodnutí lokálních koncilů, pravidel mnišských řádů, univerzit a jiných korporací. Gersonovi jde tedy o to, jasněji rozlišit mezi božím a přirozeným právem (jejichž dodržování je nutné pro obnovení spirituálního života duše a v konečném důsledku i pro spásu) a čistě lidskými ustanoveními. A v této souvislosti si pak ve třetí *lectio* spisu klade otázku po tom, co je *ius*, a podává svou výše zmíněnou „definici“. Je přitom zajímavé, že v dalším textu postuluje Gerson *iura* nejen pro lidi, ale pro všechny stvořené entity – vítr má tedy právo vanout, slunce má právo svítit, oheň má právo ohřívát, vlaštovka má právo stavět hnízdo,<sup>69</sup> což nejen pro dnešního čtenáře působí zcela absurdně. Gerson však ihned dodává, že člověk se liší od jiných stvořených jsoucen tím, že participuje na božím rozumu skrze svůj vlastní rozum, což zřetelně vychází z Akvinského. Jestliže tedy reforma církve jakožto celku věřících v sobě zahrnuje obnovu duchovního života každého věřícího, aby tedy tento mohl obnovit spirituální život své duše, má tak udělat skrze dodržování božního a přirozeného práva a právě k tomuto dodržování potřebuje onu *potestas* či *facultas* jednat dle *recta ratio*. Spojitost mezi přirozeným subjektivním právem a reformou církve je tak dle Tierneyho jasně patrná.

Jde-li o spis *De ecclesiastica potestate*, zde podle Tierneyho Gerson tematizuje *iura* právě proto, aby jako konciliarista zdůraznil subjektivní práva kléru (především biskupů, ale i řadových kněží) participovat jako celek na všeobecném koncilu. Jeho definici *ius* předchází ostatně ve dvanácté *consideratio* celý přehled jednotlivých subjektivních práv, která mají vedle papeže i králové, biskupové či farní kněží, u nichž Gerson hovoří o právu kázat, zpovídat, vysluhovat svátosti, pobírat desátky apod.<sup>70</sup> K tomu ho podle Tierneyho vedla jeho vlastní zkušenost kancléře pařížské univerzity (v této funkci Gerson roku 1395 vystřídal Pierra d'Ailly, svého učitele a dalšího účastníka kostnického koncilu), na níž se na počátku 15. století opět rozhořel spor mezi mistry z řad žebravých řádů (především

<sup>68</sup> V dalším vycházím z TIERNEY, B. *The Idea of Natural Rights*, s. 207 an.

<sup>69</sup> „In hunc modum coelum ius habet ad influendum, sol ad illuminandum, ignis ad calefaciendum, hirundo ad nidificandum“ – viz Ioannis Gersonii, *doctoris et cancellarii Parisiensis Tertia pars Operum*, s. 186.

<sup>70</sup> Ioannis Gersonii, *doctoris et cancellarii Parisiensis Opera*. Paris, 1606, s. 133 an.

františkánů) a sekulárního kléru. V tomto sporu Gerson podle Tierneyho formuloval pozici sekulárního kléru v jazyce subjektivních práv a konkrétně hovořil o výše citovaných právech biskupů a farních kněží. V *De ecclesiastica potestate* je tedy dle Tierneyho Gersonova pozice taková, že klérus jako celek může tvořit koncil, který má vyšší práva než papež, právě proto, že jeho jednotliví členové (od farních kněží po biskupy) mají svá subjektivní práva.

O důležitosti přirozených práv pro Gersona, jak ji postulují Tierney i Tuck, však můžeme pochybovat, již jen proto, že různí specialisté na Gersonovo dílo přirozená práva vůbec nezmiňují. Třeba již zmiňovaný nizozemský teolog Guillaume Posthumus Meyjes ve své knize podrobně „převypravuje“ celý obsah spisu *De ecclesiastica potestate*, aniž by poslední *consideratio* věnoval jakoukoli zmínku,<sup>71</sup> citovaný Pascoe podrobně rozebírá různé druhy *leges*, které se Gerson snažil rozlišit (aby odlišil dílo boží, jehož dodržení je nutné ke spáse, od díla lidského, jak bylo řečeno výše), ale o jeho přirozených subjektivních právech vůbec nehovoří,<sup>72</sup> a výše zmiňovaný Oakley ve své kapitole o Gersonovi jako konciliaristovi se také jeho případnou koncepcí přirozených práv vůbec nezabývá.<sup>73</sup> Otevřenou kritiku Tierneyho pozice pak provádí americký politolog zabývající se prehistorií teorií subjektivních práv Gleddon J. Pappin ve svém nedávném článku.<sup>74</sup> Jeho „útok“ na Tierneyho názory je veden v podstatě ve dvou liniích. Pokud jde o tu první, Pappin se opírá o Gersonovu morální teologii, která je podle něj spíše skotistická než tomistická – Gerson spojuje *facultas* s *recta ratio* právě proto, že „*přirozenost sama nemůže zajistit soulad (mezi vůlí a *recta ratio* – pozn. autora) bez toho, aby byla doprovázena nějakou schopností či milostí, která jí to umožní. Oproti tomu podle tomistického přístupu je to, že je nějaké jednání morálně dobré, determinováno hlavně jeho objektem.*<sup>75</sup> *Přirozený objekt chťení je dobro, a pokud intelekt správně posoudí dobrotu toho, co je chťeno, pak vůle přirozeně chce to, co intelekt uchopil jako dobré [...]. (Naopak podle Scota – pozn. autora) je nějaké jednání dobré nikoli proto, že by vůle přirozeně inklinovala k dobrému cíli, který je určen intelektem (což je pozice Akvinského – pozn. autora), ale spíše důsledkem souladu mezi orientací vůle a příkazem správného rozumu – což je přesně terminologie, kterou používá Gerson. Z toho plyne, že správnost nějakého jednání nastává nikoli díky j u s jako nějakému objektu, který je identifikován intelektem, ale spíše souladem mezi vůlí (p o t e s t a s) a příkazem správného rozumu. Vůle sama je aktivní potenci či silou; spojením této síly s příkazem správného rozumu je to, čemu Gerson říká j u s.*<sup>76</sup> I přes tyto (pro současného čtenáře pravděpodobně příliš subtilní) filozofické rozdíly je nakonec Gersonovo *ius* podle Papina stejně tak subjektivním právem jako tím, co je objektivně správné (*quod iustum est*) a tak Gersonovo *ius* rozhodně nemůžeme chápat jako předchůdce moderních koncepcí, třeba Hobbesovy *libertas*,<sup>77</sup> kterou tento definuje jako „*nepřítom-*

<sup>71</sup> POSTHUMUS MEYJES, G. H. M. *Jean Gerson – Apostle of Unity. His Church Politics and Ecclesiology*. Leiden: Brill, 1999, s. 247 an.

<sup>72</sup> PASCOE, L. B. *Jean Gerson: Principles of Church Reform*, s. 58 an.

<sup>73</sup> OAKLEY, F. Gerson as conciliarist. In: MCGUIRE, B. P. (ed.). *A Companion to Jean Gerson*. Leiden: Brill, 2006, s. 179 an.

<sup>74</sup> PAPPIN, G. J. Rights, Moral Theology and Politics in Jean Gerson. *History of Political Thought*. 2015, Vol. 36, No. 2, s. 234–261.

<sup>75</sup> ST, I-II.18 a. 2 co.

<sup>76</sup> PAPPIN, G. J. *Rights, Moral Theology and Politics in Jean Gerson*, s. 242 an.

<sup>77</sup> *Ibidem*, s. 250.

*nost odporu, přičemž odporem míním vnější překážky pohybu.*<sup>78</sup> Jinými slovy – pro Gersona stejně jako pro Akvinského nebo Scota a Ockhama je *ius* schopností či silou k tomu, aby bylo dosaženo objektivní *ius* jakožto *iustum*, k jehož dosažení je nutné uposlechnout *recta ratio*, nikoli svobodou činit to, čemu přirozené (objektivní) právo nebrání.

Jde-li o druhou linii Papinovy kritiky, ta se staví proti Tierneyho představě, že Gerson potřebuje subjektivní práva proto, aby zdůvodnil oprávněnost moci všeobecného koncilu nad papežem. Podle Pappina Gerson netematizuje přirozená *iura* biskupů a nižšího kléru, ale naopak ta *iura*, která jim náleží z titulu jejich úřadu – kdyby Gersonovi opravdu šlo o přirozená práva všech členů církve (tedy všech křesťanů), pak by koncil musel být složen demokraticky v dnešním moderním smyslu. Ale „Gerson není striktně věrný myšlence hlasovacího práva pro všechny členy na základě jejich *jura*, ale spíše myšlence hlasovacího práva těch, kdo zastávají úřady, které jsou nutné pro zřízení církve.“<sup>79</sup> Na koncilu mají hlasovat ti moudřejší (tedy nikoli *maior*, ale *sanior pars*, jak bylo ostatně ve středověku zvykem), aby skrze ně došlo k vyjevení obecného dobra –, „Gerson konzistentně upřednostňuje obecné dobro církve před subjektivními právy, které jsou požadovány jejími konkrétními členy.“<sup>80</sup>

Jaký význam v Gersonově díle mají jeho dvě „definice“ *ius* a jestli se „za nimi“ skrývá nějaká teorie přirozených práv, bych tedy raději ponechal stranou. Pro nynější účely však postačí poukázat na to, že Gerson pravděpodobně nemůže být považován za klasického nominalistu ani voluntaristu, a přesto vypracovává své „definice“ *ius* jako *facultas* či *potestas* v souladu s *recta ratio*. Ještě důležitější však je, že Gersonovy „definice“ *ius* jsou později používány novověkými mysliteli jako typicky Franciscem de Vitoria. Autorem, který tyto definice zprostředkovává právě třeba Vitoriovi a skrze něj dalším myslitelům salamanské školy, je německý teolog a filozof Konrád Summenhart (cca 1450–1502, působící vedle již zmiňovaného Biela na univerzitě v Tübingenu) a jeho dílo *Opus septipartitum de contractibus pro foro conscientiae et theologico*, které napsal v posledních letech 15. století. Zatímco Tierney Summenharta vlastně chápe (podobně jako Tuck) jako zcela nepůvodního myslitele, který „pouze“ zprostředkovává Gersonovy „definice“ pozdějším autorům, a na jeho díle z kazuistické morální teologie (které se zabývá právními a ekonomickými otázkami z hlediska toho, jak jsou jejich řešení slučitelná s naším svědomím) demonstruje především odtrženost pozdní scholastiky od reálných problémů své doby,<sup>81</sup> finský teolog Jussi Varkemaa v poslední době publikoval několik statí a monografií, v nichž považuje Summenharta za důležitého myslitele, jímž kulminuje středověké uvažování o subjektivních právech.<sup>82</sup> Z hlediska své „metafyzické“ pozice je Summenhart většinou

<sup>78</sup> HOBBS, T. *Leviathan*, kap. XXI, 1, s. 146. Zde bych rád zdůraznil, že tato „nepřítomnost odporu“ je dle mého názoru faktickou kategorií (třeba již jen proto, že ji lze vztahovat „právě tak na tvory nerozumné a neživé, jako na tvory rozumné.“ – viz ibidem), nikoli kategorií normativní. Jinak řečeno – svobodný člověk je opravdu ten, „komu není bráněno činit, co chce s věcmi, na které svou silou nebo důvtipem stačí“ (ibidem), nikoli ten, komu nemá být bráněno činit atd. (zvýraznění autora).

<sup>79</sup> PAPPIN, G. J. *Rights, Moral Theology and Politics in Jean Gerson*, s. 256.

<sup>80</sup> Ibidem, s. 261.

<sup>81</sup> TUCK, R. *Natural rights theories. Their origin and development*, s. 27 an., TIERNEY, B. *The Idea of Natural Rights*, s. 236 an.

<sup>82</sup> VARKEMAA, J. *Medieval Ideas on Individual Sovereignty in Summenhart's Opus Septipartitum. Studia Theologica*. 1999, Vol. 53, s. 58–68; VARKEMAA, J. *Justification through Being: Conrad Summenhart on Natural Rights*. In: KRAYE, J. – SAARINEN, R. (eds). *Moral Philosophy on the Threshold of Modernity*. Dordrecht: Springer, 2005.

považován (na rozdíl od svého kolegy Biela) za umírněného realistu skotovského ražení,<sup>83</sup> takže opět nemůžeme jednoduše ztotožnit rozvinutí diskursu práv u nějakého myslitele s jeho nominalismem. V čem tedy Varkemaa spatřuje Summenhartovu originalitu? S jistým zjednodušením se dá říci, že ve třech momentech. První z nich spočívá v tom, že Summenhartův zájem o *iura* je konceptuální – snaží se totiž o přesnou definici toho, co je *ius* jakožto subjektivní právo, přičemž vychází z Gersona.<sup>84</sup> Tím se dostáváme ke druhému momentu – podle Varkemaa přebírá Summenhart z Gersonových „definic“ i ty problematické závěry, podle nichž mají *iura* i jiné entity než člověk, protože Summenhart tyto schopnosti či možnosti chápe jako fakticky existující – vlk má prostě schopnost či sílu ulovit ostatní zvířata pro své sebezachování, ptáci mají schopnosti či sílu jíst zrní pro své sebezachování apod., a proto mají přirozená práva na ostatní zvířata či zrní z důvodu přirozeného práva na své sebezachování.<sup>85</sup> Daleko důrazněji než Gerson však Summenhart zdůrazňuje to, že člověk nejen participuje na božím *recta ratio* v této faktické rovině, ale že může také jednat jinak, než po něm *recta ratio* požaduje – Summenhart tak podle Varkemaa postuluje jako základní pozici pro člověka jeho svobodu, což zdůrazňuje i tím, že do svého vymezení *ius* zakomponoval i definici *libertas*, kterou použil ve svých *Institutiones* Florentinus, římský právník z 2. století, podle níž je svoboda „přirozená schopnost (*naturalis facultas*) činit, co kdo chce, pokud to není zakázáno silou či právem“ (*nisi quod vi aut iure prohibetur*).<sup>86</sup> Jak říká Varkemaa, „schopnost jednat proti normativnímu správnému rozumu není subjektivním právem. Rozhodující ale je, že v tomto smyslu není příkaz správného rozumu (chápaný jako normativní kodex) nutný k ospravedlnění schopností člověka, protože ty jsou *prima facie* ospravedlněny tím, že jsou. Normativní správný rozum je nutný jen k tomu, aby vyloučil protiprávní schopnosti ze sféry lidských přirozených práv. Tento moment je rozhodující, protože naznačuje přístup k právům postavený na svobodě (*liberty-based approach*), v němž je možné začít od ideje, že člověk má přirozené právo jednat tak, jak se mu zlíbí, ačkoli nemá subjektivní právo jednat proti příkazu správného rozumu.“<sup>87</sup> Svoboda je tak ve Varkemaaově interpretaci Summenharta jakousi „defaultní pozicí“, což se už blíží modernímu pojetí svobody třeba takového Hobbese.

Konečně třetím originálním momentem, který se u Summenharta podle Varkemaa objevuje, je jeho ztotožnění *ius* nejen s *libertas*, ale i s *dominium*, přičemž se Summenhart vypořádává s tím, jak by mohl mít ten, kdo má k věci pouze užívací či požívací právo, zároveň i vlastnictví, tak, že rozlišuje *dominium* ve striktním slova smyslu (to *usufructua-*

s. 181–193; VARKEMAA, J. Summenhart's Theory of Rights. A Culmination of the Late Medieval Discourse on Individual Rights. In: MÄKINEN, V. – KORKMAN, P. (eds). *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, s. 119–147; VARKEMAA, J. *Conrad Summenhart's Theory of Individual Rights*. Leiden: Brill, 2011.

<sup>83</sup> VARKEMAA, J. *Conrad Summenhart's Theory of Individual Rights*, s. 5, nebo *Catholic Encyclopedia*, heslo Gabriel Biel, dostupné z: <<http://www.newadvent.org/cathen/02559a.htm>>.

<sup>84</sup> Summenhartova „definice“ *ius* je spojení obou „definic“ Gersonových, které Summenhart považuje za ekvivalentní. Viz *Opus septipartitum*, tractatus 1, quaestio 1, sig. A6r – „*Ius est potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen prime iusticie. Et iterum. Ius est potestas vel facultas propinqua conveniens alicui secundum dictamen recte rationis.*“ Citováno dle VARKEMAA, J. *Justification through Being: Conrad Summenhart on Natural Rights*, s. 186.

<sup>85</sup> *Ibidem*, s. 188.

<sup>86</sup> *Ibidem*, s. 189.

<sup>87</sup> *Ibidem*. Pro stejnou argumentaci viz i VARKEMAA, J. *Summenhart's Theory of Rights*, s. 134.

*rius* samozřejmě nemá) a v širším slova smyslu (kde má *dominium* i *usufructuarius*).<sup>88</sup> To by nebylo až tak zajímavé, kdyby to Summenhartovi neumožnilo skrze *iura* spojit jeho pojem *libertas* s jeho pojmem *dominia*. Výsledkem je pak pozice, kdy člověk má svá *iura* jakožto své vlastnictví a vlastní tak sám sebe, což je pozice, která se poněkud blíží Lockově koncepci vlastnictví, v níž, jak známo, člověk vlastní sám sebe a plody své práce.<sup>89</sup> I v tomto tak může Summenhart působit jako spíše novověký myslitel. Ale na rozdíl od Locka, který připouští pouze to, že člověk může být své svobody zbaven a stát se otrokem pouze v důsledku hrdelního zločinu, protože jeho svoboda nesaáhá tak daleko, aby se mohl sám zbavit života,<sup>90</sup> Summenhart připouští (podobně jako později Suárez a Grotius) i dobrovolné vzdání se své svobody a poddání se jako otrok *dominiu* druhého – až tam sahá podle Summenharta lidská svoboda.

Jestliže bylo výše řečeno, že minimálně od Gersona nehrají metafyzické pozice nominalismu/realismu a voluntarismu/racionalismu velkou roli pro rozvinutí diskursu přirozených práv u nějakého myslitele, toto tvrzení bych v další části článku potvrdil představením tří novověkých myslitelů, kteří mluví o přirozených právech, a jejichž metafyzické pozice se pohybují někde mezi racionalismem a voluntarismem – konkrétně představím pozice Vitorii, Suáreze a Grotia.

## 7. VITORIA, SUÁREZ A GROTIUS

Pokud je i v českém prostředí pojednáváno o učení zakladatele salamanské školy, dominikánského teologa a filozofa Francisca de Vitoria (cca 1485–1546), pak se věnuje pozornost především těm jeho názorům, které vypracoval ve svých známých dvou přednáškách *De Indis* z let 1538 a 1539<sup>91</sup> a jejichž obsah je i českému čtenáři znám,<sup>92</sup> a proto se mu zde nebudu podrobněji věnovat. Nejen v česky psané literatuře jsou pak (především na základě těchto přednášek) Vitoriovy názory chápány dosti rozdílně: Abych zmínil jen některé, německý právní historik Hans Hattenhauer nazval kapitolu svých *Evropských dějin práva* věnovanou myšlenkám tohoto španělského dominikána honosně *Lidská práva Indiánů* a chápe ho tak jako předchůdce dnešního lidskoprávního diskursu, i když o „novince“, kterou mu připisuje, je možné dle mého názoru pochybovat: Podle Hattenhauera není hlavní Vitoriovou „inovací“ ani tak to, že ukázal, že Indiáni jsou *domini* vlastní země (kterou Španělé získávají vlastně na základě práva válečného), ale to, že „vypracoval nové učení o vlastnictví a právní způsobilosti. Podle něj už nebyla právně způsobilými všechna stvoření, ale nebyli jimi ani pouze pravověrní. Právní způsobilost náležela všem rozumem nadaným bytostem, lidem a tudíž i Indiánům. Všichni lidé, ale

<sup>88</sup> Ibidem, s. 139 an.

<sup>89</sup> LOCKE, J. *Druhý pojednání o vládě*, kap. V, 27, s. 45: „Ačkoli země a všichni nižší tvorové jsou společní všem lidem, přece každý člověk má vlastnictví své vlastní, osoby“. Na tuto nikdo nemá právo mimo něho samého. Práce jeho těla a dílo jeho rukou, můžeme říci, jsou ve vlastním smyslu jeho.“

<sup>90</sup> Ibidem, kap. IV, 23, s. 43.

<sup>91</sup> První přednáška nazvaná *De Indis Recenter Invenitur Relectio Prior* byla pronesena v roce 1538, druhá nazvaná *De Indis Sive De Iure Belli Hispanorum in Barbaros Relectio Superior* pak v roce 1539. Pracoval jsem převážně s anglickým textem obou přednášek publikovaným ve VITORIA, F. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991 (Pagden, A. – Lawrance, J., eds).

<sup>92</sup> Naposledy viz VYŠNÝ, P. Francisco de Vitoria a španielska conquista nového sveta. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 4, s. 310–330, kde je podrobně představen obsah obou přednášek, včetně zasazení do dobového kontextu.

jenom lidé, jsou právně způsobilí, a tedy ‚domini‘ v novém smyslu, vlastníci. Právní řád, který až dosud splýval s řádem božského stvoření a spojoval všechna stvoření navzájem v právních vztazích, byl redukován na lidskou společnost. Právo bylo nyní definováno již pouze jako právo lidí a nikoli všech stvoření.“<sup>93</sup> Je sice pravda, že u Vitorii se, na rozdíl od Gersona i Summenharta (od nichž přebírá svou „definici“ *ius* jakožto subjektivního práva, jak uvidíme), nesetkáme s žádnými „právy“ zvířat či nebeských těles, ale toto bez dalšího nepostulovali ani Gerson či Summenhart – u Gersona, jak jsme viděli, se člověk také liší od ostatních jsoucen tím, že svým rozumem participuje na rozumu božím jakožto na *recta ratio*, a proto jen člověk může mít opravdová *iura*; u Summenharta se *iura* dokonce spojují s lidskou *libertas* a vlastnictvím, které u zvířat či neživých entit nena-  
lezneme. Na druhou stranu je však také pravda, že Vitoria nejspíše daleko jasněji než předchozí myslitelé zdůraznil to, že přirozená práva může mít pouze člověk (v opozici ke zvířatům),<sup>94</sup> což souvisí s jeho představou o lidské přirozenosti, která je racionální, i když nutně nemusí uplatňovat svou racionalitu plně – proto mají práva i děti, které nejsou plně racionální, a tak nemohou práva získávat tím, že by se zavazovaly smlouvami, ale např. prostřednictvím dědictví. Daleko důležitější je však fakt, že děti mohou trpět protiprávní újmou (*iniuria*). Oproti tomu podle Vitorii zvířata neexistují pro sebe sama, ale pro někoho jiného (pro jiná zvířata či pro lidi)<sup>95</sup> a také nemohou trpět *iniurií*. Lidé také mohou jednat ze své svobodné vůle, zatímco zvířata jsou ve vleku nutnosti. Zde však není místo pro to, aby byla podrobněji rozebrána absence práv zvířat u Vitorii.

I v české literatuře nalezneme poněkud skeptičtější názory na Vitoriovo místo v lidskoprávním diskursu. Historik Ivo Cerman ve svém nedávném článku zabývajícím se historií konceptu lidských práv u mnoha novověkých autorů na jedné straně přiznává Vitoriovi, že argumentoval ve prospěch Indiánů v tom smyslu, že jsou *domini* své země, a že „ani právo pocházející od Boha, tedy *jus naturale*, ani právo vytvořené lidmi, tedy *jus humanum*, křesťany neopravňuje, aby zpochybňovali vlastnické právo nevěřících barbarů na jejich území.“<sup>96</sup> Na druhé straně však Cerman neopomíná i extenzivní Vitoriovu argumentaci z jeho druhé *relectio*, podle níž existuje všem národům známé *ius societatis et communitatis* (které má tedy svůj základ v *ius gentium*), na základě něhož mají i cizinci právo na pobyt na území Indiánů, právo šířit na něm křesťanskou víru, obchodovat apod., tudíž když se Indiáni brání španělským conquistadorům, ti jsou oprávněni proti nim vést „spravedlivou válku“. A vskutku může každý, kdo si zejména druhou přednášku přečte, shledat, že Vitoria sice s mírností (v níž válku považuje až za nejzazší prostředek, když věci nejdou „po dobrém“), ale přeci jen zdůrazňuje právě tento aspekt „spravedlivé“ války a používá k tomu argumenty, které se mohou zdát více než pochybné – jako příklad uveďme Vitoriova tvrzení, že Španělé svobodně obchodují s Indiány, když si od nich odvázejí zlato a stříbro, protože Indiáni jich mají dostatek,<sup>97</sup> že Španělé

<sup>93</sup> HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1998 (orig. vydání 1994), s. 332.

<sup>94</sup> Viz diskuse k otázce, zda neracionální stvoření mohou být *domini* v *De Indis*, q. 1., a. 4, s. 247 an. K této otázce viz i MÄKINEN, V. The Impact of Ancient Legal and Philosophical Ideas on the Late Medieval Rights Discourse. In: TUOMINEN, M. – HEINÄMAA, S. – MÄKINEN, V. (eds). *New Perspectives on Aristotelianism and its Critics*. Leiden: Brill, 2015, s. 143 an.

<sup>95</sup> Kant by pravděpodobně řekl, že lidé jakožto racionální bytosti jsou cíli o sobě, nikoli prostředky.

<sup>96</sup> CERMAN, I. Kdo byl první? K metodě a předmětu dějin lidských práv. *Opera historica*. 2015, roč. 16, č. 1, s. 12.

<sup>97</sup> *De Indis*, q. 3, a. 1. VITORIA, F. *Political Writings*, s. 279.



učí Indiány slovo boží z „*bratrské lásky*“, pokud jsou tito jim „*ochotni naslouchat*“,<sup>98</sup> ale že zároveň mohou používat i násilí, pokud to přináší „*bezpečnost a příležitost nutné ke kázání evangelia*“,<sup>99</sup> a konečně i argument, podle něhož jsou Španělé působící v Americe vyslanci křesťanství a jako všichni vyslanci jsou podle *ius gentium* nedotknutelní.<sup>100</sup>

Zde však primárně nejde o to, jestli Vitoriu chápat jako obhájce či odpůrce kolonizace Ameriky či propagátora lidských práv,<sup>101</sup> ale o Vitoriovu „metafyzickou pozici“ a její spojitost s jeho koncepcí přirozených práv. Domnívám se, že Vitoria je v řešení otázky, zda je objektivní právo výrazem vůle nebo rozumu, v podstatě ortodoxním tomistou, a tedy i racionalistou, což je patrné již z jeho komentáře k devadesáté *quaestio* Akvinského prvního dílu druhé části *Sumy teologické*: Ačkoli po představení Akvinského názoru, že zákon je „*zařazením rozumu, protože dává příkazy vycházející z rozumu*“<sup>102</sup> představuje i voluntaristické řešení, podle něhož je zákon boží vůlí, a proto náleží spíše do „řádu“ vůle než rozumu, nakonec zakončuje, že „*vůle nemá sama o sobě sklon jednat podle přirozeného zákona; je naopak daným faktem, že má sklon přesně k opačnému. A proto není přirozený zákon zařazením vůle, ale rozumu a osvícenosti*.“<sup>103</sup> Když pak píše o věčném zákonu, z něhož přirozený zákon vychází, opakuje Akvinského, že „*tento zákon není nic jiného než příkaz praktického rozumu, který má bůh od věčnosti*“,<sup>104</sup> i když boží pozitivní právo my lidé známe až od zjevení.

Přesto i Vitoria navazuje na „definice“ *ius* jakožto subjektivního práva, které známe od Gersona a Summenharta (na kterého explicitně odkazuje), což třeba podle známého německého právního filozofa Ernsta-Wolfganga Böckenfördeho představuje u Vitorii důležitou „inovaci“ oproti Akvinskému.<sup>105</sup> Konkrétně ve svém komentáři k článku 62 *De restitutione* druhého dílu druhé části Akvinského *Sumy teologické* Vitoria vedle vymezení *ius* jako *iustum* přináší i „definici“, kterou u Akvinského nenajdeme, a sice tu od Gersona a Summenharta, kterou však poněkud pozměňuje – „*ius est potestas vel facultas conveniens alicui secundum leges, id est, est facultas data, v.g. mihi a lege ad quamcumque rem opus sit*“.<sup>106</sup> Zřejmá změna – totiž, že Vitoria neoperuje s *recta ratio*, ale se zákonem – je nejspíše dána tím, že Vitoria potřebuje navázat na Akvinského: Proto nejdříve „definuje“ *ius* jako *iustum*, doplní to Akvinského názorem, že *lex* je *ratio iuris*, z čehož dovodí, že Akvinský míní, že *ius* je to, co je *licitum por leges*, aby pak poukázal na Aristotelův názor, že *ius* je to, co zákony dovolují (*quod legibus licet*), takže zakončí, že pro Akvinského je *ius* to, co je *licitum* v souladu se zákony (což u Akvinského nenajdeme)<sup>107</sup>;

<sup>98</sup> *De Indis*, q. 3, a. 2. VITORIA, F. *Political Writings*, s. 284.

<sup>99</sup> *Ibidem*, s. 285.

<sup>100</sup> *De Indis*, q. 3, a. 1. VITORIA, F. *Political Writings* s. 283.

<sup>101</sup> Detailně k historii celé diskuse o vztahu nejen Vitorii, ale i Las Casase ke kolonizaci viz např. BOAST, R. P. The „Spanish“ Origins of International Human Rights Law: A Historiographical Review. *Victoria University in Wellington Law Review*. 2010, Vol. 15, No. 2, s. 235 an.

<sup>102</sup> *ST*, I-II, q. 90. VITORIA, F. *Political Writings*, s. 155.

<sup>103</sup> *Ibidem*, s. 156.

<sup>104</sup> *Ibidem*, s. 163.

<sup>105</sup> BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*. 2. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 353 an.

<sup>106</sup> Komentář k *ST*, II-II, q. 62. a. 1, 5. Citováno dle BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, s. 354.

<sup>107</sup> A to je právě onen moment, kdy třeba podle Villeyho Vitoria „*zrazuje*“ Akvinského – místo objektivního standardu toho, co je správné či spravedlivé (*iustum*), nastupuje zákon (*lex*). Viz výše.

v posledním kroku pak upraví Summenhartovu „definici“ do výsledné podoby,<sup>108</sup> což znamená, že Vitoria nakonec připisuje Akvinskému „definici“, kterou tento vůbec nemá. Vitoria pak pokračuje dále s otázkou, zda *ius* je totéž, co *dominium* v širším slova smyslu (jak to také zná od Summenharta), aby sice nakonec toto ztotožnění odmítl jakožto zneužití jazyka, ale nakonec zakončil, že v otázce *restitutio* je nerozhodné, zda zloděj připravil někoho jiného o *dominium*, anebo o nějaké jiné subjektivní právo (*ius*), protože důležité je, že se na něm dopustil nespravedlivé újmy (*iniuria*), kterou musí nahradit.

Když jsou tedy *iura* schopnosti či možnosti jednat podle zákona, pak i podle přirozeného zákona musí existovat takové schopnosti či možnosti. To by snadno mohlo vést k závěru, že *dominium* (které Vitoria chápe jak ve významu vlastnictví, tak ve významu politického panství) vzniká i jako přirozené právo a že Indiáni jsou *domini* své země podle přirozeného práva. Tak jednoduché to ale u Vitorii není, protože musí učinit zadost Akvinského názoru, že soukromé vlastnictví vzniká nejspíše až dohodou lidí<sup>109</sup>, a tedy pozitivním právem, a že *dominium* či *praelatio* (nadřazenost) ve formě politické vlády je také až produktem lidského práva.<sup>110</sup> Vitoria tento problém řeší nejdříve ve svém komentáři k Akvinskému tak, že si pokládá následující otázku: Pokud jsou podle přirozeného práva všichni lidé svobodní (a tedy nad nimi neexistuje politická vláda) a pokud jsou všechny věci společné, jak může dojít bez porušení přirozeného práva lidským právem k ustavení politické vlády a soukromého vlastnictví, notabene když je přirozené právo neměnné?<sup>111</sup> Aby na tuto otázku odpověděl, použije podobně jako Scotus či Ockham představu permissivního přirozeného práva – lidská svoboda a společné vlastnictví není příkazem (*praeceptum*) přirozeného práva, ale jeho dovolením (*concessio*). Rozdělení vlastnictví na soukromé pak mohli lidé udělat na základě dohody, nikoli formální, ale virtuální (*non aliqui consensu formali, sed virtuali*). Protože toto rozdělení *dominia* bylo platné všude, nemohlo být považováno za produkt občanského práva (které platí jen v určitém státě), ale muselo se tak stát díky *ius gentium*, které je pro všechny národy stejné. V *De Indis* pak Vitoria pouze opakuje výsledek své úvahy, že *dominium* vzniklo „spíše vzájemným souhlasem národů, jak různé rodiny obydlovaly různé země“,<sup>112</sup> než tak, že by politické panství pocházelo od boha (čímž se chce vyhnout názorům o božím původu světské moci, které v době, kdy protestanští panovníci zbavovali katolickou církev moci i majetků, byly pro tuto církev nebezpečné). Zdá se tedy, že roli onoho standardu, podle něhož došlo k zavedení soukromého vlastnictví (tedy roli, kterou u Scota hrálo pozitivní právo a u Ockhama přirozené právo podle třetího modu), hraje u Vitorii *ius gentium* – jaké místo však má *ius gentium* ve Vitoriově „systému“?

Předně je zajímavé, že ve Vitoriově dělení objektivního práva (zákona) se *ius gentium* explicitně nevyskytuje – zákon, který vychází z věčného zákona, je dvojitý, lidský a boží, přičemž boží se dále dělí na přirozený a pozitivní (tedy ten, který bůh přímo zjevil).<sup>113</sup>

<sup>108</sup> K tomuto postupu Vitoriovy argumentace viz TIERNEY, B. *Idea of Natural Rights*, s. 259 an.

<sup>109</sup> *ST*, II-II, q. 66 a, 2 ad 1.

<sup>110</sup> *ST*, II-II, q. 10 a, 10 co – „*dominium et praelatio introducta sunt ex iure humano*“.

<sup>111</sup> Komentář k *ST*, II-II, q. 62 a.1. – „*Sed si ita est quod deus fecit omnia communia omnibus, et homo est omnium dominus iure naturali, quomodo et unde facta est ista rerum divisio?*“ Citováno dle KOSKENNIEMI, M. *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*. *University of Toronto Law Journal*. 2011, Vol. 61, s. 14.

<sup>112</sup> *De Indis*, q. 2, a. 1. VITORIA, F. *Political Writings*, s. 255.

<sup>113</sup> VITORIA, F. *Political Writings*, s. 163 an.

Ve spisu *De potestate civile* z roku 1528 hovoří o *ius gentium* jako o právu přijatém „celým světem, který je v jistém smyslu společenstvím“,<sup>114</sup> což připomíná něco jako univerzální lidský zákon (podobně jako je pro Marsilia přirozené právo to, co je lidskými zákonodárci stanoveno všude stejně). Oproti tomu v *De Indis* odkazuje na „definici“ *ius gentium* z Justiniánových *Institutiones* a píše, že „bud' je tímž, co přirozené právo, nebo je z něj odvozeno.“<sup>115</sup> A konečně ve svém komentáři k Akvinskému píše, že otázka, zda *ius gentium* je přirozené právo, nebo pozitivní právo, je pouze terminologickým problémem.<sup>116</sup> Vitoria je tedy značně nejasný v tom, co je *ius gentium*, což sám nepovažuje za problém a zdá se, že u něj plní roli standardu, který stojí nějak na pomezí mezi přirozeným právem a lidským právem. Pro naše účely však můžeme vyjít z toho, že když mají všichni lidé (a Indiáni jako jejich „podmnožina“) *dominium*, snad lze považovat toto *dominium* za subjektivní právo, které je minimálně souladné s přirozeným právem, byť bylo ustaveno teprve jako produkt *ius gentium*, jehož status je podle Vitorii nejasný. Proto bych si zde dovolil zakončit v tom smyslu, že Vitoria zná přirozená subjektivní práva a že Vitoria je podle zde prezentovaného pohledu racionalistou jako Akvinský.

Trochu jiný obrázek nalezneme u myslitele, jenž vychází ze salamanské školy – Francisca de Suárez (1548–1617). Jak známo, tento jezuita rozvinul nejdůkladněji své představy o právu ve svém spise *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* z roku 1612. V prvních kapitolách tohoto monumentálního díla definuje *ius* ve třech významech: jednou jako to, co je *iustum*, v čemž navazuje na Akvinského; podruhé jako „morální schopnost, kterou má každý buď vzhledem ke své vlastní věci, nebo vzhledem k věci, kterou mu někdo dluží; v tomto smyslu se říká, že vlastník má *i u s* k věci a pracovník má *i u s* ke své mzdě.“<sup>117</sup> Ve svém druhém významu je tedy *ius* onou schopností, jak o tom mluvil výše Gerson a pak i Summenhart a Vitoria. Konečně ve třetím významu znamená *ius* totéž, co *lex*,<sup>118</sup> přičemž se Suárez příliš neodchyluje od Akvinského v tom, že při vytváření zákona hraje roli rozum i vůle. Avšak tam, kde Akvinský klade důraz na rozum jako základ zákona,<sup>119</sup> tam Suárez naopak vyzdvihuje vůli zákonodárce (i když souhlasí s Akvinským, že zákon má být spravedlivý a směřovat k obecnému dobru). Nakonec je to tedy zákonodárcova vůle, která zákonu dodává závaznost, a zákon je „akt spravedlivé a správné vůle, kterou nadřazený míní zavázat podřízeného k tomu, aby udělal to či ono“.<sup>120</sup> Když pak pokračuje dále a hovoří o přirozeném zákonu (tedy o přirozeném objektivním právu), sám dlouze diskutuje otázku racionalismu a voluntarismu ve vztahu k němu, přičemž zmiňuje jak výše citovaný názor Řehoře z Rimini,<sup>121</sup> tak názory voluntaristů, aby nakonec zakončil,

<sup>114</sup> Ibidem, s. 40.

<sup>115</sup> *De Indis*, q. 3, a.1. VITORIA, F. *Political Writings*, s. 278.

<sup>116</sup> Komentář k *ST*, II-II, q. 62 a.1. Viz KOSKENNIEMI, M. *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, s. 15.

<sup>117</sup> *De legibus (DL)*, I, 2, 5. – „Solet proprie *ius* vocatari facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam; sic enim dominus rei dicitur habere *ius* in re, et operarius dicitur habere *ius* ad stipendium...“ Pracoval jsem s latinským textem SUÁREZ, F. *Opera omnia. Tomus quintus*. Paris: Louis Vives, 1856, a s anglickým překladem SUÁREZ, F. *Selections from three works of Francisco Suárez, SJ. Volume Two: The Translation*. Oxford: Clarendon Press, 1944.

<sup>118</sup> *DL*, I, 2, 6. – „Juxta alium vero etymologiam, qua *ius* a iubendo dicitur, proprie videtur *ius* legem significare.“

<sup>119</sup> *ST*, I-II q. 92 a. 1 co. – „Lex nihil aliud est quam dictamen rationis in praesidente, quo subditi gubernantur.“

<sup>120</sup> *DL*, I, 5, 24. – „Unde addo [...] legem [...] esse actum voluntatis justae et rectae, qua superior vult inferiorem obligare ad hoc vel illud faciendum.“

<sup>121</sup> *DL*, II, 6, 3.

že všechny dobré věci pocházejí od boha a že přirozený rozum a jeho příkazy jsou mezi těmito božími dary. Protože všechno zlé je bohem zakázáno, rozum, který ukazuje lidem, co je zlé, jim také ukazuje, že zlo porušuje tyto boží příkazy. Nakonec zakončuje, že „*samotný soud správného rozumu, který přirozeně dlí v lidech, je dostatečným znakem boží vůle*“.<sup>122</sup> Na jiném místě pak praví, že „*přirozený zákon je pravdivě a správně božím zákonem a bůh je jeho zákonodárcem*“.<sup>123</sup> Jak je z těchto vymezení patrné, je Suárez voluntaristou, pokud jde o to, že přirozený zákon je výtvořem boží vůle; k tomu však, abychom poznali jeho obsah, používáme náš přirozený a správný rozum, tedy *recta ratio*, jak o něm mluvili výše představení myslitelé od Ockhama dále, když tematizovali *ius*. Máme tedy Suáreze chápat jako voluntaristu nebo spíše jako racionalistu, když je přirozené právo produktem boží vůle, která je však poznatelná skrze lidský rozum?

Výše jsme viděli, že Suárez zná pojem subjektivního práva a nyní zbývá představit jeho koncepci přirozených práv. Asi nejjednodušší je ukázat tuto teorii opět na příkladu přirozeného práva na soukromé vlastnictví, protože právě o něm bylo nejvíce pojednáno výše a zde jde mj. i o to představit, v čem se Suárezovy myšlenky od těch předchozích liší. Ve čtrnácté kapitole druhé knihy se Suárez zabývá otázkou, zda je přirozené právo neměnné, anebo zda lze jeho pravidla měnit. Podobně jako Scotus, Ockham či Vitoria před ním i Suárez začíná své úvahy o soukromém vlastnictví tím, že podle přirozeného práva všichni lidé byli stvořeni jako svobodní a všechno vlastnictví bylo na počátku společné,<sup>124</sup> a aby vysvětlil, že lidské zavedení soukromého vlastnictví nebylo proti přirozenému právu, používá jako oni kategorii permisivního přirozeného práva – lidé tedy mají přirozeným právem dovoleno jak změnit svou prvotní svobodu (tím, že založí nějaké politické společenství), tak zavést soukromé vlastnictví. Oproti Scotovi (na něhož výslovně odkazuje) však Suárez činí několik změn: Především není spokojen se Scotovou úvahou, že příkaz přirozeného práva byl po pádu lidstva do hříchu bohem revokován, protože podle Suáreze ani bůh sám nemůže změnit výslovný příkaz přirozeného práva – může z něj pouze udělit výjimku díky své *potestas absoluta*.<sup>125</sup> (Zde opět vidíme, že Suárezův voluntarismus má své meze, když ani stvořitel sám nemůže měnit své příkazy.) Právě proto musí Suárez použít ideu, že přirozené právo obsahuje nejen příkazy, ale i dovolení. Suárez však zná dovolení dvojího druhu (což vysvětlil v patnácté kapitole první knihy) – jde buď o pouhou negaci příkazu či zákazu (*mera negatione praecepti et prohibitionis*), kterému Suárez říká negativní dovolení, anebo o „*dovolení, které má svůj základ v příkazu (in aliquo positivo praecepto fundatur), protože je upraveno a založeno nějakým pozitivním právem (per legem aliquam positivam talis permissio decreta est, et stabilita)*“<sup>126</sup> kterému Suárez říká pozitivní nebo „koncesivní“ dovolení. Zatímco negativní dovolení nemá podle něj žádný právní účinek,<sup>127</sup> pozitivní

<sup>122</sup> DL, II, 6, 24. – „*Unde dicitur ulterius ipsummet iudicium rectae rationis inditum naturaliter homini, esse de sufficiens signum talis voluntatis divinae.*“

<sup>123</sup> DL, II, 2, 13 – „*Ex dictis ergo concludo [...] legem naturalem esse veram et propriam legem divinam cui legislator est Deus.*“

<sup>124</sup> DL, II, 14, 2 – „*Iure naturae omnia erant communia, et nihilominus rerum divisio ad omnibus introducta est.*“

<sup>125</sup> DL, II, 14, 10 – „*Deus ipse non potest (saltem iure ordinario) dispensare in aliquo ex praeceptis legis naturalis.*“

<sup>126</sup> DL, I, 15, 4.

<sup>127</sup> DL, I, 15, 5 – „*Permissionem mere negativam, quae resultat ex sola negatione utriusque praecepti affirmativi et negativi, non esse proprium effectum legis.*“

dovolení již má právní účinek a když je subjekt takovým dovolením „obdařen“, získává i subjektivní právo: „Když dovolení odkazuje k jednání, které je dobré, tak ho nejen nezakazuje, ale dává také pozitivní schopnost či povolení či subjektivní právo na něco.“<sup>128</sup> A tato subjektivní práva již nejsou pouhými hohfeldovskými volnostmi, ale i hohfeldovskými nároky, protože jim odpovídá povinnost ostatních tato práva respektovat.<sup>129</sup> Z výslovných dovolení přirozeného (objektivního) práva (jako z každého jiného zákona) plynou dle Suáreze přirozená práva – z mlčení objektivního práva však nikoli.<sup>130</sup>

Aby tedy dovodil přirozené právo na soukromé vlastnictví, Suárez píše, že něco může být přirozeným právem nejen přikázáno, ale i dovoleno, a to buď negativně, nebo „koncesivně“ jako třeba právě společné vlastnictví nebo lidská svoboda.<sup>131</sup> Jak ale Suárez dovodí, že soukromé vlastnictví je dle přirozeného práva pozitivně dovoleno? Poněkud krkolomně (alespoň dle mého názoru) se vrací k významu *ius* jakožto *facultas moralis*, přičemž toto subjektivní právo někoho je nyní nově ztotožněno s jeho vlastnictvím (*dominium*), věcným právem k cizí věci (*quasi dominium alicuius rei*), neboli nárokem užívat ji (*actio at utendum illa*).<sup>132</sup> Když tedy jde o toto „nové“ přirozené subjektivní právo vlastnické (*ius naturale dominativo*), nedochází dle Suáreze pouze k jeho negativnímu dovolení, ale i k pozitivnímu dovolení, protože přirozenost obdařila člověka skutečným vlastnictvím jeho svobody.<sup>133</sup> Protože toto *ius naturale dominativo* je subjektivním právem, ostatní mají povinnost nerušit ho, a tak Suárez dovozuje, že i tehdy, když bylo vlastnictví společné, měl každý člověk právo na to nebýt z něj vyloučen a ostatní měli povinnost respektovat to, a nyní, když je rozdělení vlastnictví zavedeno, přirozené právo zakazuje krádež a protiprávní odebrání majetku jiného.<sup>134</sup>

Takto tedy Suárez dovodí přirozené právo na soukromé vlastnictví, které je již zcela jistě i hohfeldovským nárokem. Kromě toho se ve svém textu *De statu perfectionis et*

<sup>128</sup> DL, I, 15, 6 – „*Nam quando permissio dicitur de actu alias bono, non solum non prohibet illum; sed etiam cum sit bonus, dat positivam facultatem, seu licentiam, vel ius aliquod ad illum.*“

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> Na tomto místě bych pouze rád zmínil, že před Suárezem byly známy názory o tom, že mlčení zákona dává subjektivní práva, přičemž jedním z prvních myslitelů, který to tvrdil, byl Marsilius z Padovy – výše jsme viděli, že pro Marsilia je každé objektivní právo příkazem (*praeceptum*). Marsilius však připouští to, že tyto příkazy nejsou pouze v normativním modu příkazu, ale i v modu zákazu či dovolení (DP, II, 12, 3. Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*, s. 250 an.). Kromě výslovného dovolení a „slabého“ dovolení plynoucího z příkazu zná Marsilius i dovolení plynoucí z mlčení objektivního práva, když píše, že „*cokoli, co není přikázáno nebo zakázáno podle práva, je podle ustanovení zákonodárce dovoleno.*“ (DP, II, 12, 4 – „*Omne enim quod lege non est praeceptum aut prohibitum, intelligitur legislatoris ordinatione permissum.*“ Viz MARSILIUS OF PADUA. *Defender of the Peace*, s. 252.). Podobně Vitoria píše, že „*všechny věci, které nejsou zakázány nebo nejsou jinak ke škodě nebo k újmě ostatním, jsou legální (licitum)*“ – *De Indis*, q. 3, a.1, VITORIA, F. *Political Writings*, s. 278.

<sup>131</sup> DL, II, 14, 6 – „*Aliquid esse de iure naturali solum permissive, aut negative, aut concessive, [...] Talia sunt multa, quae attento solo naturali iure licita sunt, vel data hominibus, ut rerum communitas, hominum libertas, et similia.*“

<sup>132</sup> *Ibidem* – „*Ius aliquando significare legem, aliquando vero significare dominium, vel quasi dominium alicuius rei, seu actionem ad utendum illa.*“

<sup>133</sup> *Ibidem* – „*At vero si loquamur de iure naturali dominativo, sic veru mest, libertatem esse de iure naturali positive, et non tantum negative, quia ipsa natura verum dominium contulit suae libertatis.*“

<sup>134</sup> DL, II, 14, 17 – „*Positivum praeceptum iuris naturae erat, ut nemo prohiberetur, nec impediretur ab usu necessario communium rerum [...]. Sicut etiam e contrario, quamvis divisio rerum non sit praecepta iure naturae; tamen postquam facta est, et applicata sunt dominia, ius naturae prohibet furtum, seu indebitam acceptionem rei alienae.*“

*religionis* Suárez věnuje i problému františkánské chudoby, když řeší otázku, jaká má bratr (který se vzdal svého subjektivního práva k věci podle lidského práva) přirozená práva vůči těm, kdo by mu chtěli tuto věc vzít. V rozporu s tím, co říkal třeba Marsilius (jak jsme viděli výše), tvrdí, že má přirozené právo bránit se, protože tím brání i svůj život, přičemž toto právo se vztahuje i na věci, které užívá – jde totiž o *dominium naturale*, které má každý člověk nad svým jednáním, protože toto jednání zahrnuje i užívání věci. Toto přirozené subjektivní právo je dle Suáreze odvozeno z přirozeného práva, že každý má žít, chránit a zachovat své tělo.<sup>135</sup> Ze zde prezentovaného tedy dle mého názoru vyplývá, že Suárez zná přirozená práva, které jsou jasně hohfeldovskými nároky, tedy „skutečnými“ subjektivními právy.

Konečně u Grotia se setkáváme také na jedné straně s výroky, které svědčí o jeho voluntarismu, a na druhé straně s výroky jasně dokazujícími jeho racionalismus. Pokud jde o ty první, hned počátek jeho nevydaného díla *De iure praedae* cca z roku 1604<sup>136</sup> hovoří jasně: „*To, co bůh ukázal jako svou vůli, to je právo*“.<sup>137</sup> Tato jasná manifestace voluntarismu je však poněkud zmírněna, když Grotius cituje (svého oblíbeného) Cicerona v tom, že vůle boží je odhalována nejen ve věštbách a nadpřirozených znameních, ale je zřejmá z celého plánu stvoření – a právě z něj je odvozováno přirozené právo, což připomíná Akvinského pozici, kdy z „plánu stvoření“, jímž je věčný zákon, plyne zákon přirozený odhalitelný lidmi participací jejich rozumu na rozumu božím. Dále pak Grotius poukazuje na to, že od boha získává každý jedinec jisté přirozené vlastnosti (*proprietates naturales*) jako ty, že bytí jedince má být zachováno a že každý je veden ke svému vlastnímu dobru. A z tohoto prvního (voluntaristického) pravidla – zmírněného výše zmíněnými výroky – se pak odvozují dva první zákony přirozeného práva, totiž to, že je dovoleno bránit vlastní život a stavět se tomu, co by jej mohlo ohrozit, a že je dovoleno získávat a držet věci, které jsou nutné k zachování života. Podle Grotia by však byla boží vůle nedokonalá, kdyby bůh zároveň nestanovil povinnost každého člověka k životu a majetku druhých lidí. K tomu nás bůh obdařil jednak rozumem, který odvozuje své bytí od rozumu božího, a také láskou k druhým v podobě přátelství (*amicitia*) – obojí nás pak vede k tomu, aby existovala univerzální shoda (*concordia universalis*) na tom, co je dobré a zlé, což je sekundární přirozené právo či primární *ius gentium*. Druhým pravidlem přirozeného práva plynoucím z prvního je tak „*co společný souhlas lidstva ukázal, že je jeho vůlí, to je právo*“.<sup>138</sup>

Z prvního a druhého pravidla pak plynou další zákony přirozeného práva stanovící, že nemáme ubližovat druhému a že se máme zdržet zásahu do jeho majetku (*possessio*), a ze zákonů stanovících, že zlé skutky mají být napraveny a dobré odměněny, se dle Grotia odvíjí právo trestat a odměňovat. Poté představuje ještě třetí pravidlo, podle něhož

<sup>135</sup> Citováno dle TIERNEY, B. *Liberty and Law*, s. 308.

<sup>136</sup> Jde o dílo, které Grotius připravil pro praktické účely obhajoby zabránění portugalské lodě Santa Catarina Nizozemci roku 1604 a snad neslo původně název *De Indis*. Z tohoto díla byla publikována jako samostatný spis slavná kapitola *Mare liberum* v roce 1609, dílo celé pak vyšlo až v roce 1868.

<sup>137</sup> *De iure praedae (DIP)*, I, 2 – „*Quod Deus se velle significavit, id jus est*.“ Pracoval jsem s latinským textem HAMAKER, H. G. (ed.). *Hugonis Grotii De iure praedae Commentarius*. Den Haag: Martinus Nijhoff, 1868, s. 7 an., a s anglickým překladem GROTIUS, H. *Commentary on the Law of Prize and Booty*. Indianapolis: Liberty Fund, 2006, s. 19.

<sup>138</sup> *Ibidem* – „*Quod consensus hominum velle cunctos significaverit, id jus est*.“ Viz *Hugonis Grotii De iure praedae Commentarius*, s. 12, GROTIUS, H. *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 25.

je projevená vůle jednotlivce právem pro něj samého,<sup>139</sup> a z tohoto práva prostřednictvím souhlasu více jednotlivců (Grotius ještě nepoužívá termín „společenská smlouva“) vznikají státy, jejichž vůle je zase právem daného státu a jeho občané ji mají respektovat ve svých vzájemných vztazích, což příkazují čtvrté a páté pravidlo přirozeného práva. Konečně se pak dostáváme k pravidlu osmému, podle něhož je právem to, co je vůlí všech států na světě, již zde Grotius nazývá sekundárním *ius gentium*. Jak tedy vidíme, u Grotia v *De iure praedae* hraje roli nejen boží vůle, ale i z něj skrze rozum a přátelství odvozená vůle celého lidstva, vůle jednotlivce, která je právem pro něj samotného, skrze souhlas vůlí lidí i vůle státu a nakonec i vůle všech států – celý „podnik“ odvozování pravidel a zákonů z nich je tak „podnikem“ zřetelně voluntaristickým.

Oproti tomu v prolegomeně svého slavného spisu *De iure belli ac pacis* z roku 1625 Grotius pronáší svou známou větu, že pravidla přirozeného práva by byla stejná, i kdybychom připustili onen hanebný předpoklad, že bůh není nebo že se nestará o lidské záležitosti,<sup>140</sup> čímž vlastně jinými slovy opakuje výše zmiňovaný výrok Řehoře z Rimini a staví se jasně a zřetelně na stranu racionalismu. Ve stejném duchu pak Grotius na jiném místě píše, že přirozené právo je neměnné a že je nemůže změnit ani sám bůh, stejně jako nemůže učinit, aby 2krát 2 nebylo 4.<sup>141</sup> Důvod pro tuto nezměnitelnost je podle Grotia ten, že kdyby pravidla přirozeného práva bůh měnil, dopouštěl by se inkonzistence, což známe od Scota (u něhož však snaha vyhnout se inkonzistenci hrála roli pouze v případě pravidel přirozeného práva prvního druhu, nikoli celého přirozeného práva).

Grotiův racionalismus je však zmírněn tím, že Grotius o něco níže připojuje, že dalším zdrojem přirozeného zákona je boží vůle, k čemuž dodává, že ačkoli přirozené právo plyne z „vnitřních principů člověka“, přeci jen může být připisováno bohu, protože „to bylo jeho přáním, že tyto principy mají být v nás“.<sup>142</sup> Zdá se tedy, že Grotiova pozice se blíží Suárezově – zdrojem přirozeného zákona je sice boží vůle, ale jeho obsah je poznatelný lidským rozumem, který poznává ony „vnitřní principy člověka“.<sup>143</sup>

Máme tedy Grotiovu pozici interpretovat tak, že zatímco v roce 1604 byl spíše voluntaristou, v roce 1625 již byl spíše racionalistou? Anebo naopak zdůrazňovat sepětí lidských schopností a boží vůle jako předzvěst jeho pozdějšího racionalismu, který však také pracuje s boží vůlí, v podstatě stejně jako u Suáreze? To, co mi připadá nejvíce

<sup>139</sup> Ibidem – „*Quod se quisque velle significarevit, id in eum jus est.*“ Viz *Hugonis Grotii De iure praedae Commentarius*, s. 18, GROTIUS, H. *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 34.

<sup>140</sup> *De iure belli ac pacis (DJBP)*, I, prolegomena, 11 – „*Etiamsi daremus, quod sine summo scelere nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana.*“ Pracoval jsem s latinským textem *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres*. BARBEYRAC, Jean (ed.). Amsterdam: Janssenio-Waesbergios, 1735, s. XII, a anglickým překladem GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*. Edited by Richard Tuck na základě Barbeyracovy edice. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, s. 89.

<sup>141</sup> *DJBP*, I, 1, X, 5. Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 155.

<sup>142</sup> *DJBP*, I, prolegomena, 12. Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 90 an.

<sup>143</sup> Jiné řešení nám nabízí Grotiův zřejmě nejslavnější komentátor Jean Barbeyrac (viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 90.): Grotius sám svým voluntaristickým výrokem nemíří na pravidla přirozeného práva jako celek, ale na ta pravidla, jež upravují ta jednání, jež jsou dle své přirozenosti indiferentní (dnes bychom asi řekli, že míří na jednání, která jsou morálně indiferentní). A jen takové jednání je pak dovoleno či zakázáno dle té části božího práva, které bůh zjevil. Tyto příkazy pak Grotius nazývá v první kapitole první knihy božím právem (*ius divinum*). Podle Barbeyraca se tak Grotiovo tvrzení, že zdrojem přirozeného práva je boží vůle, má interpretovat tak, že se týká jen božího pozitivního práva, nikoli přirozeného práva. Tato interpretace je však dle mého názoru chybná, protože Grotius výslovně mluví o přirozeném právu a boží právo pro něj není podmnožinou přirozeného práva, ale odlišnou kategorií.

důležité, je něco jiného – ačkoli pravidla přirozeného práva jsou dle *De jure praedae* i dle *De iure belli ac pacis* nejsou stejná, přece jen jsou velmi podobná: V *De jure praedae* se klade důraz na sebezachování člověka skrze zachování jeho života a majetku, který k životu potřebuje, a na moc trestat zásahy druhých do těchto našich „statků“; naopak povinnost uvedení do původního stavu (v případě zásahu do „statků“) a povinnost náhrady škody na „statcích“ se postulují pouze pro občany států v jejich vztazích navzájem,<sup>144</sup> kteří mají nadto i povinnost chránit své spoluobčany před zásahy do jejich života a povinnost přispívat na společný (státní) majetek (sedmý a osmý zákon). Oproti tomu v *De jure belli ac pacis* Grotius píše, že lidé se od ostatních tvorů liší svou společenskostí (*sociabilitas*) a schopností jednat podle obecných principů, což jim umožňuje řeč a lidský rozum (*intellectus humano*), který je sám vede k tomu, že se zdržují zasahovat do toho, co patří jinému, v případě zásahu je vede k obnovení původního stavu (*restitutio*), vede je k dodržování slibů (*promissorum implendorum obligatio*) a k náhradě škody (*damni culpa dati reparatio*) a k potrestání těch, co si to zaslouží (*poenae inter homines meritum*).<sup>145</sup> V porovnání s *De jure praedae* tedy Grotius v *De iure belli ac pacis* postuluje širší okruh povinností lidí podle přirozeného zákona než v *De jure praedae*. Nedomnívám se však, že jde o rozdíl zásadní, protože i z povinnosti ctít život a majetek druhého (jak stanoví zákony dle *De jure praedae*) a z možnosti tyto zásahy postihovat trestem lze dovodit povinnost k restituci a náhradě škody; podobně pak lze chápat respekt ke „společenské smlouvě“, kterou je založen stát, za specifický případ respektu ke smlouvám obecně. Tímto odvozením (které samozřejmě není logickým odvozením, nicméně odvozením v duchu toho, co provádí Grotius) pak dostaneme okruh povinností z *De jure belli ac pacis*. A právě proto se domnívám, že to, zda byl Grotius spíše voluntaristou či racionalistou v různých fázích svého života, vlastně není pro obsah „jeho“ přirozeného práva příliš důležité.

Nyní se však podívejme, jakou má Grotius koncepci přirozených práv. Stejně jako u Vitorii či Suáreze najdeme u Grotia trojí vymezení *ius* – poprvé jako *iustum*, potřetí jako synonymum pro *lex* a podruhé jako „morální kvalita spojená s osobou, umožňující ji mít nebo dělat něco správně“.<sup>146</sup> Grotius dále rozlišuje mezi *ius* ve striktním či dokonalém smyslu, která je *facultas*, a v nedokonalém smyslu, kterou nazývá *aptitudo*. *Ius* v dokonalém smyslu je „*i u s, které má člověk k tomu, co je jeho*“, což je moc (*potestas*) sám nad sebou (té se říká *libertas*) nebo nad svými dětmi (*patria potestas*) či služebníky (*dominica potestas*), dále jde o vlastnictví (*dominium*), které je buď úplné, nebo částečné, a konečně jde o schopnost požadovat po jiném to, co je osobě dluženo (*qui ex adverso respondet debitum* – tím Grotius myslí v podstatě práva věřitelů, kterým odpovídají povinnosti ostatních ze závazkových vztahů a snad i z některých věcných práv k cizí věci, protože jako příklady uvádí *ususfructus, ius pignoris a creditum*).<sup>147</sup> Na rozdíl od dokonalého *ius*, které je k užítku svému nositeli, je nedokonalé *ius* chápáno jako *aptitudo* k jednání, které je užitečné jiným osobám – proto je to *aptitudo* k jednáním podle jiných ctností,

<sup>144</sup> *DJP*, I, 2. GROTIUS, H. *Commentary on the Law of Prize and Booty*, s. 37.

<sup>145</sup> *DJBP*, I, prolegomena, 8. Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 85.

<sup>146</sup> *DJBP*, I, 1, IV. – „*Qualitas moralis personae competens ad aliquod juste habendum vel agendum*.“ Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 138.

<sup>147</sup> *DJBP*, I, 1, V. Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 138 an.



než je spravedlnost ve striktním smyslu, jako jsou štěrnost (*liberalitas*), milosrdenství (*miseriordia*) nebo prozřetelnost vládce (*providentia rectoris*).<sup>148</sup> Ve 22. kapitole druhé knihy pak Grotius dodává, že „když je člověk něčím povinován druhému, nikoli podle striktní spravedlnosti, ale z důvodu nějaké jiné ctnosti (štědrosti, vděčnosti, soucitu nebo dobročinnosti), nemůže být žalován na splnění této povinnosti před žádným soudem, ani pro splnění této povinnosti nemůže být vedena válka“.<sup>149</sup> Zdá se tedy, že to, co je *ius* ve striktním smyslu, může být nějak vynuceno (před soudem, nebo silou), tedy že mu odpovídají povinnosti jiného, z čehož plyne, že jde o hohfeldovské nároky; oproti tomu *ius* v nedokonalém smyslu je „právo“ vykonat vůči ostatním jednání, kterému se dnes říká supererogatorní, tedy jednání, k nimž nejsem nijak povinován, ale mohu je vykonat ze soucitu, velkomyslnosti atd., za což si mohu získat uznání ostatních.<sup>150</sup> Právě proto, že nemám povinnost k takovému jednání, mám volnost je vykonat – tudíž toto nedokonalé *ius* je hohfeldovskou volností.

V první kapitole první knihy však Grotius podle mého názoru dosti nejasně spojuje dokonalé *ius* jako *facultas* s Aristotelovou aritmetickou spravedlností (které říká *iustitia expletiva*) a nedokonalé *ius* jako *aptitudo* s Aristotelovou geometrickou spravedlností (které říká „atributivní“). Ona nejasnost podle mého názoru spočívá v tom, že Aristotelés aritmetickou spravedlnost pojednává ve spojitosti s nápravou (proto se jí také často říká „korektivní“), zatímco geometrickou s rozdělováním podle stejného měřítka, přičemž tímto měřítkem je zásluha – znamená to tedy, že třeba subjektivní právo na odměnu za vykonanou práci by podle Grotia nepatřilo k dokonalým subjektivním právům a šlo by pouze o akt velkomyslnosti či milosrdenství? A opačně – pokud bychom brali vážně vymezení, že nedokonalé *ius* je o schopnosti k supererogaci, jak tato souvisí s geometrickou spravedlností? Grotius se však nedokonalému *ius* v dalším textu příliš nevěnuje, takže snad lze ponechat tyto problémy, které trápí i moderní komentátory,<sup>151</sup> pro účely tohoto textu stranou.

Když nyní víme, že dokonalé *ius* je možnost chovat se správně, kterou lze vynutit, můžeme to spojit s Grotiovým vymezením přirozeného objektivního práva jako „*pravidla a diktátu správného rozumu ukazujícího morální hanebnost (turpitudinem) nebo morální nutnost každého jednání podle toho, zda souhlasí nebo nesouhlasí s rozumovou a společenskou přirozeností, v důsledku toho je jednání buď zakázáno, nebo přikázáno bohem, který je autorem přirozenosti*“.<sup>152</sup> Zdálo by se tedy, že můžeme bez dalšího dovodit, že třeba právo na soukromé vlastnictví (které nás zde zajímá jako příklad a které patří mezi ony „statky“, do nichž mi nesmí ostatní zasahovat) je přirozeným právem.<sup>153</sup> Podobně jako u Vitorii a Suáreze však nemůžeme takovou jednoduchou úvahu provést ani u Grotia,

<sup>148</sup> *DJBP*, I, 1, VIII, 1. Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 143.

<sup>149</sup> *DJBP*, II, 22, XVI. Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 1112.

<sup>150</sup> Takto to interpretuje i Tierney v TIERNEY, B. *Liberty and Law*, s. 232.

<sup>151</sup> Např. Villey píše, že Grotius úplně vypustil jakékoli úvahy o spravedlivém rozdělování ze svého díla, když Aristotelovu distributivní spravedlnost vykázal do oblasti nedokonalého *ius*. VILLEY, M. *La formation de la pensée juridique moderne*, s. 546. Nedokonalé *ius* u Grotia tedy Villey chápe jinak, než třeba Tierney.

<sup>152</sup> *DJBP*, I, 1, X, 1. – „*Dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex ejus convenientia aut inconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo alem actum aut vetari aut praecipere*.“ GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 150 an.

<sup>153</sup> Z důvodu stručnosti ponechám stranou Grotiovy úvahy o zavedení soukromého vlastnictví v *De jure praedae* a soustředím se na jeho přirozené právo na soukromé vlastnictví v *De jure belli ac pacis*.

neboť i on ještě pracuje s tím, že na počátku (tedy podle přirozeného objektivního práva, které notabene nemůže změnit ani sám bůh, jak jsme viděli výše) bylo všechno vlastnictví společné, což extenzivně dokazuje argumenty z Bible. Grotius však volí podobnou cestu jako Suárez i Vitoria – nejdříve připustí možnost toho, aby mezi pravidly přirozeného práva patřila i ta pravidla, která vznikla lidskou činností, a zmiňuje právě příklad soukromého vlastnictví: „*Takto například do m i n i u m, jak se v současnosti používá, bylo založeno vůlí člověka a, když bylo jednou takto přiznáno, přirozený zákon nás informuje, že je špatné (n e f a s) zbavovat tě bez tvé vlastní vůle toho, co je tvoje.*“<sup>154</sup> Jak ale konkrétně k zavedení soukromého vlastnictví došlo? Grotiovo řešení připomíná spíše řešení Vitoriovo (a snad i Scotovo a Akvinského) než Suárezovo v tom, že podle Grotia lidé nejdříve souhlasili s tím, že mohou získávat ze společného vlastnictví své soukromé vlastnictví tím, že uznali dohodou (ať už explicitní nebo mlčky) právo prvního nabyvatele, čemuž se velmi detailně věnuje především v kapitole druhé a třetí druhé knihy *De jure belli ac pacis*,<sup>155</sup> přičemž tato dohoda není v rozporu s přirozeným objektivním právem, protože se opírá o jeho dovolení<sup>156</sup> (takže i Grotius pracuje s permisivním přirozeným právem).<sup>157</sup> Grotiovy názory na vznik soukromého vlastnictví jsou tedy spíše tradiční, liší se snad v tom, jak ve zde zmiňovaných kapitolách velmi extenzivně pojednává o právu prvního okupanta, k čemuž ho nejspíše vede následující: Již v *Mare liberum* výslovně odmítl možnost přivlastňování moře, protože k přivlastnění je nutné uchopení věci a moře nelze podle Grotia uchopit lidskou prací a oddělením věci od společného majetku. Tento argument, který tolik svědčí Holanďanům propagujícím volný obchod na moři, pak v *De jure belli ac pacis* pouze opakuje.<sup>158</sup>

## ZÁVĚR

Za prvé se domnívám, že není vhodné spojovat nominalismus s voluntarismem (jak jsme viděli u Dunse Scota, který je, ač voluntarista, v existenci obecnin spíše umírněným realistou, snad ještě více než Akvinský) a realismus s racionalismem (jak jsme zase viděli u Řehoře z Rimini, který je racionalistou, pokud jde o závaznost pravidel přirozeného práva, a nominalistou, pokud jde o existenci obecnin). Za druhé, i voluntaristé jako Scotus či Ockham (a okrajově i Marsilius z Padovy) ve svém uvažování o přirozeném

<sup>154</sup> *DJBP*, I, 1, X, 4 – „*Sic dominium, quale nunc in usu est, voluntas humana introduxit: ad eo introducto nefas mihi esse id arripere tui invito quod tui est dominii, ipsum indicat jus naturale.*“ Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 154.

<sup>155</sup> Pokud jde o explicitní či mlčky uzavřenou dohodu viz *DJBP*, II, 2, II, 5 – „*Pacto quodam aut expreso, ut per divisionem, aut tacito, ut occupationem.*“

<sup>156</sup> *DJBP*, II, 3, V – „*Est enim hoc jus ex jure naturale permittente, non praecipiente ut liceat semper.*“

<sup>157</sup> Jak upozorňuje Tierney (TIERNEY, B. *Liberty and Law*, s. 233 an.), Grotius je poněkud váhavý v tom, zda dovolení plyne z pouhého „mlčení zákona“ a tenduje snad spíše k Suárezovu řešení, že dovolení musí být pozitivním dovolením, když píše, že „*dovolení striktně řečeno, není jedním zákonem, ale pouhou negací tohoto aktu*,“ k čemuž však dodává „*pokud však nezavazuje jiného k tomu, aby nezasahoval do dovolení tomu, komu bylo uděleno.*“ (*DJBP*, I, 1, IX – „*Permissio autem proprie non actio est legis, sed actionis negatio, nisi quatenus alium ab eo cui permittitur obligat ne impedimentum ponat.*“ Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 148 an.) Když však pracuje s permisivním přirozeným právem v případech dovolení, nijak nefeš, že nejspíše nenajdeme výslovné boží dovolení k přivlastňování společných věcí – nemusí tedy řešit stejný problém jako Suárez a používat jeho (snad poněkud krkolomné) řešení.

<sup>158</sup> *DJBP*, II, 2, III, 1. Viz GROTIUS, H. *The Right of War and Peace*, s. 428 an.

(objektivním) právu pracují s *recta ratio*. Za třetí, pro pozdější myslitele, kteří stojí na pomezí středověku a novověku, jako byli Gerson a Summenhart, pravděpodobně nemá valného smyslu zabývat se tím, jaká je jejich metafyzická pozice a totéž platí i pro novověké myslitele jako byli Suárez a Grotius. Neboli tradiční přístup se jeví jako příliš zjednodušující, i když v něčem má nespíše pravdu: Myslitelé tíhnoucí k voluntarismu zřejmě opravdu mají tendenci k „destrukci přirozeného řádu“ v tom smyslu, že by řád světa mohl vypadat i jinak – kdybych se zde měl dopustit teologické spekulace, bůh možná nestvořil jediný nejlepší z možných světů (jak si to představoval třeba Leibniz), ale mohl stvořit i jiný „nejlepší svět“, anebo možná by dokonce „dobrých světů“ mohlo být i více. Jinak řečeno – myslitelé tíhnoucí k voluntarismu tak nečiní proto, aby ukazovali boha jako nějakého „zlotřilého svévolníka“, ale spíše proto, že boží láska k lidem se může projevat různými způsoby. Považovat je však proto za předchůdce moderních idejí, jako je individualismus nebo dokonce demokracie, je dle mého názoru zavádějící anachronismus – vždyť pro Scota, Ockhama i třeba Gersona stojí v centru jejich úvah láska lidí k bohu a boží láska k lidem, nikoli propagování svévole jednotlivce. Tradiční přístup je dle mého názoru oprávněný i v tom, že právě u myslitelů jako byli Ockham, Marsilius a Gerson počíná tematizace *ius* jakožto schopnosti (*facultas*) či možnosti (*potestas*) k tomu, aby bylo dosaženo objektivní *ius* jakožto *iustum*, k čemuž je nutné uposlechnout *recta ratio*. Toto *ius* je ještě stále dosti vzdáleno třeba Hobbesově koncepci lidské svobody (zmiňované výše), nicméně tyto „definice“ *ius* se dostávají do „skladiště“ textů, s nimiž se pracuje, a mohou být později použity dále skrze Summenharta, Vitoriu (a myslitele salamanské školy vůbec) až Suárezem a Grotiem.

Proč ale k této tematizaci přirozených práv dochází? V souladu třeba s Tierneym nebo Virpi Mäkinenovou<sup>159</sup> se domnívám, že odpověď bychom měli hledat spíše v tom, že a jak různí myslitelé reagují na problémy světa, v němž žijí, a teprve druhotně v jejich „metafyzické pozici“. Např. Scotus tematizuje problém soukromého vlastnictví a vzniku politické vlády proto, že jako františkán chce zdůvodnit, proč je život v chudobě v souladu s přirozeným právem, přičemž v tom, jak vzniklo soukromé vlastnictví, není zase tak vzdálený třeba Akvinskému. Ockham vedle problému františkánské chudoby zase především řeší vztah císařské a papežské vlády, a snad právě proto především v *Dialogu* (a později v *Breviloquiu*) pracuje s přirozenými právy jednotlivců – aby mohlo dojít k jejich přenesení na císaře, což se mu „hodí“ do jeho politické teorie zdůrazňující nadřazenost císařské moci nad papežem. Marsilius, který ze zde probíraných myslitelů asi nejdůsledněji reprezentuje to, čemu se dnes říká právní pozitivismus (tedy tezi, že právo je produktem lidské společnosti bez nutného zapojení metafyzických entit), se v podstatě zabývá stejným problémem jako Ockham, i když je radikálnější, když boží *recta ratio* nespíše nehraje žádnou roli v lidských záležitostech. Pokud bychom souhlasili s Tierneym (což vůbec není nepochybné, jak jsme viděli výše), pak bychom tematizaci přirozených práv spojovali u Gersona s jeho konciliarismem jako možným řešením dalšího palčivého problému již rozpadajícího se středověkého světa – problému krize církevní moci manifestujícím se v papežském schizmatu. Vitoriovy teze zase reagují na jiný problém, jímž bylo objevení Ameriky a její kolonizace – mohou se Španěle dopouštět kolonizace na

<sup>159</sup> MÄKINEN, V. Medieval Natural Rights Discourse. In: SLOTTE, P. – HALME-TUOMISAARI, M. *Revisiting the Origins of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 65 an.

Indiánech bez toho, aby jim činili újmu, anebo aby činili újmu svému svědomí?<sup>160</sup> Jsou Indiáni od přirozenosti otroky (jak tvrdil třeba Vitoriův pařížský učitel John Mair a později de Quevedo či Ginés de Sepúlveda), anebo svobodnými lidmi? Když na tyto otázky Vitoria odpověděl tak, jak odpověděl, musel se i vypořádat se španělskými *justos títulos* na Ameriku (protože mu ani nepřišlo na mysl, že by Španělé měli nový kontinent opustit, protože to by v jeho očích nejspíše znamenalo přenechat ho Francouzům nebo Angličanům) – odtud pak pramení jeho zájem o tematizaci spravedlivé války, což pak (z jiných důvodů) ovlivnilo Grotia. Zároveň ve Vitoriových názorech můžeme vidět i vliv počínající katolické obrany proti reformaci – výše jsme ostatně viděli (byť pouze velmi okrajově) jeho odmítnutí božího původu vrchnosti, které však bylo (z katolického hlediska) zmírněno přiznáváním nepřímé moci papeži ve světských záležitostech (např. při koordinaci evangelizace Indiánů, která se přece musí dít v katolickém duchu, nikoli v duchu protestantské „hereze“).<sup>161</sup> Lze si i zaspekulovat, že jeho odmítnutí názoru, že Indiáni jako pohané nemohou nic vlastnit, má svůj původ v názoru, který mimo jiných zastával Gerson a pak i kostnický koncil, že nevíra v boha v podobě hereze nemůže nikoho zbavit vlastnictví či politického panství – a tuto tezi zase Gerson a kostnický koncil zastávali proto, že v případě, kdyby hereze zbavovala *dominia*, došlo by podle nich k nenapravitelnému zničení řádu a anarchii (proto mj. byly v Kostnici odsouzeny názory Viklefovy a Husovy). Konečně kdybychom se zabývali Grotiem, je podle mého názoru zcela zjevné, že jak jeho názory o nemožnosti prvotního nabytí moře, tak i celkové vyznění přirozeného práva jako jistých „minimálních“ pravidel (které notabene nijak nevylučují třeba dobrovolné otroctví) jsou vymyšleny ve prospěch nizozemské Východoindické společnosti, jejímž advokátem Grotius v počátcích své kariéry byl<sup>162</sup> (než musel z Nizozemí uprchnout pro své arminíánské názory). Nemusíme z toho rovnou dovozovat, že pomocí přirozeného práva je možné odvodit cokoli, co se zrovna komu „hodí“ (což koneckonců lze i interpretací pozitivního práva), ale je snad dobré uvědomit si, že přirozenoprávní teorie byla málokdy nezávislá na mocenských konstelacích své doby (i kdyby šlo o tak „neviditelné“ mocenské struktury, jako je moc panujícího diskursu třeba podle Foucaulta) a dle mého názoru ji nelze chápat ani jako nějaký „všelák“ na nedostatky diskursu pozitivněprávního té které doby (včetně té naší).

<sup>160</sup> Např. Koskenniemi uvádí, že celou diskusi o amerických Indiánech „nastartovala“ starost navrátilých se conquistadorů o svou duši. Právě s nimi se Vitoria a De Soto setkávali v salamanském konventu San Estéban, kde oba žili a snažili se palčivé problémy svých bližních nějak řešit. Viz KOSKENNIEMI, M. *Empire and International Law: The Real Spanish Contribution*, s. 13.

<sup>161</sup> *De Indis*, q. 3, a. 2., VITORIA, F. *Political Writings*, s. 284 an.

<sup>162</sup> Úzké propojení mezi Grotiovou advokátní činností pro VOC (která souvisí s obhajobou zájmů této společnosti ve východní Asii proti Španělům a Portugalcům) a jeho přirozenoprávní teorií vidí např. nizozemská historička mezinárodního práva Martine Van Ittersum – Viz VAN ITTERSUM, M. J. *Profit and Principle: Hugo Grotius, Natural Rights Theories and the Rise of Dutch Power in the East Indies, 1595–1615*. Leiden: Brill, 2006.

## GLOSA

## KATEGORIZACE ZÁKONŮ A VOLEBNÍ ZÁKON

Zdeněk Koudelka\*

**Abstrakt:** Článek se zabývá průnikem zákonné úpravy střetu zájmů do volebního práva a volebního zákonodárství. Otevírá otázku, zda úprava neslučitelnosti funkcí a další omezení pro poslance, senátory a členy zastupitelstev obcí a krajů, umožňuje zákon o střetu zájmů podřadit pojmu volební zákon, a tedy povinnému souhlasu Senátu. Článek vychází z materiálního hlediska, že volebním zákonem je každý zákon upravující volební právo bez ohledu na to, jak je nazván. Článek odmítá to, že by rozhodující měl být jen název zákona, ale je to jeho obsah. Přitom skutečnost, že je nutný povinný souhlas Senátu podle čl. 40 Ústavy, musí být zřejmá od počátku projednávání, a ne výsledek náhody.

**Klíčová slova:** střet zájmů, neslučitelnost funkcí, Parlament, volební právo

## 1. OBECNÁ A ZVLÁŠTNÍ ZÁKONODÁRNÁ PROCEDURA

Z hlediska přijímání zákonů Ústava od roku 1993 rozdělna obyčejné zákony do několika skupin podle způsobu přijetí. Rozlišila zákonodárnou proceduru pro obyčejné zákony, neboť dříve platila odlišnost procedury přijetí jen pro ústavní zákony. Jistým předchůdcem v československé prvorepublikové ústavní historii 1920–1939 byl zvláštní procesní požadavek na rozpočtový a branný zákon, které musela vláda předložit nejdříve Poslanecké sněmovně.<sup>1</sup> V době československé federace 1969–1992 to byla skupina obyčejných federálních zákonů, které podléhaly zákazu majorizace – tedy se o nich hlasovalo ve Sněmovně národů odděleně v rámci skupiny poslanců zvolených v Čechách, na Moravě a ve Slezsku a v rámci skupiny poslanců zvolených na Slovensku.<sup>2</sup>

Pro příslušnou skupinu zákonů je nutné dodržet i příslušnou proceduru schvalování, které si zákonodárce musí být vědom. Vadná procedura vede k vadnému zákonu, což je důvod ke zrušení zákona Ústavním soudem. Viktor Knapp to charakterizoval slovy „nezákonným způsobem zákon a ani jiný právní předpis vzniknout nemůže“.<sup>3</sup> I když respektujeme presumpci správnosti zákona, a tedy připustíme i vznik zákona nezákonným způsobem, je to důvod ke zrušení zákona *ex nunc*, pakliže byla porušena procedurální pravidla stanovená nejen zákonem, ale ústavou.

Obdobně je to v případě, že ústava rozlišuje několik druhů ústavních zákonů podle způsobu přijetí se stejnou ústavní právní silou. V Rakousku je ke schválení ústavního

\* Doc. JUDr. Zdeněk Koudelka, Ph.D. Vysoká škola Karla Engliše a Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: Zdenek.koudelka@mail.muni.cz. Text vznikl v rámci badatelské činnosti vyvolané poptávkou z praxe.

<sup>1</sup> § 41 odst. 3 Ústavní listiny č. 121/1920 Sb.

<sup>2</sup> Např. zákony Federálního shromáždění ve věci československého občanství, rozpočtová pravidla, zřízení účelových fondů federace, stanovení daní, měny, zřízení federálních správních orgánů s výjimkou ministerstev. Čl. 42 odst. 2 ústavního zákona č. 143/1968 Sb., o československé federaci.

<sup>3</sup> KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 107.

zákona běžně potřebná kvalifikovaná většina v Národní radě (jednoduché ústavní právo), ale pro ústavní zákony omezující působnost spolkových zemí se vyžaduje i souhlas Spolkové rady, a pro změnu ústavy je nutné referendum fakultativní, požádá-li o to aspoň třetina členů Národní či Spolkové rady, anebo obligatorní, jde-li o celkovou (podstatnou) změnu rakouské ústavy.<sup>4</sup> Zde je přípustná kontrola rakouského Ústavního soudu (Ústavní soudní dvůr), zda určitý ústavní zákon přijatý jednodušším způsobem neměl být přijat kvalifikovaným rigidnějším způsobem. To byl případ, kdy rakouský Ústavní soud zrušil ústavní normu.<sup>5</sup> Šlo o přechodné ústavní konstatování, že ustanovení zemských zákonů o veřejných zakázkách jsou na dobu 1. 1. 2001 – 31. 8. 2002 v souladu s ústavou, byť stejné ustanovení na spolkové úrovni již Ústavní soud shledal neústavním. Důvodem pro zrušení ústavního předpisu rakouským Ústavním soudem byla skutečnost, že byl přijat jako běžný ústavní předpis a soud došel k závěru, že měl být přijímán jako kvalifikovaný ústavní zákon rigidnější cestou, neboť jde o podstatnou změnu ústavy, jestliže se vylučuje kontrola ústavnosti zemských zákonů rakouským Ústavním soudem. Tedy podstatná změna nemusí být podstatná jen rozsahem. I rozsahem malá změna může být podstatná svým ústavním významem.

Obdobně jako rakouský Ústavní soud i Ústavní soud Ukrajiny vyslovil neústavnost změny ústavy z procedurálních důvodů přijetí.<sup>6</sup> Rovněž z procesních důvodů zrušil Ústavní soud Moldávie změnu moldavské ústavy ve věci volby prezidenta z přímé na nepřímou, ale až po 15 letech od přijetí změny. V roce 2000 byla Parlamentem Moldávie zavedena nepřímá volba prezidenta Parlamentem.<sup>7</sup> Ovšem rozhodnutím ze 4. 3. 2016 tuto změnu ústavy Ústavní soud Moldávie zrušil<sup>8</sup> a tak obnovil přímou volbu. Zrušení

<sup>4</sup> Čl. 44 Ústavy Rakouské republiky z 1. 10. 1920. KANDALEC, Pavel. Materiální jádro ústavy v judikatuře rakouského Ústavního soudu. In: *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2009. Dostupné z: <[http://www.law.muni.cz/edicni/dny\\_prava\\_2009/files/prispevky/mezin\\_smlouvy/Kandalec\\_Pavel%20\\_1350\\_.pdf](http://www.law.muni.cz/edicni/dny_prava_2009/files/prispevky/mezin_smlouvy/Kandalec_Pavel%20_1350_.pdf)>. BERKA, Walter. *Lehrbuch Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassung*. Springer: Wien, 2008, s. 267.

<sup>5</sup> Čl. 126a z roku 2000 přijatý jako ústavní ustanovení, kdy dle čl. 44 odst. 1 Spolkového ústavního zákona Rakouské republiky z 1. 10. 1920 může být ústavní většinou přijata ústavní norma i v obyčejném zákoně o veřejných zakázkách. Rozhodnutí Ústavního soudu Rakouské republiky z 11. 10. 2001, VfGH 16.327. Část IV odůvodnění (s. 4629). KOUDELKA, Zdeněk. Rušení ústavního zákona Ústavním soudem. *Státní zastupitelství*. 2011, č. 11, s. 15. GRINC, Jan. Přezkum ústavních zákonů v Německu a Rakousku. *Jurisprudence*. 2010, č. 1, s. 31–37. Dostupné v ASPI, literatura LIT36087CZ.

KÜHN, Zdeněk. ÚS: K pravomoci rušit protiústavní „ústavní“ zákony. *Cevrorevue*. 2009, č. 8–9. Dostupné z: <<http://www.cevro.cz/cs/cevrorevue/aktualni-cislo-on-line/2009/8-9/215714-pravomoci-rusit-protiustavni-ustavni-zakony.html>>. Kühn ve svém textu uvádí, že čl. 44 odst. 3 rakouské ústavy je reakcí na dobu nacismu jako v Německu klauzule věčnosti v čl. 79 odst. 3 Základního zákona Spolkové republiky Německo z roku 1949. Ovšem rakouský čl. 44 odst. 3 (původně odst. 2) Spolkového ústavního zákona byl přijat již 1. 10. 1920, StGB. 450/1920. Nebyl žádnou reakcí na nacismus, ale naopak potvrzoval svrchovanost lidu i jako ústavodárce, když některé změny ústavy vázal na referendum. Rakouská ústava žádnou klauzuli věčnosti neobsahuje. Srovnej např. RILL, Heinz Peter – SCHÄFFER, Heinz. *Bundesverfassungsrecht, Kommentar*. Verlag Österreich GmbH, 2001, 2004 (k čl. 44 B-VG, s. 6). Opačný názor PERNTHALER, Peter. *Grenzen der Verfassungsänderung*. Verhandlung des 13. Österreichischen Juristentages. Salzburg, 1997.

<sup>6</sup> Rozhodnutí Ústavního soudu Ukrajiny z 30. 9. 2010, kterým rozhodl o nesouladu zákona o změnách Ústavy Ukrajinské republiky z 8. 12. 2004. Po převratu v únoru 2014 byla platnost ústavní změny z roku 2010 obnovena a rozhodnutí Ústavního soudu, který zrušil novelu ústavy, prohlášeno za neústavní a neplatné. Dokonce se stalo důvodem trestního stíhání uprchlého prezidenta Viktora Janukovyče. OROSZ, Ladislav – SVÁK, Ján – BALOG, Boris. *Základy teorie konstitucionalismu*. Bratislava: Eurokódex, 2011, s. 115, 175.

<sup>7</sup> Zákon z 5. 7. 2000, č. 115-XIV.

změny ústavy bylo Ústavním soudem odůvodněno tím, že nebyla dodržena ústavní procedura změny. K návrhu změny ústavy se musí předem vyjádřit Ústavní soud.<sup>9</sup> V rámci přijímání dotčeného návrhu však došlo v Parlamentu ke změnám, k nimž se již soud nevyjádřil. Tedy konstatoval, že při změnách ústavy, které se řídí zvláštní procesní tuhostí, není možné přijetí pozměňovacích návrhů, které podstatně mění původní návrh změn ústavy, aniž by se k takovým pozměňovacím návrhům mohl znovu vyjádřit Ústavní soud. Je však nutno konstatovat, že zjištění neústavnosti změny ústavy z procesních důvodů po dlouhé době, během které byla napadená ústavní úprava běžně akceptována, s tím, že zrušením určité ústavní změny obživně původní právní úprava,<sup>10</sup> je projevem politického soudního aktivismu.

## 2. KATEGORIE ZÁKONŮ

Z hlediska procedury přijímání dnes rozlišujeme tyto *skupiny obyčejných zákonů*:

- a) *základní skupina obyčejných zákonů*, které přijímá Parlament, při nichž může být nesouhlas Senátu přehlasován Poslaneckou sněmovnou,
- b) *zákon o státním rozpočtu*, který výlučně na návrh vlády přijímá jen Poslanecká sněmovna. Senát o něm nejedná,<sup>11</sup>
- c) *zvláštní skupina obyčejných zákonů*, kde Poslanecká sněmovna nemůže přehlasovat nesouhlas Senátu, obě komory mají při přijetí zákona rovné postavení. Ústavní soud již judikoval, že do této skupiny zákonů patří *volební zákony* upravující volební právo do zastupitelstev obcí, krajů i do Parlamentu.<sup>12</sup> Tato zvláštní skupina je někdy po francouzském vzoru nazývána jako organické zákony, protože i ve Francii ústava stanoví taxativní výčet zákonů o statutárních poměrech ústavních orgánů, které jsou přijímány přísnější procedurou než jiné obyčejné zákony, nikoliv však formou ústavních zákonů. Obdobně je tomu ve Španělsku a Rumunsku.<sup>13</sup> Zvláštní charakter volebních zákonů ústava dokresluje tím, že je při rozpuštění Poslanecké sněmovny nemůže měnit Senát zákoným opatřením,<sup>14</sup> kterým jinak může měnit jiné zákony.

<sup>8</sup> Rozhodnutí Ústavního soudu Moldávie ze 4. 3. 2016, č. 7. Dostupné z: <<http://constcourt.md/ccdocview.php?tip=hotariri&docid=558&l=ru>>.

<sup>9</sup> Čl. 141 odst. 2 Ústavy Republiky Moldávie ze 29. 7. 1994.

<sup>10</sup> KOUDELKA, Zdeněk. Obživení zrušeného právního předpisu. *Jurisprudence*. 2013, č. 4, s. 8–14.

<sup>11</sup> Čl. 42 Ústavy č. 1/1993 Sb.

<sup>12</sup> Nález Ústavního soudu č. 283/2005 Sb. Až do tohoto nálezu byl sporný výklad pojmu volební zákon. Přičemž jeden z výkladů pojmu volební zákon dle čl. 40 Ústavy pro použití jednotného čísla a pro souvztažnost k jiným vyjmenovaným zákonům upravující poměry Senátu (jednací řád Senátu, zákon o styku obou komor) byl takový, že pojmem volební zákon čl. 40 Ústavy myslí jen ten, který upravuje volby do Senátu (zákon o volbách Parlamentu), ne další volební zákony. KYSELA, Jan. Volební zákony. *Parlamentní zpravodaj*. 2001, č. 2, s. 31–32. FILIP, Jan. Postup při schvalování „volebního zákona“ podle čl. 40 Ústavy ČR. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2005, č. 1, s. 7–10.

<sup>13</sup> Čl. 46 a 61 Ústavy Francie ze 4. 10. 1958. Čl. 81 Ústavy Království Španělsko ze 29. 12. 1978. Čl. 72 Ústavy Rumunska ze 8. 12. 1991. Jiné je to v Maďarsku, kde se podle velikonoční ústavy vytváří nová skupina organických zákonů přijímaných 2/3 většinou všech poslanců s vyšší právní silou než obyčejný zákon přijímaný nadpoloviční většinou přítomných poslanců, ale s nižší právní silou než ústavní zákon přijímaný stejnou 2/3 většinou všech poslanců. Čl. S základního zákona Maďarska z 18. 4. 2011.

<sup>14</sup> Čl. 33 odst. 2 Ústavy.

### 3. PŘIJÍMÁNÍ VOLEBNÍHO ZÁKONA

Listina základních práv a svobod a Ústava přenechávají bližší úpravu volebního práva zákonu. Z hlediska práva není rozhodující název obyčejného zákona, ale jeho obsah. Volební zákon je sice z hlediska právní síly obyčejný zákon, ale jeho proces přijetí je odlišný od ostatních zákonů, neboť s ním musí povinně souhlasit Senát.<sup>15</sup> Přitom platí, že příslušný zvláštní proces přijímání zákona musí být zřejmý již od započetí jeho projednávání. Analogicky se ústavním zákonem nestane zákon, pro který bude hlasovat náhodou alespoň 120 poslanců a tři pětiny senátorů, ale takový ústavní zákon musí být takto označen již v návrhu, aby poslanci a senátoři znali proceduru a důsledky jeho přijetí. Stejně tak volební zákon musí být takto označen s tím, že je vyžadován povinný souhlas Senátu.

Zjištění, co je obsahem zákona a zda jde o zákon volební s jinou procedurou přijetí, však může být problémové a nejasné. Pokud je navrhovatelí zákona zřejmé, že jde o zákon se zvláštní procedurou přijetí, měl by to uvést, aby Parlament nepřekvapoval. Odpovídá to požadavku na uvedení navrhovatelí známých zásadních informací o návrhu zákona. Ovšem je možné, že si navrhovatel nebude této skutečnosti vědom, či na ni bude mít jiný názor. Pak se může způsob přijetí stát předmětem debaty v obou sněmovnách nebo přímo politickým sporem. Může nastat i situace, kdy navrhovatel označí zákon jako volební, ale komory Parlamentu se s tímto názorem navrhovatele neztotožní a budou při přijímání zákona postupovat podle obecné úpravy přijímání obyčejných zákonů. Je též možné, že návrh projde Poslaneckou sněmovnou bez otevření této otázky a ta se objeví až v Senátu či v rámci podpisu zákona prezidentem republiky.

Označen jako volební zákon nemusí být svým názvem, ale např. v důvodové zprávě či jinak, aby od počátku poslancům a senátorům bylo zřejmé, jakým procesním způsobem je návrh zákona přijímán. Poslanecká sněmovna i Senát totiž mohou jinak přistoupit k projednání zákona, když vědí, že je souhlas Senátu nutný. Poslanecká sněmovna jej nemůže přehlasovat a 30denní lhůta na projednání zákona v Senátu neplatí nebo ji lze maximálně interpretovat tak, že se mění na lhůtu pořádkovou, jejíž uplynutí nemá právní důsledky, jako při jiných obyčejných zákonech, kdy je zákon marným uplynutím 30denní lhůty přijat.<sup>16</sup>

Z tohoto pohledu není rozhodující, zda náhodně se zákonem souhlasil Senát, ale zda poslanci a senátoři nutnost povinného souhlasu Senátu znali a zda navrhovatel splnil svou povinnost na tento způsob přijetí zákona upozornit. Rovněž není možné, aby byl zákon přijat tím, že se Senát rozhodne návrhem zákona nezabývat.<sup>17</sup>

Ústava užívá pojem volební zákon v jednotném čísle, proto původně existovaly názory, že volební zákon vyžadující nutný souhlas Senátu je jen volební zákon do Parlamentu, který upravuje i volby senátorů. Vycházelo se z toho, že stejný nutný souhlas Senátu stanoví Ústava pro dva další obyčejné zákony, které upravují postavení Senátu či senátorů (jednací řád Senátu, zákon o styku mezi komorami). Nicméně Ústavní soud v roce 2005

<sup>15</sup> Čl. 40 Ústavy.

<sup>16</sup> Čl. 46 odst. 3 Ústavy.

<sup>17</sup> Čl. 48 Ústavy. SLÁDEČEK, Vladimír – MIKULE, Vladimír – SUCHÁNEK, Radovan – SYLLOVÁ, Jindřiška. *Ústava ČR. Komentář*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2016, komentář k čl. 40, s. 415, bod 6.



vyložil pojem volební zákon šíře.<sup>18</sup> Jde o každý volební zákon, který upravuje přímou volbu občany. Dnes se toto ustanovení aplikuje běžně na volební zákony upravující volby do Parlamentu, Evropského parlamentu, zastupitelstev obcí a krajů a volbu prezidenta republiky. Radovan Suchánek mezi ně řadí i zákony, kterými lze prodloužit volební období v době nouzového stavu, stavu ohrožení státu a válečného stavu.<sup>19</sup>

Tento názor vychází z toho, že důvod povinného souhlasu Senátu nespočívá jen v tom, že se upravují poměry bytostně se Senátu dotýkající, ale že volební právo je základním nástrojem realizace přenesení moci z lidu na volené funkcionáře a tato ústavně speciální úprava přijetí volebních zákonů respektuje požadavek většího demokratického konsenzu na zákonnou úpravu objektivního volebního práva (volební zákon) i subjektivního volebního práva (právo jedinice volit a být volen).<sup>20</sup>

#### 4. FORMÁLNÍ A MATERIÁLNÍ POJETÍ VOLEBNÍHO ZÁKONA

Problém pojmu volební zákon nespočívá jen v tom, na jakou zákonnou úpravu voleb se vztahuje, ale také, co věcně upravuje. Dostáváme se k rozdílnosti formálního a materiálního pojetí v právu. Otázkou je, zda by bylo ústavně akceptovatelné, aby zákonodárce přesunul určitou úpravu ze zákona nazvaného volební zákon do zákona jiného – např. úpravu volebních orgánů do zákonů upravující obecnou působnost těchto správních orgánů (obecní a krajské úřady, ministerstva) – a pak Poslanecká sněmovna tvrdila, že když určitá úprava již není v zákoně označeném volební zákon, není třeba souhlasu Senátu, zatímco v době, kdy tatáž úprava byla ve volebním zákoně, souhlas Senátu byl nutný. Fakticky by tedy mohla poslanecká většina obejít ústavní normu o povinném souhlasu obou komor Parlamentu k přijetí volebního zákona tím, že by radikálně zúžila věcnou úpravu v tomto zákoně a přesunula ji jinam. Takové jednání je v rozporu s chápáním ústavních norem jako norem skutečných a reálně působících, a ne jen formálně-fiktivních.

Bez ohledu na způsob přijetí jsou tyto zákony z hlediska právní síly na stejné úrovni jako jiné obyčejné zákony. Pokud však nebude dodržena procedura jejich přijetí, jsou neústavní nikoliv co do svého obsahu, ale do způsobu přijetí. Ústavnost je nutno posuzovat z hlediska obsahu, nikoliv názvu zákona. Volební zákony jsou ty, které upravují náležitosti volebního práva aktivního i pasivního, včetně vzniku a zániku mandátu, a náležitosti volebního procesu.

Byť volby slouží k zvolení někoho do volené funkce, volební právo i volební zákon zahrnuje širší materii. Do volebního práva a materiálního chápání obsahu volebního zákona patří i zánik mandátu, včetně důvodů k tomuto zániku vedoucích. Zánik mandátu je totiž předpokladem další volby v případě senátora nebo nastoupení do volené funkce již dříve zvoleného náhradníka poslance či člena zastupitelstva, kdy až po několika letech dojde dovršení volby náhradníka tím, že se díky zániku mandátu svého

<sup>18</sup> Nález Ústavního soudu č. 283/2005 Sb.

<sup>19</sup> Čl. 10 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti ČR. ŠIMÍČEK, Vojtěch – FILIP, Jan – MOLEK, Pavel – BAHÝLOVÁ, Lenka – PODHRÁZKÝ, Milan – SUCHÁNEK, Radovan – VYHNÁNEK, Ladislav. *Ústava České republiky – Komentář*. Praha: Linde, 2010, s. 489–490, bod 10.

<sup>20</sup> WINTR, Jan. Co je a není volební zákon podle čl. 40 Ústavy? *Jurisprudence*. 2006, č. 1, s. 66–67.

předchůdce ujme funkce. Volební právo není jen právo upravující vznik volené funkce, ale objektivní právo, jehož obsahem je i zánik výkonu volené funkce nebo pozastavení jejího výkonu.

Například bude-li v trestním zákoníku upraveno pasivní volební právo jakýmkoliv způsobem – ztráta mandátu či omezení volitelnosti v důsledku trestního odsouzení, stává se tento zákon zákonem nejen trestním, ale i volebním, který musí být přijat za souhlasu obou komor. To je základní rozdíl mezi způsobem přijímání obyčejných trestních zákonů za doby Československa a od roku 1993. I když přistoupíme na to, že v době přijetí trestního zákona 1961 a až do roku 1992 byl plně slučitelný s tehdejší ústavou a mohl tak obstát výklad, že zákazem činnosti lze omezit i volené veřejné funkce, tak od roku 1993 je nutné i staré zákony vykládat v souladu s novou ústavní situací, a tedy odmítnout dříve možný, ale nyní již neústavní výklad.<sup>21</sup>

Toho si byli vědomi i tvůrci trestního zákoníku, který sice v roce 2006 nebyl Parlamentem přijat, ale který původně obsahoval i trest ztráty způsobilosti k úřadu a volitelnosti (ztráta volené veřejné funkce), ale pro ústavní aspekty byl jako neústavní z návrhu vypuštěn ještě před podáním do Parlamentu. Pokud totiž trestní zákoník bude obsahovat trest umožňující vyslovit zánik mandátu či omezení volitelnosti, materiálně se stává trestní zákoník i volebním zákonem. Bylo by totiž paradoxní, pokud by například současná úprava ztráty mandátu člena zastupitelstva kraje či obce při odsouzení k nepodmíněnému trestu odnětí svobody, která je obsažena ve volebních zákonech<sup>22</sup> a vyžaduje souhlas obou komor, ztratila svůj materiální charakter součásti volebního práva jen tím, že by se nově přesunula do trestního zákoníku, který jinak již souhlas obou komor nevyžaduje. Tím, že byla z návrhu trestního zákoníku vypuštěna úprava dotýkající se volebního práva, předešli jeho tvůrci tomu, aby nebylo schválení tohoto zákona zatíženo povinným souhlasem Senátu.<sup>23</sup> Také dnes platný trestní zákoník č. 40/2009 Sb. neobsahuje žádný trest omezující volební právo odsouzených.

Materiální kritérium považuje za určující Tomáš Herc, jenž prohlásil, že postup při schvalování zákonů uvedených v čl. 40 Ústavy se neodvozuje od jejich formálního označení, ale jejich materie. Podle Herce „*jakýkoliv zákon, který upravuje materii volebního zákona, stykového zákona nebo jednacního řádu Senátu, musí být přijat se souhlasem obou komor Parlamentu*“.<sup>24</sup>

Zákony se nemohou hodnotit formálně jen podle svého názvu, ale materiálně podle svého obsahu. Není možné nějaký daňový zákon nazvat zákonem o státním rozpočtu, byť se státního rozpočtu na příjmové straně dotýká, a prosadit jeho schválení Poslanec-

<sup>21</sup> Ústavní soud nálezem č. 107/2000 Sb. tak zrušil oprávnění parlamentu podle zákona přijatého tehdy, když parlamenty byly v československé federaci nejvyššími orgány veškeré státní moci, nejen zákonodárné, dle § 62 a 62a zákona č. 367/1990 Sb., o obcích, pokud šlo o výkon nezákonnodárné činnosti, ke kterému nově nezmocňovala ústava, neboť od roku 1993 je již Parlament jen nejvyšším orgánem zákonodárné moci, ne veškeré státní moci. Tedy obyčejným zákonem si Parlament nemůže přivlastnit nové rozhodovací kompetence mimo zákonodárnou činnost. Forma vlády byla změněna z vlády shromáždění s jednotou státní moci na parlamentní demokracii s dělbou státní moci.

<sup>22</sup> § 55 odst. 3 písm. a) zákona č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí. § 48 odst. 3 písm. c) zákona č. 130/2000 Sb., o volbách do zastupitelstev krajů.

<sup>23</sup> KOUDELKA, Zdeněk. Zákaz činnosti a pasivní volební právo. *Trestní právo*. 2012, č. 6, s. 10–13.

<sup>24</sup> RYCHETSKÝ, Pavel – LANGÁŠEK, Tomáš – HERC, Tomáš – MLSNA, Petr. *Ústava ČR. Ústavní zákon o bezpečnosti ČR. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, komentář k čl. 40 Ústavy, s. 306, bod 2.

kou sněmovnou bez projednání v Senátu. Takový zákon, nazvaný jako zákon o státním rozpočtu, materiálně zákonem o státním rozpočtu není. Nutnost hodnotit z hlediska zákonodárné procedury zákon materiálně podle obsahu, a ne formálně konstatoval i Jan Kysela. Kysela k materiálnímu chápání zákona o státním rozpočtu s odkazem na náleží Ústavního soudu č. 95/2002 Sb. uvedl: „*Ústavní soud zdůraznil nutnost chápat zákon o státním rozpočtu materiálně, neboť ne vše, co se v takto označeném zákoně vynachází, musí být nutně zákonem, o státním rozpočtu; takovou situaci však je třeba vnímat jako výjimečnou, aby nedocházelo k ukrácení kompetence Senátu, který o zákoně o státním rozpočtu nejedná. S materiálně nazíraným zákonem o státním rozpočtu nelze spojovat jiná ustanovení, a to jednak kvůli odlišnému procesu (něco je přijato již schválením Poslaneckou sněmovnou, něco až hlasováním Senátu, nicméně to dvojí něco vytváří jeden formální celek, sněmovní či senátní tisk, který putuje zákonodárným procesem), jednak kvůli požadavkům právního státu. Těmi jsou mj. zásady předvídatelnosti zákona, jeho srozumitelnosti a vnitřní bezrozpornosti.*“<sup>25</sup> Obdobně Kysela uvedl v případě stykového zákona: „*Ačkoliv se o stykovém zákonu mluví jako o zákonu jediném a takto nazvaném, nesporně připadá v úvahu pojímat jej materiálně jako každý zákon, který upravuje zásady jednání a styku obou komor mezi sebou, jakož i navenek...*“<sup>26</sup>

Volební zákon není zákon jen takto nazvaný, ale zákon, který obsahuje normy upravující aktivní i pasivní volební právo, včetně otázek zániku mandátů poslanců a senátorů.

## 5. STŘET ZÁJMŮ JAKO SOUČÁST VOLEBNÍHO PRÁVA

V § 5 odst. 3 zákona o střetu zájmů<sup>27</sup> je stanovena neslučitelnost funkcí poslance a senátora s jinými uvedenými funkcemi. Toto ustanovení zákona se opírá o ústavní zmocnění, které dále stanoví, že pokud se poslanec či senátor ujme neslučitelné funkce, zaniká jeho mandát poslance či senátora.<sup>28</sup> V § 4a zákona o střetu zájmů je stanoveno další omezení, mimo jiné také poslanců a senátorů ve vztahu k provozování rozhlasového a televizního vysílání.

Neslučitelnost funkcí ovlivňuje zánik mandátu a má dopad na důsledky vůči pasivnímu volebnímu právu a následnému právu na přístup k volené funkci a nerušený výkon zvolené funkce, neboť neslučitelnost znamená, že zvolený poslanec nebo senátor ztrácí zvolenou funkci. Z tohoto pohledu by tedy měla být neslučitelnost upravena ve volebním zákoně. Neslučitelnost funkcí je významnou součástí volebního práva. Z tohoto materiálního pohledu do volebního zákona spadá i problematika střetu zájmů, neslučitelnost činností a neslučitelnosti funkcí poslanců a senátorů, pokud má vliv na zánik mandátu anebo má jiné vážné důsledky pro držitele volené funkce.

Pro srovnání dodejme, že v případě neslučitelnosti funkcí s dopadem na zánik mandátů členů zastupitelstev krajů i obcí je neslučitelnost funkcí upravena ve volebních

<sup>25</sup> KYSELA, Jan. Vliv Ústavního soudu na pravidla zákonodárného procesu. *Správní právo*. 2013, č. 6. Legislativní příloha 2–3, s. XXXIX.

<sup>26</sup> Jan Kysela jako autor komentáře k čl. 40 Ústavy. KYSELA, Jan. In: KLÍMA, Karel a kolektiv. *Komentář k Ústavě a Listině*. 1. díl. 2. rozšířené vydání. Plzeň: Nakladatelství a vydavatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 341, bod 14.

<sup>27</sup> Zákon č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů ve znění zákona č. 14/2017 Sb.

<sup>28</sup> Čl. 22 Ústavy.

zákonech do zastupitelstev krajů a obcí.<sup>29</sup> Z hlediska vnitřní provázanosti právního řádu a jeho logiky je nedůvodně materiálně totožnou věc – neslučitelnost funkcí – upravovat vůči členům zastupitelstva ve volebním zákoně s nutností povinného souhlasu Senátu a vůči poslancům a senátorům v jinak nazvaném zákoně (zákoně o střetu zájmů) s tím, že snad díky jinému názvu lze obejít ústavní pravidlo povinného schválení zákona v obou komorách.

Nálezem Ústavního soudu č. 283/2005 Sb. byl zrušen zákon č. 96/2005 Sb., který novelizoval zákon č. 238/1992 Sb., o střetu zájmů. Důvodem zrušení zákona bylo to, že obsahoval úpravu neslučitelnosti funkcí člena zastupitelstva kraje a obce s funkcí statutárního orgánu jejich příspěvkových organizací<sup>30</sup> formou přímé novely volebních zákonů do zastupitelstev obcí a krajů. A to z důvodu, že Senát návrh zákona zamítl. Ústavní soud zde vyšel z toho, že uvedená novela zákona o střetu zájmů musí být jako volební zákon projednána s povinným souhlasem Senátu. Přitom Ústavní soud nezrušil jen části přímo novelizující volební zákon o volbách do krajů a obcí, ale zákon jako celek, včetně ustanovení o střetu zájmů, která, kdyby byla přijata odděleně od úpravy neslučitelnosti členů zastupitelstev, by povinný souhlas Senátu nevyžadovala. Nález Ústavního soudu č. 283/2005 Sb. výslovně neoznačil samotný zákon o střetu zájmů jako zákon volební a nestanovil, že úprava střetu zájmů s důsledky pro zánik mandátu patří pod pojem volební zákon, nicméně se vydal cestou širšího výkladu pojmu volební zákon, přičemž neuzavřel tuto cestu ani pro další interpretace pojmu volební zákon z pohledu materiálního pojetí obsahu zákona.

Pro jednotlivé části zákona neplatí různé procedury přijetí, ale ta nejpřísnější procedura nutná pro určitou část se vztahuje na celý zákon.<sup>31</sup> Z tohoto přístupu plyne, že je-li v zákoně ustanovení, které se dotýká voleb a neslučitelnosti volené funkce, podmínkou ústavnosti celého zákona a ne jen ustanovení o neslučitelnosti volených funkcí je schválení v režimu čl. 40 Ústavy, který stanoví povinný souhlas Senátu. Zákon o střetu zájmů, pokud upravuje neslučitelnost funkcí poslanců a senátorů s důsledkem pro zánik jejich mandátu, je materiálně zákon volební.

Byť ústavní problém je v případě neslučitelnosti volených poslanců a senátorů, dopadá tato věc i na ustanovení zákona vůči jiným veřejným funkcionářům, včetně jmenovaných členů vlády, pokud je obsažena ve stejném návrhu zákona. Je na navrhovateli zákona, aby zvážil, zda úpravu týkající se ministrů a jiných veřejných funkcionářů spojí s úpravou týkající se neslučitelnosti funkcí s dopadem na možný zánik mandátu poslanců a senátorů i členů zastupitelstev. Pokud tak však učiní, musí pro celý zákon platit způsob projednání s nutností povinného souhlasu Senátu.

Pokud je přijata novela zákona, který v původním znění obsahuje úpravu spadající pod materiální vymezení volebního zákona, ale samotná novela se těchto věcí netýká, odpovídá materiálnímu pojetí, že nebude nutné takovou novelu schvalovat jako volební zákon. Ovšem novelizující znění se stává součástí původního zákona a sdílí s ním jeho

<sup>29</sup> § 5 odst. 2 a § 48 odst. 3 zákona č. 130/2000 Sb., o volbách do zastupitelstev krajů. § 5 odst. 2 a § 55 odst. 3 zákona 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí.

<sup>30</sup> Část třetí a čtvrtá zákona č. 96/2005 Sb.

<sup>31</sup> Nález Pl. ÚS 13/05. WINTR, Jan. Co je a není volební zákon podle čl. 40 Ústavy?, s. 68. SLÁDEČEK, Vladimír – MIKULE, Vladimír – SUCHÁNEK, Radovan – SYLLOVÁ, Jindřiška. *Ústava ČR. Komentář*, komentář k čl. 40, s. 419, bod 12.

osud. Pokud při zkoumání ústavnosti přijetí zákona dojde Ústavní soud k závěru, že měl být přijat přísnější procedurou, a zruší jej, týká se zrušení zákona v aktuálně platném znění dle zákonů jej novelizujících.

## ZÁVĚR

Určující pro kategorizaci obyčejných zákonů z hlediska různé procedury jejich přijetí je vedle formálního názvu též materiální hledisko jejich věcné úpravy. Pokud zákon o střetu zájmů obsahuje neslučitelnost funkcí poslanců a senátorů s důsledkem dopadu na zánik mandátu, měl být přijímán jako volební zákon podle čl. 40 Ústavy. Ovšem při schválení zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, v roce 2006 se Senát zákonem nezabýval, tedy nevyslovil souhlas se zákonem.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Usnesení Senátu z 16. 3. 2006, 10. schůze Senátu, č. 377.

## RECENZE

**Müllerová Hana – Černý David – Doležal Adam a kol. Kapitoly o právech zvířat. My a oni z pohledu filosofie, etiky, biologie a práva. Praha: Academia, 2016, 797 s.**

I. Do rukou vědecké a odborné veřejnosti a lze říci do rukou všech, kteří mají hluboký zájem o zachování, ochranu a rozvoj všech vyšších forem života, se dostává obsáhlé dílo *Kapitoly o právech zvířat*. Posuzovaná kniha, která je výsledkem práce čtrnáctičlenného autorského kolektivu, je zcela nepochybně vědeckou monografií. Náležitostí každé monografie, která ji odlišuje od prací sborníkového charakteru, je jednotící ústřední téma. Tím je pojetí práva zvířat z hlediska klíčových vědních disciplín, jejichž představitelé jsou v posuzovaném díle zastoupeni svými rozborů a úvahami, zakotvenými v neobyčejně rozsáhlých literárních a pramenných zdrojích, jak o tom svědčí mimořádně rozsáhlý poznámkový aparát knihy. V této zcela úvodní charakteristice se naskýtá první otázka, a to nad názvem monografie *Kapitoly o právech zvířat*. Nevytváří označení „kapitoly“ představu určité roztržitosti? Recenzent by spíše použil název například *Práva zvířat: otevřená otázka* nebo *Ochrana práv zvířat a otázka řešení*. Název díla byl však zřejmě výsledkem úvahy autorského kolektivu a tuto úvahu je třeba respektovat.<sup>1</sup>

Mimořádného ocenění zaslouží multidisciplinární skladba autorského kolektivu. Je složen z právníků, filosofů, přírodovědců a veterinářů. Vědecká či odborná kvalifikace autorů a autorek však velmi často zaznamenává (jak to daný výsledek jejich literární činnosti v této knize prokazuje) přesah jejich původního vědeckého či odborného zaměření, což dokumentuje širší vzdělání členů autorského kolektivu. Z tohoto hlediska zvláště oceňuji studie *H. Müllerové*, *A. Doležala*, *D. Černého*, *S. Komárka*, *L. Bezouškové*, *M. Šejvly* a *V. Vomáčky*. Pokud jde o právníky z vědeckých, respektive vědecko-pedagogických institucí, jsou v autorském kolektivu zastoupení pracovníci a pracovnice ÚSP AV ČR, na jehož půdě tato kniha vznikala – *H. Müllerová*, *L. Bezoušková*, *A. Doležal*, *M. Šejvl*, ale též pracovník PF UK v Praze – *V. Stejskal* (z jehož studie vyzáruje erudice daná nejen kvalifikací, ale i rodinným zázemím), ale též pracovníci PF MU v Brně *M. Škop* a *V. Vomáčka*. Stati některých právních teoretiků – zvláště to platí o statích *M. Šejvly* a *A. Doležala*, znamenají významný přínos nikoli jen ve výzkumu problematiky práv zvířat, ale zvláště v oboru obecné teorie práva a dějin práva. Téměř každá ze studií obsažených v posuzované knize přináší zdůraznění přístupů etických, etologických, sociologických a komparativních, zvláště je zde třeba zaznamenat přínos *B. Bartuškové Večlové*, *T. Hříbka* a *L. Moravcové*. V naprosté většině vědeckých statí lze zaznamenat, pokud jde o odkazy, naprostou převahu anglicky psaných prací, což není nutno zdůvodňovat, neboť je to dáno jak rozsahem těchto prací, tak jazykovou dostupností. Proto je třeba uvítat, že kniha také obsahuje studii *O. Smolové*, založenou zejména na francouzské literatuře.

Recenzovaná kniha je rozdělena do dvou částí a čtrnácti kapitol. Kromě toho je opatřena předmluvou, úvodem, doslovem, informací o autorech, bibliografií, anglickým shrnutím, věcným a jmenným rejstříkem.

<sup>1</sup> Autor recenze byl před nástupem do Ústavu státu a práva v letech 1959–1967 redaktorem – tvůrčím pracovníkem právnícké literatury Nakladatelství Orbis. Součástí jeho funkce bylo také spolupracovat s autorskými kolektivy multidisciplinárních monografií, pokud jde o jednotící editorskou činnost a hledání vhodných názvů pro kapitoly i názvy knih. Ke zkušenostem v této oblasti přispěla v roce 1966 dlouhodobá stáž v Nakladatelství Butterworth v Londýně.

Co říci k rozčlenění knihy? Strukturální řešení knihy vcelku odpovídá řešené problematice od teoretických úvah k praktickým otázkám možných řešení, jakož i současnému stavu ochrany či spíše neochrany zvířat v praxi. Zvláštního ocenění zasluhuje předmluva z pera soudkyně Ústavního soudu ČR *JUDr. Kateřiny Šimáčkové, Ph.D.*, která vyjadřuje mimořádný, hluboký a zároveň eticky i vědecky fundovaný vztah autorky k živé přírodě a všem formám života, především zvířatům v obecnějším slova smyslu. Prakticky každá věta této předmluvy konvenuje názorům autora této recenze včetně odkazů na myšlení buddhismu, k němuž by autor přiřadil také mnohé proudy hinduismu, neboť autor po několik desítek let působil jako externí spolupracovník *University of Madras* v Chennai, dříve Madras, a byl oponentem více než 20 prací Ph.D. vzniklých na této univerzitě.

Za určitý problém strukturálního řešení díla považuje recenzent úvod, který po velmi zdařilých počátečních částech obsahuje na stránkách 28–36 obsáhlejší charakteristiky jednotlivých kapitol knihy, jež by podle názoru recenzenta měly být prezentovány spíše v anglickém *Summary*, které je z hlediska mezinárodního významu této cenné knihy příliš stručné. Pokud jde o hodnocení obsahu posuzované knihy, pokusí se autor zčásti vyhnout obvyklému postupu podle řazení jednotlivých kapitol, kdy recenze podává pouze stručný deskribát jednotlivých kapitol posuzovaného díla, ale bude postupovat především podle problémů, které jej zaujaly.

II. První část díla je věnována filosofickým a biologickým aspektům dané problematiky. V poměrně rozsáhlých kapitolách nachází čtenář rozsáhlé a cenné historicky i komparativně pojaté kapitoly věnované zejména teoriím morálního statusu zvířat z pera *A. Doležala* (kapitola 1.) a *D. Černého* (kapitola 3.). Uvedená kapitola *D. Černého* zdaleka svým rozsahem a obsahem přesahuje určení posuzované monografie a znamená výrazné obecné obohacení filosofického myšlení. Recenzenta v této části zvláště zaujaly kapitoly 2. a 4.

V kapitole druhé se známý přírodovědec profesor *S. Komárek* zaměřuje na otázky rozumu a instinktu zvířat, jazyka u lidí a zvířat, jinak řečeno otázky „řeči“ zvířat v komparačním pojetí. Vychází zde z empirických výzkumů a zkušenostních poznatků. Recenzent, ač právník, avšak vybavený byť nedokončeným vzděláním v oboru biologie a lékařství, výrazně oceňuje otevřenost autora ve zkoumání této otázky, a to bez jakýchkoliv apodiktických závěrů. Recenzent má na otázku „rozumu“ zvířat a „řeči“ zcela jednoznačný pozitivní názor daný dlouholetou blízkostí styku se zvířaty, ať již se jednalo o „rozum“, či „řeč“ psů, koní, či havranovitých ptáků. Tím ovšem recenzent zdaleka nemíní skutečnost, že zvířata, např. pes a kuň, komunikují řečí lidí, neboť mají své komunikační prostředky a je na lidech, aby se je naučili chápat. Naproti tomu u havranovitých ptáků se na základě dlouholetých zkušeností s kavkou recenzent domnívá, že u ní zdaleka nešlo o neuvědomělé používání slov, ale naopak o uvědomělou řeč. Například pokud byla pozorována při velmi úspěšném lovu rybek z akvária, okamžitě toho zanechala a začala vykřikovat: „*Maňa hodná, už nezlobí*“. Bylo by zde možné interpretovat ještě mnohá další sdělení této kavky, která svědčí o uvědomělem používání slov a krátkých vět.

Další kapitola, kterou recenzent považuje za neobyčejně podnětnou pro zkoumání klíčových otázek vytyčených v této monografii, je z pera filosofa *T. Hříbka* (kapitola 4.), v níž autor s použitím naturalistických teorií analyzuje pojem animální mysli, včetně otázky, zda mají zvířata vědomí, přičemž analyzuje převažující názory naturalistického realismu docházejícího k závěru, že „*i živočichové jiní než lidé jsou schopni alespoň nějakých kognitivních výkonů a vědomí*“ (s. 306). Zvláště zde oceňujeme analýzu názorů *J. Fodora* o jazyku myšlení (s. 265 a násl.).

III. Druhou část, označenou přímo v posuzované monografii jako právnickou, zahajuje kapitola A. Doležala *Vývoj pojetí zvířete v právním diskursu*, kterou recenzent považuje za excelentně zpracovanou právněhistorickou stať. Pokud je v recenzované monografii jednoznačně označována druhá část jako právnická, je k tomu třeba dodat, že v ní jde o vyslovování názorů právníky, kteří mají velmi rozsáhlé znalosti nejen právnické, ale též filosofické, sociologické a přírodovědní, což z deseti kapitol této části jednoznačně vyplývá. Někteří autoři této části mají profesní vzdělání veterinární, sociologické a filosofické.

V následujícím rozboru, stejně tak jako tomu bylo v rozboru části první, budou předmětem našeho zájmu zejména názory zde vyjádřené, nikoli podrobná analýza jednotlivých kapitol – neboť mnohé z těchto kapitol již byly stručně charakterizovány v obecné části recenze.

Docent V. Stejskal zdařile otevírá v následující kapitole druhé části podle našeho názoru klíčovou otázku vztahu antropocentrismu, ekocentrismu a biocentrismu v pojetí práva na ochranu přírody a práva na ochranu zvířat (srov. *I vlk je můj bližní aneb jak ovlivnila ochrana přírody právo na úseku ochrany zvířat* – s. 419–433).

Autoři následujících dvou kapitol otevírají a na vysoké teoretické úrovni se pokoušejí řešit klíčovou otázku pojetí práv, respektive spíše základních práv zvířat, a to problému právní subjektivity zvířat.

Jak již bylo řečeno v úvodní části recenze, kapitola sedmá druhé části *Pojem subjektivních práv a právní subjektivity v kontextu práv zvířat*, jejímž autorem je M. Šejvl, je mimořádně kvalifikovanou studií o pojmu subjektivních práv a právní subjektivity obecně, která výrazně obohacuje obecnou právní teorii a teorii občanského práva. Jeho závěry o právní subjektivitě zvířat jsou však při vědomí složitosti problematiky velmi zdrženlivé. Problémy zde z hlediska recenzenta nastávají jak z hlediska konstrukce právní subjektivity zvířat, jak v tom, aby byla prakticky uchopitelná, tak z hlediska právního určení, kterým zvířatům by právní subjektivita měla být přiznána – neboť takové určení, které zvíře je subjektem práva, je výlučně určeno antropocentrickou komparací člověka a určitého druhu zvířat, respektive kvalifikací zvířat, která je dána jejich posláním či určením podle zájmu lidí nebo lidské společnosti.

Studie docenta M. Škopa *Symbolická reprezentace zvířete v moderním právu* je srovnatelná se studií doktora M. Šejvly v tom, že svým dosahem obohacuje nejen zkoumanou problematiku, ale zároveň obohacuje i širší okruhy poznání. Zatímco Šejvlova kapitola obohacuje především právněteoretické poznání, Škopova studie, ačkoli se v mnoha směrech zabývá identickým tématem, překračuje svým významem právní vědu a obohacuje filosofii, sociologii, biologii a obecné lékařství.

S kapitolami M. Šejvly a M. Škopa je podle našeho názoru do určité míry srovnatelná, či snad v některých aspektech *a contrario* srovnatelná, kapitola jedenáctá nazvaná *Za hranicemi animal welfare: Matka Země a zvířecí superstar*, jejímž autorem je Mgr. V. Vomáčka, Ph.D. Autor se rovněž zabývá otázkou přiznání právní subjektivity zvířatům. V dané studii podává rozbor velmi zajímavých soudních případů řešených především před soudy v USA, v nichž se jednalo o přiznání právní subjektivity druhům zvířat, zejména chráněným. I když, jak z přehledu vyplývá, ve většině soudních případů právní subjektivita zvířatům přiznána nebyla, v některých případech k tomu došlo, což se stává pobídkou k dalším soudním podáním (s. 566). Autor se rovněž zabývá využitím příkazu *habeas corpus* v ochraně zvířat. V této souvislosti je možno zmínit, že snad nebylo nutné vysvětlovat v poznámce č. 1097, co je příkaz *habeas corpus*, neboť jde podle našeho názoru o právní prostředek, který by měl znát každý student právnické fakulty. Zvláštního ocenění zaslouží Vomáčková detailní analýza jihoamerického konceptu práv Matky Země a způsobu jeho prosazování. Recenzent této monografie měl možnost se s tímto konceptem seznámit v průběhu svých účastí na vědeckých konferencích v jihoamerických státech ještě dávno předtím, než byl tento koncept vtělen do ústavy Ekvádoru



(kongres IPSA v Buenos Aires 1991). *Vomáčka* zaujímá ve srovnání se studii *M. Šejvla* a *M. Škopa* jednoznačnější stanovisko k obecnému pojetí právní subjektivity zvířat. Podle jeho názoru „*normativnímu vyjádření skutečnosti, že zvířata nejsou věcmi a nejsou ani tvory podřazenými člověku, a dokonce, že jim svědčí práva obdobná právům lidským, nebrání žádná formální překážka*“ (s. 596). *Vomáčka* však zároveň realisticky v této souvislosti uvádí závažné materiální problémy, které stojí v cestě k realizaci tohoto záměru. Navzdory tomu však svou úvahu uzavírá, že „*dojde-li přece jen k přiznání práv zvířatům, nebude to přes obtíže s jejich prosazováním krok k popření lidské výjimečnosti, ale k jejímu potvrzení*“ (s. 606).

Myšlenkové těžiště vyjadřující podstatu záměru, k němuž posuzovaná monografie směřuje, spatřuje recenzent v kapitole deváté nazvané *Práva zvířat nebo lidské právo na ochranu zvířat?* Autorkou této kapitoly je *JUDr. H. Müllerová, Ph.D.*, která je zároveň editorkou celého díla. Autorka v úvodu kapitoly uvádí, že jejím „*úmyslem je v této kapitole uvažovat, zda namísto právo zvířat (jako obdoby lidských práv, ale přenesené na nový typ subjektu) bychom nemohli konstruovat lidské právo na ochranu zvířat, a to jako lidské právo srovnatelné s některými aspekty lidského práva na životní prostředí*“ (s. 500–501). Zároveň lze říci, že autorka – jak to vyplývá z její předchozí publikační činnosti – ideu práva zvířat zásadně neodmítá, pokud jde o vzdálenější budoucnost.<sup>2</sup> Podle názoru recenzenta jde o úvahu prosadit takové zdokonalení právní ochrany zvířat, které by bylo z hlediska dosavadní právní teorie i praxe možné. Podstatou věci je, že právní teorie i praxe ve své většině dosud není připravena na přijetí právní subjektivity zvířat. Vyplývá to ze skutečnosti, že právo je společenským konzervantem, který vyjadřuje opoždování za dynamikou vývoje reálných vztahů ve společnosti. Jde o přirozenou vlastnost práva. Zároveň i přijetí lidského práva na ochranu zvířat – určité kompromisní právní řešení – bude jistě narážet na odpor části konstitucionalistů, kteří odmítají rozšiřování tradičního katalogu lidských práv (vzniklého ve své podstatě již koncem 18. století). Nová lidská práva podle jejich názoru jakoby oslabují a odsouvají tradiční lidská práva (hovoří se často o hypertrofii lidských práv), s čímž recenzent zásadně nesouhlasí, neboť se domnívá, že začlenění hodnot, které vycházejí z úcty a priority ochrany forem života, jejich druhové bohatosti i jedinečnosti, do katalogu lidských práv nezbytně patří. Lze souhlasit, že pro ochranu biodiverzity a zejména ohrožených druhů fauny lze vystačit s ekocentricky a biocentricky zaměřenou interpretací práva na životní prostředí, ovšem ochrana jedinečnosti, tj. konkrétních zvířat, touto cestou být řešena nemůže. Zároveň, jak to jednoznačně potvrzují analýzy praxe ochrany zvířat v České republice obsažené zčásti v kapitole 13. (autoři *JUDr. H. Müllerová, Ph.D.*, a *MVDr. J. Dousek, Ph.D.*) a zejména pak v kapitole 14. *Praxe ochrany zvířat v ČR z pohledu ochranářských hnutí* (autorky *PhDr. L. Moravcová*, a *Mgr. B. Bartušková Večlová*), odhalující tristní způsoby nakládání se zvířaty, je požadavek na přijetí lidského práva na ochranu zvířat velmi urgentní.

IV. V hodnotícím závěru recenze je třeba zdůraznit, že kniha na základě kvalifikovaného rozboru vědeckých názorů, komparace legislativních úprav, judikatury, jakož i praktických zkušeností jednak otevírá cestu k úvahám o v budoucnosti uskutečnitelném zakotvení právní subjektivity zvířat, jednak přináší konkrétní, v současnosti uskutečnitelný návrh na přijetí lidského práva na ochranu zvířat. Bude velmi mnoho záležet na tom, jak bude právo na ochranu zvířat vymezeno a komu bude dána možnost toto právo uplatňovat. Je samozřejmé a v posuzovaném díle je to také na mnoha místech uváděno, že by k tomu měla být oprávněna každá fyzická osoba, a to i tehdy, nemá-li konkrétní právní vztah k danému zvířeti, respektive skupinám zvířat. Recenzent se domnívá, že by právem na ochranu zvířat měla

<sup>2</sup> Srov. MÜLLEROVÁ, H. – STEJSKAL, V. *Ochrana zvířat v právu*. Praha: Academia, 2013, s. 150.

být chráněna jak jednotlivá zvířata, skupiny zvířat, tak i druhy zvířat, zejména ty, které jsou chráněny podle zvláštních právních předpisů. Pokud jde o ochranu druhů zvířat, vystupuje zde do popředí možné překrývání s ochranou biodiverzity podle práva na ochranu životního prostředí. Určité možné právní zdvojení ochrany biodiverzity by však bylo podle našeho názoru spíše ku prospěchu věci. Oprávnění domáhat se práva na ochranu zvířat by mělo rovněž náležet k tomu oprávněným právnickým osobám (prostřednictvím jejich orgánů), jako jsou spolky a jiné organizace na ochranu zvířat, přírody a životního prostředí. Uvažovat lze rovněž o zřízení úřadu ochránce zvířat, který by uplatňoval toto právo na základě vysoké odborné kvalifikace. Rovněž právní, respektive ústavní zakotvení *actio popularis* jako právního prostředku na zajištění práva na životní prostředí a práva na ochranu zvířat by bylo velmi žádané.

Uvedená právní opatření je možné v relativně krátké době uskutečnit. Tím ovšem nebude právní ochrana zvířat ještě zdaleka realizována v praxi, neboť každá právní úprava je smysluplná pouze tehdy, pokud „žije“, což znamená, že je přijímána konsensuálně většinou lidí v daném státě, což je určující především pro efektivitu lidských práv. V tomto směru je ovšem recenzent velmi skeptický, pokud jde o společenskou situaci nejen v České republice, ale i v těch státech, v nichž jak teoretický výzkum, tak právní úprava ochrany zvířat dosáhly vysoké úrovně. Konsensus společnosti s právní ochranou zvířat v České republice a lze říci ve všech státech světa, i když zde již existují navzájem velmi značné rozdíly, bude zřejmě dlouhodobým a komplikovaným procesem. Uvedené poněkud pesimistické konstatování je však východiskem k tomu, abychom s mimořádnou intenzitou uvítali vydání knihy *Kapitoly o právech zvířat*, která přináší nejen mimořádně bohaté multidisciplinární vědecké poznatky dané problematiky, ale rovněž otevírá právní cestu k uskutečňování úcty k formám života v jejich jedinečnosti i celistvosti. Je proto třeba vyslovit uznání jak autorskému kolektivu, tak editorce díla.

V závěru recenze považují za účelné vyslovit vzhledem k významu posuzované monografie, vědecké kapacitě jejich zpracovatelů, jakož i vzhledem ke schopnostem jak vědeckým, tak organizačním editorky monografie *H. Müllerové*, návrh na zřízení multidisciplinárního Centra pro ochranu práv zvířat při Ústavu státu a práva AV ČR, složeného z právníků, filosofů, sociologů, zoologů, biologů, etologů, veterinářů a lékařů. Jeho posláním by byla samozřejmě především vědecká činnost, avšak také intenzivní spolupráce na přípravě legislativy v oblasti ochrany zvířat, dále permanentní úzký institucionální kontakt s ochránářskými organizacemi a samozřejmě se státními orgány, působícími v dané oblasti, jakož i shromáždování dat (vytvoření informační báze) o situaci v problematice ochrany zvířat. Zakladatelským jádrem tohoto výzkumného centra by se mohl stát kolektiv posuzované monografie. Vedení tohoto centra by podle úvahy recenzenta mělo náležet s ohledem na zkušenosti vědecké a organizační editorky posuzované knihy *H. Müllerové*.

Zbývá ještě vyslovit odůvodněný předpoklad recenzenta, že monografie o právech zvířat nalezne velmi příznivý ohlas u široké škály odborníků, a to v důsledku její interdisciplinarity a kvality. Kniha najde jistě ohlas rovněž u vzdělanější veřejnosti, která si uvědomuje odpovědnost člověka za život na této planetě a skutečnost, že člověk je jen jedním představitelem biodiverzity a jedním z tak mnoha článků řetězce forem života na této zemi.

Josef Blahož\*

\* Doc. dr. Josef Blahož, DrSc., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. E-mail: poctova@ilaw.cas.cz.

**Mucha Ivan. Proměny práva a společnosti.  
Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, 174 s.**

V tomto akademickém roce se po 45 letech završuje pedagogické působení *doc. Ivana Muchy* na pražské právnické fakultě. *I. Mucha*, filosof a sociolog s poněkud kontroverzním životopisem, byl a je oblíbeným učitelem, působil krátce jako první polistopadový děkan a rovněž zakládal katedru filosofie a sociologie, v jejíž transformované podobě mám to potěšení působit. To jsou v kostce důvody vedoucí mne k ohlédnutí za dosud poslední *Muchovou* knihou, která vyšla počátkem roku 2016. Mimoprávních reflexí (také) práva totiž není nikdy dost – právníkům to umožňuje vyhybat se profesionální slepotě; a to je vlastně důvodem dalším.

V literárním projevu *I. Muchy* je patrná silná filosofická složka: není zkrátka sociologem empirickým, zajímají jej proměny sociálních systémů, jejich diferenciacie, v posledních letech si všímá zvláště médií, jeho oblíbenými autory jsou *G. Simmel*, o němž ostatně napsal knihu, a *N. Luhmann*, kterého asi nejvíce vytěžuje, dobře zná rovněž prostředí francouzské, pozdně moderní. Maličko je tím ovlivněn styl jeho psaní, který není úplně průzračný, naopak předpokládá naladění na určitou terminologii, možná i atmosféru.

Recenzovaná kniha je tradičně členěna na kapitoly, nedá se však říci, že by kapitoly byly tematicky odděleny. Spíše se tu sledují určitá základní témata, která autor na chvíli opouští, aby se k nim opět vrátil a přidal nějaký další postřeh či poznámku. Ostatně ne vždy jsou také názvy kapitol úplně výstižné.

V hutném *Úvodu*, po mém soudu nejdůležitější a nejčtivější části knihy, se *I. Mucha* hlásí k sociologickému nahlížení podmínek proměn práva v současném světě, a to s odkazem na francouzský multidisciplinární přístup, v němž je kromě změn institucionálních pozornost popřávána rovněž proměnám forem vědění, např. pod vlivem médií. Autorovým tématem je především to téma druhé, ne však bezvýjimečně. Všímá si už teď, a pak ještě několikrát, dopadů multikulturalismu na různost kulturních hodnot a samu možnost lidského soužití. Nelimitují multikulturní postmoderní společnosti prosazování právních norem už na úrovni možnosti samotného porozumění, jsou-li užívané pojmy, ale i představy správného chování kulturně ukotvené? Později do svého textu vpraví sousloví „staroevropské pojmy“ a dodá: „*Vše Jiné a Nové je převáděno a interpretováno podle toho, co je již známé.*“ *Nové* je prezentováno jako *Stejné*, avšak v jednotném obrazu světa přibývá trhlin. Vytýčuje tu také zásadní právně-politickou otázku, kdy měnit právní normy za účelem přizpůsobení sociální skutečnosti a kdy je naopak držet a vynucovat kontrafakticky. Z dalšího textu je patrný autorův dojem, že kontrafaktický charakter norem slábne.

První kapitola je nazvána *Sociologické pojetí procesů změn*. V současnosti nenajdeme jedinou, velkou a obecně přijímanou sociologickou teorii. Sociologie vznikla jako věda o moderní společnosti, s níž je spojen individualismus, avšak také inherentní prvek sociální změny. Každopádně je ukotvena v tomto světě, bez transcendentních rekurzů. Ve weberovském duchu znamená pozitivizace práva mj. zavedení jeho autonomie na morálce, čímž se tradiční volby mezi dobrem a zlem, založené na osobní odpovědnosti, mění na posuzování jednání podle zákona a proti zákonu. Čtenáři *T. Sobka* tu postřehnou jisté zjednodušení, avšak duch doby počátku 20. století je tu vystižen. Právní pravidla jsou opakem libovůle a usnadňují komunikaci: netřeba stále provádět osobní volby – v mnohém je provedl zákonodárce. Svou roli ve zmíněném duchu doby sehrává i víra v rozum a pokrok, vůči nimž se svou skepsí vyhraňuje postmoderna. Je-li tu nějaký pokrok, projevuje se nejspíše rostoucí diferenciací světa, původně vnímaného jako jednotný. Vývoj snad může být lineární a kontinuální, jakkoliv *I. Mucha* zdůrazňuje také prvek přetržitosti, neplyne z toho však, že dějiny mají apriorní Smysl, který je náležitou metodou odhalitelný. A potom už do autorova líčení vstupuje *Luhmann*,

pro něž společnost představuje soubor různých úrovní komunikace. Za přirozený stav společnosti považuje nestabilitu, které se čelí stanovením pevných postupů, regulací a jinými formami represe v širším slova smyslu. Každopádně „*soudobá společnost není hierarchicky, ale funkcionálně diferencovaná.*“

Na poslední poznámku navazuje kapitola druhá: *Systémový přístup k proměně práva*. Diferenciace a autonomizace oblastí sociálního života je podmínkou autopoietického vývoje, jehož podstatou je něco jako samovývoj společenských subsystémů podle jejich svébytné logiky. Samovývoj je odlišný od modernistické představy účelové racionality – zdá se mi, že člověk v něm není tak úplně aktérem, nýbrž spíše pozorovatelem dění. A podobně jako na jiných místech knihy se i tady vkrádá otázka, zda tomu tak je, anebo má být. Právo je v této perspektivě uzavřeným systémem měnícím se dle svých vlastních podmínek, zabývajícím se problémy jím samým tematizovanými. Mimo jiné se odpojuje od morálky, což je umocněno kulturním rozrůžňováním, jež s sebou přináší globalizace, potažmo mondializace, která představuje „povrchové“ změny, nejducí k podstatě a smyslu jevů. I. Mucha s právem spojuje integrativní funkci, představuje jej jako klíčový regulativ, opřený o normativní a hodnotový vzorec společnosti. Normy jsou aktualizací hodnot, na něž ovšem dopadá fragmentace světa. To je vůbec zajímavý rys autorova uvažování: tam, kde si pod vlivem globalizace obvykle představujeme uniformizaci světa (západní převaha technologie, životního stylu, zvyků...), on vidí rozklad světa jednotného, drolení na osamocené dílky. Platí to i pro stále diferencovanější subsystémy, pro něž je obtížná vzájemná komunikace, jakkoliv je zaměřená na řešení (technických) problémů, a nikoliv na odkrývání světa pravdivého smyslu.

Třetí kapitola se jmenuje *Funkce práva ve společnosti – konsensus*. Uvozena je *Comteovým* vnímáním práva jako činitele posilování, respektive udržení řádu ve společnosti, a to i v případě provádění změn. Ve stručnosti je přiblíženo *Parsonsovo* pojetí integrativní funkce práva jako záruky spolupráce a konsensuálního jednání. Právo je relativně nezávislé na politice, představuje imanentní legalitu, jež je odlišná od transcendentní legitimacy kulturních hodnotových systémů. Kulturní hodnoty působí jako substitute posvátného, jsou předmětem víry a podmínkou soudržnosti. Tradiční i modernistické pojetí řádu se opírá o myšlenku jednoty, vůči níž je chaos hrozbou. To však nemusí znamenat odmítání jinakosti: pro otevřené systémy je výzvou pro jejich sebezpevnění. Pro *Luhmanna* není hlavní funkcí systému integrace, nýbrž diferenciace, kterou rozlišuje na segmentární, stratifikační a funkcionální. V moderních společnostech roste význam práva, mimo jiné jako média změn. Pro dobu postmoderní je typičtější nadprodukce zákonů s omezeným dopadem. Problémy se objevují eruptivně, řeší se spíše *ad hoc* než na základě rozumného plánu.

*Otevřená společnost a její rizika*, to je název čtvrté kapitoly. Otevřená společnost je založena na poučení z chyb, také však na optimismu stran budoucího vývoje. Nepozorovaně se proměnila ve společnost rizikovou, v níž je poučení z některých chyb dosti obtížné. To samé platí pro konflikty: některé vedou k vyšší integritě společnosti, jiné jsou destruktivní. Tady se objevují v důležité roli masmédiá, která konflikty prezentují, někdy však nejen to. Různé modely řešení konfliktů představují válka, revoluce nebo reforma. Vysoká rychlost a intenzita změn vedou ke stavu trvalé krize, respektive pocitu trvalého ohrožení řádu, což může vést k uzavírání se vůči nepřátelskému a nepochopitelnému světu na úrovni jednotlivců i systémů.

Stručná pátá kapitola pojednává o erozi modernity jako důsledku pokračující diferenciace. Hledáme způsoby, jak se vyrovnat s nestabilitou současného světa. Připomenuta je *Habermasova* úvaha o konci modernity jako konci víry v otevřený systém a současně jako přerušení procesu postupného zdokonalování životních podmínek. Současným tématem je disens, a nikoliv konsens.

V šesté kapitole se do popředí dostávají nové formy vědění, média a postmédia. Média svět nejen zprostředkovávají, podléhají rovněž autonomnímu samovývoji. Otázkou je, jaký obraz světa vlastně šíří. Řídí se totiž vlastní logikou, jíž je kód sledovanosti. Jsou do značné míry indiferentní vůči rozlišování pravdy a zdání, každopádně opouštějí tradiční očekávání účastenství na spoluvytváření konsensu ve společnosti, jenž předpokládá sdílený hodnotový řád.

Sedmá kapitola nese název *Etické a estetické normy, imanence a transcendence*. Poukazuje se tu na víru ve vědu i na krizi moderní společnosti. Její odůvodnění je však trochu problematické – o krizi má jít proto, že se nenaplnila „očekávání, která byly spojována s myšlenkami prosazení ideálu spravedlivé společnosti, odstranění zlořádů, společenské nespravedlnosti a mnoha dalších“. Znamená-li krize zklamání z nenaplněného ideálu, byly, jsou a budou v krizi nejspíše všechny společnosti. V archaické, tradiční i moderní společnosti je velkým tématem co nejefektivnější regulace poměrů, k čemuž slouží různé typy norem, lišící se co do zjevnosti, formálnosti i sankcí. Všechny ovšem mají tendenci potlačovat individualitu a možnosti jednat „jinak“, proti nim. Etické normy se vztahují k pravidlům jednání, estetické normy ke vnímání skutečnosti. „*Zvyky, konvence, normy a zákony jsou zakódovány v reálném životě lidských komunit a společností.*“ Z toho plyne rovněž jejich kulturně podmíněná srozumitelnost.

Předposlední kapitola je nadepsána poněkud děsuplně: *Simulovaný svět hyperreality a technověda. Strukturální a sémantické změny*. Upozorňuje se v ní na význam technických prostředků pro přenos informací, ale i obecněji na historický vývoz technicko-civilizačních vymožeností do kolonií při nedotčení tamní kultury, od čehož se liší vyrovnávání kulturních rozdílů současnou globalizací. Kritizován je multikulturalismus jako zatěžování právního řádu parciálními zájmy.

Poslední kapitola je věnována udržitelnosti regulovaného a kontrolovaného vývoje. Vrací se tu téma multikulturalismu jako komplikace při vedení dialogu o osudu společnosti. Kulturní jinakost může zahrnovat i odlišný vztah ke změnám a času. „*Jednou z otázek v dnešní době naléhavých je, zda se mohou prosazovat obecně závazné normy právní, politické a další vzorce chování v podmínkách kulturně pluralitního společenství.*“ Zatímco globalizace vede k ekonomizaci světa, mondializace značí přijetí odpovědnosti za vývoj světa, ochranu života, přírody, země.

Nedá se říci, že na všechny otázky či problémy, které v knize formuluje, autor poskytuje vlastní odpovědi. Nemám ovšem dojem, že by to zásadně vadilo, jsou-li otázky dostatečně zásadní, aby čtenáře motivovaly k hledání odpovědi svých. A to rozhodně jsou. Možná by mohly být lépe vysvětleny některé z používaných pojmů, nicméně ani to nijak zvláště nevádí.

Nejsem si úplně jistý, jestli se *I. Muchovi* postmoderna zamlouvá. Z opakovaných odkazů na jednotný svět a hodnotový řád by se dalo usuzovat, že nejspíše ne. Na druhou stranu je mu zjevně sympatické otevírání modernou vytěsňovaných alternativ. Takže bude patrně záležet na konkrétní položce. Ať už je to ovšem s autorovým postojem, jak chce, nutí kniha čtenáře zamýšlet se, jak vnímá vývoj společnosti on sám a co z toho plyne pro roli práva v měřítku států i mezistátním, je-li naším osudem nestabilita.

Jan Kysela\*

---

\* Doc. JUDr. Jan Kysela, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze a Kancelář Senátu. Recenze vznikla v rámci Progresu Q18 *Společenské vědy: od víceborovosti k mezioborovosti*. E-mail: kyselaj@prf.cuni.cz.

## **A Monarch on the Borderline of Two Époques, on the Way towards Modern State and Law (Three Hundred Years Ago Maria Theresa Was Born)**

Ladislav Vojáček

*Abstract:* The article commemorates the three hundredth anniversary of the birth of Maria Theresa, which falls on the 13th of May 2017. The author introduces Maria Theresa as a symbol of the times when Habsburg monarchy cautiously, yet determinedly took the path that led to the modern state (to its more effective functioning with the use of professional staff and legal norms applicable to everyone), and to more just a society. In other words, to what we today call western society – with all its strengths and weaknesses. Maria Theresa started the revolutionary transformation of society, including the new perspective on the functioning of the state and of the role of law, with the help of her responsible attitude to her duties as a head of state and her ability to reflect the needs of society. The author deals with the motivations, content and consequences of the most important Theresian reforms. He mentions the reforms of state apparatus (new organisation and professionalization of advisory and administrative bodies, as well as judiciary), codification of the Czech-Austrian criminal and exchange law, as well as the efforts to codify civil law and to adopt financial, military, commercial, villeinage, church and school reforms. He appreciates that, although these reforms were less radical than those later introduced by Joseph II., they were often more permanent. The author also pays attention to how the Theresian reforms were assessed by her contemporaries as well as (legal) history textbooks of the end of 19th and the beginning of 20th century, of the times of the First Czechoslovak Republic and of the post- February Czechoslovakia and Czechoslovakia in the times of normalisation.

*Key words:* Maria Theresa, Habsburg Monarchy, Czech lands; enlightened absolutism, reform

## **Key Issues of Legal Reception**

Ernst A. Kramer

*Abstract:* This study deals with a very „modern“ issue which is the reception of law. This phenomenon may cover many features starting with the reception of codexis, of the taking over of some legal instruments or institutions, ending with the transplantation of doctrinal ideas. The objective view shows that the history of law is history of reception. It goes back to the Roman law and Roman law was then transformed in *ius commune* and the works of Pandektist's of 19th century in Germany. Reception of law (legal reception) became now a very modern topic, which is dealt with by many academics over the whole world. Some of them express very negative attitude towards legal reception saying that it can never work since the background and the context of law is very different and its functioning is very much influenced by the social and political conditions. The practice and the real life contest this statement since examples of the new civil codifications in many European countries show otherwise. It is clear that reception which might be called transplantation, is much more effective than the development of national projects without any experience. The author distinguishes three types of legal receptions. First of all, as already mentioned, the whole codexis could be transplanted similarly to how the Swiss civil code and the Law of obligation was into Turkish legislation. The other type of legal reception is the transplantation of only some legal institutions and the third type transfers only legal doctrines. Example of this is the transplantation of the ideas of what Professor Canaris called liability for trust by the Swiss Supreme Court. The fifth chapter of the study deals with the further development of transplants in “foreign“ contexts. The very important question is whether the further development should follow so called mother legislation or whether it could be developed autonomously. Of course both ways are possible even if the more frequent manner is the autonomous development which is experienced in Japan, Turkey and other countries.

*Key words:* legal reception, transplantation, legal transplant, pros and cons, methods of legal reception, development of transplants in the new context

## Natural Rights between the Middle Ages and Early Modernity

Michal Šejvl

**Abstract:** This article focuses on different conceptions of natural rights in scholars of the high Middle Ages (Henry of Ghent, Duns Scotus, Ockham, Marsilius of Padua, Gerson, Summenhart) and of early Modernity (Vitoria, Suárez, Grotius). First the opinions of these scholars' on natural law are presented, then their „definitions“ of ius as right, their use of permissive natural law and finally their conceptions of natural rights are analysed (natural right to private property is used to demonstrate the last point). Instead of the „dividing line“ between medieval and modern ideas on natural rights the paper argues for the continuity that lies in the fact that the same or similar concepts are reinterpreted and used to build new theoretical constructions. It tries to show that various natural „rights“ (in Henry of Ghent, Marsilius of Padua and William of Ockham) are in fact Hohfeldian liberties and not Hohfeldian claims and in this sense they are not rights. It criticizes the thesis which is still common (at least in the Czech and Slovak literature) that natural rights theories were triggered by the development of metaphysical nominalism and voluntarism in the high Middle Ages. Instead it tries to find reasons for the development of particular natural rights theories in various ways the scholars reacted on the particular problems of their times.

**Key words:** rights (theory of), natural rights, Henry of Ghent, John Duns Scotus, William of Ockham, Marsilius of Padua, Jean Gerson, Conrad Summenhart, Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Hugo Grotius, metaphysical realism, metaphysical nominalism, controversy between (theological and ethical) voluntarism and rationalism, Hohfeldian analysis of rights, natural right to private property, permissive natural law

## Categorization of Laws and Electoral Law

Zdeněk Koudelka

**Abstract:** This paper focuses on the interaction between statutory regulation of conflict of interests applicable to the electoral law and between electoral legislation. This paper deals with the question whether the regulation of incompatibility of functions as well as other restrictions aimed at deputies, senators and members of municipal and regional councils allows us to conclude that the regulation of conflict of interests is subjected to an obligatory consent of the Senate. This paper assumes that every law regulating elections regardless of how it is called should be perceived as electoral law. This article refuses the idea that the name of the statute should be decisive; according to the author the content of the statute is crucial. The fact that the consent of the Senate, according to the Art. 40 of the Constitution, is required must be obvious since the beginning not the outcome of a chance.

**Key words:** conflict of interests, incompatibility of functions, Parliament, electoral law



# XXV. Karlovarské právnické dny

Zveme Vás na XXV. konferenci Karlovarské právnické dny  
8.–10. června 2017

**Grandhotel Ambassador, Karlovy Vary**

Ve dnech 8.–10. června 2017 se v Karlových Varech uskuteční jubilejní XXV. ročník odborné konference Karlovarské právnické dny, kde již tradičně se svými příspěvky vystoupí řada předních právníků z oblastí právní teorie i praxe a vrcholní představitelé justice i státní správy z řady zemí, zejména z ČR, SR, Rakouska, Německa a Lucemburska.

Z programu lze pouze namátkou uvést, že první den konference, zpočátku zaměřený na občanské právo, zahájí prof. JUDr. K. Eliáš vystoupením k otázkám ekvity vzájemného plnění, otázkou „Superficies solo cedit“ se bude zabývat prof. JUDr. J. Fiala, CSc., souběhem uznání, započtení a narovnání prof. JUDr. J. Bejček, CSc.

V následném civilně-procesním civilním bloku se na komparaci české a rakouské úpravy koncentrace řízení zaměří Mgr. M. Vávra a na otázky zákonného soudce doc. JUDr. V. Šimíček, Ph.D., z Ústavního soudu ČR. Následovat budou právní otázky vyvolané vývojem technologií, např. prof. Dr. Ch. Wendehorst k právní povaze „Internet of thing“, odpovědností poskytovatelů služeb informačních společností Mgr. Fr. Korbelt, Ph.D., a odpovědností internetových platforem doc. JUDr. R. Polčák, Ph.D.

Druhý den konference zahájí prof. JUDr. P. Šámal, Ph.D., z Nejvyššího soudu ČR k zásadě „Ne bis in idem“ při posuzování trestní odpovědnosti za zkrácení daně, na něž naváže JUDr. P. Zeman z Nejvyššího státního zastupitelství ČR příspěvkem k otázkám zvláště závažné hospodářské a daňové kriminality. V bloku evropského práva se bude prof. JUDr. I. Pelikánová, DrSc., na případu „Audiolux“ zabývat otázkou právních principů, včetně těch, které mají zdroje v národní úpravě, a rozlišováním v jurisdikci ESLP a ESD pak dr. D. Spielmann, oba z tribunálu Soudního dvora EU v Lucemburku.

K tématu prolnutí dopadu Brexitu ve vztahu k evropskému právu obchodních korporací vystoupí prof. Dr. M. Winner.

Závěrečný den konference se zaměří soudci NS ČR JUDr. Z. Krčmář a JUDr. F. Púry, Ph.D., ze svých hledisek na otázky insolvence a kolektivní zprávou autorských práv se bude zabývat i prof. JUDr. I. Telec, CSc. V závěrečné pódiové diskuzi se prof. JUDr. J. Dědič, prof. JUDr. M. Patakyová, Ph.D., doc. JUDr. I. Štenglová a JUDr. P. Šuk zaměří na otázky korporátního práva.

Celkem se tak lze těšit na 27 samostatných témat ve výše naznačených blocích. V pátek večer 9. 6. 2017 v rámci slavnostní recepce budou udělovány ceny společnosti Karlovarské právnické dny za judikaturu, autorské dílo a nejlepší časopis za účasti ministra spravedlnosti JUDr. R. Pelikána, Ph.D., účastníků konference, jakož i těch osobností, které mají právo nominovat právnické monografie na autorskou cenu.

## Účast na konferenci

**Základní poplatek za účast na tří denní konferenci a slavnostní recepci činí 9.900,- Kč + DPH.**

Konference je simultánně tlumočena ČJ/NJ.

**Počet účastníků je OMEZEN na zhruba 150 osob.**

**PROGRAM, PODMÍNKY ÚČASTI A REGISTRAČNÍ FORMULÁŘ NALEZNETE NA WWW.KJT.CZ**