

# ČLÁNKY

## Občanský zákoník bez ústavy (ke 200. výročí ABGB)\*

Jan Filip\*\*

### 1. Úvodem

Přesně před 200 lety 1. června 1811 dostal konečnou sankci obecný občanský zákoník (dále „ABGB“). Provedení zásadní kodifikace, aniž by v habsburské monarchii existovala ústava upravující základní otázky povahy a organizace státní moci a postavení jedince, je zásadním problémem při srovnání s postupem francouzské revoluce.<sup>1</sup> 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. Ani 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. Problém je živý i dnes, kdy jsou soudci často kritizováni za to, že neaplikují bezprostředně ústavní předpisy, a naopak veřejnoprávním regulacím je vytýkáno, že vstupují na pole soukromého práva.<sup>2</sup>

Jak známo, nebyly původně přípravné práce na systematizaci práva rakouské monarchie v 18. století 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>3</sup> V rámci tohoto pokusu však uspěla logicky pouze kodifikace soukromoprávní, nicméně její příprava uvedla od pohybu i tehdejší uvažování o oblastech práva veřejného, což nakonec vedlo k výrazným posunům na cestě k modernímu státu na našem území. Z hlediska obecných východisek tehdejšího systému práva se tak stal jeho pilířem právě ABGB. Teorie s ním spojené byly traktovány jako základ veškerého práva a též právní vědy. Doba se ovšem od roku 1811 podstatně změnila a ABGB z hlediska svého významu pro právo jako celek prodělal značné proměny.<sup>4</sup> Nemusel již suplovat chybějící ústavní texty,

<sup>3</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 překročila v roce 1753 v tomto směru s představou dvou kodexů, které se však nenaplnily. Projevily se nakonec jen vydáváním dvou publikačních orgánů či přesněji úředních sbírek právních předpisů – Sbírkou zákonů soudních (Justizgesetzsammlung, vycházela od 1786) pro oblast soukromého práva a Sbírkou 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. Poznámám, že zásluhou rakouské Národní knihovny jsou nyní jednotlivé sbírky (byť bohužel zatím pouze z části) zpřístupněny na adrese <http://alex.onb.ac.at/>.

<sup>4</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. 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 pocho-pitelně při pojednání o vztahu veřejného a soukromého práva. V zájmu korektnosti je třeba uvést, že to souvisí i s tím, že částí ustanovení ABGB se vztahem k institutům veřejného práva již bylo obrovováno následujícími ústavními a jinými zákonnými předpisy (např. § 365 ohledně vyvlastnění), mezinárodními smlouvami, popř. jsou obsoletní (např. § § 10 ohledně zvyklostí, § 13 ohledně privilegií, § 20 postavení pannotníka v soukromoprávních vztazích), jsou částečně zastaralé (§ 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.:

\* Tento příspěvek z části vychází z podstatně obsáhlejšího rozboru ABGB z hlediska jednotlivých problémů veřejného práva, jak byl podán na konferenci ke 200. výročí ABGB v Olomouci 2. a 3. června 2011.

\*\* Prof. JUDr. Jan Filip, CSc., Katedra ústavního práva a politikologie Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno.

<sup>1</sup> Dekret ze srpna 1790 o reorganizaci soudní moci stanovil, že bude vydán jednoduchý a srozumitelný kodex civilních zákonů, který bude v soudu s ústavou (čl. 19).

<sup>2</sup> S tím se ovšem dá obtížně něco dělat, neboť je to záležitost povahy státního režimu, kterému odpovídá určitý typ práva. Viz přehled těchto vzájemných vztahů u 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.

kteří jsou v moderním státě především povolány zakotvit základy systému práva a systému právního řádu. 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>5</sup> Záměr vytvoření kodexu občanského a politického vedl k pokusům o propojení obou směrů. Je třeba ocenit, že na rozdíl od Pruska (Obecné zemské právo 1794) zvítězila koncepce oddělené úpravy, neboť tím byla odstraněna řada možných komplikací ve vývoji práva monarchie. Pochopitelně přes nesmírné úsilí „očistit“ návrh z roku 1766 (a tři pozdější již v praxi uplatněné verze ABGB)<sup>6</sup> od veřejnoprávního „zavírování“, je tento problém vztahu soukromého a veřejného práva z hlediska vyváženého vývoje celého systému práva patrný i na konečném textu ABGB z roku 1811.

## 2. Obor veřejného práva v monarchii v 18. století

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 vyučoval,<sup>7</sup> s dnešní podobou výuky ústavního nebo správního práva neměl mnoho společného. Pod státní ústavou (Staatsverfassung) se rozumělo konkrétní uspořádání úřadů a postavení panovnického rodu. Tato problematika však byla součástí oboru zvaného statistika. Nebylo to až tak nelogické, neboť v době

*Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch.* I. sv., Wien und Triest 1811, s. 30.

<sup>5</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.

<sup>6</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>7</sup> Základní přehled 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 Staatenkunde der Gegenwart a na matematickou statistiku (tamtéž, s. 610). Podle studijního řádu pro právnícké fakulty z roku 1810 se vyučovalo též pozitivní státní právo (mimořádně statistiku tehdy v roce 1810 vyučoval ve Vídni Johann Nepomuk Zizius (1772–1824) z Heřmanova Městce, dále politické vědy a přirozené právo, v rámci správního práva byla přednášena též nauka o kodifikaci. Nejnověji 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.).

racionalismu byl stát rovněž chápán jako předmět vědeckého zkoumání ve formě statistických přehledů, které byly zakončovány přehledem orgánů států a jejich organizace.<sup>8</sup> Tomuto pojetí odpovídá i v 18. století téměř nezvládnutelná literatura tohoto oboru, 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 komparatistika atd.<sup>9</sup> Uvádím to proto, že z tohoto pohledu při srovnání s pracemi Martiniho a Zeillera sice je třeba mít úctu před obrovskou pilí, se kterou byly potřebné údaje shromažďovány (a tehdy velmi ceněny), nicméně z pohledu právníckého skutečně těžko před soukromým právem té doby obstojí (viz dále k potřebě civilizování ústavního práva).<sup>10</sup> To je významné pro pochopení ovzduší, ve kterém ABGB vznikl. Z hlediska úrovně právní vědy byly trumfy v rukou po staletí pěstovaného soukromého práva a obrovské judikatury v té souvislosti vytvářené.

## 3. Prvky moderního státu v procesu přípravy a textu ABGB

Problematika moderního státu patří k tradičním otázkám státovědy.<sup>11</sup> Nemohly se jim vyhnout ani pří-

<sup>8</sup> Za klasicickou práci té doby možno považovat dílo hlavní postavy statistiky G. Achenwalla: *Staatsverfassung der heutigen vornehmsten europäischen Reiche und Völker im Grundrisse* (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.). Označení státní ústava je tak z dnešního pohledu matoucí.

<sup>9</sup> Klíčová reprezentativní práce pro rakouskou monarchii – dvousvazkové 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. Sám Bisinger členil tzv. obecnou statistiku na tři části Grundmacht (hlavní činitel 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. Jeden z kritiků tohoto stavu ironicky poznamenal, že statistika se stala spíše vědou o statistice definic statistiky. Podrobně k těmto diskusím viz Schiefer, P.: *Achenwall und seine Schule. Ihre Bedeutung für die heutige Entwicklung der Statistik.* München 1916, s. 14.

<sup>10</sup> Je to ale pochopitelné, když si uvědomíme, že veřejnoprávní soudnictví začalo v monarchii fungovat až v roce 1869 (Říšský soud), popř. 1876 (Správní soudní dvůr).

<sup>11</sup> Viz Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J.: *Základy státovědy.* 4. vyd. Brno 2006, s. 47 a literaturu tam uvedenou.

pravné práce na ABGB ve druhé polovině 18. století, které přineslo tolik zásadních zvrátů ve vývoji lidstva obecně a veřejného práva zvláště. Proto se musím v následujícím výkladu omezit jen na uvedení alespoň některých styčných bodů těchto státovědeckých aspektů ve vazbě na obsah ABGB,<sup>12</sup> neboť jeho 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>13</sup>

Z hlediska hledání znaků moderního státu je četba ABGB a zejména jeho předchozí západohaličské verze cestou do pravěku ústavního práva. V obecných pasážích této verze se zapracovávají poučky tehdejšího předmětu *Naturrecht* podle studijních řádů pro právnické fakulty.<sup>14</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>15</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. 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 racio-

nálně a z přírody či povahy věcí odvozených pravidel, 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 racionalistického a abstraktního přístupu k právu psal v roce 1790, kdy ještě dosah francouzské revoluce nebyl zcela zřejmý.<sup>16</sup> Rehbergova práce vychází již po jejím odeznění. Zde Rehberg hovoří o těch, co chtějí konstruovat budoucnost a dokonalou svobodu a rovnost, podle jejichž ideálů by se mělo celé zákonodárství odvodit z evidentních zásad rozumu jako o filosofických blouznivcích a metafyzických státoumělcích (*philosophische Schwärmer, metaphysische Staatskünstler*).<sup>17</sup> Významné je to i z toho důvodu, že to předznamenalo německou diskusi (Savigny – Thibaut) o možnosti kodifikace německého práva.

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. Možno v této souvislosti upozornit na tradiční paradigma pojetí státu jako organismu a státu jako stroje či mechanismu, ve kterých je již problém sociálního inženýrství nepřímou obsažen. Obě teorie (spolu se smluvní teorií) významně ovlivnily vývoj myšlení o státu včetně snah po kodifikaci 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.

<sup>12</sup> Obecný systematický přehled znaků moderního státu viz např. u Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J.: *Základy státovědy*. 4. vyd. Brno 2006, zejm. s. 47 n. Jinak např. zmíněná práce Ch. Piersona: *The Modern State*. London – New York 2004, s. 40 n. vychází z těchto základních znaků: monopolní kontrola prostředků donucení, teritorialita, svrchovanost, byrokracie a zdaňování. Klasické státovědné práce 19. století byly v tomto ohledu ještě daleko skoupější. Tak G. Jellinek: *Všeobecná státověda*. 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 již dostupné na [books.google.com](http://books.google.com)) klade zase důraz na volitelnost, reprezentaci národy a možnost rotace funkcí a sleduje, jak takto založený stát může a musí zajišťovat zachování společenství a civilizace (s. 60).

<sup>13</sup> Některé habsburské državy se nacházely na území dnešního Nizozemí, Itálie a Francie, odkud přicházela inspirace novými prvky v organizaci monarchií směrem k moderní státnosti. O tom, že to naráželo na odpor tehdejších stavů, není třeba se na tomto místě šít.

<sup>14</sup> K obsahu studijních řádů viz podrobněji Walter, R.: *cit. dílo*.

<sup>15</sup> Z dostupných pramenů viz Martini, K. A.: *Des Freiherr Martini Lehrbegriff des Naturrechtes*. Wien 1787 a *Des Freiherr Martini Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechtes*. 1. díl, Wien 1783. Rovněž Zeillerova učebnice *Das natürliche Privat-Recht*. 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>16</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 formulovali encyklopedisté a filosofové (pro Burkeho posměšný výraz). Pro názornější pochopení názorů Angličanů možno uvést posměšný výrok přítele E. Burkeho Artura Younga (v době revoluce cestoval po Francii), který 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 McIllwain, Ch. H.: *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Reprint: Liberty Fund, Indianapolis 2008, s. 1). Pro naši oblast je významná kritika takového racionalistického přístupu s ohledem na kodifikační aspekt moderní státnosti, kterou podal Rehberg, A. W.: *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*. Hannover 1814.

<sup>17</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* (1766). Praha 1893, která našla praktické uplatnění v celé Evropě, ač se na encyklopedisty a Montesquieua odvolává neustále.

Toto postavení je dáno „přirozeností“ i právem.<sup>18</sup> Pokus o změnu může znamenat jen zánik organismu jako celku. Revoluce jsou proto pojmově vyloučeny, uznává se jen evoluční vývoj.<sup>19</sup> Jednotlivec je součástí vyššího celku a je na něm závislý.<sup>20</sup>

### 3.1 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 těmto vlastnostem náleží především její svrchovanost, koncentrace, mocenský monopol a zákaz svémoci, kompetenční kompetence, nepřetržitost, juridizace, judicializace, internacionalizace a sekularizace. V organizaci této nové podoby státní moci jsou též ještě daleko než u vlastností patrné nové formy (profesionalizace, byrokratizace, resortní a územní princip, dělba funkcí mezi státní orgány, nezávislost soudní moci atd.). Tyto vlastnosti státní moci se přímo nebo nepřímo projevily 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 mohlo dojít. Považují za potřebné blíže uvést alespoň několik poznámek.

Podstatným znakem moderního státu je svrchovanost a koncentrace moci. Bez nich by nebylo přijetí ABGB možné. Rozhodnutí panovníka (panovnice) stále na počátku kodifikačních prací v roce 1753 a stejně jako na jejich zdárném konci 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 nezpochybnitelným aktem absolutistického panovníka.<sup>21</sup> Významnou sou-

částí tehdejších obecných zákoníků,<sup>22</sup> jako pruského zemského práva z roku 1794, byla rovněž výslovná úprava problematiky mocenského monopolu státu a zázkazu svémoci, popř. i svépomoci. ABGB byl sice od veřejnoprávních prvků očištěn, nicméně tuto otázku rovněž v § 19 řeší.<sup>23</sup> S nepřetržitostí státní moci jako dalším znakem moderního státu nepřímo souvisí pravidlo § 9, podle kterého panovnické právo platí tak dlouho, dokud není panovníkem změněno nebo zrušeno.<sup>24</sup>

Jiným podstatným veřejnoprávním styčným bodem s veřejným právem 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).<sup>25</sup> Jinak řečeno, vše včetně vládnutí se v moderním státě stává předmětem myšlení, regulace a též změny (např. v důsledku pravidelných voleb). Stát pak je nástrojem k zdokonalování společnosti (obecné 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 spolehlivé údaje pro jeho racionální řízení.<sup>26</sup> S tím rovněž souvisí takové základní znaky moderního státu jako profesionální byrokracie, racionální organizace státní

---

mítnout, zda je možné provádět změny důležitých ustanovení návrhu a co má učinit, když návrh po 20 letech příprav neprojde. Viz Gierke, O.: *Das bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag*. Berlin 1896, s. 1–7, 52–57. Gierke zde vtípně navazuje na titul slavné práce Savignyho a konstatuje, že „naše doba se zdá být způsobilá ke všemu, jen ne ke klidnému zvážení velkých rozhodnutí“.

<sup>22</sup> Rozuměj zákonů, které obsahovaly úpravu otázek soukromého i veřejného práva souběžně.

<sup>23</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 očištěn.

<sup>24</sup> Jinak v obecnější podobě tato zásada – Král zemřel, ať žije král – platila u nás již od *Obnoveného zemského zřízení* v letech 1627 a 1628.

<sup>25</sup> Jak již výstižně poznamenal C. Becker ve svých úvahách (*Modern Democracy*. New Haven 1941, repr. 1959, s. 25), v 18. století Bůh stále panoval, ale již nevládl, když svým poddaným věnoval ústavu a světil jim její výklad. Možno v této souvislosti uvést Bělohorského úvahu o tom, že nyní v dějinném času nejsou otvory, kudy by k nám proniklo světlo věčných pravd, vše se stává zpochybnitelným. Bělohorský, V.: *Identitární panika v postsekulární společnosti*. In: *Právo a dobro v ústavní demokracii*. Praha, s. 98.

<sup>26</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.

<sup>18</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. duší státu je svrchovanost, úředníci jsou umělé údy, odměny a tresty jsou nervy, bohatství je síla, rádcové jsou paměť, shoda zdravím, peníze krví, vzpoura nemocí a občanská válka smrtí. Shrnutí viz v předmluvě J. Krále k překladu jeho práce *O občanu*. Praha 1909.

<sup>19</sup> To bylo Rakousku a Prusku významné, neboť absolutní monarcha 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. Revolucionář z boží milosti*. Praha 1999.

<sup>20</sup> ABGB používá kromě pojmu státní občan též pojem „člen státu“ nebo „člen obce“ (viz § 287, § 288, § 365). V původním překladu jako *Knihla všeobecných zákonů městských*. Praha 1812, to ovšem byl „aud zemské obce“.

<sup>21</sup> Je zde proto zásadní rozdíl oproti přijímání BGB v roce 1896 Reichstagem, které probíhalo ve vzrušené atmosféře, zda je třeba návrh BGB jako celek přijmout nebo naopak od-

správy,<sup>27</sup> popř. samosprávy, správa majetku (panovníka, státu a obecního majetku) atd. Racionální správa moderního státu předpokládá rovněž jeho racionální územní organizaci a především jasně a jednotně vymezené a mezinárodně uznané území státu, kde se bude uplatňovat jeho územní výsost. Proto i požadavek na tzv. *territorium clausum* lze spojit s předpoklady zdárné kodifikace.<sup>28</sup> Podoba uzavřenosti státního území na tomto úseku dostává podobu v postupném překonání právního partikularismu z hlediska územního (§ 11). Z hlediska veřejnoprávního má ovšem v ABGB význam i problematika personální výsosti zejména v dnes již i pro Rakousko zrušených § 4, § 34 až 37 ABGB ohledně právního jednání cizinců nebo v cizině.

### 3.2 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 zásady teritoriality se zapojením zásady personality v určených případech. Vzniká státní občanství v moderní podobě<sup>29</sup> a s ním spojené právní instituty cizineckého režimu. Ty se projevují nejen v oblasti veřejného práva,<sup>30</sup> nýbrž i práva soukromého, jak to původní text ABGB dokazuje (reciprocita, retorse, nevzájemnost). Především se jedná o základní práva a svobody a o vznik pojmu subjektivního veřejného práva (pojem tehdy neznámý). Význam má i hodnocení ABGB z hlediska zavádění rovnosti před zákonem<sup>31</sup> a uplatnění mobility obyvatelstva.

<sup>27</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 38 zmínek o soudcích) a správními orgány (33 zmínek o úředních místech), byť tehdy ještě nebyla důsledná dělba moci výkonné a soudní.

<sup>28</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 Jahrhundertfeier des ABGB. Sv. I., Wien 1911, s. 382–385.

<sup>29</sup> K tomu Thienel, R.: *Österreichische Staatsbürgerschaft*. I. díl, Wien 1989, s. 34–36. Veřejnoprávní aspekt zde uznává i Zeiller. Viz jeho *Commentar*, I. svazek, s. 135, kde píše, že to patří k „politickému zákonodárství“, nicméně i pro soukromé právo to má význam z hlediska rozlišení postavení cizinců (úprava retorse). Protože se jednalo o novou věc (i v návrhu se objevila až v roce 1791), čekalo se též na uznání tohoto občanství v jiných státech.

<sup>30</sup> Zde jen připomínám takové pojmy spjaté s moderní státností a cizineckým režimem, jako jsou banice, deportace, vyhoštění, vysídlení, vydání (extradice) nebo vypovězení (*xenelanie*).

<sup>31</sup> Zeiller, F.: *Commentar*, s. 19 v této souvislosti zdůrazňuje, že zákoník je „obecný“ rovněž proto, že se jeho ustanovení u soudů vztahují na všech třídy občanů. Nelze též zapomenout na označení „občanský“, neboť tehdy v překladu nadpis

### 3.3 Povaha práva a systému práva moderního státu

Moderní stát je spjat s takovými novými formami tvorby práva jako jsou jeho stanovení institucionalizovaným zákonodárným postupem. Na rozdíl od „*utváření se*“ práva v podobě 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 napříště předurčovat chování jedinců a jejich prostřednictvím budou zamýšlené cíle dosahovány snadněji a rychleji.

Vliv koncepce přirozeného, tj. z rozumu odvoditelného práva<sup>32</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 jedině sám může autenticky zákon (i bývalého panovníka) vykládat (§ 8 ABGB) a který též určuje, jak dlouho bude zákon platit (§ 9 ABGB). Zde proto může hledat souvislost s problematikou vývoje úpravy interpretačních metod, které jsou nakonec v ABGB zakotveny v § 6 až 8.

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>33</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.

ABGB zněl „*Kniha všeobecných zákonů městských*“ (vydání Praha 1812), což nám evokuje dávné členění práv na městská (Bürgerliches Recht), selská (Bäuerliches Recht) a junkerská v německých zemích. K tomu Sohm, R.: *Bürgerliches Recht*. In: *Systematische Rechtswissenschaft*. Berlin und Leipzig 1906, s. 2–4. Ve srovnání s pruským Obecným právem zde ovšem nenarážíme na definice stavů, vymezení příslušnosti ke stavům atd.

<sup>32</sup> Tak zejména Zeiller, F.: *Das natürliche Privat-Recht*. 3. vyd., Wien 1819, s. 5–6.

<sup>33</sup> Stačí srovnat definice zákona v *Prohlášení práv člověka a občana* z roku 17989 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.

### 3.4 Kodifikace veřejného a soukromého práva jako konkurenční projekty

Již samotný akt kodifikace 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>34</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>35</sup> Podle mého názoru tak paradoxně tyto akty absolutistické moci klestily 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 vzoru rozetnutí gordického uzlu místo jeho zdoluhavého rozplétání. Modus tak byl připraven, bylo třeba ho jen naplnit jiným obsahem. Ten již připravilo 18. století.

V oblasti veřejného práva se tyto snahy ovšem setkaly s otevřeným nebo skrytým odporem, takže pokus Josefa v. Sonnenfelse o kodifikaci veřejného práva<sup>36</sup> byl nakonec neúspěšný. Myšlenka ústavy nebyla akceptována, ačkoli byla v pozadí všech úvah hlavního designovaného redaktora předpokládaného kodexu veřejného práva, kterým byl právě tento slavný mikulovský rodák.<sup>37</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 *Direktoriu in publicis et camerabilis* a další v *Oberste Justizstelle*.<sup>38</sup> Přesto paradoxně nelze tvrdit, že by příprava veřejnoprávní kodifikace byla bez významu, neboť ovlivnila vlastní práce na ABGB a jeho konečnou podobu.

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.<sup>39</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>40</sup> To by dílu jako ABGB nemohl vůbec svědčit, o tom museli být všichni přírozenoprávníci přesvědčeni.

O omezení ABGB na soukromé právo však nebylo dlouho rozhodnuto, proto není náhoda, že se tato nejistota projevovala i ve formulaci obecné části ABGB. Srovnáváme-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

<sup>34</sup> Konečně von Harrasowsky, Ph. H.: *Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes*. Wien 1868 začíná své výklady kodifikačními pokusy Václava II. a Karla IV.

<sup>35</sup> Tak Pánek, J.: Od České konfederace k Obnovenému zřízení zemskému. In: *Vývoj české ústavnosti v letech 1618–1918*, s. 21. Pochopitelně to nemělo nic společného s představami filosofů a encyklopedistů 18. století, na jehož konci slovy É. Laveleye (Vláda v demokracii. Praha 1897) myslitelé přestali psát knihy a začali psát zákony.

<sup>36</sup> Jeho výsledek se měl označovat jako politisches Codex, Verwaltungsgesetzbuch, setkáme se i s provokujícím názvem Verfassungs- und Verwaltungsgesetzbuch. Základní struktura, kterou Sonnenfels načrtnul, spočívala v tom, že tento kodex měl mít čtyři základní části: a) vnější bezpečnost (tzv. *Militaire*), b) vnitřní bezpečnost (tzv. *Politicum*), c) obchod (tzv. *Commerciale*) a konečně d) finančnictví (tzv. *Camerale*). Vliv tehdy pěstované statistiky (viz výše) je zde zcela zřejmý. Viz Adler, S.: *cit. dílo*, s. 103.

<sup>37</sup> Z úryvků jeho 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 (provincie) 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. Připomeňme, 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 konstitucionalismus a střetu koncepcí „josefinismu“ a „leopoldinismu“ v té době Beránek, J.: *Absolutismus a konstitucionalismus v Čechách doby Velké francouzské revoluce*. Praha 1989, zejm. s. 15–45.

<sup>38</sup> Na tom se nic nezměnilo ani po dočasném spojení 1797 opět spojení úřadů do „böhmisch-österreichische Hofkanzlei.“

<sup>39</sup> Konečně možno poukázat na obdobné problémy při srovnání postupu evropeizace soukromého a veřejného práva v rámci Evropské unie. Blíže viz Filip, J.: *Evropeizace ústavního práva ČR (vybrané problémy)*. Časopis pro právní vědu a praxi, roč. 2009, č. 3, s. 159 n.

<sup>40</sup> K tomu Adler, S.: *cit. dílo*, s. 140.

pozici oproti snahám upravit jako v Prusku v zákoníku i veřejnoprávní záležitosti.<sup>41</sup>

Typické pro ABGB je, že na tzv. politické zákony a nařízení se jen odkazuje.<sup>42</sup> Ráz tomu udává již uvozo- vací 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 omezují 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. Jistě např. není lepší zdroj pro poučení o pramenech práva, jejich interpretaci a aplikaci, o podobě recepce římského práva než je Codex Theresianus. Nicméně tyto poučky nepatří do zákona a po právu se do ABGB nakonec nedostaly.<sup>43</sup>

ABGB tak začíná vlastně až od § 9 jeho západohaličské verze, ovšem definice občanského práva jako „souhrnu zákonů, kterými se určují soukromá práva a povinnosti obyvatel státu vespolek“, byla upravena tak, že z ní byl vypuštěn obrat „v jejich rozmanitých vztazích“, neboť to opět podle Zeillera mohlo svádět i k vztahům zeměpána a poddaných. I z toho patrná snaha privatizovat důsledně kodex jako občanský, a ne obecný (ve smyslu předmětu, ne rovnosti před zákonem), jak se mohlo původně zamýšlet.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Návrh, aby tato rubrika zněla „O zákonech soukromého práva vůbec“, neprošel jako zbytečný. Adler, S.: *cit. dílo*, s. 141. Zeiller, F.: *Commentar*, s. 18, 33 pod politickými zákony rozumí veřejné právo. Zeiller zejména varuje před mate- ním pojmů různých odvětví a možností zásahů do nejvyšší moci (s. 15).

<sup>42</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 zem- ských zřízení (rozuměj tehdejších ústav, ne konstitucí) a poli- tických předpisů.

<sup>43</sup> Např. ustanovení o tom, že úkolem panovníka je upravit zřetelně práva jeho poddaných a vést 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 úvod do tehdejšího při- rozeného práva. Např. co je právo, stát, společnost, co se ro- zumí objektivním a subjektivním právem, co je vrozené a po- zitivní 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).

<sup>44</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 o rok později zrušena. Její úkol byl přenesen na jednotlivé resorty (přesněji Hofstellen).

### 3.5 Výkladová pravidla v ABGB z pohledu veřejného práva

Zásadní změna, kterou ABGB v samotném závěru přípravy z pohledu veřejného práva nakonec doznal, je problematika výkladových pravidel. Ta jsou adresována veřejnoprávními orgánům, především soudům. V prostředí monarchie bez ústavy jim proto ABGB musel věnovat pozornost (§ 6 až 8).<sup>45</sup> Souvisí to s problemati- kou *référé législatif* či *Anfrage bei Hof*<sup>46</sup>, která se u nás postupně prosadila v době absolutismu. Např. Josefin- ský soudní řád (1781) v uvozo- vacím patentu stanovil, že se soudce musí držet zákona (vůle panovníka) a v případě pochybností se obrátit ke dvoru („*in zwei- felhaften Fällen unsere Entschließung einholen solle*“). Dále jeho § 437 stanovil, že tak je třeba postupovat v případech, že po použití výkladových metod zůstane pří- pad nejasný.<sup>47</sup> Toto pravidlo ještě zachoval § 26 Jose- finského zákoníku (1786), který stanovil totéž s tím, že v případě, že se bude jednat sice o zákonem neuprave- nou nebo nejasnou věc, avšak již v jiném obdobném případě řešenou, je možné případ rozhodnout analogic- ky bez potřeby položení dotazu ke dvoru, stačilo ozná- mení k panovníkově evidenci.<sup>48</sup> Jinak to bylo třeba vždy (*die Belehrung allzeit von dem Landesfürsten gesucht werden*). V roce 1791 zaujal ovšem Leo- pold II. stanovisko důsledně v duchu tzv. leopoldinismu a tuto povinnost zrušil (Patent z 22. února 1791, § 2). Tím byla otevřena cesta k budoucímu § 7 ABGB (ve

<sup>45</sup> Podobnost s předběžnou otázkou k Soudnímu dvoru EU (nyní § 267 SFEU) zde není čistě náhodná.

<sup>46</sup> Ve Francii tento institut upravitel po revoluci již zmíněný De- kret o reorganizaci soudnictví z 16. srpna 1790, který v čl. 12 druhé hlavy stanovil, že soudci právo tvořit nemohou a mají se v případě potřeby obrátit na zákonodárny sbor (což je ob- doba *Anfrage bei Hof*). Jako „ústa, která citují zákon“, jak to napsal Montesquieu (O duchu zákonů. Praha 1947, s. 180), neměli soudci zákony ani interpretovat, ani tvořit. Totéž pravidlo zavádí ustanovení § 6 Úvodu k Obecnému pruskému právu (platilo od roku 1794), když stanoví, že při rozhodování nemá soudce přihlížet k názorům právní vědy (Rechts- gelehrten), ani k dřívějším rozhodnutím. V § 47 je pak upra- vena vlastní problematika dotazu (*Anfrage*), která v Prusku měla směřovat ke speciální komisi panovníka (tzv. *Gesetz- commiſion*).

<sup>47</sup> Soudce se nemusel ke dvoru obracet tehdy, když zde byl zcela totožný rozsudek ve stejné věci. Pokud by soudce tuto povinnost dotazu nesplnil, odpovídal by stranám řízení za tím způsobenou škodu. Ovšem tato pravidla se vztahovala vý- lučně 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 vý- vojem prvků veřejného práva od 16. století, zejména pak o *ius legis ferendae* zakotvené v Obnoveném zemské zřízení (1627).

<sup>48</sup> K této věci se vyslovuje již návrh Codex Theresianus – I. díl, 1. hlava, § 5 body 81 až 85 (viz s výkladem Harrasow- sky, Ph. H.: *Codex Theresianus*. I. svazek, Wien 1883, s. 49–53).

srovnání s Code civile 1804) a k diskusím o otevřenosti nebo uzavřenosti kodexových regulací<sup>49</sup> nebo z hlediska státovědeckého o postavení panovníka a jeho dvorské kanceláře při tvorbě a dotváření práva. Svou roli musely nepochybně sehrát i praktické důvody (zahlčenost žádostmi o poučení).

#### 4. Problém občanského zákoníku bez ústavy

ABGB byl přijímán za okolností, které mohly být jeho obsahu objektivně příznivé i nepříznivé. K těm druhým patří chybějící ústavní zázemí, především co se týká úpravy základních práv a svobod.<sup>50</sup> Snaha o čistě soukromoprávní úpravu byla z dnešního pohledu problémem v situaci, kdy Rakousko sice mělo státní ústavu (zřízení) v podobě určitého mocenského uspořádání v duchu tehdejší statistiky, nebylo ale konstituční monarchií. Lze identifikovat pouze zárodky budoucího konstitucionalismu (např. patenty Josefa II.). Mělo-li se ovšem jednat o „obecný“, tj. pro všech stavy rovně aplikovatelný právní předpis, musel proto pro oblast postavení jedince ABGB chybějící prvky konstitucionalismu alespoň částečně suplovat.

Pochopitelně problematika formy státu se v ABGB objevuje výjimečně a organizace státní moci je především obecně předpokládána např. pro řešení sporů soukromníků. Mocenské uspořádání zde v podání statistické vědy vystupuje jako faktický stav, teprve po roce 1848 se již ve statistických pracích projevuje existence psaného ústavního práva, takže statistika jako věda již tyto otázky přestává řešit.<sup>51</sup> K vydání ABGB

panovník samozřejmě (vybavený *legem iuris ferendae* podle Obnoveného zemského zřízení) žádné zmocnění nepotřeboval, ani se nekonala diskuse, zda se jedná o materii federace nebo jejích subjektů jako v USA, Švýcarsku, Německu, Argentině, Československu apod.<sup>52</sup> Na druhé straně však v dalším vývoji vznikl problém, jak se bude vztah ABGB a postkodexových ústav přijímaných v letech 1848, 1849, 1860, 1861, 1867, 1920 a 1948 vyvíjet.

Vztah veřejného práva a od poloviny 19. století zejména ústavního práva a práva soukromého byl problémem 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 se s ním bylo třeba vypořádat. Vztah nové Ústavní listiny 1920 a ABGB byl nakonec řešen pragmaticky bez velkých teoretických sporů, neboť oblast ústavního práva ležela (stejně jako nyní) u obecných soudů na okraji zájmu. Dodejme, že tehdy ještě se to dělo bez potřeby úvah o dnes tak módním (byť ne všeobecně sdíleném) horizontálním působení základních práv.<sup>53</sup> Co se týče druhé historické situace, kdy se ABGB střetnul s novou ústavní úpravou (1948–1950), jednalo se o střet daleko závažnější, což bylo dáno zásadními změnami, které měla zakotvit Ústava 9. května. Nicméně je třeba říci, že i zde byl tento vztah (jednalo se ovšem o relativně krátké časové období) řešen vcelku uspokojujivě.<sup>54</sup>

údaje o sportovních výsledcích státní reprezentace, kde by se jistě zamýšleli nad tím, zda tato problematika spadá pod charakteristiku „*Grundmacht*“ státu.

<sup>52</sup> Jinak tomu bylo v centralizované Francii, kde postkodexové ústavy let 1814 (čl. 68) a 1830 (čl. 59) konstatovaly, že občanský zákoník a platné zákony, které nejsou v protikladu s konkrétní ústavou, zůstávají v platnosti, dokud nebudou legálně změněny. Následující ústavy to zachovaly, ale již výslovně nehovoří o „*Le Code civil*“, nýbrž obecně o zákonících.

<sup>53</sup> Jako jedno z mála pojednání na toto téma lze uvést stručný příspěvek 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 – povinnosti 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>54</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*). Dospělo se k závěru, že jen tehdy, je-li možný dvojí a vícetý 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 hle-

<sup>49</sup> K tomu komparativně Lukas, J.: *Benthams Einfluss auf die Geschlossenheit der Kodifikation*. Archiv für öffentliches Recht, roč. 1910, č. 1. Jinak upozorňuji, že v té době (17191) tím ještě nebyla tato otázka definitivně vyřešena, jak upozorňuje slavný komentář Pfaff, L., Hofmann, F.: *Kommentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuche*. I. svazek, Wien 1887, s. 20–21 (zvláště poznámky č. 98 a 109).

<sup>50</sup> Obdobnou situaci nalezneme i v Prusku, které se svým Obecným právem habsburskou monarchie předešlo (1794). Obecné právo zde obsahovalo výslovně i veřejnoprávní materii dokonce ústavní povahy, když zejména v úvodní části (Einleitung) upravilo obecně postavení jednotlivce ve vztahu ke státu. Fenske, H.: *Der moderne Verfassungs-Staat*. Paderborn etc. 2001, s. 189 dokonce považuje státoprávní části 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.

<sup>51</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. Jinak však tato problematika alespoň částečně zůstává zachována i v dnešních statistických ročenkách v podobě přehledů o činnosti státních orgánů, výdajích nebo volbách. Na druhé straně by asi statistiky 18. století překvapily

Charakteristickým rysem vývoje veřejného práva 19. století bylo, že jeho instituty jako veřejná moc, veřejná věc, veřejná cesta, veřejnoprávní smlouva apod. se tehdy vytvářely právě pod vlivem občanských kodexů. Tento jev můžeme označit jako *civilizování* ústavního práva na rozdíl od dnešních snah po *konstitucionalizování* soukromého 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 by se dostalo na úroveň tehdy již rozvinuté vědy a praxe soukromého práva.<sup>55</sup> To samozřejmě vyžadovalo nový styl a metody práce na straně vědy a zejména změny ve formě vlády na straně společenského systému. Z tohoto hlediska je důležité vidět, že k takové změně došlo v naší části monarchie až 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>56</sup> Tím také bylo možno odlišit veřejnoprávní soudnictví a soukromoprávní soudnictví ve vztahu k materii ABGB, což nepředstavovalo zásadní problém.<sup>57</sup>

Podstatnou otázkou z hlediska civilizování státního či ústavního práva té doby vystihl v té době snad nejlépe P. Laband, který již v předmluvě k 1. vydání svého státního práva postavil před sebe následující úkol. Konstatoval, že řada právních pojmů již našla svůj výklad na poli soukromého práva, ačkoli se jedná o obecné pojmy práva jako takového (obdobně O. Mayer postupoval na poli práva správního). Nyní je proto třeba očistit je od soukromoprávního nánosu, nikoli pouze přenést do státního práva. To se nedá vykládat „civilisticky“ jen proto, že soukromé práva má velký náskok.

diska použití právních předpisů, které se dostaly do rozporu s ústavou 1948. Zde judikatura došla např. v případě § 161 Ústavy 1948 (zákaz kartelů) k závěru, že jde o veřejnoprávní věc, proto je vyloučeno, aby se účinky takovým předpisům projevíly za nové ústavy. Oproti tomu ve věcech výživného manželky bylo konstatováno, že ústava nepůsobí nazpět 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.

<sup>55</sup> V tomto příspěvku se nezabývám problematikou obsahového vzájemného pronikání obou oblastí práva související s omezováním autonomního sebeurčování v právních vztazích nejen jedince, nýbrž i státu (spory ohledně obsahu svrchovanosti v době evropeizace a globalizace).

<sup>56</sup> Blíže k veřejnoprávnímu soudnictví viz Lehne, F.: *Rechtsschutz im öffentlichen Recht: Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof*. In: Die Habsburgermonarchie 1848–1918. II. svazek: Verwaltung und Rechtswesen. Wien 1975, s. 663–715.

<sup>57</sup> Výjimkou byla jen povaha vlastnického práva tehdy garantovaného v čl. 5 Základního zákona č. 142/1867 ř.z. 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.

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 nejuristické a že klesne na úroveň politické každodenní literatury“.<sup>58</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>59</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 politikové občas chovají k ústavním normám hůře, 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, znalostí 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>60</sup> Ale bez dlouhodobějšího používání nebudeme vědět, co funguje dobře a co ne. Stálé změny takový závěr nemožní. 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 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 Theresiani do Josefínského zákoníku a dále, něco je v uvozovacím patentu,

<sup>58</sup> Uvádím dle Laband, P.: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. 5. vyd., I. svazek, Tübingen 1911, s. VII.

<sup>59</sup> Zde souhlasím s poznatky, které učinili Adamová, K.: *Contemplation over the Publishing History of Journal Právník*. The Lawyer Quaterly, roč. 2011, č. 1, s. 43 a zejména J. Kysele: *Ústavní právo na stránkách Právníka – pokus o reflexi* (v tisku, autorovi děkuji za laskavé zpřístupnění rukopisu).

<sup>60</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.

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.

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

### ***Summary***

The author examines the relevance of the General Civil Code 1811 (GCC) for the development of the public law in a historical perspective to the present. In this

context, the attention is paid to relation of private and public law in the preparatory works on GCC in the 18<sup>th</sup> century, further to the proposal to prepare also a Political Code, which should have to codify the Austrian public law. As a prerequisite for the adoption of such code of law the author defines the essential features of the modern State in terms of the nature and organization of State power, its territory, the status of the individual and the nature of the system of law. Furthermore, he deals in detail with the development of the science of nonstitutional law that was grown in the Austrian monarchy from the 18<sup>th</sup> century under label of General statistics. At the conclusion the author ask the questions of possibilities of interference and interaction between nonstitutional law and of private law in the historical development.