

Fehlender Konstitutionalismus und dessen Vertretung durch das ABGB. Für die Beziehung ist die Stellung des Einzelnen entscheidend, über die Staatsform sind im ABGB wenige Regelungen. Im Jahre 1811 konnte man nicht über das Verfassungsrecht als Rechtsgebiet sprechen, es fehlte die Verfassung sowie die Grundrechte. Diese Voraussetzung wird allmählich erst in der 2. Hälfte des 19. Jh. erfüllt. Dasselbe galt für die Weimarer Republik sowie für die Tschechoslowakische Republik nach dem Jahre 1918 (wesentlicher Beitrag der normativen Theorie, die den Dualismus bestreitet) und noch mehr nach dem Jahre 1948 (bis zur Annahme des tschechischen Gesetzbuches OZ im Jahre 1950). Damals noch ohne Überlegungen von der horizontalen Wirkung der Grundrechte. Grund der Gültigkeit des ABGB (Wille des Monarchen, Wille des Nationalausschusses).

**3.2. Bindung des ABGB an das öffentliche Recht** – Rechtsfähigkeit des Einzelnen (Privatrecht, ABGB) und die Rechtsfähigkeit des Staates (öffentliches Recht in der Zeit des Absolutismus). Staatsgewalt, Eigenmacht und Selbsthilfe (§ 19 ABGB und Art. 23 LZPS\*). Regeln für die Unterscheidung und Schaffung der Rechtsvorschriften und deren Anwendung (§ 12). Auslegung von Rechtsvorschriften (§ 8).

\* LZPS – Charta der Grundrechte und -freiheiten (Teil des tschechischen Verfassungsgesetzes)

**3.3. Wesen des Staates und sein Vermögen** – Problematik des Vermögens des Staates. § 289 ABGB und Entstehung der ČSR – § 9 des Gesetzes č. 215/1919 Sb., Gesetz Nu. 354/1921 Sb., über die Übernahme der Güter und des Vermögens, die nach den Friedensverträgen der Tschechoslowakischen Republik zufallen und Beschluss 28 Cdo 1310/2010.

**3.4. Wesen des Rechts und Veröffentlichung der Rechtsvorschriften** – Festsetzung des Rechts, Überwindung des Partikularismus, Regelung der Rechtsquellen, Gültigkeit, Inkrafttreten, Veröffentlichung. Elemente des Rechtsstaates im ABGB.

**3.5. Staatsbürgerschaft** – status civitatis im Bereich des Privatrechts, öffentlich-rechtliche Regeln für Einbürgerung, Ausländerregime und Repressalien.

**3.6. Stellung des Einzelnen** – Gleichheit und angeborene Rechte des Einzelnen (§ 16), Rechtsfähigkeit, Recht auf Rechtsschutz und rechtliches Gehör, Ehe und Familie (§ 46, § 91, § 92, § 93 Stellung der Ehegatten, § 155 Stellung der nichtehelichen Kinder), Religion.

**3.7. Bürgerliches Gesetzbuch ohne Verfassung?**

## OBECNÝ OBČANSKÝ ZÁKONÍK A VEŘEJNÉ PRÁVO. RAKOUSKÁ MONARCHIE NA CESTĚ K MODERNÍMU STÁTU

Jan Filip

Motto: V budově této právnické fakulty jsou stále mnozí, kteří se domnívají, že základem rakouského práva je obecný občanský zákoník, a nikoli ústavní právo tohoto státu (R. Walter).

### 1. Úvodem

Když jsem byl vyzván k přednesení příspěvku, ve kterém by byl analyzován význam obecného občanského zákoníku z roku 1811 (dále jen „ABGB“) pro vývoj veřejného práva (a v této souvislosti rakouské monarchie na cestě k modernímu státu), nemohl jsem si nevzpomenout na návštěvu právnické fakulty Vídeňské univerzity a na slova, která při jedné z přednášek z oboru rakouského ústavního práva pronesl při jejím zahájení nedávno zesnulý kolega profesor Robert Walter<sup>1</sup> a kterými vyzvedl tradiční problém vztahu jednotlivých právních odvětví způsobený zvláštními okolnostmi, za kterých byl ABGB přijat. S tímto mottem souvisí tradiční představa, že ABGB a teorie s ním spojené jsou základem práva a též právní vědy. Není divu, že tato učení a výklady jsou v podstatě v pozadí i dnešní teorie práva. Přesto se však doba od roku 1811 podstatně změnila a ABGB z hlediska svého významu pro právo jako celek prodělal značné proměny v důsledku dalšího vývoje.<sup>2</sup> V jeho rámci již nemusel

<sup>1</sup> Jeho památky jsme vzpomněli v Časopise pro právní vědu a praxi, č. 4, roč. 2010, s. 410–411.

<sup>2</sup> Tradičně se označovala tato oblast právní vědy nejen v dobách monarchie jako „Allgemeine Lehren“, neboť ABGB představoval na počátku 19. století základní pilíř celého právního řádu.

<sup>3</sup> V učebnicích rakouského ústavního nebo správního práva obvykle nenarazíme na ABGB a komentáře k němu jako na předepsaný pramen. Výjimečně jsou uváděny v souvislosti se základními právy nebo výkladem práva anebo pochopitelně při pojednání o vztahu veřejného a soukromého práva. V zájmu korektnosti je třeba uvést, že to souvisí i s tím, že části ustanovení ABGB se vztahem k institutům veřejného práva již bylo obrovitavě následujícími ústavními a jinými zákonnými předpisy (např. § 365 ohledně vyvlastnění), mezinárodními smlouvami, popř. jsou obsoletní (např. § 10 ohledně zvyklostí, § 13 ohledně privilegií, § 20 postavení panovníka v soukromoprávních vztazích), jsou částečně zastá-

suplovat chybějící ústavní texty, které jsou v moderním státě především považovány za základy systému práva a systému právního řádu.<sup>4</sup>

Že tomu tak po určitou dobu skutečně bylo, souvisí právě s předmětem mého příspěvku. Přípravné práce na systematizaci práva rakouské monarchie v 18. století nebyly totiž vůbec zaměřeny jen na kodifikované zpracování soukromého práva. Ruku v ruce s tím mělo být pracováno i na kodexu práva veřejného, když myšlenka jednotného zákoníku (kodexu), který by zahrnul veškeré právo, byla správně a velmi rychle opuštěna.<sup>5</sup> To však neznamená, že snaha kodifikovat veřejné právo nebyla pro přípravu ABGB bez významu. Naopak lze konstatovat, že význam vztahu ABGB a veřejného práva je v určitém směru sledováním historie přípravy ABGB jako takového.<sup>6</sup>

Myšlenka tehdy převažující i v jiných státech pod vlivem racionalismu, se kterým je kodifikační hnutí spjata, vedla k formulaci záměru vytvoření kodexu občanského a politického (Verwaltungskodex). Následovalo období pokusů propojení obou směrů, což nakonec bylo řešeno ve prospěch čistě soukromoprávní kodifikace. To je třeba ocenit, neboť tím byla odstraněna řada možných

ralé (§ 1) nebo byly zrušeny (např. § 4, § 24 až 25, § 34 až 37). Některá ustanovení dostala v nové právní situaci nový význam, kdy došlo k proměně textu mlčky, např. v případě pojmu zákona a zákonodárce. Např. Zeiller definuje zákon jako obecně závazný předpis hlavy státu. Viz Zeiller, F.: *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*. I. sv., Wien und Triest 1811, s. 30.

<sup>4</sup> Proto je i výklad této problematiky součástí ústavního práva, i když teorie práva jako připomínka dávných částí ještě stále přetrvává. V okamžiku, kdy se ústavy dostaly pod ochranu soudní moci a jejich konkretizace v zákonech přestaly být monologem zákonodárce

<sup>5</sup> Myšlenka kodexu jako souboru jednotného práva pro monarchii již pochází z 16. století. Na úrovni zemí se jí blížila zemská zřízení včetně Obnoveného zemského zřízení z let 1627 (Čechy) a 1628 (Morava). Teprve Marie Terezie přikročila v roce 1753 v tomto směru s představami dvou kodexů, které se však nenaplnily. Projevily se nakonec jen vydáváním dvou publikačních orgánů či přesněji úředních sbírek právních předpisů – Sbirky zákonů soudních (Justizgesetzsammlung, vycházela od 1786) pro oblast soukromého práva a Sbirky zákonů politických [ve zkratce Politische Gesetzsammlung (od 1791) pro oblast práva veřejného]. Blíže k tomu Kindl, V.: *K publikaci tzv. společného zákonodárství pro rakouské a české země před 2. prosincem roku 1848*. In: Vývoj české ústavnosti v letech 1618–1918. Karolinum: Praha 2006, zejm. s. 290–294. Poznamenávám, že zásluhou rakouské Národní knihovny jsou nyní jednotlivé sbírky (byť bohužel zatím pouze z části) zpřístupněny na adrese <http://alex.onb.ac.at/>.

<sup>6</sup> Podrobně v tomto směru Adler, S.: *Die politische Gesetzgebung in ihrer geschichtlichen Entwicklungen zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*. In: FS zur Jahrhundertfeier des ABGB. I. Sv. Wien 1911, s. 85–145.

komplikací ve vývoji práva monarchie. Přes nesmírné úsilí „očistit“ návrh a tři pozdější již v praxi uplatněné verze ABGB<sup>7</sup> od veřejnoprávního „zavirování“, je tento problém vztahu soukromého a veřejného práva z hlediska vyváženého vývoje celého systému práva patrný i na konečném (rozumně původním) textu ABGB z roku 1811.

Stav, kdy byl vydán relativně pokrokový právní text v podmínkách absolutistické monarchie, je z hlediska sledování vztahu soukromého a veřejného práva nejen nesmírně zajímavý, ale rovněž významný z hlediska vývoj názorů na systém práva. I dnes, kdy již má ústavu prakticky každý stát, je problém tzv. konstitucionalizace soukromého práva a naopak – „civilizování“ ústavního práva jedním z klíčových problémů (viz níže sub 4), který dodnes ovlivňuje vývoj práva ve státech kontinentálního právního systému, kam patří jak Česká republika, tak i Rakousko. Tento problém je živý i dnes, kdy jsou soudci kritizováni za to, že neaplikují bezprostředně ústavní předpisy, a naopak veřejnoprávním regulacím je vytýkáno, že vstupují na pole soukromého práva.<sup>8</sup>

Na úvod ještě poznamenávám, že naopak nevstupují na pole diskusí o tom, zda členění na soukromé právo a veřejné právo má nějaký význam a zda je vědecky udržitelné. Jiná byla situace v době přípravy ABGB ve druhé polovině 18. století, jiná v době, kdy bylo slaveno jeho 100. výročí<sup>9</sup>, a jiná je opět nyní. Moje úvahy směřují nebo by měly směřovat k ABGB, nikoli k návrhu našeho nového občanského zákoníku. Uvažuji především v měřících 18. a počátku 19. století, dokonce mi nejde ani o Ulbricha, Gumpowicze, Pražáka, Kelsena, Weyra, Ungera či Randu, nýbrž o situaci vztahu formujícího se veřejného práva v naší monarchii

Zde pro bližší pochopení významu veřejného práva a ústavního a správního práva v jeho rámci musím alespoň ve formě stručného inkurzu poznamenat, že i když se takový obor na právnických fakultách monarchie samozřejmě

<sup>7</sup> Mám zde na mysli legislativní návrh označovaný jako Codex Theresianus z roku 1766, Josefinský zákoník z roku 1786 a Západohaličský zákoník z roku 1797.

<sup>8</sup> S tím se ovšem dá obtížně něco dělat, neboť je to záležitost povahy státního režimu, kterému odpovídá určitý typ práva. Viz přehled Schuppert, F. G.: *Staatswissenschaft*. Baden-Baden 2003, s. 567–570 na základě obsáhlé práce Morand, Ch. L.: *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris 1999.

<sup>9</sup> K tomu jen připomínám zejména práce normativní teorie, z nich nejdrže F. Weyra: *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*. Archiv für öffentliches Recht, roč. 1908, č. 4, s. 529–579.

vyučoval,<sup>10</sup> s dnešní podobou výuky ústavního nebo správního práva (po roce 1989) neměl mnoho společného. Pod státní ústavou (Staatsverfassung) se rozumělo konkrétní uspořádání úřadů a postavení panovníckého rodu. Tato problematika však byla součástí oboru zvaného statistika. Nebylo to až tak nelogické, neboť v době racionalismu byl stát rovněž chápán jako předmět vědeckého zkoumání ve formě statistických přehledů, které byly zakončovány přehledem orgánů státu a jejich organizace.<sup>11</sup> Tomuto pojetí odpovídá i v 18. století téměř nezvládnutelná literatura tohoto oboru,<sup>12</sup> což je pochopitelné, neboť z dnešního pohledu zahrnoval politickou geografii, etnografii, klimatologii, religionistiku, statistiku, strategická studia, politickou ekonomii, bankovníctví, politologii, ústavní, správní a finanční právo, právní komparatistiku atd.<sup>13</sup> Uvádím

<sup>10</sup> Zde vycházím ze základního přehledu, který podal Walter, R.: Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1810–1938. *Juristische Blätter*, roč. 1988, č. 10, s. 609–624. Oblast veřejného práva zahrnovala statistiku, která se dělila na Statenkunde der Gegenwart a na matematickou statistiku (tamtéž, s. 610). Podle studijního řádu pro právnické fakulty z roku 1810 se vyučovalo též pozitivní státní právo (mimocho- dem statistiku tehdy v roce 1810 vyučoval ve Vídni Johann Nepomuk Zizius (1772–1824) z Heřmanova Městece, dále politické vědy a přirozené právo, v rámci správního práva byla přednášena též nauka o kodifikaci. Rozsáhleji (139 stran) tuto problematiku zpracoval Zeilner, F.: *Verfassung, Verfassungsrecht und Lehre des Öffentlichen Rechts in Österreich bis 1848*. Frankfurt am Main 2008, kde je podán přehled autorů pěstujících statistiku a státní právo v Rakousku (s. 97 n.).

<sup>11</sup> Za klasickou práci té doby možno považovat dílo hlavní postavy statistiky G. Achenwalla: *Staatsverfassung der heutigen vornehmsten europäischen Reiche und Völker im Grundriss* (zde vycházím ze 4. vydání, Göttingen, Witwe Vandenhoeck 1762, které je v Brně dostupné), kde je podán přehled státního uspořádání (nejen orgány, ale i obyvatelstvo, rozloha, půda, podnebí, vojenská síla, náboženství, státní svátky, symbolika atd.). Ozna- čení státní ústava je tak z dnešního pohledu matoucí.

<sup>12</sup> Zde si neodpustím poznámku, že počet prací z tohoto oboru ve starém fondu knihovny Právnické fakulty Masarykovy univerzity souvisí spíše s tím, že její zakladatel prof. F. Weyr byl současně prezidentem Státního úřadu statistického, když předtím pracoval na obdob- ném úřadě ve Vídni. Část své knihovny z této oblasti proto předal do fondů fakulty.

<sup>13</sup> Klíčová reprezentativní práce pro rakouskou monarchii – dvojsvazkové dílo Bisinger, J. C.: *General-statistik des österreichischen Kaiserthumes. Ein Versuch*. Wien-Triest 1807, 1808 – obsahuje na úvod každého svazku celkem téměř 200 stran (I. díl – s. VII-C a II. díl – s. XIII–XCIV) pramenů k jednotlivým problémům takto chápaného oboru. Úplný text 2. dílu vyšel též samostatně pod názvem *Staatsverfassung des österreichischen Kai- sertesumes. Ein Versuch*. Wien-Triest 1809. Sám Bisinger členil tzv. obecnou statistiku na Staatsverwaltung (hlavní činitelé moci státu) – Staatsverfassung (neboli státní právo) a Staatsverwaltung. Je to ovšem jen jedno z mnoha pojetí, neboť díky tomu, že tento obor byl pěstován v německy hovořících státech, byly pro něj typické i zarputilé terminologické spory to, jak jej definovat a co má zahrnout. Podrobně k těmto otázkám viz Schiefer, P.: *Achenwall und seine Schule. Ihre Bedeutung für die heutige Entwicklung der Statistik*. Mün-

to proto, že z tohoto pohledu při srovnání s pracemi Martiniho a Zeillera sice je třeba mít úctu před obrovskou plí, se kterou byly potřebné údaje shroma- ňovány (a tehdy velmi ceněny), nicméně z pohledu právníckého skutečně těžko před soukromým právem té doby obstojí (viz dále k potřebě civilizování ústavního práva).<sup>14</sup> To je významné pro pochopení ovzduší, ve kterém ABGB vznikl. Z hlediska úrovně právní vědy byly trumfy v rukou po staletí pěstova- ného soukromého práva a obrovské judikatury v té souvislosti vytvářené.

## 2. Základní znaky pojmu moderního státu a ABGB

Vrátíme se však k obecnému problému k našemu hlavnímu problému, tj. významu ABGB pro pochopení vývoje Rakouska jako vznikajícího moder- ního státu. Problematika moderního státu patří stále k nově stavěným otázkám státovědy. Její výklad přesahuje možnosti tohoto příspěvku.<sup>15</sup> Proto se musím v následujícím výkladu omezit jen na uvedení alespoň některých styčných bodů těchto státovědeckých aspektů ve vazbě na obsah ABGB,<sup>16</sup> neboť jeho

chen 1916. Jeden z kritiků tohoto stavu ironicky poznamenal, že statistika se stala spíše vědou o statistice definic statistiky (tamtéž, s. 14).

<sup>14</sup> Je to ale pochopitelné, když si uvědomíme, že veřejnoprávní soudnictví začalo v monar- chii fungovat až v roce 1876.

<sup>15</sup> Lze odkázat na takové práce, jako jsou např. Krüger, H.: *Allgemeine Staatslehre*. 2. vyd., Stuttgart etc. 1966 a Maciver, R. M.: *Modern State*. Oxford 1932 (reprint), a z nejnovější literatury výsledky zkoumání shrnuje Isensee, J.: *Staat und Verfassung*. In: *Handbuch des Staatsrechts*. II. díl, Heidelberg 2003, s. 3–107, van Caenegem, R. C.: *An Historical Intro- duction to Western Constitutional Law*. Cambridge 1996, s. 72–90. Dále např. Mager, W.: *Zur Entstehung des modernen Staatsbegriffs*. Tübingen 1968; Fenske, H.: *Der moderne Ver- fassungs-Staat*. Paderborn etc. 2001; Loughlin, M.: *Idea of Public Law*. Oxford 2004; Pier- son, Ch.: *The Modern State*. London – New York 2004; Gerstenberger, H.: *Die subjektlose Gewalt*. 2. vyd. Münster 2006; Reinhard, W.: *Geschichte des modernen Staates*. München 2007. Stále aktuální jsou práce C. Schmitta shromážděné ve sborníku *Verfassungsrecht- liche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*. Berlin 1958, zejm. s. 376–426. Hovořím-li v dalším o moderním státu, úmyslně tím odděluji výklad od pokusů aplikovat dnešní ústavněprávní pojmy a kategorie na středověké předchůdce dnešního státu. K tomu srov. za mnohde zejména nekritický pokus o takovou aplikaci např. v práci von Below, G.: *Der deutsche Staat des Mittelalters. Ein Grundriss der deutschen Verfassungsgeschichte*. I. sv.: *Die allgemeinen Fragen*. Leipzig 1914 nebo Veirkandt, A. a kol.: *Allgemeine Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*. Berlin – Leipzig 1911, které pracují s pojmy stát, ústava, demo- kracie, soudnictví atd., jako by se jednalo o stejné instituty jako v moderním státě.

<sup>16</sup> Zpravidla je v literatuře věnována těmto otázkám pozornost z hlediska jednotlivých aspektů. Obecný systematický přehled ve stručnosti je podán např. u Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J.: *Základy státovědy*. 4. vyd. Brno 2006, zejm. s. 47 n. Z tohoto přehledu zde vychá-

kdy se stalo moderním státem, určit pochopitelně nelze.<sup>21</sup> To je výsledkem státního vývoje započatého reformami správního aparátu (rady a komory) již v 16. století a dosáhlo svého vrcholu dosud na konci 20. století. Moderní stát je to, co zde je a nepomíjí ani smrti své hlavy, panovníka, současně je něčím, co je schopno vývoje, regulace, co se stále vyvíjí, mění, modernizuje.

V tomto směru tedy ABGB představuje průsečík snah generací právníků – legistů, glosátorů, monarchomachů, ekonomů (merkantilistů, fyziokratů či kameralistů), ale i politiků. Odráží se zde představa racionalismu 18. století – dát společnosti řád podle pravidel odvozených racionálně a z přírody či povahy věcí, přičemž vývoj lze předvídat na základě vědeckých statistických výpočtů – matematická a politická statistika (pozdější ústavní právo). Jak známo, ani v této době tento přístup nebyl zdaleka (18. století) všeobecně sdílen. Významné místo v době příprav ABGB si v této oblasti vydobyli např. E. Burke a jeho kritický německý kolega Rehberg. Burke ovšem svou polemiku psal v roce 1790, kdy ještě dosah revoluce nebyl zcela zřejmý.<sup>22</sup> Rehbergova práce (navazuje na předchozí kritické články) vychází již po jejím odeslání. Zde Rehberg hovoří o těch, co chtějí konstruovat budoucnost a dokonatou svobodu a rovnost, podle jejichž ideálů by se mělo celé zákonodárství odvodit z evidentních zásad rozumu jako o filosofických blouznivcích a metafyzických státnímělcích (*philosophische Schwärmer, metaphysische Staatskünstler*).<sup>23</sup> Významné je to i z toho důvodu, že to předznamenalo německou diskusi (Savigny – Thibaut) o možnosti kodifikace německého práva.

<sup>21</sup> Souvisí to již s označením „moderní“ oproti „tradiční“, neboť tento stát je konstruován právě jako odpověď na výzvy vývoje společnosti, hospodářství, vědy, vedení války, institucionalizace tvorby práva atd.

<sup>22</sup> Burke, E.: *Úvahy o revoluci ve Francii*. Brno 1997, kde ostře kritizuje takovéto schematické představy odtržené o reálného a dlouhodobého vývoje společnosti, jak je formulovaly encyklopedisté a filosofové (pro Burkeho posměšný výraz). Pro názornější pochopení názorů Angličanů možno uvést posměšný výrok přítele E. Burkeho Artura Younga, který v roce 1792 o francouzské ústavě z roku 1791 řekl, že je to nový pojem, který Francouzi přijali a „který užívají, jako by ústava byla pudink, který se připravuje podle receptu“ (cituji dle McMillain, Ch. H.: *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Reprint: Liberty Fund, Indianapolis 2008, s. 1). Vedle této velice známé, avšak poněkud jednostranné práce, je pro naši oblast velice významná kritika v díle zaměřeném již bezprostředně na kodifikační aspekt moderní státnosti, kterou podal Rehberg, A. W.: *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*. Hannover 1814.

<sup>23</sup> Rehberg, A. W.: cit. dílo, s. IV–V. Tyto výtky jsou ovšem problematické. Např. uplatnění těchto myšlenek v oblasti trestního práva představuje práce C. Beccarii: *O zločinech a trestech*.

text odráží tu skutečnost, že rakouská monarchie se na cestu k modernímu státu vydala rovněž za pomoci tohoto zákoníku. ABGB proto rovněž zachycuje cestu, kterou od 16. století v tomto směru urazila.<sup>17</sup>

Z hlediska hledání znaků moderního státu je četba ABGB a zejména jeho předchozí zápoďahaličské verze cestou do pravěku ústavního práva. V obecných pasážích této verze se zapracovávají poučky tehdejšího předmětu Naturrecht podle studijních řádů pro právnické fakulty.<sup>18</sup> To je zcela pochopitelné již z hlediska osob, které se v závěrečné fázi na přípravě ABGB podílely, neboť jak Martini, tak Zeiller byli autory učebnic přirozeného práva.<sup>19</sup>

Z hlediska konstrukce pojmu moderního státu je důležité poznání možnosti racionálního řízení společnosti, jak o tom byla přesvědčena věda 17. a zejména 18. století. Samozřejmě lze říci, že např. Rakousko jako státní právní útvar, tj. císařství, bylo prohlášeno v roce 1804,<sup>20</sup> ale přesný okamžik,

zím. Jinak např. zmíněná práce (viz výše) Ch. Pierse vychází pouze z těchto základních znaků: monopolní kontrola prostředků donucení, teritorialita, svrchovanost, byrokracie a zdanění. Viz cit. dílo, s. 40 n. Klasické státněvědné práce 19. století byly v tomto ohledu ještě daleko skoupější. Tak G. Jellinek: *Všeobecná státněvěda*. Praha 1906, s. 346–347 vidí jeho znaky v překonání protivy mezi králem a národem, státem a církví, což se projevilo rovněž na postavení jedince, který získává pozitivně právní nároky vůči státu, Leroy-Beaulieu, P.: *État moderne et ses fonctions*. Paris 1890, s. 54 n. (nyní dostupné na books.google.com) klade zase důraz na volitelnost, reprezentaci národa a možnost rotace funkcí a sleduje, jak takto založený stát může a musí zajišťovat zachování společenství a civilizace (s. 60), přičemž hlavní pozornost věnuje jeho funkcím.

<sup>17</sup> To, že se některé rakouské (rozuměj habsburské) državy nacházely na území dnešního Nizozemí, Itálie a Francie, je podle mého názoru spjata právě s tím, že po nástupu na český trůn začali habsburští panovníci zavádět nové prvky v organizaci monarchie, které po několika staletích nakonec vedly k vytvoření státní organizace označované dnes jako moderní stát. O tom, že to naráželo na odpor tehdejších stavů, se není třeba na tomto místě štit.

<sup>18</sup> Ke studijním řádům podrobněji Walter, R.: cit. dílo.

<sup>19</sup> Z nám dostupných pramenů viz Martini, K. A.: *Des Freiherrn Martini Lehrbegriff des Naturrechts*. Wien 1787 a *Des Freiherrn Martini Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts*. 1. díl, Wien 1783. Rovněž Zeillera učebnice *Das natürliche Privatrecht*. 3. vyd., Wien 1819 má obecný úvod o pojmu práva, jeho principech a výkladu (s. 1–25), což se promítá do jeho dalších výkladů problematiky obecných pojmů soukromého práva.

<sup>20</sup> *Allerhöchste Pragmatikal-Verordnung vom 11. August 1804*, kterým bylo Rakousko prohlášeno za dědičné císařství a František II. se stal následně císařem Františkem I. Stejně tak můžeme konstatovat, že tento stav trval do 8. června 1867, kdy došlo k rakousko-uherskému vytvoření. Znaky moderního státu se ovšem nezískávají pouze cestou ústavy a dalšími vnějšími znaky.

Nicméně myšlenka kodifikací je bezprostředně spjata i s tím, co dnes označujeme jako sociální (častěji volební) inženýrství. To svými kořeny tkví hluboko v historii a navazuje na významné státovědecké teorie spjaté s pojmem moderního státu. Možná v této souvislosti upozornit na tradiční paradigma pojetí státu jako organismu a státu jako stroje či mechanismu, ve kterých je již problém sociálního inženýrství nepřímo obsažen. Obě teorie (spolu se smluvní teorií) významně ovlivnily vývoj myšlení o státu a jen zdánlivě jsou překonány. Vystupují ovšem v jiných dobovějších podobách. První z nich vychází z představy stavovské či třídní struktury společnosti, kde má každá složka své místo a žádná nemůže své postavení změnit. Toto postavení je dáno „přirozeností“ i právem.<sup>24</sup> Pokus o změnu může znamenat jen zánik organismu jako celku. Revoluce jsou proto pojmově vyloučeny, uznává se jen evoluční vývoj.<sup>25</sup> Jednotlivci je součástí vyššího celku a na něm závislí.<sup>26</sup>

V 18. století se stále rostoucím významem přírodních věd a snahou jejich aplikace v oblasti věd společenských rovněž nabývá na stále větším významu další pokus o pojetí státu jako mechanismu či stroje. To je spjata nutně s myšlenkou, že stát hraje instrumentální roli, je zde kvůli někomu, pro něho, někomu slouží, je nástrojem. Odtud nutné spojení této skupiny teorií s revolučními hnutími a představami modernizace. Stát již není přirozeným organismem, je nástrojem, který slouží prosazování zájmů nějaké třídy, stejně jako k ochraně jednotlivce, který může sledovat svůj prospěch a svobodně jednat, pokud neomezí svobodu jiných stejně svobodných jedinců. Jako nástroj může stát být tvarován a přetvářen podle zájmů svého vládce (podle smlouvy uzavřené mezi všemi). Současně jako nástroj nutně k něčemu slouží – slouží

tech (1766). Praha 1893, která našla praktické uplatnění v celé Evropě, ač se na encyklopedisty a Montesquieuovu odvolává neustále.

<sup>24</sup> Klasicky nalézáme vyobrazení této teorie na titulní stránce *Leviathana*. Viz Hobbes, T.: *Leviathan*. Praha 1939. Slovně je pak vyjádřena na různých místech v tomto díle (ač Hobbes není jejím stoupencem) tak, že např. duši státu je svrchovanost, úředníci jsou umělé údy, odměny a tresty jsou nervy, bohatství je síla, rádcové jsou paměti, shoda zdravím, peníze krev, vzpoura nemocí a občanská válka smrti. Shrnutí viz v předmluvě J. Krále k překladu jeho práce *O občanu*. Praha 1909.

<sup>25</sup> To bylo Rakousku a Prusku významné, neboť absolutní monarchie se považuje za prvního úředníka, který však může provádět revoluci z Boží milosti v zájmu obecného blaha (pojem, který zná i ABGB). Názorně Magenschab, H.: *Josef II. Revolutionär z boží milosti*. Praha 1999.

<sup>26</sup> ABGB používá kromě pojmu státní občan též pojem „člen státu“ nebo „člen obce“ (viz § 287, § 288, § 365). V původním překladu to ovšem byl „ač zemské obce“.

k působení na společnost. Může v ní udržovat pořádek a veřejnou bezpečnost, může ji ale také přetvářet, mobilizovat atd. Místo historických vytvořených zvláštností (např. partikularismus práva) je nastolena racionální symetrie řízení státu (územní organizace, státní správa, centralizace rozhodování).<sup>27</sup>

Obdobně se měnil pohled na právo. Na rozdíl od „utváření se“ práva v době dlouhodobě zachovávaných obyčejových pravidel, popř. jeho „nalézání“ cestou soudní interpretace takových pravidel, nastupuje s moderním státem nový typ tvorby práva. Právo se „stanoví“ cestou volných rozhodnutí nejdříve panovníka a jeho úřadů (u nás dvorské kanceláře), později parlamentu jako reprezentace národa. Zcela novým nástrojem řízení se tak stává „kodex“, „zákoník“, který shrnuje veškerá právní pravidla nebo právo určitého odvětví v soustavě předem racionálně promyšlených konstrukcí, které mají napříst předurčovat chování jedinců. Pravidla vynutitelná prostředky státního donucení proto slibovala, že jejich prostřednictvím budou zamýšlené cíle dosaženy snadněji a rychleji.

Vliv koncepce přirozeného, tj. z rozumu odvoditelného práva<sup>28</sup> nám také zčásti osvětluje vývoj jednotlivých verzí ABGB z hlediska toho, jak je v nich vyjádřen vztah panovníka jako zákonodárce, jehož vůle je zákonem a který jedinec sám může autenticky zákon (i bývalého panovníka) vykládat (§ 8 ABGB) a který též určuje, jak dlouho bude zákon platit (§ 9 ABGB).<sup>29</sup> Zde proto může hledat souvislost s problematikou vývoje úpravy interpretačních metod, které jsou nakonec v ABGB zakotveny (podrobněji viz níže).

## 2.1. Povaha státní moci a její organizace ve světle ABGB

K podstatným vlastnostem moderního státu patří zejména jeho státní moc, která se vyznačuje řadou nových vlastností ve srovnání s předchozími typy mocenských forem vlády starověku a středověku. K této vlastnostem řadíme především její svrchovanost, koncentraci, mocenský monopol a zákaz svémoci, kompetenční kompetenci, nepřetržitost, juridizaci, judicializaci, internaciona-

<sup>27</sup> Aniž bych zabíhal do detailů politické geografie, stačí pohled na novou mapu Francie po revoluci rozčleněnou geometricky na téměř 83 stejných čtverců rozbíjejících staré historické vazby. Osudy Moravy se ve srovnání s tím jeví jako idylické úpravy.

<sup>28</sup> Tak zejména Zeller, F.: *Das natürliche Privatrecht*. 3. vyd., Wien 1819, s. 5–6.

<sup>29</sup> Používání slova „zákon“ ovšem nebylo v této době pro formu právních předpisů obvyklé. K terminologii viz blíže Kindl, M.: *cit. dílo*, s. 294–295.

lizaci a sekularizaci.<sup>30</sup> V organizaci této nové podoby státní moci jsou též ještě daleko než u vlastností patrné nové formy (profesionalizace, byrokratické resortní a územní princip, dělba funkcí mezi státní orgány, nezávislost soudní moci atd.).

Tyto vlastnosti státní moci se přímo nebo nepřímo projeví rovněž při přípravě, vyhlášení a aplikaci ABGB. Bez nich by ani jeho pozdější úspěch nebyl možný, stejně jako nebylo myslitelné, že by bez těchto změn v povaze státu vůbec k jeho přijetí v té době došlo. Považuji za potřebné blíže uvést alespoň několik poznámek. Tak již se svrchovaností a koncentrací moci je spojeno období přijetí ABGB, což se stalo na základě rozhodnutí panovnice v roce 1753 a dokončeno to bylo v roce 1811, ne náhodou v době, kdy se panovník v roce 1804 prohlásil za císaře a Rakousko v roce 1806 za císařství. Z hlediska veřejnoprávního byl ABGB současně aktem absolutistického panovníka. To ovšem mělo nejen nevýhody z dnešního pohledu. Navíc zde byl významný aspekt, který souvisí s politickým prostředím absolutistických monarchií. Příprava mohla probíhat bez obav z volebních výsledků, z vlivu lobbistů či zájmových skupin atd., jak to známe dnes.<sup>31</sup> Panovník byl subjektem rozhodování sám, i když je třeba uznat i názor, že v té době již vzniká moderní subjektivita, kdy se suverenity neopírá o boží milost, nýbrž o zákon (juridizace politiky, která se stává i předmětem právní regulace) a státní moc přetrvává bez ohledu na panovníka (jeho smrti mocenská organizace nezaniká).<sup>32</sup> Ani absolutistický panovník není tím, kdo jediný a sám rozhoduje. Je zdůrazňován význam byrokracie a jejich znalostí, kdy se panovník stává „prázdným bodem formálního rozhodování“.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Blíže Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J.: *cit. dílo*, s. 47 n.

<sup>31</sup> Z hlediska historického ovšem možno připomenout, že i v době existence parlamentů známe řešení např. z Ústavy Francie 1852, které prakticky omezují hlasování na přijetí nebo zamítnutí návrhu zákona.

<sup>32</sup> Ne náhodou jsou také statistikou (rozuměj státním právem) řazeny mezi základní zákony monarchie ještě na konci éry absolutismu např. závěti Ferdinanda I. (1543) a Ferdinanda II. (1621), domácí smlouvy (o posloupnosti, opatrovnictví, výchově, plnoletosti). Viz přehled „základních zákonů“ tohoto druhu u Springer, J.: *Statistik des österreichischen Kaiserstaates*. I. svazek, Wien 1840, s. 209–210. V Dánsko byla např. problematika výchovy budoucího absolutistického panovníka upravena v základním zákoně (Lex Regia – Kongelov). Viz i s textem v příloze blíže Ekman, E.: *The Danish Royal Law of 1665*. The Journal of Modern History, roč. 1957, č. 2.

<sup>33</sup> K tomu s literaturou (Hegel, Viroli a Žižek) blíže Ladeur, K.-H.: Staat und Gesellschaft. In: *Verfassungstheorie*. Depenheuer, O., Grabenwarter, Ch. (Hrsg.). Tübingen 2010, s. 601–

Významnou součástí tehdejších obecnějších zákoníků,<sup>34</sup> jako pruského zemského práva z roku 1794, byla rovněž výslovná úprava problematiky mocenského monopolu státu a zákazu svémoci, popř. i svépomoci. ABGB byl sice od veřejnoprávních prvků očistěn, nicméně tuto otázku rovněž v § 19 řeší.<sup>35</sup> S nepřetržitostí státní moci nepřímo souvisí pravidlo § 9, podle kterého panovnícké právo platí tak dlouho, dokud není panovníkem změněno nebo zrušeno.<sup>36</sup>

Jiným podstatným veřejnoprávním stýčným bodem v ABGB je postup na poli sekularizace státu a státní moci. Zčásti to již bylo sice řešeno v roce 1783 manželským patentem převzatým z Hortenovy osnovy ABGB, ale je zde i řada podstatnějších věcí (byť tehdy právě toto chápáno jako zásadní vedle otázky majetku církevních řádů). Zmínit je třeba v obecné rovině skutečnost, že se Bible nahrazuje zákonem a ústavou (konstitucionalizace a juridizace politické moci a politiky). Možno v této souvislosti uvést úvahu Bělohradského o tom, že nyní v dějinném času nejsou otvory, kudy by k nám proniklo světo vědných pravd, vše se stává zpochybnitelným.<sup>37</sup> Jinak řečeno, vše včetně vládnutí je předmětem myšlení, regulace a též změny (např. v důsledku pravidelných voleb). Stát pak je nástrojem k zdokonalování společnosti (obecně dobré v terminologii ABGB) a zlepšování postavení jedince. Jak již bylo výše v souvislosti s otázkami stavu publicistiky či veřejného práva uvedeno, stát je chápán rovněž jako soubor statistických dat, ze kterých vládnoucí získává racionální údaje pro jeho racionální řízení.<sup>38</sup> S tím rovněž souvisí takové základní znaky moder-

602. Nicméně i tak vzpomínky životopisců Josefa II., Leopolda II. nebo Fridericha Velikého svědčí o obrovském pracovním zatížení těchto absolutistických panovníků.

<sup>34</sup> Rozumněj zákonů, které obsahovaly úpravu otázek soukromého i veřejného práva souběžně.

<sup>35</sup> Ve srovnání s *Allgemeinem Landrecht für die preussischen Staaten* (tam § 73 až 81) ve velmi omezeném rozsahu, když byl text návrhu postupně od takových obecných pravidel očistěn.

<sup>36</sup> Jinak v obecnější podobě tato zásada – Král zemřel, ať žije král – platila u nás již od *Obnovného zemského zřízení* v letech 1627 a 1628.

<sup>37</sup> Bělohradský, V.: Identitární panika v postsekulární společnosti. In: *Právo a dobro v ústavní demokracii*, s. 98.

<sup>38</sup> Není náhodou, že v době přípravy ABGB se objevují daleko častěji reformy v podobě zavádění různých statistik, konskriptů, katastrů, evidencí, soupisů atd., na jejichž základě (organizace území, obyvatelstva, daně) je stát racionálně řízen.

39 Ve srovnání s rokem 1811 se samozřejmě proměnila (i bez výslovné úpravy) řada kompetenčních ustanovení ABGB, který sám sice soukromoprávní předpis musel počítat s tím, že věci v něm uvedené budou muset být řešeny a aplikovány soudními (v původním textu nebyla důležitá děla moci výkonné a soudní).

40 Zde jen tento předpoklad uvádím pro úplnost. K územní působnosti ABGB viz blíže von Mayr, R.: *Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Einst und jetzt*. In: FS zur Jahreshundertfeier des ABGB. Sv. I., Wien 1911, s. 382–385.

41 Zde jen připomínám takové pojmy spjaté s moderní státností a cizineckým režimem jako jsou banice, deportace, vyhoštění, vysídlení, vydání (extradice) nebo vypovězení (xenelenie).

42 Zeiler, F.: *Commentar*, s. 19 v této souvislosti zdůrazňuje, že zákoník je „obecný“ rovněž proto, že se jeho ustanovení u soudů vztahují na všechny třídy občanů. Nelze též zapomenout na označení „občanský“, neboť tehdy v překladu nadpis ABGB zněl „*Knihla všeobecných zákonů měšťských*“ (vydání Praha 1812), což nám evokuje dávné členění práv na měšťská (Bürgerliches Recht), seelská (Bäuerliches Recht) a junkerská v německých zemích. K tomu Sohm, R.: *Bürgerliches Recht*. In: *Systematische Rechtswissenschaft*. Berlin und

## 2.2. Postavení jednotlivce a moderní stát

Moderní stát se rovněž vyznačuje řadou kvalitativně nových rysů z hlediska vztahu jedince a státu. Tyto vztahy jsou s ohledem na uzavřenost území (territorium clausum) založeny na zásadách teritoriality se zapojením zásady personality v určených případech. Vzniká státní občanství v moderní podobě a s ním spojené právní instituty cizineckého režimu. Ty se projevují nejen v oblasti veřejného práva,<sup>40</sup> nýbrž i práva soukromého, jak to původní text ABGB dokazuje (reciprocity, retorze, nevzájemnost). Především se jedná o základní práva a svobody a o vznik pojmu subjektivního veřejného práva (dosud neznámý). Význam má i hodnocení ABGB z hlediska zavádění rovnosti před zákonem<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Ve srovnání s rokem 1811 se samozřejmě proměnila (i bez výslovné úpravy) řada kompetenčních ustanovení ABGB, který sám sice soukromoprávní předpis musel počítat s tím, že věci v něm uvedené budou muset být řešeny a aplikovány soudními (v původním textu nebyla důležitá děla moci výkonné a soudní).

<sup>40</sup> Zde jen tento předpoklad uvádím pro úplnost. K územní působnosti ABGB viz blíže von Mayr, R.: *Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Einst und jetzt*. In: FS zur Jahreshundertfeier des ABGB. Sv. I., Wien 1911, s. 382–385.

<sup>41</sup> Zde jen připomínám takové pojmy spjaté s moderní státností a cizineckým režimem jako jsou banice, deportace, vyhoštění, vysídlení, vydání (extradice) nebo vypovězení (xenelenie).

<sup>42</sup> Zeiler, F.: *Commentar*, s. 19 v této souvislosti zdůrazňuje, že zákoník je „obecný“ rovněž proto, že se jeho ustanovení u soudů vztahují na všechny třídy občanů. Nelze též zapomenout na označení „občanský“, neboť tehdy v překladu nadpis ABGB zněl „*Knihla všeobecných zákonů měšťských*“ (vydání Praha 1812), což nám evokuje dávné členění práv na měšťská (Bürgerliches Recht), seelská (Bäuerliches Recht) a junkerská v německých zemích. K tomu Sohm, R.: *Bürgerliches Recht*. In: *Systematische Rechtswissenschaft*. Berlin und

• uplatnění mobility obyvatelstva. Těmto otázkám, stejně jako individualizaci postavení jednotlivce spojenému se ztrátou veřejnoprávního významu rodiny budu věnovat níže. Zde jen tyto znaky pro úplnost připomínám v souvislosti s modernizací rakouské monarchie.

## 2.3. Povaha práva a systému práva moderního státu

I těmto otázkám bude věnována speciální pozornost, zde jen zdůrazňuji takové nové prvky, jako jsou forma stanovení místa utváření a nalézání práva, kodifikace a racionalismus jako základ tvorby práva. S právem moderního státu je spjat rovněž požadavek publikace práva spojený s otázkou heteronomie a autonomie práva v důsledku nových forem jeho tvorby. V této souvislosti dostává nový význam pojem zákona.<sup>43</sup> Dále zejména v této oblasti dochází k odlišení soukromého a veřejného práva, což je rovněž předpokladem pro to, aby mohl být přijat ABGB v jeho konečné podobě.<sup>44</sup> Podoba uzavřenosti státního území na tomto úseku dostává podobu v postupném překonání právního partikularismu z hlediska územního.<sup>45</sup>

## 3. Rakouská monarchie a modernizace státu

Nyní bych alespoň stručně uvedl některé rysy moderního státu, které se projeví v souvislosti s přijetím ABGB v roce 1811.

### 3.1. Kodifikace jako jeden z prvků práva moderního státu

Leipzig 1906, s. 2–4. Ve srovnání s pruským Obecným právem zde ovšem nenarážíme na definice stavů, vymezení příslušnosti ke stavům atd.

<sup>43</sup> Stačí srovnat definice zákona v *Prohlášení práv šlechtě a občana z roku 1789* a v následujících ústavách Francie z let 1791, 1793 a 1795 oproti tomu, jak je tato forma práva chápána na konci 18. století v rakouské monarchii.

<sup>44</sup> Protože tento již téměř věčný problém teorie a praxe samozřejmě přesahuje možnosti tohoto příspěvku, poukazuji jen na výklady Layera, které v této souvislosti jasně tuto závislost ukazují na příkladu vyvlastnění. Viz blíže Layer, M.: *Principien der Enteignung*. Leipzig 1902, zejména s. 85–136. Právě na tak úzce vymezeném problému v rámci § 365 ABGB je názorně vyložen význam vzniku moderního státu pro soukromé (vlastnické) právo.

<sup>45</sup> V ABGB zejména § 11.

Na prvním místě je to pochopitelně již samotný akt kodifikace, neboť jak bylo výše uvedeno, ta je jedním z charakteristických rysů moderní státnosti 18. a 19. století. Samozřejmě představa o jednotném stanovení základních pravidel právního styku (ještě bez rozlišení veřejného a soukromého práva) se již objevila daleko dříve.<sup>46</sup> Ve značném rozsahu je to spojeno se zavedením absolutismu v našich zemích, kdy právě Ferdinand II. díky porážce českých nekatolických stavů využil možnosti poprvé direktivně upravit právní poměry v zemích Koruny české aktem panovnické moci.<sup>47</sup> Podle mého názoru tak paradoxně tyto akty absolutistické moci<sup>48</sup> klesly cestu pozdějším ústavám. Ve srovnání s tradičními představami o postupném vytváření a utváření se pravidel mocenských vztahů se totiž ukázalo možným stanovit tato pravidla jako by máchnutím meče po vzorů rozetnutí gordického uzlu místo jeho zdlouhavého rozplétání. Modus tak byl připraven, bylo třeba ho jen naplnit jiným obsahem. Ten již připravilo 18. století.

Historii kodifikace v 18. století v našich zemích není třeba v této souvislosti blíže rozvádět. Nás musí nyní zajímat problém pokusu o společnou, popř. souběžnou kodifikaci práva jako celku, tzn. oblasti práva veřejného a soukromého. Zatímco v oblasti veřejného práva se tyto snahy setkaly s otevřeným nebo skrytým odporem a skončily nakonec nezdarem, v oblasti soukromého práva se to naopak zdařilo. Proč vlastně byl pokus o kodifikaci veřejného práva<sup>49</sup> (politiches Kodex, Verwaltungsverordnungen) neúspěšný. Úsilí Josefa v. Sonnenfelse o přípravu Verfassungs- und Verwaltungsverordnungen neuspělo, skončilo jen o systematizaci veřejného práva a jeho pramenů. Základní struktura, kterou Sonnenfels načrtl, spočívala v tom, že tento kodex měl mít čtyři základní

<sup>46</sup> Základní (stále přebíraná) práce na tomto úseku, tj. von Harrasowsky, Ph. H.: *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes*. Wien 1868 začíná své výklady kodifikačním pokusem Václava II. a Karla IV.

<sup>47</sup> Tak Pánek, J.: Od České konfederace k Obnovenému zřízení zemskému. In: *Vývoj české ústavnosti v letech 1618–1918*, s. 21.

<sup>48</sup> Po Ferdinandovi II. následovali jeho příkladu panovníci ve Švédsku a Dánsku, kde se vytvořil zvláštní typ zákonů v podobě legum regiae, které stanovily pravidla jejího výkonu, za který panovník nikomu kromě Boha neodpovídal. Měl je ovšem respektovat. To přirozenoprávní teorie považovala za samozřejmost. Viz např. de Vattel, E.: *Law of the Nations, or the Principles of Natural Law*. Angl. překlad vydání z roku 1797. Liberty Fund, Indianapolis 2008, s. 101–103.

<sup>49</sup> Jeho výsledek se měl označovat jako politisches Codex, Verwaltungsverordnungen, setkame se i s provokujícím názvem Verfassungs- und Verwaltungsverordnungen.

části: a) vnější bezpečnost (tzv. *Militaire*), b) vnitřní bezpečnost (tzv. *Politicum*), c) obchod (tzv. *Commerciale*) a konečně d) finančníctví (tzv. *Camerale*).<sup>50</sup> Vliv tehdy pěstované statistiky (viz výše) je zde zcela zřejmý.

Přesto paradoxně nelze tvrdit, že by příprava veřejnoprávní kodifikace byla bez významu. Projevila se na ní celá řada charakteristických problémů přípravných legislativních prací nehlédě na samotný fakt praktických obtíží, se kterými jsou kodifikace na úseku veřejného práva vždy spojeny. Přípravné práce se projevíly např. i v tom, že postup prací na ABGB zdržovaly, což ale bylo z historické perspektivy spíše k jeho prospěchu.

Myšlenka ústavy nebyla akceptována, ačkoli byla v pozadí všech úvah hlavního designovaného redaktora, kterým byl mikulovský rodák Josef v. Sonnenfels.<sup>51</sup> Negativně působila nejen společenská situace konce 18. století, nýbrž i konkurenční boj dvorských úřadů. Nelze však tvrdit, že to byl hlavní důvod neúspěchu. Nešlo zde o obvyklou rivalitu úředníků – jedni v *Direktorium in publicis et camerabilibus* a další v *Oberste Justizstelle*.<sup>52</sup>

Kromě oněch objektivních potíží spojených s vlastní veřejnoprávní materií, její nutnou proměnlivostí a rozsahem, zde byl neúspěch podle mého názoru nutně podmíněn především politickými faktory. Celou akci na tomto úseku lze srovnat s odporem vůči Ústavě pro Evropu, neboť na rozdíl od soukromoprávní kodifikace by se jednalo o zásah do postavení korunních zemí, což bylo v této politicky velmi napjaté době riskantní. Konečně zde možno provést v rámci potřebného exkurzu určité srovnání s evropeizací soukromého a veřejného práva v rámci Evropské unie. I dnes se podle mého názoru ukazuje, že evropeizace jako harmonizace, konvergence a unifikace práva bude mít ote-

<sup>50</sup> Viz Adler, S.: *cit. dílo*, s. 103.

<sup>51</sup> Z úryvků tzv. promemorií či memorand (uvádí je Adler, S.: *tamtéž*, s. 100–103) měla být základem ústavy úprava závazků a práv celku (rozuměj národa) vůči částem (provinciím) a naopak, vztahů všech stavů a tříd navzájem a vytvoření trvalého systému zákonodárství monarchie, který by měl přinést prospěch i budoucím generacím. Rovněž v tomto případě pojem státní ústavy (*Staatsverfassung*) v mnohém odpovídal tomu, co obsahoval 2. díl Bisingerovi obecné statistiky, jak byl výše zmíněn. Připomínáme, že pro Leopolda II., který měl již určité zkušenosti s tzv. toskánskou ústavou z let 1779–1781, to nemusela být až představa příliš revoluční a mohla mu vyhovovat, jak vyplývá z jeho diskuse s Herderem. Blíže k otázce pokusu o konstitutionalismus a střetu koncepcí „josefinismu“ a „leopoldinismu“ v té době Beránek, J.: *Absolutismus a konstitutionalismus v Čechách doby Velké francouzské revoluce*. Praha 1989, zejména s. 15–45.

<sup>52</sup> Na tom se nic nezměnilo ani po dočasném spojení 1797 opět spojení úřadů do „böhmisch-österreichische Hofkanzlei“.

vřený prostor na poli soukromého práva, protože to není vázáno na veřejnou moc, ta jen poskytuje ochranu účastníkům jeho vztahů.<sup>53</sup> V případě veřejného práva je však veřejná moc přímo účastníkem právních vztahů. Proto zde již vzniká řada problémů plynoucích z povahy veřejné moci, na které musejí státy (jako tzv. páni smluv a primárního práva) reagovat jinak, než je tomu v oblasti soukromého práva. Není proto divu, že právě na tomto úseku základních ústavních principů narazila myšlenka evropské integrace poprvé na reálný odpor v podobě řady rozhodnutí ústavních soudů jednotlivých členských zemí EU, které jí vytýčily po vzoru Spolkového ústavního soudu určité hranice.<sup>54</sup>

V dobách přípravy jednotlivých verzí ABGB sice takové ústavní problémy neexistovaly, nicméně bylo zjevné, že na rozdíl od soukromého práva, kde si bylo možno oprávněně slibovat rozvoj hospodářství a jistotu právního styku, by zde mohlo dojít ke střetu a k oživení tradičních sporů o různá historická práva zemí a jejich tradiční nároky s problematickými dopady pro monarchii.

Dalším faktorem, ovšem zcela jiné povahy, mohly být obavy tvůrců soukromoprávní kodifikace, aby v případě zařazení veřejnoprávní části panovník nezasahoval do kodexu stejně volně jako do politických (správních) předpisů, nebo naopak, aby úprava těchto otázek v kodexu nepředstavovala překážku v reakci na měnící se poměry. Byla zde velká zkušenost s proměnlivostí tzv. politických nařízení plně v rukou absolutistického panovníka a jeho aparátu.<sup>55</sup> To by dříve jako ABGB nemohlo vůbec svědčit, o tom museli být všichni přírozenoprávníci přesvědčeni.

<sup>53</sup> I zde je ovšem patrný obrovský posun. Srovnáme-li úvahy (komparace s *common law* a *ius commune*) jako dosud existujícími případy nadnárodních právních systémů) tak významného znalce jakým je H. Coing: *Europäisierung der Rechtswissenschaft. Neue Juristische Wochenschrift*, roč. 1990, č. 15, s. 937–941 se současným stavem, uvědomíme si teprve, jak rychle tempo v oblasti soukromého práva evropeizace v posledních 20 letech nabrala. Ve svém článku H. Coing (s. 937) konstatuje, že právní věda členských států ES je zatím národní, a nikoli evropská nebo obecná. Orientuje se na zákony a judikaturu jednotlivých států a její metody jsou určovány tradicemi národní kultury zejména při způsobu výkladu zákonů. To je srovnání s dnešním již výrazně překonané zejména v judikatuře nejvyšších soudních instancí. K dnešnímu stavu viz např. Joerges, Ch.: *Europeanisation as Process: Though on the Europeanization of the Private Law. European Public Law*, roč. 2005, č. 1, s. 63–84 a Remien, O.: *Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage. Europa-Recht*, roč. 2005, č. 6, s. 699–720 s obsáhlou literaturou; Hess, B.: *Die Konstitutionalisierung des europäischen Privat- und Prozessrechts. Juristen-Zeitung*, roč. 2005, č. 11, s. 540–552.

<sup>54</sup> Blíže viz Filip, J.: *Evropeizace ústavního práva ČR (výbrané problémy). Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 2009, č. 3, s. 159 n.

<sup>55</sup> K tomu Adler, S.: *cit. dílo*, s. 140.

O omezení ABGB na soukromé právo nebylo dlouho rozhodnuto, proto není náhoda, že se tato nejistota projevovala i ve formulaci obecné části ABGB. Srovnáme-li původní označení první části O právech a zákonech vůbec v západohaličské verzi, vidíme, že v konečné verzi ABGB došlo ke změně, kterou navrhl Zeiller „O občanských zákonech vůbec“, čímž si posílil pozici oproti snahám upravit jako v Prusku v zákoníku i veřejnoprávní záležitosti.<sup>56</sup>

Typické pro ABGB je, že na tzv. politické zákony a nařízení se jen odkazuje.<sup>57</sup> Ráz tomu udává již uvozoací patent (jehož formu jsme též převzali u Listiny a Ústavy 1920), kde se uvádí, že „nadále platí předpisy vydané ve věcech politických, kamerálních nebo finančních, které soukromá práva omezuji nebo blíže určují, i když v tomto zákoníku na ně výslovně není poukázáno.“ V souvislosti s problematikou veřejného práva a ABGB není bez zajímavosti připomenout, že ze západohaličské verze bylo nakonec vypuštěno prvních 8 obecných paragrafů, protože se hodily pro obecnou úpravu nebo pro zákoník jediného odvětví.<sup>58</sup> Jistě např. není lepší zdroj pro poučení o pramenech práva, jejich interpretaci a aplikaci, o podobě recepce římského práva než je Codex Theodosianus. Nicméně nepatří do zákona.

ABGB tak začíná vlastně až od § 9 jeho západohaličské verze, ovšem definice občanského práva jako „soubornu zákonů, kterými se určují soukromá práva a povinnosti obyvatel státu vespolek“, byla upravena tak, že z ní bylo vypuštěno „v jejich rozmanitých vztazích“, neboť to opět podle Zeillera mohlo svádět i k vztahům zeměpána a poddaných. I z toho patrná snaha privatizovat

<sup>56</sup> Návrh, aby tato rubrika zněla „O zákonech soukromého práva vůbec“, neprošel jako zbytečný. *Tamtéž*, s. 141. Zeiller, F.: *Commentar*, s. 18, 33 pod politickými zákony rozumí veřejné právo. Zeiller zejména varuje před matením pojmů různých odvětví a možností zásahů do nejvyšší moci (s. 15).

<sup>57</sup> Našel jsem v původní verzi cca 40 případů. Nejvýraznější je to v § 1146 (ustanovení § 1122 až 1150 jsou již zrušena) pro oblast děleného vlastnictví, kde se odkázalo na to, že vlastníci užitek jsou v jiném poměru k vlastníkům podstaty podle zemských zřízení (rozuměj tehdejších ústav, ne konstitutů) a politických předpisů.

<sup>58</sup> Např. ustanovení o tom, že úkolem panovníka je upravit zřetelně práva jeho poddaných a věst jejich jednání tak, jak to vyžaduje obecné a zvláštní blaho, o působnosti, jurisdikci, trestech apod., byla ale vypuštěna řada dalších ustanovení, která se ovšem velice dobře čtou, jako např. úvod do tehdejšího přirozeného práva. Např. co je právo, stát, společnost, co se rozumí objektivním a subjektivním právem, co je vrozené a pozitivní právo, což má význam např. i pro pochopení některých výkladů, které nacházíme v příslušných pasážích Zeillerova komentování ABGB z roku 1811, kde se již objevují v podobě výkladových pravidel zejména v části nazvané *Vorkenntnisse* (*Commentar*, I. svazek, s. 1–26).

důsledně kodex jako občanský, a ne obecný (ve smyslu předmětu, ne rovnosti před zákonem), jak se mohlo původně zamýšlet.<sup>59</sup>

### 3.2. ABGB a veřejné právo obecně

Z tohoto pohledu třeba kromě výše popsané snahy o čistě soukromoprávní úpravu zdůraznit především základní okolnost, která spočívala v tom, že v době přípravy ABGB mělo sice Rakousko státní ústavu v podobě určitého mocenského uspořádání, nebylo však konstituční monarchií. V této faktické státní ústavě lze najít jen zárodky budoucího konstitutionismu (např. řada patentů Josefa II.). Mělo-li se ovšem jednat o „obecný“, tj. pro všech stavy rovně aplikovatelný právní předpis, musel ABGB ve svém textu konstitutionismus alespoň nepřímo suplovat. Pro tento vztah je rozhodující problematika postavení jedince, zatímco oblast formy státu se v ABGB objevuje výjimečně a organizace státní moci je především obecně předpokládána např. pro řešení sporů. V roce 1811 nebylo možno hovořit o ústavním právu jako základním odvětví – nebyla zde ústava, ani základní práva v podobě státem garantovaného katalogu. Mocenské uspořádání zde v podání statistické vědy vystupuje jako faktický stav, teprve po roce 1848 se již ve statických pracích projevuje existence psaného ústavního práva, takže statistika dostává již nám srozumitelnější podobu.<sup>60</sup>

Tento předpoklad se začal naplňovat až ve 2. polovině 19. století. Vztah veřejného práva a od poloviny 19. století zejména ústavního práva a práva soukromého byl vždy problémem, jak dokazuje i motto, které jsem si pro svůj příspěvek zvolil. Totéž platilo pro Vídeňskou republiku i pro ČSR po roce 1918 (významný vklad normativní teorie odmítající dualismus) a ještě více po roce 1948 do přijetí tzv. středního občanského zákoníku v roce 1950.

Základním problémem, se kterým se Československo muselo po svém vzniku vypořádat, byl vztah nové Ústavní listiny a ABGB. Ten byl nakonec řešen pragmaticky bez velkých teoretických sporů, neboť oblast ústavního

<sup>59</sup> Zůstalo tak jen několik obecných zásad z přirozeného práva. Námitky Sonnenfelse byly umlčeny jmenováním Komise pro politické zákony. Když Josef Sonnenfels zemřel v roce 1817, tato Komise byla zrušena o rok později. Její úkol byl přenesen na jednotlivé resorty (přesněji Hofstellen).

<sup>60</sup> Jako příklad lze uvést práci Schmidt, F.: *Statistik des österreichischen Kaiserstaates*. Wien 1860, kde již části o státní ústavě a státní správě (ještě u J. Springera v roce 1840) chybí.

práva ležela u obecných soudů na okraji zájmu stejně jako nyní. Nicméně nový vztah byl respektován a vcelku uspokojivě řešen; dodáme, že tehdy ještě bez potřeby úvah o dnes tak módním (byť ne všeobecně sdíleném) horizontálním působení základních práv.<sup>61</sup>

Co se týče druhé historické situace, kdy se ABGB střetnul s novou ústavní úpravou,<sup>62</sup> je třeba vidět, že se jednalo o střet daleko závažnější s ohledem na povahu Ústavy 9. května z roku 1948. Nicméně je třeba říci, že i zde byl tento vztah (jednalo se ovšem o relativně krátké časové období) řešen vcelku uspokojivě.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Jako jedno z mála pojednání na toto téma mohu uvést stručný příspěvek profesora brněnské právnické fakulty J. Sedláčka: *Ústavní listina a občanský zákoník*. In: *Naše právo a stát*. Praha 1928, s. 88–94, který konstatuje (s. 88), že se jedná o otázku dosud skoro zcela opomíjenou. Sedláček zde rozebírá zejména otázku § 91 (muž jako hlava rodiny a rovnost pohlaví, § 92 – povinnost manželky vůči manželovi – nutno vykládat podle § 106 Ústavní listiny o rovnosti pohlaví), § 117 odst. 3 Ústavní listiny u svobody projevu – nelze dávat do konkurenčních doložek příslušnost k politické straně nebo určitému vyznání.

<sup>62</sup> Zde úmyslně pomijím problematiku ústavních poměrů tzv. 2. republiky, kdy vznikla zejména příležitostí přijmout připravený text osnovy nového občanského zákoníku (viz Senát NS Republiky československé IV. vol. období. Tisk č. 425) bez parlamentní rozpravy, když ústavní zákon č. 330/1938 Sb. předal zákonodárnou moc vládě. Nechci ani na toto téma spekulovat, nicméně je známo, že v Polsku v takových mimořádných poměrech byly přijaty některé kodexy (připravené pouze experty) s vysokou úrovní a trvanlivostí. Stejně tak s ohledem na nedostatek místa neřším ani vazby ABGB na rakouské ústavy let 1848, 1849, 1860, 1861 a 1867 (viz sub 4).

<sup>63</sup> Zde možno odkázat na rozbor judikatury Nejvyššího soudu v této oblasti, kterou podává J. Frydrych: *Dosah některých ustanovení nové ústavy pro obor práva soukromého (Z judikatury Nejvyššího soudu)*. Právník, roč. 1949, č. 7–8, s. 317–321. Podle Ústavy 1948 vznikl např. problém, kdy se má soud obracet podle § 65 na předsednictvo NS o závazný výklad zákonů (znovu ožila otázka *Anfrage bei Hof* – viz v tomto pojednání podrobněji). Dospělo se k závěru, že jen tehdy, je-li možný dvojitý a vícery výklad a při použití ústavních i jiných výkladových metod věc zůstává nadále spornou a nelze ji bezpečně řešit (R I 720/48 z 11. 1. 1949 NS). Další otázkou byla problematika § 5 ABGB z hlediska použití právních předpisů, které se dostaly do rozporu s ústavou 1948. Zde judikatura došla např. § 161 Ústavy 1948 (zákaz kartelů) k závěru, že jde o veřejnoprávní věc, proto je vyloučeno, aby se účinky takovým předpisům projevovaly za nové ústavy. Oproti tomu ve věcech výživného manželky bylo konstatováno, že ústava nepůsobí napětí a nemá tudíž vliv na práva dříve nabytá. Postavení matky nemanželského dítěte již bylo posuzováno podle nové ústavy, stejně jako vztahy rodičů k manželským a nemanželským dětem.

### 3.3. Povahu státu a jeho majetek

Z hlediska zkoumání moderní státnosti je významné, že ABGB již používá pojem stát, a to v územním smyslu, z hlediska kolizních norem nebo především z hlediska vlastnických práv, kde rozlišuje soukromé jmění zeměpánova (*Privat-Gut des Landesfürsten* – § 289), na rozdíl od státního jmění a obecního jmění.<sup>64</sup>

Z hlediska veřejného práva je významná je koncepce sociální vazby vlastnictví, jak ji dnes vyjadřuje čl. 11 odst. 3 Listiny základních práv a svobod. Tuto koncepci sice ABGB nezna (srov. § 354 – vlastnictví jako oprávnění nakládati podle libosti s podstatou a užítky věci, dále § 362 ABGB). Nicméně vývojem se k tomu rovněž dospělo přes § 364 odst. 1, podle kterého lze vlastnické právo vykonávat jen potud, pokud se tím nezasahuje do práv třetí osoby, ani nepřekročí omezení daná v zákonech k udržování a podporování všeobecného dobra.<sup>65</sup> Tento pojem je převzat z klasických státoprávních teorií a vyjadřuje nejobecnější účel existence státu chápaného jako celek.<sup>66</sup>

Soukromoprávní charakter je např. zdůrazněn i tak, že se tam, kde se objevuje souvislost s veřejnou mocí (např. vlastnické poměry) ABGB zdůrazňuje právě soukromoprávní charakter. Např. v § 290 je zakončen obrat – „in diesem Privat-Rechte“, čímž je položen důraz na rozdíl od zvláštní úpravy veřejnoprávních

<sup>64</sup> Zde jen poznamenávám, že sice § 20 a § 289 jsou i v Rakousku obsoletními předpisy, nicméně problém převzetí majetku panovnické rodiny zde představuje určitý právní problém dodnes. Stejně jako u nás – viz § 289 ABGB a vznik ČSR, zejména § 9 zákona č. 215/1919 Sb., o zabránění velkého majetku pozemkového, dále zákon č. 354/1921 Sb., o převzetí statků a majetku, případných podle mírových smluv československému státu a usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 28 Cdo 1310/2010 výkladu § 3 zákona č. 354/1921 Sb., který definuje, co se rozumí statky a majetkem bývalé panovnické rodiny rakousko-uherské.

<sup>65</sup> Všeobecným dobrem zde vstupuje do hry veřejnoprávní aspekt. Rakouská konstitucionalistika přitom časem dospěla k závěru, že ani čl. 5 základního zákona č. 142/1867 ř. z. o nedotknutelnosti vlastnictví nebrání uplatnění myšlenky sociální vázanosti vlastnictví, což plyne z mezinárodně konformního výkladu právě čl. 364 ABGB. Viz např. Ermacora, E.: *Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte*. Wien 1963, s. 131–134 a Öhlinger, T.: *Eigentum und Gesetzgebung*. In: *Grund- und Menschenrechte in Österreich*. Bd. II. *Wesen und Werte*. Hrsg. Machacek, R., Pahr, W., Stadler, G. Kehl am Rein-Straßburg-Arlington 1992, zejm. s. 668 n., 683 n. V současnosti je tento aspekt vlastnictví obsažen zejména ve veřejnoprávních předpisech, které na § 364 ABGB navazují.

<sup>66</sup> Jak to výstižně vyjádřil J. Isensee: *Gemeinwohl und Verfassungsstaat*. In: *Handbuch des Staatsrechts*. 3. vyd., 4. svazek, Heidelberg 2006, s. 4, jedná se o souhrn všech legitimních cílů státu, o cíl cílů.

ního vlastnictví v podobě státního práva a politických nařízení. Je tak odlišeno, co např. panovník vlastní nikoli jako hlava státu (§ 9 Zápodohaličského zákoníku, § 289 ABGB). Dále je to patrné např. v § 1456, kde jsou mimo režim soukromého práva postaveny věci náležející výhradně hlavě státu – tzv. výsoštná práva (regalie), stejně jako závazky jim odpovídající. Oproti tomu jiná majetková práva bylo možno vydržet, avšak až po 40 letech. Jinak v soukromoprávních záležitostech je již hlava státu postavená na rovně ostatním. Jak § 20, tak § 289 ABGB jsou dnes převážně považovány za obsoletní již s ohledem na republikánskou povahu státu, kde se majetek hlavy státu a nositelů jiných státní funkcí nevydělují (něco je jejich nebo užívají státní majetek).<sup>67</sup>

### 3.4. Povahu práva a publikace právních předpisů

Alespoň stručně zmíníme úpravu pramenů práva, platnosti a účinnosti právních předpisů a jejich publikace. Tyto prvky právního státu se v ABGB formovaly v jednotlivých fázích přípravy až do 1811. Zásadní význam přitom tehdy měla formulace ustanovení o pramenech (již ne obyčeje, zvyklosti, provinciální právo a precedenty – § 10 až 12), která směřovala k odstranění právního partikularismu. Rakouské císařství, které tehdy existovalo necelých pět let, tak dostalo jasnou státoprávní podobu právě díky ABGB jako prvku sjednocujícímu významnou část jeho práva. Konečně to souvisí i s vytvořením jednotného celorakouského celního území v této době.

Totéž se týká církve jako právotvůrce, neboť ABGB s církevními předpisy na svém úseku rovněž nepočítá, takže vedle panovníka již dalšího primárního normotvůrce nevidí (již manželský patent 1783).

Samozřejmě i z hlediska právního státu je problémem je autentické znění ABGB, který vyšel v roce 1811 v němčině, v úřední sbírce až v roce 1816. Český překlad byl pořízen profesory Zdobnickým a Nejedlým prakticky souběžně.<sup>68</sup> Samozřejmě tento překlad není autentickým zněním. To by navíc bylo dnes, když jej čteme, stejně těžko srozumitelné, jako původní německé znění pro

<sup>67</sup> Tak např. *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* (vyd. Rummel, P.), I. svazek, 3. vyd. Wien 2000, s. 448.

<sup>68</sup> K tomu Kindl, M.: *cit. dílo*, s. 295–295.

Rakousku. Výhodou naopak bylo, že postupně pořizované české verze znění ABGB tak mohly reagovat na vývoj českého jazyka.<sup>69</sup>

Vědělo to rovněž přesahuje rozsah tohoto příspěvku, neodpustím si připomenout významu přípravy a konstrukce ABGB z hlediska vytváření právního dělu pro organizační legislativních prací (komise, zpravodajové, referenti atd.) a legislativní techniky na našem území, kde pravidla stanovená panovníci pro kompilační komisi v srpnu roku 1772<sup>70</sup> vstoupila do historie tvorby práva u nás.

### 3.5. Výkladová pravidla

Samostatnou veřejnoprávní otázkou je v ABGB problematika výkladových pravidel. Ta jsou adresována veřejnoprávním orgánům, především soudům. Je-li předmětem ústavního práva mimo jiné regulace pravidel výkonu státní moci, patří sem i úprava postupu při výkladu v § 6 a § 7 ABGB. Je jí tradičně věnována velká pozornost, což platí i pro tuto konferenci, takže se jim věnuji jen okrajově z hlediska veřejného práva.

Souvisí to s problematikou *référé législatif*<sup>71</sup> či *Anfrage bei Hof*, která se u nás postupně prosadila v době absolutismu. To platilo i pro dobu přípravy ABGB, kdy tak stanovil Josefinský soudní řád, který v uvozovacím patentu stanovil, že se soudce musí držet zákona (vůle panovníka) a v případě pochybností se obrátit ke dvoru („in zweifelhaften Fällen unsere Entschliessung einholen solle“). Obdobně jeho § 437 stanovil, že tak je třeba postupovat v případě, že po použití výkladových metod zůstane případ nejasný. Soudce se nemusel ke dvoru obracet jen tehdy, když zde byl zcela totožný rozsudek ve stejné věci. Pokud by soudce tuto povinnost dotazu nesplnil, odpovídal by stranám řízení za tím

<sup>69</sup> Že se jednalo o závažný problém, dokazují informace o zaměření přípravy osnovy nového občanského zákoníku, jak o nich informuje Zelinka, J.: *Překlad občanského zákona rakouského či občanský zákon československý?* Právník, roč. 1923, s. 358–367.

<sup>70</sup> Jejich znění bylo mnohokrát ve zkratce uvedeno, viz např. Baxa, B.: K dějinám kodifikace soukromého práva v českých zemích. In: *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému*. Praha 1935, s. 51–52. V originále Harrasowsky, Ph. H.: *Codex Theresianus*. I. svazek, Wien 1883, s. 11–12.

<sup>71</sup> První dekret francouzské revoluce o reorganizaci soudnictví z 16. srpna 1790 stanovil, že soudci se musí v takových případech, považují-li to za nutné (mezera, sporný výklad), obrátit na zákonodárny sbor. Viz Décret sur l'organisation judiciaire du 16 et 24 août 1790 – čl. 12 – mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit de faire une nouvelle.

apůsobenou škodu.<sup>72</sup> Toto pravidlo ještě zachoval § 26 Josefsinského zákoníku (1786), který stanovil totéž s tím, že v případě, že se bude jednat sice o zákonem neupravenou nebo nejasnou věc, avšak již v jiném obdobném případě řešenou, je možné případ rozhodnout analogicky bez potřeby položení dotazu ke dvoru.<sup>73</sup> Jinak platilo, že je třeba se obrátit (*die Belehrung allzeit von dem Landesfürsten gesuchet werden*). Josefinský zákoník však pro tento případ ukládal, aby se toto rozhodnutí oznámilo panovníkovi pro evidenci.<sup>74</sup> Pokud by bylo toto ustanovení zachováno, jistě vzniká otázka, čím by se dodnes bavili naši teoretici. Ovšem zanedlouho poté v roce 1791 zaujal již Leopold II. stanovisko důsledné v duchu tzv. leopoldinismu a ve svém patentu (samozřejmě připraveném příslušnou komisí pod vedením von Haana) tuto povinnost zrušil (Patent z 22. února 1791, § 2). Tím byla otevřena cesta k budoucímu § 7 ABGB (ve srovnání s Code civile 1804) a k diskusím o otevřenosti nebo uzavřenosti kodexovým regulací<sup>75</sup> nebo z hlediska státnovědeckého o postavení panovníka a jeho dvorské kanceláře při tvorbě a dotváření práva. Svou roli musely nepochybně sehrát i praktické důvody (zahlcenost žádostmi o poučení).<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Ovšem tato pravidla se vztahovala výlučně na aplikaci soudního řádu a zřejmě na celorakouské právo, nikoli na předpisy jednotlivých zemí (šlo o rok 1781). Z hlediska veřejnoprávního to souvisí právě s postupným vývojem prvků veřejného práva od 16. století, zejména pak o *ius legis ferendae* zakotvené v Obnoveném zemské zřízení (1627). Jedná se však o téma přesahující § 6 až 8 ABGB, které je spojeno s takovými historickými institutů jako *responsa prudentium*, *communis opinio doctorum* nebo *Blindurteil*. Viz referát prof. Holländera na této konferenci.

<sup>73</sup> K této věci se vyslovuje již návrh Codex Theresianus – I. díl, 1. hlava, § 5 body 81 až 85 (viz s výkladem Harrasowsky, Ph. H.: *Codex Theresianus*. I. svazek, Wien 1883, s. 49–53).

<sup>74</sup> Podobnost s některými institutů evropského práva (nyní § 267 SFEU) zde zřejmě není čistě náhodná.

<sup>75</sup> K tomu komparativně Lukas, J.: *Benihams Einfluss auf die Geschlossenheit der Kodifikation*. Archiv für öffentliches Recht, roč. 1910, č. 1. Jinak upozorňují, že v té době (1791) tím ještě nebyla tato otázka definitivně vyřešena, jak upozorňuje slavný komentář k ABGB viz Pfaff, L., Hofmann, E.: *Kommentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuche*. I. svazek, Wien 1887, s. 20–21 (evlastně poznámky č. 98 a 109).

<sup>76</sup> Ve Francii tento institut upravil po revoluci Dekret o reorganizaci soudnictví z 16. srpna 1790, který v čl. 12 druhé hlavy stanovil, že soudci nemohou tvořit právo a mají se v případě potřeby obrátit na zákonodárny sbor (což je obdoba Anfrage bei Hof). Jako „tista, která citují zákon“, jak to napsal Montesquieu (*O duchu zákona*, Praha 1947, s. 180), neměli soudci zákony ani interpretovat, ani tvořit nové právo. Totéž pravidlo zavádí § 6 Úvodu k Obecnému právnímu zákonu z roku 1794, když stanoví, že při rozhodování soudce nemá přihlížet k názorům právní vědy (Rechtsgelehrten), ani k dřívějším rozhodnutím.



rodinu<sup>86</sup> ve smyslu přirozeného práva jako základ společnosti, tím mají být osoby a obce. Rodina je zakládána občanskou smlouvou, (evidentní vliv koncepcce I. Kanta), zdůrazňuje se však sekularizace na tomto úseku. S tím je spjato nepřímé určování nové role církve, která přestává být zvláštní samostatnou veřejnou mocí ve státě, když na tomto úseku jedná z pověření státu.

Co zůstávalo oblastí veřejného práva na úseku rodiny, to byla nadále otázka veřejnoprávní (spíše tajné úpravy) nástupnictví, neboť mimo Prágmatické sankce byly odlišné upraveny právní poměry panovnické rodiny,<sup>87</sup> na kterou se tak ABGB veřejnoprávně vztahovat neměl.

#### 4. Občanský zákoník bez ústavy?

Z hlediska předmětu mého referátu je samozřejmě důležité zdůraznit, že ABGB byl přijímán za okolností, které mohly být jeho obsahu příznivé i nepříznivé. K těm druhým patří chybějící ústavní zázemí.<sup>88</sup> K jeho přijetí tak panovník samozřejmě (vybavený *legem iuris ferendae* podle Obnoveného zemského

po vzoru Hobbese: *Leviathan*. Praha 1939, s. 229–232. Podle § 91 ABGB tak sice muž byl hlavou rodiny, ale nikoli již ve smyslu rodiny jako veřejnoprávní instituce.

<sup>86</sup> V hlavě III., § 3 Josefinského kodexu je stanoveno, že úpravu poměrů v manželství a rozhodování sporů mají za úkol zeměpanské zákony (a to „*ganz und einzig*“) a zeměpanské soudy. Manželství je bráno jako závazkový vztah po vzoru Kanta, nikoli jako povinnost výchovy jako u Hegela.

<sup>87</sup> Jen pro úplnost zde uvádím, že v době platnosti ABGB zde byl tzv. domácí zákon (Hausgesetz) *Das Kaiserlich österreichische Familienstatut vom 3. Februar 1839*. Ten však nebyl nikdy zveřejněn. I takový kompletní soupis historických pramenů ústavního práva monarchie, jaký podává E. Bernatzik: *Die österreichischen Verfassungsgesetze*. 2. vyd., Wien 1911, hovoří pouze o tom, co v něm pravděpodobně bylo (wahrscheinlich). Bernatzik proto uvádí alespoň prohlášení arcivévod Ferdinanda d'Este ohledně jeho nároků na trůn v důsledku sňatku s hraběnkou Chotkovou. U nás k tomu publikoval Dvořák, L. vlastní nákladem v roce 1900 studii: *Státek arciknížete Františka Ferdinanda d'Este a vlastní účinky jeho prohlášení z 28. června 1900. Příspěvek ku teorii práva ústavního*. Konečně třeba uvést, že se nejedná o až tak neaktuální věc, neboť ústavními důsledky nerovnoměrného sňatku se zabýval právě před několika lety Spolkový ústavní soud.

<sup>88</sup> Obdobnou situaci nalezneme i v Prusku, které se svým Obecným právem habsburskou monarchii předalo (1794). Obecné právo zde obsahovalo výslovně i veřejnoprávní materiální dokonce ústavní povahy, když zejména v úvodní části (Einleitung) upravilo obecné postavení jednotlivce ve vztahu ke státu. Fenske, H.: *cit. dílo* (pozn. č. 12), s. 189 dokonce považuje státoprávní částí Obecného práva za náhražku ústavy, což je ovšem problematické s ohledem na stavovskou povahu státu, kterou tento kodex výslovně zdůrazňuje v části I., hlavě první (§ 1 až 8), dále na různých místech zejména v úvodní části.

řízení) žádné zmocnění, jako např. bylo nutno vložit do ústav Německa nebo Švýcarska na konci 19. století, nepotřeboval. Na druhé straně však v dalším vývoji vznikl problém, jak se bude vztah ABGB a ústav přijímaných v letech 1848, 1849, 1860, 1861, 1867, 1920 a 1948 vyvíjet (z pohledu poměrů v ČR již byla učiněna poznámka výše).

V rámci rozsahu jinak omezeného příspěvku<sup>89</sup> proto považuji za potřebné připomenout, že veřejné právo v té době (statistika, státní právo, státní ústava) bylo nutně na problematice úrovni. Řada jeho institutů (veřejná moc, veřejná věc, veřejná cesta, veřejnoprávní smlouva apod.)<sup>90</sup> se teprve formulovala právě pod vlivem občanských kodexů. Tento jev můžeme označit jako civilizování ústavního práva. Jedná se o to, že místo veřejnoprávních textů v učebnicích statistiky (v mnohém připomínajících oslavné a nic neříkající texty z dob socialismu) se mohlo ústavní právo stát skutečným právem jen tehdy, když se dostane na úroveň vědy a praxe soukromého práva. To samozřejmě vyžadovalo nový styl a metody práce a zejména změny ve formě vlády.

Z tohoto hlediska je důležité vidět, že k takové změně došlo prakticky v naší části monarchie po roce 1867, kdy vzniklo postupně veřejnoprávní soudnictví v podobě Říšského soudu, který se stal zárodkem příštího ústavního soudnictví, Správního soudního dvora a Státního soudního tribunálu.<sup>91</sup> Tím také bylo možno odlišit veřejnoprávní soudnictví a soukromoprávní soudnictví z hlediska materie ABGB, což až na problematiku úpravy vlastnického práva (čl. 5 Základního zákona č. 142/1867 ř. z.) nepředstavovalo zásadní problém.<sup>92</sup>

Podstatnou otázkou z hlediska civilizování státního či ústavního práva té doby vystihl snad nejlépe P. Laband, který již v předmluvě k I. vydání svého státního práva postavil před sebe následující úkol. Konstatoval, že řada pojmů již našla svůj výklad na poli soukromého práva, ačkoli se jedná o obecné

<sup>89</sup> Pro jistotu připomínám, že jsem si vědom rozsáhlé problematiky judikatury Ústavního soudu k soukromému právu, vyznačování ústavních principů do soukromého práva, horizontálního působení základních práv atd. To však již není možné zde pojednat a navíc to s 200. výročím ABGB souvisí již jen nepřímo.

<sup>90</sup> Z naší oblasti viz přehled kritických názorů na tuto cestu u Layer, M.: *Principien der Enteignung*. Leipzig 1902, zejména s. 645.

<sup>91</sup> Podrobně Lehne, E.: *Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof*. In: *Die Habsburgermonarchie 1848–1918. II. svazek: Verwaltung und Rechtswesen*. Wien 1975, s. 663–715.

<sup>92</sup> Základní zákon č. 143/1867 ř. z., o Říšském soudu totiž v čl. 3 hovořil o stížnostech státních občanů na porušení politických práv, mezi které právě vlastnické právo řazeno nebylo.

pojmy práva jako takového (obdobně O. Mayer na poli práva správního). Nyní je proto třeba očistit od soukromoprávního nánosu, nikoli pouze přenést do státního práva. To se nedá vykládat „civilisticky“ jen proto, že soukromé právo má velký náskok. To, co je podle Labanda podstatné, je, že se musí vykládat juristicky a přitom se učit od rozvinutějšího oboru. Jinak je při stavu státního práva třeba se „daleko méně obávat, že bude příliš civilistické, než že bude nej-uristické a že klesne na úroveň politické každodenní literatury“.<sup>93</sup> Samozřejmě bylo k tomu třeba i odvahy, které se nejdříve našim předchůdcům nedostávalo, takže přijetí prosincové ústavy v roce 1867 se u nás nesetkalo s nějakým větším literárním odborným ohlasem; naopak se věda zpočátku těmto otázkám na rozdíl od politiky vyhýbala.<sup>94</sup>

V tom je třeba podle mého názoru spatřovat největší přínos ABGB a dalších soukromoprávních kodexů i pro dnešek. Jeho odborná příprava a zpracování v podobě komentářů a učebnic přispěly k vybudování oboru pozdějšího ústavního práva ne jako ideologické podpory právě vládnoucích, nýbrž jako oboru juristického. To samozřejmě souviselo s tím, zda u nás bylo nebo nebylo současně zakotveno i veřejnoprávní soudnictví. I když se naši politické občas chovají k ústavním normám huře, než tomu bylo za socialismu (tam ústava ovšem ne vždy tolik překážela), díky existujícím a fungujícím veřejnoprávním soudům si ústavní právo svůj právní charakter zachovává.

Poučení pro veřejné a zejména ústavní právo z přípravy a historie ABGB je proto zejména v tom, že je třeba času, znalosti a trpělivosti. ABGB se může z dnešního pohledu jevit jako skvělý stabilní dokument. Jedná se ale o stejný problém jako u ústav. Jakmile je ústava přijata, měla by být respektována a aplikována, i když bude možná a nepochybně myslitelná i jiná úprava.<sup>95</sup> Ale bez dlouhodobějšího používání nebudeme vědět, co funguje dobře či nikoli. Stále změny takový závěr neumožní. Totéž platí pro ABGB. Může se nyní jevit jako skvělý stabilní dokument. Podíváme-li se ale na vývoj kodifikací v Rakousku od 14. května 1753, kdy v Brně zasedla kompilační komise, tak vidíme neustálý

<sup>93</sup> Uvádím dle Laband, P.: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 5. vyd., I. svazek, Tübingen 1911, s. VII.

<sup>94</sup> Zde souhlasím s poznatkem, které učinila ve své studii Adamová, K.: *Contemplation over the Publishing History of Journal Právník*. The Lawyer Quarterly, roč. 2011, č. 1, s. 43.

<sup>95</sup> Ústavní teorie ale více než dva tisíce let tvrdí ústy Aristotelovými, že je třeba uvažovat nejen o tom, která ústava je nejlepší, nýbrž také, která je možná a která by se dala snadněji zavést a upotřebit pro všechny. Viz Aristoteles: *Politika*. Praha 1939, s. 115.

vývoj názorů a hledání formulací, vylepšování systematiky a vlastního obsahu. Codex Theresianus z roku 1766, Josefínský zákoník z roku 1786, Západohaličský zákoník z roku 1797 ještě nejsou zdaleka totožné s tím, co bylo nakonec přijato (to je konečně smysl experimentálního zákonodárství). Můžeme tak sledovat putování některých konstrukcí z Codexu Theresianu do Josefského zákoníku a dále, něco je v uvozovacím patentu, něco v obecném úvodu, pak se to dostane do části o osobách nebo o věcech. Důležité je, že vše bylo nakonec pročištěno a poté dostal zákoník šanci.

Co dělá velikost autorů ABGB, je určitá trpělivost při přípravě a to, co dělá velikost jejich následovníků, je trpělivost a rozvaha při přistupování k jeho změnám. V oněch následujících sto letech, které ABGB dostal před tím, než v něm byly provedeny změny v letech 1914–1916, docházelo jen k jeho dotváření a přeměně mlčky. To u nás umožnilo vytvořit právní civilní kulturu.

prof. JUDr. Jan Filip, CSc.  
Právnická fakulta Masarykovy univerzity