

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

Právnická fakulta

Katedra teorie práva a právních učení

Rigorózní práce

**Právní systémy současného světa se zaměřením na srovnání kontinentálního a
angloamerického právního systému**

Konzultant: prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

červen 2014

Mgr. Václava Lukešová

„Prohlašuji, že jsem předkládanou rigorózní práci vypracovala samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.“

V Praze dne.....

Mgr. Václava Lukešová

Ráda bych na tomto místě poděkovala konzultantovi své rigorózní práce, profesoru JUDr. Aleši Gerlochovi, CSc., za cenné rady, doporučení vhodné literatury a vstřícný osobní přístup při vedení této práce.

Obsah

Úvod.....	1
1. Problematika právní komparace a její význam pro současnou právní vědu a praxi .3	
1.1. Vznik a historie právní komparatistiky	4
1.2. Předmět a metoda komparace.....	6
1.3. Druhy právní komparace	8
1.3.1. Makrokomparatistika a mikrokomparatistika	8
1.3.2. Regionální komparatistika	8
1.3.3. Komparatistika s cizím prvkem a komparatistika vnitřní	9
1.3.4. Komparace z hlediska časového horizontu	9
1.3.5. Srovnávání etnografické.....	9
1.3.6. Bilaterální a multilaterální komparatistika.....	10
1.3.7. Srovnávání podle systematiky právního řádu	10
1.4. Cíle srovnávací právní vědy	10
2. Typy právní kultury současného světa a etnická práva.....	11
3. Kontinentální typ právní kultury	14
3.1. Historický vývoj kontinentálního typu právní kultury	18
3.2. Subsystémy kontinentálního typu právní kultury	24
3.2.1. Francouzský okruh	24
3.2.2. Rakouský okruh	25
3.2.3. Německý okruh	26
3.2.4. Švýcarský okruh.....	26
3.2.5. Skandinávský okruh	27
3.2.6. Latinskoamerický okruh.....	29
3.2.7. Okruh bývalého socialistického práva	29
3.2.8. Evropské právo.....	30
3.3. Prameny práva kontinentálního typu právní kultury	33
3.3.1. Zákon.....	34
3.3.2. Normativní smlouva.....	35
3.3.3. Obyčej	38
3.3.4. Soudcovské právo	39
3.3.5. Doktrinální publikace.....	42
3.3.6. Právní principy a obecné zásady právní	43
4. Angloamerický typ právní kultury	47
4.1. Historický vývoj angloamerického typu právní kultury.....	49
4.1.1. Anglické právo	49
4.1.2. Americké právo	53
4.2. Subsystémy angloamerického typu právní kultury	55
4.2.1. Anglický okruh.....	56
4.2.2. Americký okruh	57
4.2.3. Kanadský okruh	58
4.2.4. Indický okruh	58
4.2.5. Australský okruh	60
4.2.6. Novozélandský okruh.....	60
4.2.7. Okruh práv států vzniklých dekolonizací.....	60
4.3. Prameny práva angloamerického typu právní kultury.....	61

4.3.1.	Soudní precedent	62
4.3.2.	Zákonné právo	66
4.3.3.	Obyčejové právo	71
4.3.4.	Právní literatura	72
5.	Islámský typ právní kultury	74
5.1.	Historický vývoj islámského typu právní kultury	77
5.2.	Subsystemy islámského typu právní kultury	82
5.2.1.	Sunnitská koncepce práva	83
5.2.2.	Šiitská koncepce práva	86
5.3.	Prameny islámského práva	87
5.3.1.	Korán	87
5.3.2.	Sunna	88
5.3.3.	Idžmá	89
5.3.4.	Kijás	90
5.3.5.	Idžtihád	90
5.3.6.	Rozum	91
5.3.7.	Zákon	92
6.	Africké právo	93
6.1.	Historický vývoj afrického náboženského práva	96
6.2.	Členění afrických náboženských práv	100
6.3.	Prameny afrických náboženských práv	101
7.	Právo indického subkontinentu	103
7.1.	Historický vývoj práva indického subkontinentu	105
7.2.	Členění práv indického subkontinentu	109
7.3.	Prameny práva indického subkontinentu	111
7.3.1.	Védy	111
7.3.2.	Dharmasústry	111
7.3.3.	Dharmašástry (smriti)	111
7.3.4.	Arthašástra	112
8.	Právo Dálného Východu – čínské a japonské	113
8.1.	Historický vývoj čínského a japonského práva	117
8.1.1.	Čína	117
8.1.2.	Japonsko	120
8.2.	Filosofické a náboženské směry Dálného Východu – Číny a Japonska	122
8.3.	Prameny čínského a japonského historického práva	125
8.3.1.	Obyčej	125
8.3.2.	Precedent	126
8.3.3.	Zákon	127
9.	Závěr	128
	Abstrakt	133
	Summary	134
	Resumé:	135
	Seznam zkratk	137
	Použitá literatura	138
	Prameny	140
	Internetové zdroje	140

Úvod

Současný svět je místem neustálého prolínání a střetávání mnoha národů a kultur, a to v daleko větší míře než kdykoli dříve. Tento trend je důsledkem obrovského technického rozvoje a vývoje informačních technologií. Změny ve společnosti vedou ke stále větší propojenosti politických, sociokulturních a ekonomických událostí na globální úrovni. V důsledku rychlejší letecké, silniční, železniční i námořní dopravy a rozšíření možností komunikace se spojují ještě před několika desítkami let oddělené trhy a lidé z různých částí světa přicházejí do míst, která jsou velmi vzdálená od jejich původních domovů. Globalizace a zejména mohutný rozvoj mezinárodního obchodu přináší nejen pro právníky stále naléhavější potřebu znalosti základních rysů jednotlivých typů právních kultur, jejich subsystémů i specifických právních odvětví v jejich rámci. „Prostorové i časové rozložení pramenů práva, právních pravidel, institutů či právnických profesí vede k úžasné rozmanitosti práva, jejíž pochopení se stává nikoli jen zajímavým zpestřením profesního života právníků, ale prostou praktickou nutností.“¹

Přesto, že současný evropský vývoj tenduje spíše k unifikaci práva a jeho podřazení pod určitý nadnárodní právní řád, každý stát má svůj vlastní právní řád ovlivněný jeho specifickým historickým, politickým a kulturním vývojem a geografickými okolnostmi.

Postihnutí všech světových právních řádů je prakticky nemožné, stejně tak jako kompletní znalost práva jednoho státu. Navazování kontaktů s cizími typy právních kultur nevyžaduje detailní znalost jednotlivých právních řádů, pro tento účel zcela postačí orientace v jejich základních rysech. Poznání základních rysů vlastního právního řádu a typu právní kultury, do které náleží, je předpokladem pro seznámení se s právem jiných států a rovněž s odlišným typem právní kultury. Srovnáváním typů právní kultury, právních řádů jednotlivých států i dílčích právních institutů se zabývá srovnávací právní věda neboli právní komparatistika. Porovnáváním dvou či více prvků vyvozuje při užití určité míry abstrakce závěry, které odkrývají základní odlišnosti mezi

¹ Harvánek, J.: Teorie práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, str. 453

nimi, a tím usnadňuje orientaci v cizím právním prostředí. Vedle dalších praktických cílů, jež budou uvedeny níže, naplňuje rovněž vědecké a pedagogické cíle.

Tato práce se zaměřuje zejména na komparaci kontinentálního a angloamerického právního systému, neboť se jedná o dva hlavní typy právní kultury, někdy též společně označované jako západní právo, které v mnoha státech pokrývají celou oblast platného práva. V řadě států jsou oba tyto typy právní kultury smíšeny navzájem, popřípadě s islámským typem právní kultury nebo s některými právy etnických skupin, jimiž se zabývá zejména právní etnografie. Na rozdíl od dvou základních typů právní kultury však nejsou systém islámského práva a etnická práva dnes již úplná a zpravidla se omezují pouze na určité soukromoprávní otázky, zejména osobního statusu, právo rodinné a majetkové. Pozůstatky lze v zemích jejich původu nalézt i v právu veřejném, například trestním. Seznámení se s charakteristickými rysy dvou shora uvedených základních typů právní kultury a historickým a společenským pozadím jejich formování, představuje předpoklad pro poznání práva každého státu, neboť zpravidla alespoň jeden ze dvou hlavních typů právní kultury tvoří podstatnou část jeho právního řádu.

1. Problematika právní komparace a její význam pro současnou právní vědu a praxi

Srovnávací věda neboli komparatistika je vědou vyvozující vědecké poznání srovnáváním svého předmětu. Historické kořeny komparatistiky lze nalézt v přírodních vědách, v odborné literatuře v oblasti zoologie či fyziologie pocházející z počátku 19. století. V současné době se však srovnávací věda uplatňuje téměř výlučně ve společenských a humanitních vědách. Metoda srovnávání se vyskytuje v každém vědním oboru, srovnávacími vědami se však nazývají pouze ty, které užívají srovnávací metodu jako hlavní.

V oblasti společenských věd se v současné době rozlišují tři nejvýznamnější srovnávací vědy, a to srovnávací jazykověda, srovnávací literární věda a srovnávací právní věda (právní komparatistika), jež je z nich historicky nejmladší. Právní komparatistika získává nové poznatky srovnáváním jejího předmětu poznání, práva. Pojmem „právo“ se pro účely právní komparace rozumí zejména objektivní právo jako soubor závazných norem chování vynucovaných státní mocí. „Takto chápané objektivní právo je nepochybně prvním a základním předmětem srovnávací právní vědy.“² Definice právní komparatistiky se u různých autorů odlišuje. Viktor Knapp definuje srovnávací právní vědu jako vědu získávající nové poznatky srovnáváním práva a jeho rozlišováním. Pavel Hungr vymezuje předmět právní komparatistiky jako poznávání a odlišování shodných, podobných a odlišných prvků právních systémů. René David se v souvislosti s právní komparatistikou zabývá spíše jejími cíli a metodami, její přesnou definici patrně nepovažuje za příliš podstatnou.

V praktické rovině můžeme konstatovat, že komparatista nejprve vyčlení podstatné prvky srovnávaného předmětu pomocí abstrakce a následně vyhodnocuje rozdíly a podobnosti opět při užití přiměřené míry abstrakce. Uvedený proces lze aplikovat jak oblasti teorie práva, pozitivního práva, tak i právní historie. Ke komparaci je možno přistoupit i z hlediska dalších aspektů, které budou uvedeny níže. Termín „srovnávací právo“ vznikl doslovným překladem anglického výrazu „comparative law“,

² Knapp, V: Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy), 1. Vydání, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 13

toto označení však není přesné, neboť žádné srovnávací právo jako soubor určitých závazných norem neexistuje.

Názory na postavení právní komparatistiky v právní vědě nejsou v odborné veřejnosti totožné. Například ve francouzském či anglickém pojetí je právní komparatistika považována za odvětví právní vědy. Důsledkem tohoto pojetí by byla paralelní existence obecné právní vědy a právní vědy používající srovnávací metodu. Obdobná situace by pak nastala např. v oblasti vědy o právu občanském, ústavním a dalších právních věd. Socialistická právní věda právní komparatistiku naopak považovala za specifickou metodu právního výzkumu. Pokud by právní komparatistika byla pouhou srovnávací metodou užívanou v právní vědě, její pojem by postrádal smysl. Oprostíme-li se od důsledného členění práva na jednotlivá právní odvětví, můžeme srovnávací právní vědu neboli komparatistiku označit jako určitou specializaci v právní vědě, která při výzkumu jako hlavní metodu užívá metodu srovnávací. Největší význam má v obecné teorii práva, uplatňuje se však ve všech právních odvětvích, nejčastěji v oblasti práva občanského, resp. soukromého a dále ústavního, trestního, civilního procesu a rovněž správního práva.

1.1. Vznik a historie právní komparatistiky

„The comparison of laws, at least in their geographical diversity, is as old as the science of law itself.“³ (Srovnávání práva alespoň v jeho geografické odlišnosti existuje již od počátku právní vědy samotné.) Například řecký zákonodárce Solón (640-558 př.n.l.) vycházel při formulaci athénských zákonů ze srovnání předchozího či platného práva jednotlivých řeckých států. Obdobně postupovali decemvirové jmenovaní v letech 451-450 př.n.l., kteří koncipovali římský Zákon XII. tabulí. Aristoteles (384-322 př.n.l.) sepsal Athénskou ústavu na základě výsledků komparace 153 ústav řeckých a jiných měst.⁴ Ve středověku bylo srovnáváno kanonické a římské právo, v 16. století v Anglii bylo v určitých právních otázkách porovnáváno anglické common law s kanonickým právem. Přestože historické kořeny právní komparatistiky sahají do starověku, její počátky lze datovat až od 19. století. „Uvědomělá a cílevědomá právní komparatistika

³ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 1

⁴ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 1

má však v oboru právní vědy nepříliš dlouhou historii. Zpravidla se datuje od roku 1869, kdy byla v Paříži založena stále existující Société de législation comparée.⁵ Tato společnost sloužila zejména potřebám sblížení a sjednocování práva v oblasti mezinárodního obchodu. Toto sblížení mělo probíhat na přirozenoprávním základě, jak vypovídá její heslo: „Lex multiplex, universon curiositas, ius unum“.

Vědecké základy srovnávací právní vědy byly položeny až na přelomu 19. a 20. století. První právně komparatistický kongres se konal v Paříži roku 1900, po němž následoval rozkvět právní komparatistiky. Za zakladatele moderní právní komparatistiky jsou považováni věhlasní francouzští právníci, Francois Raimond Saleilles a Edouard Lambert.

Mezi světovými válkami došlo k dalšímu rozvoji právní komparatistiky, k němuž přispěli zejména Němec Ernst Rabel, Francouz Henri Lévy-Ullmann, Angličan Harold C. Gutteridge a Američan Hessel Yntema. Její mohutný rozvoj po druhé světové válce byl zapříčiněn novým ekonomickým a politickým rozdělením světa, což vyvolalo problémy právního styku obou táborů. Rozvoj probíhal zejména v literatuře západních zemí. Nově vznikající socialistické státy pod vlivem sovětské právní vědy zaujaly k právní komparatistice zprvu odmítavý, posléze velmi odtažitý postoj. Hlavním důvodem byla obava z vlivu západních demokratických myšlenek na jejich ideologii. Také rozpad koloniálních říší s následným vznikem nových samostatných států podnítil další rozvoj právní komparatistiky.

Mezi řadou významných komparatistických institucí si zaslouží zvláštní pozornost Société de la législation comparée založená 1869 v Paříži, Académie internationale de droit comparé v Paříži založená 1924, která sdružuje právníky, především akademiky z celého světa. Významné místo v právní komparatistice má dále Association internationale des sciences juridiques v Paříži a Centre francois de droit comparé založená 1951 rovněž v Paříži a sdružující i shora uvedenou Société de législation comparée. Ústav UNIDROIT v Římě se zabývá přípravou návrhů na mezinárodní sjednocení právních předpisů, komise OSN, UNICITRAL, se věnuje unifikační praxi v oblasti mezinárodního obchodního práva.

Specifická výuka právní komparatistiky probíhá na Faculté internationale de droit comparé ve Štrasburku a na mnohých katedrách a ústavech srovnávací právní vědy

⁵ Knapp, V: Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy), 1. Vydání, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 8

univerzit zejména západních zemí. U nás bylo založeno Centrum právní komparatistiky na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze jako pracoviště na této fakultě, jehož úkolem je srovnávat zásadní právní instituty různých právních řádů s cílem využít tyto poznatky při přípravě české legislativy a její aplikaci.⁶

Specializované časopisy pro srovnávací právní vědu vychází v Paříži (*Revue internationale de droit comparé*), Hamburku (*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*), Londýně (*The International and Comparative Law Quarterly*) a na americkém kontinentu (*The American Journal of Comparative Law*). Projekt velké encyklopedie srovnávací právní vědy, která by obsahovala přehled práva v jednotlivých státech světa, se nepodařilo zrealizovat pro neustálé změny platného práva provázené i finančními problémy spojenými s vydáním rozsáhlého díla. Projekt vznikl koncem šedesátých let 20. století v hamburském Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Z plánovaných sedmnácti svazků vyšel jako celek pouze díl o civilních deliktech ve dvou svazcích.

Od počátku 20. století zaznamenala právní komparatistika obrovský vývoj a její studium je nedílnou částí každého typu právní kultury a vzdělávání. Současné vývojové tendence ve srovnávací právní vědě potvrzují zvýšený zájem o problémy lidských a občanských práv a zejména otázky právní problematiky související s rozvojem techniky a informatiky. „S aplikací komparatistických metod se tak můžeme setkat na nejrůznějších úrovních, od elitních konferencí světového významu až po konkrétní projekty soukromých investorů, které zajímají detaily právních režimů určitých obchodních transakcí v různých státech.“⁷

1.2. Předmět a metoda komparace

Ačkoli předmět právní komparatistiky dosud nebyl jednoznačně definován, není pochybnosti o tom, že je jím zpravidla právo ve smyslu práva objektivního. „Většinou se uznává, že právo (objektivní) je soubor závazných pravidel lidského chování daných státem a státem sankcionovaných, tj. vynucovaných státní mocí.“⁸ Objektivní právo lze

⁶ <http://cpk.prf.cuni.cz/>

⁷ Harvánek, J: *Teorie práva*, 1. vydání, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, str. 453

⁸ Knapp, V: *Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy)*, 1. Vydání, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 13

chápat dvojitým způsobem, tedy buď jako normativní systém formálně vyjádřený lidskou řečí, tedy tzv. law in books, nebo jako právo ve společnosti skutečně působící, tedy law in action. Komparace práva skutečně působícího ve společnosti je přínosnější, neboť pomáhá k vytvoření skutečného obrazu o fungování určitého práva a představuje hodnotnější základ pro následné praktické využití získaných poznatků. Avšak poznání objektivního práva v tomto pojetí je náročnější a neobejde se bez hlubší analýzy založené na výsledcích praxe. Komparovat lze obsah právních norem, jejich formu, prameny práva nebo např. obecné zásady právní. Srovnávání subjektivních práv by naproti tomu představovalo obtížný úkol, jehož výsledky by nepřinášely větší užitek.

Předmětem právní komparatistiky jsou zpravidla i normy pravidel chování, které neodpovídají shora uvedené definici objektivního práva, neboť nejsou vytvořeny ani garantovány státem. Mezi tyto normativní soubory řadíme práva etnická, například africká tradiční a náboženská „práva“, která nepocházejí od státu a nebývají jim ani vynutitelná. Obdobné platí o islámském právu, jež teoreticky pochází od boha a nikoli od státu, avšak některé státy mu v určité míře poskytují mocenskou vynutitelnost.

Hlavní metodou právní komparatistiky je metoda komparativní. Cílem srovnávání je však vždy získání vědeckých poznatků. Vědecké srovnávání představuje vedle konstatování rozdílů jejich vysvětlení anebo alespoň zhodnocení pro praxi. Pro právní komparaci nestačí znát platné právo cizích zemí, je nutné poznat i jejich právní a sociální souvislosti, důvody jejich podoby a z tohoto poznání abstrakcí vyvodit poznatky a podněty.

Základní prvky komparace jsou dva, a to comparatum, tj. to, co se srovnává a comparandum, tj. co má být srovnáváno. Comparandum však může představovat více prvků, comparatum je zpravidla jediné. Předpokladem aplikace srovnávací právní vědy je různost a zároveň srovnatelnost předmětů, které jsou srovnávány. Srovnávání identických předmětů postrádá smysl, komparace předmětů nesrovnatelných (nemajících určité shodné znaky) není možná. Třetím nezbytným prvkem srovnávání je tertium comparationis, sjednocující prvek neboli logický relátor mezi oběma srovnávanými prvky, který je ze své povahy omezen tím, že musí být způsobilý zprostředkovat rozumnou komparaci. Postup komparace spočívá nejprve v určení srovnávaných prvků a jejich izolaci od ostatních a až následně se abstrahuje pojem

relátoru. Kromě tří shora uvedených prvků je ke komparaci potřeba i rozlišovací kritérium, jež představuje specifikaci neboli další zúžení obsahu pojmu tertium comparationis. Při komparaci jde tedy o myšlenkový pochod od srovnávaných předmětů k relátoru a odtud k závěrům. Konkrétní postup, jak určit jednotlivé prvky komparace, nelze obecněji popsat, neboť závisí na každém jednotlivém případě a je vždy ovlivněn jejím cílem.

Vedle hlavní srovnávací metody jsou v právní komparatistice užívány další, dílčí metody, které jsou univerzální a použitelné ve všech vědách. Radíme mezi ně analýzu a syntézu, indukci a dedukci, abstrakci a exaktní metody.

1.3. Druhy právní komparace

Srovnávací právní věda zohledňuje při komparaci mnoho aspektů. Její předmět poznání, právo, je nesmírně bohatý a různě vnitřně členěn, a tudíž otevřen rozmanitým způsobům komparace. Jednotlivé komparatistické přístupy se liší v porovnávání z hlediska prvků, které považují za významné a v určení tertium comparationis. Výchoziskem pro jejich určení je vždy cíl, který příslušná právní komparace sleduje. „V tomto smyslu tedy srovnávací právní věda sama vytváří svůj předmět, čímž dochází k různým druhům komparatistiky.“⁹

1.3.1. Makrokomparatistika a mikrokomparatistika

Makrokomparatistika srovnává jednotlivé typy právní kultury nebo právní řády různých států. Může komparovat i různá právní odvětví v těchto řádech.

Mikrokomparatistika se zabývá srovnáváním menších normových souborů, zpravidla právních institutů či částí jednotlivých právních odvětví.

1.3.2. Regionální komparatistika

⁹ Knapp, V: Velké právní systémy (Úvod do srovnávací právní vědy), 1. Vydání, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 23

Dalším druhem komparace je komparace regionální. Představuje specifický druh makrokomparatistiky a rozumí se jí srovnávání právních řádů různých geografických či geografickopolitických regionů, jejichž právo vykazuje určité podobné rysy. Řadíme sem především právní afrikanistiku vzniklou po rozpadu koloniálních říší. Nově vzniklé nezávislé africké státy si zčásti zachovaly domácí právo, které je zpravidla uplatňováno spolu s převzatým právem bývalé metropole. Zvláštním případem regionální komparatistiky je komparatistika islámská, která porovnává právo sunnitské a šíitské, resp. jednotlivé školy práva sunnitského. Posledním příkladem je regionální komparatistika skandinávská, která přispěla ke sblížení práva ve skandinávských zemích.

1.3.3. Komparatistika s cizím prvkem a komparatistika vnitřní

Je-li při komparaci porovnáván zahraniční prvek, tedy např. právní instituty či právní řády jednotlivých států, označuje se takové srovnávání jako komparatistika s cizím prvkem.

Naopak pohybujeme-li se uvnitř jednoho státu, ať již federálního či unitárního, provádíme komparaci vnitřní. Obdobně je možno komparovat v rámci jednoho státu právní instituty vyskytující se v různých odvětvích, popř. geografických částech státu.

1.3.4. Komparace z hlediska časového horizontu

V rámci tohoto členění rozlišujeme současnou komparatistiku srovnávající právní řády či jevy platné ve stejnou dobu, a to jak přítomnou, tak minulou a historickou komparatistiku srovnávající současné právo určitého státu s jeho právem minulým, popř. s dřívějším právem jiného státu. Časový rozsah historické komparace je limitován pouze prakticky, a to mírou rozumnosti a účelnosti takového srovnávání.

1.3.5. Srovnávání etnografické

Některá práva působí pouze ve vztahu k určitému etniku na území jednoho či více států, tedy in personam. Tato etnická práva tvoří soubor právních norem, který je výsledkem přirozené normotvorby určitého etnika (např. obyčeje některého afrického kmene), a jímž se zabývá právní etnografie jako součást obecné etnografie. Etnické

právo může být srovnáváno, hrozí zde však riziko nedostatku *tertium comparationis*, resp. jeho konfuze. Etnickým právem se zabývá právní etnografie, která právní komparatistiku nevylučuje, ale naopak ji umožňuje. Zájem právní komparatistiky se soustřeďuje především na právo africké, hindské, čínské, japonské, indonéské apod.

1.3.6. Bilaterální a multilaterální komparatistika

V závislosti na tom, zda právní komparatistika získává poznatky srovnáváním dvou či více prvků, rozlišujeme bilaterální a multilaterální komparatistiku.

1.3.7. Srovnávání podle systematiky právního řádu

Pro komparatistiku s cizím prvkem má význam srovnávání práva jednotlivých států podle jeho vnitřního členění na právní odvětví, tento druh právní komparace nazýváme srovnávání podle systematiky právního řádu.

Výčet jednotlivých druhů právní komparatistiky není konečný a je vždy výraznou mírou ovlivněn sledovaným cílem.

1.4. Cíle srovnávací právní vědy

Obecným cílem právní komparatistiky je získání poznatků o srovnávaných typech právní kultury, právních řádech, jejich odvětvích či jednotlivých institucích. Shora uvedený cíl lze různými způsoby členit, základní rozdělení spočívá v rozlišování vědeckých a pedagogických cílů právní komparace na straně jedné a cílů praktických na straně druhé. Mezi vědecké cíle patří kromě poznávání předmětu komparace rovněž tvorba obecných pojmů, při níž dochází k určité abstrakci, která je při zachování rozumné míry žádoucí, avšak v případě užití příliš obecných pojmů by tyto ztrácely svou hodnotu a jejich význam by byl bezcenný. Mezi další úkoly srovnávací právní vědy patří klasifikace typů právní kultury a jejich subsystémů. Pedagogickým cílem vědeckého srovnávání práva je rozšířit obzor vědění absolventů právnických fakult za hranice platného českého práva, a tím jim umožnit snazší orientaci v právním styku s cizinou a rovněž v právních vztazích s mezinárodním prvkem. Praktický cíl právní komparatistiky spočívá v přínosu vědeckých poznatků užitečných pro zdokonalení vlastního práva, sbližování právních řádů různých zemí, resp. jejich částí, unifikaci

práva jednotlivých zemí, utváření mezinárodních instrumentů a rovněž pro interpretaci právních předpisů. Výsledky právní komparistiky slouží rovněž hospodářskopolitickým a právněpolitickým cílům.

Mírně odlišné členění cílů právní komparistiky, které však jen jiným způsobem vyjadřuje shora uvedené cíle, prezentuje René David: „The present usefulness of comparative law can be analysed under three heads: it is relevant in historical and philosophical legal research; it is important to understand better, and therefore to improve, one's own national law; and it assists in the promotion of the understanding of foreign peoples, and thereby contributes to the creation of a context favourable to the development of international relations.”¹⁰ (Užitek současné srovnávací právní vědy lze rozdělit do tří hlavních oblastí: je významná v historickém a filosofickém právním výzkumu; má význam pro lepší porozumění a zdokonalení vlastního národního práva; napomáhá podpořit porozumění cizím národům a tím přispívá k tvorbě okolností příznivých pro rozvoj mezinárodních vztahů.)

2. Typy právní kultury současného světa a etnická práva

Každý stát má své právo, což je důsledkem suverenity státu. V právu jednotlivých států převládá různost, neboť se vyvíjelo v různém historickém, politickém a kulturním prostředí, ovlivněné geografickými specifiky. Mnohé právní řády se vyvíjely na podobných základech nebo cizí právo recipovaly, případně vytvářely podle cizího vzoru. Tím vznikly skupiny podobných právních řádů, které se v komparistice označují jako velké právní systémy, typy právní kultury nebo též právní rodiny.

Pojem „právní kultura“ lze interpretovat dvěma způsoby. První význam tohoto pojmu můžeme charakterizovat jako součást lidské kultury, tedy jako míru vyspělosti právní kultury posuzované především podle úrovně tvorby, interpretace a aplikace práva. Druhý význam tohoto pojmu je východiskem k rozlišení typů právní kultury a lze jej vyjádřit takto: „Právní kultura však znamená zároveň způsob tvorby, interpretace a aplikace právních norem, tedy právní systém se všemi jeho specifiky danými tradicemi, a v důsledku toho i rozdíly v pojetí legality (koncepte právního státu a doktríny rule of

¹⁰ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 4

law).“¹¹ V dalším textu budeme pracovat s pojmem právní kultury, jak je vymezen v jeho druhém významu.

Právní komparatisté našli shodu v tom, že základem pro odlišení jednotlivých typů právní kultury musí být konstantní a více zásadní prvky zastoupené v jednotlivých právních řádech, spíše než podobnost norem pozitivního práva, neboť zákonodárce může změnit pozitivní právo, avšak ostatní rysy a prvky právní kultury existují nadále. Jejich změna nemůže být uskutečněna, neboť jsou příliš těsně spjaty s určitou civilizací a způsobem jejího myšlení. Nebylo však dosaženo shody o tom, které z těchto prvků by měly být považovány za rozhodující pro členění práva do jednotlivých typů právní kultury, z čehož pramení i nejednota tohoto členění. „There is not, however, agreement as to which element should be considered in setting up these groups and, therefore, what different families should be recognized.”¹² (Není shoda o tom, které prvky by měly být zvažovány při určení těchto skupin a tedy ani o tom, jaké odlišné rodiny by měly být rozeznávány.)

René David formuloval dvě rozdílná základní kritéria, jejichž kumulativní splnění dává dle jeho názoru odpověď na otázku, zda lze dva posuzované právní řády zařadit do stejné právní rodiny (typu právní kultury). Pokud je osoba, která získala své právnické vzdělání ve studiu a praxi daného práva, tímto připravena si pomoci z nespíše bez velké těžkosti v druhém daném právu, náleží podle René Davida obě práva do téže rodiny. Dvě práva však podle téhož autora nemohou být považována za náležitější k téže rodině, opírají-li se o protichůdné principy charakteru filosofického, politického, ekonomického a hledí-li realizovat dva zcela rozdílné typy společnosti. Obě uvedená kritéria musí být splněna kumulativně. Na základě této úvahy dospěl R. David k následujícímu členění právních rodin: „There would appear to be three at least which occupy an uncontested place of prominence: the Romano-Germanic family, the Common law family and the family of Socialist law.“ (Nejméně tři právní rodiny zauímají nesporné význačné postavení: románsko-germánská, common law a socialistické právo.)¹³ Státy bývalého socialistického práva dnes však opět tvoří součást kontinentálního typu právní kultury, z něhož vzešly. V době existence bloku bývalých

¹¹ Gerloch, A: Teorie práva, 5. vydání, Plzeň, Aleš Čeněk, s.r.o., str. 103

¹² David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 20

¹³ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 22

socialistických států mělo shora uvedené členění své opodstatnění vzhledem k naprosté odlišnosti filosofického základu demokratického a socialistického práva.

Nejčastější a také nejvýznamnější kritérium třídění jednotlivých typů právní kultury z hlediska obecné, zejména soukromoprávní komparistiky spočívá ve formě a charakteru pramenů práva. „Pod označením *typ právní kultury* máme na mysli velký právní systém, zahrnující větší počet právních řádů, které se vyznačují shodnými rysy ve způsobu tvorby, interpretace a aplikace práva.“¹⁴ Tato práce je založena na nejfrekventovanějším kritériu třídění spočívajícím v charakteru a formě práva. Na tomto principu se rozeznávají dva hlavní typy právní kultury, a to okruh práva psaného (kontinentální právní kultura) a okruh práva nepsaného (angloamerická právní kultura). Dále se uvedené většinové třídění shoduje na uznání islámského právního systému jako třetího a posledního typu světové právní kultury, ačkoli někteří autoři podřazují okruh práva islámského do okruhu tradičních náboženských práv (též etnických práv), neboť se od shora uvedených dvou hlavních typů právní kultury výrazně liší a zpravidla se dnes omezuje pouze na otázky práva rodinného a majetkového. V této práci budeme nadále vycházet ze shora uvedeného členění světové právní kultury do tří základních typů s vědomím, že islámský typ právní kultury není úplně rovnocenný předchozím dvěma hlavním typům, neboť netvoří ucelený systém a uplatňuje se pouze na principu personality. Avšak v jistých mezích se islámský právní systém udržuje jako konzistentní. „Oba nejrozšířenější typy právní kultury jsou si navzájem podobné v porovnání s jinými (např. s islámským právem) a z tohoto hlediska je lze chápat jako jeden veliký celek (označovaný za „západní právo“).“¹⁵

Žádný ze shora uvedených typů právní kultury však netvoří zcela stejnorodý (homogenní) celek, nýbrž se dále člení do dílčích okruhů neboli subsystémů, jež např. v kontinentálním typu právní kultury vznikaly cestou napodobování nebo nepřímé recepce francouzského občanského zákoníku nebo jiných občanských zákoníků kontinentální Evropy a pod vlivem vlastní historie a legislativní činnosti. Při jejich členění vycházíme pouze z charakteristických znaků příslušného dílčího okruhu, jakými jsou například skladba právních institucí, forma a struktura pramenů práva, charakteristická metodologie apod. Ani v případě určení kritérií pro vymezení těchto

¹⁴ Gerloch, A.: *Teorie práva*, 5. upravené vydání, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009, str. 103

¹⁵ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: *Teorie práva*, 2. vydání, Praha, ASPI 2004, str. 24

subsystémů nebylo v odborné literatuře dosaženo jednoty. V dalších částech této práce budeme vycházet z vymezení subsystémů typů právní kultury provedeného Viktorem Knappem, při vědomí, že existují i odlišná vymezení těchto subsystémů, která mají rovněž své opodstatnění.

Světové typy právní kultury jsou navzájem geograficky nevýlučné, neboť existuje řada států náležejících zčásti do několika typů právní kultury. Navíc, vedle těchto typů právní kultury existují další tradiční a náboženská práva nebo též etnická práva, která již nenaplnují definici typu právní kultury, a to zejména z důvodů jejich etnického, nikoli státního původu, jejich omezeného věcného rozsahu (předmětu úpravy) a působení na principu personality. Tato tradiční a náboženská práva jsou předmětem zájmu právní etnografie, která se zabývá právem jako normativním systémem vlastním určité etnické skupině a vyjadřujícím její kulturu, a to ze svého hlediska a svými metodami. I tato práva mohou být předmětem právní komparace, avšak pouze za předpokladu existence základního znaku komparace, jímž je *tertium comparationis* jako logický relátor umožňující rozumnou komparaci srovnávaných prvků.

Z hlediska makrokomparatistiky představuje nejnižší rozlišovací úroveň pojem právní řád, který je vymezen kritériem státní jurisdikce. Na vrcholu pomyslné pyramidy stojí pojem typu právní kultury, pod ním se nachází jeho subsystémy a na posledním stupni příslušné právní řády. Vždy však musíme zohlednit, že v praxi se i v rámci jednoho právního řádu mísí několik subsystémů jednoho či více typů právní kultury. Významnou roli hrají rovněž tradiční a náboženská práva jako součást mnoha právních řádů.

3. Kontinentální typ právní kultury

Kontinentální typ právní kultury se vyvinul pod vlivem antického římského, především občanského práva - *ius civile* (v angličtině „*civil law*“) a přirozenoprávní teorie v její podobě na přelomu 18. a 19. století. Více než tisíciletý evoluční proces podstatně změnil obsah původních právních norem. Základní rysy kontinentálního typu právní kultury zůstávají i přesto nadále zachovány.

Tento typ právní kultury se nazývá kontinentální, neboť vznikl v kontinentální Evropě a cestou kolonizace se rozšířil za její hranice. Fenomén dobrovolného převzetí přinesl stejný výsledek v zemích, které nebyly kolonizovány, ale kde potřeba modernizace či přání westernizace vedly k proniknutí evropských idejí. V odborné literatuře¹⁶ bývá tento typ kultury často nepřesně označován jako románsko-germánský, v anglicky psané literatuře se vžil název civil law, znamenající v doslovném překladu občanské právo.

Pro kontinentální typ právní kultury je charakteristické, že jde o systém práva psaného (lex skripta), ve vztahu k němuž jsou jiné prameny práva pouze subsidiární a ve své klasické podobě vylučuje soudcovskou normotvorbu. Základním pramenem práva v tomto typu právní kultury je zákon, typické je úsilí o shrnutí právní materie do velkých celků, kodexů, představujících legislativní shromáždění právních norem určitého odvětví v jednom velkém zákoně. Právo bývá často ztotožňováno se zákonem, který vytváří nejvyšší státní orgány. Od angloamerického typu právní kultury se odlišuje hlavně formou a charakterem pramenů práva, a to zejména důrazem na psané právo sdružující v ucelených kodifikacích normy pokrývající celá právní odvětví, důsledným oddělením zákonodárné a soudní moci, základním členěním práva na veřejné a soukromé, procesními odlišnostmi, právní terminologií a určitými specifiky v pojetí legality (koncepce právního státu). Ve všech zemích tohoto typu právní kultury nalezneme identické členění na základní odvětví práva, jako je např. občanské a obchodní právo, pracovní právo, ústavní, správní, trestní apod. Obdobné platí ve vztahu k pojmům a institucím, jejichž překlad v rámci právního jazyka zemí kontinentálního typu právní kultury nepřináší výraznější obtíže, ačkoli se jejich hmotné právo pochopitelně odlišuje. Národní právo každé země si uchovává svou jedinečnost, přesto však jejich právní řády vykazují příbuznost. Tu můžeme sledovat zejména v oblastech, které byly vyvinuty na podkladě římského nebo kanonického práva. Naopak odlišnosti zaznamenáváme v případech, kdy se základem kodifikace stal národní nebo místní obyčej.

¹⁶David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985

Jak již bylo uvedeno výše, kontinentální typ právní kultury netvoří homogenní celek a dále se člení do dílčích okruhů neboli subsystémů, které se vyznačují svými specifickými rysy. Právní řád každého státu se vyvíjel v kontextu více či méně odlišných historických událostí, pod různými ideologickými vlivy či vlivy jiných právních řádů. Pro vývoj kontinentálního typu právní kultury měly zcela určující vliv skutečnosti, které nastaly v téměř celé Evropě na přelomu 18. a 19. století. To je také jedním z důvodů, proč není kontinentální systém práva jednotný a člení se na jednotlivé dílčí okruhy, které se vyznačují svými specifickými vlastnostmi. Ani členění subsystémů kontinentálního typu právní kultury není v odborné literatuře jednotné, v této práci vycházíme z vymezení subsystémů provedeného Viktorem Knappem. Ostatní způsoby členění mají rovněž své opodstatnění, pro ilustraci kontinentálního typu právní kultury a jejích specifik je však nutné setrvat na jednom z nich. V rámci kontinentálního systému práva rozlišujeme okruh francouzský, německý, rakouský, švýcarský, skandinávský, latinskoamerický a supranacionální systém práva Evropské unie (dříve komunitárního práva)¹⁷. Starší literatura k těmto okruhům řadí ještě okruh socialistického práva, René David jej dokonce označoval jako samostatnou právní rodinu. Jak již bylo uvedeno výše, s rozpadem bloku bývalých socialistických zemí se význam tohoto subsystému stal pouze historickým. Uvedené okruhy vznikly částečně historicky, současným vývojem právního myšlení a zčásti procesem přímého nebo nepřímého historického napodobování. Klíčovou roli v procesu imitace, popř. přímého přejímání sehrály významné kodifikace občanského práva vzniklé na počátku 19. století, a to zejména francouzský Code Civil z roku 1804 a rakouský Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch z roku 1811.

Vědecké i praktické cíle srovnávací právní vědy si vyžadují vymezení teritoriálního působení kontinentálního typu právní kultury. Tímto předmětem se zabývá právní geografie, nauka, objasňující teritoriální působení typů právní kultury v různých částech světa i jednotlivých státech. Kontinentální typ právní kultury vznikl v kontinentální Evropě, která tvoří homogenní právní oblast. Kromě zemí evropského kontinentu k tomuto typu právní kultury náleží i právní řády střední a jižní Ameriky, některé státy Asie a Afriky a dokonce i několik dílčích oblastí zemí common law

¹⁷ Knapp, V.: Velké právní systémy, Praha: C.H.Beck, 1996. str. 114

(angloamerický typ právní kultury), např. stát Louisiana v USA či provincie Quebec v Kanadě.



Pro bližší orientaci poslouží výše uvedená mapa znázorňující rozložení typů právní kultury současného světa, tradičních a náboženských práv a místa jejich vzájemného prolínání.¹⁸

CIVIL LAW	-	Kontinentální typ právní kultury
COMMON LAW	-	Angloamerický typ právní kultury
CUSTOMARY LAW	-	Obyčejové právo
ISLAMIC LAW	-	Islámský typ právní kultury
MIXED SYSTEMS	-	Smíšené právní systémy

¹⁸ Juri Globe [online]. Změněno 30. 12. 2009 [cit. 2010-02-27].
Dostupný z: <<http://www.juriglobe.ca/images/eng/rep-geo/mondesm.jpg>>.

3.1. Historický vývoj kontinentálního typu právní kultury

Kontinentální právní systém se vyvinul z římského práva, tj. soukromého práva původní obce a z méně formálního a pružnějšího práva prétorského. Je považován za pokračovatele římského práva, pod jehož silným vlivem v podobě justiniánských kodifikací se vyvíjel.

Období od 5. do 12. století v Evropě je označováno jako perioda barbarského práva, pro niž je charakteristické splývání práva a kultur jednotlivých národů na tomto území. Po zániku Západořímské říše vznikly na jejím území nové germánské státy. Vedle Římanů zde žily germánské kmeny. „Ve všech těchto říších platila v prvých dobách jejich existence zásada personality práva, tedy zásada, že každý obyvatel žije podle práva svého původu: Germán podle práva germánského, Říman podle římského.“¹⁹ Od 5. století nechali germánští vládcí sepsat sbírky jak germánského, tak římského práva, přičemž poslední uvedené se tradičně označují názvem *Leges Romanae barbarorum*. Mezi nejvýznamnější patří *Lex Romana Burgundiorum* pro burgundské království v jihovýchodní Galii, *Edictum Theoderici* pro území dnešní jižní Francie a *Lex Romana Visigothorum* pro území dnešního Španělska, Portugalska a jižní Francie. Barbarské zákoníky regulovaly jen velmi úzkou část společenského života a nakonec byly shledány příliš vědeckými a komplikovanými, až byly nahrazeny obyčejovým právem, které vzniklo zjednodušováním neboli „vulgarizací“ římských právních pravidel jako tzv. římské právo vulgární.

Oživení zájmu o římské právo nastalo v západní Evropě dvanáctého století. „The creation of the Romano-Germanic family is linked to the renaissance of the twelfth and thirteenth centuries in western Europe. This revival was evident in all spheres.“²⁰ (Vznik románsko-germánské rodiny je spjat s renesancí 12. a 13. století v západní Evropě. Toto oživení bylo patrné ve všech oblastech.) Ve středověké Evropě v té době neexistovalo unifikované státní právo závazné pro všechny obyvatele. Převládalo zde místní obyčejové právo a později se objevovala i listinná privilegia přiznávající určitým osobám výhodnější postavení. Rozsáhlejší soubory norem ve formě kodexů panovníka

¹⁹ Kincl, J.: *Všeobecné dějiny státu a práva*, 1. vydání, Praha, Panorama, 1983, str. 60

²⁰ David, R., Brierley, J.E.C.: *Major Legal Systems in the World Today*, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 39

bylo s ohledem na odpor šlechty obtížné prosadit. Společnost s rostoucími městy a rozvojem obchodu však potřebovala právo, aby zajistilo pořádek a bezpečnost potřebné pro společenský vývoj. Římské právo ale nebylo možno aplikovat bez dalšího, neboť jako právo starověkého otrokářského státu neodpovídalo potřebám státu feudálního. Mezi odlišnými a primitivními místními obyčejí se římské právo nabízelo ke studiu a obdivu. Vyznačovalo se svou dokonalostí, precizností právních pojmů a uchovalo se ve velmi ucelené podobě ve formě justiniánských kompilací přístupných v latinském jazyce. Jeho základy pomáhaly vytvářet nové právně teoretické a právně technické pojmy, jejichž potřeba vyvstala v důsledku společenského vývoje.

Rozvoj římskoprávní kultury za feudalismu se často označuje jako recepce římského práva. „O recepci, tedy o přejímání či přebírání římského práva, můžeme skutečně hovořit jenom tam, kde chyběla starší římskoprávní tradice. O recepci nejde v Itálii, která se od 12. století stala východiskem nového rozvoje římskoprávní vzdělanosti, a v určitém smyslu ani v jižní Francii, kde římské právo bylo užíváno od sklonku starověku.“²¹ Výraz recepce je naopak vhodný pro vývoj v Německu a střední Evropě.

Římské právo začalo být vyučováno na univerzitách, kde prošlo dalším vývojem. Následovala řada škol, disponujících svými vlastními metodami vysvětlování a komentování římskoprávních textů.

Počátky nové římskoprávní vzdělanosti se spojují s jednou z nejstarších univerzit v italské Bologni v období 11. a 12. století. V té době zde působil Irnerius se svými čtyřmi žáky, kteří jsou společně považováni za zakladatele školy glosátorů. Při studiu římskoprávních pramenů psali své poznatky do stručných poznámek, neboli glos, které uváděli na okraj rukopisů nebo mezi řádky. Při své práci tito zakladatelé poznávali justiniánské kodifikace a mají zásluhu na jejich zobecnění a sjednocení do tzv. vulgátního textu, z něhož pak vycházeli oni i jejich následovníci. Kromě glos vytvářeli také tzv. brocardy, neboli stručně formulovaná pravidla a summy, jež můžeme považovat za vědeckou literaturu. Škola glosátorů dosáhla svého vrcholu v polovině 13. století v souvislosti dílem Accursia (1182-1263), který přepracoval dílo svých

²¹ Kincl, J., Urfus, V.: Římské právo, Panorama, Praha 1990, str. 391

předchůdců do spisu obsahujícího přibližně 96 tisíc glos. Glosátoři měli značný ohlas i v zahraničí, např. na univerzitě v Oxfordu či Montpellier.

Na tuto školu navazovala ve 14. století škola komentátorů (postglosátorů), kteří byli považováni za dovršitele římskoprávní vzdělanosti. Jejich dílo ovlivnilo právní vývoj Evropy po další staletí. Rozdíl v jejich práci spočíval v tom, že obsah pramenů začali vykládat čili komentovat, pomocí argumentace vytvářeli teze a položili tak základy dnešní právní vědy založené na systematických obecných pojmech. Znakem jejich práce bylo spojení s praxí, svou pozornost věnovali kromě římského práva i právu platnému v Itálii a kanonickému právu. Vycházeli z přesvědčení, že je vždy nutné zohlednit místní statutární právo, ale v případě jeho neaplikovatelnosti bude aplikováno římské právo. Adaptovali římské právo novému rozvoji společnosti a jeho prezentaci systematizovali. „Římské právo bylo znovu prohlášeno za právo všeobecně platné, jinak řečeno za právo „obecné“ („*ius commune*“), tedy za právo, jež stojí jaksí v pozadí veškerého právního života.“²² Komentátoři se stali zakladateli nauky o jeho podpůrné (subsidiární) platnosti ve vztahu k městskému statutárnímu právu. Komentátoři rovněž vytvořili systém kolizních norem, který má dodnes význam v mezinárodním právu soukromém. Později začalo být pravidlo o subsidiární platnosti používáno obráceně a římské právo bylo aplikováno jako první. Mezi významné představitele této školy patří Cinus z Pistoje, Bartolus de Saxoferrato, Baldus de Ubaldis, v pozdější době Paulus de Castro. V zemích Koruny české byl za pomoci jednoho z postglosátorů, Gozzia z Orvieta, vydán v roce 1300 Horní zákoník Václava II., známý rovněž jako *Ius regale montanorum*, obsahující římskoprávní prvky.

Přínosem obou škol bylo zavedení typických právních pojmů, institutů a principů a vytvoření mezičlánku mezi římským právem a soudobou společností a položení základů teoretické právní vědy. Římské právo se však stále více vzdalovalo od svého původního modelu, bylo modernizováno a adaptováno na nové okolnosti společenského života.

V 16. století vznikla ve Francii nová římskoprávní škola, která se kriticky obracela ke škole glosátorů, požadovala návrat k původním římskoprávním pramenům

²² Kincl, J., Urfus, V.: *Římské právo*, Panorama, Praha 1990, str. 395

a vycházela z renesančního humanismu. Snažila se očistit antický odkaz od pozdějších nánosů, protože ve Francii bylo na právo nahlíženo pouze jako na „psaný rozum“, který bylo možno kdykoli odmítnout ve prospěch rozumnějšího řešení. Význam justiniánské kodifikace v jejích očích poklesl, pozornost byla naopak věnována dílu klasických římských právníků (Papinian, Ulpian). Zakladatelem této školy byl Ital Andreas Alcitatus. Její dílo dosáhlo v porovnání se středověkými školami vysoké úrovně a poskytlo nový rozměr římskoprávní vzdělanosti. Jejím pokračovatelem se stala holandská právní škola v Leydenu, jejíž rozkvět sahal až do 18. století. Její díla spolu s nizozemským právem pronikali do nizozemských kolonií. Jednalo se zejména o původní osady na jihu Afriky, odkud se římské právo šířilo dále na sever. Dnes je v podobě tzv. Roman-Dutch Law základem právního řádu Jihoafrické republiky.

Recepci římského práva ovlivnila také křesťanská ideologie. Římské právo ve středověku aplikovaly i církevní soudy v situacích, kdy nebylo možné užít kanonické právo. V té době do něj pronikl vliv křesťanské morálky, který se uplatnil např. při formování zásady *pacta sunt servanda* anebo pro utvrzení významu přísahy ve smluvních závazcích.

Římskoprávní vzdělanost pronikla do Anglie již ve 12. století. Zpočátku její činnost nalézala ohlas, o čemž svědčí právní knihy shrnující domácí anglické právo odrážející poznání římského práva. V Anglii však její rozkvět nepokračoval, neboť procesní charakter anglického práva a jeho formalismus byly překážkou recepce římského práva, jež nemohlo ovládnout královské soudnictví, které v té době nemělo všeobecnou působnost. „Za týchto podmienok nebolo možné predkladať rímskoprávne koncepcie a riešenia, aj keby boli bývali čo najrozumnejšie a najdokonalejšie. Rímske právo mohlo ovládnuť iba súdnicstvo, ktoré malo všeobecnú pôsobnosť.“²³ Mimo to zde díky silné tradici domácího práva narazila recepce římského práva na odpor panovníků a právníků, kteří upřednostňovali místní právo. Recepce římského práva se tak omezila jen na akademickou úroveň.

Praktická recepce římského práva v Německu se datuje od konce 15. století, přesněji od r. 1495, kdy byl v Německu vydán soudní řád pro říšský komorní soud.

²³ David, R. [přelož.: Bianchi, L.]: Anglické právo, 1. vydání, Bratislava, Vydavateľstvo Slovenskej akademie vied, 1972, str. 18

„Měl soudit podle „obecného práva říše“ („nach des Reiches gemeinen Rechten“) a teprve v druhé řadě přihlížet k právnímu řádu jednotlivých teritorií. „Obecným právem“ se rozumělo právo římské.“²⁴ Toto právo mělo být uplatněno v podobě vytvořené středověkými římskoprávními školami. Nositeli recepcce se stali právníci jako spojenci německých zeměpánů, kteří usilovali o přebudování svých teritorií na samostatné státy. Právně teoretickým problémem se stalo řešení poměru domácího a římského práva. Ačkoli komentátoři tuto otázku vyřešili naukou o subsidiární platnosti římského práva, v průběhu jeho recepcce v Německu se poměr dostal do opačného vztahu, neboť německé právo nebylo legislativně podchyceno a mělo výlučně obyčejovou podobu. V období počátků recepcce v Německu bylo zapotřebí teoreticky zdůvodnit platnost římského práva na jeho území, neboť středověká ideologie univerzálního římského impéria byla již přežitá. Tehdejší právní teorie si vypomohla historickou fikcí o „lotharské legendě“. „Její jádrem bylo tvrzení, že císař Lothar III. (1125-1137) zavedl platnost římského práva v říši zákonem.“²⁵ Tato legenda byla později vyvrácena, ale římské právo již mělo zajištěnu svou působnost prostřednictvím obyčeje, neboť jej respektovala i praxe. Obyčejové přijímání římského práva přineslo jeho změny spočívající v přiblížení k domácímu právu. V důsledku tohoto vývoje museli právníci od konce 16. století znát nejen římské právo (pandekty), ale i jejich moderní užití (usus modernus pandectarum). Posledně uvedený pojem představuje v Německu právní vědu vybudovanou na základě recipovaného římského práva, která se obrací jak k právu římskému, tak i domácímu. V 19. století vývoj v Německu pokračoval historickou školou, jejímž zakladatelem byl Friedrich Carl v. Savigny. Vyznačovala se zdůrazněním organického vývoje práva a jeho spojitosti s národními dějinami. Její představitelé se obraceli k čistému římskému právu v podobě justiniánských kodifikací a s uznáním posuzovali práci glosátorů. Recepcce se v jejím podání měla stát jedním z prostředků sjednocení Německa. Představitelé této školy, označovaní jako pandektisté, vybudovali obecnou teorii občanského práva, která nahradila rozmanité místní předpisy. V druhé polovině 19. století na tuto školu navázala německá pozitivistická škola, která se zabývala římským právem jako objektem historického zájmu a čistě teoretického zkoumání.

²⁴ Kincl, J., Urfus, V.: Římské právo, Panorama, Praha 1990, str. 408

²⁵ Tamtéž, str. 411

„A new school, the Natural Law School triumphed in the universities in the seventeenth and eighteenth centuries.“²⁶ (V 17. a 18. století dominovala na univerzitách nová, přirozenoprávní škola.) Tato škola byla založena na garancích svobody a respektování lidské osobnosti. Považovala právo za produkt rozumu a zdůrazňovala individuální přirozená práva člověka. V oblasti soukromého práva přijímala dílo postglosátorů a nakonec se sjednotila s římským právem vyučovaným na univerzitách. Ke střetu obou koncepcí v Evropě došlo na přelomu 18. a 19. století. Přirozenoprávní koncepce převládala ve Francii a v Rakousku a usilovala o zachycení přirozeného práva ve formě velkého kodexu. Naproti tomu historickoprávní koncepce převládající v Německu proti kodifikačním snahám vystupovala. Výsledkem střetu bylo převládnutí kodifikačního úsilí, jež následovalo od počátku 19. století. Vliv přirozenoprávní koncepce na právo kontinentální Evropy je však patrný dodnes. V oblasti veřejného práva římské právo nemohlo sloužit jako model, neboť neznalo ani ústavní, ani správní právo. Římské trestní právo bylo rozvinuto velmi málo a na univerzitách se nevyučovalo. „Roman law had formulated the distinction between public and private law, but this was done in order to leave public law, if indeed it existed, aside – in other words, jurists prudently avoided this reserved and dangerous area.“²⁷ (Římské právo vyjádřilo rozdíl mezi veřejným a soukromým právem, avšak toto bylo učiněno za účelem opuštění území veřejného práva, pokud skutečně existovalo – jinými slovy, právníci obezřetně obcházeli toto vyhrazené a nebezpečné území.) Přirozenoprávní škola dokončila práci univerzit navržením modelů ústavního, správního a trestního práva odvozeného od principů rozumu.

Obnovení studia římského práva představuje počátek kontinentálního typu právní kultury. Římské právo zůstávalo základem pro právní vzdělávání v kontinentální Evropě až do 19. století a počátků národních kodifikací. Jeho studiem na středověkých evropských univerzitách byly položeny důležité základy dnešního právního myšlení a vědy. Byly vytvořeny pojmy, instituce a členění práva jako součást této vědy, došlo k oddělení soukromého a veřejného práva, klasifikaci věcných a osobních práv. V této souvislosti není příliš významné, že konkrétní právní pravidla mohla být převzata

²⁶ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 46

²⁷ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 63

z místních, neřímských zdrojů. Římské právo se jako konstrukce vytvořená západoevropskými univerzitami stalo základem kontinentálního typu právní kultury. V podobě *ius commune* bylo teoretickým zevšeobecněním práva, univerzálním právem představujícím základ právního myšlení západní Evropy.

3.2. *Subsystémy kontinentálního typu právní kultury*

Kontinentální typ právní kultury tvoří homogenní systém. Jeho jednotlivé okruhy vznikly v důsledku odlišného historického, politického a filosofického vývoje. V současné době je rozšířen napříč celým světem. V důsledku dobrovolné recepce či kolonizace nyní zahrnuje řadu států v Evropě, střední a jižní Americe, Africe, Asii nebo např. Indonésii. „Různými cestami imitace, popř. přímého přejímání, francouzského občanského zákoníku a zčásti i ostatních (nejméně ze všeho občanského zákoníku rakouského) a zčásti vlastní historií (tak tomu bylo zejména v tzv. okruhu skandinávském) a vlastní legislativní invencí vznikaly pak subsystémy kontinentálního právního systému.“²⁸ V závislosti na shora uvedených faktorech lze vymezit následující okruhy neboli subsystémy kontinentálního typu právní kultury.

3.2.1. Francouzský okruh

Francouzský okruh je vzorem kontinentálního právního systému, jeho vliv za hranice byl v porovnání s ostatními okruhy této právní kultury nejrozsáhlejší. „Tento vliv zasahuje (ve větší či menší míře) většinu západoevropských zemí, země latinské Ameriky, četné země Blízkého i Dálného východu a jihovýchodní Asie, jakož i prakticky všechny africké státy, které vznikly na území bývalých francouzských a belgických kolonií, aj.“²⁹

Stěžejním dílem tohoto okruhu je francouzský občanský zákoník, plným názvem *Code Civil des Français*, nazývaný zkráceně *Code Civil* (užívaná zkratka „CC“) z roku 1804, zpracovaný pod vlivem filosofie J.J. Rousseaua, založený na myšlenkách francouzské revoluce, principech přirozeného práva a ovlivněný severofrancouzskými obyčejovými právy a římským právem. Výsledkem těchto vlivů byla formulace

²⁸ Knapp, V.: *Velké právní systémy*, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 113

²⁹ Tamtéž, str. 114

hlavních zásad CC – formální rovnost, smluvní svoboda a nedotknutelnost soukromého vlastnictví, která se zrcadlí v koncepci vlastnického práva jako práva užívat věc a disponovat s ní nejabsolutnějším způsobem, s výjimkou způsobů zakázaných zákonem nebo jinými právními předpisy. „Po obsahové stránce se CC vyznačuje uzavřeným systémem soukromého práva, na které se důsledně omezuje, zároveň si však klade za cíl podat vyčerpávající a úplný výklad o tomto právním odvětví.“³⁰

CC je ceněn pro jasné formulace, všeobecnou srozumitelnost, přehledné členění ovlivněné římským právem a relativní stručnost. CC se skládá z úvodního titulu a tří knih: právo osob (zahrnuje i rodinné právo), věcná práva (vlastnictví, držba, služebnosti) a obligační a dědické právo. Úvodní titul CC vyjadřuje víru v psané právo a jeho úplnost. CC obsahuje několik dalších důležitých zásad, např. *denegatio iustitiae*, *ne bis in idem* či explicitní zákaz precedenčního působení judikatury. Soudcům CC umožňuje, aby jej mohli vykládat s ohledem na nové společenské podmínky a doplňovat mezery v právu.

CC byl prvním klasickým kodexem a stal se vzorem legislativní techniky na evropském kontinentu. Je považován za významnou soukromoprávní kodifikaci a jeho kvalitu dokazuje i skutečnost, že je stále platným právním předpisem, který s výjimkou rodinného práva nebyl mnohokrát novelizován.

3.2.2. Rakouský okruh

Tento okruh je pro nás zajímavý pro společnou historii v rámci rakousko-uherské monarchie. Opírá se o obecný občanský zákoník z roku 1811, plným názvem „*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*“ (užívaná zkratka „*ABGB*“). Od počátku platil v neuherské části rakousko-uherské monarchie, v českých zemích byl zrušen až v roce 1950. Kromě Rumunska, Srbska a Řecka jeho vliv nepřesáhl území jeho původní platnosti. Jistý vliv zaznamenal v Chile a Brazílii. Přestože nedosahuje významu CC, jedná se o pozoruhodné legislativní dílo spočívající na základech římského práva a přirozenoprávního racionalismu. Jeho moderní pojetí je patrné zejména v důsledném

³⁰ Kincl, J.: *Všeobecné dějiny státu a práva*, Praha, Panorama 1983, str. 412

omezení na soukromé právo, v jednotném vlastnictví a přehledných ustanoveních. Tvoří systematicky uzavřený celek se zjevným vlivem římských institucí.

3.2.3. Německý okruh

Německý okruh kontinentálního práva je postaven částečně na římském a částečně na staroněmeckém právu, což se odráží v německém občanském zákoníku z roku 1896, plným názvem „Bürgerliches Gesetzbuch“ (užívaná zkratka „BGB“). Ovlivnil právní vývoj i za hranicemi Německa, a to ve Švýcarsku, Turecku a Maďarsku, na Dálném Východě - v Číně a Japonsku a rovněž v Brazílii. Části vycházející ze starého německého občanského práva postrádají filosofický základ a zákoník jako celek i pro svou nejednoznačnost není považován za příliš zdařilé legislativní dílo. Vzhledem k tomu, že stojí na základech jak starého německého, tak římského práva, nebylo dosaženo úplné jednoty občanského práva, neboť jeho část zůstala pod vlivem zemského práva (např. dědičný pacht, omezení vlastnictví). „Snaha o dokonalost a úplnost (jako hlavního ideálu pozitivismu) nevedly ale pouze ke kasuistice a nepřehlednosti, nýbrž i k tzv. kaučukovým formulacím, ... které dávají soudcům možnost volného výkladu, zejména smluvních vztahů...“³¹ K dalším jeho slabinám patří nesrozumitelnost a nepřehlednost.

3.2.4. Švýcarský okruh

Jeho hlavním pramenem je občanský zákoník, plným názvem „Zivilgesetzbuch“ (užívaná zkratka „ZGB“), sestávající ze dvou zákonů, a to z občanského zákoníku z roku 1907 a zákona o obligacích z roku 1911. Jeho text je silně poznamenán vlivem německého BGB a *usus modernus pandectarum*. Stejně jako německý BGB postrádá ucelený filosofický základ, obchodní právo v něm splývá s právem občanským tak, že v závazkové části převažuje obchodněprávní charakter. „Stylotvorným prvkem ZGB je ustanovení ukládající soudci v případě mezery v právu rozhodnout podle právního obyčeje, pokud neexistuje, rozhodnout jakoby byl sám zákonodárcem.“³² ZGB je charakteristický jednoduchými a ne příliš přesnými formulacemi. Za hranicemi ovlivnil právo v Turecku a některých zemích Blízkého východu. ZGB zakotvuje zásadu *treu und*

³¹ Kincl, J.: Všeobecné dějiny státu a práva, Praha, Panorama 1983, str. 414

³² Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, KEY Publishing 2008, str. 10

glauben (objektivní princip poctivosti a důvěry) a v souvislosti s ní stanoví zákaz zneužití práva.

3.2.5. Skandinávský okruh

V právu zahrnuje Dánsko, Finsko, Švédsko, Norsko a Island. Tento okruh práva se nejvíce odlišuje od základních rysů kontinentálního typu právní kultury a část odborné literatury zastává názor, že nepatří ani do jednoho ze dvou základních typů právní kultury, a že tvoří samostatnou skupinu *sui generis*. „Dánský autor Kocktvedgaard píše, že „dánské právo nemůže být řazeno k žádné známé právní rodině“, naproti tomu však je „těsně spjato s právem ostatních skandinávských zemí.“³³ Skandinávské právo se od ostatních kontinentálních subsystemů odlišuje inspirací ve starogermánském právu a pouze nepřímým vlivem římského práva.

Země skandinávského okruhu mají podobnost s angloamerickým právním systémem, zejména proto, že jejich občanské zákonodárství připouští soudcovskou tvorbu práva, ačkoli tato nemá charakter závazných precedentů. Soudní aplikace švédského a finského práva byla po několik staletí ovlivněna tzv. pravidly pro soudce (*Domarereglerna*), která formuloval okolo roku 1550 známý zastánce reformace, Olaus Petri. Tato pravidla nikdy neměla sílu zákona, byla však po staletí součástí oficiálních vydání švédských zákoníků a obsahovala překvapivé a někdy kontradiktorní metody pro práci soudců. Např. „The law which proves mischievous is no longer law.....one will consider as law that which proves to be most in conformity with the good of Man, even when the letter of the written law should seem to provide differently“³⁴ (Právo, které se ukáže být škodlivým, není nadále právem.....za právo lze považovat to, co je nejvíce ve shodě s dobrem člověka, dokonce i pokud by se zdálo, že psané právo stanoví jinak.) Pravidla pro soudce představují jednu z odchylek od kontinentální právní tradice a přibližují se spíše angloamerickému typu právní kultury. V současné době však aplikace práva v zemích skandinávského okruhu zachovává podobné principy jako v zemích evropského kontinentu. Přes shora uvedená specifika nelze země skandinávského

³³ Knapp, V.: *Velké právní systémy*, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 116

³⁴ David, R., Brierley, J.E.C.: *Major Legal Systems in the World Today*, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 123

okruhu zařadit do angloamerického typu právní kultury, neboť jejich právo neodvozuje svůj původ od práva anglického.

Recepce římského práva v těchto zemích neproběhla, římskoprávní vlivy se v nich uplatnily později, nepřímo z jiných evropských zemí, a to prostřednictvím skandinávských učenců, kteří se vzdělávali na evropských univerzitách, jednak díky katolické církvi jako nositeli římskoprávní vzdělanosti, která ovlivnila hlavně právo manželské a dědické. Římské právo netvoří základ práva zemí skandinávského okruhu, základem je zde právo domácího původu.

Občanské zákonodárství skandinávských zemí si stále uchovává svá specifika, zákoníky se nepokouší o vyčerpávající úpravu látky a ponechávají prostor aplikaci obyčeje a již zmíněné soudcovské tvorbě práva. Převažujícím pramenem práva je právo psané, absenci velkých civilních kodexů nahrazuje značné množství menších zákonů. Historickým zdrojem práva byl Švédský říšský zákoník z roku 1734 a zákoník Dánské právo krále Kristiána V. z roku 1683. Oba byly značně kazuistické, vybočovaly z mezí soukromého práva a zároveň jej však nevyčerpávaly.

V minulosti panovaly mezi skandinávskými zeměmi a Islandem úzké kulturní a politické vztahy, v době Kalmarské unie (1397 – 1523) bylo spojeno Dánsko, Švédsko a Norsko do jednoho království.

Od počátku 19. století byla zahájena spolupráce skandinávských zemí v zákonodárné oblasti, státy se zabývaly myšlenkou sjednocování právních řádů a vypracováváním návrhů společných zákonů. Spolupráce přinesla sjednocení obchodního práva a jemu blízkých oblastí. Vytvoření skandinávského občanského zákoníku se však ani přes podporu vlád nepodařilo realizovat.

Skandinávský právní okruh se vyvíjel relativně samostatně vedle obou hlavních světových typů právní kultury, podílel se na právním vývoji kontinentální Evropy, udržel si však své charakteristické zvláštnosti, avšak pro převahu psaného práva je zařazen kontinentálního typu právní kultury jako jeden z jeho subsystémů.

3.2.6. Latinskoamerický okruh

Latinskoamerickým okruhem se rozumí právo amerických států ležících na jih od Rio de Grande. Všechny státy v této oblasti mají základy v kontinentálním právním systému. Občanské právo je veskrze právo psané a ovlivněné evropskými kodifikacemi. Značnou část této oblasti ovlivnil od francouzské kodifikace odvozený občanský zákoník Chile, jehož vliv se dále šířil do Argentiny, Ekvádory a Nikaraguy. Brazilský občanský zákoník vznikl pod vlivem BGB, argentinský byl ovlivněn právem španělským. Občanské zákoníky Latinské Ameriky vznikaly v různém dobovém a specifickém kulturním prostředí, což odůvodňuje klasifikaci latinskoamerického okruhu jako zvláštního subsystému kontinentálního typu právní kultury.

3.2.7. Okruh bývalého socialistického práva

Tento okruh zahrnoval kromě SSSR i ostatní socialistické země, které původně náležely ke kontinentálnímu typu právní kultury. Vzhledem k existenci zcela protichůdných principů charakteru filosofického, politického a ekonomického odlišoval René David samostatnou rodinu socialistického práva. Avšak např. americká a anglická odborná literatura tehdejší doby řadila tento okruh do kontinentálního typu právní kultury, patrně z důvodu, že psané právo zde bylo hlavním pramenem práva. Proklamovaným ideálem těchto zemí bylo dosažení komunistické společnosti, kde stát ani právo neexistují, neboť nejsou potřebné. Předstupněm k dosažení tohoto ideálu bylo vytvoření socialismu, mezi jehož nejvýraznější právní rysy lze zařadit oficiální ideologii marxismu-leninismu promítající se do celého právního řádu, převažující státní vlastnictví výrobních prostředků, centrálně řízenou plánovanou ekonomiku, paralelní existenci více druhů vlastnictví (v základním členění na socialistické, osobní a soukromé vlastnictví), odchylky v obligačním právu zejména ve vztahu ke kontraktům v plánovaném sektoru, odmítnutí duality veřejného a soukromého práva, převaha norem kogentního charakteru, odmítnutí dělby moci mezi zákonodárnou, výkonnou a soudní, neboť veškerá moc byla koncentrována v rukou pracujících reprezentovaných komunistickou stranou.

Po postupné transformaci práva těchto zemí a jejich zpětném zařazení do kontinentálního typu právní kultury již není vyčlenění tohoto subsystému na místě.

3.2.8. Evropské právo

Evropské právo řadíme k výše uvedeným subsystémům kontinentálního typu právní kultury, neboť tvoří důležitou součást právních řádů většiny evropských států. Je systémem převážně psaného práva, přestože mezi základní prameny spadají také obecné právní zásady, které nejsou kodifikované a vychází z právních řádů členských států a rovněž nálezy Evropského soudního dvora, což ukazuje i na vliv angloamerického typu právní kultury. Celkově tíhne spíše ke kontinentálnímu typu právní kultury. Jedná se o supranacionální neboli nadstátní právo, které nelze včlenit do tradiční bipartice práva vnitrostátního a mezinárodního, neboť ačkoli se opírá o mezinárodněprávní základy, překračuje meze mezinárodního práva. Normotvorná, výkonná a soudní moc Evropské unie směřuje nejen vůči členským státům, ale rovněž vůči občanům a právnickým osobám těchto států. Evropské právo představuje výsledek záměrné integrační činnosti na rozdíl od ostatních okruhů kontinentálního právního systému, které vznikly přirozeným vývojem.

Právo Evropské unie je tvořeno třemi oblastmi: primární právo, sekundární právo a subsidiární právo. Primární a sekundární právo společně představují dvě základní složky unijního práva.³⁵

Primární právo sestává převážně ze zakládacích smluv Evropské unie. Smlouvy Evropské unie vymezují rozdělení pravomocí mezi Evropskou unií a členskými státy a rovněž úkoly a pravomoci jejích institucí a orgánů. Dále upravují výkon zákonodárné, výkonné a soudní moci v rámci Evropské unie. Primární právo Evropské unie tak představuje obdobu ústavního práva národního právního řádu.

Sekundární právo představuje jednostranné normativní právní akty, jimiž Unie vykonává své pravomoci. Toto právo se považuje za odvozené od primárního práva. Zahrnuje níže specifikované jednostranné normativní právní akty:

³⁵ Tomášek, M.; Týč, V. aj.: Právo Evropské unie, 1. vydání, Praha, Nakladatelství Leges, s.r.o., 2013

Nařízení jako obecně závazný normativní akt s bezprostředním účinkem. Přímo zakládá práva a povinnosti v právním řádu členských států. „Má v zásadě charakter zákona s celounijní působností.“³⁶

Směrnice jako obecně závazný normativní akt pouze co do dosažení výsledku. Využívají se v oblastech, kdy je vhodné zachovat vnitrostátní legislativu členských států, kterou není potřeba unifikovat, ale postačí ji harmonizovat. Směrnice tak stanoví pro všechny státy společné zásady, základní pravidla či minimální standard neboli určitý rámec, v němž zůstává vlastní právní úprava v dispozici členských států. Směrnice předpokládá její implementaci do vnitrostátního práva členských států v určitém čase. Nedojde-li v této době k její řádné implementaci, stává se po uplynutí implementační lhůty bezprostředně závaznou, je-li dostatečně určitá.

Rozhodnutí zahrnují různé akty jak individuálního tak normativního charakteru. Jsou-li v rozhodnutí uvedeni jeho adresáti, je závazné pouze pro ně, v opačném případě je závazné v celém rozsahu. Normativní rozhodnutí mají podobné účinky jako nařízení.³⁷ Jedná se zpravidla o akt prováděcího charakteru vydaný Komisí na základě zmocnění Smlouvou o fungování Evropské unie. Naproti tomu se individuální rozhodnutí zpravidla týká jednotlivých členských států, zejména v oblasti hospodářské soutěže.

Doporučení a stanoviska představují právně nezávazné akty.

K jednostranným normativním právním aktům dále řadíme tzv. „atypické“ akty, jako jsou sdělení, doporučení a bílé či zelené knihy. Nedílnou součástí sekundárního práva tvoří smluvní akty, mezi něž patří mezinárodní dohody uzavřené mezi Evropskou unií a třetími zeměmi nebo vnějšími institucemi, dále dohody mezi členskými státy anebo mezi jednotlivými institucemi Evropské unie.

Subsidiární právo zahrnuje kromě judikatury Evropského soudního dvora a Soudu první instance také obecné zásady práva a mezinárodní právo. Soudní dvůr se při vytváření judikatury inspiruje mezinárodním právem a často ve svých rozhodnutích

³⁶ Tomášek, M.; Týč, V. aj.: Právo Evropské unie, 1. vydání, Praha, Nakladatelství Leges, s.r.o., 2013, str. 108

³⁷ Tamtéž, str. 111

odkazuje na obecné zásady práva, zvyky a úzus. Význam judikatury nespočívá pouze v tom, že soud rozhodne v určitém řízení, ale v rámci těchto řízení se zpravidla vyslovuje i k otázkám výkladu práva Evropské unie a svým výkladem toto právo dotváří a sjednocuje.

Evropské právo vzniklo původně jako mezinárodní právo tří společenství, Evropského hospodářského společenství, Evropského společenství uhlí a oceli a Evropského společenství atomové energie, jež byla sjednocena v roce 1967 v Evropská společenství. Evropská unie byla založena v roce 1993 Smlouvou o Evropské unii, známou také jako Maastrichtská smlouva.

V červnu 2004 byla v Bruselu přijata Smlouva zakládající Ústavu pro Evropu jako náhrada základních právních dokumentů Evropských společenství a Evropské unie. Ratifikační proces skončil poté, co ji v referendech odmítla Francie a následně Nizozemí. Mezi její pozitivní stránky patřilo zpřehlednění pramenů primárního práva a odstranění tzv. chrámové struktury. Dále přinášela novou klasifikaci pramenů práva. Kritické hlasy poukazovaly na její zesilující integrační tendence, zrušení principu jednomyslnosti rozhodování v základních otázkách, její délku a složitost. Z důvodu její neúspěšné ratifikace bylo v roce 2007 ustoupeno od přijetí ucelené úpravy v podobě ústavní smlouvy a v Lisabonu byla podepsána tzv. reformní smlouva neboli Lisabonská smlouva, měnící Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropských společenství. V důsledku toho byla Evropská společenství nahrazena Evropskou unií, která získala právní subjektivitu. Cílem Lisabonské smlouvy je zajištění fungování Evropské unie do budoucna. Smlouva byla ratifikována všemi členskými státy a nabyla platnosti 1. prosince 2009.

Výše uvedené dělení kontinentálního typu právní kultury na dílčí okruhy neboli subsystémy vychází z členění provedeného Viktorem Knappem. Členění subsystémů v kontinentální právní kultuře není jednotné, například Aleš Gerloch³⁸ hovoří o okruhu románsko-germánském, skandinávském, východoevropském, balkánském a bývalých koloniálních zemích. René David rozeznává následující subsystémy: „To establish a degree of order within the family, it may thus be necessary to recognize secondary

³⁸ Gerloch, A.: Teorie Práva. 4. uprav. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, s.r.o. 2007. str.104

groupings – Latin, Germanic or Scandinavian laws, laws of Latin America, and so on.”³⁹ (Pro účely uspořádání uvnitř rodiny je nezbytné rozlišit sekundární seskupení – latinské, germánské, skandinávské právo, právo Latinské Ameriky, atd.)

3.3. *Prameny práva kontinentálního typu právní kultury*

Prameny práva mají pro klasifikaci velkých právních systémů zásadní význam. „Pramen práva je pojem o více významech: jednak vyjadřuje vnější formu právních norem (pramen práva ve formálním smyslu), jednak je chápán jako zdroj obsahu těchto norem (pramen práva v materiálním smyslu) a nakonec jako zdroj poznání práva (pramen práva v gnozeologickém smyslu).“⁴⁰ V dalším této práce pojednává o pramenech práva ve formálním smyslu. V tomto pojetí je právní norma vtělena v komunikační médium tvořící její formu. Tato média jsou formou právní normy a nazývají se též formálními prameny práva, anebo prostě prameny práva.⁴¹ Z hlediska právní komparatistiky rozlišujeme prameny psané (právo zákonné, smluvní, učené knihy a expertízy) a prameny nepsané (soudní rozhodnutí, právní obyčeje, obecné zásady právní, analogie, ekvita, rozum).

Základním pramenem kontinentálního systému práva je právo psané, a to ve formě právního předpisu jako psaného a publikovaného souboru právních norem, který je výsledkem legislativní činnosti orgánu veřejné moci a obsahuje právní normy jako předem stanovená pravidla chování. Mezi základní znaky právního předpisu patří jeho forma (textové vyjádření právního pravidla), normativita (jeho obsahem jsou právní pravidla obecného charakteru) a obecná závaznost jako způsobilost založit, změnit nebo zrušit subjektivní práva či povinnosti adresátů právní normy.⁴² K dalším znakům právního předpisu náleží jeho absolutní závaznost, jež zahrnuje povinnost adresátů znát jeho obsah a respektovat jej a dále dodržení předepsaného legislativního procesu uskutečněného orgánem veřejné moci oprávněným k jeho vydání. To platí jak pro tvorbu práva, tak pro jeho změny či rušení.

³⁹ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 34

⁴⁰ Gerloch, A.: Teorie Práva. 4. uprav. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, s.r.o. 2007. str.69

⁴¹ Knapp, V.: Velké právní systémy, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 55

⁴² Harvánek, J.: Teorie práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, str. 252

3.3.1. Zákon

Od 19. století je hlavním pramenem práva v tomto typu právní kultury zákon. Bylo by však velkým zjednodušením konstatovat, že zákon, resp. psané právo je jediným pramenem práva kontinentálního typu právní kultury. Nutno rovněž poznamenat, že vymezení pramenů práva kontinentálního typu právní kultury se může lišit v závislosti na příslušném odvětví práva, historické periodě a v neposlední řadě též na subjektivním osobním názoru každého právníka. Pojem zákona není zcela jednoznačný. Jeho významy se liší ve smyslu právním, morálním, sociologickém či fyzikálním. V právním smyslu jej lze vnímat v různé šíři a rovněž je potřeba odlišit zákon ve formálním smyslu (právní předpis přijatý zákonodárným sborem) a ve smyslu materiálním (objektivní platné právo). Právě zákonem ve formálním smyslu se budeme nadále zabývat. Zákon v tomto smyslu je výsledkem legislativního procesu jako uceleného systému postupů, na jehož základě zákonodárný orgán, zpravidla složený ze zástupců lidu, vydává formou rozhodnutí státem vynutitelná pravidla lidského chování.

Země kontinentálního typu právní kultury byly tradičně nazývány zeměmi psaného práva. Ačkoli v dnešní době nelze považovat zákon za jediný pramen práva tohoto typu právní kultury, stále je pramenem rozhodujícím. „Význam zákona v uvedeném formálním smyslu byl vyzvednut na přelomu 18. a 19. století.“⁴³ Vznikají zákoníky a zákon se stává rozhodujícím pramenem kontinentálního systému práva. Nyní mají všechny státy náležející k této právní kultuře psané právní předpisy, které tvoří hierarchii vystavěnou na základě jejich právní síly. V čele stojí psané ústavy jako prameny práva nejvyšší právní síly. „Tato právní síla právního předpisu souvisí zejména s postavením normotvorného orgánu veřejné moci, který má pravomoc přijímat určitý typ právního předpisu v soustavě těchto orgánů.“⁴⁴ Některé státy zřizují soudy nebo speciální orgány, které dohlížíjí na soulad zákonů a předpisů nižší právní síly s ústavou resp. ústavními zákony. Právní předpisy ve formě zákonů mají v hlavních právních odvětvích podobu kodexů, neboli zákoníků upravujících uceleně problematiku určitého právního odvětví nebo jeho velké části. Nepředstavují zvláštní pramen práva. Ve

⁴³ Gerloch, A., Maršálek, P.: Zákon v kontinentálním právu, 1. Vydání, Praha, EUROLEX BOHEMIA, 2005, str. 18

⁴⁴ Gerloch, A.: Teorie Práva. 4. uprav. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, s.r.o. 2007. str. 70

srovnání s ostatními zákony je jejich právní síla stejná, avšak faktický význam je větší. Usnadňují zejména interpretaci a aplikaci práva.

Nejnižší stupeň v hierarchii právních předpisů představují podzákoné právní normy. Obecně platí, že právní předpis nižší právní síly nesmí být v rozporu s právním předpisem vyšší právní síly.

Soustava obecně závazných normativních právních aktů ve federativních státech požívá specifický charakter. Federální ústavní zákony mají nejvyšší stupeň právní síly, avšak zákony federace a členských států mají stejný stupeň právní síly. Věci, které federální ústavní zákon nesvěřuje do působnosti federace, spadají do působnosti členských států. Vznikne-li rozpor mezi federálním zákonem a zákonem členského státu, došlo k porušení ústavního zákona federace, neboť buď členský stát anebo federace překročily svou působnost. Spory jsou řešeny cestou ústavního soudnictví, do té doby má aplikační přednost federální zákon.

Obecně závazné právní předpisy zejména ve formě zákona tvoří i nadále dominantní pramen kontinentálního systému práva. Tento stav je částečně výsledkem převzetí francouzského modelu práva jako vyjádření vůle většiny reprezentované zvolenými zástupci a navazujícího na římskoprávní tradici. Dle článku 5 francouzského CC je „soudcům zakázáno rozhodovat o věcech, které jim byly k rozhodnutí předloženy, výrokem obecným a normativním.“⁴⁵ Rovněž je tento stav důsledkem striktní dělby moci na zákonodárnou, jíž přísluší tvorba práva, a soudní, jež právo aplikuje. Postupem času, zejména po 2. světové válce, kdy započalo sbližování kontinentálního typu právní kultury s angloamerickým právním systémem, se vývoj ubírá k postupnému návratu k pluralitě právních pramenů a rostoucímu významu judikatury v kontinentálním typu právní kultury.

3.3.2. Normativní smlouva

Představuje další psaný pramen práva kontinentálního typu právní kultury. „Normativní smlouvy se svou podstatou podobají právním předpisům. Jsou tedy psané,

⁴⁵ Knapp, V.: Velké právní systémy, 1. Vydání, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 114

normativní i obecně závazné.⁴⁶ Normativní smlouva zpravidla zahrnuje vzájemné závazky smluvních stran a současně obecně závazná právní pravidla pro neurčitý okruh adresátů, v kontinentálním systému práva se vždy jedná o závaznost absolutní. Je nezbytné odlišit normativní smlouvu od relativně závazných smluv soukromého práva postrádajících obecnou závaznost. Legitimita normativní smlouvy se odvozuje od legitimacy subjektu, který ji uzavřel, takovým subjektem bývá stát nebo jím určený orgán. Svou povahou jsou podobné normativním právním aktům, liší se však způsobem jejich vzniku. Smlouva vždy představuje shodný projev vůle dvou a více stran, zatímco normativní právní akt je jednostranným projevem vůle zákonodárce. Rozlišujeme dvě základní skupiny normativních smluv, a to vnitrostátní a mezinárodní. Obě mohou za předpokladu naplnění níže uvedených podmínek představovat pramen práva, první skupina pramen práva vnitrostátního, druhá mezinárodního, z vůle zákonodárce se však může stát současně pramenem práva vnitrostátního.

Normativní smlouvy se uplatňují jako nejvýznamnější pramen mezinárodního práva, a to v podobě mezinárodní smlouvy. Její pojem definuje článek 2 Vídeňské úmluvy o smluvním právu z r. 1969, vyhlášené u nás vyhláškou č. 15/1988 Sb., o Vídeňské úmluvě o smluvním právu, který stanoví, že za smlouvu je považována „mezinárodní dohoda uzavřená mezi státy písemnou formou, řídící se mezinárodním právem, sepsaná v jediné nebo ve dvou či více souvisících listinách, ať je její název jakýkoliv“.⁴⁷ Mezinárodní smlouvu však může uzavřít i jiný subjekt mezinárodního práva veřejného, typicky mezivládní mezinárodní organizace. Mezinárodní smlouvy jsou často sepsáním nebo nahrazením původní obyčejové úpravy. Ne všechny mezinárodní smlouvy lze považovat za pramen práva, ale pouze ty z nich, které obsahují obecně závazná pravidla. Naproti tomu jejich charakter jako prameny práva neovlivňují jejich označení, která bývají různá, např. úmluva, dohoda, smlouva, charta, ujednání apod. Nejvýznamnější normativní smlouvou v mezinárodním právu je Charta OSN. Mezinárodní smlouva má rovněž zásadní význam pro právo Evropské unie, neboť celá její základní struktura je vybudována mezinárodními smlouvami.

⁴⁶ Harvánek, J.: Teorie práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, str. 254

⁴⁷ Vyhláška č. 15/1988 Sb., o Vídeňské úmluvě o smluvním právu

Česká republika jako ostatní demokratické státy dnešní doby inkorporuje mezinárodní smlouvy do vnitrostátního právního řádu, a to na základě ustanovení článku 10 Ústavy ČR, dle něhož vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas, tvoří součást právního řádu. „Vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.“⁴⁸ Na základě citovaného ustanovení se mezinárodní smlouvy staly pramenem práva v České republice s aplikační předností před zákonem. Pramenem vnitrostátního práva jsou však z vůle zákonodárce (resp. ústavodárce).

Vnitrostátní normativní smlouva je dvoustranné či vícestranné právní jednání učiněné v rámci vnitrostátního právního řádu. Jednou z podmínek její normativity je účast subjektu s legislativní pravomocí jako smluvní strany. „Ve vnitrostátním právu je smlouva – ovšem v podstatně jiném smyslu – pramenem práva (lex contractus) tehdy, upravuje-li v rámci dovolené autonomie smluvních stran vztahy právním předpisem neupravené nebo upravené normou dispozitivní.“⁴⁹ V současných vnitrostátních právních řádech kontinentálního typu se závaznost těchto norem zpravidla odvozuje od zákona. Příkladem vnitrostátní normativní smlouvy je kolektivní smlouva, která původně vznikla ve Skandinávii a následně se rozšířila do Evropy. Uzavírají je zaměstnavatelé a zaměstnanci v oblasti pracovního práva. Kolektivní smlouva není jako celek normativní smlouvou. Za normativní lze považovat pouze ty její části, které zakládají nároky zaměstnanců a představují formální pramen práva, neboť se vztahují na neurčitý počet zaměstnanců příslušného zaměstnavatele. Dalším příkladem normativní smlouvy jsou určité veřejnoprávní smlouvy, jsou-li uzavřeny mezi vnitrostátními subjekty a závazně regulují celou skupinu vztahů stejného druhu a neurčitého počtu, tedy za předpokladu, že jim právo (zákon) tuto závaznost přiznává. Dle definice obsažené v § 159 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, je veřejnoprávní smlouvou dvoustranný či vícestranný právní úkon, který zakládá, mění nebo ruší práva a povinnosti v oblasti veřejného práva. Normativní charakter však nelze přiznat automaticky všem veřejnoprávním smlouvám,

⁴⁸ Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů

⁴⁹ Knapp, V.: Velké právní systémy, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 56

ale jen těm, které disponují výše uvedeným normativním charakterem. Veřejnoprávní smlouvy jsou známé i v dalších zemích kontinentálního typu právní kultury, jako např. v Německu, Rakousku a Švýcarsku. Jejich úpravy veřejnoprávních smluv jsou velmi podobné naší, nejbližší je tomu tak u úpravy německé.

3.3.3. Obyčej

Obyčej představuje nejstarší pramen práva všech typů právní kultury. Obyčej náleží do kategorie nepsaného práva, což vyplývá již ze způsobu jeho vzniku. Z praktických důvodů byly obyčeje sepisovány, avšak ve formě neoficiálních sbírek, nemajících charakter pramene práva. Právní norma v něm obsažená není výtvořem záměrné činnosti zákonodárce, nýbrž vzniká spontánně, jako výsledek dlouhodobého, opakovaného a dobrovolného lidského chování akceptovaného veřejností i státem. K tomu, aby určité opakované chování mohlo být považováno za právní obyčej, je zapotřebí splnění následujících podmínek: zvyk musí být obecně zachovávaný (*usus longaevis*) a obecně považovaný za závazný (*opinio necessitatis*). Stane-li se v důsledku jeho oficiálního uznání pramenem práva, jedná se o *opinio iuris*. Dále se vyžaduje určitost obyčeje, tedy možnost stanovení jeho obsahu. Na základě existence či neexistence oficiálního uznání obyčeje odlišujeme faktické obyčeje a formální neboli formalizované obyčeje. Závaznost faktického obyčeje vzniká bez formálního potvrzení, v dnešním právu se však vyskytují jen výjimečně, prakticky už jen v oblasti mezinárodního práva. S formálním obyčejem se lze setkat ve vnitrostátních právních řádech, kde bývá konzumovaný právním předpisem nebo v angloamerickém typu právní kultury *precedentem*. Obyčej se pak stává obsahem tohoto pramene práva. Naproti tomu obsažením mezinárodního obyčeje do jiného pramene práva, např. mezinárodní smlouvy nedochází k jeho konzumaci a obyčej nadále platí vedle svého formálního zachycení.

V právní vědě rozlišujeme celkem tři následující alternativy vztahu obyčeje a psaného práva, v důsledku čehož dělíme obyčeje na: obyčeje *secundum legem* (v souladu se zákonem), *praeter legem* (mimo působení zákona) a *contra legem* (jdoucí proti zákonu, jsou zákonem zakázány). „V kontinentálním právu není právní obyčej pramenem práva (v českých zemích od roku 1811, od vydání rakouského Všeobecného

občanského zákoníku (ABGB), na Slovensku od r. 1950, kdy byl přijat občanský zákoník platný pro celé území československého státu.)⁵⁰

3.3.4. Soudcovské právo

„Právo soudcovské je vytvářeno rozhodnutími soudu, která mají povahu závazných precedentů.“⁵¹ Precedens představuje první soudní řešení daného typu případu, zatím právem neupraveného a stává se závazným pro obdobné případy v budoucnosti. Jako formálně závazný pramen práva je uznáván v angloamerickém typu právní kultury a v mezinárodním právu.

Názory na postavení soudního rozhodnutí jako pramene práva v kontinentálním typu právní kultury se v odborné literatuře liší. Někteří autoři jej nepřipouštějí vůbec, jiní pouze zřídka a další naopak zastávají názor, že i v kontinentálním typu právní kultury je relevantním pramenem práva. Země kontinentálního typu právní kultury jsou tradičně považovány za země psaného práva. Nebylo tomu tak od počátku, neboť ještě před obdobím velkých kodifikací bývala soudní rozhodnutí například v oblasti zemského práva na území českého království přirozeně respektována. V následném období velkých kodifikací bylo na evropském kontinentu právě na základě výslovných ustanovení nových civilních kodexů vyloučeno normativní působení judikatury. Jako příklad může posloužit již uváděný článek 5. francouzského CC, který zakazuje soudci rozhodovat o předložených věcech obecným a normativním výrokem. Uvedené pravidlo nachází svůj ekvivalent v právu ostatních zemí kontinentálního typu právní kultury kromě několika málo výjimek.

Nové občanské zákoníky evropských zemí již dávají soudcům větší volnost při soudcovském dotváření práva. Působení soudních rozhodnutí zde má však stále jiný charakter než v angloamerickém systému práva. Soudce v kontinentálním typu právní kultury právo nevytváří, pouze dotváří v rámci mezí daných zákonem, platí tu striktní zásada, že soudcovské právo je pouze *ius dicit inter partes*. Rozhodnutí vyšších soudů, která se publikují v oficiálních sbírkách, disponují argumentační závazností a jsou

⁵⁰ Gerloch, A.: Teorie Práva. 4. uprav. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, s.r.o. 2007. str. 75

⁵¹ Knapp, V., Teorie práva, 1. vydání Praha, C.H.Beck, 1995, str. 95

následně využívána praxí avšak bez toho, aby se stala obecně závaznými. Klíčové judikáty mají quasiprecedenční význam. Přínosem tohoto přístupu je zvýšení míry právní jistoty, neboť konkrétní řešení právní situace vytváří oprávněná očekávání adresátů právních norem. Stejně jako se v angloamerickém typu právní kultury staly pramenem práva vedle precedentů i zákony, tak v kontinentálním systému nabývá význam soudních rozhodnutí, která je nutno zveřejňovat. Nadále však platí, že soudní rozhodnutí zde působí svou argumentační závazností, tedy představují argument do té doby, než bude nalezen lepší, což je vždy zapotřebí pečlivě odůvodnit. V tomto smyslu mohou být soudní rozhodnutí považována za pramen práva kontinentálního typu právní kultury *sui generis*. V České republice disponuje argumentační závazností judikatura vyšších soudů publikovaná v oficiálních sbírkách, což obdobně platí např. pro Itálii, Španělsko nebo Francii.

Určitou výjimku představuje soudcovské právo v Nizozemí a ve Skandinávii, kde je považováno za subsidiární právní pramen.

Nabytí účinnosti tzv. přístupové smlouvy o rozšíření Evropské unie vnáší do českého práva a práva ostatních členských států Evropské unie soudně-precedenční systém Evropského soudního dvora, což představuje významný prvek ovlivňující skladbu pramenů práva zemí kontinentálního typu právní kultury, které mají v Evropské unii většinové zastoupení. Avšak jen některá z těchto rozhodnutí obsahují obecně závazná právní pravidla, a tudíž mají charakter soudních precedentů. Zpravidla se nejedná o soudcovskou tvorbu práva, ale jen o jeho dotváření.

V rámci evropské dimenze je potřeba zmínit také vliv judikatury Evropského soudu pro lidská práva. Smluvní strany Evropské úmluvy pro lidská práva jsou povinny přiznat každému, kdo podléhá jejich jurisdikci, práva a svobody zaručené touto úmluvou. Rozsudky Evropského soudu pro lidská práva jsou pro dotčenou smluvní stranu úmluvy závazné. I v této oblasti tak dochází prostřednictvím rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva k sjednocování aplikace práva, a tím i jeho interpretace.

Některá rozhodnutí ústavních soudů mají povahu negativního zákonodárství, neboť mohou vydat rozhodnutí rušící právní předpis pro jeho nesoulad s ústavou nebo jinými právními akty vyšší právní síly.

Ústavní soud ČR vyjádřil význam soudcovského práva ve svém rozhodnutí č. III.ÚS 252/04 tak, že učiněný výklad by měl být východiskem pro rozhodování dalších případů stejného druhu, a to z důvodu právní jistoty a předvídatelnosti práva. Z toho nevyplývá kategorická neměnnost výkladu a aplikace práva, judikatura může být na základě shledání dodatečných relevantních důvodů změněna, měla by však být transparentně odůvodněna a opírat se o akceptovatelné, racionální a objektivní důvody. Aktuální judikatura Ústavního soudu, Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu (např. rozh. č. 398/2004 Sb. NSS, sešit 10/2004) podporuje snahu rozhodovat stejné nebo podobné případy identicky.⁵² Požadavek na konzistentnost rozhodování bylo možné v českém právním řádu nalézt ještě před přijetím Občanského zákoníku, a to jak na ústavní úrovni, zejména v čl. 36 Listiny základních práv a svobod, tak na úrovni zákona – v § 20 zákona č. 6/2012 Sb., o soudech a soudcích, ve znění pozdějších předpisů a v § 17 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů. Po přijetí Občanského zákoníku nalezneme modifikované legislativní zakotvení tohoto postoje v § 13 Občanského zákoníku, dle něhož může každý důvodně očekávat, že jeho právní případ bude rozhodnut obdobně jako již rozhodnutý právní případ, který se shoduje s rozhodovaným případem v podstatných znacích. Bude-li jeho případ rozhodnut jinak, může se každý domáhat vysvětlení důvodu pro tuto odchylku. Uvedené ustanovení koncepčně sleduje doktrínu *stare decisis* a slouží ke sjednocení rozhodovací praxe při aplikaci relativně abstraktních právních norem a k dotváření práva, což má význam pro právní jistotu. „Přesto lze toto ustanovení považovat za významné novum v právní regulaci, neboť explicitně deklaruje právo na stejné rozhodnutí ve skutkově stejné věci, což dosud v českém právním řádu výslovně zakotveno nebylo.“⁵³ Ustanovení § 13 Občanského zákoníku zakládá hmotné subjektivní právo na respektování existující rozhodovací soudní praxe, nezabývá se však již souvisejícími procesními otázkami.

⁵² Důvodová zpráva k Občanskému zákoníku, zvláštní část, k § 13

⁵³ Gerloch, A; Tryzna, J: Soudce, 2014, č. 2, Úvaha nad principem legitimního očekávání obdobného posouzení právního případu, str. 14 - 19

Zejména není stanoveno, zda se týká pouze ustálené judikatury vyšších anebo všech soudů. Z toho lze dovodit, že i ustálená rozhodovací praxe nižších soudů je způsobilá vyvolat předvídané účinky. A dále, že odchylka od ustálené judikatury může být přípustná pouze v případě jejího založení na skutkových okolnostech a nikoli na změně názoru na právní otázky. To může ve svých důsledcích vést k nebezpečí rozporu judikatury obecných soudů a Ústavního soudu a k určité konzervaci judikatury i tam, kde by to nebylo žádoucí. Skutečné působení § 13 Občanského zákoníku v praxi ukáže budoucnost. Dle názoru autora této práce by sjednocení judikatury mělo probíhat až na úrovni vyšších soudů, neboť takový postup koresponduje s jejich postavením v soudní hierarchii a pouze v této podobě může dojít k naplnění cíle sledovaného § 13 Občanského zákoníku, jímž je sjednocení dosavadní rozhodovací praxe a posílení právní jistoty. Inspiraci lze nalézt angloamerickém právním systému, kde mohou precedenční rozhodnutí vydávat pouze vyšší soudy oprávněné vydávat precedenty.

Shora uvedené tendence spolu s obdobným vlivem judikatury Mezinárodního soudního dvora směřují k judicializaci práva v zemích kontinentálního typu právní kultury. Oproti zemím angloamerického právního systému se soudní rozhodnutí nestávají pramenem práva a i přes výrazné posílení jejich významu si i nadále uchovávají pouze argumentační závaznost.

3.3.5. Doktrinální publikace

V kontinentálním typu právní kultury představovaly po staletí podstatný pramen práva. Principy práva se zde vyvinuly mezi třináctým a devatenáctým stoletím pod vlivem univerzit. Teprve s nástupem kodifikací devatenáctého století bylo jako primární pramen práva upřednostněno psané právo. To však neznamená popření významu doktrinálních publikací jako pramene práva, neboť takový postoj je v rozporu s tradicí kontinentálního typu právní kultury.

V současné době jsou doktrinální publikace pramenem práva nezávazného charakteru, neboť nedisponují formální legitimitou. Jejich argumentační závaznost však může být relevantní v závislosti na kvalitě prezentovaného právního názoru nebo dobrému renomé autora.

Obecně lze říci, že doktrinální literatura vytváří v kontinentálním typu právní kultury právní terminologii, ovlivňuje legislativu, zakládá metody interpretace a aplikace práva, čímž se stává nepřímým pramenem práva. Rozdílný způsob práce autorů těchto publikací v jednotlivých zemích může mít za následek vznik dojmu, že dva velmi si blízké právní řády vykazují základní odlišnosti.

Doktrinální literatura zemí kontinentálního typu právní kultury se liší formou i přístupem. Ve Švýcarsku a Německu je preferována forma komentovaných zákoníků, zatímco ve Francii právníci preferují odborné publikace nebo příručky. V současné době se oba přístupy v uvedených zemích sblížují a například oproti Itálii, Španělsku a Portugalsku kladou větší důraz na praxi včetně soudní judikatury. „Law teaching is directed principally to the exposition of the basic principles and concepts of the legal system rather than to explaining to student show a problem is solved in practice.“⁵⁴ (Výuka práva je přímo spojena s interpretací základních principů a pojmů právního systému, spíše než s vysvětlováním studentům, jak je problém řešen v praxi.) Důvodem oddělení doktrinální literatury a praxe v těchto zemích je historický dualismus práva univerzit a praxe.

Právní řád České republiky rovněž nevyklučuje užití doktrinální publikace jako sekundárního pramene práva, a to ani v soudní praxi, neboť ačkoli dle článku 95 odstavec 1 Ústavy ČR je soudce při rozhodování vázán pouze zákonem a mezinárodní smlouvou, přiznání argumentační závaznosti významné doktrinální publikaci nepředstavuje z jeho strany protizákonný nebo neústavní postup.

3.3.6. Právní principy a obecné zásady právní

Právní teorie nedosáhla jednoty v definici právních principů. Na rozdíl od právních předpisů nejsou právní principy konkrétně vyjádřeny či definovány. Jejich existenci vyvozujeme z právních předpisů, doktrinálních publikací, případně vlastní úvahy. Obecně lze konstatovat, že se jedná o pravidla společná právu různých zemí či právu v různých obdobích, pokud hovoříme o jednom typu právní kultury. „Typickým znakem právních principů tedy je, že jsou to pravidla, která jsou víceméně společná

⁵⁴ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons 1985, str. 149

právu různých zemí, popř. i období, pokud jde o právní řády v dosahu téhož typu právní kultury.⁵⁵ Právní principy se uplatňují ve vnitrostátních právních řádech, a to buď v celém rozsahu určitého právního řádu nebo v rámci příslušného právního odvětví či právního institutu. Jejich univerzální dosah lze posoudit prostřednictvím metod právní komparatistiky.

Právní teorie rozlišuje následující typy právních principů:

Pozitivní principy práva, formulované v normách pozitivního práva, buď tvoří obsah zákonných ustanovení, nebo jsou normami vytvořenými na základě prvků obsažených v zákonných ustanoveních, hrajícími klíčovou roli v právním institutu, odvětví nebo celém systému.

Implicitní principy práva, pravidla vyvozená úsudky ze zákonných ustanovení či norem.

Extrasystémové principy práva, netvoří součást systému práva, jsou s ním však spjaty. Právní systém se jich může dovolávat při interpretaci a aplikaci práva, významnou roli hrají rovněž v právní makrokomparatistice, neboť pomáhají charakterizovat velké právní systémy.

Určité právní principy jsou označovány jako nezrušitelné v rámci dané právní kultury. Tato nezrušitelnost nebo spíše intenzita jejich platnosti má však své limity v hranicích pozitivního práva. Tyto principy zajišťují funkčnost práva, jejich zrušením by zákonodárce překročil meze regulovatelnosti vztahů a chování pomocí práva a současně by narušil efektivnost normativního právního systému, čímž by ohrozil celou soustavu nebo oblast právem regulovaných vztahů. Příkladem tohoto typu principu je např. *lex retro non agit* (zákon nepůsobí nazpět) nebo *ignorantia legis non excusat* (neznalost zákona neomlouvá). Vedle nich se objevují mladší právní principy vyjadřující pojem právního státu, v českém právním řádu jsou vyjádřeny například v článku 2 odstavci 2 Listiny základních práv a svobod: „Státní moc lze uplatňovat jen

⁵⁵ Kolokvium: Právní principy, Pelhřimov, Vydavatelství 999, 1999, str. 26

v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který stanoví zákon.⁵⁶ A dále rovněž v článku 2 odstavci 3 Listiny základních práv a svobod: „Každý občan může činit, co není zákonem zakázáno a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“⁵⁷ Podle článku 9 Ústavy ČR je změna těchto právních principů nepřipustná, neboť patří k podstatným náležitostem demokratického právního státu.

Některé právní principy mají svůj původ ve starém Římě, jiné jsou důsledkem právního vývoje od vzniku konstitucionalismu, od zavedení zásady rovnosti občanů před zákonem nebo počátků právního státu.

Obecné právní zásady představují konkretizaci právních principů a jejich rozpracování, hranice mezi oběma pojmy je však neostrá. Rozdíl mezi nimi představuje míra abstrakce, kde tyto zásady konkretizují právní principy. „Obecně a velmi přibližně lze říci, že jde o všeobecné postuláty na lidské chování uznávané v civilizovaných zemích a intuitivně vnímané jako zásady právní, a to bez zřetele k tomu, zda jsou explicitně vyjádřeny v zákoně, tedy de lege lata.“⁵⁸ V kontinentálním právním systému jsou obecné zásady právní uznávány především v oblasti soukromého práva, ale i v oblasti práva veřejného, zejména ústavního.

Právní principy a obecné zásady právní mají ze své podstaty argumentační závaznost. Působí buď normativně ze své vlastní síly nebo ze síly zákona, nebo působí interpretačně či nepůsobí vůbec. Na rozdíl od právních předpisů nelze konstatovat jejich platnost nebo neplatnost, ale pouze intenzitu jejich platnosti. Dostanou-li se tyto principy či zásady do kolize, upřednostníme ve výsledku některý z nich, ostatní principy je však nutné ochránit v maximální možné míře, neboť stále platí. Právní principy tvoří neodmyslitelnou součást práva, neboť slouží ke zhojení problémů ostatních pramenů práva, zejména právních předpisů, jimž se nelze vyhnout. Používají se k vyplnění mezer pozitivního práva nebo k řešení právních otázek, na které s ostatními prameny práva, zejména právními předpisy, nevystačíme.

⁵⁶ Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku ČR, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb., kterým se mění Listina základních práv a svobod

⁵⁷ Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku ČR, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb., kterým se mění Listina základních práv a svobod

⁵⁸ Knapp, V.: Velké právní systémy, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 60

Závěrem lze k tématu pramenů práva kontinentálního typu právní kultury shrnout, že rozhodujícím pramenem práva zůstává i nadále zákon. Dalším psaným pramenem práva v tomto systému je normativní smlouva. Obyčejové právo se zde nachází zpravidla v podobě konzumované právním předpisem, pak se však stává obsahem tohoto pramene práva. Názory na postavení soudcovského práva jako dalšího pramene práva v kontinentální právní kultuře nejsou jednotné, panuje však shoda na argumentační závaznosti rozhodnutí vyšších soudů publikovaných v oficiálních sbírkách využívanými praxi bez toho, aby se staly obecně závaznými. V této souvislosti hovoříme též o quasiprecedenční závaznosti. Výjimku představuje Nizozemí a Skandinávie, kde je soudcovské právo považováno za subsidiární pramen práva. Význam quasiprecedenčních rozsudků stále stoupá, svou roli v tomto procesu hraje i stále intenzivnější sblížení angloamerického a kontinentálního typu právní kultury. Podstatnou roli hrají rovněž ta rozhodnutí Evropského soudního dvora, která mají precedenční charakter. Doktrinální publikace disponují argumentační závazností v závislosti na kvalitě prezentovaného názoru a reputaci jejich autora. Rovněž právní principy a obecné právní zásady mají argumentační závaznost, nejsou-li vtěleny přímo do právního předpisu, jehož obsahem se pak stávají.

Zákon tak představuje hlavní, nikoli však jediný pramen práva kontinentální právní kultury. „The legal rule as formulated by the legislators, in these circumstances, is thus only a kernel around which „secondary“ rules are built up.“⁵⁹ (Právní pravidlo formulované zákonodárcem je za těchto okolností pouze jádrem, okolo něhož jsou vystavěna sekundární pravidla.). Tato sekundární právní pravidla, ať již jako druhotné prameny práva nebo pravidla pouze argumentačně závazná hrají v kontinentálním právním systému významnou roli, neboť napomáhají zhojení nedostatků právních předpisů, odstraňují mezery v nich, zabraňují doslovné aplikaci právního předpisu v situaci, kdy by vedla k absurdnímu řešení a přispívají rovněž k ucelení právního řádu, jeho stabilitě a vnitřní jednotě.

Kontinentální typ právní kultury je úzce spjat s ideou právního státu vycházející z myšlenky dominance zákona jako projevu vůle zákonodárského sboru. Koncepce

⁵⁹ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 99

právního státu navazuje na ideály osvícenství a Velké francouzské revoluce. V té době vzešla myšlenka, že pouze lid se může sám omezit na svých právech. „Parlament je tvůrcem práva a bez zákona nelze mluvit o právním státu.“⁶⁰ Pod vlivem právního pozitivismu 19. století bylo vyjádřeno tzv. formální pojetí právního státu, jehož podstatou bylo omezení výkonu státní moci striktním dodržováním zákonů. Následně se v reakci na krizi formálního pojetí právního státu (přelom 19. a 20. století) vyvíjí materiální koncepce právního státu, která formální koncepci rozvíjí a doplňuje další kritéria legitimacy. Mezi základní znaky materiálního pojetí právního státu řadíme: vázanost státu právem, lidská práva, dělbu moci a demokratický charakter státu. V angloamerickém typu právní kultury s tímto pojetím koresponduje tzv. panství práva neboli „rule of law“, o němž bude pojednáno v následujícím oddílu této práce.

4. Angloamerický typ právní kultury

Angloamerický typ právní kultury vznikl ve středověké Anglii jako výsledek praxe královských soudů pro dobytí Anglie Normany v roce 1066. „Nové královské sudy si v týchto podmienkach museli postupne vytvorit' nové právo, ktoré sa nazývalo commune ley, neskoršie common law.“⁶¹ Právě precedenty královských soudů se staly základem anglického práva a poté se pojem common law ujal v nejširším měřítku, podobně jako označení kontinentálního typu právní kultury pojmem „civil law“. Oba výrazy (common law, civil law) užitě k pojmenování celého typu právní kultury nejsou zcela přesné, neboť označují vždy jen určitou, typickou část daného právního systému. „Common law je důležitým prvkom v rámci angloamerického typu právní kultury. Je to pojem o více významech. V nejširším slova smyslu je označením pro angloamerický typ právní kultury vůbec. V užším slova smyslu jde o tzv. obecné právo, tvořené soudními precedenty a obyčejovým právem ve Velké Británii. V nejužším smyslu jde o jeden ze dvou systémů soudcovského práva (vedle equity) ve Velké Británii.“⁶²

⁶⁰ Gerloch, A.: Teorie práva, 5. vydání, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009, str. 196

⁶¹ David, R. [přelož.: Bianchi, L.]: Anglické právo, 1. vydání, Bratislava, Vydavateľstvo Slovenskej akademie vied, 1972, str. 16

⁶² Gerloch, A.: Teorie práva, 5. vydání, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009, str. 105

Oproti kontinentálnímu typu právní kultury je angloamerický systém práva mnohem mladší. Vyznačuje se pluralitou pramenů práva a širokým uplatněním soudních precedentů. Soudci v angloamerickém systému právo nalézají, vyšší soudy jej mohou i tvořit. Klasické kontinentální členění práva na soukromé a veřejné se zde neuplatní, existuje zde však dělení na common law a equity. Členění práva na jednotlivá odvětví je také rozdílné. Rovněž zákonodárná a soudní moc nejsou zcela odděleny. Právní instituce a právní terminologie vykazují zvláštnosti oproti kontinentálnímu typu právní kultury, a to v důsledku odlišného způsobu myšlení a historického vývoje. Pojetí státu je založeno na vládě práva (rule of law).

„Anglickým právom nazývame právny systém, ktorý sa používa v Anglicku a vo Walesi.“⁶³ Užívá se pro něj obrat *Laws of England and Wales*. Je třeba nadále rozlišovat mezi právem anglickým, právem britským zahrnujícím kromě Anglie a Walesu také Skotsko a právem Spojeného království zahrnujícím navíc ještě Severní Irsko a představujícím vnitřně rozdílný systém právních řádů obsahujících částečně jednotnou úpravu.

Angloamerický právní systém se prostřednictvím kolonizace rozšířil do celé bývalé britské říše a zůstává v těchto státech zachovávan i poté, co se osvobodily z anglické nadvlády. Nejvýznamnější z nich jsou Spojené státy americké, kde se však právní systém značně odchýlil od anglického. Poté, co se začala závislá britská území osamostatňovat, došlo k rozčlenění angloamerického systému práva. „Angloamerický systém práva lze tedy členit na okruhy (podsystemy) anglický, americký (USA), kanadský, australský, novozélandský, indický, k nimž lze přiřadit právo irské (republiky Irsko) a právo ostatních států, které vznikly dekolonizací Britského impéria.“⁶⁴

Jako jeho základní členění se však užívá dělení na právo anglické a na právo USA, které je z práva anglického odvozeno, avšak vykazuje určité zvláštnosti. Z tohoto důvodu bude v této práci věnována pozornost každému z uvedených dvou základních pilířů angloamerického typu právní kultury samostatně.

⁶³ David, R. [přelož.: Bianchi, L.]: Anglické právo, 1. vydání, Bratislava, Vydavateľstvo Slovenskej akademie vied, 1972, str. 9

⁶⁴ Knapp, V.: Velké právní systémy, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 164

Okruh práva anglického zahrnuje právo kanadské, australské, novozélandské a právo dalších zemí Commonwealth, tj. Spojeného království a zemí dříve ovládaných Velkou Británií. Členské státy Commonwealth jsou tímto právem i nadále ovlivňovány, a to i prostřednictvím možnosti dovolání z některých těchto zemí k dovolacímu soudu do Londýna.

Do okruhu angloamerického práva řadíme vedle USA, i Britské ostrovy (Channel Islands a Isle of Man), neboť nejsou součástí Spojeného království Velké Británie a Severního Irska a ačkoli mají k anglickému právu zvláštní status, jejich právo se na něm vyvíjelo nezávisle. Patří sem dále též právo Irské republiky.

4.1. Historický vývoj angloamerického typu právní kultury

4.1.1. Anglické právo

Dějiny státu a práva v Anglii se datují od poloviny 5. století našeho letopočtu, kdy ji začaly osídlovat germánské kmeny Anglů, Sasů a Jutů. Právo Anglosasů vzniklo v důsledku rozpadu rodového zřízení a tvořily jej zejména místní obyčeje. Významným historickým mezníkem pro vývoj anglického práva se stalo dobytí Anglie normanským vévodou Vilémem Dobyvatelem r. 1066, jež ukončuje anglosaské období dějin státu a práva.

Dobytí Anglie Normany mělo z hlediska vývoje práva významné následky. Došlo k rozdělení půdy mezi dobyvatele, královská moc výrazně posílila a co je nejvýznamnější, byly položeny základy vzniku tzv. obecného práva, zvaného *commune ley*, později *common law*. „Tento pojem je obtížné přeložit jedním výrazem – lze ho totiž chápat jako „společné právo“ (tj. společné pro celou Anglii na rozdíl od místních právních systémů jednotlivých baronských panství) nebo též „obecné právo“, protože mělo a má ve vztahu k dílčím zákonům, které byly králem a parlamentem vydávány, funkci obecnou, subsidiární, podobně jako v kontinentálním systému občanský zákoník je obecným předpisem ve vztahu ke speciálním zákonům soukromého práva, např. k zákoníku obchodnímu.“⁶⁵ Obecné právo vzniklo spojením anglosaských a normanských právních obyčejů a královských soudních rozkazů. Utvářelo se pod

⁶⁵ Boháček, M: Základy amerického obchodního práva, Praha, Linde Praha, a.s., 2007, str. 25

vlivem římského a kanonického práva, své vyjádření našlo v soudních rozhodnutích od 13. století zapisovaných do zvláštních knih. Rozhodnutí vyššího soudu nabývala závaznosti pro nižší soudy projednávající analogický případ. Taková závazná rozhodnutí se nazývají precedenty, z nichž nejdůležitější byly zapisovány do tzv. ročenek (*Yearbooks*).

Vznik common law se spojuje s vládou Jindřicha I.. „Je pokládán nejen za zakladatele nové dynastie Plantagenetů, ale také za otce „common law“.⁶⁶ Zavedl výhradní královské soudnictví nad určitými typy případů týkajícími se zájmů Koruny, jež vyňal z pravomoci místních soudů. Jednalo se o soudy veřejného práva, soukromoprávní vztahy zůstaly i nadále v působnosti tradičního soudnictví. Zpočátku bylo common law právem veřejným, avšak rozšířením působnosti královských soudů, jejichž pravomoc byla jednotlivci žádaná z důvodu užití modernějšího procesu a účinnějšího zabezpečení výkonu rozhodnutí oproti místním soudům, common law přestávalo být veřejným právem a stalo se všeobecným právním systémem. Rozdíl mezi veřejným a soukromým právem se stíral spolu se zánikem tradičního místního soudnictví. Tím je historicky odůvodněn typický rys common law, které nerozlišuje mezi právem veřejným a soukromým. Pro common law byla od jeho počátku významná procesní část. Působnost královských soudů byla původně omezena jen na spory týkající se zájmů Koruny. Nejprve bylo potřeba přesvědčit královský soud, že je kompetentní se věcí zabývat. Největší význam si v této části anglického práva získal pojem writ neboli žalobní příkaz. Původně se jednalo o královský rozkaz adresovaný šerifovi, aby se strany sporu dostavily k soudu nebo aby šerif zajistil splnění králova rozhodnutí. Později writy obsahovaly formulí, že pokud se neprovede v nich obsažený příkaz, bude věc projednána před královským soudem. Neexistoval-li pro daný typ sporu writ, nebylo možné domoci se zahájení řízení před královským soudem. Writy byly nejprve poskytovány individuálně, později se vytvořil systém obecných writů pro určité případy a writy byly sepsány ve sbírce Registers of Writs. Odtud pramení přísloví vyjadřující obtíže procesního charakteru „Remedies precede Rights“ (procesní prostředky předcházejí právo), neboli „...není právo, neexistuje-li pro jeho vymáhání

⁶⁶ Kuklík, J., Poodhalené tváře anglického práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2013, str. 70

procesní nástroj, typ žaloby (writ)...“.⁶⁷ Další rozvoj královského soudnictví podpořila soudní reforma Jindřicha II., který rozšířil kompetenci královských soudů a zavedl nové soudní řízení. V občanskoprávních věcech mohli svobodní přenést svůj spor za určitý poplatek na vyšší královský soud, v trestním řízení zavedl projednávání nejtěžších trestných činů před porotou. Upevnění královské moci vyústilo koncem 12. a počátkem 13. století v konflikt mezi feudály a králem, jehož výsledkem bylo podepsání Velké listiny svobod (Magna Charta Libertatum) přijaté králem Janem Bezzemkem v roce 1215 a představující omezení královské pravomoci vůči poddaným. Tato listina je nejdůležitějším raným dokumentem vedoucím k současnému ústavnímu právu.

Feudálové i nadále kladli odpor rozšiřování působnosti královských soudů, následkem toho byl v roce 1285 vydán zákon zakazující králi rozšiřovat působnost královských soudů a tyto mohly nadále rozhodovat jen ve sporech takového charakteru, o nichž již v minulosti rozhodovaly. „Tento zákon, který sa nazýval Statute of Westminster II, nezastavil však rozvoj královských súdov.“⁶⁸ Po Westminsterském statutu nesměly být typy writů rozmnožovány, vydání nového bylo připuštěno jen výjimečně v analogických případech. Královské soudy si vytvořily fikci, podle níž se na jim předloženou věc hledělo jako na věc podobnou. To vedlo k zániku místních a feudálních soudů v 15. století. Od té doby královské soudy prakticky dosáhly všeobecné působnosti.

Common law se tím stalo ještě rigidnějším a to dalo podnět ke vzniku equity, druhého systému anglického nepsaného práva. Královské soudy common law ji poskytnout nedokázaly a místní soudy již neexistovaly. „Poddaní však měli stále právo obracet se na krále jako na ochránce míru a záruku spravedlnosti v království formou petit (zvané též „bills“) s vylíčením stížností (grievances).“⁶⁹ Od 15. století tak král pověřil rozhodováním o těchto žádostech církevního hodnostáře, lorda vysokého kancléře, který žadatelům poskytoval spravedlnost sám a vyvinul k tomu zvláštní kancléřský soud. Kancléř rozhodoval spory podle toho, co je dobré a spravedlivé, tedy podle equity jako zvláštního pramene práva. Protože kancléři dosáhli vzdělání

⁶⁷ Boháček, M: Základy amerického obchodního práva, Praha, Linde Praha, a.s., 2007, str. 26

⁶⁸ David, R [přelož.: Bianchi, L.]: Anglické právo, 1. Vydání, Bratislava, Vydavateľstvo Slovenskej akademie vied, 1972, str. 17

⁶⁹ Kuklík, J., Poodhalené tváre anglického práva, Plzeň, Vydavateľství a nakladateľství Aleš Čeněk, s.r.o., 2013, str. 137

v církevním právu a byli často absolventy i římského práva, projevovaly se tyto prvky v systému equity více než v common law. Od 15. století tak má anglické právo dualistickou strukturu tvořenou common law a equity. Vytvoření equity představovalo doplněk neúplnosti, ale i opravu přílišné rigidity a tvrdosti common law. Následně bylo potřeba vyřešit vztah common law a equity, tedy která část má v případě rozporu přednost. „Král Jakub I. v r. 1615 rozhodl, že je to equity a vyslovil pravidlo „law follows the equity“.⁷⁰ V 17. století nastala krize právního dualizmu. Parlament odmítal královské zásahy do tvorby práva, což ve svém důsledku vedlo k omezení pravomoci kancléřského soudu. Ten si zachoval kompetenci v soukromoprávních věcech, ale stále méně uplatňoval pravidla equity ve prospěch aplikace platného práva.

V 19. století byly v Anglii zrušeny formy žalob, v jejichž rámci se realizovalo common law a královské soudy se i v teorii staly soudy obecného práva.

V letech 1873-1875 byla provedena další důležitá soudní reforma, která sjednotila vyšší soudnictví. Stalo se tak zákony zvanými The Judicature Acts. Common law a equity však zůstaly i nadále odlišnými právními systémy. Nejvyšší soudní dvůr vytvořený v roce 1875 může zvolit použití pravidel common law nebo equity. „Právnicki, ktorí ovládajú jeden druh súdneho konania, spravidla nepoznajú dobre druhý proces. Anglickí právnicki sa podľa toho delia na právnikov common law a equity. Základom tohto ich delenia zostalo teda procesné zameranie.“⁷¹

19 a 20. století znamenalo významnou transformaci anglického práva. Vítězství demokratických idejí znamenalo obrovský vývoj legislativy. Do té doby se anglické právo vyvíjelo v procesním rámci různých typů žalob. Nyní mohla být větší pozornost věnována hmotnému právu. Právo však neztratilo svůj osobitý charakter, neboť právní rozvoj zůstával i nadále dílem soudů. Právě výrazný procesní charakter anglického práva a s ním spjatý formalismus měly za následek, že se v Anglii nekonala recepce římského práva. Jeho koncepce nemohly ovládnout soudnictví, které po dlouhou dobu nemělo všeobecnou působnost.

⁷⁰ Boháček, M.: Základy anglo-amerického obchodního práva. Srovnávací obchodní právo II., 2. vydání, Praha, Oeconomica, 2005, str. 23

⁷¹ David, R [přelož.: Bianchi, L.]: Anglické právo, 1. Vydání, Bratislava, Vydavateľstvo Slovenskej akademie vied, 1972, str. 23

Ve 20. století se v Anglii objevuje nová úloha zákonodárství. Liberalismus byl nahrazen socialistickými trendy. V koncepci státu sociální péče sehraává zákonodárství spolu s administrativními úpravami prvořadou úlohu. Primárním pramenem práva však zůstává i nadále precedent. Význam zákona se s postupem doby stále zvyšuje.

4.1.2. Americké právo

Dějiny Spojených států amerických a jejich práva začínají založením anglických kolonií v Americe. První z nich, královská kolonie Virginie, byla založena v roce 1607 králem Jakubem I. Od tohoto roku do roku 1732 bylo na území USA založeno celkem 13 kolonií.

Právní systém anglických osad koloniálního období nebyl jednotný. Nejednotnost se projevovala už při jejich zakládání. Zakladatelé kolonií disponovali rozsáhlými oprávněními, např. mohli vyhlášovat válku a uzavírat mír, jmenovat a odvolávat úředníky apod. Tato oprávnění získali na základě královských výsadních listin nebo chart, které měly charakter rámcových ústav jednotlivých kolonií. V závislosti na způsobu jejich vzniku se kolonie dělily na královské, vlastnické a výsadní. V čele královské kolonie stál guvernér, představitel královské moci jmenovaný králem. Ve vlastnických koloniích byla královská svrchovaná práva postoupena jednotlivcům, kteří byli oprávněni jmenovat guvernéra a vykonávat královská výhradní práva. Výsadní kolonie byly organizovány koloniální společnostmi, skupinou osadníků či jednotlivcem. Pravomoc orgánů tohoto typu osady vznikala získáním královské výsadní listiny. Všechny tři typy kolonií disponovaly vlastními zákonodárnými sbory. Právní řád jednotlivých kolonií sestával z ustavujících chart, obecného anglického práva a zákonodárných aktů koloniálních zákonodárných sborů.

Ustavující charty či výsadní listiny představovaly jakési ústavy kolonií, podporující zájmy Koruny. Některé z nich vyjadřovaly požadavek, aby vlastní zákonodárství neodporovalo anglickému právu.

Anglické common law přišlo do kolonií v podobě, jakou mělo v Anglii v první polovině 17. století. „The English Common law rules were wholly inappropriate to the

conditions and circumstances of colonial life.⁷² (Pravidla anglického common law byla zcela nevhodná pro podmínky a okolnosti koloniálního života.) Hmotněprávní pravidla common law byla vytvořena pro feudální společnost a nebyla připravena čelit problémům koloniálních podmínek života.

Zákonodárné akty koloniálních zákonodárných sborů zahrnovaly velké množství nesourodých právních předpisů. Některé kolonie přijímaly kodifikace (např. Massachusetts, 1634 nebo Pennsylvania 1682), které však postrádaly spojitost s kontinentálními zákoníky nebo moderními technikami kodifikace.

„Právo uplatňující se v amerických koloniích tak bylo sice dílem přeneseno či uplatňováno z Anglie ústřední mocí i do jejích zámořských amerických držav (včetně typů pramenů, systému i principů práva), ale z velké části vytvořeno originálně v nich a bylo již od počátku decentralizované a navzájem odlišné.“⁷³

V průběhu koloniálního období došlo k několika neúspěšným pokusům o jejich sjednocení. Nezávislost třinácti amerických osad byla vyhlášena 4. července 1776. Následovalo přijetí první ústavy Spojených států v roce 1781, která vytvářela konfederaci, neboli spolek nezávislých států. Druhá ústava z roku 1787 platná dodnes, přeměnila konfederaci ve federaci a spočívala na principu dvojí dělby moci, a to na pravomoci federace a jednotlivých států a dále dělí státní moc na zákonodárnou, výkonnou a soudní. Vyhlášením nezávislosti USA převzala anglické právo platné v roce 1776, anglické common law či zákony vzniklé po tomto roce již součást práva USA tvoří.

Do poloviny 19. století nebylo zcela zřejmé, zda se USA zařadí do právního systému common law nebo k systému kontinentálnímu. Druhá možnost se zdála vzhledem k soudobému vývoji pravděpodobnější. Nakonec pod vlivem tradice a společného jazyka zvítězilo common law. Americké právo však vykazuje množství originálních charakteristik a mnoho z nich jej často spojuje s kontinentálním typem právní kultury.

⁷² David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 399

⁷³ Boháček, M: Základy amerického obchodního práva, Praha, Linde Praha, a.s., 2007, str. 31

4.2. *Subsystémy angloamerického typu právní kultury*

Podobně jako kontinentální typ právní kultury, ani systém práva angloamerického netvoří homogenní celek. Jeho členitost je oproti kontinentálnímu typu právní kultury menší, přesto se však neomezuje pouze na anglický a americký subsystém, jak bývá často uváděno. Jeho základy vznikly v Anglii, cestou kolonizace se rozšířil do celé tehdejší britské říše a je i nadále zachováván ve státech, které se již z koloniální nadvlády osvobodily. Důvodem jeho menší členitosti je skutečnost, že na rozdíl od kontinentálního typu právní kultury bylo anglické právo do britských závislých území mocensky rozšířeno. Země kontinentálního typu právní kultury své právo utvářely pod vlivem římského práva pozvolným historickým vývojem a ze svého dobrovolného rozhodnutí (vyjma těch, které se do kontinentálního typu právní kultury zařadily v důsledku kolonizace) napodobovaly francouzskou legislativu. Bývalé britské kolonie však cizí právo nepřejímaly, ale bylo jim vnuceno. Po dobu závislosti kolonií na mateřské zemi byl zavedený model téměř jednotný, i když v koloniích nezasahoval do všech oblastí práva a zejména ve věcech osobního statusu vedle něj koexistovalo místní domácí právo. Členitost angloamerického systému práva se projevuje od konce 18. století, pokud jde o USA, u ostatních zemí po druhé světové válce, kdy se britská závislá území postupně osamostatňovala a nově vzniklé státy přizpůsobovaly své právo potřebě společnosti a někdy částečně i návratem k původním tradicím.

Angloamerický typ právní kultury zahrnuje mnoho států světa, kde se přizpůsobil různým geografickým podmínkám, což umožnila jeho flexibilita. Geografické vymezení států náležejících k tomuto typu právní kultury bylo již specifikováno v kapitole 2.2 této práce. Odlišné historické, politické, geografické a kulturní zvláštnosti zapříčinily jeho členění do následujících okruhů práva neboli subsystémů: okruh anglický, americký (USA), kanadský, australský, novozélandský, indický a okruh práv států vzniklých dekolonizací⁷⁴. S výjimkou USA a Indie jsou si však práva uvedených systémů velmi podobná.

⁷⁴ Knapp, V.: Velké právní systémy, Praha: C.H.Beck, 1996. str. 164

4.2.1. Anglický okruh

Zahrnuje Velkou Británii a Severní Irsko. Počátky anglického práva spadají do druhé poloviny 11. století v návaznosti na dobytí Anglie Normany a vytvoření nových královských soudů za účelem posílení královské moci. V důsledku toho má anglické právo převážně procesní charakter a jeho základy výrazně ovlivňuje soudní proces. Kolonizací proniklo do zemí vzdálených mateřské zemi, kde zejména po osamostatnění bývalých kolonií prošlo specifickým vývojem a smísilo se s místním tradičním právem, což odůvodňuje vznik subsystémů v rámci celého typu právní kultury. Pouze ve vztahu ke Spojenému království lze konstatovat, že do vývoje anglického práva výrazněji nezasahovaly vnější vlivy. Anglický právní okruh je historicky nejstarší v celém angloamerickém typu právní kultury, zahrnuje spoustu tradičních institutů a oproti ostatním subsystémům tohoto okruhu se vyznačuje největší jednotou. Zvláštností je neexistence psané ústavy, tvořené několika zákony, precedenty a ústavními zvyklostmi, částečně zpracovanými v odborné literatuře. Anglická ústava nemá zřetelné kontury a s tím i souvisí neexistence soudní kontroly ústavnosti. Dělbá moci mezi zákonodárnou, výkonnou a soudní není zcela dodržena, neboť parlament disponuje i soudní mocí a naopak soudní moc je částečně i mocí zákonodárnou. Anglické právo je neobyčejně flexibilní, což se projevilo při jeho aplikaci v koloniích. Současný volný svazek bývalých britských kolonií, Commonwealth zprostředkovává stálý vliv britského práva na tyto země. „V řadě států je tak angličtina oficiálním jazykem, jsou zde přejímány britské právní předpisy a precedenty britských soudů zde disponují argumentační závazností o relativně vysoké intenzitě.“⁷⁵ Anglické soudy naopak podpůrně užívají australská precedenční rozhodnutí nebo kanadskou doktrinní literaturu.

Jistou výjimku ve shora vymezené geografické oblasti představuje skotské právo, politicky a kulturně ovlivněné Francií a po přijetí kalvinismu i Holandskem. Sestává z původních skotských obyčejů a zákonů, na rozdíl od práva anglického bylo více ovlivněno římským právem. Od 17. století se uplatnil i vliv anglického práva po sjednocení skotského a anglického parlamentu. V důsledku historického vývoje není skotské právo ani právem anglickým ani kontinentálním.

⁷⁵ Harvánek, J: Teorie práva, Plzeň, Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, str. 464

4.2.2. Americký okruh

Zahrnuje Spojené státy americké s výjimkou státu Louisiana, který částečně náleží do kontinentálního typu právní kultury, neboť zde stále platí Napoleonův francouzský občanský zákoník přijatý zde již v roce 1808, jako pozůstatek francouzské kolonizace.

USA byly nejdůležitější britskou kolonií, a přestože převzaly právo mateřské země, jejich právní systém se od anglického dost odlišuje. Podmínky života v koloniích se od feudálních podmínek Anglie lišily, a proto zde bylo z velké části ještě před vznikem USA vlastní právo v podobě práva jednotlivých kolonií. Po vyhlášení nezávislosti v roce 1776 byla přetržena vazba na anglické common law a napříště byly považovány za závazné pouze anglické precedenty vzniklé před tímto rokem, po roce 1776 se stala závaznými americká soudní rozhodnutí. Od té doby se americký právní vývoj ubíral vlastním směrem.

Jedním z nejdůležitějších rozdílů mezi anglickým a americkým právním okruhem je skutečnost, že USA tvoří federativní stát a právo se dělí na federální a právo jednotlivých států. Ústava USA upřednostňuje pravomoci států ve vztahu k federaci, což při současném počtu padesáti členských států znamená velkou rozdílnost práva. K tomu přispívá i skutečnost, že dle převažujícího názoru se common law tvoří pouze na státní a nikoli na federální úrovni. Vydávání jednotných vzorových zákonů a soudních sbírek rozhodnutí si klade za cíl tuto právní rozdílnost alespoň částečně zmírnit. Klasické členění na common law a equity v USA s výjimkou státu Delaware neexistuje, nebo spíše ztratilo svůj historický význam. Vůči common law existovalo mezi osadníky mnoho výhrad, zejména jim neposkytovalo dostatečné záruky osobní svobody, proto se zde uplatňovalo ve zjednodušené formě.

Další významnou odchylkou od anglického práva je oprávnění nejvyšších soudů kontrolovat ústavnost aktů zákonodárné a výkonné moci na základě psané ústavy, a to jak na úrovni federální, tak na úrovni jednotlivých států. Federální ústava USA je založena na důsledné dělbě moci na zákonodárnou, výkonnou a soudní.

4.2.3. Kanadský okruh

Kanada je federací a parlamentní konstituční monarchií, její hlavou je britský monarcha zastoupený generálním guvernérem vykonávajícím většinu práv hlavy státu. Stejně jako většina bývalých britských kolonií je členem Commonwealth. Nezávislost na Velké Británii získala v roce 1867, kdy britský parlament přijal její první ústavu pod názvem Zákon o britské severní Americe. Ke zrušení pravomoci britského parlamentu vůči Kanadě došlo až v roce 1982 ústavním zákonem. Federální zákony mají v Kanadě vyšší právní sílu než zákony provincií a pravomoc federace je dána ve všech věcech, které nejsou výslovně svěřeny provinciím. Dosažením autonomie se vývoj práva na území Kanady stal zcela specifickým, což odůvodňuje její zařazení do samostatného subsystému angloamerického typu právní kultury. Jako samostatný stát disponuje Kanada vlastní ústavou, parlamentem a anglické precedenční právo v praxi užívá pouze nezávazně (argumentačně).

Území Kanady však nenáleží pouze k jednomu typu právní kultury. Výjimkou je provincie Quebec, původně kolonizovaná Francií a z tohoto důvodu částečně náležející ke kontinentálnímu typu právní kultury. Platil v ní Napoleonův občanský zákoník spolu s francouzským obchodním zákoníkem v jednom předpisu. V roce 1991 byl nahrazen občanským zákoníkem provincie Quebec, v němž je patrný vliv anglického práva (např. institut trustu), i přesto však výrazně inklinuje ke kontinentálnímu typu právní kultury. Provincie byla centrem tzv. Dolní Kanady, která byla frankofonní. Oproti tomu Horní Kanada byla anglická. Kontinentální právo zde upravuje záležitosti v rámci vnitřní jurisdikce provincie a naopak veřejnoprávní odvětví jsou pro celou Kanadu jednotná.

Kanada představuje jedinečnou směs právních systémů. Kanadské právo se člení na tři základní oblasti: hmotné právo, procesní právo a důkazní právo⁷⁶.

4.2.4. Indický okruh

Původní tradiční právo v Indii je obyčejové a hindské, do jeho vývoje však zasáhly dva významné vnější vlivy. Od 10. do 16. století zde expandoval islám, který se projevil nejmarkantněji v oblasti správního a trestního práva, neboť to vyžadovaly

⁷⁶ Hungr, P.: Srovnávací právo, právní kultury, Ostrava, 2008, KEY Publishing s.r.o., str. 102

zájmy nových vládců. Anglické právo se do Indie dostalo během 18. století v souvislosti s kolizací Indie Anglií. Prosazování anglického práva bylo zpočátku velmi umírněné, jeho aplikace se soustředila na královské soudy za předpokladu, že jeden z účastníků sporu byl Evropan, případně pokud se strany na jeho pravomoci dohodly. Od 19. století se zde anglické právo prosazovalo důrazněji a pod jeho vlivem byly přijímány právní předpisy se silou zákona, přibližující se evropské představě o právu. V roce 1947 získala Indie nezávislost a s přijetím ústavy v roce 1950 se stala federativní republikou s klasickým členěním státní moci na zákonodárnou, výkonnou a soudní. V současné době se Indie skládá z 28 států a 7 unijních teritorií.

Specifický historický vývoj a skladba pramenů práva odůvodňují zařazení okruhu indického práva jako samostatného subsystému angloamerického typu právní kultury. Dnešní indické právo zahrnuje instituty práva anglického, náboženského, tedy hindského, islámského a obyčejového. Common law je hlavním právním systémem v zemi, což dokládá užívaná terminologie a právní pojmy, právní technika a pojetí práva (kodexy vytvořené britskými právníky), funkce soudnictví a absence dělení práva na veřejné a soukromé. Indické právo je charakteristické převahou psaného práva a metodikou common law. Mezi jeho specifika náleží převládání tradic a zvykového práva ve venkovských oblastech, existence psané ústavy zakotvující kromě základních občanských práv i základní občanské povinnosti, z nichž lze uvést povinnost dodržovat ústavu a respektovat její myšlenky, národní vlajku a hymnu a řídit se vznešenými myšlenkami, které inspirovaly boj za nezávislost. V Indii se uplatňuje smíšený právní systém, jehož základ tvoří common law působící na principu teritoriality, dále pak náboženská a obyčejová pravidla působící na principu personality. Prameny práva tvoří ústava, zákony federálního parlamentu a jednotlivých států, ostatní normativní akty, soudcovské právo, náboženská práva a obyčeje. Obrovským problémem dnešní Indie je přelidňenost, s čímž souvisí efektivita indického práva. Většina obyvatelstva žije na venkově a je negramotná, aplikace zásady „neznalost zákona neomlouvá“ představuje zásadní problém a v důsledku toho je indické právo v těchto oblastech fakticky nevykonatelné.⁷⁷

⁷⁷ Pejchalová Grünwaldová, V.: Právní rozhledy, 2007, č. 24, Zamyšlení nad indickým právem, str. 889

4.2.5. Australský okruh

Australský svaz je federální konstituční monarchií s parlamentním systémem vlády. Stejně jako Kanada je členským státem Commonwealth. Oficiální hlavou státu je britský monarcha zastoupený federálním guvernérem. Svou první ústavu získala Austrálie v roce 1901, na rozdíl od ústavy kanadské se její ústava vyznačuje větší uceleností a rigiditou. „Australský systém má blíže k americkému, jelikož primární je tam právo států.“⁷⁸ Federace působí jen ve vyjmenovaných oblastech. Státní moc se dělí na zákonodárnou, reprezentovanou Australským parlamentem, výkonnou v čele s generálním guvernérem a Federální výkonnou radou a konečně moc soudní s vlastní soudní hierarchií. S tím souvisí i vlastní precedenční normotvorba, ačkoli částečně ovlivněná anglickými precedenty.

Kanadské a australské precedenty ovlivňují naopak i anglické soudní rozhodování. Anglické soudy přikládají precedentům ze zemí Commonwealth podpůrnou hodnotu, což působí jako významný prvek sjednocující právní úpravu dnes již zcela samostatných států.

4.2.6. Novozélandský okruh

Nový Zéland se stal britskou kolonií v roce 1840. Částečnou nezávislost získal v roce 1907, i nadále byl podřízen omezené legislativní pravomoci britského parlamentu. Plná nezávislost byla dosažena v roce 1947. Státní zřízení má formu konstituční monarchie a unitárního státu se samostatným parlamentem pod vedením generálního guvernéra jako zástupce britského monarchy. Nemá psanou ústavu, disponuje pouze několika ústavními dokumenty. Vedle původního anglického práva se zde uplatňuje vlastní nově vytvořené právo a maorské obyčeje, jako tradiční domácí právo.

4.2.7. Okruh práv států vzniklých dekolonizací

Zahrnuje několik afrických států, které byly v kolonizačním období pod

⁷⁸ Kubů, L., Hungr, P., Osina, P.: Teorie práva, Praha, Linde Praha, a.s., 2007, str. 203

nadvládou Anglie (např. Gambie, Sierra Leone, Ghana, Zambie, Nigérie, Uganda, Tanzanie, Keňa, Súdán, Somálsko apod.). V afrických státech platí dvojí, někdy i trojí právo. V daném případě se jedná o koloniální právo anglické, jež nelze ztotožňovat s právem Anglie, dále tradiční africké právo jako právo lokální a jemu podřízené a v některých afrických státech se uplatňuje i právo islámské, jehož aplikace vylučuje domácí africké právo. Specifickým rysem práva těchto států je střet tradičních kmenových práv a anglického koloniálního práva.

V současné době se jedná o samostatné státy s psanými ústavami, obchodními kodexy a dalšími zákony. Vliv koloniálního právního řádu se promítá zejména ve sféře veřejného práva. Normy tradičního práva upravují zejména otázky osobního statusu. Normy tradičního obyčejového práva bývají zahrnovány do zákonů, častěji se však aplikují přímo na základě odkazu ústav, které mu přiznávají charakter pramene práva. Velká část obyčejového práva byla po roce 1960 kodifikována.

4.3. *Prameny práva angloamerického typu právní kultury*

Angloamerický typ právní kultury se vyznačuje pluralitou pramenů práva. Základním z nich je soudcovské právo vzniklé ze dvou pramenů, common law (v nejužším smyslu) a equity. Soudní precedent je charakteristický pro anglické právní myšlení, nepředstavuje však výlučný pramen práva. V anglickém subsystému tohoto typu právní kultury rozlišujeme následující prameny práva: soudcovské právo, zákonné, obyčejové a právní literatura. Prameny práva USA tvoří pouze soudní precedenty a zákonné právo tvořené na dvou úrovních, federální a jednotlivých států.

Angloamerický typ právní kultury bývá označován za oblast práva nepsaného, neboť hlavním pramenem práva je precedent. Legislativa zde tradičně zaujímala sekundární pozici. Zákony jsou považovány za produkt státní moci, která jen doplňuje přirozená pravidla a zpravidla neurčuje zásadní otázky. „Vývoj v posledních desetiletích tento rozdíl relativizuje. V zemích common law se stále více přijímají zákony a jiné právní předpisy.“⁷⁹

⁷⁹ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A., Teorie práva, 2. vydání, Praha, ASPI, 2004, str. 23

4.3.1. Soudní precedent

Precedent představuje nejvýznamnější pramen práva v angloamerickém typu právní kultury, a to jak z hlediska počtu norem v tomto prameni obsažených, tak i vlivem na typ této právní kultury jako celku. „Soudní precedens je druh judikátu, tj. soudního rozhodnutí, které je prvním řešením daného případu, dosud právem neupraveného, závazným pro obdobné případy v budoucnosti.“⁸⁰. Precedent je individuální právní akt (rozhodnutí), vytvořený podle právních principů, event. podle obyčejů, přičemž je kladen velký důraz na jeho racionálnost, spravedlnost a přesvědčivost jeho odůvodnění. Precedenty se vyskytují jak v common law, tak i v equity.

Podle původní deklaratorní teorie zastávané Williamem Blackstonem (1723-1780), nejznámějším autorem právnických spisů o common law, soudci svými rozhodnutími právo nevytváří, ale pouze jej deklarují, neboť tu existuje již od nepaměti. „As to general customs, or the common law, properly so called; this is that law, by which proceedings and determinations in the kings' ordinary courts of justice are guided and directed.....all these are doctrines that are not set down in any written statute or ordinance, but depend merely upon immemorial usage, that is, upon common law, for their support.“⁸¹ (Ve vztahu k obecnému obyčeji nebo přesněji řečeno ke common law; toto je právo, kterým je vedeno řízení a rozhodování u královských soudů..... žádné tyto doktríny nejsou stanoveny v zákoně nebo nařízení, ale závisí pouze na obyčeji „odnepaměti“, neboli na common law a pro jejich podporu.) Teprve v 19. století se objevily tendence označující deklaratorní teorii za fikci a názory na postavení soudce i jako zákonodárce dotvářejícího common law.

Nižší soudy jsou vázány rozhodnutími vyšších soudů a mají povinnost řídit se jimi. V rámci doktríny „stare decisis“ (setrvati při rozhodnutém), je precedent závazný i pro soud, který ho vydal. Uplatňováním této zásady se zajišťuje stabilita práva, na druhou stranu však přispívá k jeho rigiditě.

⁸⁰ Gerloch, A.: Teorie práva, 5. vydání, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009, str. 71

⁸¹ Blackstone, W.: Commentaries on the Laws of England, Volume I, Section III., 1. Vydání, Londýn, Cavendish Publishing Limited, 2001, str. 50

Zásada *stare decisis* se objevuje už ve 13. století, princip striktní vázanosti precedentu se v anglickém právu prosadil až v 19. století jako důsledek rozhodnutí Sněmovny lordů v roce 1898, která vyhlásila svá rozhodnutí za závazná i pro ni samotnou. „The need for certainty and security of legal relations, however, was formerly not felt so keenly as it is today and in fact it is only since the beginning of the first half of the nineteenth century that the rule of precedent, obliging English judges to observe the rules as stated by their predecessors in prior decisions was firmly established.”⁸² (Potřeba jistoty a bezpečnosti právních vztahů nebyla dříve tak intenzivně pociťována jako dnes a ve skutečnosti pouze od počátku první poloviny 19. století bylo pevně stanoveno pravidlo precedentu zavazující anglické soudce respektovat pravidla stanovená jejich předchůdci v dřívějších rozhodnutích.) Autorita precedentu se měnila podle historického období. V 19. století byla nejpřísnější, protože rozvoj průmyslu a obchodu si vyžadoval vyšší stupeň právní jistoty. V roce 1966 rozhodla Sněmovna lordů ve Velké Británii, že se sama může od svých vlastních rozhodnutí odchýlit, pokud by to považovala za správné.

Od precedentu se lze odchýlit jen tehdy, pokud má nově řešený případ odlišné znaky (metoda distinkcí) anebo jestliže došlo k podstatné změně okolností oproti těm, za nichž byl přijat. Pomocí metody distinkce reaguje anglické právo pružněji na nové potřeby společnosti. Nenalezne-li soudce vhodný precedent, vytvoří nový, v němž argumentuje rozdíly nalezenými mezi zkoumanými precedenty a rozhodovaným případem. Další pravidlo umožňující soudu odchýlit se od závazného precedentu představuje pravidlo *rebus sic stantibus* užívané v případě podstatné změny okolností oproti těm, za nichž byl precedent přijat. „Jen výjimečně, pro zásadní změnu okolností, může soud, který precedentní rozhodnutí přijal, vyřadit toto rozhodnutí z užívání (*overruling*).“⁸³

Pro případ odchýlení se od precedentu nebo jeho zrušení se jako pomocné argumenty užívají tzv. *dissenty* neboli nesouhlasné názory soudců v odůvodnění rozsudků. Neodůvodněným nerespektováním precedentu však nenastupuje neplatnost rozhodnutí automaticky, rozsudek může být změněn pouze v opravném řízení.

⁸² David, R., Brierley, J.E.C.: *Major Legal Systems in the World Today*, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 377

⁸³ Gerloch, A.: *Teorie Práva*. 4. uprav. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, s.r.o. 2007. str. 73

Zatímco kontinentální typ právní kultury normativní působení judikatury ve své ryzí podobě vylučuje, angloamerický právní systém je na soudní normotvorbě vystavěn. Anglické právo tak bylo tvořeno od jednoho precedentu k druhému při zachování starých řešení, která se ukázala jako rozumná. Soudní rozhodnutí zde má dva účinky. Jednak zavazuje konkrétní strany sporu a zároveň má za určitých podmínek precedenční účinky.

Anglická právní teorie rozlišuje dvojí působení precedentu. První způsob představuje striktní precedenční doktrína, zavazující soudce následovat předchozí soudní rozhodnutí i v případě, že s nimi nesouhlasí. Tato doktrína se vztahuje na rozhodnutí Sněmovny lordů, zavazující všechny ostatní soudy a do roku 1966 i ji samotnou. Dále zahrnuje rozhodnutí Court of Appeal (Odvolací soudní dvůr) zavazující všechny nižší soudy i soud samotný a rovněž rozhodnutí High Court of Justice (Vysoký soudní dvůr) zavazující všechny nižší soudy a působící vysokou přesvědčovací silou pro ostatní oddělení Vysokého soudního dvora. „V Anglii převážná většina soudních rozhodnutí Sněmovny lordů, menší část judikátů Odvolacího soudu a v malé míře též rozhodnutí Vysokého soudního dvora jsou publikovány jako precedenční.“⁸⁴ Jen shora uvedená rozhodnutí jsou tzv. binding precedents neboli závazné precedenty.

Druhý způsob závaznosti precedentu vyjadřuje volná precedenční doktrína, umožňující soudci aplikovat určité soudní rozhodnutí pokud jej pokládá za správné. V rámci této doktríny mohou být uznávána rozhodnutí přijatá v jiných státech angloamerického typu právní kultury, oboustranná komunikace právních řádů v tomto duchu zahrnuje zejména členské státy Commonwealth, zatímco USA uznávají pouze anglické precedenty vydané před rokem 1776, po vyhlášení nezávislosti se ubírají svou vlastní právní cestou.

Obecná právní závaznost se nevztahuje na celý precedenční rozsudek, ale pouze na samotné jádro rozhodnutí o právních otázkách, které se označuje jako ratio decidendi a obsahuje pravidla a principy mající obecnou závaznost. „The ratio decidendi constitutes the „judge-made“ rule which is then part of English law and must be

⁸⁴ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A.: Teorie práva, 2. vydání, Praha, ASPI 2004, str. 59

observed in future.⁸⁵ (Ratio decidendi představuje pravidlo tvořené soudcem, které tvoří část anglického práva a musí být v budoucnosti respektováno.) Obecná právní norma nemusí být v textu precedenčního rozhodnutí formulována jako pravidlo, často se z něj spíše vyvozuje. Soudci nejsou povinni svá rozhodnutí právně zdůvodňovat, přesto tak v praxi činí prostřednictvím ratio decidendi. Zbývající část odůvodnění obsahuje nezávazné úvahy soudce, týkající se jedinečného případu, který je soudem rozhodován a označuje se jako obiter dictum. Tato část zdůvodnění není obecně závazná, ale může mít přesvědčovací význam plynoucí z osobnosti soudce.

Soudce má v podstatě tři možnosti, jak postupovat ve vztahu k precedenčnímu rozhodnutí. Buď jej přijme a aplikuje, nebo rozhodne, že skutková podstata rozhodovaného případu je jiná a zdůvodní to (tzv. metoda distinkcí), anebo precedent zruší a vytvoří nový. Poslední možnost přísluší pouze Nejvyššímu soudu.

Precedenty mají závazná pravidla citace, odlišující se podle druhu soudního řízení. V civilním sporném řízení se citují jmény stran spojenými zkratkou v. (versus), dále se uvádí zkratka soudu, roku a číslo jednací. Nejčastěji využívané precedenty vytvářejí tzv. leading cases, neboli hlavní případy pro určitou oblast.

Precedenty jsou vydávány v různých oficiálních i soukromých sbírkách. Mezi nejznámější z nich patří Law Reports a Law of England.

Pokud je soudce vzhledem k neexistenci závazného právního pravidla nucen právo vytvořit či dotvořit, nesmí tak činit svévolně. Jeho výsadní postavení je limitováno pravidlem rule of law, představujícím meze nepřekročitelnosti rámce práva.

„Je nutné poznamenat, že pravidlo precedentu působí v USA trochu jinak, než v Anglii.“⁸⁶ Shora zmiňovaná striktní precedenční doktrína se v USA vztahuje pouze na rozhodnutí Nejvyššího soudu USA a v rámci jednotlivých států na rozhodnutí jejich nejvyšších soudů. V případě rozsudků jiných soudů zde převažuje volnější precedenční doktrína, což znamená, že v USA je uplatňován flexibilnější postoj vůči precedentu a doktríně stare decisis. Nejvyšší soud USA a nejvyšší soudy jednotlivých států nejsou

⁸⁵ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 379

⁸⁶ Kubů, L., Hungr, P., Osina, P.: Teorie práva, Praha, Linde Praha, a.s., 2007, str. 200

povinný respektovat vlastní rozhodnutí v tom smyslu, že se od nich za určitých okolností mohou odchýlit anebo je zrušit. Ke zrušení precedentu je možno přistoupit, dojde-li k naplnění určité kvalifikované skutečnosti, jako je např. nepoužitelnost normy obsažené v precedentu v praxi, změna právních principů, na nichž je precedent založen anebo změna skutkových okolností nedovolující aplikovat starou normu. V praxi se z důvodů právní jistoty a stability tato řešení připouští pouze s velkou obezřetností. Soudní rozhodnutí jsou v USA publikována v oficiálních i soukromých sbírkách, velký význam mají Restatements of Law, soukromá sbírka zásadních precedentů vypracovaná American Law Institute. Rozhodnutí státních odvolacích soudů však mají pro precedenční právo větší význam, jsou publikována na úrovni daného státu ale také souhrnně pro větší oblast USA. V souvislosti s precedenčním právem USA existuje otázka, zda vedle common law jednotlivých států existuje tzv. general common law na federální úrovni. V této otázce vyslovil Nejvyšší soud USA dva protichůdné názory, poprvé ve věci Swift v. Tyson (1842), kde připustil existenci federálního common law. Následně bylo přijato opačné řešení ve věci Erie Railroad Company v. Tompkins (1938), v němž soud uznal existenci common law jednotlivých států. Existenci federálního common law jednoznačně nevyloučil, dle většinového názoru odborné veřejnosti však neexistuje. Tento názor v současné době převažuje, ačkoli se lze setkat i s názory opačnými.

4.3.2. Zákonné právo

Zákonné právo tvoří druhý významný pramen angloamerického typu právní kultury. Zákoníky se na území dnešní Anglie vyskytovaly již v anglosaském období. „Nejstarším známým zákoníkem anglosaského období je zákonodárný počin svatým Augustinem pokřtěného kentského krále Ethelberta I. (Aethelbirht), který byl sepsán na samém počátku sedmého století.“⁸⁷ Zákoník nemění obyčejové právo, jen ho doplňuje tam, kde mohl král rozhodovat podle svého uvážení. Po něm následovala řada dalších. Právo si však i nadále uchovávalo obyčejovou povahu s řadou regionálních odlišností, protože vyjma omezeného vlivu krále neexistovala v té době centrální soudní autorita, jež by sjednocení práva vynucovala. Právo vydávat zákony v Anglii příslušelo až do 13.

⁸⁷ Kuklík, J., Poodhalené tváře anglického práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2013, str. 15

století králi. Od 14. – 15. století zde vykonával zákonodárnou činnost panovník spolu s parlamentem. Jednalo se zejména o veřejnoprávní akty, neboť anglické soukromé právo zůstávalo i nadále převážně právem soudcovským. Kodifikační úsilí se zde objevilo v 19. století v souvislosti s rozvojem průmyslu a vznikem nových společenských vztahů, nesetkalo se však s významnější odezvou. Zákonodárná činnost se zintenzívnila na počátku 20. století v souvislosti se snahou o vytvoření větší sociální spravedlnosti a později také v důsledku vzniku členství Velké Británie v Evropských hospodářských společenstvích (dnes Evropská unie) v roce 1972 a celkového sblížení s evropským typem právní kultury, které pokračuje do současnosti.

Zákony mají v Anglii nejvyšší právní sílu. Dojde-li ke konfliktu mezi zákonem na jedné straně a precedentem či obyčejem na straně druhé, má přednost zákon. Ústavní zákony, jako normativní akty formálně odlišné od běžných zákonů, se v Anglii nevyskytují. Ústavou se v Anglii rozumí pouze zvláštní oblast úpravy, nikoli její zvláštní forma. Jedná se o tzv. „flexibilní ústavu“ v širokém smyslu, kde se ústavní zákony formálně neodlišují od ostatních zákonů formou, ale jen svým obsahem. „To je jmenovitě případ Spojeného království Velké Británie a Severního Irska, kde ovšem vedle několika zákonů je ústavní právo tvořeno též jistými precedenty, jakož i ústavními zvyklostmi, které jsou zčásti zpracovány v právní literatuře uznávané též za pramen práva (zvláště v Blackstoneově Komentáři).“⁸⁸ Soudní přezkum ústavnosti zákonů přijatých parlamentem se zde nevyskytuje, v souladu s doktrínou suverenity parlamentu pouze tento rozhoduje o platnosti normativních právních aktů. Platí, že soudní precedens nesmí odporovat zákonu. Je možné vést soudní spor o výklad zákona, nelze však vznášet námitky, že je zákon protiústavní.

Zákoník v kontinentálním pojetí se v Anglii neuplatňuje, bývá však užíván termín *Codifying Act* shrnující precedenty z určité širší oblasti do jednoho zákona, který obvykle nevytváří obecné pojmy ani nekodifikuje celé právní odvětví. Ani další v Anglii užívaný pojem, *Consolidating Act*, nepředstavuje obdobu kontinentálního zákoníku. Shrnuje úplná znění zákona po jeho novelách, případně spojuje několik dílčích zákonů a doplňuje je o určitá zobecnění. Vedle zákonů vydávaných parlamentem se v Anglii uplatňují i podzákonné právní předpisy označované jako delegovaná

⁸⁸ Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A., Teorie práva, 2. vydání, Praha, ASPI, 2004, str. 45

legislativa vydávaná vládou a jinými exekutivními orgány na základě delegace zákonodárné moci. V souvislosti s rozsáhlou normotvorbou Evropské unie vzrůstá význam zákonů ve Spojeném království.

Zákon je tradičně chápán jako sekundární pramen práva, upravující a doplňující základ anglického práva tvořený soudními rozhodnutími. „According to the classical theory, legislation *lato sensu* is only a secondary source of law, a series of *corrigenda* and *addenda* to the main body of English law formed by the decisions of the courts: it only makes corrections and adjunctions to these judicially established principles or renders them more specific.“⁸⁹ (Podle klasické teorie je legislativa v širším slova smyslu pouze sekundárním pramenem práva, řadou oprav a dodatků k základu anglického práva formovaného soudními rozhodnutími: pouze tvoří úpravy a doplňky k soudně stanoveným principům nebo je specifikuje.). Legislativa v tomto prostředí není vnímána jako běžný prostředek vyjádření práva, ale jako cizí prvek v anglickém právním systému. K její plné integraci do právního systému dochází až soudním výkladem a do té doby je vnímána jen jako základ soudcovské normotvorby. Soudní rozhodnutí aplikující zákonná ustanovení mají v praxi větší relevanci a jsou pak přednostně citována před textem zákona samotného. Pokud se soudní aplikací zákonné normy vytvoří precedent, uplatní se zásada *stare decisis* i na další aplikaci zákonného práva. Soudní aplikace zákona je ve srovnání s kontinentálním právním systémem volnější, přesto existují pravidla pro výklad zákona, jimiž jsou soudci limitováni. Pravidla soudního výkladu zákona upravuje zákon o interpretaci zákonů (Act of Interpretation of Acts) z roku 1978, vedle zákonných pravidel vyvinuli soudci common law svá pravidla pro interpretaci legislativy a rovněž zde platí určité nepsané předpoklady, např. že zákon nemůže zpětně měnit jiné zákony, zavazovat Korunu, měnit common law atd. Při výkladu anglických zákonů je nutné zohledňovat právo Evropské unie a zákony musí být vykládány v souladu s ním. Delegovaná legislativa neboli odvozená novotvorba je v Anglii kontrolována parlamentem i soudem (judicial review), jež mohou zpochybnit její platnost či přiměřenost, což však není možné u zákona.

⁸⁹ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 383

Zákony angloamerického typu právní kultury se výrazně liší od zákonů v kontinentálním právním systému. Vyznačují se nesystematičností, útržkovitostí a často velmi úzkým předmětem úpravy. Smysl předpisu je zdůrazňován oproti jeho doslovným formulacím. „Normativní právní akty tvoří zákony vydávané britským parlamentem, jsou však charakteristické, na rozdíl od evropských zákonů, značným prostorem, který poskytují samostatnému uvážení soudců.“⁹⁰ Specifický charakter anglických zákonů je odůvodněn způsobem jejich tvorby, který zpravidla vychází ze zobecnění výkladu praxe a soudních precedentů a cílem normotvorby je upřesnění nebo zobecnění určité otázky, jež si vyžaduje praxe. Zákony jsou však často připravovány i na základě reformy vypracované Právní komisí a mají tak charakter vládních návrhů zákonů.

Zákon v USA se oproti anglickému subsystému právní kultury vyznačuje určitými specifiky. Stejně jako v Anglii zde zákonné právo tvoří druhý významný pramen práva. Původně měly zákony větší význam než v Anglii, avšak v důsledku jejího členství v Evropské unii je tomu dnes naopak. Struktura psaných pramenů práva (normativních právních aktů) je ovlivněna federativním uspořádáním USA, jednak existencí psané ústavy a dalšími specifiky.

Ústava USA je pramenem práva s nejvyšší právní silou v celém americkém právu. Platí v USA již přes 200 let a za tu dobu k ní bylo provedeno 27 dodatků. Patří mezi rigidní, neboli nepružné ústavy, k její změně je zapotřebí souhlasu kvalifikované většiny obou sněmoven Kongresu a států federace. Její změny se tak především uskutečňují prostřednictvím výkladu prováděného Nejvyšším soudem USA. Výklad ústavy USA podávaný Nejvyšším soudem USA v jednotlivých případech má precedenční závaznost. Oproti anglické ústavě je americká ústava psaná. Obsahuje základní zásady a principy např. nadřazenost federálního práva nebo výčet výlučných kompetencí federace. Ostatní právní akty s ní musí být v souladu, má přednost i před mezinárodními smlouvami. Každý dílčí stát disponuje vlastní ústavou jako pramenem práva nejvyšší právní síly státu v oblasti, která není svěřena federaci. Společným

⁹⁰ Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, 2008, KEY Publishing, str. 39

znakem těchto ústav je zahrnutí listiny občanských práv, jinak se navzájem odlišují obsahem i mírou stability.

Zákony na federální úrovni přijímá Kongres, na úrovni dílčích států jejich zákonodárny sbor. Federální zákony nesmí být v rozporu s Ústavou USA. Státní zákony platí pouze na území daného státu, kde byly přijaty jejich zákonodárným sborem. Obvykle bývají označovány zkratkou daného státu, např. N.Y. Act nebo N.Y. Code pro zákony a zákoníky státu New York. Nesmí být v rozporu s federální ústavou ani ústavou daného státu. Oba typy zákonů mají stejný stupeň právní síly. Dojde-li k rozporu mezi federálním zákonem a zákonem členského státu, znamená to, že buď federace anebo členský stát překročily svou kompetenci, čímž došlo k porušení ústavy federace. Spor se rozhoduje v ústavním soudnictví.

Na úrovni jednotlivých států se v řadě odvětví uskutečnila kodifikace práva, zejména v oblasti občanských zákoníků, občanských a trestních soudních řádů. Vzhledem k poměrně úzké zákonodárné působnosti federace se zákonné právo jednotlivých států vyznačuje vyšší mírou nejednotnosti. Z důvodu odlišného rozhodování podobných sporů v jednotlivých členských státech a k obtížnosti sledování jejich judikatury se na federální úrovni vyskytují snahy o unifikaci práva. V roce 1912 byl zřízen unifikační orgán, do něhož každý stát vysílá dva své zástupce, a který spolu s Americkým ústavem práva připravuje návrhy nezávazných, doporučených vzorů státního zákona, podle nichž pak vydávají závazné zákony jednotlivé státy. „K dosažení harmonizace není vydáváno federální právo, a to ani nezávazné (vzorové), ale jsou svoláváni funkcionáři jednotlivých států (Conference of Commissioners), kteří se dohodnou na přijetí nezávazného, doporučeného vzoru daného státního zákona, tzv. „uniform act“ nebo „uniform code“, tedy na „jednotném zákonu“, podle něhož pak vydávají své již závazné navzájem podobné zákony jednotlivé státy.“⁹¹ Státy však nemají povinnost tyto zákony přijmout. Příkladem takového vzoru je Jednotný obchodní zákoník, srovnatelný se zákoníky kontinentálního typu a upravující především některé obchodní smlouvy.

⁹¹ Boháček, M.: Základy amerického obchodního práva, 1. vydání, Linde Praha, a.s., 2007, str. 44

Sekundární neboli delegovaná legislativa se opět vyskytuje na federální i státní úrovni. Jedná se o federální nařízení prezidenta, jeho ministra nebo místních orgánů a na státní úrovni nařízení guvernéra nebo jeho sekretářů.

Další odlišností v USA je vztah zákona a common law. Nejvyšší soud USA je zde oprávněn odmítnout aplikaci zákona na konkrétní případ z důvodu jeho neústavnosti a takové soudní rozhodnutí má precedenční charakter. Obdobně platí pro nejvyšší soudy členských států Unie, resp. pro další soudy.⁹²

4.3.3. Obyčejové právo

Právní obyčej představují pramen práva pouze v anglickém subsystému angloamerického typu právní kultury. V praxi se však právní obyčej již téměř nepoužívá, neboť byl ve většině případů konzumován legislativou nebo soudními precedenty. Obyčeje rozdělujeme na obecné obyčej říše a místní obyčej.

Obecné obyčej říše (general customs of the realm) se uplatňují v britském ústavním právu, které je převážně obyčejového charakteru. Objevují se rovněž v trestních záležitostech, kdy např. v určitých případech obyčej zavazuje soudce k užití poroty.

Místní obyčej (local customs) tvoří pramen práva za podmínky, že se odlišují od common law, ale neodporují jeho podstatě a dále, že byly zachovávány odnepaměti, tedy přesně od 3. září 1189 (nástup Richarda I. na trůn), což stanoví stále platný zákon, První Westminsterský statut z roku 1275. „Takto se v anglickém právu argumentovalo až do 19. století, než přišel důležitý precedenční případ Angus v Dalton z roku 1877. V něm Queens' Bench Division Vysokého soudu rozhodl, že „time immemorial“ je u prokazování existence práva cesty (easement) možno předpokládat, pokud se právo odpovídající easement vykonávalo přinejmenším v předchozích dvaceti letech.“⁹³ Obyčeje se příležitostně objevují, ale jejich význam je velmi omezen, protože byly ve

⁹² Gerloch, A.: Teorie práva, 5. vydání, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009, str. 105

⁹³ Kuklík, J., Poodhalené tváře anglického práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2013, str. 72

většině případů konzumovány jiným pramenem práva a tvoří jeho obsah. Použije-li soud obyčej pro své precedenční rozhodnutí, obyčej přestává být pramenem práva jako obyčej a stane se z něj pramen práva ve formě precedentu. Obyčejové právo není pramenem práva v USA.

4.3.4. Právní literatura

Právní literatura představuje pramen práva pouze v anglickém subsystému, a to ve velmi omezeném významu. Jedná se pouze o několik historických děl z doby od 12. do 18. století, z nejstarších se jedná o *De Legibus* od Ranulfa de Glanvilla z konce 12.století, v pozdější době např. *Commentaries* od sira Williama Blackstona z roku 1765. Současná právní literatura má pouze podpůrný charakter a nepředstavuje pramen práva. Právní literatura není pramenem práva USA.

Téma pramenů práva v angloamerickém typu právní kultury lze uzavřít konstatováním, že základním pramenem práva je soudní precedent, a to v obou subsystémech. Oproti anglickému konzervativnímu vnímání precedentů je jejich americký koncept liberálnější. Striktní pojetí precedentu se v USA vztahuje na rozhodnutí Nejvyššího soudu USA a nejvyšších státních soudů. V případě rozhodnutí jiných soudů se v USA uplatňuje volnější precedenční doktrína. V USA převažuje flexibilnější postoj vůči precedentu i zásadě *stare decisis*. Tradiční dělení soudcovského práva na *common law* a *equity* se v USA nevyskytuje, v Anglii přetrvává i nadále. Na základě rozhodnutí ve věci *Erie Railroad Company v. Tomkins* z roku 1938, je v USA uznána existence *common law* jednotlivých států. Ačkoli toto rozhodnutí jednoznačně nevyloučilo existenci *common law* na federální úrovni, dle většinového názoru neexistuje. Dalším významným pramenem práva je zákon, jehož úloha se stále zvyšuje v souvislosti se sblížováním angloamerického systému práva s kontinentálním typem právní kultury. V USA jsou zákony přijímány jak na federální, tak na státní úrovni. Rovněž se zde uplatňuje jejich dělení na ústavní zákony s vyšší právní silou a běžné zákony. Naopak anglické zákony tuto dualitu postrádají. Ústavní zákony ve formálním smyslu se v Anglii nevyskytují, neboť anglická ústava je nepsaná a zákony tvořící její součást nejsou formálně odlišeny od běžných zákonů. V Anglii má zákon přednost před *common law* (v užším smyslu), v USA je poměr obou pramenů práva odlišný, neboť

Nejvyšší soud USA a obdobně nejvyšší soudy Unie mohou zrušit zákon, který je v rozporu s Ústavou USA. Takové rozhodnutí se pak stává precedentem. V anglickém subsystému se jako další prameny práva vyskytují obyčeje a právní literatura, jejich význam je však v současné době velmi omezený.

Angloamerický typ právní kultury se vyznačuje praktičností, důrazem na řešení jednotlivých sporů a hledání rozumných východisek. Oproti kontinentálnímu typu právní kultury má více procesně sporný a méně formální charakter. Vzhledem ke struktuře pramenů práva a klíčové roli precedentů je zde typická roztržitost a nejednotnost práva, což klade vyšší nároky na právní vědomosti a argumentační schopnosti subjektů podílejících se na aplikaci práva. „The English concept of the legal rule, much narrower than the corresponding continental notion, is historically explained by the fact that Common law was formed by the judges and that their technique was one of making distinctions, rather than one of interpretation, and this remains the basic approach of English law today.“⁹⁴ (Anglický pojem právního pravidla je mnohem užší než v kontinentálním smyslu, což lze historicky vysvětlit skutečností, že common law bylo formováno soudci a jejich technikou distinkcí, spíše než interpretací, a tento základní přístup anglického práva zůstává zachován i dnes.) Důsledkem této skutečnosti je shora uvedená roztržitost právní úpravy a také velké množství právních norem ve srovnání s kontinentálním právem. Flexibilita a adaptabilita angloamerického právního systému je vyvážena nižší mírou právní jistoty.

Protějškem kontinentální koncepce právního státu zmiňované v předchozím oddílu je doktrína panství práva neboli „rule of law“, jedná se o složitou doktrínu, jež lze shrnout jako absolutní respekt k objektivnímu právu. „Při jejím formování sehrál významnou roli zejména anglický liberalismus, zdůvodňující liberálně chápaný ideál svobody a minimálního státu.“⁹⁵ Ve srovnání s koncepcí kontinentálního právního státu v něm zaujímají významné místo soudy, které v tomto modelu právo nejen nalézají, ale také ex post dotvářejí. Tento významný znak anglosaského právního státu vyjadřuje doktrína *Due Process of Law* stanovující právo na spravedlivý proces, a to nejen

⁹⁴ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 361

⁹⁵ Harvánek, J.: Teorie práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, str. 153

z hlediska procesněprávní stránky, ale i jako garanci hmotného práva, spočívající hlavně v ochraně subjektů před svévolným postupem státních orgánů.

5. Islámský typ právní kultury

Islámský typ právní kultury bývá přiřazován ke dvěma hlavním světovým typům právní kultury, kontinentálnímu a angloamerickému. Ačkoli většina autorů neuznává umístění systému islámského práva mezi světové typy právní kultury a zařazuje jej do okruhu práv tradičních a náboženských, budeme nadále vycházet z třídění světových typů právní kultury provedeného Viktorem Knappem⁹⁶, abychom zachovali jednotnou systematiku této práce, a tudíž systém práva islámského zařadíme mezi typy světové právní kultury. Je tak činěno s vědomím, že se v dnešní době jedná o systém neúplný, omezující se zpravidla na otázky osobního statusu, práva rodinného, majetkového, dědění, s pozůstatky v právu trestním. Je kulturou náboženského charakteru, uplatňující se tradičně na principu personality, tedy na základě příslušnosti jedince k náboženské komunitě. V moderních státech je tento princip často nahrazován principem teritoriality, neboť ve většině islámských států má islámské právo všeobecnou závaznost. Za třetí typ právní kultury nepovažujeme právo islámských zemí, ale systém islámského práva, které není zcela teritoriálně vázáno a současně zpravidla není jediným právem státu, v němž se uplatňuje.

Podle přesvědčení muslimů, stoupců islámského náboženství, je tvůrcem jejich práva Alláh (jediný bůh) a jako jeho šířitele označují proroka Muhammada. Základem práva je Alláhova vůle, zjevená proroku Muhammadovi a zachycená v Koránu, jako přímém slovu božím. Nejvyšším a výlučným zákonodárcem je bůh a jediným, božím právem, je šaría. Druhý významný pramen práva představuje sunna, obsahující popis výroků a skutků proroka Muhammada, doplňující a interpretující ustanovení Koránu. Míra její závaznosti se v islámském právu liší podle jeho směrů. Korán a sunna tvoří primární prameny islámského práva. Další, sekundární prameny islámského práva budou podrobněji popsány v samostatném oddílu této práce. Právo božského původu je nezměnitelné, což představuje příčinu jeho menší přizpůsobivosti životu společnosti.

⁹⁶ Knapp, V.: Velké právní systémy. Praha: C.H.Beck, 1996. str. 106

„Stát v islámském chápání není oddělen od náboženství, nýbrž je náboženstvím ovládan, tvoří – možno snad říci – součást náboženského systému.“⁹⁷ Stát je ovládan náboženstvím, nemůže být tvůrcem práva, ale pouhým jeho ochráncem. Zákonodárce ani právník právo nevytváří, ale pouze jej vyhledává v Koránu nebo sunně, případně se pokouší najít vhodnou analogii. Tato doktrína se vztahuje jen na normy hmotného práva, procesněprávní normy se nepovažovaly za právo božského původu, a tudíž mohly vznikat činností státních orgánů. Systém islámského práva však důsledně neodděluje normy hmotněprávní a procesněprávní a rovněž nezná klasické členění práva na právní odvětví. Vývoj po druhé světové válce však přinesl změnu v původních teokratických islámských státech, které se v různé míře emancipovaly od islámu, což vyvolalo důsledky i v oblasti práva.

V islámské věrouce se prolíná právo, morálka a náboženství, neboť se nacházejí v jednom prameni. „Normy morálky, práva a náboženstva sa totiž u moslimov sice nachádzajú v spoločnom prameni, ale nespývajú. Náboženské príkazy, či už majú charakter odporúčaní (mandúb) alebo odsúdenia určitého správania (makrúh) sa zväčša nespájajú s právnou sankciou.“⁹⁸ Islámské právo je systémom záväzných pravidiel chování muslima. Kromě základů občanského, rodinného a trestního práva stanoví i pravidla týkající se způsobu života věřících téměř ve všech oblastech lidského života. „Třídění těchto norem navazuje na tezi o vnější a vnitřní přirozenosti člověka. Obsahem vnitřní přirozenosti je duchovní a morální, resp. intelektuální život, vnější přirozenost zahrnuje život osobní, společenský, ekonomický, politický a kulturní.“⁹⁹ Požadavek vnitřní přirozenosti vyjadřují normy týkající se pravidelných modliteb, dodržování půstu, udělování almužen, poutě do Mekky a rozvoje poznání. Vnější přirozenost reprezentují normy určující pravidla osobního života (duchovní a fyzická očista, výživa, oblékání), rodinného, společenského, ekonomického, politického a kulturního života. Všechny uvedené normy jsou obsahem islámského práva, šaríi, v překladu „cesta k prameni vody“.

⁹⁷ Knapp, V.: Velké právní systémy. Praha: C.H.Beck, 1996. str. 190

⁹⁸ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 29

⁹⁹ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 36

Pravidla šaríi interpretují učenci (ulamá), kteří tím vytvářejí tzv. fikh, neboli soustavu závazných pravidel lidského chování, odpovídající naší představě o právu. Fikh je nalézáním a výkladem práva, nikoli jeho tvorbou, neboť šaría je neměnná. Ve fikhu se uplatňují tři následující zásady: Všechno je zákonné a tudíž platné, pokud se neprokáže opak. Nikdo není dlužníkem jiného, dokud není prokázán opak. Vše, co není zakázané, je dovolené.

Podle Muhammadovy předpovědi nezůstane jeho obec ušetřena štěpení na sekty. K němu došlo hned po smrti Muhammada, který nezanechal syna ani politickou závěť a bylo potřeba vyřešit spory o politické vedení obce. Od většinové sunnitské větve se oddělila legitimistická šíitská větev, teokratická cháridža a spíše smířlivá murdžía. „Sekty v částečném nebo plném smyslu slova vznikaly a zanikaly po všechna staletí islámských dějin až do nejnovější doby.“¹⁰⁰ Vedle sunnitů a šiitů se muslimové člení na množství směrů odlišujících se územní rigidností víry a dalšími zvláštnostmi. Základní dva subsystemy islámského systému práva představuje právo sunnitské a šíitské, lišící se v pojetí moci, v přístupu k pramenům práva a ve vymezení některých právních institucí.

Převládajícím směrem je sunnismus a to vzhledem k počtu stoupenců i k rozloze území, na němž dominuje. Islámské právo je tedy hlavně právem sunnitským. Historicky se sunnitská větev formovala po Muhammadově smrti, kdy stoupenci této větve zvolili za hlavu muslimské obce Prorokova přítele a tchána, Abú Bakra. Hlavou obce je chalífa jako nejvyšší duchovní vůdce, jehož funkce je volitelná. Sunnitský směr se dále člení na několik právních směrů, tzv. madhabů, z nichž se do dnešního dne dochovaly následující čtyři: Hanáfíja, Malíkíja, Šhafíja a Hanbalíja, nazvané podle jmen svých zakladatelů.

Šíitská větev vznikla tím, že její stoupenci po Muhammadově smrti odmítli uznat nástupnictví dynastie Umajjovců a jako vůdce islámské obce uznali Alího, Muhammadova nejbližšího příbuzného a nazvali se „šiat Alí“ (strana Alího). Hlavou jejich obce je imám, jehož funkce je dědičná a koncentruje duchovní a světskou moc. Ochráncem veřejného pořádku je šáh, který je podřízen imámovi. Nejvýznamnější

¹⁰⁰ Kropáček, L.: Duchovní cesty islámu, Praha, Vyšehrad, 2003, str. 178

šíitskou větev tvoří tzv. Dvanáctníci, podle jejichž učení přísluší vláda pouze Alímu a jeho dvanácti potomkům, imámům. Šíitský směr se uplatňuje jako státní náboženství v Iránu.

Islámské právo nelze geograficky ztotožnit s právem islámských zemí, neboť nepůsobí vždy teritoriálně a nebývá ani jediným právem, které platí v příslušném státě. Islámské právo neplatí ve všech zemích, kde žijí muslimové. Neplatí-li islámské právo jako právo určitého státu, vztahuje se na muslimy v dané zemi jako soustava nábožensko-etických příkazů. Obecně však lze konstatovat, že islámské právo zpravidla působí ve státech s většinovým podílem muslimského obyvatelstva. „A tak sa s ním možno stretnúť medzi moslimami v Afrike (najmä v Egyptě, Sudáne, Mali, Mauretánii, Nigere a Somálsku, ale aj v Tanzánii, Keni, Gambii a Malavi). V Ázii (Afganistan, Pakistan, India, Čína, Maledivi, Turecko), i v Oceánii na ostrove Fidži. A samozrejme, vo všetkých arabských štátoch, ktoré majú k islamu najbližšie.“¹⁰¹ Vedle islámského práva je ve státech jeho působení zpravidla patrný i vliv angloamerického či kontinentálního právního systému. Kontinentální typ právní kultury, zejména v podobě francouzského subsystému ovlivňuje například Egypt, Sýrii, Alžírsko, Libanon a Tunisko. Angloamerický právní systém se uplatňuje v Súdánu, Iráku nebo Jordánsku. Právo islámských zemí se po osvobození z koloniální nadvlády ve většině případů sekularizovalo, tedy došlo k oddělení státu od náboženství. Pouze islámské právo platí v současnosti jako státní právo v Afghánistánu, Saúdské Arábii a na Maledivách.

V současné době žije na světě přibližně jedna miliarda muslimů a dle demografické prognózy OSN bude počet muslimského obyvatelstva na naší planetě v roce 2100 činit 11 miliard lidí.¹⁰² Uvedený údaj vyjadřuje význam islámu v dalším společenském a právním vývoji světa.

5.1. Historický vývoj islámského typu právní kultury

Většina obyvatel předislámské Arábie vedla kočovný život pastevců, sdružených v pokrevních svazcích rodů, klanů, kmenů a kmenových svazů. Život těchto pastevců se

¹⁰¹ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied 1991, str. 31

¹⁰² Tamtéž, str. 102

řídil kmenovými obyčejí. „Na prvním místě stála soudržnost rodů a klanů a vzájemná loajalita a ochrana všech jejich členů; v Arábii mohl jedinec existovat pouze v rámci kolektivu, který mu skýtal záruku bezpečnosti a pomoci, ocitl-li se v nepříznivých poměrech.“¹⁰³ Pokrevní příbuzenství bylo spjato se zákonem krevní msty, které byly vystaveni kromě pachatele i ostatní příslušníci rodu. Společenství Arabů bylo roztrženo na několik desítek mnohdy znepřátelených kmenů, které však spojoval společný jazyk. Postupným vývojem společnosti se rodové zřízení uvolňovalo a rozkládalo, a to zejména ve městech. Subjektivita jedince začala být zdůrazňována, ačkoli staré tradice byly i nadále zachovávány. Náboženství uctívalo astrální božstva a přírodní síly, panteon božstev nebyl v arabském prostředí jednotný, téměř každý kmen měl své vlastní božstvo.

Na počátku 7. století se objevuje v Arábii islám, projevující se od počátku nejen jako věrouka, ale i prostředek k politickému sjednocení. „Je nesporné, že islám vznikl v době postupujícího rozkladu rodových vztahů a od počátku se projevoval nejen jako věrouka, ale i jako výzva k politickému sjednocení, které Muhammad sám za svého života dokázal prosadit v rozměrech celého Arabského poloostrova.“¹⁰⁴ Islám zdůrazňuje myšlenku jediného boha a jednoty společnosti. Prvním šířitelem islámu byl prorok Muhammad, který se narodil v roce 570 v Mekce, někteří historici posouvají datum jeho narození až do roku 580. Pocházel z rodu Hášimovců, který v té době významně zchudl. V pětadvaceti začal pracovat jako obchodní příručí u zámožné vdovy Chadídži, se kterou se později oženil. Dle tradice jej znepokojovaly tehdejší společenské poměry, zejména úplatnost a tvrdé vykořisťování. Začal se uchýlovat do samoty v horách, kde se věnoval meditacím a dodržoval půst. Pravděpodobně v roce 610 se mu začal zjevovat archanděl Gabriel. Muhammad postupně dospěl k přesvědčení, že si ho bůh vyvolil, aby hlásal jeho slovo jako prorok. Přibližně od roku 613 začal se svými božími ponaučeními (súrami) vystupovat. Zpočátku se tak dělo tajně, později veřejně. Po zhruba desetiletém působení v Mekce se v roce 622 přesunul i se svými stoupenci do Medíny. Tato událost se nazývá hidžra neboli „přerušování kmenových vztahů a navázání nových“. Muhammad dorazil do Medíny 24. září 622 a od této události se odvíjí počátek muslimského letopočtu. Muhammad se zde stal

¹⁰³ [přelož.: Hrbek, I.]: Korán, 6. vydání, Praha, Odeon, 1991, str. 9

¹⁰⁴ Kropáček, L.: Duchovní cesty islámu, Praha, Vyšehrad, 2003, str. 12

reformátorem, zákonodárcem, soudcem a vojevůdcem. Začal podnikat tažení proti městům a kočovným beduínským kmenům a postupně islamizoval celou Arábii. Označil se za posledního v řadě proroků a vymezil postavení islámu.

Muhammad zemřel v roce 632, aniž by zanechal syna nebo politickou závěť. Po jeho smrti se rozpoutala bitva o nástupnické právo. Výsledkem byl vznik dvou hlavních větví islámského náboženství a práva, sunnitské a šíitské.

„Muhammad zjevené texty zprvu uchovával jen v paměti, teprve v medinském období dal některé části zaznamenávat.“¹⁰⁵ Za chalífátu Abú Bakra byl pověřen bývalý Muhammadův tajemník úkolem sepsat zjevenou knihu. Další vývoj písemné fixace Koránu bude podrobněji popsán v oddílu věnujícímu se pramenům islámského práva.

Po smrti Proroka vznikla sunna, jako důsledek přerušení spojení s bohem. Jedná se o sepsání Muhammadových výroků, činů a postojů považované za druhý nejvýznamnější pramen islámského práva.

„Základy islámského práva (šaria) vycházejí z obyčejov arabských kmeňov.“¹⁰⁶ Muhammad je měnil a doplňoval jen v případě jejich nevhodnosti, nedostatečnosti nebo rozporu s jeho záměrem vytvořit jednotné společenství.

Vznik šarií nelze datovat současně s vytvořením islámské říše, její vývoj byl pozvolný. Na území se ještě přibližně dvě století poté uplatňovaly starší právní obyčeje, které se postupně měnily v duchu Koránu. Teprve ve druhém století hidžry začíná snaha o systematizaci šarií spolu s tříděním a hodnocením sunny. V této době začaly cestou účelově vytvořených hadíthů, neboli zpráv o činech a výrociích Proroka obsažených v sunně, do právního myšlení pronikat vlivy talmudského a římského práva. Současně se začínají formovat první právní školy neboli madhaby.

Přibližně od 9. do 10. století se sunnitské větvi ustálily čtyři pravověrné madhaby. V druhé polovině 9. století byla v této větvi islámského práva přijata zásada taqlíd, která prohlásila právo za nezměnitelný a uzavřený systém. Vyjadřovala názor, že

¹⁰⁵ Tamtéž, str. 29

¹⁰⁶ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 33

všechny otázky již byly odpovězeny a boží právo nelze měnit. „Toto období však bylo ukončeno dogmatem vyvozeným z Muhammadova vyhlášení: *Dnešního dne jsem pro vás dovršil vaše náboženství.*“¹⁰⁷ Menšinová šiitská větev tuto koncepci nepřijala. Od přijetí zásady taqlíd ve většinové sunnitské větvi počíná stagnace islámského práva, která přetrvala až do 18. století.

Středověké úsilí stoupenců islámu bylo v 19. století vystřídáno evropskými expanzemi do muslimského světa. Nové společenské a výrobní vztahy přinášely právní otázky, na které šaría neměla odpověď. Na základě tohoto podnětu vypracovala právní věda různé výklady umožňující obcházení platného práva. Byla vytvořena např. technika hijla, která umožňovala dosáhnout zakázaného cíle pomocí dovoleného právního úkonu. Evropané však nechtěli vyčkávat, než se islámská právní kultura vypořádá s měnícími se vztahy, a tak se objevuje nový pramen práva, zákon. Tento pramen práva se obsahově často velmi vzdaluje šarii a přibližuje se evropským právním vzorům. V první polovině dvacátého století tak islámské právo ustupuje do pozadí, především v oblasti trestního práva. Pod vlivem kontinentálního nebo angloamerického typu právní kultury se vytváří nová právní odvětví. „The result was everywhere the same in subjects which did not involve aspects of *statut personnel* (that range of topics including the law of persons, of family relations, and inheritance..... The Muslim law was no longer applied. Rules taken from Romano-Germanic or Common law families were preferred. Constitutional law, administrative law, private and commercial law, procedure, criminal law and labour law – all were westernized in many Muslim countries.“¹⁰⁸ (Výsledek byl stejný ve všech věcech s výjimkou záležitostí osobního statusu (do této oblasti náleží právo osob, rodinné vztahy a dědění..... Islámské právo nebylo nadále aplikováno. Byla preferována pravidla převzatá z románsko-germánské rodiny nebo rodiny common law. Ústavní právo, správní právo, soukromé a obchodní právo, procesní právo, trestní a pracovní právo – vše toto bylo westernizováno v mnoha islámských zemích. Naproti tomu trvalou platnost si uchovávají normy rodinného práva.

¹⁰⁷ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 48

¹⁰⁸ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 475

Oživení islámu nastalo v sedmdesátých letech dvacátého století. V mnoha arabských zemích se objevila ropa, která do těchto států přivedla vysoké příjmy. Mezi více myšlenkovými směry nabyl rozhodující význam fundamentalismus a modernismus. První směr usiluje o potvrzení tradičních způsobů myšlení a chování, modernismus se je pokouší přehodnotit tak, aby vyhovovaly soudobé společnosti. Oba proudy spojuje mohutné oživení islámu a návrat k šarii, který však není absolutní. V soudobé společnosti se nelze vrátit k šarii tak, aby se postavení a funkce státu ocitly mimo právní úpravu. Arabské státy mají zpravidla psané ústavy, které vymezují vztah státu a legislativy k islámu a šarii. V trestním právu i nadále přetrvávají tradiční tresty obsažené v Koránu. Právní úprava manželského práva je ve všech státech upravena na principech šarii.

V současné době lze rozlišovat mezi dvěma skupinami muslimských zemí. První tvoří státy nejméně ovlivněné moderním myšlením, teoreticky jsou řízeny muslimským právem, ve skutečnosti právem obyčejovým, uznávajícím nadřazenost islámského práva. Typickým příkladem je Saúdská Arábie nebo Afghánistán.

Druhou skupinu tvoří země, kde islámské právo platí pouze v záležitostech osobního statusu, veřejných nadací a pozemkového práva, v ostatních věcech bylo přijato moderní právo založené na kontinentálních nebo angloamerických vzorech. Příkladem první skupiny států je Irán, Indonésie nebo francouzsky hovořící africké státy, do druhé skupiny řadíme Súdán, Irák a Jordánsko.

Muslimské země dokázaly smíchat tradiční a západní právo způsobem slučitelným s jejich tradicí a mentalitou. V bývalých evropských koloniích vedle sebe platí kodifikované právo vypracované podle vzorů přejatých od dřívějších koloniálních mocností spolu s islámským právem. Stopy islámské právní tradice se v těchto státech uplatňují i nadále a nemohou být smazány bez celkové změny společnosti. „In such circumstances it appears improvable that these countries will adhere to either the Common law or Romanist systems. It is more likely that the categories and concepts borrowed from western laws will be synthesized, in some way relatively acceptable to the orthodox point of view, with methods of reasoning and an outlook moulded by the

tradition of Muslim law.”¹⁰⁹ (Za těchto okolností se zdá nepravděpodobné, že tyto země přilnou k systému common law nebo románskému. Je více pravděpodobné, že pojmy a kategorie, které si vypůjčily ze západního práva, budou sloučeny způsobem akceptovatelným z ortodoxního hlediska, metodami odůvodnění a pohledem formovaným tradicí islámského práva.) Studium islámského práva bude i nadále významné z pohledu mezinárodního a komparativního.

5.2. *Subsystémy islámského typu právní kultury*

Státotvorná povaha islámu a jeho politický charakter zapříčinily štěpení muslimské obce v raném období po Muhammadově smrti, kdy vznikla potřeba vyřešit otázku nástupnictví. Muslimská obec se v té době rozdělila na dva velké tábory, sunnity a šiity. „Aby obe skupiny odůvodnily svoje ambície a mocenské nároky, nacházali koncepcie a argumenty, které vtěsňovali do náboženstva.“¹¹⁰ Vedle nich koexistují další směry vyznačující se dílčími zvláštnostmi. Vznik a zánik jednotlivých odnoží islámu je charakteristický pro každé období islámských dějin až do současnosti. Z dalších směrů zaujímá významné postavení např. wahhábismus, založený na sunnitských základech jako odnož islámu vyznačující se odporem vůči západu, jeho stoupenci zakazují ženám práci a vzdělání. Tento směr našel uplatnění v Saúdské Arábii nebo Afghánistánu. Řada dalších směrů se objevuje na africkém či asijském kontinentu. Tyto sekty zpravidla vycházejí ze sunnitských nebo šiitských základů, jindy se jedná o nová učení orientovaná na potřeby moderní doby jako např. ahmadíja nebo o drobná hnutí vzniklá za podmínek místních specifik a působící na okraji islámského světa. Vzhledem k rozloze území a počtu stoupců hlásících se k příslušné větvi lze islámské právo rozdělit na dva základní subsystémy, převažující sunnitský a spíše menšinový šiitský. Ani uvnitř těchto subsystémů nepanuje jednotota, sunnitská větev vytvořila množství škol, které mezi sebou tvrdě soupeřily. Z téměř pěti set drobných škol si největší význam uchovaly čtyři madhaby: Hanáfíja, Malíkíja, Šhafíja a Hanbalíja.¹¹¹ Ani šiíta nikdy netvořila jednotný proud. Na jejím základě brzy vznikaly desítky sekt, do

¹⁰⁹ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 483

¹¹⁰ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 32

¹¹¹ Tamtéž, str. 39

současnosti se uchovaly následující šíitské sekty: zajdíja, ismaiílija, šíia dvanácti imámů a extremisté.

Jednoznačně dominantním směrem islámu je sunnismus, jehož geografické vymezení se při užití časového kritéria mění v závislosti na výsledcích mocenských bojů mezi šíitskými Peršany na straně jedné a sunnitskými Turky či Kurdy na straně druhé. V současnosti se šiismus vyznává v Iránu, Iráku, Bahrajnu, u převažující části libanonských muslimů a jeho stoupence můžeme nalézt také v Kuvajtu, Jihoafrické republice, Indii, Pákistánu a Indonésii.

„Základné rozdiely medzi sunnizmom a šiizmom spočívajú v pohľade na spôsob nadobúdania moci, v prístupe k prameňom šarie a v špecifikácii obsahu vícerých právnych inštitútov.“¹¹²

5.2.1. Sunnitská koncepce práva

Sunnitská koncepce v islámském právu převažuje, a to jak vzhledem k rozloze ovlivněného území, tak k počtu jejích stoupců. V různých historických obdobích se poměr šíitů a sunnitů měnil v závislosti na nabývání a pozbývání moci nad územími s muslimským obyvatelstvem.

Hlava muslimské obce je u sunnitů volitelná. Pohled na nabývání moci úzce souvisí s pojmem islámského státu a jeho níže uvedenými specifiky v oblasti moci výkonné, zákonodárné a soudní, ačkoli původní teorie islámského státu neuznává dělbu moci. Dle původní koncepce nenáleží suverenita vůdci ani občanům, ale bohu. Muslimští teoretici a právníci vypracovali pojem islámského státu v čele s chalífou, který je následníkem Proroka Muhammada jako politického, vojenského a administrativního vůdce. Jeho významnou povinností je chránit islám v jeho pravé podobě. Stát je podroben božimu právu. Vláda vykonává boží vůli a právo na podporu veřejnosti má jen tehdy, pokud se řídí božím slovem. Výkonnou a zákonodárnou pravomoc v místní působnosti v obcích a městech mají muslimské rady.

¹¹² Tamtéž, str. 62

„Korán je nejen ústavním základem islámského státu, ale i pramenem práva a normativním základem víry v boha.“¹¹³ Předpisy šarií se nacházejí v tematicky uspořádaných kapitolách s komentáři. Necitují se paragrafy, ale knihy a kapitoly vypracované soukromými odborníky. Hlavním úkolem legislativy je hledat zákon, jeho tvorba není zcela vyloučena, její rozsah a směr však určuje islám.

Tradiční islámské soudnictví nezná specializaci na věci občanskoprávní a trestněprávní, funkce soudce (qádí) je vymezena velmi široce a vedle rozhodování sporů sem náleží notariát, dozor nad trhem, veřejný pořádek, činnost obecně prospěšných nadací atd. Vedle těchto tradičních soudů islámského práva zpravidla existují státní soudy západních vzorů, které aplikují místní obyčeje a právní předpisy vydané k tomu zmocněnými orgány a které se do určité míry odchyľují od striktních pravidel islámského práva. Pravomoc státních soudů byla v mnoha případech rozšířena někdy až na celou oblast práva, čímž se jurisdikce původních soudů odpovídajícím způsobem zúžila. V některých zemích byly tradiční islámské soudy zrušeny, jinde byly ponechány, avšak jejich funkce se změnila.

Dalším významným odlišujícím prvkem mezi sunnitskou a šíitskou větví je přístup k pramenům práva. Vedle primárních pramenů islámského práva, Koránu a sunny uznávají sunnité idžmu (dohoda na pravidla chování), quiás (dedukce podle analogie) a idžtihád (řešení nového problému pomocí vlastního úsudku). Závěry quiásu a idžtihádu jsou platné jen za předpokladu jejich potvrzení idžmou. Podrobnější rozbor jednotlivých pramenů sunnitského práva bude proveden v samostatné kapitole této práce.

Poslední, v této práci uvedený rozdíl mezi dvěma základními větvemi islámského práva představuje obsah některých právních institutů. Jedná se zejména o rozdíly v typologii smluv, formě obvěnění (šíité připouštějí i plnění ve formě nehmotného statku)¹¹⁴ a v otázce možnosti uzavření manželství na dobu určitou.

¹¹³ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 42

¹¹⁴ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str.64

„Podľa významu prikladaného jednotlivým prameňom práva sa v sunnitskom smere islamskej právnej kultúry vytvorili nespočetné školy, ktoré navzájom tuho súperili.“¹¹⁵ Tento boj vyvrcholil na počátku 9. storočia a jeho výsledkom bol zánik približne päť set sunnitských škôl, z nichž sa do súčasnosti dochovaly štyri najúspešnejšie, a to hanafijská, málikovská, šáfiovská a hanbalovská. V základných otázkach sa shodujú, názorové rozdiely sa týkajú priority jednotlivých prameňov práva a podrobností hmotného práva, ktoré nepovažujú za príliš podstatné.

Za najvýznamnejšiu a najrozšírenejšiu je považovaná škola hanafijcov. Jejím zakladateľom je Abú Hanífa (699-767), ktorý uznával iba omezený počet hadísů (celkom približne päťdesať). „Kladl dôraz na využitie vlastného úsudku, v jehož rámci dáva priestor vedľa qijásu i voľbe vhodnejšieho alternatívy (istihsán).“¹¹⁶ Zohľadňuje i zvykové právo. Škola hanafijcov dnes tvorí platné právo v Egypte, Pakistáne, Afganistáne, Turecku, Súdáne, Číne a Sýrii. Hlásia sa k ní rovněž menšiny sunnitů v Iráku. Od roku 1912 jej aplikovala muslimská menšina v Rakousku-Uhersku, avšak nikoli ako štátné právo.

Školu málikovcov založil Málik b. Anas (713-795). Jej stoupenca zdôrazňovali význam hadísů a idžmá vytvorených medínskými učencami. Kromě prevládajúceho významu v tehdejším Španělsku sa dodnes uplatňuje v islámskej časti západnej subsaharskej Afriky.

Muhammad b. Idris aš Šáfia (767-820) založil školu šáfijovcov, ktorá tvorí kompromis medzi oboma predchádzajúcimi školami, nebot' hľadá cestu medzi lpěním na tradícii a právom na vlastný názor. Odmítá široké využívanie quiásu a rozširuje platnosť idžmá. Jej zakladateľ je považovaný za pôvodcu delenia prameňů šaríi na Korán, sunnu, idžmá a quiás. Do 16. storočia bol šáfijovský smer najrozšírenejší, pak jej vytlačil hanafijský smer. V súčasnosti sa uplatňuje na juhu Arábie, v Indonésii a východnej Afrike.

Hanbalovský madhab sa vyznačuje najmenším počtom stoupenca a prísnyim fundamentalistickým prístupom, ktorý lpí na dodržovanie Koránu a sunny a odmieta uznať

¹¹⁵ Tamtéž, str. 39

¹¹⁶ Kropáček, L.: Duchovní cesty islámu, Praha, Vyšehrad, 2003, str. 119

ostatní prameny práva. Jeho zakladatelem je Ahmad ibn Hanbal (780-855), který usiloval o návrat k počáteční čistotě a jednoduchosti islámu. V současnosti je tato škola uznávána zejména v Saúdské Arábii.

V oblasti hmotného práva vznikaly mezi stoupenci shora uvedených škol spory v oblasti aplikace jednotlivých právních institutů. Například v otázce uzavření manželství není mezi stoupenci všech škol jednota v názoru, zda jej může platně uzavřít žena bez souhlasu svého zákonného zástupce. Spory se rovněž vyskytují v otázce výšky a formy obvěnění. Další rozdíly v názorech se objevují v otázce změnitelnosti soudního rozhodnutí nebo při určování horní výměry tělesného trestu za trestné činy kategorie ta'zir.

5.2.2. Šíitská koncepce práva

Šíitská koncepce má v současnosti menšinové zastoupení, ačkoli v různých historických obdobích docházelo k proměnám. Tři základní principy islámského práva (víra v jediného Boha, víra v Proroka Muhammada, víra ve zmrtvýchvstání o soudném dnu) šíité obohatili o další dva: z prvních čtyř chalífů uznali jen Alího a k uvedeným třem vírám přidali víru ve spravedlnost.

Hlava muslimského společenství je u šíitů dědičná a v jeho čele stojí nejvyšší duchovní činitel, imám. Strážcem veřejného pořádku je šáh, který je podřízen imámovi, neboť světská a duchovní moc je v islámu nedělitelná. Šíitský islám je státním náboženstvím v Iránu, šíitští učenci zde požívají značnou autoritu, neboť si uchovali nezávislost na státní správě a také nikdy nevyloučili užití idžtihádu umožňujícího pružný výklad Koránu vyrovnávající se společenským změnám. Zásada taqlíd byla zavedena pouze v sunnitském právu, protože území obývané šíity mělo malou rozlohu a centralizovaná moc se zde vykonávala lépe.

Prameny šíitského práva tvoří Korán, sunna a rozum. „Šíité uznávají pouze korán a sunnu. Namísto idžmy kladou rozum.“¹¹⁷ To vyplývá z vyhlášení imáma

¹¹⁷ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 45

Džafara-el-Sadíka, dle něhož je vše zákonné rozumné a vše rozumné zákonné. Někteří šiíté uznávají idžmu, quiás je všemi odmítán.

Zmínka o obsahových rozdílech mezi některými právními instituty v sunnitském a šiitském směru byla učiněna již výše.

Šiía se štěpí na desítky sekt, neboť Alí zanechal početné potomstvo. Do současnosti se uchovaly sekty založené na posloupnosti v linii Husajnových synů: zajdíja, ismaiílja, šiía dvanácti imámů a extremisté. Zajdíja je považována za umírněný proud, její názory se často citují vedle čtyř sunnitských madhabů. Šiía dvanácti imámů je největší a nejuspěšnější sektou, která se dodnes uplatňuje např. v Iránu.

5.3. *Prameny islámského práva*

5.3.1. Korán

Základem islámského práva je Korán chápaný jako slovo boží zjevené proroku Muhammadovi. „Korán je svaté písmo muslimů a obsahuje sbírku textů, přednášených Muhammadem v průběhu více než dvaceti let prorocké činnosti a považovaných jím za zjevení boží.“¹¹⁸ Potřeba písemné fixace „zjevení“ nastala až po Prorokově smrti. Úkolem byl pověřen jeho bývalý tajemník, souběžně však vznikaly odchylné kodexy, a tak chalífa Uthmán ustavil komisi, která v letech 651-656 vypracovala závazné znění Koránu. Slovo Korán (arabsky al-Qur’án) znamená „čtení“ nebo „přednášení“ zjevení daného Muhammadovi. Je považován za primární zdroj islámského práva a základní knihu islámu. „V řadě zemí vyhlásili Korán za hlavní zdroj zákonodárství a fundamentalisté jej vyzdvihují přímo na místo jedině, věčné ústavy.“¹¹⁹ Jednotlivé verše určují pravidla chování věřících při náboženských obřadech a při vyznávání víry, etická pravidla a právní normy, které mají v systému islámského práva nejvyšší právní sílu. Pravidla chování se vyskytují ve formě příkazů, zákazů a doporučení.

Korán je rozdělen do 114 kapitol neboli súr, které se dále člení na verše. Údaje o celkovém počtu veršů se liší mezi skupinami muslimských učenců a kolísají v rozmezí mezi 6236 (oficiální egyptské vydání) až 6204. Podle arabské literatury činí počet veršů

¹¹⁸ [přelož.: Hrbek, I.]: Korán, 6. vydání, Praha, Odeon, 1991, str. 44

¹¹⁹ Kropáček, L.: Duchovní cesty islámu, Praha, Vyšehrad, 2003, str. 29

obsahujících právní normy asi dvě stě. Z tohoto množství má přibližně dvacet veršů veřejnoprávní charakter, rodinnému právu je věnováno přibližně sedmdesát veršů, stejný počet se zabývá občanskoprávními vztahy, třicet veršů je trestněprávního charakteru a asi dvacet pět veršů se zabývá mezinárodním právem.

5.3.2. Sunna

Druhým nejvýznamnějším pramenem islámské právní kultury je sunna. „Obsahuje výroky a popis činů proroka Muhammada, jeho příkazy, zákazy a dovolení.“¹²⁰ Prorokovi druhové a následovníci ustanovení sunny dotvářeli. Termín sunna znamená v překladu „zvyklost“ nebo „obvyklý způsob jednání“. Sunna se člení na několik sbírek hadíthů, doslovně „novin“ či „hovorů“ neboli svědectvím přenesených krátkých příběhů z minulosti do současnosti. Hadísy se v teorii člení podle věrohodnosti a smyslu na tři skupiny: správné, dobré a slabé, což se odráží v jejich právní síle. Pravdivost hadísů se posuzuje z následujících hledisek: výrok nebo čin Muhammada, spolehlivý řetěz tradentů a ověření posledního jedince, který jej slyšel. V sunnitské větvi se největší úctě těší sbírky Buchářího a Muslima, označované společně jako „dvě správné“. Šiité pěstovali svou tradici a uznávají pouze zprávy opírající se o Alího, jeho potomky a stoupence. Šiitská větev má vlastní kanonické knihy a namísto hadísa používá pojem chabar nebo aktar. Protiklad k slovu sunna tvoří bid'a představující nevhodný novátorský názor.

Zásady obsažené v Koránu a sunně jsou považovány za nezměnitelné a nedotknutelné. Právní normy vyskytující se v Koránu a sunně praxe dělí na jednoznačné a sporné, které vyžadují další výklad. Nelze-li v nich nalézt pravidlo pro řešení určité situace, znamená to, že bůh dal lidem možnost, aby se sami rozhodli upravit si svoje vztahy. Za účelem jejich vyřešení byl vytvořen již výše zmíněný vědní obor fikh umožňující odvozování pravidel od všeobecných principů.

Korán je slovem božím, sunna představuje slovo lidské. Normy obsažené v sunně jsou produktem Prorokova vědomého myšlení, proto jim není připisován božský původ a z toho důvodu mají nižší stupeň právní síly. Většinou převládal názor,

¹²⁰ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 46

že koránské předpisy jsou obecnou formou, kterou sunna nadále rozvíjí. Skutečnou autoritu požívá Korán a malá část sunny, tedy ta, kterou obec nepřetržitě zachovává. Ocitnou-li se ustanovení sunny v rozporu s Koránem, nemají obecnou závaznost. Lze se setkat i s přístupy, které sunnu neuznávají. Postrádají však praktický význam, neboť Korán bez sunny nelze interpretovat. Právní spory týkající se sunny se spíše zaměřují na jednotlivé otázky, než aby se zabývaly její hodnotou jako pramene práva.

5.3.3. Idžmá

Idžmá neboli konsensus omnium, tedy dohoda islámského společenství o pravidle chování. Představuje třetí nejvýznamnější pramen islámského práva vyvinutý praxí za účelem vyjasnění otázek, na něž ani Korán ani sunna nedávají odpověď. Jedná se o jednomyslný souhlas renomovaných právních učenců ohledně rozsudku v konkrétní věci v příslušném období. V praxi nepanuje jednota v otázce, či souhlas má idžmá zahrnovat. „Podľa niektorých učencov islamu idžmá má zahŕňať súhlas všetkých veriacích, iní ju zužujú na zhodu názorov všetkých muslimských učencov a podľa mienky ďalších stačí dohoda jednej generácie učencov z jediného teologického centra.“¹²¹ Platnosť takového rozhodnutia závisí na shode s princípy obecných pravidiel plynoucích z Koránu a sunny. Idžmá nachádza svoje oprávnenie vo dvoch prohláseniach Proroka: „Mé společenství nikdy nepřijme chybné rozhodnutí.“ a „To, co muslimové považují za spravedlivé, je spravedlivé v očích Alláha.“ „By amalgamating tradition, custom and practice to form either a rule of law, a principle or an institution, the agreement of Islamic doctors and legal scholars gives the legal solution, thus unanimously accepted, the real force of juridical truth.“¹²² (Smísením tradice, obyčejů a praxe za účelem formování právního pravidla, principu nebo institutu tvoří jednomyslně akceptovaná dohoda islámských učenců a právních vzdělavců právní řešení s reálnou právní silou.) Ačkoli Korán a sunna představují základní prameny islámského práva, jsou dnes pouze historickými zdroji. Islámské soudci při aplikaci šaría již neuzívají Korán či sunnu, protože oba tyto prameny byly nepochybně a definitivně interpretovány idžmou. Vlastní interpretace Koránu nebo vyhodnocování autenticity hadísů soudcem

¹²¹ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 38

¹²² David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 458

by bylo považováno za neuctivé jednání ve vztahu k ortodoxnímu náboženství. Studium dnešního islámského práva tedy znamená studium fikhu potvrzeného idžmou. Šiitický směr idžmu nepovažuje za pramen práva, ani za nástroj jurisprudence.

5.3.4. Kijás

Kijás je čtvrtým pramenem sunnitské větve islámského práva. Znamená rozsudek vydaný v individuálním případě opírající se o premisy obsažené v Koránu nebo sunně a odvozující řešení per analogiam. Termín „kijás“ se překládá jako analogie, ale nelze jej ztotožnit s analogií legis ani s analogií juris v kontinentálním smyslu. Znamená spíše rozumové uvažování, kterým dochází k zaplňování faktických mezer v Koránu a sunně a zároveň neřešitelných pomocí idžmá. Protože islámské právo je považováno za ucelený systém a kniha fikhu nenabízí řešení na všechny otázky, byla prostřednictvím čistě logického postupu vyvinuta metoda analogické argumentace, která vytvořila další pramen islámského práva sloužící k interpretaci a aplikaci. „Tento pramen islámského práva je starší než idžmá, ale v praxi je méně používán.“¹²³ Důvodem je jeho nezpůsobnost tvořit základní pravidla absolutní hodnoty srovnatelná s tradičními prameny práva. Není samostatným pramenem práva, neboť jeho existence závisí na modelovém případě. Některé větve islámské právní kultury odmítají kijás z fundamentalistických důvodů, avšak téměř bez praktických důsledků, neboť takové odmítnutí často vede k závěru, že řešení obsažené v interpretovaných textech je implicitně chápáno, zatímco příznivci kijásu v něm vidí odvození analogií. Šiitská větev kijás neuznává za pramen islámského práva.

5.3.5. Idžtihád

Idžtihád v překladu znamená jazykové úsilí nebo snažení. Představuje pružný způsob interpretace pravidel obsažených v Koránu a sunně umožňující islámskému právu reagovat na měnící se potřeby společnosti a řešit zcela nový problém pomocí vlastního úsudku. K tvorbě idžtihádu jsou oprávněni pouze učené právníci a teologové, jejichž úsudek je všeobecně akceptován. „Spojený idžtihád předních myslitelů islámské ummy vede ke správnému konsenzu (idžmá), jehož oprávnění potvrzuje Muhammadův

¹²³ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 47

výrok, že jeho obec jako celek nikdy nepropadne bludu.¹²⁴ Uplatnění idžtihádu utváří značný prostor pro soudcovský výklad a podmiňuje rozvoj islámského práva. Platnost vyvozeného pravidla vždy závisí na jeho souladu s Koránem a sunnou. Do první poloviny sedmého století bylo při interpretaci islámského práva vyvíjeno velké úsilí (idžtihád), aby byla stanovena detailní pravidla aplikovatelná pro islámské společenství. Možnosti užití idžtihádu se však postupně zmenšovaly až do první poloviny desátého století, kdy byl v sunnitské větvi odmítnut na základě Mahammadova prohlášení: „Dnešního dne jsem pro vás dovršil vaše náboženství.“ Od té doby dochází ke stagnaci sunnitské větve islámského práva. Idžtihád byl nahrazen zásadou taqlíd, dle níž bylo islámské právo prohlášeno za kompletní a nezměnitelný systém. V důsledku muslimské expanze vyvstala potřeba centralizovat státní moc na stále rozlehlejších územích a aplikace práva při užití idžtihádu by znamenala decentralizaci ohrožující řízení velkého státního útvaru. Šíité však připouštěli aplikaci idžtihádu i nadále. Stagnace trvala až do 18. století, kdy byla opět brána idžtihádu otevřena. V současné době umožňuje otevřený idžtihád uplatňovat požadované sociální a morální principy s užitím pojmů fikhu.

Pouze závěry kijásu a idžtihádu, které byly potvrzeny idžmou teologů, jsou považovány za platné. Nikde však není explicitně stanoveno, co je míněno shodou a kdo je považován za relevantní náboženskou autoritu. V praxi se shoda vytváří spontánní cestou a v důsledku toho se přístup k jednotlivým případům liší.

5.3.6. Rozum

Šíitská větev islámského práva uznává Korán, sunnu a namísto ostatních shora uvedených pramenů práva klade rozum. Tato koncepce vyplývá z prohlášení imáma Džafara-al-Sadíka, dle něhož je všechno zákonné rozumné a vše rozumné zákonné. Výklad pomocí rozumu zde získal široké uplatnění.

„Z dalších doplňkových zdrojů islámského práva je možné uvést: istihsán (odstoupení od řešení nějakého problému v souvislosti s lepším řešením), al-masáliḥ al-mursala (řešení ve prospěch veřejnosti), al-irf (právní zvyklosti), šar man qablaná

¹²⁴ Kropáček, L.: Duchovní cesty islámu, Praha, Vyšehrad, 2003, str. 118

(tradice a zvyklosti předků) a výroky Mohamedových přátel.¹²⁵ V současné době je nejčastěji užíván odkaz na veřejný zájem, např. v souvislosti s omezením polygamie v Turecku.

5.3.7. Zákon

„Zákon jako normativní právní akt se stává dalším pramenem práva, přičemž se mnohdy svým obsahem velmi vzdaluje normám šarií o to více, oč blíže je koloniálním právním vzorům.“¹²⁶ Je tomu tak v důsledku pronikání cizích právních prvků a nových potřeb měnící se společnosti. Svým charakterem odporuje principům šarií, neboť v islámském pojetí je jediným zákonodárcem bůh a jednou pro vždy stanovený zákon nelze měnit, ale jen interpretovat. Zákonné právo se rozšiřuje hlavně díky soudům nepoužívajícím šarií, neboť islám dovoluje vládci vydávat právní normy neodporující principům šarií. S nástupem západní kultury se islámské právo zakládá stále více na napodobování západních zákonů. Obsah zákona v devatenáctém a dvacátém století závisel na předmětu regulace. Zahrnoval normy šarií a islámských právních škol, pokud to bylo z hlediska výroby a obchodu nezbytné, přejímal evropské právní normy. Později se zákon stal všeobecně uznávaným pramenem práva a neustále se vzdaloval normám šarií. Důsledkem byla eliminace islámského trestního práva, podobně obchodního a občanského s výjimkou manželských vztahů, práva osobního statutu a dědění. Kodifikační změny dovršilo přijetí psaných ústav v druhé polovině dvacátého století. V sedmdesátých letech dvacátého století se na území arabských států objevila ropa, která jim přinesla značné příjmy, a to mělo za následek opětovné posílení šarií a návrat k některým opuštěným právním institucím, např. v oblasti trestního práva.

Islámský typ právní kultury je nejmladší v porovnání s kontinentálním či angloamerickým typem právní kultury. Jeho výrazně náboženský charakter se projevuje v těsném spojení práva s náboženstvím. Normy se nacházejí ve společném základním prameni, ale nesplývají. Náboženské příkazy někdy zůstávají bez právního postihu a jejich porušení se stává hříchem, jindy následuje i právní sankce. Jediným skutečným

¹²⁵ Kubů, L., Hungr, P., Osina, P.: Teorie práva, Praha, Linde Praha, a.s., 2007, str. 216

¹²⁶ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 54

zákonodárcem je bůh a lidé se nesmí odchýlit od jím daného zákona, který byl zjeven v Koránu. Islámské právo je chápáno jako neměnné, což způsobuje jeho obtížnější adaptaci na změněné společenské podmínky. Tato však není vyloučena užitím určitých technik vyvinutých k zajištění její větší pružnosti. Normy šaría nepokrývají celou oblast platného práva v současných islámských zemích, jejich právní řády byly ovlivněny historickým vývojem a koloniální minulostí. Zpravidla tedy platí vedle kodifikovaného práva dřívějších koloniálních mocností. Původní platnost islámského práva založená na principu personality byla v mnoha státech nahrazena principem teritoriality. Tam, kde se šaría nestala státním právem, je uplatňována muslimy jako soustava nábožensko-etických příkazů. Islámský typ právní kultury není zcela rovnocenný dvěma předchozím typům právní kultury, a to zejména proto, že netvoří ucelený právní systém. Vzhledem k počtu stoupenců islámu a ekonomickému potenciálu států s islámským typem právní kultury je pochopení základů islámského práva pro současného kontinentálního právníka nutností.

6. Africké právo

Vedle kontinentálního, angloamerického a islámského typu právní kultury existují práva určitých etnických skupin, která nelze zařadit mezi typy právní kultury, a jimiž se zabývá právní etnografie ze svého hlediska a vlastními metodami. Právní komparatistika se i v případě těchto práv může uplatnit, je však zapotřebí mít na zřeteli nebezpečí srovnávání platného práva s právem historickým, resp. státního práva s etnickým apod. Hrozí zde absence základního znaku komparace, a to *tertium comparationis*. „Z etnických práv zájem světové komparistiky vyvolává především právo africké, právo hindské a některá další (čínské a japonské, indonéské právo, adat, právo židovské atd.).“¹²⁷ Tato práva zpravidla působí *in personam* na základě příslušnosti k určité etnické skupině.

Pojem afrického práva zahrnuje tradiční (kmenová), náboženská práva afrických etnických skupin, resp. jejich kmenů. Základem afrického práva je rodový obyčej, který se však v každé komunitě odlišuje. Africká práva jednotlivých etnických skupin nemají ani společný historický původ ani jednotnou koncepci. Právní afrikanisté proto kladou

¹²⁷ Knapp, V.: Velké právní systémy, 1. Vydání, Praha, C.H.Beck, 1996, str. 201

otázku, zda lze z těchto odlišných práv pomocí abstrakce dovodit jedno africké právo. Názory na tuto otázku se liší. „While acknowledging the great diversity of customs in a continent divided into so many communities, there is, however, now general agreement that certain characteristics common to all African laws to set them off the laws of Europe.”¹²⁸ (Ačkoli je uznávána velká odlišnost obyčejů na kontinentu rozděleném do mnoha komunit, existuje obecná shoda, že jisté společné charakteristiky afrických práv je odlišují od práv v Evropě.) Africká práva disponují podobností v postupech, principech a institucích. Dle převažujícího názoru významných afrikanistů jako A. Allot nebo Keba M'Baye lze hovořit o obecném pojmu afrického práva, a to nejen ve smyslu geografickém ale i právně komparatistickém.

Africké právo nelze ztotožňovat s právem afrického kontinentu. Africké právo se neuplatňuje v Mahrebu, zemích islámského práva a v Jihoafrické republice, naopak k němu přiřazujeme právo Madagaskaru. V afrických státech platí zpravidla dvojí, popř. trojí právo. Především je to právo bývalých koloniálních metropolí, tedy buď koloniální anglické nebo kontinentální právo. Vedle afrického práva, pokud vůbec v daném státě platí, je v některých státech aplikováno islámské právo, které však vylučuje současnou platnost místního afrického práva.

„Africká tradiční právní kultura je dnes nejzachovalejší kulturou založenou na právních obyčejích.“¹²⁹ Pro účely zachování terminologické jednotnosti této práce je zapotřebí setrvat na pojmu „tradiční etnická africká práva“, neboť jak bylo uvedeno výše, soubor těchto práv nenaplňuje znaky typu právní kultury. V době osídlování Evropy už na africkém kontinentu existovala rozvinutá pastevecká a zemědělská společenství a egyptské království. Po něm následovaly další silné státní útvary s právními řády odrážejícími podmínky života tehdejší společnosti. Ve starověku dobyli severní pobřeží Afriky Féničané a Římané, na počátku středověku Arabové. V důsledku jejich vlivu nyní náleží severní část Afriky do islámské právní kultury. Ta se zde mísí s kontinentální právem importovaným Francouzi. Na jihu Afriky se kontinentální právo naopak mísí s angloamerickým typem právní kultury a vznikl zde hybridní systém

¹²⁸ David, R., Brierley, J.E.C.: *Major Legal Systems in the World Today*, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 549

¹²⁹ Hungr, P.: *Srovnávací právo – právní kultury*, Ostrava, KEY Publishing, 2008, str. 12

zvaný Royal-Dutch Law. Klasickou oblastí afrického práva je území rovníkové Afriky, Etiopie, Somálska, Súdánu a Madagaskaru.

Africké právo se vyvíjelo v rozdílných geografických a klimatických podmínkách. Každá komunita byla převážně samostatná a měla své vlastní obyčeje a sociální zvyklosti. Odlišný způsob života jednotlivých komunit se odráží v rozdílnosti jejich obyčejů. Tyto vznikaly spontánně bez účasti státu. Duchovní základ africké kultury tvoří náboženství a filosofie. Náboženství se vyznačuje rozmanitostí náboženských kultů určenou rozdílnými životními podmínkami na kontinentu. Dominantní význam je přikládán plodnosti žen a země. Afričané neměli potřebu vytvářet náboženské instituce a vzhledem k jejich negramotnosti nepotřebovali ani svaté texty. Africké právní normy dále vycházely ze dvou filosofických směrů, etnofilosofie a mudrcské filosofie. Etnofilosofie je představována lidovou soustavou myšlenek, právo zde těsně souvisí s mravními normami a vychází z nutnosti obnovit pořádek a hierarchii sil. Mudrcská filosofie je formou komunální moudrosti s převažujícími prvky logického myšlení a kritické reflexe.

Rodové obyčeje jsou těsně spjaty s představou mýtického pořádku univerza. Jejich dodržování vyplývá z přesvědčení, že každý je povinen žít jako jeho předci. Porušení obyčeje má nepříznivé důsledky v podobě hrozby nadpřirozených sil nebo skupinového odsouzení. Africká koncepce světa odmítá vývoj a koncentruje se na zájem uskupení v podobě kmenů, vesnic atd. spíše než na zájem jednotlivců.

Přes odlišnosti v obsahu tradičních právních norem lze vymezit jejich následující společné rysy:¹³⁰

Jednotným účelem obyčejových právních norem je zachování skupiny a míru.

Privilegovaným subjektem afrického práva je skupina (kmen), jednotlivec často odvozuje svá práva od skupiny a je vnímán jako uživatel skupinových práv.

Kromě skupin a jednotlivců mohou být subjekty afrického práva i bohové, duchové a mrtví.

¹³⁰ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 18

Africké právo má ústní formu, to platí nejen pro prameny práva, ale rovněž i pro jeho aplikaci.

Právní normy se vyznačují nerovností mezi subjekty práva. V některých vztazích, zejména smluvních se rovnost projevuje. Právní závazky však nejsou zcela jednoznačně odlišeny od morálních. Skupinový charakter práva nedává příliš prostoru pro individuální práva odvozená od jednotlivce. Neznámé je rovněž členění veřejného a soukromého práva, trestního a civilního, majetkové, smluvní a deliktní právo tvoří část osobních práv.

Moderní africké právo si i přes silné cizí vlivy nadále zachovává původní rysy. S rozvojem psaného práva se jeho normy staly jasnějšími a přehlednějšími. Důvody uchování tradičních prvků v současných právních řádech lze vymezit jako politické, ekonomické a sociálně psychologické.

6.1. Historický vývoj afrického náboženského práva

Vývoj afrických práv byl velmi různorodý z důvodu odlišných geografických podmínek a existence izolovaných lidských společenství s nestejným způsobem života. Na základě specifických místních podmínek se vyvinula společenství lovců, pastevců a kočovníků, která uctívala své hodnoty a ty chránila právem. Vztahy mezi jednotlivci upravoval obyčej příslušného kmene bez jakéhokoli zásahu státní moci. Právní instituty obsažené v obyčejovém právu se až mnohem později ocitly v právních předpisech vydávaných státem. Právo později tvořené státem sloužilo nejprve k úpravě vztahů mezi ním a občany, vztahy mezi občany byly i nadále spravovány obyčejí, jejichž dodržování bylo vynucováno mimo státní moc. Uvedený rys afrického práva vykazuje podobnost s tradičním právem Číny a Japonska. „Podobnosť možno nájsť aj v konkrétnych pravidlách správania. Najmä tých, ktorými sa upravuje postavenie rodiny vo vzťahu k jej jednotlivým členom.“¹³¹ Důvodem této podobnosti je skutečnost, že právo se vyvinulo v relativně stabilních společenstvích bez výrazné orientace na ekonomiku. Tato poměrně stabilní společenství neohrožovala státní moc, a tudíž nebylo potřeba, aby stát zasahoval do společnosti prostřednictvím práva. Původní čínské, japonské a africké

¹³¹ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 197

právo je charakteristické tím, že stát ponechává velkou část společenských vztahů obyvatelům mimo právní úpravu. V důsledku tohoto vývoje lze v právu afrických kmenů, rodů či klanů nalézt velkou míru odlišností. Odborná veřejnost i přesto akceptovala názor, že africká práva jsou si dostatečně podobná, aby mohla být za pomoci abstrakce považována za jeden celek.

Vývoj afrického kontinentu se vyznačoval geografickými a historickými odlišnostmi, které se promítly do státoprávního uspořádání různých částí kontinentu. Severní Afrika byla ve starověku ovlivněna Římany, od čtvrtého století se zde začalo šířit křesťanství, jež vykonalo určitý vliv na stávající obyčejové právo. Příchod Arabů ve středověku zapříčinil dominanci islámského typu právní kultury, který se zde prolíná s kontinentálním právem evropských kolonizátorů převážně francouzského původu a domácím obyčejovým právem.

Od čtvrtého století našeho letopočtu byla Afrika ovlivňována křesťanstvím, a to zejména na severu kontinentu. S přijetím křesťanství se některé obyčeje staly rozpornými s novou vírou, přesto však byly i nadále dodržovány, ačkoli jejich autorita upadala. Vliv křesťanství na africké právo byl nejnepatrnější a zaměřoval se zejména na boj s polygamií.

Další období vlivu cizích prvků na domorodé africké právo je spojováno s příchodem Arabů a islámu ve středověku. Na územích ovlivněných jejich příchodem bylo zavedeno psané právo a prvky afrického práva byly nahrazeny islámskými právními konstrukcemi opírajícími se o Korán.

„Pokud jde o dějiny afrického západu, východu a jihu, stěžejním se jeví vývoj od 11. do 17. století.“¹³² Toto období je poznamenáno kolonizačním úsilím. V západní části Afriky umožnily hospodářské podmínky vznik státních a společenských organizací, z nichž nejvýznamnější představuje království Mali nebo království Kongo. Vedle nich existovaly drobné státní útvary v podobě tzv. vesnických království.

¹³² Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 8

Ve východní a jižní Africe vznikaly rozptýlené společenské organizace, které se často přemísťovaly, a nebylo jednoduché je podrobit jednotné státní moci. Žily zde samostatné zemědělské komunity spravované obyčejovým právem.

Počátkem 19. století byl africký kontinent rozdělen na množství evropských kolonií a africké právo se formovalo pod vlivem evropské civilizace. Místní právo, soudní organizaci a státní správu ovlivnily kontinentální a anglické prvky. V důsledku kolonizace se v Africe prosadilo psané právo, bylo kodifikováno trestní právo a potlačeny některé jeho dřívější kruté praktiky. Nové instituty se objevily v předpisech upravujících obchodní vztahy a výkon státní správy. Přijetí nového práva bylo realizováno zejména v oblastech, kde si jej vyžádala potřeba regulovat otázky, na které obyčejové právo neposkytovalo odpověď. Aplikace obyčejového práva se omezila pouze na soukromoprávní vztahy, zejména rodinné a pozemkové právo. Přesto však došlo k jeho transformaci, ať již z důvodu potřeby jeho adaptace novým změnám anebo protože bylo koloniální mocí shledáno jako nedostatečné. „The colonial powers did declare, as a matter of principle, their intention to respect customary law, but the actual measures implemented with a view to guaranteeing its application resulted in its complete deformation.”¹³³ (Koloniální mocnosti deklarovaly jako principiální záležitost jejich záměr respektovat obyčejové právo, ale skutečně realizovaná opatření vyústila v jeho celkovou deformaci.) Aplikace obyčejového práva prováděná soudci evropského původu směřovala k hledání právních pravidel evropského typu v obyčejovém právu, což mělo za následek deformaci jeho právé podstaty.

Ve dvacátém století vznikají nezávislé africké státy. „Druhá polovica 20. storočia priniesla na africkom kontinente rozmach národnooslobodzovacieho hnutia. Kolónie zanikli, na ich území vznikli samostatné štáty.”¹³⁴ Právo nastolené koloniální mocí bylo potvrzeno v mnoha státech. Zároveň však započalo významné reformní hnutí v oblasti veřejného a soukromého práva. Model pluralitní demokracie se ukázal jako nevhodný pro africkou společnost a byl opuštěn ve prospěch prezidentského systému, často založeného na vládě jedné strany. V soukromém právu byla potvrzena a

¹³³ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 561

¹³⁴ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 216

zdůrazněna hodnota obyčejů. Započalo úsilí směřující se sbírání a kodifikaci obyčejů. „Prvním publikovaným kodexem se stala Deklarace obyčejového práva Tanganiky v r. 1963.“¹³⁵ V rámci kodifikace bylo obyčejové právo zpřehledňováno, vypouštěly se přežitě normy, ale většina institutů našla své místo i v novém státním psaném právu. Prvky tradičního afrického práva bývají zahrnovány do nových zákonů. Častějším způsobem je však užívání obyčejových norem na základě odkazu v ústavách jednotlivých států nebo v jejich zákonech. Naopak v některých státech Afriky existuje tendence odstranit obyčejové právo z moderních právních řádů v plném rozsahu, např. v Guinei nebo Tanzanii. Legislativní opatření zaměřená na odstranění obyčejového práva se týkají spíše jednotlivých právních institutů a nikoli obyčejového práva jako takového. Z dlouhodobého hlediska je však obtížné udržet ve státě moderní veřejné právo a současně soukromé obyčejové právo založené na zcela odlišných principech. Obyčej je skupinovým právem a má-li být právo sjednoceno na národní (státní) úrovni, musí být obyčej nevyhnutelně změněn. Nové právo tedy nemůže být založeno na obyčejí, neboť cílem moderního práva je změnit tradiční způsob života a podporovat společenskou a ekonomickou emancipaci. Tato nová legislativa však ovlivňuje populaci velice málo, neboť zejména rolníci pokračují i nadále ve způsobu života jejich předků a zpravidla ani neznají nové právní instituce. Státní soudy jsou často obcházeny ve prospěch arbitráže nebo konciliací vedených tradičními způsoby.

Africká společnost je multietnická. Vedle psaného státního práva se uplatňuje tradiční, nepsané právo v rámci jednotlivých etnik. Vedle práva bývalých kolonizátorů zde platí vlastní africké právo, v některých státech se navíc uplatňuje islámské právo. I na území jednoho státu se tak právní vztahy mohou stát velice složitými.

Státy afrického kontinentu často přijaly právo zcela nevhodné pro jejich vlastní potřebu a toto nebezpečí se od vzniku nezávislosti ještě zvýšilo, neboť se často jedná o chudé země, které mají příliš málo právníků schopných rozpoznat, které právo bude pro jejich zemi nejvhodnější. To platí i ve vztahu k mezinárodním smlouvám, neboť delegace afrických států na mezinárodních konferencích jsou zpravidla čistě formálního charakteru a nezaručují dostatečnou ochranu jejich zájmů.

¹³⁵ Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, KEY Publishing, 2008, str. 109

Africký kontinent je v současné době rozdělen na více než 40 států, s čímž koresponduje i tříštění soukromého práva. Ve frankofonních státech lze spatřit jistou spolupráci v oblasti práva průmyslového a duševního vlastnictví a námořního práva. Rovněž existují sbírky soudních rozhodnutí společné pro některé anglicky hovořící země. Toto úsilí je však stále nedostatečné a další kroky směřující k zamezení tříštění afrického práva jsou očekávány od Africké unie, Mezinárodní komise obchodního práva Spojených národů nebo jiných podobných uskupení.

„Prvkem ovlivňujícím uvedené procesy je skutečnost, že lidé po generace odvozují svou loajalitu především od kmenové příslušnosti. Ta je pro ně neskonale významnější než národ či stát.“¹³⁶ Prvky původních afrických práv jsou i nadále živé a jejich duchovní systém tvoří součást vývoje afrického kontinentu. Jejich další budoucnost závisí na jen velmi obtížně předvídatelném ekonomickém, politickém a sociálně-psychologickém vývoji. Spíše lze konstatovat, že africké právo postupně mizí spolu s evropeizací afrických států.

6.2. Členění afrických náboženských práv

Pojem afrického náboženského práva vznikl abstrakcí z jednotlivých tradičních a náboženských práv. Tato práva se však liší podle kmenů a někdy též dokonce v rámci jednoho kmene. Nacházení rozdílností v právu kmenů, klanů či rodů je daleko častější, než nacházení společných rysů. Jen v dřívější rovníkové francouzské Africe a belgickém Kongu žilo přibližně 1 500 etnických skupin, v britské Africe jich bylo okolo 200. Rozdílnosti obyčejů v rámci jedné oblasti nebo mezi příbuznými etnickými skupinami byly téměř zanedbatelné, ale mimo tato obecná seskupení byly velké. Některé kmeny měly monarchickou společenskou strukturu, jiné demokratickou, další byly tak primitivní, že bylo vůbec obtížné rozpoznat u nich jakékoli prvky společenské organizace. Rodinná struktura byla někdy patrilinéární, jindy matrilineární, jindy se pohybovala mezi těmito oběma obecnými typy. Úprava pozemkového práva se mezi jednotlivými oblastmi rovněž odlišuje. Výrazným a společným rysem afrického práva je tedy jeho partikulárnost. „A tak nachádzanie rozdielností v práve týchto spoločností,

¹³⁶ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 14

či už ide o kmene, klany alebo rody, je neraz oveľa ľahšie, ako hľadanie spoločných črt.¹³⁷ Tato okolnosť vedla k tvrzeniu, že neexistuje jedno africké právo, ale tolik afrických práv, nakoľik existujú rozdiely medzi právom jedného kmene alebo i dokonca uvnitř kmene či rodu. Uvedený názor posloužil jako základ pro klasifikaci právních kultur rozvojových zemí v některých učebnicích obecné teorie státu a práva (např. Kučera, E. a kol.: Obecná teorie státu a práva, I. díl, Praha, 1976). V současné době je však zastáván jako prevažující názor, že africká práva se vyznačují mnoha podobnostmi v postupech, principech a institucích, aby mohla být považována za jeden celek. Africká práva tedy netvoří jednotný systém, ale spíše skupinu systémů vyznačujících se určitými podobnostmi, z nichž lze abstrahovat obecný pojem afrického práva.

6.3. *Prameny afrických náboženských práv*

Jediným pramenem původního afrického náboženského práva je obyčej. Jedná se o nepsané právo uchovávané ústním mezigeneračním přenosem. Na tom nic nemění ani skutečnost, že bylo obyčejové právo v pozdějších dobách sepisováno, zejména v koloniálním období. Významným rysem obyčejového práva je jeho skupinový charakter, neboť i přesto, že bývá někdy státní mocí uznáno, je primárně vázáno na menší etnické skupiny, zejména kmeny. „Jednotlivec je vnímán jako „uživatel“ skupinových práv.“¹³⁸ Obsah obyčejového práva odráží duchovní systém a hodnoty původních afrických společenství. V tehdejší době stát do tvorby práva nezasahoval, obyčeje vznikaly spontánně a sledovaly jediný hlavní cíl, jímž bylo zachování etnika a míru. Obyčej byl dodržován rovněž spontánně a v souladu s přesvědčením, že jednotlivec je povinen žít stejným způsobem jako jeho předci. Tato koncepce odráží statické pojetí světa odmítající myšlenku vývoje. Porušením obyčeje se jednotlivec vystavoval nebezpečí hrozby nadpřirozených sil a skupinového mínění.

Evropské představy o společenské úloze práva vychází z názoru, že právo by mělo upravovat všechny důležité společenské vztahy. Africké právo však pohlíží na vlastní úlohu zcela jinak. Postrádá ekonomickou orientaci a soustřeďuje svou pozornost zejména na právo související s vlastnictvím půdy, významně se soustřeďuje na dědění.

¹³⁷ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 199

¹³⁸ Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, KEY Publishing, 2008, str. 45

Kromě majetku jsou předmětem dědění rovněž práva a povinnosti, např. ve vztahu ke vdově či dětem nebo funkcím. Detailně se zabývá úpravou práva osobního statusu a oblastí manželského a rodinného práva. V omezeném rozsahu upravuje i ekonomické záležitosti jako např. komoditní směnu nebo určité omezené množství smluv známé zemědělskému způsobu života. Disponuje i omezenou úpravou trestního práva a procesu. Obyčej byl původně zcela dostačujícím prostředkem pro regulaci potřebných společenských vztahů.

Subjekty obyčejového práva nepožívají rovnost, základem této skutečnosti je samotná koncepce právního subjektu, která zahrnuje kromě fyzických osob i bohy, duchy předků a nadpřirozené bytosti. Hlavním účelem obyčeje je zajištění uchování sociální skupiny, jejíž zájmy jsou upřednostňovány před zájmem jednotlivce.

Obyčejové právo v Africe poskytovalo kromě pravidel chování častěji spíše základ pro diskusi, z níž pak vyplynulo řešení konkrétního sporu. Spravedlnost v tomto pojetí není pouhou aplikací hmotného práva, její rolí je přinést přátelské vypořádání sporu a zajistit soudržnost skupiny a obnovení míru.

Ačkoli je obyčejové právo způsobilé k určitému pozvolnému vývoji a tuto vlastnost prokázalo v předkoloniálním období, kdy prošlo změnami pod vlivem nových politických uskupení, křesťanství či islámu, nebylo schopno tak rychlého vývoje, jaký vyžadovaly změny v koloniálním období přinášející zcela nový společenský pořádek. Z tohoto důvodu byly přijaty zákony v mnoha oblastech, zejména v obchodněprávních vztazích, kde obyčejové právo neposkytovalo žádný základ. Navíc pro řešení sporů mezi domorodci a Evropany bylo vytvořeno *ius gentium* importované ze západu a aplikované soudy evropského typu. Oblast působnosti obyčejového práva se omezila na soukromoprávní vztahy, rodinné právo a vztahy k půdě. Platné právo se vzdálilo od původního obyčeje a jako právo skupinově založené bylo nevyhnutelně změněno. Právo nových nezávislých států není již nadále obyčejovým, ačkoli tento termín i nadále zůstává v jejich oficiální terminologii. Mnoho prvků tradičních obyčejů přetrvává v platném právu, avšak jeho podstata byla opuštěna. Je však nutno poznamenat, že nová legislativa velice málo ovlivňuje africké obyvatelstvo, zejména rolníky žijící i nadále podle původních obyčejů a řešící své spory i nadále podle tradičních procedur usmíření či arbitráže zcela mimo soustavu státních soudů.

Africká náboženská práva představují nejzachovalejší systém práva založený na obyčejích vzniklých přirozeným vývojem původní převážně rolnické rodově organizované společnosti. Odrážejí společenské a klimatické podmínky doby svého vzniku a ochraňují hodnoty tehdejších afrických společenství. Africké obyčeje poznamenaly významné expanzivní vlivy, zejména islámu a poté evropských koloniálních mocností. I přes tyto vlivy si africká práva dodnes uchovávají svůj význam.

7. Právo indického subkontinentu

Právo indického subkontinentu se vyznačuje rozmanitostí vlivů spočívající ve specifických duchovních základech a historickém vývoji. Nejstarším pramenem práva v Indii jsou obyčeje, z nichž se vyvinula práva náboženská, mezi nimiž zaujímá nejvýznamnější místo hindské právo. Jeho pozůstatky tvoří i nadále součást platného práva v rozsáhlé části Indie, v její islámské části se v omezené míře uplatňuje islámské právo. Přes všechna shora uvedená specifika je Indie zemí náležející do angloamerického typu právní kultury. „Common law, které zatlačilo v průběhu britské kolonizace Indie hindské právo do pozadí, je hlavním právním systémem v zemi.“¹³⁹ Prvky tohoto typu kultury se zde mísí s náboženskými právy a islámským typem právní kultury.

Náboženství indického subkontinentu tvoří směsici systémů založených a tradovaných po tisíce let. „Zásadně je lze rozdělit do dvou skupin: ortodoxní, vycházející z tradice véd (hinduismus, védánta) a neortodoxní, které tuto tradici zčásti (džinismus) nebo zcela (buddhismus) popírají.“¹⁴⁰ Z hlediska významu pro vznik a vývoj práva indického subkontinentu stojí na prvním místě hinduismus tvořící duchovní základ jeho vývoje. Ostatní náboženské systémy se vyznačují menším počtem stoupenců a tím i menším vlivem na právní systém Indie.

Hindské právo je právem stoupenců hinduismu. Jeho východiskem je učení o pravidlech života (dharma), z něž vyplývá zvláštní sociální struktura (kastový systém) a specifický způsob života, jehož zásady regulují i oblasti v jiných společnostech tradičně

¹³⁹ Pejchalová Grünwaldová, V.: Právní rozhledy, 2007, č. 24, Zamyšlení nad indickým právem, str. 889

¹⁴⁰ Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, KEY Publishing, 2008, str. 13

vyhrazené právu. Mimořádně významná role je připisována vztahům upravujícím osobní status. Hindské právo má teritoriální působnost v Indii a personální působnost v komunitách žijících např. v Bangladéši, Nepálu, Keni či Ugandě. Prvky hindského práva tedy působí kromě Indické federace i v dalších státech jihovýchodní Asie a Afriky, kde žije obyvatelstvo hlásící se k hinduismu. „Avšak hoci je India kolískou hinduizmu, v minulosti, ani v současnosti nemožno hinduistické právo stotožňovať s indickým.“¹⁴¹ Normy hindského práva nejsou jedinými platnými na území tohoto federativního státu, přesto si uchovávají svou závaznost zejména ve venkovských oblastech vzdálených od státně-mocenského centra.

Buddhismus vznikl v opozici k právu hinduistickému, odmítá autoritu véd a zdůrazňuje rovnost mezi lidmi a možnosti vlastní volby člověka. Jeho učení je orientováno na způsob života založený na dobrovolnosti a vlastní úvaze. Z tohoto důvodu nevyžaduje rozsáhlou normativní regulaci, přesto však ovlivnil právo řady asijských zemí, např. Nepál, Thajsko, Srí Lanka ale i Japonsko.

Džinismus představuje spolu s buddhismem opozici vůči hinduismu. Staví se proti rituálům spojeným s přinášením krvavých obětí a zdůrazňuje požadavek neublížování živým tvorům. Rovněž odmítá rozdělení společnosti na kasty a neuznává autoritu véd. Díky ekonomické síle a soudržnosti jeho stoupenců má v současné Indii větší vliv, než jak by odpovídalo jejich počtu (cca 3,6 mil. obyvatel).

Hindské právo je nejvýznamnějším náboženským právem indického subkontinentu. Hlásí se k němu asi půl miliardy lidí, z nichž 370 milionů žije na území Indie. Po příchodu anglických kolonizátorů do Indie byl indickým buddhistům přiznán právní status hinduistů, což vedle malého množství stoupenců přispělo k oslabení pozice buddhistického práva v této oblasti.

Původní hindské právo bylo od 10. století ovlivněno stykem s islámským právem, které se stalo v 11. století v částech severní a střední Indie oficiálním právem, ačkoli místní právo si i nadále zachovalo svoji existenci a dokonce přejalo některé

¹⁴¹ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 108

instituty islámského práva. Nyní se aplikace islámského práva v Indii omezuje pouze na statusové otázky stoupců islámu.

Na přelomu 17. a 18. století začalo do Indie pronikat evropské právo prostřednictvím kolonizátorů. V polovině 18. století získali převahu Angličané. V období britské nadvlády se v Indii utvořilo teritoriální právo anglického charakteru inspirované místním právem, které lze označit jako právo indické (původně anglo-indické).

Získání nezávislosti Indie v roce 1947 přineslo modernizaci a kodifikaci hindského práva. Hlavním právním systémem v zemi zůstává i nadále angloamerický typ právní kultury modifikovaný v indických podmínkách a v současné době označovaný jako indické právo, charakteristické převahou psaného práva. Nadále si však uchovává originalitu, kterou lze spatřovat zejména v ústavním právu. Neexistuje zde jednotný jazyk, federální orgány disponují rozsáhlými pravomocemi a kromě základních občanských práv ústava zakotvuje i základní občanské povinnosti, např. dodržovat ústavu, respektovat její myšlenky, instituce, vlajku a hymnu. Ústava ponechala v platnosti právo z předcházejícího období a odstranila pouze některé přežitky chráněné hinduistickým právem. Zachované tradiční instituty a podmínky současného života v Indii dokazují pokračující existenci hindského práva v současném indickém právu. „Napriek všetkému dosiaľ uvedenému hinduistické právo má v modernom indickom práve oveľa menší význam ako šaria v práve islamských štátov.“

142

7.1. Historický vývoj práva indického subkontinentu

„V dobách starověké Indie byl právní systém postaven na hindské náboženské a sociální praxi. Každá kasta měla svoje vlastní zvyky.“¹⁴³ Kastovním zvykům bylo nadřazeno hindské právo, jehož základy tvořily náboženské texty a jejich autoritativní výklady podávané prostřednictvím obecně akceptovaných názorů mudrců. V případě existence dlouhodobě užívaného kastovního nebo místního zvyku ustupovalo hindské

¹⁴² Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 129

¹⁴³ Pejchalová Grünwaldová, V.: Právni rozhledy, 2007, č. 24, Zamyšlení nad indickým právem, str. 887

právo do pozadí. Na základě dobrovolnosti však bylo možné se podřídit společnému hindskému právu, které se aplikovalo rovněž v případě absence zvykového práva upravujícího určitou oblast společenských vztahů.

Počátky hinduismu lze datovat přibližně do druhé poloviny druhého tisíciletí před našim letopočtem, kdy do severní Indie začali pronikat indoíráňští dobyvatelé, kteří se nazývali Árji neboli Vznesenými. Hinduistické právo vytváří nepřehledný systém, jehož znakem je poměrně velká roztržitost a existence mnohdy protichůdných norem. Velký význam je proto přikládán interpretačním pravidlům, která napomáhají k překonání rozporů.

„Hodnotově-normativním východiskem hinduismu jsou tři hierarchické cíle (trivarga) člověka.“¹⁴⁴ duše jako nejvyšší hodnota, prostředí jako hodnota nižší než duše avšak nadřazená tělu a nakonec tělo jako nejnižší hodnota. Pravidla chování hinduistů jsou odvozena z těchto cílů a obsažena v následujících pramenech:

Dharma, vyjadřující věčné zákony světa, nerozlišuje mezi náboženskými, mravními a právními povinnostmi jednotlivce, který má jednat podle řádu přidělenému jeho kastě.

Artha, v hindském právu zaujímá stěžejní místo, zabývá se postavením jedince ve společnosti a obsahuje normy výkonu vlády a instituce veřejného práva.

Kama, obsahuje pravidla chování přinášející tělesný požitek, jejichž právní význam je zanedbatelný.

Hinduistické právo vzniklo z obyčejů příslušníků hinduistického společenství. „Na rozdiel od islamského, hinduistické právo malo podrobne rozpracované nielen otázky osobného štatútu, ale obsahovalo aj starostlivo vypracovanú sústavu noriem upravujúcich vzťahy, ktoré sa v česko-slovenskom systéme práva zaraďujú do štátneho, správneho a finančného práva.“¹⁴⁵ Mimo rozsah regulace naopak zůstávaly některé,

¹⁴⁴ Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, KEY Publishing, 2008, str. 46

¹⁴⁵ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 108

z hlediska evropských představ o právu, velmi důležité občanskoprávní vztahy jako např. vztah mezi dlužníkem a věřitelem.

Mezi prameny hinduistického práva řadíme Védy, z nichž jsou z hlediska práva nejvýznamnější upanišady a bráhmany. Další právní prameny tvoří Dharmasústry a Dharmasástry (zejm. Manuův zákoník) a Arthaśástra.

V prvním tisíciletí před naším letopočtem vzniká v Indii buddhismus, který odmítá uctívat hinduistické bohy a autoritu Véd. Zdůrazňuje rovnost mezi lidmi a odmítá kastový systém. Největšího rozmachu dosáhl v Indii v 1. století našeho letopočtu, následně jeho vliv upadal, až nakonec ustoupil hinduismu. V současné době se k němu hlásí asi 250 milionů lidí. Buddhismus popírá náboženské teze hinduismu, a tudíž byl nucen si vytvořit vlastní právní systém, který však není příliš rozsáhlý, neboť jeho učení je založeno na dobrovolnosti. Upravuje tedy především rodinné vztahy, kde dochází nejčastěji ke konfliktům. Základní hodnotou buddhistického práva není spravedlnost, neboť ta je vnímána jako relativní, ale naopak hlásá potřebu soucitu s oběťmi i pachateli zla. Ti, kteří ubližují druhým, sami trpí a je potřeba jim v tom zabránit v zájmu jejich vlastním i v zájmu jejich obětí. „Základní pramen (zdroj) buddhistického práva tvoří 36 dharmmasat. Buddhisté je sice po formální stránce vypracovali podle vzoru hinduistických dharmasáster, ale jejich obsah je zcela odlišný.“¹⁴⁶ Dalším pramenem jsou sbírky soudních rozhodnutí představující návod pro rozhodování. Buddhistické právo se oproti hinduistickému vyznačuje rozdílnou úpravou postavení žen, odlišnostmi v právu dědickém, procesním a právní úpravě manželského práva včetně majetkového postavení ženy. Buddhistické právo výrazně ovlivnil hinduismus a čínské právo, v 19. století pak evropská kolonizace. Pod různými vlivy se z tohoto práva vyčlenila směs, jež např. ve Vietnamu sestává z prvků buddhistického, čínského a francouzského práva. V Barmě se buddhistické právo mísí s anglo-indickým právem. V Indii jsou buddhistické normy dodržovány zejména mezi příslušníky nejnižší kasty, tzv. haridžany, současně i nadále ovlivňují právo řady asijských zemí.

V období od 10. do 16. století v Indii dominoval islám jako důsledek výbojů arabského chalífátu a poté afghánských sultánů. V 16. století bylo hindské právo

¹⁴⁶ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 83

v některých regionech severní a střední Indie nahrazeno islámským právem jako oficiálním s výjimkou statusových věcí. Hindské právo v tomto období podléhalo vlivu islámu a převzalo z něj některé právní instituty jako např. závěť. Současně do něj pronikly nové oblasti práva, zejména právo trestní, neboť to vyžadovaly mocenské zájmy nových vládců. Islámské právo se však nerozšířilo po celé Indii, neboť obyvatelstvo zůstávalo i nadále věrné svým tradicím.

Na přelomu 17. a 18. století přichází do Indie Portugalci, Holanďané, Francouzi a Angličané jako evropští kolonizátoři. V polovině 18. století získali v Indii převahu Angličané, společně s nimiž pronikaly do hinduistického práva prvky angloamerického typu právní kultury. „Prenikanie cudzieho práva do hinduistickej právnej kultúry sa začalo aplikáciou niektorých európskych koncepcií v činnosti súdov.“¹⁴⁷ Na území prezidií (Bombaj, Kalkata, Madras) byly vytvořeny královské soudy, které měly aplikovat anglické právo s přihlédnutím na místní podmínky a za předpokladu, že jedním z účastníků sporu byl Evropan nebo sporné strany uznaly pravomoc královského soudu. Většina jejich agendy však byla v konečném důsledku řešena podle hinduistického nebo islámského práva. Mimo území prezidií (mofusil) byla soudní pravomoc přiznána Východoindické společnosti, jejíž soudy aplikovaly hindské a případně islámské právo.

V důsledku společenských změn v Indii v průběhu 19. století začalo být prosazováno právo evropského vzoru a začaly být vytvářeny normativní akty se silou zákona, které představovaly způsob pronikání anglického práva do indického prostředí a útočily na některé tradiční instituty hinduistického práva, např. kultovní vraždy, sebevraždy, sati (upálení vdovy na manželově pohřbu). Zákonodárná iniciativa započatá Angličany už v Indii nepřestala, v jejím důsledku se zúžil okruh společenských vztahů regulovaných hinduistickým právem, k jeho úplnému zrušení však nedošlo.

V roce 1947 získala Indie nezávislost. Od roku 1950 je Indie federativní republikou. Indická ústava z roku 1950 ponechala v platnosti právo z předcházejícího období, současně však odstranila mnoho přežitků chráněných hinduistickým právem. Spočívá na principu dělby zákonodárné, výkonné a soudní moci a vymezuje vztahy

¹⁴⁷ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 122

mezi federálními a republikovými orgány. Vymezuje základní demokratická práva a zakazuje diskriminaci z národnostních, rasových, kastových nebo podobných důvodů. Zákonné texty pokrývají nyní téměř celou oblast platného práva s výjimkou osobního statusu. Do skupiny pramenů práva současné Indie řadíme také podzákonné právní předpisy a nařízení. Další významným pramenem indického práva je soudní precedent. „Prameny práva se tak stávají rozsudky Nejvyššího soudu, Vrchních soudů a některých specializovaných tribunálů.“¹⁴⁸ Nejvyšší soud však není vázán vlastními rozhodnutími, čímž se jeho činnost rozšiřuje nejen na aplikaci práva, ale též na jeho tvorbu. Před nabytím nezávislosti byl nejvyšším soudním orgánem Privy Council v Londýně, jehož rozsudky jsou i nadále závaznými precedenty do té doby, než jsou zrušeny Nejvyšším soudem. Určitou roli hrají i prameny tzv. přirozené spravedlnosti jako je spravedlnost, ekvita a dobré svědomí, uznávané v anglickém právu.

I po získání nezávislosti zůstává Indie i nadále zemí náležející k angloamerickému typu právní kultury. Především užívá slovník a právní pojmy vytvořené tímto typem právní kultury. Dalším důvodem pro zařazení Indie mezi země angloamerického systému práva jsou užívané právní techniky a pojem právního pravidla. Indické zákoníky jsou vytvořeny a užívány stejným způsobem jako v zemích angloamerického systému práva. Obdobná je i funkce soudnictví, úprava procesu a aplikace zásady „rule of law“. Indické právo rovněž nerozlišuje mezi veřejným a soukromým právem. Na druhou stranu však některé faktory odlišují indické právo od anglického. Indické právo například nerozlišuje mezi common law a equity. Anglický právní slovník v oblasti práv k nemovitostem byl v Indii ponechán, jeho užití je však v praxi odlišné. Indické pojmy vyjádřené anglickými termíny jsou velmi často rozdílné.

7.2. Členění práv indického subkontinentu

Původní náboženská práva indického subkontinentu dělíme do dvou základních skupin, a to na práva vzniklá v rámci ortodoxních náboženství jako je hinduismus nebo védánta a práva vzniklá v rámci neortodoxních náboženství popírajících tradice jako je buddhismus a džinismus.

¹⁴⁸ Pejchalová Grünwaldová, V.: Právní rozhledy, 2007, č. 24, Zamyšlení nad indickým právem, str. 890

Z hlediska vlivu na právo, a to nejen na indickém subkontinentu, lze považovat za nejvýznamnější hinduismus a buddhismus.

Hinduismus se vyvíjel na rozsáhlých územích a pod vlivem specifických společenských a ekonomických podmínek vzniklo uvnitř tohoto systému několik názorových směrů vyjadřujících potřeby a zájmy určitých geografických oblastí. A dále, ačkoli dharma tvoří jeden celek, může být studována pouze prostřednictvím Dharmasáster a nibandhás (komentáře k nim), které jsou početné. Některé z nich jsou proto v určitých oblastech více známé nebo preferované než jiné. Podobně jako v islámském typu právní kultury zde v důsledku shora uvedených okolností vzniklo několik právních škol, z nichž nejvýznamnější byly dvě.

Za nejrozšířenější je považována škola mitakšárijců převládající v Indii a Pákistánu. Vznikla ve 12. století a postupem vývoje se z ní vyčlenilo několik odnoží. Mezi nejvýznamnější z nich patří škola vyjavahára-majúkha působící v západní Indii a smritičandrika dominující v Madrasu a Andhře.

Druhá nejvýznamnější je škola dájabhárijců uznávaná v Bengálu a Assamu.

Rozdíly mezi jednotlivými školami a jejich odnožemi spočívají v odlišných pohledech na některé otázky manželského, vlastnického a dědického práva. Další odlišnosti lze nalézt v rozdílných názorech na závaznost komentářů k Dharmasástrám, neboli k nibandhásám zaujímajícím významné místo v aplikaci práva.

Přes všechny shora uvedené odlišnosti uznává hindské právo společné hodnoty, prameny práva a užívá obdobné právní instituty.

I buddhistické společenství se postupem času rozdělilo do různých směrů, jejichž počet neustále přibýval. Od doby Buddhova působení vyznávala velká část Indie *hínájánu* (malá cesta). V 1. století našeho letopočtu se začal prosazovat nový směr, *mahájána* (velká cesta). Tento směr nahradil ideál osobního osvícení představou člověka, který se dobrovolně vzdává odchodu do *nirvány*, aby mohl pomáhat k osvícení svým bližním. Odnož *mahájány*, *tantra* klade důraz na mystické rituály.

Mahájána postupně vytlačila *hínajánu* z Indie na Srí Lanku a do jihovýchodní Asie a rozšířila se rovněž do Mongolska, Střední Asie, Vietnamu, Tibetu, Japonska a Číny. *Tantra* má nejvíce stoupců v Tibetu.

Buddhismus ponechává člověku možnost vlastní volby, což zapříčinilo vznik řady buddhistických variant jako je např. indická, čínská a japonská, které se dále štěpí do dalších směrů.

7.3. *Prameny práva indického subkontinentu*

V této kapitole bude věnována pozornost pouze pramenům hindského práva, neboť prameny současného indického práva byly zmíněny již v předchozích kapitolách.

7.3.1. *Védy*

„Nejvyšší závaznost hinduisté přiznávají Védám.“¹⁴⁹ Jedná se o literární památky Árijů sepsané v sanskrtu. Jsou považovány za posvátné a lidmi nestvořené vědění. Obsahují popisy obětních rituálů a jejich významu. Sestávají ze čtyř částí: *sanitha*, *bráhmana*, *arajnak*, *upanišada*. Nejvíce právních norem obsahují *bráhmány* a *upanišady*. Nepředstavují však příliš bohaté prameny práva, zabývají se spíše morálkou a povahou bytí a kladou základy filosofického a sociálního smýšlení.

7.3.2. *Dharmasústry*

Dharmasústry představují další pramen hinduistického práva vzniklý v období 1000 let před n.l.. Rozvíjejí učení hinduismu ve formě pouček. Na jejich základě vznikl v období od 1. století n.l. do 3-4 stol. n.l. třetí nejvýznamnější pramen hindského práva, *Dharmaśástry*.

7.3.3. *Dharmaśástry (smriti)*

Dharmaśástry obsahují zkušenost vzdělaných lidí a dobrých lidí. „Hoci dharmasástry představují iba tretí najvýznamnejší prameň hinduistickej kultúry, sú fakticky najdôležitejším prameňom hinduistického práva, pretože obsahujú najviac

¹⁴⁹ Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, KEY Publishing, 2008, str. 47

právných noriem.“¹⁵⁰ Lze je označit za první kodifikované dílo obsahující pravidla občanského a trestního práva hmotného a procesního. Jde o shrnutí částečně doplněných nebo pozměněných obyčejů. Nejvýznamnější z dharmášáster je Manuův zákoník, který si dodnes uchovává svou závaznost.

7.3.4. Arthaśāstra

Významným pramenem práva z přelomu 4–3 stol. př.n.l. je Arthaśāstra obsahující pokyny pro vladaře a procesní a hmotněprávní normy civilního a trestního práva.

Ze shora uvedeného výčtu pramenů hindského práva je patrná jeho roztříštěnost, která vedla k existenci rozporných právních norem. Pro odstranění aplikačních obtíží byla vypracována interpretační pravidla. V případě rozporu mezi normou obsaženou ve Védách a v jiném prameni, platila ustanovení Véd. V případě rozporu mezi normami obsaženými v jednom prameni práva platily obě, každá pro jinou situaci. Pokud se nepodařilo určit normu pro konkrétní případ, mohl soud rozhodnout podle principu spravedlnosti nebo analogie. Ani tyto prostředky nepomohly překonat nedostatky úprav obsažených v náboženských textech. Proto Náradasmriti umožnily tvorbu práva státní mocí a soudy a přiznaly obyčejům, soudním rozhodnutím a dekretům panovníka vyšší právní sílu než Dharmášástrám. Tím vznikl prostor pro tvorbu komentářů k Dharmášástrám, které vznikaly v průběhu 12. až 17. století a z nichž se největší oblibě těšily nibandhásy. Komentáře tak nahradily státní legislativu a aplikace práva u středověkých soudů probíhala vesměs na jejich základě.

Hindské právo tvoří druhý nejvýznamnější systém tradičních náboženských práv. Na rozdíl od křesťanství a islámu však hinduisté odmítají myšlenku rovnosti všech lidí a vytváří hierarchickou strukturu kast s odlišnými právy, povinnostmi a dokonce morálkou. Tento postoj se promítá do úpravy právních vztahů a zejména těch, které se týkají osobního statusu. „Hinduistické právní normy se zaměřily zejména na úpravu rodinných a vnitřokastových vztahů, na otázky pozemkového a dědičského práva, přičemž poslední právní odvětvě malo v hinduistické právní kultúre menší význam,

¹⁵⁰ Drgonec, J.: Právní kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 111

nakol'ko všetok majetok, až na nepatrné výnimky, patril do rodinného vlastníctva, a nie do vlastníctva jednotlivca.“¹⁵¹ Hinské právo nelze ztotožňovať s právem Indie, ktoré v súčasné náleží do systému angloamerického práva, v jej í islámské časti se uplatňuje islámské právo a v hinduistické časti se lze setkat s pozůstatky hinského práva zejména v oblasti osobního statusu. Velká oblast společenských vztahů je v Indii upravena národní legislativou spočívající na anglických základech. Během koloniálního období Angličané hinské právo kompletně transformovali a sjednotili. „Eighty per cent. of Hindus, living in rural areas, will continue to live as their ancestors did; they are governed by the institutions they have always known and are judged through means outside the official organs. Legislation is not in itself sufficient.“¹⁵² (Osmdesát procent Hindů, kteří žijí v zemědělských oblastech, pokračuje v životě svých předků, zachovávají právní instituty, které vždy znali a své spory řeší mimo státní orgány. Legislativa sama o sobě není dostatečná.) Indie není jedinou zemí ovlivněnou hinským právem. Hinské právo se uplatňuje rovněž v Nepálu, Bangladéši, Pákistánu, Barmě, Malajsií, Singapuru v některých státech východní Afriky.

8. Právo Dálného Východu – čínské a japonské

Zájem světové právní komparatistiky vyvolává okruh práv Dálného Východu, zejména právo čínské a japonské. Okruh těchto práv však nevytváří právní kulturu, neboť se jedná o historická práva, která nelze srovnávat s platným právem. Historie čínského a japonského práva je velmi zajímavá, současná podoba těchto práv si však zachovala jen málo tradičních prvků. Stávající právo Číny a Japonska je výrazně ovlivněno kontinentálním právním systémem a převažujícím pramenem práva je zde právo psané, přesto se zde vyskytují i vlivy angloamerického typu právní kultury.

Právo Dálného Východu má svůj základ v Číně. V pozdější době jej významně ovlivnil právní vývoj v Japonsku. Oproti kontinentálnímu nebo angloamerickému typu právní kultury, kde právo slouží jako nástroj k řízení společnosti, tradiční dálnévýchodní právo hraje ve společnosti minoritní roli a je aplikováno pouze

¹⁵¹ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 120

¹⁵² David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 500

v případech, kdy ostatní prostředky pro řešení konfliktů selhaly. „The ideal is that laws never be applied and that the courts never render decisions.“ (Za ideální je považován stav, kdy právo není nikdy aplikováno, a soudy nevydávají rozhodnutí.)¹⁵³ Ačkoli tento pohled je typický pro všechny země Dálného Východu, nelze opomenout rozdíly v právním vývoji Číny, Japonska, Mongolska, Vietnamu, Koreje a dalších východoasijských zemí, zapříčiněné rozdílnými geografickými, historickými, filosofickými a dalšími souvislostmi, které se projevily ještě před pronikáním západních vlivů v 19. a 20. století. V následujících kapitolách bude věnována pozornost dvěma hlavním zemím Dálného Východu, Číně a Japonsku. Základ práva Dálného Východu je odlišný od tří světových typů právní kultury i od ostatních tradičních náboženských práv. Náboženství zde netvoří základ rozhodný pro vznik či tvorbu práva, zásadní význam zde sehraává filosofie, zejména konfuciánství a legismus. V Číně převažující konfuciánská filosofie vychází z představy dokonalosti vesmíru a nutnosti, aby člověk udržoval své myšlenky a city v souladu s vesmírnou harmonií. „K úpravě takového chování není třeba množství zákonů – ty by naopak mohly narušit smysl pro spravedlnost, který je lidem vrozený. Mezilidské vztahy jsou proto upraveny především normami mravními.“¹⁵⁴ Není tedy potřeba vytvářet právní normy, lidé by měli dodržovat především mravní normy. V případě vzniku sporu se upřednostňuje dohoda, a to i za cenu vzdání se svých nároků ve prospěch zachování míru a harmonie. Uplatnění práva u soudu nastupuje až po neúspěšném pokusu o dohodu a je na něj nahlíženo nevlídně. Důsledkem této filosofie je regulace občanskoprávních vztahů pouze obyčejovým právem, hierarchické společenské vztahy, význam kultu předků a rodiny, který se promítá i do právních vztahů. „Právě díky konfuciánství, včetně jeho modifikovaných podob, neměly právní systémy Dálného Východu nikdy příliš smyslu pro demokracii.“¹⁵⁵

Počáteční vývoj státu a práva v Japonsku historicky zaostával za rozvinutější Čínou. Nejprve Japonsko přebíralo model čínského práva. „Jak bylo již shora napsáno, vzdaloval se japonský právní systém počínaje X. stoletím od svého čínského vzoru, tak

¹⁵³ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 519

¹⁵⁴ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 89

¹⁵⁵ Tomášek, M.: Dějiny čínského práva, Praha, Academia, 2004, str. 344

že se nakonec vymodeloval jako právní systém svébytný, přestože prvky inspirace tradičním čínským právem nezapřel.¹⁵⁶ Po vzniku šógunátu v Japonsku v roce 1192 lze rozeznávat dvě specifické oblasti práva, a to systém čínsko-korejsko-vietnamský a japonský. První z nich se vyznačoval marginalizací soukromého práva a ochrany subjektivních práv, přidělovým systémem státní půdy a systémem přísné hierarchie a státních zkoušek ve státní správě. Japonský systém pod vlivem legismu upřednostňoval pozitivní právo, individualismus v soukromoprávních vztazích a soukromé vlastnictví půdy.

Ideové základy klasické čínské doktríny reprezentují vedle konfuciánství legismus a taoismus. Základem legistické doktríny je prvenství psaného práva a velký důraz je kladen na mechanismus sankcí a odměn. Legismus prosazuje zákon, přísné tresty a disciplínu.

Základem taoismu je myšlenka nezasahování do přirozeného chodu věcí a prvenství morálky před právem. Oproti kolektivistickým tendencím konfucianismu a legismu vytváří taoismus základ pro osvobození jednotlivce od potřeb společnosti.

Všechny tři shora uvedené směry jsou považovány za základní směry staročínské filosofie a jejich působením na široký okruh společenských vztahů včetně právních pronikaly do právního vědomí. Klasická čínská právní doktrína ovlivňovala čínský právní systém od jeho počátků a působí až dodnes.

Základním japonským duchovním a filosofickým systémem je šintoismus. Jedná se o polyteistické náboženství založené na etických hodnotách, z nichž lze dovodit pravidla mezilidských vztahů. „Je to poměrně volná směs uctívání nejružnějších přírodních božstev a víry v mytologické prapředky japonského národa.“¹⁵⁷ Druhým nejvýznamnějším učením, které na rozdíl od domácího šintoismu proniklo do Japonska z Číny, je buddhismus. Spíše než právní systém však ovlivnil smýšlení lidí. Naproti tomu konfuciánství a následně od 11. století novokonfuciánství nacházejí odezvu i

¹⁵⁶ Tomášek, M.: Přehled dějin japonského práva, Praha, Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2007, str. 35

¹⁵⁷ Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, KEY Publishing, 2008, str. 34

v japonském právu. Jejich vliv můžeme nalézt dodnes ve vztazích mezi státem a občanem.

„Tradiční čínské právo mělo stejně jako klasické čínské právo povahu tzv. „smíšeného práva“, protože se jako právní systém opíralo současně o psané právo, o obyčeje i o soudní precedenty.“¹⁵⁸ Jeho dalším výrazným rysem je převažující trestněprávní charakter a nerozlišování mezi normami práva veřejného a soukromého. V našem západním pojetí jej lze charakterizovat jako systém práva veřejného, neboť soukromoprávní regulace byla původně upravena jen obyčeji. Některá porušení soukromoprávní normy však měla za následek vznik trestní odpovědnosti. Čínské právo neznalo pojem subjektivních práv, což představuje největší rozdíl mezi západním a čínským právem a od něho odvozeným systémem práv Dálného Východu.

Japonské právo přejímalo čínský model zejména od roku 645, a to v rámci reformy Taika. V 10. století však vývoj nabral nový směr a v Japonsku se začíná intenzivněji posilovat moc jednotlivých rodů na úkor čínského konfuciánského pojetí a císařské moci. Do čela společenské hierarchie se staví vojenský velitel – šógun. Japonské právo si i nadále uchovává povahu smíšeného práva sestávajícího z práva psaného, obyčejů a soudních precedentů. V prvních letech šógunátu se stává základní normou vojenský rozkaz. Později šógunové uznali nezbytnost práva a v Japonsku vznikl svébytný právní systém odvozený od čínského vzoru, avšak s výrazným akcentem na pozitivní právo a oproti Číně omezeným kolektivistickým pojetím soukromoprávních vztahů.

Systém práv Dálného Východu má kořeny v Číně. Kromě Japonska můžeme do tohoto okruhu přiřadit i Tchaj-wan, Koreu, Laos, Vietnam, Kambodžu a další území jihovýchodní Asie, kde se lze setkat s tradičními prvky čínského a japonského práva. Vzhledem k počtu obyvatel shora uvedených zemí lze konstatovat, že zahrnuje nejpočetnější skupinu lidstva. Přestože je současná podoba čínského a japonského práva ovlivněna kontinentálně-evropskou právní ideologií, tradiční způsoby myšlení zůstávají i nadále zachovány. „The western structures and institutions in many instances are no more than a façade, behind which social relationships continue to be ruled in large part

¹⁵⁸ Tomášek, M.: Dějiny čínského práva, Praha, Academia, 2004, str. 126

by the traditional models.”¹⁵⁹ (Západní systémy a instituty jsou v mnoha případech pouhým pozlátkem, za nímž pokračuje společenský život podle tradičních modelů.)

Právo současné Čínské lidové republiky a Japonska je však velmi rozdílné. Japonsko má demokratickou ústavu a vyvinutý právní systém založený na západních vzorech. Čína je i nadále ovlivňována socialistickým modelem ekonomiky a práva, ačkoli se před zhruba dvaceti lety vydala směrem přibližujícím ji japonskému modelu státu a práva.

8.1. Historický vývoj čínského a japonského práva

Následující část této práce bude věnována historickému právnímu vývoji Číny a Japonska, neboť tento udával směr celému systému práv Dálného Východu.

8.1.1. Čína

„Asi kolem roku 2200 př. Kr. se v Číně vytvořil státní útvar, zvaný Sia, s nímž je spojován vznik státu jako mocenského systému, a tedy i vznik práva.“¹⁶⁰ Od tohoto mezníku až do konce vlády dynastie Chan (220 n.l.) je právní vývoj kvalifikován jako klasické čínské právo, tedy období, v němž se čínské právo utvořilo. Po něm následuje období tradičního čínského práva končící s pádem císařství v roce 1911. V tomto období dochází ke konzervaci některých prvků klasického čínského práva a v jistém smyslu k jeho obohacení. Právní vývoj po vzniku republiky v roce 1911 je považován za období nového čínského práva. Vznik republiky představuje historický mezník, v právních dějinách však následují významnější mezníky jako rok 1927, kdy se stal čínským prezidentem Čankajšek, rok 1949, kdy moc v zemi přebírají komunisté a rok 1977, kdy končí „kulturní revoluce“ a začíná modernizace práva ovlivněná západním právem.

V době klasického práva v Číně působilo mnoho filosofických a právně filosofických směrů, z nichž se vyvinula tři právní a politická učení, která se stala rozhodujícími pro další vývoj čínského právního systému, a to konfuciánství, taoismus a

¹⁵⁹ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 517

¹⁶⁰ Tomášek, M.: Dějiny čínského práva, Praha, Academia, 2004, str. 15

legismus. Vliv těchto učeních je v čínském právu patrný dodnes. Podrobnější rozbor filosofických směrů, které ovlivnily čínské právo, bude učiněn v dalším oddílu věnovaném filosofii a náboženství.

Klasické čínské právo se vyznačuje smíšeným charakterem, neboť jeho prameny tvoří obyčej, psané právo a soudní precedenty. Psané právo představovala kodifikace veřejného práva, tedy práva trestního a správního. Význam psaného práva byl podpořen zásadou nedotknutelnosti starých právních norem jako výrazu úcty k předkům, což pramenilo z Konfuciova učení o kultu předků. „Takže prameny práva byly po dlouhou dobu uctívány všemi potomky těch, kdo je vytvořili, jako výraz uctívání předků a tím i přirozeného pořádku věcí.“¹⁶¹ Soudní precedenty byly využívány v oblasti trestního práva. Obyčejové právo představovalo nejslabší prvek a upravovalo především manželské a rodinné vztahy. Klasické čínské právo neznalo pojem subjektivních práv, což představuje specifikum, které ovlivnilo čínské právo po celou dobu jeho vývoje až do současnosti.

Klasické čínské právo se v raném období vyznačuje preferencí morálního hlediska nad právním, které je z morálního odvozováno. „Právo bylo chápáno toliko ve smyslu penálního a právní vztah mohl vzniknout jen za předpokladu, že byla porušena morální norma.“¹⁶² Čínské právo bylo tedy založeno pouze na odpovědnostních vztazích vzniklých z porušení morálního pravidla. Průlom do tohoto pojetí přinesly závazné normy panovníka, jež se staly počátkem dualismu přirozeného a pozitivního práva. Kromě toho zde existoval dualismus veřejného (psaného) a soukromého (obyčejového) práva spojený trestní odpovědností.

Klasické čínské právo vytvořilo ucelený systém, který se stal základem dalšího právního vývoje Číny a sousedních zemí jako je Korea, Mongolsko, Vietnam či Japonsko s významem srovnatelným s římským právem v Evropě. Právní řády vytvořené podle čínského vzoru se uchovaly až do 19. století, kdy zcela podlehly západním právním modelům.

¹⁶¹ Tamtéž str. 62

¹⁶² Tamtéž, str. 23

Tradiční čínské právo si i nadále uchovává smíšený charakter a poprvé se objevuje právní dualismus a poté pluralismus, tedy existence různých právních systémů na jednom státním území. Ideovým základem práva zůstává i nadále konfucianství, avšak v podobě oficiální ideologie dynastie Chan. V prvních stoletích našeho letopočtu přichází do Číny islám a buddhismus. Buddhismus ovlivnil tehdejší právo jen ve velmi malé míře a to tím, že jej učinil humánnějším. Od 7. století do Číny pronikl islám a jeho normy obohatily zejména oblast soukromého práva.

Vyspělé čínské právo dynastie Tchang bylo přejímáno sousedními státy. V případě Japonska se jednalo o dobrovolnou recepci, v případě Vietnamu o recepci násilnou v důsledku vojenské okupace. V období dynastie Sungů (960-1279) bylo konfucianství obnoveno v ideologii čusiánství neboli neokonfucianství. Dle jeho tezí je základem všeho konfucianský přirozený pořádek věcí, tedy rozum, zákon a řád. Morální normy i normy pozitivního práva jsou aplikací přírodních zákonů, čímž je řešen vztah přirozeného a pozitivního práva formou, která představuje jednotu obou kategorií. Od 17. století se mezi Čínou a Evropou a posléze i USA prohlubuje výrazný ekonomický rozdíl. „Ved' skoro až do konca 19. storočia sa právo oboch krajín vyvíjalo v izolácii od iných právnych kultúr.“¹⁶³ V 19. století byla izolacionalistická politika dálněvýchodních států přerušena expanzí evropských mocností a USA a od této doby počíná proces přizpůsobování kontinentálnímu a angloamerickému právnímu systému. Koncem 19. století byla společenská reforma v Číně nezbytná. Během sta dní reformy vydal císař v roce 1898 čtyřicet reformních ediktů zaměřených na modernizaci čínského práva. Toto úsilí skončilo neúspěchem, císařská moc ztrácela vliv a narůstal zahraniční dluh. Ulpívání na konfucianství, jež je ve své podstatě konzervativní, rovněž přispělo ke krizi císařství. Proti reformnímu hnutí císaře stála revoluční skupina v čele s pozdějším zakladatelem Čínské republiky Sunjatsenem. V roce 1911 následovala revoluce, která přinesla vznik republiky. Tím končí období tradičního čínského práva a začíná fáze nového čínského práva.

¹⁶³ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 170

„Rok 1911 byl sice zlomovým ve smyslu historickém, avšak ve smyslu historickoprávním mnoho neznamenal.“¹⁶⁴ Významné právně historické mezníky představuje rok 1927, kdy se stal prezidentem republiky Čankajšek, rok 1949, kdy se v zemi ujali moci komunisté a čínské právo bylo postupně sovětizováno a rok 1977, kdy Čína po kulturní revoluci začíná modernizovat svůj právní řád. Právo Čínské republiky v roce 1911 kontinuálně navázalo na předchozí císařské právo. Císařské právní normy však bylo možné aplikovat jen v případě, že neodporovaly republikánskému zřízení. Ačkoli byla Čínská republika vedena snahou vytvořit moderní právní řád podle západních vzorů, staré čínské právo zůstávalo v právním vědomí i nadále a nebylo zcela vytlačeno ani po roce 1949. Nové čínské právo, které se utvářelo po roce 1911, lze charakterizovat následujícími rysy: je vytvářeno především na principu recepce evropského a japonského práva. Převažujícím pramenem práva se stává psané právo, soudní precedenty a obyčeje jsou aplikovány pouze v případě, kdy psané právo chybí. „V čínském právu pokračuje právní pluralismus, takže na území Číny vedle sebe fungovalo několik právních systémů, a to zcela odlišných – kuomintangský, komunistický, britský hongkongský nebo portugalský macajský.“¹⁶⁵ Ústavní systém nese znaky demokratického zřízení, jedná se však pouze o jeho formální podobu. Začlenění kategorie subjektivních práv do právního řádu nepřineslo po praktické stránce výraznější změny stávajícího stavu, neboť vymáhání těchto práv bylo i nadále považováno za nesouladné s tradiční morálkou. Smírčí řízení představuje významný prvek procesního práva. V současné době je Čínská lidová republika socialistickým státem a na základě novely ústavy z roku 1993 je státem se socialistickou tržní ekonomikou. Přes široký katalog lidských práv a svobod garantovaný na ústavní úrovni však k jejich uplatnění nedochází v předpokládané důslednosti, někdy dokonce vůbec. Ústavní systém neobsahuje v tomto smyslu žádné záruky a ústavní soudnictví v zemi neexistuje. Současné čínské právo se v široké míře inspiruje japonským právem.

8.1.2. Japonsko

První zprávy o japonském státu a právu dokládají čínské prameny. Původní japonské kmeny žily na ostrovech Honšú a Kjúšú v patriarchálním uspořádání. Ve 2. –

¹⁶⁴ Tomášek, M.: Dějiny čínského práva, Praha, Academia, 2004, str. 237

¹⁶⁵ Tamtéž, str. 239

3. století př.n.l. se vytvářely rodinné klany, které mezi sebou bojovaly. Ve 3. století našeho letopočtu vzniká na japonském souostroví stát Jamato. V následujících dějinách japonského státu a práva lze zaznamenat následující mezníky: 645 reforma Taika, 1192 vznik šógunátu, 1604 sjednocení Japonska, 1868 reforma Meidži a 1945 konec druhé světové války.

Politická krize státu Jamato si v polovině prvního tisíciletí vyžádala reformy po vzoru Číny. Edikt regenta Šótuku z roku 604 vyjadřoval novou koncepci státu ovlivněnou konfucianstvím a buddhismem. Reformní snahy však narazily na odpor vládnoucích rodů, a tak se reformy z větší části v praxi neuskutečnily. V roce 645 nastupuje v Japonsku éra velké změny – Taika. „Zásadním přínosem reformy Taika v oblasti práva byla rozsáhlá a první souborná japonská kodifikace.“¹⁶⁶ Tato byla inspirována čínským modelem státní a územní správy a zaměřena na půdní reformu. Období od roku 794 do roku 1192 označujeme za období krize čínského modelu v japonském právním systému. Hlavní příčinou bylo opouštění jeho základních institutů právní praxí, a to z důvodu jejich neústrojnosti pro japonské právní prostředí. Systém půdních přidělů a státních zkoušek pro úředníky se v Japonsku neujal. Krize čínského modelu byla provázena oslabováním císařské moci a vyústila v roce 1192 v nastolení vojenské diktatury, kde šógunové – vojenští diktátoři fakticky vládli v zemi. Po vzniku šógunátu se japonský právní systém oddělil od systému čínsko-korejsko-vietnamského. Decentralizace státní moci v Japonsku přinesla v 15. a 16. století i roztržičnost práva, neboť místní vládci vydávali rodové zákoníky upravující oblast veřejnoprávní i soukromoprávní. Vojenská diktatura si však vynutila svobodu trhu a podnikání, neboť původní cechovní právo ohrožovalo zásobování armády. Japonsko tak od 18. století disponuje obchodním zákoníkem, kdežto Čína nadále praktikuje administrativní kontrolu obchodních vztahů. Obdobné rozdíly panovaly i v oblasti zahraničního obchodu.

Zatímco Čína byla sjednocena již od 3. století př.n.l., Japonsko ukončilo období nejednoty a válek až v roce 1604, kdy nejmocnější rod Tokugawa položil základy tokugawského šógunátu, který vydržel až do roku 1868. Císařská moc je i nadále

¹⁶⁶ Tomášek, M.: Přehled dějin japonského práva, Praha, Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2007, str. 19

oslabována a faktickou novotvorbu ovládá šógun. Právní vývoj Japonska po jeho sjednocení směřoval k úpadku, k čemuž přispěla i politika izolace země (*sakoku*). Pod tlakem Američanů nakonec Japonsko v roce 1854 a následujících uzavřelo obdobné smlouvy, jako tzv. čínské nerovnoprávné smlouvy s tehdejšími světovými velmocemi. V roce 1868 moc šógunů padla a dochází k posílení císařské moci, následující éra Meidži přinesla nástup kodifikace a s tím spojený vliv kontinentálního systému práva. Ústava Meidži z roku 1889 obnovila božské postavení císaře, které setrvalo až do konce druhé světové války. Občanský zákoník francouzského vzoru zanedlouho poté vystřídal občanský zákoník vypracovaný po německém vzoru. Následovala kodifikace dalších právních odvětví inspirovaná zejména německým právem, které japonská právní věda uznávala za svůj předobraz až do 20. let 20. století, kdy se Japonsko opět dostává do izolace a odmítá zahraniční vzory.

„Porážka Japonska v druhé světové válce vedla především k přijetí nové ústavy roku 1946, která výrazně změnila strukturu nejvyšších státních orgánů a odstranila feudální privilegia.“¹⁶⁷ Současně přinesla konec doktríny císařského zřízení. Japonsko zůstalo císařskou monarchií, v právním systému však převládly republikánské prvky. Císař byl zbaven politické moci. Ústava obsahuje standardní katalog základních práv a svobod a odděluje zákonodárnou, výkonnou a soudní moc. Americká okupace poznamenala Ústavu z roku 1946, ale i další oblasti práva, zejména veřejného, obchodního a práva duševního vlastnictví. Od 70. let minulého století se mnoho zemí Dálného Východu nechává inspirovat japonským právem, mezi nimi je i Čína, která tak činí v legislativní i aplikační rovině.

8.2. *Filosofické a náboženské směry Dálného Východu – Číny a Japonska*

Klasické čínské právo vycházelo ze staročínské filosofie a jeho základ tvořily tři filosofické směry, a to konfucianství, legismus a taoismus.

Za zakladatele konfucianství je považován Konfucius (asi 551 – 479 př.n.l.). Jeho filosofie se zabývala především morálkou, etikou a ideologií, z našeho hlediska je

¹⁶⁷ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 171

však nejvýznamnější její vliv na učení o státu a právu. Základem filosofie je představa o přirozeném pořádku věcí, který odráží vesmírný řád a má spravovat všechny vztahy mezi lidmi. Člověk je od narození dobrý, tyto vlastnosti však může v průběhu života ztratit. K úpravě lidského chování není potřeba vytvářet mnoho zákonů, mezilidské vztahy se řídí především mravními normami. „Norma právní nastupuje teprve tehdy, když dojde k neshodě mezi lidmi, kteří nejsou schopni či ochotni respektovat přirozené zákony – je schopna člověka potrestat, nikoli však zlepšit, napravit.“¹⁶⁸ Navíc vede k pokrytectví, neboť lidé se snaží vyhnout trestu a přitom ztrácejí schopnosti studu a hanby. Konfucius ve svém učení hierarchizoval společenské vztahy vytvořením systému tzv. pěti vztahů: panovník – poddaný, otec – syn, manžel – manželka, starší sourozenec – mladší sourozenec, přátelé. Každý subjekt dodržoval své povinnosti a požíval práva podle postavení v této hierarchii. S tím souvisí i odpovědnost za porušení morálního pravidla, která se přenášela i na subjekt stojící v hierarchii nad porušitelem. Na nejnižší úrovni byla často aplikována solidární nebo kolektivní odpovědnost. Konfuciovo učení o „kultu předků“ mělo dopad na tvorbu zákonů, utváření obyčejů a aplikaci práva. Prameny práva byly uctívány všemi potomky jako výraz uctívání předků. Byla-li v pozdějších dobách nějaká právní norma zrušena, pouze byla pozastavena její aplikace, ale i nadále tvořila součást právního předpisu. Důsledkem konfuciánského „kultu rodiny“ bylo podřízení zájmů jednotlivce zájmům rodiny. Státní orgány rodinám často svěřovaly správu a řízení, pouze hlava rodiny disponovala s rodinným majetkem a měla právo trestat členy rodiny, ve výjimečných případech dokonce smrtí. Výjimečné místo zaujímal panovník, který byl nadán přirozeným právem vydávat příkazy. Konfucianismus se stal oficiální státní ideologií s výjimkou období vlády dynastie Čchin (221-206 př.n.l.), kdy se stal oficiální doktrínou Číny legismus.

„Konfuciánstvo nebolo jediným smerom staročínskej filozofie. V opozícii k nemu vznikol legizmus, ktorý vychádzal z tézy, že človek je egoista, ktorý sa stará iba o presadzovanie osobných zájmov, a preto ho treba prísne usmerňovať zákonmi vydávanými štátom.“¹⁶⁹ Základem legistické doktríny je idea prvenství psaného práva s cílem vytvořit společnost založenou na právem vymezené podřízenosti. Velký důraz je

¹⁶⁸ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 89

¹⁶⁹ Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied, 1991, str. 156

kladen na systém odměn a sankcí. Legalistická teorie zastává velmi podobný postoj k právu a zákonům jako západní právní systémy. V Číně však nedosáhla všeobecné akceptace. „These theories have remained however completely foreign to the Chinese mentality in general. They were too radical a departure from accepted thinking, and the legalists had only a passing success.”¹⁷⁰ (Legalistická teorie však zůstala čínské mentalitě zcela cizí. Byla příliš radikální oproti stávajícímu způsobu myšlení, a z tohoto důvodu měli legalisté pouze dočasný úspěch.)

Soupeření obou shora uvedených právních ideologií představuje trvalý rozpor v dějinách čínského práva. V některých oblastech se legismus shoduje s konfucianstvím. Jedná se zejména o otázku absolutního potlačení individualismu a o pobídku k vzájemnému a trvalému hlídání lidí.

Od čtvrtého století se v Číně začíná prosazovat taoismus, jehož základem je myšlenka nezasahování do přirozeného běhu věcí. Taoismus zachovává prvenství morálky před právem a na rozdíl od konfucianství neprosazuje institucionalizaci mezilidských vztahů. Taoismus zaujímal v trojici čínských doktrín nejméně významné místo.

Na počátku našeho letopočtu proniká do Číny islám a buddhismus. Buddhistické právo vycházelo z principů rovnosti před zákonem a neubližování živým bytostem a tím přispělo k některým reformám práva. Buddhismus tak učinil právo humánnějším, zejména o oblasti rovnosti lidí před zákonem, zmírňování trestů apod., přesto však jeho vliv na právo nebyl příliš významný a výrazněji se projevil spíše v náboženském životě a umění. Od 7. století se v Číně objevuje islám, a to prostřednictvím soustavy závazných pravidel vypracovaných islámskou jurisprudencí (*fikh*). Islám obohatil některé instituty soukromého práva, zejména rodinného a dědického.

V období dynastie Sungů (960-1279) bylo konfucianství obnoveno v ideologii čusianství neboli neokonfucianství. V době vlády dynastie Sungů měl stát ekonomické obtíže, narůstal státní dluh a území říše se zmenšovalo. Vznik nového směru, který by bylo možno vystavět na odkazu předků, si vyžádala nutnost reform, které bylo potřeba

¹⁷⁰ David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, str. 522

odůvodnit. „Čusiánství je v oblasti právní doktríny příkladem neustálé návaznosti na klasické období, zejména na myšlenky konfuciánství.“¹⁷¹ Dle jeho tezí je základem všeho konfuciánský přirozený pořádek věcí, tedy rozum, zákon a řád. Morální normy i normy pozitivního práva jsou aplikací přírodních zákonů, čímž je řešen vztah přirozeného a pozitivního práva formou, která představuje jednotu obou kategorií. Za Sungů se neokonfuciánství stalo oficiální státní doktrínou až do vzniku republiky.

Čínská republika v letech 1912 až 1949 tolerovala klasickou čínskou filosofii, na druhou stranu ji však příliš nevyzdvihovala. Po komunistickém převratu v roce 1949 byla dosavadní právní ideologie odmítnuta a dokonce jí byl vyhlášen boj. Čína převzala marxismus-leninismus, který byl v Číně uplatňován jako marxisticko-leninské učení a Mao Ce-tungovy ideje. Od devadesátých let 20. století v Číně probíhá renesance konfuciánství a ostatních tradičních čínských hodnot.

Tradičním japonským duchovním a filosofickým systémem je šintoismus, polyteistické náboženství, které přetrvávalo ve své původní podobě až do současnosti. Nejvyšší postavení přisuzuje císaři jako přímému potomku bohů, kteří stvořili Japonsko. Jedná se o volnou směs uctívání božstev a předků japonského národa s absencí dogmat, příkazů a zákazů. Základ tvoří etické hodnoty a náboženské představy ovlivňující způsob života a mezilidské vztahy. Vnější filosofické vlivy, které se promítly do japonského práva, představuje zejména konfuciánství a jeho renesance v podobě novokonfuciánství. Od 6. století n.l. pronikal do Japonska buddhismus, který se brzy stal náboženstvím velké části národa, v rovině státoprávní se však jeho vliv neprojevil.

8.3. *Prameny čínského a japonského historického práva*

Odvozování práva od filosofie se promítlo i do struktury pramenů práva.

8.3.1. Obyčej

Základní soukromoprávní obyčeje vznikaly v Číně okolo prvního tisíciletí před naším letopočtem v období vlády dynastie Západních Čou. Později vznikaly i obyčeje

¹⁷¹ Tomášek, M.: Dějiny čínského práva, Praha, Academia, 2004, str. 167

v oblasti veřejného práva. „Mezi těmi zaujímaly pozoruhodné místo lovecké obyčeje.“¹⁷² Obyčeje z doby císařské byly aplikovány ještě za rané republiky v době neexistence nových republikových zákonů pro danou oblast práva. Ještě krátce po převzetí moci komunisty v Číně nebyly základní občanskoprávní instituty kodifikovány, neboť režim upřednostňoval regulaci politicky významnějších právních odvětví, a tak aplikace obyčejů zůstávala i nadále zachovávána. O užívání soukromoprávních obyčejů v letech 1949 až 1987 svědčí sbírky rozhodnutí lidových soudů. Prostor pro aplikaci obyčejů zůstává i nadále zachován v některých oblastech práva.

Japonské obyčeje se obsahově odlišují zejména tím, že právní nástupnictví svědčí i ve prospěch ženských potomků a je spíše otázkou společenské tradice, neboť se uplatňuje nejen ve vztahu k pokrevně příbuzným, ale i mezi polorodými sourozenci nebo dětmi vedlejších manželék. Formování japonských obyčejů ovlivnil šintoismus zdůrazňující roli nadpřirozených sil spojených s přírodou a deklarující přímý genetický vztah panovníka s bohem.

8.3.2. Precedent

„Dalším tradičním pramenem práva byly precedenty, přičemž velký důraz byl kladen na vhodnou interpretaci základních etických principů a na jejich konkrétní aplikaci v daném případě.“¹⁷³ Existence precedentů byla v Číně známa už od prvního tisíciletí před naším letopočtem. Teprve ve 3. století našeho letopočtu za vlády dynastie Chan však zaujaly místo mezi prameny čínského práva. Precedenty se vyskytovaly zejména v trestním procesu a od doby dynastie Sung byly zapisovány ve sbírkách soudních rozhodnutí. Na přelomu 17. a 18. století dosáhly soudní precedenty velkého významu. V roce 1740 byl vydán Kodex velkých Čchingů, který sumarizoval celé čínské právo obsažené v zákonech a precedentech. Aplikace soudních precedentů pokračovala i v době republiky, a to dokonce ve vztahu k některým císařským precedentům. Postupem dalšího vývoje význam precedentů v Číně upadá ve prospěch psaného práva.

¹⁷² Tamtéž, str. 48

¹⁷³ Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, str. 95

8.3.3. Zákon

Právní norma v podobě zákona byla v důsledku konfuciánského pojetí považována pouze za nástroj k uskutečnění pořádku, její primární funkce byly regulativní a zastrahující. Zákony a jiné formy psaného práva ve formě nařízení, ediktů a direktiv upravovaly téměř výhradně oblast trestního a správního práva v našem dnešním chápání. První psané právní předpisy v Číně se objevují ve formě normativních aktů panovníka, nejčastěji se jednalo o císařská nařízení, rozhodnutí nebo příkazy. Prameny práva v podobě kodexů se v Číně objevují za vlády dynastie Chan (206 př.n.l. – 220 n.l.). Obsahovaly zejména trestněprávní normy. V období po roce 1949 se stává psané právo v podobě zákonů, dekretů a podzákonných norem veřejné správy základním pramenem práva.

Japonské psané právo je od poloviny prvního tisíciletí našeho letopočtu výrazně ovlivněno čínským modelem a jeho stávajícími kodifikacemi, což se odráží zejména v jeho koncepci a struktuře. Vzhledem k japonským specifikům se nepodařilo všechny osnovy čínského práva trvale zakotvit v japonském právu, jako např. systém přidělu půdy nebo státních zkoušek ve státní správě. V období šógunátu se stává základní normou vojenský rozkaz. Od 10. století se japonské právo začalo vzdalovat čínskému modelu práva a postupem doby vytvořilo vlastní svébytný systém. „Z původního čínského vzoru si japonský systém podržel povahu smíšeného práva z psaných norem, obyčejů a soudních precedentů.“¹⁷⁴

Historické právo Dálného Východu spočívá na filosofických základech, je pro něj typický smíšený charakter reprezentovaný koexistencí obyčejů, psaného práva a precedentů. Rovněž se vyznačuje nerovností mezi jeho subjekty a absencí subjektivních práv. Čínský stát v období klasického a tradičního čínského práva disponoval vysoce organizovaným státním aparátem a propracovaným systémem veřejného, zejména trestního práva. Proti přísné organizaci státní moci a systému krutých trestů stojí oblast soukromého práva upravená převážně obyčejovým právem a vyznačující se neexistencí subjektivních práv. Dnešní čínské právo plně přejalo evropské modely práva a

¹⁷⁴ Tomášek, M.: Přehled dějin japonského práva, Praha, Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2007, str. 35

v mnohém se inspiruje též v Japonsku. Právní systém Čínské lidové republiky přiřazujeme do kontinentálního typu právní kultury, ačkoli stopy historického čínského práva jsou patrné i na jeho dnešní podobě. Japonsko bylo od počátku dvacátého století silně ovlivněno kontinentálním typem právní kultury po druhé světové válce angloamerickým systémem práva. Z tradičních prvků se v Číně a Japonsku dodnes dochovala autorizace písemného právního úkonu pečetí se jménem jejího držitele, princip poslušnosti a podřízenosti dětí vůči rodičům a tendence k řešení sporů mimosoudní cestou.

V současné době patří Čína a Japonsko mezi nejvyspělejší oblasti světa, a to nepochybně v důsledku radikálních reforem jejich původního práva. V právní praxi zde i nadále přetrvává aplikace původních právních tradic, institutů a dogmat, jejichž znalost je významná pro pochopení postojů jejich obyvatel. V budoucnu můžeme očekávat další sblížování Číny a Japonska s Evropskou unií. Již nyní probíhá mezi těmito subjekty každoroční summit a řada tzv. sektorových dialogů, zejména v rovině politické, ekonomické a vědecké.

9. Závěr

V současné době je na světě přibližně okolo dvou set samostatných států disponujících vlastním právním řádem více či méně se odlišujícím od právních řádů ostatních států. Je tomu tak proto, že každý z nich se vyvinul ve specifických geografických a historických podmínkách, pod vlivem jiných tradic a odlišné společenské struktury. Navzdory unifikačním snahám v mezinárodním či evropském měřítku, jež mají stále jen omezené výsledky, si každý stát svůj právní řád střeží jako součást vlastní identity.

Přibližně v druhé polovině 20. století, kdy se poválečný svět rozdělil na několik izolovaných táborů, vzniká v právní vědě koncepce velkých právních systémů neboli rodin, založená na třídění právních řádů jednotlivých států podle omezeného množství faktorů, mezi nimiž zaujímají nejvýznamnější místo formy pramenů práva. Třídění autorů je nejednotné, protože zpravidla zohledňují odlišné faktory anebo je tomu tak z důvodu jeho vzniku v určitém historickém období (například rodina socialistického

práva prezentovaná ve druhé polovině 20. století René Davidem). Dle názoru autora této rigorózní práce má každé třídění své opodstatnění, pro účely zachování jednotnosti sledovala tato práce členění provedené Viktorem Knappem. Pro tyto účely byla užitá jako klíčová rozlišovací kritéria charakter a forma pramenů práva v historických a geografických souvislostech.

Jak je patrné již z názvu této práce, rozsah informací spadajících pod uvedené téma je značný. Z důvodu nutné omezenosti této práce rozsahem byla zpracována jen dílčí témata, která jsou dle názoru jejího autora určující pro charakteristiku specifik daného typu právní kultury nebo skupiny etnických práv. Ostatní jistě zajímavá témata byla ponechána stranou s odkazem na použitou literaturu a další zdroje uvedené v závěru práce.

V oddílu věnovanému angloamerickému typu právní kultury je pozornost soustředěna zejména na anglické právo, protože právě v něm lze nalézt původ tohoto typu právní kultury. Nejvýraznějším specifikem v tomto oddílu je precedenční doktrína, jež je ve své podstatě v rozporu s klasickou podobou kontinentálního právního systému. V souvislosti se zesilujícím vlivem judikatury vyšších soudů v kontinentálním typu právní kultury se oba velké právní systémy navzájem přibližují. Změnu vnímání soudních rozhodnutí přináší i ústavní soudnictví, na evropské úrovni judikatura Evropského soudního dvora, Evropského soudu pro lidská práva anebo Mezinárodního soudního dvora na úrovni mezinárodní. Závaznost rozhodnutí vyšších soudů kontinentálního typu právní kultury se blíží angloamerické volné precedenční doktríně. Působení judikatury v tomto směru považuji za přirozené a spravedlivé. Tento trend není na území našeho státu první, neboť jak již bylo zmíněno výše, ještě před obdobím velkých kodifikací byla rozhodnutí v oblasti zemského práva na území českého království přirozeně respektována. Na stávající tendenci vhodně navazuje již citované ustanovení § 13 Občanského zákoníku, které pojmově sleduje doktrínu *stare decisis* a slouží ke sjednocení rozhodovací praxe.

V anglo-americkém právním systému naopak již několik posledních desetiletí stoupá význam zákona, a to v souvislosti s potřebou rychlé a pružné reakce na rychlý rozvoj společenského a hospodářského života.

Sbližování obou hlavních typů právní kultury má svá pozitiva zejména v posilování závaznosti judikatury v zemích kontinentálního typu právní kultury, neboť umožňuje soudu flexibilněji reagovat na specifickou situaci. Negativním důsledkem sblížení obou právních systémů je dle názoru autora této práce nárůst množství zákonů, což se bohužel týká i kontinentálního právního systému. S tím souvisí snižování přehlednosti právního řádu a tím i míry právní jistoty.

Dle mého názoru bude sblížení dvou hlavních právních systémů označovaných někdy také společně jako „západní právo“ i nadále pokračovat možná až do té míry, že mezi nimi nenalezneme žádné zásadnější rozdíly. Tento závěr platí o to více pro Evropu, kde na poli Evropské unie již významná právní syntéza proběhla a stále probíhá. Rozdíly v pramenech práva se tak postupně zeslabují. Oproti stále se sblížujícímu západnímu právu se tak vymezuje „východní právo“ jako vnitřně členitý systém práva, který lze geograficky vymezit na východ od tradičních zemí kontinentálního typu právní kultury. V dalším vývoji východního práva nelze vyloučit zesílení vlivu některých tradičních etnických či náboženských práv majících původ v dané oblasti, nikoli však do takové míry, aby omezil ekonomické a jiné nezbytné kontakty se západní částí světa. Svou roli při tomto procesu může sehrát Rusko, jako iniciátor vzniku Euroasijské hospodářské unie, jež má být po Evropské unii, USA a Číně dalším centrem světové ekonomiky a současně „mostem mezi západem a východem“. Dále vyvstává otázka, zda Rusko, jako evropská a současně asijská mocnost posune svůj vliv například do Indie nebo Číny, což by rovněž mohlo ovlivnit právní řády dotčených států.

Ve vztahu k etnickým právům zmiňovaným v této práci a také k islámskému typu právní kultury je potřeba uvést, že se jedná o právo vzniklé převážně na náboženském, popřípadě filosofickém základě, které si nadále uchovává svůj podstatný význam v zemích svého původu, dnes je však součástí právních řádů těchto zemí jen v omezeném rozsahu, zejména v oblasti práva osobního statusu, dědění, majetkového a rodinného práva. Vedle nich se v dané zemi uplatňuje zpravidla minimálně jeden z hlavních typů právní kultury. Některé shora uvedené prvky tradičních náboženských práv se po staletí předávají mezi generacemi a jejich další existenci může postupně omezovat pouze silný a trvalý ekonomický či jinak významný vnější tlak. V nejbližší

budoucnosti k jejich zániku jistě nedojde, jejich vzdálená budoucnost je jen těžko předvídatelná.

V systému islámského práva lze očekávat další nárůst významu zákona, jak už se ostatně děje nyní. Islámský svět ani systém islámského práva nejsou jednotné. Rozdíly spočívají ve vnitřní nejednotnosti prezentované dvěma základními větvemi – sunnitské a šíitské a jejich rozdílnými školami, jednak v nejednotnosti vnější závisující na ovlivňování islámu cizími kulturami. Toto vše se projevuje i v pohledu na možné uspořádání islámského státu. Islámští myslitelé se zabývají a budou i nadále zabývat otázkou, jak nejlépe uspořádat stát podle tradičních islámských hodnot. Lze se setkat s názory, že liberální demokracie je neslučitelná s islámem, jiní vidí v demokracii prostředek k realizaci principů islámu a další zastávají názor, že islám je kompatibilní s demokracií, neboť oba systémy odmítají diktaturu. V současné době dokonce vyhlásila skupina „Islámský stát“ chalífát ovládající území na severozápadě Iráku a v některých oblastech v Sýrii a do jeho čela postavila jako chalífu vůdce této skupiny, abú Bakra Bagdádího. Dle mého názoru se shora uvedené rozdíly budou promítat do uspořádání islámských států, a tedy i do jejich práva. V některých zemích lze očekávat větší přiblížení se k demokracii a širší recepci modelů tzv. západního práva, ať už kontinentálního nebo angloamerického typu. V některých zemích, které budou více ulpívat na tradičních hodnotách, nelze vyloučit očekávat spíše separaci od zemí západního práva, je však otázkou, do jaké míry jim takovou tendenci umožní jejich ekonomická situace. Dle mého názoru je zcela zřejmé, že zachování systému islámského práva v jeho ryzí podobě je nereálné a neudržitelné. Naproti tomu usídlování se muslimů v zemích kontinentálního či angloamerického typu právní kultury neovlivní dosavadní právo a muslimové se budou muset podříditi právu země, v níž se usídlili. To však neznamená, že nebude docházet ke konfliktům, které bude nutno řešit i za pomoci nově zřízených institucí, jejichž úkolem bude řešit spory plynoucí se soužitím muslimů a domorodého obyvatelstva. Islámské náboženství disponuje světově významným podílem obyvatelstva, jež se k němu hlásí, přičemž dle demografických prognóz by se měl tento podíl nadále zvyšovat. Současně je islámské právo vystavěno na velmi silném ideologickém základě. Z těchto důvodů se domnívám, že si islámské právo uchová i nadále místo mezi světovými typy právní kultury. S ohledem na významné odlišnosti ve filosofickém a hodnotovém systému lze

v budoucnu očekávat, že se vztahy se dvěma hlavními typy právní kultury v případě některých islámských států mohou vyostřit.

Cílem této práce bylo provedení srovnání základních rysů světových právních systémů a vybraných etnických práv se zaměřením na porovnání kontinentálního a anglo-amerického typu právní kultury. Tento cíl si dovoluji považovat za splněný. Ve třetí až osmé kapitole jsem dle mého názoru dostatečně rozpracovala ve vztahu ke každému typu právní kultury i vybraným systémům etnických práv jejich charakteristické rysy, geografické určení, historický původ a prameny práva. V závěru kapitol věnovaných kontinentálnímu a angloamerickému typu právní kultury jsem provedla srovnání jejich specifických rysů a uvedla jejich současné tendence. Studium velkých právních systémů a vybraných etnických práv mne výrazně obohatilo, neboť mi poskytlo nové pohledy, které mohu využít v praxi. Jak již bylo uvedeno, tato práce nepostihuje zpracovávanou problematiku v úplném rozsahu, zachycuje však podstatu a základní charakteristické rysy všech typů právní kultury a vybraných systémů etnických práv.

Legal systems of the contemporary world focusing on confrontation of Continental and Anglo-American legal system

Resumé:

The purpose of my rigorous work is to compare basic features of three of the world's legal systems and chosen ethnic laws. I have focused on providing a comparison of Continental and Anglo-American legal systems.

The rigorous work is composed of nine Chapters. Chapter One is an introductory. I have tried to sketch some of the basic and important concepts and topics which I have used in the following Chapter. Then, I shortly described the subject of the work and dealt with a description of comparative jurisprudence, its definition, purpose, methods of work and different kinds of comparative jurisprudence.

Chapters Three as far as Eight examine major legal systems in the world and chosen ethnic laws from the point of their historical development, special sub-divisions (if any) and sources of law. I started with the Continental legal system, because it is the most understandable in the Czech Republic and Europe as well. Then, I did the same in relation to the Anglo-American legal system and Islamic legal system. Consequently, I explored ethnic laws of Africa, India and the Far East. I would like to point out that there are two major legal systems in the world – Continental and Anglo-American, which practically influence the laws of all states in the world. Besides them, there are in some parts of the Earth special ethnic laws, partially applicable together with one of the major legal system. The original ethnical laws are based on religion or philosophy and at this time they influence only specific areas of laws, such as the law of statute personnel, property law, inheritance law and family or matrimonial law. The substantial point is, that the major legal systems, although they have different legal tradition, historical development and sources of law, become more similar to and adopt some key features from one another. The role of court decisions and their influence on legal practice increased in the Continental legal system. The decisions of higher courts receive more significance and their operation in the Continental legal system can be

compared to the work of free precedential doctrine in the Anglo-American legal system. Conversely, in the Anglo-American legal system the importance of statute law has grown over the last decades. Statute law is more often used to regulate some parts of social life newly developed and necessary to be adjusted very quickly and flexibly. On one hand, the approximation of the major legal systems brings a positive influence, which is increasing significance of higher court decisions in the Continental legal system. The court could more flexibly react to concrete cases and if the decisions are respected, it will contribute to much more legal stability and justice. On the other hand, the author of this rigorous work sees some problems in the increasing role of legislation in countries of Anglo-American legal system and in Continental as well. The quantity of statutes and their frequent changes bring difficulties in orientation of what is applicable and a decreased level of law certainty as well. Based on the opinion of the author of this rigorous work, we can expect further approximation of the two major legal systems and there may occur a time when there will not be any substantial differences between them.

Seznam zkratek

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (obecný občanský zákoník z roku 1811)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (německý občanský zákoník z roku 1896)
CC	Code Civil des Français (francouzský občanský zákoník z roku 1804)
Listina základních práv a svobod	Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb., kterým se mění Listina základních práv a svobod
Občanský zákoník	zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
Ústava ČR	Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů
ZGB	Zivilgesetzbuch (švýcarský občanský zákoník z roku 1907)

Použitá literatura

1. Bartošek, M.: Dějiny římského práva ve třech fázích jeho vývoje, 2. vydání, Praha, Academia, 1995, ISBN 80-200-0545-5
2. Blackstone, W.: Commentaries on the Laws of England, Volume I, Section III., 1. Vydání, Londýn, Cavendish Publishing Limited, 2001, ISBN 1 85941 482 6
3. Blahož, J., Balaš, V., Klíma, K.: Srovnávací ústavní právo, 3. Vydání, ASPI, 2007, ISBN 978-80-7357-312-6
4. Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A., Teorie práva, 2. vydání, Praha, ASPI, 2004, ISBN 80-7357-030-0
5. Boháček, M.: Základy amerického obchodního práva, 1. vydání, Linde Praha, a.s., 2007, ISBN 978-80-7201-685-3
6. Boháček, M.: Základy anglo-amerického obchodního práva. Srovnávací obchodní právo II., 2. vydání, Praha, Oeconomica, 2005, ISBN 80-245-0649-1
7. Bulletin advokacie, zvláštní číslo, únor 2001, druhá kapitola, prameny komunitárního práva
8. David, R. [přelož.: Bianchi, L.]: Anglické právo, 1. vydání, Bratislava, Vydavateľstvo Slovenskej akademie vied, 1972, ISBN 71-002-72509/2902/31
9. David, R., Brierley, J.E.C.: Major Legal Systems in the World Today, 3rd edition, London, Stevens&Sons, 1985, ISBN 0-420-47350-5
10. Drgonec, J.: Právne kultúry Ázie a Afriky, Bratislava, VEDA, vydavateľstvo Slovenskej akademie vied, 1991, ISBN 80-224-0227-3
11. Gerloch, A., Maršálek, P.: Zákon v kontinentálním právu, 1. vydání, Praha, EUROLEX BOHEMIA, 2005, ISBN: 80-86861-06-6
12. Gerloch, A.: Teorie práva, 5. vydání, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2009, ISBN 978-80-7380-233-2
13. Gerloch, A; Tryzna, J: Soudce, 2014, č. 2, Úvaha nad principem legitimního očekávání obdobného posouzení právního případu, str. 14 - 19
14. Harvánek, J.: Teorie práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, ISBN 978-80-7380-104-5

15. Hungr, P., Kalvodová, V., Afroasijské právní kultury, 1. vydání, Brno, Masarykova univerzita Brno, 2002, ISBN 80-210-3010-0
16. [přelož.: Hrbek, I.]: Korán, 6. vydání, Praha, Odeon, 1991, ISBN 80-207-0444-2
17. Hungr, P.: Srovnávací právo – právní kultury, Ostrava, KEY Publishing, 2008, ISBN 978-80-87071-57-1
18. Kincl, J.: Všeobecné dějiny státu a práva, 1. vydání, Praha, Panorama, 1983
19. Kincl, J., Urfus, V.: Římské právo, Praha, Panorama, 1990, ISBN 80-7038-134-5
20. Knapp, V.: Velké právní systémy, 1. Vydání, Praha, C.H.Beck, 1996, ISBN 80-7179-089-3
21. Knapp, V., Teorie práva, 1. vydání Praha, C.H.Beck, 1995, ISBN 80-7179-028-1
22. Knappová, M., Švestka J., Občanské právo hmotné, 3. vydání, Praha, ASPI, 2002, ISBN 80-86395-36-7
23. Kolokvium: právní principy, Pelhřimov, Vydavatelství 999, 1999, ISBN 80-901064-5-5
24. Kropáček, L.: Duchovní cesty islámu, Praha, Vyšehrad, 2003, ISBN 80-7021-613-1
25. Kubů, L., Hungr, P., Osina, P.: Teorie práva, Praha, Linde Praha, a.s., 2007, ISBN 978-80-7201-637-2
26. Kuklík, J., Poodhalené tváře anglického práva, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2013, ISBN 978-80-7380-441-1
27. Man, V, Schelle K.: Základy ústavního práva České republiky, 1. vydání, Praha, EUROLEX BOHEMIA, 2006, ISBN 80-86861-55-4
28. Pejchalová Grünwaldová, V.: Právní rozhledy, 2007, č. 24, Zamyšlení nad indickým právem, str. 887-895
29. Pelikánová, I.: Úvod do srovnávacího práva obchodního, Praha, C.H.Beck, 2000, ISBN 80-7179-363-9
30. Pokorný, L.: Úvod do trestněprávní komparatistiky, Praha, Auditorium, 2010, ISBN 978-80-87284-06-3
31. Potměšil, J.: Šaría, Úvod do islámského práva, Praha, Grada Publishing, a.s., 2012, ISBN 978-80-247-4379-0

32. Šturma, P.: Mezinárodní a evropské kontrolní mechanismy v oblasti lidských práv, 3. vydání, Praha, C.H.Beck, 2010, ISBN 978-80-7400-318-9
33. Tomášek, M.: Přehled dějin japonského práva, Praha, Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2007, ISBN 80-85889-87-0
34. Tomášek, M.: Dějiny čínského práva, Praha, Academia, 2004, ISBN 80-200-1190-0
35. Tomášek, M.; Týč, V. aj.: Právo Evropské unie, 1. vydání, Praha, Nakladatelství Leges, s.r.o., 2013, ISBN 978-80-87576-53-3
36. Tuláček, J.: Meč a váhy, o právu a jeho dlouhé historii, 2. vydání, Praha, Nakladatelství Leges, s.r.o., 2010, ISBN 978-80-904762-0-2
37. Zoubek, V.: Lidská práva, globalizace – bezpečnost, 2. vydání, Plzeň, Aleš Čeněk, s.r.o., 2008, ISBN 978-80-7380-103-8

Prameny

1. Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů
2. Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku, ve znění ústavního zákona č. 162/1998 Sb., kterým se mění Listina základních práv a svobod
3. Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
4. Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
5. Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů
6. Zákon č. 6/2012 Sb., o soudech a soudcích, ve znění pozdějších předpisů
7. Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů

Internetové zdroje

1. http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114534_cs.htm
2. <http://www.juriglobe.ca/images/eng/rep-geo/mondesm.jpg>
3. <http://cpk.prf.cuni.cz/>