

1994

VI.

ČASOPIS PRO PRÁVNÍ VĚDU A PRAKTI



PRÁVNICKÁ FAKULTA
MASARYKOVY UNIVERZITY
V BRNĚ

Časopis

pro právní vědu a praxi

č. 6.

Ročník II.

1994

VYDÁVÁ

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Vychází šestkrát ročně

Redakční rada

Doc. JUDr. Jiří Kroupa, CSc.
(předseda redakční rady)

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.
(vědecký redaktor)

Doc. JUDr. Josef Bejček, CSc.
JUDr. Josef Fiala, CSc.
JUDr. Dalibor Jílek, CSc.

Doc. JUDr. Petr Průcha, CSc.
JUDr. Jiří Spáčil, CSc.

TECHNICKÁ REDAKCE A GRAFICKÁ ÚPRAVA TEXTOVÉ ČÁSTI
ING. JIŘÍ RUS

Adresa redakce

Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně
Veveří 70
611 80 Brno
Tel. 41 32 12 97
Fax. 41 21 31 62

Rozšiřuje a objednávky vyřizuje

Oddělení pro vědu a výzkum
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně
Veveří 70
611 80 Brno

Uveřejněné příspěvky neprošly jazykovou úpravou vydavatele

ISSN 1210 – 9126

Č L Á N K Y

Akciová společnost jako pozitivněprávní pojem českého soukromého práva

Karel ELIÁŠ

Úvodem

V právní vědě se často stává, že pracuje s pojmy, jimž se nejednou přikládá ustálený význam, přejímaný buď ze starší literatury, anebo i jen intuitivně chápaný. Pak ale není věci na škodu čas od času se na takové pojmy podívat podrobněji a jejich pojmový obsah podrobit detailnějšímu rozboru.

Pokud jde o akciovou společnost, nepochybně každý z právníků ví, co termín „akciová společnost“ obnáší. Přesto si však myslím, že ani v tomto ohledu nebude neúčelné podívat se na pozitivněprávní význam toho pojmu a na některé jeho obecnější souvislosti s důrazem na některé opomíjené detaily.

I. Sémantická hlediska

Máme-li zjistit, co je akciová společnost z hlediska pojmového, nelze v tomto ohledu pominout filologii. Tzv. *genus proximum* je tu společnost ve smyslu zájmové a organizované seskupení osob, *differentia specifica* je adjektivum akciová, což je slovo odvozené od substantiva akcie, u nás už léta zdomácnělého, pocházejícího

původem z latiny, kde *actio* znamenala nejen *jednání* (srov. k tomu české *akce*), ale také *právo k žalování, nárok* (a později také žalobu samotnou).

Ještě za Jungmannových dob, t.j. v 30. letech 19. stol., čeština slova *akce* a *akcie* chápala jako zaměnitelná synonyma, z nichž každé mělo dvojí význam: jednak tedy *konání, skutek*, jednak, řečeno s Josefem Jungmannem, „*wklad neb sázka, totiž položená summa w nějaké společnosti, aby podíl měl v zisku obecném*“¹. Akcie je nazvána proto akcií, že je v ní především ztělesněn *žalovatelný nárok* jejího majitele proti společnosti na podíl na zisku (a mimo to i nárok další).

Pojmu *akciová společnost* používají v příslušných jazykových mutacích takřka všechny národy kontinentální Evropy. Tak např. v němčině *die Aktiengesellschaft*, v italštině *Sozieta per Azioni*, posky *spólka akcyjna*, atd. Ve franštině však označení *société anonyme*² vyjadřuje, že – rozdílně od jiných obchodních společností jsou zde společníci utajeni, anonymní, veřejnosti neznámí. (Jde tu ostatně o princip, platný také u nás, protože podle českého práva se společníci akciových společností povinně nezveřejňují a nezapisují se do obchodního rejstříku; srov. rovněž § 28 odst. 3 písm. d) našeho obchodního zákoníku).

U anglického termínu *joint-stock company by share* (popř. jen *joint-stock company* anebo *stock company*) nutno mít na vědomí podstatnou odlišnost angloamerického a kontinentálního práva. (Termínem *joint stock* se označuje akciový kapitál, *share* značí akcii (ale také podíl, účast, aj.) Americká angličtina nepoužívá termínu *company*, ale *corporation*; mimo to existuje také *joint-stock association*. Akciové společnosti, jejichž akcie vlastní a s nimiž obchoduje veřejnost, se v angloamerickém právu označují běžně termínem *public company*, popř. *public corporation* (řekli bychom: veřejná, otevřená společnost; obdobně i v ruské právní terminologii).

II. Pozitivně právní vymezení v českém obchodním zákoníku a některé obecné otázky

Podle ust. § 154 odst. 1 našeho obchodního zákoníku (ObchZ) je akciovou společností taková obchodní společnost (§ 56, odst. 1), jejíž základní jmění je rozvrženo na určitý počet akcií o určité jmenovité hodnotě, přičemž tato společnost odpovídá za porušení svých závazků celým svým majetkem a akcionář za závazky společnosti neručí.

Toto pojmové vymezení doplňuje ještě § 56 odst. 1 ObchZ tak, že akciová společnost (stejně jakákoli jiná společnost podle českého práva) je právní osobou.

Z této charakteristiky tedy především plyne to, že každá akciová společnost je současně obchodní společnost a právní osoba, a to společností s povinně vytváře-

¹ Jungmann, J., Slovník česko-německý, díl I. (A–J), Academia, Praha, 1989, s. 9.

² Velmi pěknou a důkladně zpracovanou informaci o anonymitě akcionáře (i se zřetelem k francouzskému akciovému právu) podává Černá, St., Zaknihované akcie a anonymní akcionáře v české, francouzské a německé úpravě, Právní praxe v podnikání, 1994, č. 2, s. 6 a násl.

ným základním jměním, jež se celé, ve svém číselně vyjádřeném souhrnu, musí krýt se souhrnem nominálních hodnot všech akcií, které tato společnost vydává.

Pojmové vymezení § 154 ObchZ však postrádá přesnosti, pokud uvádí, že akciová společnost odpovídá celým svým majetkem za **porušení** svých závazků, protože je zřejmé, že společnosti tímto majetkem odpovídá prioritně za **do držení** takových závazků. Především však neplatí, že by akcionář za závazky společnosti neručil: zruší-li totiž společnost s likvidací, pak akcionář po jejím zániku za tyto závazky ručí, a to až do výše svého podílu na likvidačním zůstatku. Toto řešení odpovídá principu, že za závazky společnosti „*nur das Gesellschaftsvermögen haftet*“ (ručí jen **jmění společnosti**; srov. např. čl. 620I švýcarského obligačního práva nebo posl. větu § 1 odst. 1 německého akciového zákona), t.j. že věřitelé jsou ze svých pohledávek předmětně oprávněni jen vůči společenskému jmění společnosti, jehož kontinuita se předpokládá i po zániku společnosti (ve formě tzv. likvidačního zůstatku).

V našem obchodním zákoníku jde tedy o legální definici určující akciovou společnost podle druhových znaků, ovšem neúplnou, jež je navíc v tvrzení o neexistenci ručení akcionářů za závazky společnosti také definicí nesprávnou, a z těch důvodů bude zřejmě správně považovat ji jen za definici indikativní, nikoli normativní.

Předchozí legální definice v § 1 předtím platného zákona o akciových společnostech č. 104/1990 Sb., která určovala, že „akciová společnost je právní osobou pro podnikatelskou činnost, jejíž základní kapitál je rozvržen na určený počet podílů (akcií) o předem určené jmenovité hodnotě“ byla v mnoha ohledech přesnější. Současně je patrný rozdíl obou normativních konstrukcí v tom, že za účinnosti zák. č. 104/1990 Sb. mohly být akciové společnosti zakládány jen za podnikatelským účelem, zatím co za právní úpravy současné není založení společnosti podnikatelským účelem limitováno, protože obchodní kodex sám povoluje založit také akciové společnosti s posláním jiným než komerčním (§ 56 odst. 1, posl. věta).

V té souvislosti vzniká několik otázek, jichž si podrobněji všimneme dále, především totiž problematiky akciové společnosti jako právní osoby, jako kapitálové obchodní společnosti a jako podnikatele (a kromě toho i některých otázek dalších).

Nejprve však bude na místě pro srovnání nahlédnout, jak akciovou společností charakterizují ve své pozitivně právní úpravě některé další právní rády.

III. Legální definice akciové společnosti v některých dalších právních úpravách

Německá spolková republika věnovala úpravě akciových společností zvláštní zákonnou úpravu, totiž akciový zákon z roku 1965 (BGB1. I S. 1089), který v § 1 odst. 1 určuje, že „akciová společnost je společnost s vlastní právní subjektivitou. Za závazky společnosti se ručí jen společenským jměním“ K tomu se pak v druhém odstavci dodává, že: „Akciová společnost má základní jmění rozděleno na akcie.“

Rakouský akciový zákon, rovněž z r. 1965 (BGB1. 1965/98), stanovil v § 1, že „akciová společnost je společnost s vlastní právní subjektivitou, jejíž společnosti

jsou účastní svými vklady na základním jmění, rozděleném na akcie, bez toho, že by osobně ručili za závazky společnosti.⁴

Švýcarské závazkové právo (Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vymezuje v čl. 620 akciovou společnost jako „společnost s vlastní firmou, jejíž předem určený kapitál (základní kapitál) je rozdělen na dílčí sumy (akcie) a za jejíž závazky ručí jen společenské jmění.“

Polský obchodní zákoník legální definici akciové společnosti nezná: úvodní ustanovení § 1 čl. 307 však jako podstatný pojmový znak společnosti stanovuje, že „se základní (akciový) kapitál akciové společnosti dělí na akcie o stejné nominální hodnotě.“

Žádná z těchto charakteristik není dokonalá a jejich některé nedostatky se snaží odstranit doktrína, jejímž úkolem ostatně je, aby právní pojmy vysvětlila. Zdá se proto, že tato legální vymezení potvrzují starou pravdu o zrádnosti definic v právu v a právních předpisech zvláště. Zdá se však současně, že se právní předpisy bez legálních definic volených z pragmatických důvodů leckdy sotva obejdou.

IV. Akciová společnost jako právnická osoba

V průběhu vývoje právní úpravy v různých státech vznikaly na jednotlivé pojmové složky vymezující akciovou společnost různé názory a uplatňovala se tu různá doktrinární hlediska.

Tak tomu bylo i co se náhledu na akciovou společnost jako právnickou osobu týká, zvláště pak: a to i v době, kterou již můžeme označit za moderní, v oblastech ovlivněných německou a rakouskou právní kulturou (tedy včetně českých zemí, zatímco území dnešní republiky slovenské, podléhající až do vzniku Československé republiky v r. 1918 vlivu právní kultury uherské, byla situace odlišná). (stejně tak v právních oblastech podléhajících vlivu práva francouzského (přínejmenším od vydání napoleonského Code de commerce v r. 1807) nebylo v moderní době pochyb o vlastnosti akciové společnosti jako právnické osoby.)

Klasická německá právní nauka, zejm. stoupenci tzv. historickoprávní školy a pandektistické (např. C. F. von Savigny a G. F. Puchta), byla poznamenána původní římskoprávní konstrukcí právnických osob vycházející z kontradikce korporací („spolků“) a societ („společností“), a akciové společnosti považovala za pouhé společnosti ve smyslu *societates iuris civilis* římského práva, nikoli za právnické osoby.⁵ Uvedené pojetí vycházelo, stručně řečeno, z názoru, že majetek akciové společnosti existuje jako latentní kondominium akcionářů, které se mezi ně jako likvidační

³Např. Savigny, F. C., von, Das Obligationenrecht, II., Veit und Comp., Berlin, 1853, s. 113 n., pozn. (f). K tomu podrobněji: ze starší literatury např. Wenig, A., O právní povaze obchodních společností, Sborník věd právních a státních, 1923, s. 249 a násl., z novější literatury srov. Eliáš, K., Novodobý rozměr starého právního sporu, Právník, 1993, č. 1, s. 32 a násl.

zůstatek po zrušení společnosti rozděluje podle poměru jejich akciových (spoluvlastnických) podílů.

Tato doktrína nadlouho a podstatně ovlivnila středoevropská právní pojetí u nedjednoho z proslulých komercialistů, jako byli např. v Německu H. Thöl⁴, nebo v Rakousku R. von Canstein⁵ ve Švýcarsku C. Wieland (ten ještě ve 20. letech), aj. Pod vlivem těchto názorů se vyvíjela i česká jurisprudenc. Ještě počátkem tohoto století popírá vlastnost právnické osoby u všech obchodních společností náš vynikající procesualista E. Ott.⁶

Toto pojetí však bylo záhy z různých názorových pozic a s různým odůvodněním potíráno. Tak proti němu již na přelomu století vystoupili v Německu např. L. Goldschmidt⁷, O. Gierke⁸, anebo H. Staub; z rakouských m. j. O. Pisko⁹ atd.

V české právní doktríně se o akceptaci myšlenky, že akciové společnosti právnickými osobami jsou, zasloužili nejvíce A. Randa¹⁰ a E. Tilsch, podobně jako Randa, přiznával akciové společnosti vlastnost právní osobnosti především z těch důvodů, že akcionář nemůže se „svým“ vkladem do společnosti po jeho odevzdání nijak disponovat, že akcionář za závazky společnosti osobně neručí a že tedy společenské jmění „jest v příčině práv i závazků úplně samostatno.“¹¹

Názorový směr, že akciová společnost je právnická osoba, pak již na počátku 20. stol. zcela převládá i v těch právních naukách, které se vyvíjely pod německo-rakouským doktrinárním vlivem.

Současná situace je zcela jednoznačná, protože všechny právní řády, o nichž byla řeč shora, akciové společnosti za právnické osoby výslovně prohlašují. Tak tomu je i u nás. Již předchozí zákon o akciových společnostech č. 104/1990 Sb. prohlásil akciové společnosti za právnické osoby výslovně v § 1 odst. 1 (to rozdílně od předchozího zákona č. 243/1949 Sb., který o této její vlastnosti mlčel). Také současná právní úprava v obchodním zákoníku označuje akciové společnosti za právnické osoby výslovně (stejně jako všechny ostatní obchodní společnosti) v § 56 odst. 1 ObchZ.

Z této normativní konstrukce vyplývají některé podstatné právní důsledky. Především v tom, že se akciové společnosti co do základu svého právního statusu podro-

⁴Thöl, H., Handelsrecht, I., Fues's Verlag, Leipzig, 1875, s. 459 a násl.

⁵Canstein, R., von, Das Handelsrecht für das Universitäts-Studium, Bd. I., Carl Heymans Verlag, Berlin, 1896, s. 285 a násl.

⁶Ott, E., Úvod ve studium nového řízení soudního, I., Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, Praha, 1908, s. 155.

⁷Goldschmidt, L., System des Handelsrechts mit Einschluss des Wechsel-, See- und Versicherungsrechts im Grundriss, Verlag von F. Enke, Stuttgart, 1891, s. 121.

⁸Gierke, O., Grundzüge des Handelsrechts in Kohler, J. (ed.), Encyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. I., Duncker & Humblot u J. Guttentag, Leipzig u. Berlin, 1904, s. 945 an.

⁹Staub, H. - Pisko, O., Kommentar zum Allgemeinen Deutschen HGB, Bd. I., Manzche k. u. k. Hof-Verlag und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1908, s. 574.

¹⁰Randa, A., Das Österreichische Handelsrecht, Bd. II., Manzche k. u. k. Hof-Verlag und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1912, s. 32.

¹¹Tilsch, E., Občanské právo - část všeobecná, Všehrd, Praha, 1925, s. 139 an.

bují obecné úpravy právnických osob v občanském zákoníku, pokud od ní obchodní zákoník jako *lex specialis* nestanovil odchylky (§ 1 odst. 2, věta druhá ObchZ a § 1 odst. 2 OZ).

Důsledkem toho je fakt, že akciová společnost má **způsobnost mít** jako zvláštní právní subjekt práva a povinnosti (§ 18 odst. 1 OZ) a tato práva a povinnosti může také **nabývat** (§ 20 OZ); v těchto vlastnostech může být omezena jen zákonem (§ 19a odst. 1 OZ). Způsobnost k právům a povinnostem i způsobnost k právním úkonům je u akciové společnosti v principu neomezena: v tom směru je našemu právu cizí doktrína *ultra vires* uplatňovaná v oblasti angloamerického práva (jistá její modifikace se uplatnila i v oblasti sovětského práva a pod jeho vlivem v československém tzv. právu hospodářském (§ § 18 a 18a HZ).

Obecná úprava právnických osob je obsažena v § § 18 a 20a OZ a pro akciové společnosti je důležitá dále zejména v tom, že z ní vyplývají její základní pojmové znaky jako právnické osoby).

Občanský zákoník také zřetelně vyjadřuje akceptaci normativního principu pro zakládání všech právnických osob (§ 19 odst. 2), spočívajícího v tom, že právnické osoby vznikají registrací do seznamu veřejnoprávní povahy. To tedy platí i pro akciové společnosti (§ 62 odst. 1 ObchZ).

V. Akciová společnost jako obchodní společnost

Jak je v moderním obchodním právu obvyklé, prohlašuje rovněž i náš obchodní zákoník akciové společnosti za **společnosti obchodní** (§ 56 odst. 1, věta druhá), a to i tehdy, jde-li o ty akciové společnosti, které za Komerčním účelem založeny nejsou (tamtéž in fine).

I z této konstrukce vyplývají významné právní důsledky, zvláště pak v tom směru, že i akciové společnosti plně podléhají obecné úpravě obchodního zákoníku o obchodních společnostech v § § 56 až 75, krom toho např. také v tom, že se vztahy mezi zakladateli akciových společností navzájem, ale také na vztahy mezi akcionáři a společností a vzájemné vztahy mezi akcionáři týkající se jejich účasti na společnosti považují **vždy za obchodní závazkové vztahy** (§ 261 odst. 3 písm. a) ObchZ), podrobující se úpravě obchodních závazků v třetí části obchodního zákoníku.

Především obecné úpravě této části se podrobují také smlouvy o převodech akcií a zatímních listů (§ 261 odst. 3 písm. a) ObchZ in fine), neboť speciální úprava těchto smluv je obsažena v zákoně o cenných papírech č. 591/1992 Sb.

VI. Akciová společnost jako kapitálová obchodní společnost

Akciová společnost je učebnicovou ukázkou kapitálové obchodní společnosti.

Tato charakteristiky se v první řadě odvozuje od základního pojmového znaku akciové společnosti, jímž je předem určené a (nejméně v zákonem stanovené minimální výši) povinně vytvářené **základní jmění** (základní, popř. akciový kapitál), rozdělené na dílčí nominální podíly (akcie). Obojí je zákonou podmínkou platného založení společnosti.

Z toho pak plynou některé další typické znaky kapitálových společností, jež zvláště u akciových společností vystupují velmi zřetelně.

Především platí, že společníci (akcionáři) se stávají společníky jen tehdy, splní-li vkladovou povinnost – velikost majetkových účastí společníka má přímý vliv na velikost jeho obchodního podílu, který vyjadřuje nejen míru účasti akcionáře na čistém obchodním jmění společnosti (§ 61 odst. 1 ObchZ), ale vůbec míru oprávnění společníka vůči společnosti, zejm. co se týká váhy jeho hlasu při rozhodování o společenských záležitostech, kdy navíc platí, že rozhoduje názor takto chápané (prosté nebo kvalifikované) většiny a že jednomyslnost rozhodnutí se nevyžaduje (§ 186 ObchZ). S tou skutečností pak úzce souvisí nutnost zákonné ochrany kvalifikované menšiny akcionářů (§ § 181 a 182 ObchZ).

Zánik účasti společníka ve společnosti také nijak **právně** neovlivňuje její existenci: Obchodní podíl, reprezentovaný akcií, popř. akciemi je *zásadně* volně převoditelný.

Pro prosperitu společnosti nejsou zvláště důležité osobní vlastnosti jejich zakladatelů a společníků, ale právě síla jejich kapitálové účasti na společenském podnikání: obchodní vedení akciové společnosti i další její záležitosti zásadně zajišťuje profesionální a placený management.

Poslední typický znak kapitálových společností je ten, že jim zákon předepisuje základní organizační strukturu a předepisuje jim také povinnost ustavit určité interní orgány a přijímat v nich rozhodnutí určitým procedurálním postupem, jehož základní pravidla stanoví zákona.

VII. Akciová společnost jako podnikatel

Jako právnické osoby, jež jsou současně obchodními společnostmi, podléhají akciové společnosti povinným zápisům do obchodního rejstříku (§ 28 odst. 2 písm. d) ObchZ). Z toho pak plyne ten nepochybný závěr, že **každá akciová společnost je podnikatelem** ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) ObchZ, protože toto zákonné ustanovení označuje za podnikatele *všechny osoby zapsané v obchodním rejstříku*, nevyžadujíc přitom pro takové osoby (odchylně od dalších osob uvedených tamtéž pod písm. b) až c)) fakticitu jejich podnikání nebo i jejich samotnou existenci zřízenou za podnikatelským účelem (viz § 56 odst. 1 ObchZ in fine).

Nepochybný je především status podnikatele pro ty akciové společnosti, které byly založeny za účelem podnikání a jež také fakticky podnikají, t.j. vyvíjejí jako svou základní aktivitu samostatně, vlastním jménem a na vlastní odpovědnost

takovou soustavnou činnost, jejímž účelem je dosažení zisku (§ 2 odst. 1 ObchZ).

Podnikateli jsou dále i takové akciové společnosti, které (a ac byly za podnikatelským účelem založeny) z nějakých právních důvodů nepodnikají, např. protože jsou v konkursu nebo v likvidaci, anebo jsou-li z jiných důvodů nečinné (srov. § 68 odst. 6. písm. a) ObchZ in fine).

Podnikateli jsou však jako **fiktivní podnikatelé** i ty akciové společnosti, které za podnikatelským účelem založeny nebyly vůbec, a důvod jejichž existence v podnikání nespočívá, protože samy ani podle jim určeného předmětu činnosti legálně podnikat nemohou. I tyto společnosti se svým vznikem, svázaným s okamžikem jejich zápisu do obchodního rejstříku (§ 62 ObchZ podnikateli bez dalšího stávají).¹²

Takovou konstrukci zákonodárce zvolil, jak plyne z důvodové zprávy k návrhu k § 56 ObchZ po vzoru úpravy německé a rakouské, veden přitom pragmatickými důvody a ve snaze podrobit v zájmu právní jistoty třetích osob všechny akciové společnosti, bez ohledu na předmět jejich činnosti, stejnému právnímu režimu. (Pro právní režim, jemuž se podrobí smlouvy uzavírané s akciovou společností, není rozhodující, za jakým účelem byly zřízeny, ale právě jejich právní forma. (Totéž platí i pro společnosti s ručením omezeným a, jak plyne z § 221 odst. 1 ObchZ, také pro družstva.))

Pro tyto společnosti se v naší komercialistice vžívá označení **podnikatel podle právní formy**¹³, utvořené analogickým překladem příslušného pojmu z právníké terminologie německé (*Formkaufmann*; v právní terminologii se synonymicky užívá také termín *Kauffmann kraft Gesetzes*, dříve též, např. v poetičtější terminologii Cosackové, *Kaufmann kraft Geburt*¹⁴).

¹²Opačně, ale zjevně nesprávně *Faldyna, Fr.*, K problematice pojmu podnikatel a podnikání, Právo a podnikání, 1993, č. 9, s. 2 a násl., *Faldyna, Fr.*, Glosa ke glose k otázce podnikatele podle právní formy, Právo a podnikání, 1994, č. 1, s. 11 an.

¹³Např. *Peňkánová, I. a kol.*, Obchodní právo, I., Codex, Praha, 1993, ss. 19 a 25.

¹⁴*Cosack, K.*, Lehrbuch des Handelsrechtes, Verlag von R. Enke, Stuttgart, 1923, s. 36 a násl. Již tehdy bylo uvedené řešení i ve vztahu k akciovým společnostem (ale také akciovým komanditám, družstvům a společnostem s ručením omezeným běžně; srov. též *Pabst, M.*, Grundriß des Handelsrechtes, C. Heymans Verlag, Berlin, 1919, s. 139.). (Konstrukce podnikatelů podle právní formy se v německo-rakouském prostoru poprvé uplatnila v § 11 německého (pruského) zákona o družstvech z r. 1868 (*Grünt, C. S.*, Das Recht des Commissionhandels, A. Hölder, Wien, 1879, s. 74), u akciových společností v důsledku akciové novely z r. 1870). Naproti tomu souběžně existující obchodní právo československé a rakouské považovalo za daných podmínek za fiktivní podnikatele jen společnosti s ručením omezeným. K tomu např. *O. Pisko* (Lehrbuch des österrreichischen Handelsrechtes, Hölder-Pichler-Tempsky, Wien, 1923, s. 46) poznamenává, že rakouské právo uznalo existenci fiktivních podnikatelů o mnoho později než jiné právní řády a že dosud, rozdílně od „početných zahraničních zákonodárství“ za fiktivní podnikatele neuznává akciové společnosti.

Takové řešení se v Rakousku uplatnilo až v důsledku recepce německého obchodního práva

Podle mého mínění by však bylo na místě vrátit se k našemu vlastnímu juristickému pojmosloví, jež již před válkou v této souvislosti mluvilo o **fiktivním podnikateli** (tehdy však jen ve vztahu ke společnostem s ručením omezeným založeným za nekomerčním účelem).¹⁵ Konstrukce tzv. podnikatele podle právní formy ostatně ničím jiným než právní fikcí není.

I tento závěr má podstatné právní důsledky, zejm. v tom, že postavení všech akciových společností (bez zřetele na předmět jejich činnosti) podléhá obchodnímu zákoníku jako základnímu prameni práva tzv. obchodnímu právu (§ 1 odst. 1 ObchZ), aniž by tak muselo být zvlášť určováno (srov. § 4 ObchZ).

VIII. Akciová společnost jako spolek

V rámci diskuse o charakteru akciových společností, t.j. jsou-li právníckými osobami čili nic, přetrvávající ještě nejméně dvě desetiletí po přelomu 19. a 20. stol., vedli zastánci obou výše uvedených názorových proudů své úvahy v zasetí dvou základních římskoprávních konstrukcí, t.j. korporací a societ, přičemž ti juristé, kteří sledovali obhájení stanoviska, že akciové společnosti právníckými osobami jsou, prosazovali závěr, že akciová společnost má povahu **korporace**, protože její základ tvoří tzv. **osobní substrát**, sdružení společníků (akcionářů).

Hledající pak pro takto zvolený typ ve vztahu k akciovým společnostem v rámci korporací obecnější teoretický pojem, nemohli dospět k jinému závěru, že akciová společnost není společnost (*societas*), ale **spolek**.¹⁶

Tato konstrukce byla zejm. na území tehdejšího, popř. bývalého Předlitavska i z historických důvodů pochopitelná, protože původně pro akciové společnosti platil především rakouský spolkový zákon z r. 1843, později z r. 1852; pro akciové společnosti založené za neobchodními účely platil tento zákon výlučně i po vydání starorakouského obchodního zákoníku z r. 1862 (č. 1/1863 ř. z.: tehdy tedy tyto společnosti za fiktivní podnikatele považovány nebyly). Z těch důvodů se pak v literatuře často namísto o akciových společnostech mluvilo o *akciových spolcích*: to dokonce i těmi autory, kteří upozorňovali na fakt, že **všechny** obchodní společnosti nelze zahrnout pod jedinou právně teoretickou formuli, protože vykazují vůči sobě

po tzv. anšlusu v r. 1938, u nás pak až v r. 1992 (ještě předchozí akciový zákon z r. 1990 možnost založení akciových společností za nepodnikatelským účelem vylučoval; kromě toho tu byla též zákonná překážka v dikci § 1 hospodářského zákoníku, která existenci fiktivních podnikatelů bránila).

¹⁵*Rouček, Gr.*, Československé právo obchodní, I., V. Linhart, Praha, 1938, s. 86.

¹⁶„Nejpříměřeněji sluší proto akciovou společnost považovati za spolek (právníckou osobu typu korporace), v jehož stanovách již dle zákona nachází se ustanovení, že jmění spolku rozdělí se po jeho zrušení mezi členy.“ *Tilsch, I. c.*, s. 140. Srov. též *Krčmář, J.*, Právo občanské I. – Výklady úvodní a část všeobecná, Knihovna Sborníku věd právních a státních, Praha, 1946, s. 160.

podstatné diferenciální znaky, a že vůbec úvaha vedená v rámci pojmové kategorizace societ a korporací je myšlivá, protože obchodní společnosti samy jsou právními útvary zvláštní povahy.¹⁷

Úvahy o spolkovém charakteru akciových společností však vývojem akciového práva neodezdnely ani dnes.

Aktuální je tato otázka zejména v Rakousku. To zvláště z toho důvodu, že v tamější právní úpravě je jasná odpověď na takovou otázku podstatná pro subsidiární aplikaci předpisů, t.j. zda se na rakouské akciové společnosti v případech neupravených akciovým zákonem použijí podpůrné předpisy práva spolkového, anebo předpisy rakouského občanského zákoníku (ABGB) o společnostech (§ 1216 ABGB). Proto i současná rakouská doktrína přiznává akciovým společnostem status spolků, nikoli společností.¹⁸

Fakt, že otázka spolkového, popř. korporativního charakteru akciové společnosti je živá i mimo Rakousko,¹⁹ poznamenal i současnou českou právní doktrínu.

V českém právu má tato právní úvaha především teoretický význam.

Lze jistě shledat některé důvody, proč by akciové společnosti měly být považovány za korporace (*universitas personarum*), a tudíž i za spolky.

Tato konstrukce však naráží na podstatnou překážku v případech tzv. jednolenných akciových společností. Unipersonální akciové společnosti mohou vznikat i podle české právní úpravy. Tehdy bychom, pokud bychom chtěli označit akciové společnosti za korporace a spolky, buď museli tuto skupinu případů překlenout účelovým závěrem, že jde vždy ovšem o výjimku z pravidla,²⁰ což asi vědecky nijak zvláště korektní není, anebo pokusem obdobným, totiž že zde jsou krajní případy, kdy se personální element redukuje jen na **jedinou osobu**.²¹

¹⁷Tak srov. *Goldschmidt, l.c.*, s. 119.

¹⁸Např. *Schiemer, K. - Jabornegg, P. - Strasser, R.*, Kommentar zum Aktiengesetz, Manz, Wien, 1993, s. 4 an., *Kastner, W.* Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, Manz, Wien, 1978, s. 120.

¹⁹Tak např. *Flum, W.* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2: Die Juristische Person, Springer-Verlag, Berlin - Heidelberg - New York - Tokyo, 1983, s. 100 a násl., mluví o kapitálových spolcích (*Kapitalvereine*). *Forstmoser, P. - Meier-Hayoz, A.*, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Verlag Stämpfli & Cie, Bern, 1980, s. 34, charakterizují akciové společnosti jako korporace zapisované do obchodního rejstříku.

²⁰*Pelkánová, I. - Příbyl, Z. - Opltová, M. - Knap, K.*, Základy obchodního práva, Aleko, Praha, 1991, s. 35.

²¹*Forstmoser - Meier - Hayoz, l.c.*, s. 35.

IX. Akciová společnost z hlediska kategorizace právnických osob v občanském zákoníku

Pokud bychom měli akciové společnosti pro naše účely zařadit do nějaké obecnější kategorie, bude tu na místě vyjít z platné právní úpravy právnických osob, t.j. z ustanovení § 18 občanského zákoníku, který za právnické osoby označuje do čtyř klasifikačních skupin, protože jako právnické osoby rozeznává:

- a) sdružení fyzických nebo právnických osob;
- b) účelová sdružení majetku;
- c) jednotka územní samosprávy;
- d) jiné subjekty, o kterých to stanoví zákon.

Prvá kategorie míří na klasičtější římskoprávní konstrukci korporací. Sem patří především spolky a politické strany, a některé subjekty další (např. honební sdružení); z právnických osob upravených obchodním zákoníkem pak mají korporativní charakter typicky družstva; korporativní charakter však mají v naší právní úpravě také osobní obchodní společnosti, neboť i u nich jde pojmově o sdružení osob, jež má vlastnost právní subjektivity. (Osobní obchodní společnosti však nemají korporativní povahu z hlediska některých veřejnoprávních předpisů (typicky veřejné obchodní společnosti podle úpravy v zák. č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů; srov. např. jeho § 17 odst. 2).) Kapitálovým obchodním společenstvem, jež mohou vznikat nebo existovat s jediným společníkem, z právě uvedeného důvodu charakter korporací přiznat nelze.²²

Druhou skupinu reprezentují nadace a fondy, třetí klasifikační skupina byla do občanského zákoníku zařazena s ohledem na obnovené obecní řízení.

Podle mého soudu náleží kapitálové obchodní společnosti, tedy i společnost akciová, do klasifikační skupiny čtvrté, a jedná se tedy o jiné subjekty, o nichž zákon stanoví, že právnickými osobami jsou (§ 18 odst. 2 písm. d) OZ). Tento „zbytkový“ charakter akciových společností je dán tím, že je pod žádnou jinou klasifikační skupinu uváděnou ustanovením § 18 OZ zařadit nelze.

Lze proto tvrdit, že akciová společnost je právnická osoba *sui generis*. Její základní pojmové znaky jsou dva: za prvé jde o obchodní společnost (s vlastností právnické osoby *ex definitione*), za druhé je její základní jmění rozděleno na akcie.

* * *

²²Opačně *Trávníček, J.* in *Švestka, J. a kol.*, Občanský zákoník (komentář), SEVT-Frances, Praha, 1991, s. 53; shodně s ním *Hurdík, J. - Katolický, J.*, K pojetí právnických osob, Masarykova univerzita, Brno, 1992, s. 55 an.

SUMMARY

The concept of „joint – stock company“ in the meaning of law

The article deals with the concept of joint – stock company in the Czech private law. After semantical analysis author compares the legal definition in § 154 of the Czech commercial code with analogous regulations in German, Austrian, Swiss and Polish law.

The historical development of the conception of joint – stock companies as juristic persons in the countries influenced by French law doctrine was different from those, where the German – Austrian historical law school prevailed. The latter came to the conception at the end of the nineteenth century.

After analysing the legal consequences of the position of joint – stock company as commercial capital company we come to the result (following the § 2 of the Czech commercial code) that every joint – stock company is in the legal position of an entrepreneur also if it deals with non – commercial activities (= fictive entrepreneur).

Following the § 18 of the Czech civil code is for a joint – stock company impossible to be a corporation (the possible existence of a company with only one shareholder excludes the character of association of persons). That is why the authors opinion is that a joint – stock company seen from the point of view of the Czech law is a juristic person sui generis.

Postavení věřitelů v konkursním řízení

Ilona SCHELLEOVÁ

1. Věřitelé

Pojem „věřitel (creditor)“ je pojmem hmotněprávním. Vznikl již v římském právu, kde se však pravděpodobně původně užíval ať v právu civilním či praetorském v užším slova smyslu při poskytování úvěru peněžního. Další vývoj soukromého práva však dal tomuto pojmu pevné místo v právu obligacním – oprávněný subjekt každé obligace.

Věřitel jako účastník konkursu je tedy užší pojem vymezený v § 7, kde se uvádí, že jsou to věřitelé, kteří uplatňují nároky. Z toho tedy vyplývá, že nemůže být v konkursním řízení věřitelem, kdo nemá hmotněprávní subjektivitu, tedy ten kdo nemá podle hmotného práva způsobilost být věřitelem. Nerozhoduje při tom zda se jedná o soukromé nebo veřejné právo. V konkursním řízení přitom mají stejná práva tuzemští i cizí věřitelé, je-li však zaručena vzájemnost.

Z hlediska procesního se obecný věřitel stává konkursním věřitelem až své nároky uplatní, což činí návrhem na prohlášení konkursu podle § 4 zákona o konkursu a vyrovnání, nebo přihláškou své pohledávky podle § 20 zákona o konkursu a vyrovnání. Z toho vyplývá, že ovšem v konkursním řízení je věřitelem nejen ten, kdo má podle hmotného práva skutečně proti úpadci určitý nárok, nýbrž i ten, kdo tvrdí, že jej má, bez ohledu na to, zda toto jeho tvrzení je nebo není ve shodě s hmotným právem. Účastníkem konkursního řízení, tedy konkursním věřitelem ovšem přestává být v okamžiku, jakmile je jeho pohledávka s úspěchem popřena. To nám dokladuje další skutečnost, že počet konkursních věřitelů je v průběhu řízení proměnlivý. Před prohlášením konkursu je jím vlastně jen navrhovatel konkursu, resp. navrhovatelé, pokud jich je několik. Ani samotné prohlášení konkursu nám však neuzavře definitivní počet účastníků na straně věřitelů. Předně jsou to všichni, kteří přihlásili své pohledávky podle § 20 zákona o konkursu a vyrovnání. Někteří věřitelé však uplatňují své pohledávky přímo vůči správci podstaty, aniž by podávali jejich přihlášku – jde především o věřitele pohledávek za podstatou. Pokud tyto uplatňují své pohledávky je třeba i je považovat za účastníky řízení. Není pochyb o tom, že za účastníky řízení je třeba považovat i navrhovatele.

Naopak za účastníky konkursního řízení se nepovažují věřitelé, kteří se účastnili jednání v ochranné lhůtě, protože jejich účast není uplatněním nároků.

V případě účastníků incidenčních sporů bude třeba rozhodovat o tom, zda jsou účastníky nebo nikoli individuálně.

Tím, že věřitelé se změni v konkursní věřitele, mění se i jejich postavení. Pokusíme se na některé změny upozornit:

Podle § 14 odst. 1 písm. e) zákona o konkursu a vyrovnání nemohou od prohlášení konkursu již vzniknout práva na oddělené uspokojení, tj. zajištění zástavním nebo zadržovacím právem.

Práva na oddělené uspokojení, která již vznikla v době dvou měsíců před podáním návrhu na prohlášení konkursu, ze zákona zanikají, a to dokonce s tím účinkem, že je třeba do konkursní podstaty vrátit výtěžek jejich zpeněžení, získaný při exekuci.

Věřitelé, kteří mají vůči úpadci pohledávku přiznanou pravomocným rozhodnutím soudu, ztrácejí podle § 14 odst. 1 písm. e) prohlášením konkursu možnost, aby pro ni byl nařízena exekuce.

Směneční věřitelé ztrácejí vůči úpadci výhody směnečného postihu a mohou být uspokojeni jen v rámci konkursu, samozřejmě za předpokladu, že jsou konkursními věřiteli.

Zánik pohledávky započtením podle § 580 a násl. občanského zákoníku není možný, jestliže některá z pohledávek vznikla až po prohlášení konkursu. Pokud jde o pohledávky, které se setkaly před prohlášením konkursu, je jejich kompenzace možná, a to i tehdy, jestliže kompenzační projev byl učiněn až po prohlášení konkursu.¹

Jak správně zdůrazňuje Fr. Zoulík, ustanovení o účincích prohlášení konkursu na postavení věřitele je výrazem základní zásady konkursního řízení, která je charakterizována jako „par conditio creditorum“. Podle této zásady nemají mít jednotliví věřitelé vůči druhým žádné výhody s výjimkou těch, které jim pro zvláštní povahu jejich pohledávek poskytuje přímo zákon. Z toho důvodu někteří věřitelé ztrácejí prohlášením konkursu výhodnější postavení, které až do té doby měli. Věřitelé nesmí také ke škodě ostatních věřitelů uplatnit vůči úpadci své výhodnější možnosti.²

Z hlediska hmotného práva je možné rozeznávat více druhů věřitelů, podle toho jaké kritérium hmotného práva si pro jejich členění zvolíme. Rovněž, jak o tom bude dále pojednáno, v konkursním řízení rozeznáváme několik skupin věřitelů. Poněvadž však v tomto řízení je věřitelem každý, kdo tvrdí, že má proti úpadci majetkově-právní nárok. Přičemž pro zjištění povahy tohoto nároku jsou rozhodná ustanovení materiálního práva, nebylo by možno nic namítat proti tomu, kdybychom také zde třídili věřitele na skupiny podle kritérií převzatých z hmotného práva. Je třeba konstatovat, že se bez nich nelze obejít, ani v konkursním řízení, neboť hmotněprávní kritérium zůstává i v něm pro věřitele v platnosti. Avšak ono samo o sobě nestačí

¹F. Zoulík: *Zákon o konkursu a vyrovnání*, 2. vyd., Praha 1994, s. 85.

²F. Zoulík: *Zákon o konkursu a vyrovnání*, 2. vyd., Praha 1994, s. 86.

pro poznání konkursního řízení. Konkursní právo má jinou povahu než právo hmotné. Jedno je statické, druhé je dynamické. V konkursním řízení jde o určitý druh právní ochrany. Tímto řízením se má docílit uspokojení všech úpadcových věřitelů z jeho majetku. Z tohoto hlediska není rozdílu mezi jednotlivými věřiteli. Rozdíly mohou mezi nimi být pouze v míře a způsobu jejich uspokojení. A tím se dostáváme ke kritériím důležitým pro třídění věřitelů v konkursním řízení.

Pro třídění věřitelů v konkursním řízení je rozhodující kvantitativní kritérium. Kvantita dává představu nultého bodu, tedy představu věřitelů s takovými pohledávkami, které nebudou uspokojeny v konkursu vůbec. To jsou věřitelé s nároky vyloučenými z konkursu. Tím nám vznikla jedna skupina věřitelů. Druhou skupinu tvoří všichni ostatní. Uvnitř této skupiny však je nutné rozlišovat na jedné straně věřitele s nároky, které mají být uspokojeny stoprocentně, a na druhé věřitele s nároky, které mohou být uspokojeny menším procentem.

Uvedené třídění věřitelů podle způsobu uspokojení jejich nároků se zakládá na rozdílech v kvalitě nároků. O jednotlivých skupinách věřitelů bude třeba pojednat samostatně.

Důležité pro potřeby konkursního řízení je třídění nejen věřitelů, ale i samotných pohledávek. Ty totiž mohou vznikat jednak z obligačních dluhů, ale i z dluhů vzniklých mimo obligaci. To však souvisí s širší problematikou občanského práva hmotného se vznikem pohledávek z jiných právních skutečností.

2. Konkursní věřitelé

Základní skupinu věřitelů, jakožto účastníků řízení podle § 7 zákona o konkursu a vyrovnání, tvoří konkursní věřitelé. Tedy věřitelé, kteří uplatňují nároky, použijeme-li vymezení uvedené v citovaném paragrafu. Toto vymezení však zdaleka nestačí k jejich úplné charakteristice. Je proto třeba se porozhlédnout po dalších ustanoveních zákona o konkursu a vyrovnání a vyhledat zde další pojmové znaky konkursních věřitelů. K nim patří v prvé řadě požadavek, aby to byli úpadcovi osobní věřitelé, tedy věřitelé s obligačními nároky. Dále jejich pohledávky musí existovat v den prohlášení konkursu. Dalším znakem je pramen, z něhož budou jejich pohledávky uspokojovány za konkursu, totiž, že se tak bude dít ze společné konkursní podstaty. Z toho plyne, že může jít jen o majetkové nároky. A zároveň nesmí jít o nároky za podstatou nebo nároky vyloučené z konkursu. Můžeme tedy říci, že konkursní věřitelé jsou věřitelé, kteří mají v den prohlášení konkursu proti úpadci majetkoprávní osobní nároky uspokojitelné ze společné konkursní podstaty, pokud to nejsou nároky za podstatou nebo nároky vyloučené z konkursu.³

Z uvedené definice tedy vyplývá, že

1. prvním znakem konkursních nároků je doba jejich vzniku – musí existovat již v den prohlášení konkursu, resp. musely vzniknout před tímto dnem.

³F. Štajgr: *Konkursní právo*, Praha 1947, s. 163.

2. Druhým pojmovým znakem konkursních pohledávek je jejich obligacní charakter. Tím se liší od nároků na oddělené uspokojení, jež jsou charakterizovány tím, že jsou věcněprávními nároky. Úvahy F. Štajgra o tom, zda uplatnění pohledávky je potřebné ke vzniku charakteru konkursních věřitelů, tedy zda má či nemá v tom směru konstitutivní význam, se zdá nesprávné. Vzhledem k tomu, že jak již bylo řečeno v souvislosti s obecnou charakteristikou věřitelů, pojem konkursní věřitel je procesním termínem, což znamená, že účastníkem řízení a tedy konkursním věřitelem se obecný věřitel stává, až své nároky uplatní. Není tedy možné souhlasit s jeho konstatováním, že není žádného rozdílu mezi konkursními věřiteli, kteří přihlásili své pohledávky do konkursu, a těmi, kteří je nepřihlásili. Ti co je nepřihlásili, totiž nejsou konkursní věřitelé z hlediska procesního, jsou jen obecnými věřiteli, jejichž pohledávky nemohou být uspokojeny v konkursním řízení. Pro úplnost je třeba připomenout, že některá starší konkursní literatura rozlišovala pojmy „konkurující věřitel“ a „konkursní věřitel“. Za „konkurující věřitele“ byli považováni ti, jejichž pohledávky byly zjištěny. Vycházelo se zde z představy, že „konkursními věřiteli“ jsou ti, kdo jimi mají být podle zákona, kdežto „konkurujícími věřiteli“ ti, kdo jsou za ně skutečně prohlášeni. Již na první pohled je to z hlediska našeho současného právního řádu i teorie konkursního práva matení pojmů. Jak jsme však již uvedli, bohužel, ani Štajgrovy argumenty se nezdaří být z hlediska dnešní právní úpravy přijatelné.

3. Nároky konkursních věřitelů musí být majetkoprávní a uspokojitelné ze společné konkursní podstaty, pokud ovšem na to stačí její hodnota. Nejsou to tedy například nároky na opomenutí nebo strpění. Naproti tomu však nezáleží na právním důvodu majetkoprávní pohledávky. Rovněž je lhostejné, zda jde o soukromoprávní nebo veřejnoprávní nároky. Mohou-li být konkursními pohledávkami jen pohledávky proti úpadci a to takové, které jsou uspokojitelné jen ze společné konkursní podstaty, plyne z toho, že neexekuvovatelné nároky (naturální obligace) nemohou být konkursními pohledávkami, neboť úpadci, na němž jediné by záleželo rozhodnutí, zda mají či nemají být uspokojeny, je odňata možnost disponovat majetkem, tvořícím konkursní podstatu, a tudíž i možnost z ní je uspokojit. Konkursní pohledávky musí mít konečně ještě jednu vlastnost, a to přeměnitelnost na peníze. Tato vlastnost je pouhým důsledkem toho, že uspokojování těchto pohledávek se děje zásadně ve formě peněžitých plateb z výtěžku za prodané věci, patřící do konkursní podstaty. Proto se každá pohledávka, která není peněžitá, v konkursu přeměňuje na peněžitou pohledávku.

To není jediná změna, kterou mohou v konkursu prodělávat pohledávky, které jsou konkursními pohledávkami. Jiná změna (v poměru k hmotnému právu) postihuje v konkursu nedospělé pohledávky. Ty jsou zde považovány za splatné (viz § 14 odst. 1 písm. g)).

3. Věřitelé podstaty

Věřitelé podstaty jsou ti věřitelé, jejichž pohledávky označujeme pohledávkami za podstatou. Co tyto pohledávky mají společného, a jak je charakterizujeme. Musíme vyjít z dikce § 31 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání, že pohledávky za podstatou, vzniklé po prohlášení konkursu, jsou nároky na náhradu nákladů spojených s udržetím a správou podstaty, včetně nároku správce na úhradu odměn a výdajů, daně a poplatky, došlo-li k jejich splatnosti v průběhu konkursního řízení, a dále nároky věřitelů ze smluv uzavřených správcem, jakož i nároky na vrácení plnění ze smlouvy, od níž bylo odstoupeno podle § 14 odst. 1 písm. a) zákona o konkursu a vyrovnání. Tyto pohledávky spojují jen dva znaky. Vznikají až po prohlášení konkursu a dochází k nim z potřeby konkursního řízení. Úvodem k dalšímu výkladu je však třeba si uvědomit několik sporných skutečností.

Především konstatování, že pohledávkami za podstatou jsou ty, které vznikají věřitelům proti úpadci z důvodů konkursního řízení je poněkud zjednodušené. Z konkursního řízení vznikají také nároky, které zákon nezahrnuje mezi pohledávky za podstatou a dokonce jim upírá povahu pohledávky proti úpadci.

Ve starší odborné konkursní literatuře se objevil názor, že společný znak těchto pohledávek vyplývá z jejich věcněprávní povahy. Podle původní verze této teorie, jsou proto nazvány pohledávkami za podstatou proto, že povinným subjektem pro ně je konkursní podstata. V jiné souvislosti jsme si ale vysvětlili, že konkursní podstata nemá právní subjektivitu, a že zůstává ve vlastnictví dlužníka-úpadce. Autoři novější verze této teorie potom tvrdili, že u pohledávek za podstatou máme co činit jen s určením míry úpadcovy ručení za ně (viz např. V. Hora). Z toho by ovšem vyplynul názor, že po zrušení konkursu by již žádná z těchto pohledávek nemohla být uspokojena, protože již žádná podstata neexistuje. Uvedené teorie uvádíme jen pro dokreslení vývoje názorů na tuto problematiku. Vzhledem k tomu, že patří již jen historii, nebudeme se pochopitelně s nimi snažit teoreticky vypořádávat. To již v minulosti učinili jiní autoři (např. F. Štajgr).

Pohledávky za podstatou tvoří samostatnou skupinu pohledávek, jež sledují společný cíl: prospěch konkursních věřitelů. Pohledávky za podstatou sice ubírají něco z konkursní podstaty, jsou jejím břemeny, ale zásadně jen takovými, která jsou potřebná, aby se z ní vytěžilo co nejvíce pro konkursní věřitele. Tento cíl nejzřetelněji vyniká u nároků z právních jednání správce podstaty. Konkurs je likvidace úpadcova jmění, tvořícího konkursní podstatu. Má-li tato likvidace vyhovovat požadavkům hospodárnosti, musí správce podstaty vykonat různá právní jednání přiměřená danému hospodářskému stavu. Hlavně vymáhat a zinkasovat úpadcovy pohledávky, pokračovat, jeví-li se to účelné, dočasně v úpadcově hospodářské činnosti atd. Za nároky za podstatou lze považovat jen taková jednání správce podstaty, pokud jsou prováděna v rámci jeho pravomoci. Překročil-li by ji, nevznikly by z toho druhé straně nároky za podstatou, nýbrž případně jen osobní nárok oproti správci. V rámci své pravomoci smí správce podstaty provádět koupě a prodeje potřebné k dalšímu vede-

ni obchodu, uzavírat a vypovídat služební smlouvy, podepisovat směnky, vystavovat šeky, vést procesy atd.

Výše uvedený cíl těchto pohledávek je patrný i u nákladů konkursního řízení. Těmito náklady se rozumí částky, které je třeba zaplatit soudu, znalcům, odměna správci podstaty, náklady vzniklé při zjišťování aktiv a pasiv, zpeněžení a rozdělení podstaty. Vyloučeny jsou náklady jednotlivých věřitelů vzniklé jim z účasti na konkursním řízení včetně návrhu na prohlášení konkursu.

K pohledávkám za podstatou mimo to ještě patří výdaje, které jsou spojeny s udržováním a správou podstaty a s jejím obhospodařováním včetně daní, které se týkají podstaty, poplatků, cel, příspěvků na sociální pojištění a jiných veřejných dávek, které dospívají za konkursu. Požadavek dospělosti se vztahuje jen na daně a ostatní po nich vyjmenované pohledávky veřejnoprávního charakteru, nikoli na výdaje spojené s udržováním a správou podstaty a s jejím obhospodařováním, pro jejichž povahu pohledávek za podstatou je rozhodná doba jejich vzniku: vznikly-li po prohlášení konkursu, jsou pohledávkami za podstatou, kdežto vznikly-li před prohlášením konkursu, nemají tuto povahu. Naproti tomu u daní apod. nezáleží na době jejich vzniku, tedy ani nezáleží na době, za kterou jsou ukládány. Takže je-li jejich dospělost závislá na doručení platebního rozkazu, stávají se pohledávkami za podstatou, byl-li platební rozkaz doručen po prohlášení konkursu, třebaže se vztahují i na dřívější dobu. Daně apod. se však musí vztahovat na majetkové předměty tvořící konkursní podstatu nebo na výtěžky a důchody z takových předmětů. Tak například sem patří pozemková daň z pozemků, tvořících konkursní podstatu. K výdajům spojeným s udržováním podstaty patří dále například pojistné za věcné pojištění věcí z konkursní podstaty, pokud ovšem pojistná smlouva byla uzavřena správcem konkursní podstaty nebo za jeho souhlasu. Dále je to nájemné z obchodních místností, náklady na nejnnutnější opravy. K výdajům spojeným se správou podstaty zákon počítá i hotové výdaje a odměnu správce podstaty. V literatuře (např. Štajgr) se však na toto téma vedly spory. V průběhu konkursního řízení lze nahradit správcovy náklady, které mají jednorázovou nebo jinak ukončenou povahu. Dále je možné nahradit správci i odměnu za incidenční spory, pokud má být hrazena z podstaty. Protože, jak uvádí F. Zoulik, tato odměna má podle § 8 vyhlášky č. 476/1991 Sb. samostatnou povahu a její výše není závislá na výši výtěžku, jehož bylo dosaženo zpeněžením podstaty. Kromě toho ovšem v průběhu konkursu mohou být se souhlasem soudu poskytnuty správci zálohy na jeho odměnu a výdaje.

Snaha prospět konkursním věřitelům zatížením konkursní podstaty určitými břemeny v zájmu vytěžit z ní co nejvíce, je dost zřetelná i u nároků na splnění dvojstranných smluv, do kterých vstoupil správce podstaty. Uzavřel-li úpadce dvoustrannou smlouvu ještě před prohlášením konkursu a tato smlouva ještě nebyla v okamžiku prohlášení konkursu žádnou stranou splněna nebo splněna neúplně, má správce podstaty možnost buď od ní odstoupit nebo místo úpadce ji splnit a žádat splnění od druhé strany. Je zřejmé, že by nebylo v zájmu konkursních věřitelů, kdyby byly prohlášeny v důsledku prohlášení konkursu všechny dosud nesplněné úpadcovy

dvoustranné smlouvy za neúčinné neboť tím by se znemožnilo získat pro podstatu případně velmi hodnotné plnění. Správce podstaty tedy může zvážit, zda je výhodné trvat na smlouvě nebo od ní odstoupit (viz § 14 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání). Jsou zde však dvě podmínky: jednak musí jít o smlouvu synallagmatickou, tedy takovou smlouvu, která předpokládá vzájemné plnění, za druhé podle této smlouvy neplnila ani jedna strana. Odstoupením od smlouvy se smlouva ruší od počátku. Současná právní úprava konkursního řízení (na rozdíl od právní úpravy z první republiky) tyto závazky nepovažuje za pohledávky za podstatou.

Za pohledávky za podstatou je třeba dále považovat nárok na vrácení plnění v případě, že úpadcův smluvní partner odstoupil od smlouvy za podmínek stanovených v § 14 odst. 1 písm. a).

Podle § 25 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání je třeba považovat rovněž za pohledávky za podstatou náklady sporu o pravost, výši či pořadí popřehých pohledávek, zúčastnil-li se takového sporu správce podstaty. Nezáčastnil-li se správce sporu, mají popírající věřitelé nárok na náhradu nákladů z podstaty jen potud, pokud se podstatě dostalo nějakého prospěchu z vedení sporu. Jinak řečeno, náklady incidenčních sporů se považují za pohledávky za podstatou, jestliže se sporu účastnil správce, nebo jestliže z výsledku sporu získala konkursní podstata prospěch.

Pohledávky za podstatou mají být uspokojeny stoprocentně. Domáhat se jejich uspokojení je třeba přímo u správce podstaty a to způsobem, který pro uplatnění pohledávek platí obecně. Pokud je správce podstaty neuhradí, uplatňují se i v průběhu konkursního řízení žalobou proti němu.

Tyto pohledávky se uspokojí z konkursní podstaty bez ohledu na stav konkursního řízení, jakmile byly určeny a staly se splatnými.

V souvislosti s pohledávkami za podstatou vzniká ještě jeden spor. Do jaké míry za tyto pohledávky ručí dlužník-úpadce po zrušení konkursu. Na tento problém se názory vyvíjely dosti rozporuplně. Podíváme-li se do historie konkursního práva na našem území tak zjistíme, že na rozdíl od § 54 konkursního řádu z roku 1869 č. 1 prohlásil pamětní spis I císařskému nařízení č. 337/1914 ř. z., že úpadce neručí za žádnou pohledávku za podstatou po zrušení konkursu. Poukazoval na to, že tyto pohledávky jsou zpravidla plně uspokojeny z konkursní podstaty, k čemuž jim dopomáhá přednostní postavení, které zaujímají v konkursu. Této preferenci prý odpovídá jejich omezení na podstatu. A poněvadž vznikají bez úpadcova přičinění v zájmu věřitelů, musí prý být uspokojeny na jejich útraty z podstaty, nikoli však úpadcem. Pamětní spis se domníval, že toto své stanovisko vtělil do § 60 císařského nařízení č. 337/1914 ř. z., který byl jako § 62 doslovně převzat do konkursního řádu č. 64/1931 Sb. Odborná literatura se však již v době platnosti citované právní úpravy s tímto plně neztotožňovala. Např. V. Hora,⁴ ale i někteří němečtí autoři (Weiss-Bartsch-Pollak, Lehmann) poukazovali na to, že uvedený § 62 zákona č. 64/1931 Sb.

⁴V. Hora: *Řády konkursní, vyrovnací a odpůrcí*, Praha 1931, s. 115; V. Hora: *Základy přednášek o konkursním a vyrovnacím řízení*, Praha 1932, s. 53.

ve skutečnosti neříká to, co mu imputoval pamětní spis, nýbrž tuto otázku nechává otevřenou. Proto je ji třeba řešit podle obecných pravidel a říci, že ručil-li úpadce za pohledávky, které vznikly před prohlášením konkursu a jen v důsledku tohoto prohlášení se staly pohledávkami za podstatou, celým svým jménem, tedy nejen konkursní podstatou, není důvodu, proč ho v důsledku zrušení konkursu tohoto ručení zbavovat. Tyto pohledávky vznikly jeho přičiněním, proto se jeví oprávněným požadavek, aby za jejich uspokojení nesl plnou odpovědnost také po zrušení konkursu. Jinak prý je to u pohledávek vzniklých po prohlášení konkursu. Ty nevznikly úpadcovým přičiněním a z jeho vůle, nýbrž přičiněním a z vůle správce podstaty, který byl přitom činný nikoli jako úpadcův zástupce. Proto prý je nesprávné činit úpadce odpovědným po zrušení konkursu také za uspokojení těchto pohledávek, pokud nebyly uspokojeny za konkursu odpovědným. Tento názor podrobil kritice ovšem již J. Štajgr, a také v další literatuře se s ním již neseťkáváme. Náš současně platný zákon o konkursu a vyrovnání v § 45 odst. 2 uvádí, že na základě seznamu přihlášek lze pro zjištěnou pohledávku po právní moci rozvrhového usnesení vést exekuci na úpadcovo jmění. Současná právní úprava tedy nerozlišuje v souvislosti s možností exekuce po zrušení konkursu mezi jednotlivými druhy věřitelů a mezi jednotlivými druhy pohledávek. Je tedy mnohem obecnější než právní úprava z roku 1931. Proto je třeba se klonit k názoru, že po zrušení konkursu dlužník ručí i za pohledávky vzniklé v době konkursního řízení, zejména za pohledávky za podstatou. Podstatu konečně tvořil jeho majetek.

4. Věřitelé vyloučení z konkursu

Některé věřitele vylučuje s jejich nároky z konkursu zákon o konkursu a vyrovnání, kdežto vyloučení jiných je důsledkem ustanovení hmotného práva. V rámci konkursu se k nim nepřihlíží, což však neznamená, že by tyto pohledávky prohlášením konkursu zanikly. Naopak, trvají dále s tím, že realizovány budou moci být až po skončení konkursu. Tyto pohledávky tedy není možné přihlásit do konkursu ve smyslu § 20 zákona o konkursu a vyrovnání. Chce-li věřitel dosáhnout toho, aby ohledně nich neběžela promlčecí doba, musí je uplatnit samostatně, i když v takovém řízení nelze po dobu konkursu pokračovat.⁵

1. Vyjdeme-li z § 33 zákona o konkursu a vyrovnání, pak zjistíme, že zákon předně vylučuje úroky (§ 33 odst. 1 písm. a)). To se vztahuje jak na smluvní, tak na zákonné úroky a je přitom lhotejné, zda konkursní pohledávka, o jejíž úroky, jde, je nebo není reprezentována cenným papírem. Nerozlišuje se právní důvod vzniku úroků. Vyloučení z uspokojení se vztahuje jak na úroky z prodlení,⁶ tak i na úroky smluvní.⁷ Je však třeba si uvědomit, že z konkursu jsou vyloučeny úroky z konkursní pohledávky od okamžiku prohlášení konkursu, přesněji od okamžiku,

⁵ F. Zoufík: *Zákon o konkursu a vyrovnání*, 2. vyd., Praha 1994, s. 145

⁶ § 517 odst. 2 občanského zákoníku, § 369 odst. 1 obchodního zákoníku.

⁷ § 658 odst. 1 občanského zákoníku nebo § 502 odst. 1 obchodního zákoníku.

v němž nastávají účinky prohlášení konkursu. To znamená, že úroky, které byly splatné v době prohlášení konkursu, se připočtou k základní pohledávce.

Důvod proč tyto úroky jsou z konkursu vyloučeny uvádí výstižně F. Zoufík, když říká, že důvodem je jejich akcesorická povaha. Jestliže je obvykle v konkursu uspokojena jen určitá část základní pohledávky, nemůže se dostat i na příslušenství pohledávky. Kromě toho v případě, že by se běžné úroky, nabíhající po prohlášení konkursu, měly v něm rovněž uspokojovat, šlo by o porušení zásady parity věřitelů, věřitelé úročných pohledávek by tím byli zvýhodňováni, neboť výše jejich pohledávky by se soustavně zvyšovala a tím by se zvyšoval jejich podíl na konkursní podstatě.⁸

2. Další pohledávky vyloučené z uspokojení jsou náklady účastníků řízení vzniklé jim účastí na konkursním řízení. Zpravidla jim tyto náklady vznikají teprve po prohlášení konkursu, ale poněvadž zákon v tomto směru nedisponuje, patří sem také náklady vzniklé předtím například v důsledku toho, že věřitel podal návrh na prohlášení konkursu. Mysleny jsou tu však jen náklady spojené s aktivní účastí věřitele v konkursním řízení v užším smyslu, nikoli i náklady vzniklé ve sporném řízení.

Důležité je si uvědomit, že se jedná o náklady vzniklé jim osobně, ale i o náklady jejich zastoupení. Důvodem, pro který jsou náklady řízení vyloučeny z uspokojení, je rovněž jejich akcesorická povaha.⁹

3. K pohledávkám vyloučeným z konkursu patří i nároky věřitelů z darovacích smluv. Je pochopitelné, že k uzavření smlouvy muselo dojít před prohlášením konkursu, ale v době prohlášení konkursu nebyl předmět daru obdarovanému dosud předán nebo darovací smlouva o nemovitosti nenabyla účinnosti vkladem do katastru.

4. Z konkursu jsou dále vyloučeny mimosmluvní sankce postihující majetek úpadce. Jedná se tedy o peněžité tresty uložené úpadci podle trestního zákona, pokuty ukládané orgány veřejné správy a správní sankce ukládané příslušnými správními orgány. Nepatří sem smluvní pokuty podle § 544 občanského zákoníku a v důsledku toho sem nepatří ani tzv. penále, tedy sankce za porušení smluvní povinnosti stanovené právním předpisem.

5. Konečně jsou z konkursu vyloučeni i věřitelé s nároky, které pro svou zvláštní povahu nemohou být v konkursu vůbec uspokojeny. Předmětem konkursního řízení je úpadcův majetek. Do konkursu proto mohou patřit pouze takové nároky, které mohou být uspokojeny z tohoto majetku, tedy jen nároky majetkoprávní povahy. Z konkursu jsou tudíž vyloučeni věřitelé s nároky na trpění nebo opomenutí a s nároky na plnění nezastupitelných úpadcových úkonů.

Pro právní praxi je důležité si v souvislosti s vymezením pohledávek vyloučených z konkursního řízení odpovědět na otázku, jaký význam a důsledky má pro věřitele to, že jeho nároky byly vyloučeny z konkursu.

Předně je třeba konstatovat, že žádnému z nich není znemožněno tento svůj nárok v konkursním řízení uplatnit s tím, že by soud byl oprávněn nechat ho zcela

⁸ F. Zoufík: *Zákon o konkursu a vyrovnání*, 2. vyd., Praha 1994, s. 145.

⁹ F. Zoufík: *Zákon o konkursu a vyrovnání*, 2. vyd., Praha 1994, s. 145.

bez povšimnutí. Soud je povinen reagovat, avšak jeho rozhodnutí o tom může být jen formální povahy, to znamená, že v něm musí konstatovat, že jde o nárok vyloučený z konkursu. Nesmí se v něm tedy dotknout otázky materiální existence, obsahu uplatňovaného nároku. Vyloučením určitého nároku z konkursu není nic řečeno o tom, zda nárok trvá či nikoli. Není tím však rozhodnuta ani otázka, zda, proti komu a jak jej uplatňovat. Pouze je řečeno že příslušný nárok není možné uplatnit v konkursním řízení. Proto ani žádný z těchto nároků nelegitimuje majitele k podání návrhu na prohlášení konkursu.

Význam vyloučení nároku z konkursu má pro jeho hmotnou stránku u různých pohledávek různý význam. Zjednodušeně je možné z tohoto hlediska nároky rozdělit do dvou skupin. Do první z nich lze zařadit pohledávky pro něž vyloučení z konkursu nemá žádný vliv na jejich hmotněprávní trvání a na možnost uplatňovat je s úspěchem jindy a jinak. Do druhé skupiny pak musíme zařadit ty pohledávky pro něž jejich vyloučení z konkursu sice může, ale nemusí mít hmotněprávní ničivé účinky.

Do první skupiny patří nároky, které jsme uvedli sub 5, tedy nároky na strpění opomenutí a nároky na provedení nezastupitelných úkonů osobně úpadcem. Konkursní řízení nemění nic na jejich trvání, ani na možnosti jejich vzniku a zániku, pokud by to nebyly úkony vyhrazené určitému stavu a odňaté tomu jeho příslušníkovi, který upadl do konkursu. Za první republiky to byli například advokáti. S touto výhradou lze nárok na provedení těchto úkonů uplatňovat proti úpadci souběžně s konkursním řízením, případně po jeho skončení.

Všechny ostatní z konkursu vyloučené pohledávky patří do druhé skupiny. Mezi nimi zaujímají zvláštní místo ty, které jsme zařadily sub 1 a 2, tedy úroky z konkursních pohledávek za dobu po prohlášení konkursu a náklady, které vzniknou jednotlivým věřitelům z účasti na konkursním řízení. O těch se totiž praví v § 42 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání, že „úroky z konkursních pohledávek za dobu od prohlášení konkursu a náklady vzniklé jednotlivým konkursním věřitelům z účasti na konkursu nelze přiznat“. Tedy v důsledku splnění nuceného vyrovnání zaniknou některé z akcesorických pohledávek, které jsou vyloučeny z uspokojení při rozvrhu a uvedeny v § 33 odst. 1 písm. a) a b).

5. Věřitelé s nároky na vyloučení věci z podstaty

Nároky na vyloučení z podstaty jsou tím druhem nároku, který musí být v konkursu uspokojen stoprocentně. Zároveň je to jediný druh nároků, který se uspokojuje in natura.

Do konkursní podstaty patří pouze věci patřící úpadci. Úpadce však může mít u sebe v okamžiku prohlášení konkursu i věci, které mu nepatří. Ten, komu patří má nárok na jejich vyloučení z podstaty a je věřitelem s tímto nárokem. Jeho nárok se může opírat buď o právo věcné – vlastnictví – nebo o právo obligační – věc např. vypůjčená nebo v úschově. Existence jeho nároku se posuzuje podle obecně hmotněprávních ustanovení. Předmětem tohoto nároku mohou být nejen

hmotné věci, nýbrž i práva, tedy například autorské právo, právo na jméno (firmu), právo známkové, patentní nebo právo na pohledávky, které si osobuje úpadce, resp. správce podstaty proti třetí osobě, o nichž tvrdí vylučovatel, že patří jemu.

Současná právní úprava možnost vyloučit věc z konkursní podstaty řeší v § 19 zákona o konkursu a vyrovnání. V prvním odstavci se říká, že „jsou-li pochybnosti, zda věc náleží do podstaty, zapíše se do soupisu podstaty s poznámkou o nárocích uplatněných jinými osobami anebo s poznámkou o jiných důvodech, které zpochybňují zařazení věci do soupisu.“ V návaznosti na to se v dalším odstavci říká, že „soud uloží tomu, kdo uplatňuje, že věc neměla být do soupisu zařazena, aby ve lhůtě určené soudem podal žalobu proti správci. V případě, že žaloba není včas podána, má se za to, že věc je do soupisu pojata oprávněně.“ Zákonodárce tedy problematiku nároků na vyloučení věci z podstaty pojmal dost obecně. V úvodu citovaného ustanovení hovoří o pochybnostech, aniž by specifikoval, kdo tyto pochybnosti do konkursního řízení vnáší a komu jsou adresovány. Tyto pochybnosti tedy mohou nastat buď na základě jeho vlastní úvahy nebo na základě impulzu třetí osoby. Tedy mohou nastat dva případy.

I. Buď je zde pochybné, zda určitá věc do konkursní podstaty patří již z povahy a účelového určení příslušné věci. V tomto případě se nejedná o klasický případ nároku na vyloučení věci z podstaty, protože zde nemusí být ani konkrétní věřitel, tedy věc může být ve vlastnictví dlužníka. Správce zde tedy musí postupovat podle § 6 zákona o konkursu a vyrovnání, kde je vymezena konkursní podstata. Z toho tedy vyplývá, že správce konkursní podstaty musí mít zcela jasno v otázce co patří a co nepatří do konkursní podstaty. Shrňme tedy to co jsme podrobně rozebrali v kapitole o konkursní podstatě co do ní patří a co nikoli. Její definice je obsažena v citovaném § 6 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání, kde je řečeno, že „majetek podléhající konkursu tvoří konkursní podstatu“. Ve druhém odstavci je ustanovení prvního odstavce podrobněji specifikováno, když je uvedeno, že „konkurs se týká majetku, který patřil dlužníkovi v den prohlášení konkursu a kterého nabyl za konkursu, tímto majetkem se rozumí také mzda nebo jiné podobné příjmy. Do podstaty nenáleží majetek, jehož se nemůže týkat výkon rozhodnutí, majetek sloužící podnikatelské činnosti z podstaty vyloučen není“. Zákonodárce tedy vychází z toho, že se jedná o úpadcův majetek, který slouží, po jeho zpeněžení, k rovnoměrnému uspokojení věřitelů. Vychází se tedy z existenciálního úsudku a z účelového určení majetku. Musí se tedy jednat o úpadcův majetek, který slouží k uspokojení pohledávek úpadcových věřitelů. Úpadcův majetek by tedy nebyl konkursní podstatou, kdyby nesloužil uvedenému účelu. Konkursní podstata je tedy vždy účelovým majetkem. Účelové jmění může, ale nemusí mít samostatnou právní subjektivitu. Kdy jde o ten a kdy o onen případ, to lze spolehlivě poznat podle toho, zda příslušnost jmění k dosavadnímu subjektu přestává nebo dále trvá.

Součástí konkursní podstaty je ovšem pouze majetek, který je ve vlastnictvím dlužníka v okamžiku prohlášení konkursu a dále majetek, který dlužník nabyl až po prohlášení konkursu. Pro stanovení rozsahu konkursní podstaty je tedy rozhodující

časový moment, prohlášení konkursu. Majetek, který dlužník převedl na někoho jiného před prohlášením konkursu do konkursní podstaty nepatří, samozřejmě pokud ohledně něho není úspěšně uplatněna odpůřící žaloba.

Co tedy do konkursní podstaty patří:

- a) Dlužníkovy věci movité.
- b) Dlužníkovy věci nemovité.
- c) Dlužníkovy pohledávky.
- d) Další práva a jiné hodnoty ocenitelné peněží. Sem patří například práva průmyslová, good-will, know-how atd. Součástí podstaty jsou i dlužníkovy kapitálové účasti v obchodních společnostech jakož i jeho práva v družstvech.
- e) Dlužníkovy spoluvlastnické podíly a majetek, který mu připadne po vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů.
- f) Dlužníkovy podíly na společných pohledávkách nebo jiných společných právech.
- g) Dlužníkův podíl na obchodní společnosti, pokud s ním může volně nakládat.
- h) Věci, které mají být vydány oprávněným osobám podle zákonů upravujících zmírnění některých majetkových křivd (viz zákon č. 403/1990 Sb., o zmírnění následků některých majetkových křivd, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 87/1991 Sb., o mimosoudních rehabilitacích, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů). Ty se však podle § 68 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání do podstaty zahrnují pouze tehdy, jestliže nároky nebyly v zákonem stanovených lhůtách uplatněny nebo byly zamítnuty. Je zde tedy upraven vztah mezi majetkem, který podléhá konkursu a tedy je součástí konkursní podstaty a majetkem, kterého bylo nabyto podle zákonů upravujících zmírnění některých majetkových křivd. Pokud podle uvedených zákonů má dojít k vydání věci, nemůže být tato věc zahrnuta do konkursní podstaty. V případě, že osoby oprávněné podle uvedených zákonů mají nárok na plnění peněžité, stávají se přednostními věřiteli.

Do konkursní podstaty ovšem náležejí nejen věci, které má věřitel u sebe, ale i dlužníkovy věci mající v držení detentoi. Může jít o dlužníkovy nájemce (§ 663 a násl. občanského zákoníku), vypůjčitele (§ 659 občanského zákoníku) či schovatele (§ 747 občanského zákoníku). Může však jít i o zástavní věřitele, kteří mají dlužníkovu věc u sebe (§ 151a a násl. občanského zákoníku), jakož i o věřitele, kteří dlužníkovu věc zadrželi na základě zadržovacího práva (§ 151s a násl. občanského zákoníku). Toto vymezení obsahu konkursní podstaty samozřejmě není vyčerpávající. Do konkursní podstaty mohou dále patřit i soubory věcí, popř. soubory věcí a práv atd.

Jak již jsme uvedli, naše konkursní právo zcela neakceptuje zásadu universality, a tak přímo ze zákona jsou některé věci z konkursní podstaty vyloučeny. Především se zde berou v úvahu hlediska sociální.

Které věci jsou z konkursní podstaty ex lege vyloučeny?

- a) Úpadečův majetek, který je vyloučen z exekuce. Zde si musíme vzít na pomoc občanský soudní řád, který předně vymezuje, které věci nemohou být postiženy prodejem movitých věcí a nemovitostí. První skupinu věcí tvoří věci, jejichž prodej je zakázán podle zvláštních předpisů. Druhou skupinu tvoří věci, ohledně nichž zvláštní předpisy stanoví, že exekuci nepodléhají (tzv. res extra commercium).

Věci (hmotné předměty), které nepodléhají exekuci, jsou obecně vymezeny v §§ 321 a 322 občanského soudního řádu. Demonstrativním výčtem je uvedeno, že z exekuce jsou zejména vyloučeny běžné oděvní součásti, obvyklé vybavení domácnosti, snubní prsteny a jiné předměty podobné povahy, zdravotnické potřeby a jiné věci, které povinný potřebuje vzhledem ke své nemoci nebo tělesné vadě atd. Bude pochopitelně záležet na vykonavateli, které věci jako vhodné a účelné sepíše do protokolu. Samozřejmě, že výjimku tvoří věci sloužící k podnikání, ty exekuci nepodléhají, ale součástí konkursní podstaty pochopitelně musí být.

Do konkursní podstaty nenáleží dále část platu, která nepodléhá exekuci srážkami ze mzdy.

Z pohledávek jsou z exekuce vyloučeny

- pohledávky náhrady, kterou podle pojistné smlouvy vyplácí pojišťovna, má-li být náhrady použito k novému vybudování nebo k opravě budovy (§ 317 odst. 1 občanského soudního řádu),
- pohledávka podpory při narození dítěte a pohledávka pohřebného podle předpisů o nemocenském pojištění (§ 317 odst. 2 občanského soudního řádu)
- peněžité dávky sociální péče,
- pohledávky podle § 319 občanského soudního řádu, tj. části autorské odměny.

Z jiných majetkových práv, která nejsou postižitelná exekucí a zároveň se nestávají součástí konkursní podstaty jsou to například podle § 320 občanského soudního řádu dlužníkovy členské podíly ve stavebních bytových družstvech.

- b) Cizí věci, které má dlužník v době prohlášení konkursu u sebe. Sem patří i zástavy, které převzal od jiné osoby a věci, které zadržel. Jak se však uvádí v komentáři k zákonu o konkursu a vyrovnání, není vyloučeno, aby tyto věci prodal správce konkursní podstaty nikoli v rámci zpeněžení podstaty, ale v rámci možnosti jejich prodeje k uhrazení zajištěné pohledávky.
- c) Závazky třetích osob, kterými se zaručily za závazky dlužníka. Stejně je to i u povinnosti osobně ručících společníků vzhledem k závazkům společnosti.

Zákon tedy celkem velmi přesně vymezuje co je a co není součástí konkursní podstaty, a proto by k pochybnostem mělo docházet jen ve výjimečných případech. Je samozřejmé, že má-li správce za to, že je dostatečně prokázáno,

že určitá věc patří nebo nepatří do konkursní podstaty postupuje zcela jednoznačně, buď ji do podstaty zahrne nebo nikoli. Má-li tedy správce za to, že je dostatečně prokázáno, že věc do podstaty nepatří, nezahrne ji do soupisu podstaty. Praxe asi ukáže, zda správci budou ve sporných případech spíše postupovat, tak že se budou sporným případům snažit předcházet, a proto pochybnostech budou spíše jednat ve prospěch dlužníka a spornou věc do soupisu nezapíší. Za případné následky však nesou odpovědnost, a to i v případě, že nezahrnutí věci do podstaty bylo provedeno s vědomím věřitelského výboru, popř. i soudu.

II. Do druhé skupiny patří případy, kdy jiná osoba, tedy věřitel, uplatňuje své právo na vyloučení věci z podstaty. Tedy věc je ve vlastnictví osoby odlišné od dlužníka. Může dokonce jít o situaci, kdy souběžně s konkursním řízením probíhá jiné soudní řízení, na jehož výsledku závisí určení vlastnického práva k příslušné věci.

Věřitelem s nárokem na vyloučení věci může být kdokoli jiný než úpadce. Úpadcovo právo žádat, aby určité věci nebyly pojaty do konkursní podstaty, resp. aby z ní byly vyloučeny, protože nepodléhají exekuci, je sice hodně podobné vylučovacímu nároku co do výsledku, ale má zcela jiný základ. Předpokládá, že tyto věci jsou jeho vlastnictvím, kdežto vylučovací nárok věřitele předpokládá, že vylučované věci nejsou úpadcovým vlastnictvím.

Zároveň je třeba vědět, že je nerozhodné, kdy vznikl právní důvod vylučovacího nároku, zda před anebo po prohlášení konkursu. Musí však existovat v době, kdy byl nárok uplatňován, a jako vylučovací může být uplatněn teprve po prohlášení konkursu. Poněvadž jde o vyloučení z konkursní podstaty, musí vylučovaná věc být v okamžiku uplatňování nároku na vyloučení v moci správce podstaty. V jeho moci je i tehdy, když ji má u sebe třetí osoba jménem úpadce. Jiným samozřejmým předpokladem je, že byla pojata do konkursní podstaty. Proto například byl velmi sporný publikovaný judikát z první republiky, podle kterého byla považovaná za vylučovací žaloba na vydání věci pojaté do konkursní podstaty, kterou správce podstaty přenechal úpadci.¹⁰

Bez ohledu na právní důvod vylučovacího nároku, je jeho povaha vždy veřejnoprávní, neboť předpokládá prohlášení a trvání konkursu. Dokud nebyl konkurs prohlášen, vylučovací nárok neexistuje, a jakmile je konkursní řízení skončeno, zase přestává existovat. V obdobích před prohlášením konkursu a po jeho skončení může existovat pouze soukromoprávní nárok na vydání věci, který není ani obsahově totožný s vylučovacím nárokem, neboť tento je uspokojen už tím, že věc byla vyloučena z konkursní podstaty, aniž by současně musela být vydána vylučovateli.

Jak se tedy podle současné právní úpravy zejména ve druhém případě musí v konkursním řízení postupovat. Musí se jednat o věc

¹⁰Sbírka rozhodnutí nejvyššího soudu čsl. ve věcech občanských, pořádaná z příkazu presidia nejv. soudu jeho druhým prezidentem Dřem F. Vážným, č. 6674.

- a) která je součástí majetku dlužníka,
 - b) jsou u ní pochybnosti o tom, zda má nebo nemá do konkursní podstaty patřit.
- Věc, u níž je zcela zřejmé, že do podstaty patřit nemůže se sem pochopitelně nezapíše.

V případě, že tedy správce konkursní podstaty do soupisu podstaty zapsal věc, která do ní nepatří a na níž někdo jiný uplatňuje práva, uloží soud takové osobě podle § 19 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání lhůtu k podání vylučovací (excindační) žaloby proti správci podstaty. Mohou však nastat dva případy. Buď se jedná o věc, která byla zapsána do konkursní podstaty s poznámkou o nárocích uplatněných jinou osobou, nebo o případ, kdy správce do soupisu podstaty zahrne věc a poznámkou neučiní, ač zde jiné nároky byly uplatněny. Rozdíl je v postupu soudu. V případě, že věc byla zahrnuta do soupisu konkursní podstaty s poznámkou o nárocích uplatněných třetí osobou, soud vyjde z této poznámky a na základě ní sám určí této osobě (věřiteli) uplatňujícímu nárok na vyloučení věci) lhůtu pro podání vylučovací žaloby. Osoba uplatňující nárok na věc v konkursní podstatě tedy svůj nárok adresuje správci podstaty a na základě toho potom postupuje soud již samostatně, bez toho, aniž by bylo nutné, aby se oprávněná osoba na soud obracela.

Jiný postup logicky bude následovat v případě, že správce do soupisu zahrnul věc, k níž jsou uplatňovány cizí nároky, ale neučinil v soupisu o této skutečnosti poznámku. Soud tedy nebude mít možnost se o této skutečnosti dovědět, a tak bude třeba aby se oprávněný obrátil přímo na soud.

Ve lhůtě, kterou určí soud, osoba která uplatňuje nárok k věci zahrnuté do konkursní podstaty, resp. do soupisu konkursní podstaty, musí k soudu podat vylučovací žalobu. Tato vylučovací žaloba vzniklá z podnětu řízení konkursního bude rozhodována v nalézacím sporném řízení. Z hlediska tří základních druhů žalob zakotvených v § 80 občanského soudního řádu, tj. žalob statusových, žalob na plnění a žalob o určení zda tu právní vztah či právo není, tato excindační žaloba svým charakterem bude žalobou určovací. Žalobce se tedy v ní bude domáhat určení, že konkrétní věc netvoří součást konkursní podstaty, resp. nepatří do soupisu konkursní podstaty. V ostatních aspektech musí tato vylučovací žaloba se opírat o předpisy procesního práva, konkrétně o ustanovení § 79 občanského soudního řádu ve spojení s § 42 odst. 4 občanského soudního řádu.

Ve smyslu ustanovení § 42 odst. 4 občanského soudního řádu tvoří obecné náležitosti žaloby povinnost žalobce označit, kterému soudu je podání určeno; kdo je činí, které věci se týká a co sleduje, a musí být podepsáno a datováno. Podání je třeba předložit s potřebným počtem stejnopisů a s přílohami tak, aby jeden stejnopis zůstal u soudu a aby každý účastník dostal jeden stejnopis.

Podle § 79 odst. 1 občanského soudního řádu k zvláštním náležitostem žaloby patří povinnost žalobce označit v žalobě jméno, povolání a bydliště účastníků (obchodní jméno nebo název a sídlo právnické osoby), popřípadě též jejich zástupce, vylíčení rozhodujících skutečností, označení důkazů, jichž se navrhovatel dovolává,

a musí být z něj patrné, čeho se navrhovatel domáhá. Ve věcech vyplývajících z obchodních vztahů musí návrh dále, obsahovat identifikační číslo právnické osoby, popřípadě další údaje potřebné k její identifikaci a údaj o tom, zda některý z účastníků je zapsán v obchodním rejstříku. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit listinné důkazy, jichž se dovolává (§ 79 odst. 2 občanského soudního řádu).

Nedodržení podmínek stanovených procesními předpisy pro tento typ žalob má své procesní důsledky. V případě nedodržení lhůty stanovené soudem k podání této vylučovací žaloby se bude mít za to, že napadená věc byla do soupisu pojata oprávněně, a tedy je součástí konkursní podstaty. V případě vad podání bude záviset na tom, zda v soudem stanovené lhůtě žalobce tyto vady podání odstraní či neodstraní. V tomto směru bude aplikován postup soudu v souladu s ustanovením § 43 občanského soudního řádu. Pokud tedy žalobce vady svého podání v soudem stanovené lhůtě odstraní, bude lze pokračovat v nalézacím sporném řízení ohledně této vylučovací žaloby. Pokud však vady svého podání neodstraní bude soud postupovat podle § 43 odst. 2 občanského soudního řádu, a zastaví řízení. V tomto druhém případě pak v oblasti řízení konkursního bude opět platit zásada, že se má za to, že věc byla do soupisu pojata oprávněně, a třetí osoba se již nemůže domáhat práva k ní a naopak musí strpět, aby se i tato věc podrobila režimu konkursu.¹¹

Vylučovací žaloba podaná k soudu ohledně věci pojaté do konkursní podstaty, resp. zahrnuté do soupisu konkursní podstaty, se může, jak jsme již úvodem k pojednání o věřitelích s nároky na vyloučení věcí z podstaty uvedli, opírat o různá práva. Nejčastějším případem bude právo věcné – vlastnické. V případě, že však do soupisu byla pojata celá věc, která je ve spoluvlastnictví bude se jednat o žalobu spoluvlastníků na vynětí jejich spoluvlastnických podílů. Vylučovací žalobu mohou podat i nositelé nároků na vydání věci podle zákona č. 403/1990 Sb. ve znění pozdějších předpisů, o zmírnění následků některých majetkových křivd, zákona č. 87/1991 Sb. ve znění pozdějších předpisů, o mimosoudních rehabilitacích, zákona č. 229/1991 Sb. ve znění pozdějších předpisů, o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, byla-li tato věc pojata do soupisu konkursní podstaty. Jednalo by se totiž o postup, který by byl v rozporu s ustanovením § 68 zákona o konkursu a vyrovnání, které řeší vztah mezi majetkem, který podléhá konkursu a majetkem, jehož bylo nabyto podle zákonů, upravujících zmírnění některých majetkových křivd (viz citované zákony). Zde je uvedeno, že věci, které mají být

¹¹K problematice vylučovacích žalob viz zejména V. Hora: *Soustava exekučního řízení*, Praha 1930; *Občanský soudní řád II. díl (Komentář)*, Praha 1985, s. 248 – 257; J. Fiala: *Pravomoc při sporech vznikajících při výkonu rozhodnutí*, Právník, 1965, s. 854; J. Fiala: *Popírání pohledávek v soudním výkonu rozhodnutí*, Právník, 1966, s. 107; J. Fiala: *Spory vznikající z podnětu výkonu rozhodnutí (exekuční spory)*, Acta Universitatis Carolinae – Iuridica, Praha 1972, s. 60 a násl., s. 70 a násl. Obecně k náležitostem žalob viz zejména J. Pužman: *Právní nároky a jejich uplatňování*, Praha 1985; A. Winterová: *Žalobní právo*, Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 1 – 2/1979, s. 47; A. Winterová: *Žaloba v občanském právu procesním*, Acta Carolinae Universitatis – Iuridica, Praha 1979; J. Pužman: *Určitost petitu žaloby*, Právník, 1951, s. 107; V. Steiner: *Základní otázky občanského práva procesního*, Praha 1981, s. 161 – 235.

vydány oprávněným osobám podle citovaných zákonů se zahrnují do podstaty pouze tehdy, jestliže nároky nebyly v zákonem, stanovených lhůtách uplatněny nebo byly zamítnuty.

Vylučovací žalobu však může podat i manžel poté co proběhlo v rámci konkursu vypořádání bezpodřadého spoluvlastnictví manželů podle § 26 zákona o konkursu a vyrovnání a z podstaty je třeba vyloučit věci, které se tímto vypořádáním staly výlučným vlastnictvím úpádceva manžela.

Závěrem výkladu o věřitelích s nároky na vyloučení věcí z podstaty je třeba upozornit, že poněkud jiná situace je ohledně pohledávek.

Součástí konkursní podstaty jsou totiž i úpádcevy pohledávky. Zde problém na jejich vyloučení odpadá, protože správce podstaty je zapíše nebo nezapíše do soupisu na základě jejich existence nebo neexistence. V případě, že do soupisu byla pojata přesto sporná pohledávka bude toto předmětem jiného soudního řízení, zahájeného žalobou správce podstaty vůči osobě, která spornou pohledávku odmítá uhradit ve prospěch podstaty.¹²

6. Oddělení věřitelé

Věřitelé pohledávek pohledávek, které byly zajištěny zástavním nebo zadržovacím právem, popřípadě omezením převodu nemovitostí, mají při zpeněžení právo, aby jejich pohledávka byla uspokojena z výtěžku prodeje věci, na níž zástavní nebo zadržovací právo vázne. (§ 28 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání). Takto naše současná právní úprava zakotvuje práva tzv. oddělených věřitelů, jejichž nároky se nazývají „nároky na oddělené uspokojení“. „Odděleným“ je jejich uspokojení potud, že jeho zdrojem jsou určité věci, které jsou úpádceovým vlastnictvím a patří do konkursní podstaty. To, že k jejich uspokojení zcela slouží určitá věc, mají společné s nároky na vyloučení. Těm se podobají také v tom, že mají být uspokojeny sto-procentně. Odlišují se od sebe však tím, že vylučovací nároky lze uspokojit jen in natura, oddělení věřitelé mají nárok jen na peněžité uspokojení. Nárok na vyloučení předpokládá, že vylučovaná věc není úpádceovým vlastnictvím, kdežto předpokladem vzniku nároku na oddělené uspokojení je pravý opak.

Může-li nárok na odděleného věřitele být uspokojen jen z určité věci, ukazuje to, že je spjat s touto, a ne s jinou úpádceovou věcí, tedy, že jeho právním důvodem musí vždy být nějaké jeho věcné právo a poněvadž musí být uspokojen peněžitým plněním, nikoli in natura, nemůže být jeho právním důvodem věřitelovo vlastnictví k dotyčné věci.¹³ Oddělení věřitelé mají tedy zvláštní postavení, které lze charakterizovat jako jednu výjimku ze zásady „par conditio creditorum“.¹⁴ Oddělení věřitelé se tedy prioritně uspokojují z výtěžku prodeje věci, která sloužila k zajištění jejich

¹²F. Zoufík: *Zákon o konkursu a vyrovnání*, 2. vyd., Praha 1994, s. 107.

¹³F. Štajgr: *Konkursní právo*, Praha 1947, s. 139 – 140.

¹⁴F. Zoufík: *Zákon o konkursu a vyrovnání*, 2. vyd., Praha 1994, s. 131.

pohledávky. Věcí, která může být předmětem nároku na oddělené uspokojení, může být buď hmotná věc, a to jak movitá, tak nemovitá; nebo věc nehmotná. Takováto věc tvoří, použijeme-li terminologie z první republiky, tzv. zvláštní podstatu. Poněvadž do konkursní podstaty patří pouze věci, které nejsou vyloučeny z exekuce, nemůže být předmětem nároku na oddělené uspokojení věc, která je vyloučena z exekuce.

Smysl institutu oddělených věřitelů celkem výstižně vyjádřil F. Zoufík ve svém komentáři k zákonu o konkursu a vyrovnání, když napsal, že „institut oddělených věřitelů je těsně spjat s celkovou koncepcí konkursního práva. Umožňuje, aby věřitelé, jejichž pohledávky byly pro úpadce existenčně nebo provozně nejdůležitější, byli zajištěni i pro případ konkursu. Na druhé straně však tento institut nechrání jen zájmy těchto věřitelů (tím, že minimalizuje jejich riziko), ale je i v zájmu dlužníka, ten – nebytí tohoto institutu – by ve svých krizových situacích sotva mohl získat úvěry, umožňující mu další provoz jeho podniku a dávající příležitost k překonání takové krizové situace“.

Pojetí oddělených, nebo jak se v jiných právních rádech označují „zajištěných věřitelů“, je v různých státech různé. Závisí na rozsahu možnosti zajištění. V našem konkursním právu vycházejí z historických tradic, je toto právo spjato výlučně jen s právem zástavním a zadržovacím, přechodně i s právem omezení převodu nemovitostí. Podívejme se tedy podrobněji na jednotlivé možnosti zajištění pro případ konkursu.

1. Zástavní právo. Zástavní právo je důležitým institutem soukromého práva, který se do našeho občanského práva vrátil novelou občanského zákoníku. Zástavní právo slouží k zajištění pohledávky a jejího příslušenství tím, že v případě jejich řádného a včasného nespínění je zástavní věřitel oprávněn domáhat se uspokojení z věci zastavené. Zástavní právo se vztahuje na zástavu, její příslušenství a přírůstky, avšak z plodů jen na ty, které nejsou oddělené. Je-li zástavním právem zajištěna nepeněžitá pohledávka, předpokládá se, že do výše jejího ocenění v době vzniku zástavního práva je zajištěno peněžitě plnění, které by patřilo věřiteli v případě porušení závazku dlužníka. Pokud občanský zákoník ve svém § 151a uvádí, že zástavní právo slouží k zajištění pohledávky, plní tuto funkci dvojím způsobem. Především plní funkci zajišťovací, že donucuje dlužníka splnit dluh. Kromě toho však plní funkci uhrazovací, když zástavnímu věřiteli umožňuje pro případ nesplnění pohledávky podpůrný zdroj k jejímu uspokojení. Tento případ nastává mimo jiné v okamžiku úpadku a poté prohlášení konkursu. Zástavní právo může vzniknout buď písemnou smlouvou, schválením dědické dohody nebo ze zákona. Nejčastější skutečností, s níž je spojen vznik zástavního práva, je smlouva. Pro konkursní řízení to však není rozhodující. Rozhodující není ani předmět zástavního práva, může jít jak o věc movitou, tak nemovitou.

Nezbytným předpokladem nejen vzniku, ale i trvání zástavního práva je existence platné pohledávky, což plyne z toho, že zástavní právo jako právo akcesorické slouží k zajištění pohledávky. Zanikne-li zajištěná pohledávka, zaniká i zástavní právo,

totéž platí zanikne-li zástava. Zákon upravuje i další způsoby zániku zástavního práva, jímž je společné, že dochází ke ztrátě funkce zástavního práva. Pro konkursní řízení má toto konstatování význam v tom, že odděleným věřitelem se může stát jen ten, jehož zástavní právo trvá v době prohlášení konkursu.

Zastavit lze i pohledávku, jestliže předmětem jejího plnění je věc, právo nebo jiná majetková hodnota. Zástavní právo k pohledávce vzniká písemnou smlouvou mezi zástavním věřitelem a zástavcem, který je věřitelem pohledávky použité k zajištění. Zástavní právo k pohledávce se vztahuje i na dlužné úroky a ostatní její příslušenství. Oddělené uspokojení v konkursním řízení je tedy možné i s tímto typem zástavy, a to zejména tehdy, jestliže jejím předmětem je věcné plnění anebo jestliže zastavená pohledávka je sama zajištěna (tzv. právo podzástavní). Ke vzniku podzástavního práva se nevyžaduje souhlas vlastníka zastavené věci, avšak podzástavní právo lze vůči němu uplatnit jen když mu byl jeho vznik oznámen.

Vzhledem k tomu, že odděleného uspokojení lze dosáhnout jen z výtěžku prodeje věci, je problematické, zda právo na oddělené uspokojení je spojeno i s jinými pohledávkami, sloužícími jako zástava.

Pro účely zajištění pro případ konkursu není neaktuální ani zástavní právo vzniklé na základě dluhopisu vydaného podle zvláštních předpisů (viz zákon č. 530/1959 Sb. o dluhopisech). Podmínkou je, aby bylo v dluhopisu vyznačeno zajištění nároků z nich vyplývajících zástavním právem k určitým nemovitostem (hypoteční zástavní list); tak jak to upravuje obchodní zákoník ve svém 297. paragrafu. Toto zástavní právo vznikne jeho registrací na základě návrhu výstavce dluhopisů a vlastníka nemovitosti podle předpisů o registraci zástavních smluv. Osoba oprávněná uplatňovat právo z hypotečního zástavního listu má postavení zástavního věřitele. Toto zástavní právo lze zřídit na dobu určitou, do určité výše a pro určitý druh pohledávek, které vzniknou zástavnímu věřiteli vůči dlužníku v budoucnu.

Konečně není možné pominout ani tzv. soudcovské zástavní právo podle § 338a občanského soudního řádu, které se v roce 1991 vrátilo do našeho právního řádu. Je omezeno pouze na nemovitosti. Soudcovské zástavní právo nevede sice k uspokojení věřitelů, ale dává věřiteli jistotu, že jeho právo v případě prodeje bude uspokojeno v pořadí tohoto zástavního práva, a že jeho pohledávka nebude ohrožena, ani když povinný nemovitost prodá. Soudcovské zástavní právo na nemovitostech se zřizuje nařízením exekuce. Toto může nastat, jen je-li prokázáno, že nemovitost je ve vlastnictví povinného. Zřízení soudcovského zástavního práva musí pak být zapsáno do evidence nemovitostí podle zvláštních předpisů. Nucené zřízení zástavního práva jako zvláštní způsob exekuce nesměruje přímo k uspokojení peněžitě pohledávky oprávněného, tuto pohledávku pro případ pozdější exekuce nebo konkursu jen zajišťuje a dává tím oprávněnému možnost, aby jako věřitel sečkal bez obav s navržením prodeje předmětné nemovitosti povinného. Pro pořadí soudcovského zástavního práva k nemovitostem je rozhodující doba, kdy k soudu došel návrh na zřízení soudcovského zástavního práva.

2. Zadržovací právo. Právo zadržovací (retenční) je zvláštní právo, které se do

občanského zákoníku dostalo znovu novelou občanského zákoníku. V občanském zákoníku z roku 1950 bylo upraveno v §§ 205 až 210. V obecném zákoníku občanském z roku 1811 bylo toto právo upraveno na různých místech například jako retenční právo hostinských, půsmlouvě synalagmatické atd. V dnes platném občanském zákoníku je zadržovací právo upraveno v §§ 151s – 151v. Zde se uvádí, že, kdo je povinen vydat movitou věc, může ji zadržet, aby zajistil svou splatnou peněžní pohledávku vůči tomu, jemuž je jinak povinen věc vydat. Nelze však zadržet věc svépomocně nebo lstivě odňatou. Zajišťovací právo nemá ten, jemuž oprávněná osoba při předání věci uložila, aby s ní naložil způsobem, který je neslučitelný s výkonem zadržovacího práva. Je-li však prohlášen konkurs nebo při exekuci zjištěna platební neschopnost dlužníka, má věřitel zadržovací právo i k zajištění pohledávky dosud nesplacené a bez ohledu na to, zda bylo věřiteli uloženo naložit věc způsobem neslučitelným s výkonem zadržovacího práva. Jinými slovy, zásadně lze provést retenci, jen jde-li o zajištění splatné pohledávky. Jediná výjimka je v tom případě, že byl prohlášen konkurs. V tom případě lze provést zadržení i pro pohledávku nesplacenou. Je lhostejné, zda taková pohledávka, ať splatná nebo nesplacená, má vazbu na předmětnou movitou věc, rozhodující je vazba na toho, komu je zadržující osoba povinna věc vydat. Jestliže došlo oprávněně k zadržení, rovná se postavení věřitele postavení zástavního věřitele jak co do povinnosti custodie i úhrady nákladů. Zákon nedovoluje výslovně, aby zadržovatel užíval zadrženou věc. V tom je postavení stejné, jako u zástavy. Patrně však nebude vyloučeno, aby se věřitel a dlužník na tom dohodli. Retenční věřitel není oprávněn se zadrženou věcí sám disponovat. Může jediné na základě dohody věc vydat tomu, komu je povinen ji vydat. Jinak jeho jediné oprávnění je uspokojení vlastní splatné pohledávky při jejím prodeji v rámci exekuce nebo konkursu. Musí tedy neprodleně si obstarat soudní rozhodnutí nebo jiný titul k exekuci, navrhnout řízení vedoucí k exekuci a uspokojit své pohledávky. Má přitom prioritu před všemi ostatními věřiteli, včetně věřitele zástavního, a to platí i v konkursu, popř. z toho vzniklého vyrovnání.¹⁵

3. Omezení převodu nemovitostí. Podle dnes již neplatných ustanovení §§ 58 – 61 občanského zákoníku věřitel mohl uspokojení své pohledávky zajistit písemnou smlouvou uzavřenou s dlužníkem, kterou dlužník bral na sebe povinnost, že nepřevéde svou nemovitost bez souhlasu věřitele na jiného, dokud pohledávka nebude uspokojena. Mělo-li mít omezení převodu nemovitostí právní účinky i pro dědice, muselo to být ve smlouvě uvedeno.¹⁶ Institut omezení převodu nemovitostí se v našem právním řádu objevil poté co byl z něho vyňat institut smluvního hypotekárního

¹⁵J. Bičovský, M. Holub: *Občanský zákoník*, Praha 1991, s. 184 – 185.

¹⁶K tomu především Sv. Lány: *K možnostem využití omezení převodu nemovitostí*, Socialistická zákonnost, 1975; J. Dvořák: *Omezení převodu nemovitostí*, Právník, 1983, č. 3, *Komentář k občanskému soudnímu řádu*, Praha 1985, sv. II, s. 549n.; V. Knapp, Š. Luby a kol.: *Československé občanské právo*, Sv. II, Praha 1974, s. 524n.; *Komentář k notářskému řádu*, Praha 1969, s. 318n.; J. Mikeš: *Registrace smluv*, Praha 1965; *Občanský zákoník (komentář)*, díl I, Praha 1987, s. 220 – 226.

zástavního práva. S návratem jiných zajišťovacích prostředků byl zase zrušen, a tak od 1. ledna 1992 již nemůže vzniknout. Přesto se s ním však v konkursu můžeme setkat protože podle § 874 občanského zákoníku se práva a povinnosti z omezení převodu nemovitosti, jež vzniklo před účinností novely občanského zákoníku, tedy před 1. lednem 1992, řídí dosavadními předpisy.

Občanské právo však zná ještě další zajišťovací instituty, s nimiž však možnost odděleného uspokojení v konkursním řízení není spojena. Je to zejména zajištění závazků převodem práva podle § 553 občanského zákoníku a zajištění postoupení pohledávky podle § 554 občanského zákoníku. Možnost odděleného uspokojení není ani ve spojení s tzv. stíhacím právem, tj. s možností požadovat vrácení úpadcem dosud neproplacené dodávky, uskutečněné před prohlášením konkursu z jiného místa než je úpadcovo. Pro zajímavost je třeba uvést, že právní úprava konkursu z první republiky v tomto směru byla mnohem širší.

Ze zákona o konkursu a vyrovnání je možné vyčíst další podmínky pro uplatnění pohledávky na oddělené uspokojení.

1. Právo odůvodňující oddělené uspokojení musí trvat v době prohlášení konkursu. Jinak řečeno, od prohlášení konkursu již tato práva nelze nabýt. Toto konstatování, které je uvedeno v komentáři k zákonu o konkursu a vyrovnání (s. 133) však nekoresponduje s některými názory uvedenými ve starší konkursní literatuře, zejména v souvislosti se zřízováním soudcovského zástavního práv. V tomto směru můžeme odkázat na naše úvahy uvedené v souvislosti s charakterem konkursní podstaty, s úvahami o držbě majetku jež je zahrnut do konkursní podstaty atd. a na základě toho, musíme dát za pravdu F. Zoulikovi. Vzhledem k tomu, že majetek tvořící konkursní podstatu není v dispozici úpadce, není možné, aby na tomto majetku bylo zřízeno jak zástavní, tak zadržovací právo. Proto se v § 14 odst. 1 písm. c) dočteme, že řízení týkající se nároků na oddělené uspokojení lze po prohlášení konkursu zahájit a v něm pokračovat jen proti správci.
2. Důležitá je i doba vzniku práva na oddělené uspokojení. Podle § 14 odst. 1 písm. f) prohlášením konkursu zanikají práva na oddělené uspokojení, která se týkají majetku náležejícího do podstaty a věřitelé je získali v posledních dvou měsících před podáním návrhu na prohlášení konkursu. Byl-li však konkurs zrušen podle § 44 odst. 1 písm. a), tedy z důvodu, že bylo zjištěno, že nejsou předpoklady pro konkurs, lze tato práva znovu uplatnit, samozřejmě za předpokladu, že v konkursu nedošlo k prodeji věci. Byly-li však věci nebo pohledávky při exekuci v uvedené dvouměsíční lhůtě zpeněženy, bude výtěžek na ně připadající zahrnut do podstaty. V okamžiku prohlášení konkursu podle § 151s občanského zákoníku vznikají zadržovací práva k nesplacným pohledávkám, samozřejmě za předpokladu, že věřitel má zadrženou věc u sebe.
3. Oddělení věřitelé jsou jakožto zvláštní konkursní věřitelé rovněž účastníky řízení. Proto se i na ně vztahuje § 20 zákona o konkursu a vyrovnání pojednávající o přihláškách pohledávek. I oni jsou tedy povinni své pohledávky

ve lhůtě stanovené v usnesení o prohlášení konkursu, přihlásit, a to i tehdy když se vede o nich soudní řízení nebo se provádí exekuce. Současně však musí uvést, jaké důvody je vedou k tomu, že uplatňují oddělené uspokojení svých pohledávek. I na ně se vztahuje ustanovení dalšího odstavce (2) § 20, podle kterého přihlášky do konkursu musí podat dvojmo soudu. Pokud se pohledávka opírá o písemný právní úkon, je třeba připojit i listinu o tomto úkonu. Konkursní věřitelé, kteří mají bydliště nebo sídlo v cizině, jsou povinni v přihlášce uvést jméno svého zástupce pro doručení v tuzemsku. Jinak jim zástupce pro doručení stanoví na jejich náklad soud. Správci se doručuje druhý stejnopis přihlášených pohledávek a opis přihlášky dodané do soudního spisu.

Jak jsme již uvedli, podle § 14 odst. 1 písm. c), vzhledem k tomu, že oddělení věřitelé se stávají účastníky konkursního řízení v řízení, týkajícím se nároků na oddělené uspokojení mohou takové řízení zahájit nebo v něm pokračovat jen proti správci konkursní podstaty.

Nahlédneme-li do § 36 zákona o konkursu a vyrovnání pak zjistíme, že mají i zvláštní postavení při nuceném vyrovnání. V případě, že by nuceným vyrovnáním byla dotčena jejich práva, soud takový návrh zamítne. Návrh na nucené vyrovnání aby byl soudem akceptován musí obsahovat tedy takové uspokojení pohledávek, aby bylo z něho zřejmé, že oddělení věřitelé budou plně uspokojeni.

Nárok na oddělené uspokojení podléhá v konkursním řízení změnám jednak co do rozsahu, jednak co do své povahy. Pro změny v jeho rozsahu jsou směrodatné předpisy hmotného práva a tyto změny jsou určovány změnami v předmětu a změnami ve velikosti nároku. Tato tzv. zvláštní podstata se může za konkursu zvětšovat nebo zmenšovat. Zvětšuje se přírůstkem a přirozeným vzrůstem hodnoty měřené penězi, zmenšuje se přirozeným ubýváním hodnoty a poškozením věci. Tyto změny mají ovšem na nárok jen ten vliv, že zvyšují nebo snižují pravděpodobnost jeho uspokojení. Prodej části věci, tvořících zvláštní podstatu, nemusí znamenat zúžení nároku. Nárok buď může přejít s věcí, takže se mění jen osoba zavázaného, nebo se změní na výtěžek. Velikost nároku se mění buď tím, že k němu přirůstají úroky, nebo tím, že je zčásti uspokojen.

Nárok na oddělené uspokojení může také buď zaniknout nebo se může změnit na konkursní pohledávku. Podle právní úpravy z první republiky mohl nárok zaniknout, kromě obecně známých způsobů, také tím, že jej správce podstaty vykoupil od věřitele. Současná právní úprava tuto možnost neobsahuje.

Přeměna nároku na oddělené uspokojení v konkursní pohledávku může nastat buď tím, že věřitel se vzdal jeho povahy a uplatnil jej jen jako konkursní pohledávku, nebo tím, že není ze zvláštní podstaty uspokojen v celém rozsahu. Pak se považuje její neuspokojená část za pohledávku přihlášenou podle § 20 zákona o konkursu a vyrovnání. Samostatnou pozornost je třeba věnovat způsobu uspokojení pohledávek oddělených věřitelů.

1. Jak jsme již uvedli, oddělení věřitelé musí své pohledávky přihlásit, stejně

jako konkursní věřitelé. Věc, kterou je jejich pohledávka zajištěna se stává součástí konkursní podstaty, a tak podléhá režimu konkursu.

2. Správce podstaty musí příslušnou věc, kterou je zajištěna pohledávka odděleného věřitele zpeněžit a z výtěžku prodeje se souhlasem soudu uspokojit pohledávku odděleného věřitele. K tomuto zpeněžení může dojít i v průběhu konkursu, proto se nemusí čekat až na rozvrh. Z výtěžku prodeje příslušné věci jsou přednostně uspokojováni oddělení věřitelé, jejichž pohledávka byla zajištěna příslušnou věcí. Mají pochopitelně přednost i před ostatními věřiteli, jejichž pohledávka je zajištěna ovšem jiným způsobem, který jim nedává právo na postavení oddělených věřitelů. Samozřejmě, že mají přednost i před věřiteli za podstatou.
3. Zpeněžením věci, zajišťující pohledávku odděleného věřitele, může nastat trojí situace. Optimální je ta, kdy výtěžek pokryje přesně hodnotu pohledávky. Tedy hodnota pohledávky a hodnota věci zajišťující pohledávku se kryje. Může však dojít k tomu, že výtěžek je vyšší než hodnota pohledávky. V tom případě správce podstaty přebytek zahrne do konkursní podstaty, a tak spolu s ní bude rozvržen mezi konkursní věřitele. Může však dojít k situaci opačné, kdy výtěžek nepokryje hodnotu pohledávky odděleného věřitele. V tom případě nepokrytý zbytek pohledávky oddělený věřitel přihlásí jako konkursní pohledávku a stává se tak konkursním věřitelem a účastní se rozvrhu výtěžku konkursní podstaty.
4. Prakticky není možné aby jedna věc se stala předmětem zástavního i zadržovacího práva, protože u obou je třeba její předání věřiteli. Teoreticky, ale podle mne pouze teoreticky, by to bylo možné u zástavního práva, kdyby se využilo možnosti připuštěné v § 151b odst. 2 poslední věta občanského zákoníku, kde se připouští, aby namísto odevzdání věci se zástavce a zástavní věřitel dohodli na odevzdání věci jiné osobě, aby ji pro ně uschoval. I zde by bylo v praxi těžko proveditelné, aby se stejná věc stala nástrojem retence. V případě, že by k tomu přece jen došlo, je třeba použít § 151u občanského zákoníku, který dává zadržovacímu právu přednost před právem zástavním.

Kolize však může nastat mezi několika věřiteli, kteří mají svou pohledávku zajištěnu právem na téže nemovitosti. V případě, že výtěžek z této nemovitosti nepostačí k plnému uspokojení všech těchto věřitelů, bude nutné použít § 151c odst. 1 občanského zákoníku. Občanský zákoník skutečně připouští, aby táž věc byla zatížena zástavním právem vůči více věřitelům. To se samozřejmě týká zejména věcí nemovitých, ve výjimečných případech za použití možnosti upravené v § 151b odst. 2 cenných věcí movitých. Jestliže táž věc je zatížena zástavním právem pro zajištění více pohledávek (pluralita), vzniká otázka priorit a tu řeší zákon ustanovením o uspokojení podle pořadí určeného stářím vzniku toho kterého zástavního práva. V nejvýhodnější pozici, i v konkursním řízení, je věřitel, který má na tuto věc nejstarší zástavní právo.

7. Věřitelské orgány

Postavení věřitelských orgánů v konkursním řízení je odrazem nazírání na konečný cíl tohoto řízení, je výrazem liberálistického nebo absolutistického zákonodárcova nazírání na tento cíl. Postavení věřitelů, resp. věřitelských orgánů bývá v odborné literatuře stavěno do protikladů k zásadám procesního řízení, zejména k zásadě pojednávací a dispoziční. Názory na tyto otázky můžeme shrnout následovně. Ve výkladech o sporném, nesporném a exekučním řízení hrají důležitou roli pojednávací a vyšetřovací zásady na jedné straně a dispoziční a oficiality na druhé straně. Jde u nich o to, co a kdo je oprávněn učinit předmětem řízení. Přitom se považuje za samozřejmé, že vždy je předmět řízení a rozhodování v rukou soudu. Ve výkladech o konkursním řízení však tato otázka se musí stát předmětem zvláštního zájmu, neboť vezmeme-li celý problém historicky, nebylo v konkursním řízení vždy a za všech okolností rozhodování věcí soudu nýbrž, se na něm podíleli a dodnes podílejí věřitelé. Ve starší konkursní literatuře se stavěly proti sobě principy soukromoprávní a publicistický. Je-li rozhodování v rukou věřitelů je řízení podle tehdejších autorů ovládáno principem soukromoprávním, je-li rozhodování dáno do rukou soudu řízení je ovládáno principem publicistickým. Terminologie se však i v tomto směru vyvíjela, a tak se v novější literatuře setkáváme spíše s pojmy jako je „autonomie věřitelů“ na jedné straně a „soudcovské vedení“ na straně druhé. Naše konkursní právo nikdy nebylo jednoznačně postaveno ani na principu autonomie věřitelů, ani na principu soudcovského vedení. Vývojem však v tomto směru prošlo. Konkursní řád z první republiky oproti konkursnímu řádu z roku 1869 v určitém směru částečně omezil a v jiném směru ale zase částečně rozšířil autonomii věřitelů.

Než se však podrobněji podíváme na postavení věřitelů v našem současném konkursním právu musíme se pokusit o vymezení některých pojmů.

Zejména je třeba věnovat několik úvah pojmů „věřitelské orgány“. Pojem „orgán“ je možné pochopitelně pojímat z různých pohledů. Zejména je rozdíl v jeho pojetí v materiálním a v pojetí formálním smyslu. V materiálním smyslu je orgán zástupcem právníké, v širším pojetí nefyzické osoby, která bez něho nemůže být aktivizována. Existence orgánu v tomto směru předpokládá existenci nefyzické osoby. Srovnatelné je to například s orgány některých typů obchodních společností, kde schůze věřitelů je obdobou valné hromady a věřitelský výbor je obdobou představenstva. V konkursním řízení ale věřitelé právníkou osobu netvoří, nejsou zde tedy ani žádné statutární orgány. Spojují je jen stejné majetkoprávní zájmy. V některých situacích mají dokonce zájmy protichůdné. V dnešním konkursu tedy není „věřitelstva“, jak tomu bylo v minulosti, nebo v některých jiných právních rádech, ale jsou zde jen „věřitelé“. Věřitelské orgány tedy nejsou orgány „věřitelstva“, nejsou orgány v materiálním smyslu, nýbrž jsou jen orgány „věřitelů“. V tomto směru jsou tedy jen procesními subjekty, jejich existence se opírá pouze o předpisy procesního práva. Jednají-li místo věřitelů, nejednají proto, že by nebyl každý jednotlivý věřitel způsobilý být sám činný, ani proto, že by věřitelé tvořili nějakou vyšší jednotku

s právní subjektivitou, nýbrž proto, že je pro průběh řízení hospodárnější, jednají-li orgány, než aby každý věřitel jednal sám. Z toho tedy vyplývá, že „věřitelské orgány“ nejsou orgány materiálního rázu, ale rázu formálního. Jsou to tedy zvláštní procesní subjekty, které jsou povolány k tomu, aby v rámci řízení vyjadřovaly stanoviska věřitelů a vykonávaly i další oprávnění, které jim zákon svěřuje. Je třeba je však odlišovat od účastníků řízení.

Autonomie věřitelů může mít dvojí směr. Jednak může znamenat svobodu věřitelů rozhodovat o tom, zda si vůbec ustanoví pro řízení nějaké orgány, které orgány a jak si je mohou ustanovit, a jednak svobodu těchto orgánů ve volbě toho, o čem a jak rozhodovat závazně pro soud.

Náš konkursní řád rozeznává dva věřitelské orgány: schůzi konkursních věřitelů a věřitelský výbor. Právně jsou zakotveny v zákoně o konkursu a vyrovnání v §§ 10, 11 a 11a. Tyto dva věřitelské orgány se objevovaly i v předchozích právních úpravách. Vývoj však prodělal vztah mezi nimi. V konkursním řádu z první republiky se vycházelo z toho, že základním věřitelským orgánem je schůze věřitelů, což byl orgán obligatorní s poměrně širokou působností. Vedle toho mohl být vytvořen fakultativní orgán v podobě věřitelského výboru, jehož působnost byla závislá na tom, co mu schůze věřitelů svěřila. Výbor tedy nebyl orgánem obligatorním, ale schůze věřitelů se mohla kdykoli za řízení usnést, že jej zvolí a koho do něho zvolí. V tomto směru tedy autonomie věřitelů podle konkursního řádu z první republiky byla podstatně širší než byla podle konkursního řádu č. 1/1869 ř. z., který prohlašoval věřitelský výbor za obligatorní. Avšak toto právo (podle právní úpravy z roku 1931) věřitelů bylo v nepatrných konkurech přímo omezeno příslušným ustanovením, podle něhož směl konkursní komisař v těchto konkurech nařídít, aby věřitelský výbor nebyl vůbec volen. V jiném než nepatrném konkursu tento zákaz však nebyl oprávněn vydávat.

Zákon o konkursu a vyrovnání č. 328/1991 Sb. v podstatě konstrukci z první republiky převzal s tím, že působnost schůze věřitelů byla omezena s ohledem na malou funkčnost tohoto orgánu v dnešních podmínkách, čímž došlo k omezení procesních oprávnění věřitelů. Proto novelou č. 122/1993 Sb. došlo ke změně vztahu mezi věřitelskými orgány. Věřitelský výbor se pro většinu případů stal orgánem obligatorním a v důsledku toho mu bylo možné svěřit většinu procesních oprávnění, které původně vykonávala schůze věřitelů. Novela z roku 1993 přišla ještě s dalším subjektem (vedle zástupce věřitelů), s opatrovníkem věřitelů. Podle § 11a zákona o konkursu a vyrovnání, dokud není ustaven věřitelský výbor anebo zvolen zástupce věřitelů schůzi konkursních věřitelů, může soud ustanovit věřitelům opatrovníka (s odkazem na § 29 občanského soudního řádu), je-li to třeba k ochraně jejich práv. Oprávnění a povinnosti opatrovníka zanikají ustanovením věřitelského výboru nebo zvolením zástupce věřitelů podle § 11 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání. Jak již zdůrazňuje ve svém komentáři Fr. Zoulik, věřitelské orgány není možné pro jejich samostatné postavení považovat za zástupce věřitelů, ve smyslu ustanovení o zastoupení. Nemohou tedy jednatelé věřitele nahradit při uplatňování některých oprávnění, které

přísluší výlučně jim (např. při přihlášce pohledávky, při popírání pohledávky atd.). Věřitelské orgány nejsou oprávněny ani k tomu, aby podávaly žaloby, jimiž se zabývají incidenční spory. Vykonnávají vlastně pouze působnost, kterou jim svěřuje zákon, a další činnost, která je jejím předpokladem nebo s ní jinak bezprostředně související.¹⁷

8. Schůze věřitelů

Základním věřitelským orgánem je „schůze věřitelů“, která se skládá ze všech věřitelů, kteří jsou účastníky konkursního řízení. Současná právní úprava schůze věřitelů je mnohem volnější než tomu bylo v právní úpravě z roku 1931, kde se rozlišovala první schůze věřitelů od ostatních. První schůzi věřitelů svolával povinně konkursní soud ve vyhlášce o prohlášení konkursu s udáním jejího místa, času a účelu a s vyzváním, aby věřitelé při ní předložili doklady, osvědčující jejich pohledávky. Zpravidla měla být tato schůze určena na dobu do 15 dnů od prohlášení konkursu. Tato schůze měla jen omezenou možnost se usnášet, protože při ní směl být usnesen jen návrh na změnu v osobě správce podstaty a provedena volba věřitelského výboru, resp. rozhodnuto, že věřitelský výbor nemá být zvolen. Předložení dokladů, osvědčujících pohledávky, mělo při ní pouze umožnit konkursnímu komisaři zjistit, zda a kdo je při ní oprávněn hlasovat. Při ní tedy ještě nešlo o zjištění pohledávek a bylo-li při ní přiznáno určitému věřiteli hlasovací právo, nepřejudikovalo to možnost, že mu toto právo bude odňato při některé pozdější schůzi, neboť hlasovací právo ve schůzích konaných po zkušebním roku záviselo na jiných podmínkách, než na osvědčení vyžadovaném pro první schůzi. Místem, do kterého se tato schůze svolávala, bylo úřední sídlo konkursního komisaře, tedy byl-li konkursním komisařem jmenován soudce okresního soudu, byl to tento jeho okresní soud. Svolání první schůze bylo obligatorní v každém konkursu. Všechny pozdější schůze byly fakultativní v tom smyslu, že mohly být svolány jen v případě, že bylo třeba se usnést o otázkách, které vyhradil zákon věřitelské schůzi. Tyto pozdější schůze nejen řídil, nýbrž také všechny svolával konkursní komisař a to buď z úřední moci nebo na návrh správce podstaty, věřitelského výboru nebo nejméně dvou konkursních věřitelů za předpokladu, že jejich pohledávky činily podle odhadu konkursního komisaře nejméně jednu čtvrtinu konkursní pohledávky.

Současná právní úprava je podstatně volnější a rámcovější. V § 10 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání z roku 1991 se konstatuje, že soud svolává schůzi konkursních věřitelů, je-li toho třeba pro zjištění jejich stanovisek potřebných pro další vedení konkursu, a řídí její jednání. Na návrh správce ji svolává vždy. Schůze konkursních věřitelů musí být oznámena vhodným způsobem s uvedením dne a předmětu jednání. Z toho vyplývá, že je v rukou soudu a správce podstaty, kdy bude schůze věřitelů svolána. Zákon nehovoří o tom, že by v souvislosti s prohlášením konkursu musela být svolána okamžitě ve stanovené lhůtě, na její svolání nemají vliv ani věřitelé.

¹⁷F. Zoufík: *Zákon o konkursu a vyrovnání*, 2. vyd., Praha 1994, s. 65.

Schůze konkursních věřitelů je věřitelským orgánem přímo ze zákona, a proto není nutné její ustavení soudem. Z toho vyplývá, že její vznik je třeba ztotožnit s prohlášením konkursu. V okamžiku prohlášení konkursu vzniká potřeba svolat schůzi věřitelů.

Svolávání schůze je tedy v rukou soudu, resp. správce konkursní podstaty. Je však případ, kdy je soudu zákonem stanovena povinnost tuto schůzi svolat. V § 5b odst. 4 zákona o konkursu a vyrovnání, pojednávajícím o povolení ochranné lhůty, je stanoveno, že současně s povolením této ochranné lhůty svolá soud schůzi věřitelů, popřípadě ustaví věřitelům opatrovníka. Této schůze se tedy zúčastní věřitelé označení dlužníkem v návrhu na povolení ochranné lhůty a věřitelé, kteří se přihlásili k řízení.

Hlasovací právo ve schůzích věřitelů mají pouze konkursní věřitelé. Nemají tudíž nikdy hlasovací právo věřitelé s nároky vyloučenými z konkursu, ani věřitelé mající jen nároky za podstatou, ani věřitelé s nároky na vyloučení určité věci z podstaty. Oddělení věřitelé, pokud jsou současně osobními úpadcovými věřiteli, mají hlasovací právo jen co do částky, která pravděpodobně nebude uspokojena z výtěžku věcí, na něž se vztahuje jejich nárok na oddělené uspokojení. Tady se pravděpodobně uplatní zvažovací právo soudu. Podmínkou hlasovacího práva je, aby pohledávka byla zjištěna. Je jí pohledávka podle § 23 odst. 1 zákona o konkursu a vyrovnání, která byla uznána správcem a nebyla popřena žádným z konkursních věřitelů. Zákon však dává možnost, aby soud připustil i hlasování věřitelů, jejichž pohledávka je sporná nebo podmíněná. Soud zde bude vycházet ze své úvahy.

Řízení schůze věřitelů je svěřeno soudu. Forma svolání není zákonem dána. Zákon jen požaduje aby schůze byla oznámena vhodným způsobem s uvedením dne a předmětu jednání. Jako vhodný způsob je třeba zejména považovat vyvěšení usnesení o svolání schůze na úřední desce a zveřejnění v Obchodním věstníku. Není tedy nutné každému věřiteli usnesení doručovat, a proto není nutné v tomto případě aplikovat příslušná ustanovení občanského soudního řádu o doručování.

Co všechno patří do působnosti schůze věřitelů. Obligatorní povinností je volba věřitelského výboru v případě, kdy to zákon předpokládá. Jinak musíme opět citovat zákon, kde se uvádí, že soud svolává schůzi konkursních věřitelů, je-li toho třeba pro zjištění jejich stanovisek potřebných pro další vedení konkursu. Záleží tedy na jeho uvážení, donutit ho může jen správce konkursní podstaty, protože na jeho návrh je soud povinen svolat schůzi věřitelů vždy. Jeho působnost můžeme vymezit i vyjdeme-li ze vztahu schůze věřitelů a věřitelského výboru. Zákon v několika případech (viz dále) stanovuje oprávnění věřitelského výboru. Můžeme vyjít z toho, že všechna oprávnění, která jsou svěřena věřitelskému výboru může vykonávat i schůze věřitelů.

Schůze věřitelů k otázkám jí předloženým vydává usnesení. K platnosti usnesení a k volbám věřitelského výboru je třeba prostá většina hlasů počítaná podle výše pohledávek. Není-li stanoveno jinak, počítají se jen hlasy konkursních věřitelů na schůzi přítomných nebo řádně zastoupených. K platnosti schůze konané

po přezkumném jednání je třeba, aby byli přítomni alespoň dva konkursní věřitelé, představující nejméně čtvrtinu konkursních pohledávek. Co tedy z díky zákona vyplývá:

1. Usnesení schůze konkursních věřitelů je výsledkem jejich hlasování. Zákon nestanoví zda se hlasuje tajně nebo veřejně. Vzhledem však k tomu, že se hlasy počítají podle výše pohledávek, tajné hlasování je tím vyloučeno.
2. Hlasování, a tedy schůze, se mohou účastnit všichni konkursní věřitelé. Ne, není to však jejich povinnost. Zákon jim dává pouze možnost spolupodílet se hlasováním na tvorbě usnesení. Zákon ani nestanoví, až na jednu výjimku, minimální počet konkursních věřitelů, kteří se musí schůze účastnit, aby usnesení bylo platné. Tedy minimální účast konkursních věřitelů na schůzi. Z toho samozřejmě vyplývá, že může nastat situace, kdy se schůze účastní menšina konkursních věřitelů, a pak usnesení nebude výsledkem vůle většiny věřitelů. Stanovisko schůze věřitelů, které ovlivní rozhodování soudu může být tedy v rozporu se zájmy většiny věřitelů. Může nastat dokonce situace, kdy se na schůzi nedostaví žádný věřitel. V tom případě soud nebude moci zjistit stanovisko věřitelského výboru, a pak bude rozhodovat podle vlastního uvážení. Výjimku tvoří pouze schůze věřitelů, k níž dochází po přezkumném jednání, tedy schůze věřitelů, na níž je obvykle volen věřitelský výbor, již se musí účastnit alespoň dva konkursní věřitelé, kteří představují nejméně čtvrtinu konkursních pohledávek. Ani na této schůzi však není stanovena povinná účast. To znamená, že zákon stanoví povinnou existenci schůze věřitelů, nikoli nutnost ji konat. Záleží jen na vůli věřitelů oprávněných hlasovat, zda a ve kterých případech umožní svou účastí její konání. V tomto směru je věřitelská schůze fakultativním věřitelským orgánem. Platné konkursní řízení tedy může proběhnout, aniž by se schůze sešla. Každý věřitel se může sám rozhodnout proto, zda se schůze účastní či nikoli. Z toho důvodu je obligatorně dána zákonem povinnost soudu, aby v oznámení o schůzi byl uveden předmět jednání. Z uvedeného také vyplývá, že navrácení do předešlého stavu pro zmeškání schůze je vyloučeno. Současná právní úprava je tedy v porovnání s úpravou z roku 1931 podstatně volnější. Tehdy byla způsobilost schůze věřitelů usnášet se podmíněna jak určitým minimálním počtem dostavivších se konkursních věřitelů, tak určitou minimální částkou pohledávek.
3. Zákon rovněž nestanoví povinnost osobní účasti na schůzi věřitelů. Konkursní věřitelé se mohou nechat zastupovat. Náležitosti zastoupení zákon přesněji nevymezuje, proto bude možné, aby jeden konkursní věřitel zastupoval na schůzi více věřitelů. Nebo jeden zástupce zastupoval více věřitelů.
4. K přijetí usnesení postačí souhlas prosté většiny přítomných nebo zastoupených konkursních věřitelů. Počet hlasů však není dán počtem přítomných osob, ale počítá se podle výše pohledávek.

9. Věřitelský výbor

Druhým orgánem je věřitelský výbor, který je podle poslední právní úpravy, tj. podle novely z roku 1993 obligatorním orgánem, pokud počet konkursních věřitelů přesahuje patnáct. Obligatnost či fakultativnost tohoto orgánu se v průběhu vývoje našeho konkursního řízení měnila. Konkursní řád z roku 1869 prohlašoval věřitelský výbor za obligatorní orgán. Konkursní řád z roku 1931 naopak ve svém § 86 odst. 1 ho učinil orgánem fakultativním, když použil formulaci, že „v první nebo některé pozdější schůzi věřitelů může být zvolen věřitelský výbor“. Z této úpravy více méně vycházel zákon o konkursu a vyrovnání z roku 1991. Ten pojímal věřitelský výbor ve všech případech jako orgán fakultativní. Změna nastala až novelou č. 122/1993 Sb., která z něho učinila orgán obligatorní v případech, že počet konkursních věřitelů přesahuje patnáct. To nevylučuje, že i při nižším počtu věřitelů schůze věřitelů může místo svého zástupce zřídit věřitelský výbor, zde to závisí na jejich uvážení. Z toho vyplývá, že při počtu věřitelů nižším než patnáct mají věřitelé tři možnosti. Buď zvolí věřitelský výbor, nebo zvolí svého zástupce a nebo zvolí přímý výkon věřitelských orgánů schůzí věřitelů. Tento stav však není neměnný. V průběhu konkursního řízení se počet věřitelů může měnit. V případě, že jejich počet se zvýší na více než patnáct potom se věřitelský výbor stává obligatorním orgánem.

Věřitelský výbor je volen schůzí věřitelů. Volení jsou jak členové výboru, tak náhradníci. Každý člen věřitelského výboru má totiž svého náhradníka. Volba věřitelského výboru se řídí ustanovením § 10 odst. 2, podle kterého, jak již bylo uvedeno ve výkladu o schůzi věřitelů, k volbě věřitelského výboru je třeba prostá většina hlasů, počítaná podle výše pohledávek. Zároveň jsme uvedli, že účast na schůzi věřitelů není povinná, proto teoreticky může dojít k situaci, že se na schůzi nedostaví žádný věřitel a vzhledem k tomu, že soud nemá v rukou žádné prostředky jak tomu zabránit, teoreticky může dojít k patové situaci, kdy výbor nebude možno zvolit. Tato situace je však v rozporu se zájmy věřitelů, a proto o ní hovoříme jen teoreticky. V případě, že by k ní došlo a výbor zvolen nebyl, tato skutečnost nebude mít vliv na průběh konkursního řízení. Teoreticky tedy může proběhnout konkursní řízení, aniž by se sešla schůze věřitelů, a tedy aniž by byl zvolen věřitelský výbor.

Věřitelský výbor má nejméně tři a nejvýše devět členů. O počtu členů rozhoduje schůze konkursních věřitelů. Vzhledem k tomu, že věřitelský výbor rozhoduje hlasováním je vhodné, aby měl lichý počet členů. Náhradník je vždy stejný počet jako členů. Členy věřitelského výboru a jejich náhradníky mohou být jen konkursní věřitelé. Zákon výslovně nepožaduje, aby to byli věřitelé se zjištěnou pohledávkou. Zejména věřitelský výbor, volený pro ochranu lhůtu, se může skládat jen z věřitelů, kteří mají postavení konkursních věřitelů. Pokud je členem nebo náhradníkem práv-

nická osoba, oznámí soudu, kdo za ni bude ve věřitelském výboru jednat. V tomto směru došlo k zpřesnění oproti prvorepublikové právní úpravě. Konkursní řád z roku 1931 připouštěl, aby do věřitelského výboru byla zvolena jakákoli právnická nebo fyzická osoba, a to jak ta, která je konkursním věřitelem, tak ta, která jím není. Jediné omezení co do volitelnosti diktovala povaha věci. Volitelný nemohl být úpadce, neboť jeho zájmy jsou v nepřeklenutelném rozporu se zájmy věřitelů, které má hájit věřitelský výbor, ani správce konkursní podstaty neboť ten je úředním orgánem a samozřejmě ani konkursní komisař nebo člen konkursního soudu. Z volitelnosti do věřitelského výboru dokonce nebyly vyloučeny ani osoby blízké úpadci. Dnes je tato velmi problematická úprava věřitelského výboru překonána.

Členy i náhradníky věřitelského výboru potvrzuje soud. Jestliže některý z členů nemůže svou funkci vykonávat nebo se jí vzdá, anebo se nemůže jednání věřitelského výboru zúčastnit, nastupuje místo něho náhradník. Tuto kooptaci musí schválit soud. Soud může v této situaci nařídít doplňující volbu. Volen by byl nový náhradník. Samozřejmě, že může dojít i k tomu, že odstoupí celý věřitelský výbor. Zákon v tomto směru neobsahuje žádná omezení.

Postavení náhradníků, členů věřitelského výboru, je rovněž celkem precizně vymezeno zákonem. Mohou se účastnit schůze věřitelského výboru ovšem bez hlasovacího práva. Zastupují však nepřítomné členy věřitelského výboru. O pořadí v jakém nastupují za členy věřitelského výboru, kteří se práce ve výboru nemohou účastnit, rozhoduje sám věřitelský výbor.

Zvolený a potvrzený výbor může být odvolán schůzí věřitelů (i když to zákon výslovně neuvádí), má-li schůze za to, že už neplní řádně svoji funkci. Také jednotlivé jeho členy smí odvolat a zvolit na jejich místo jiné. Pochopitelně tato změna podléhá schválení soudem. Možnost jejich odvolání není v zákoně vázána na žádné zvláštní materiální podmínky, resp. důvody, což je v souladu se zásadou autonomie věřitelů.

Věřitelský výbor volí ze svého středu předsedu a místopředsedu. Členové a náhradníci věřitelského výboru mají nárok na náhradu nutných výdajů spojených s výkonem funkce a na přiměřenou odměnu, jejíž výši určí soud. Tyto nároky jsou pohledávkami za podstatou podle § 31 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání.

Věřitelský výbor se schází z vlastní iniciativy anebo jej svolá soud. Rozhoduje většinou hlasů svých všech členů. Nepřítomné členy, jak jsme uvedli, zastupují náhradníci. Zasedání výboru je řízení jeho předsedou nebo místopředsedou. Bude pravděpodobně vždy neveřejné, hlasovat se bude moci jak veřejně tak tajně. Zákon v tomto směru nestanovuje žádná omezení.

Působnost věřitelského výboru je poměrně široká. Zákon říká, že věřitelský výbor dohlíží na činnost správce a plní úkoly stanovené tímto zákonem nebo uložené mu soudem. Je oprávněn podávat soudu návrhy, týkající se průběhu řízení. Abychom přesněji zjistili působnost věřitelského výboru musíme projít celé konkursní řízení.

S věřitelským výborem se setkáváme hned po povolení ochranné lhůty. Podle § 5b odst. 4 současně s povolením ochranné lhůty svolá soud schůzi věřitelů, popřípadě ustaví věřitelům opatrovníka. Schůze věřitelů zvolí věřitelský výbor. Členy věřitelského výboru jsou věřitelé, kteří mají postavení konkursních věřitelů.

Ochranná lhůta podle § 5c zákona o konkursu a vyrovnání trvá tři měsíce a začíná běžet dnem, kdy usnesení o jejím povolení bylo vyvěšeno na úřední desce soudu. Na návrh dlužníka podaný v průběhu ochranné lhůty ji může soud prodloužit nejdéle o další tři měsíce, jestliže s tím souhlasí věřitelský výbor.

Věřitelský výbor vytvořený v době ochranné lhůty se nemůže automaticky změnit ve věřitelský výbor po prohlášení konkursu. Po prohlášení konkursu musí být proto zvolen nový věřitelský výbor, který pochopitelně může být personálně totožný s výborem fungujícím v době ochranné lhůty.

Po dobu trvání ochranné lhůty mimo jiné soud může rozhodnout na návrh věřitelského výboru nebo opatrovníka, aby některé právní úkony dlužník nečinil vůbec nebo jen po předchozím souhlasu věřitelského výboru nebo opatrovníka (§ 5d písm. c) zákona o konkursu a vyrovnání).

Po dobu trvání ochranné lhůty je dlužník povinen soustavně usilovat o překonání úpadku a informovat věřitelský výbor, popřípadě opatrovníka o přijatých opatřeních a v případě potřeby si vyžádat jejich součinnost.

Po prohlášení konkursu musí být činnost věřitelského výboru soustředěna na soupis konkursní podstaty. Podle § 18 zákona o konkursu a vyrovnání, soupis podstaty provede správce podle pokynů soudu za použití seznamu předloženého úpadcem a za součinnosti věřitelského výboru. Nesplní-li úpadce povinnosti podle § 17 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání, uloží mu soud, aby se dostavil k sepsání zápisu o seznamu majetku, a aby vydal potřebné listiny správci a za součinnosti věřitelského výboru. Součástí soupisu je odhad provedený soudním znalcem podle cenových předpisů platných ke dni provedení soupisu. Souhlasí-li s tím věřitelský výbor, může se soud spokojit s oceněním provedeným úpadcem nebo správcem.

Věřitelský výbor dává dále souhlas k dohodě o rozdělení bezpodílového spoluvlastnictví manželů. Podle § 26 odst. 2 zákona o konkursu a vyrovnání je k provedení vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů zaniklého prohlášením konkursu namísto úpadce oprávněn správce, včetně podání návrhu na vypořádání tohoto bezpodílového spoluvlastnictví manželů soudem. Dohodu o vypořádání bezpodílového spoluvlastnictví manželů je správce oprávněn uzavřít jen ve formě smíru schváleného soudem. S touto dohodou musí před jejím předložením soudu projevit souhlas věřitelský výbor.

Věřitelský výbor musí předem projevit souhlas s vyloučením nedobytných pohledávek a věcí z podstaty, které nebylo možno prodat (§ 27 odst. 4 zákona o konkursu a vyrovnání).

Se souhlasem soudu a věřitelského výboru může správce zpeněžit věci, práva a jiné majetkové hodnoty, které slouží provozování podniku jednou smlouvou (§ 27a zákona o konkursu a vyrovnání).

Uvedenými citacemi ze zákona o konkursu a vyrovnání jsme samozřejmě ani zdaleka nevyčerpali rozsah činnosti věřitelského výboru. Uvedli jsme pouze jeho úkoly, které pro něho vyplývají ze zákona. Rozmanité úkoly mu může rovněž ukládat soud.

Jak jsme již uvedli, věřitelský výbor je obligatorním orgánem v případě, že konkursních věřitelů je více než patnáct. Při počtu patnáct, nebo počtu menším je orgánem fakultativním. Věřitelé si mohou místo věřitelského výboru zvolit zástupce věřitelů, který je rovněž věřitelským orgánem se samostatným postavením. Jeho postavení je analogické jako věřitelského výboru, tedy tam kde zákon o konkursu a vyrovnání hovoří o právech a povinnostech věřitelského výboru, v případě, že věřitelé zvolí svého zástupce, tato práva a povinnosti se týkají jeho. V případě, že zástupce nemůže svou funkci vykonávat je nutné zvolit zástupce nového.

Dokud není ustaven věřitelský výbor anebo zvolen zástupce věřitelů schůzí konkursních věřitelů, může soud ustanovit věřitelům opatrovníka za použití § 29 občanského soudního řádu (zákon č. 99/1963 Sb. ve znění novel), je-li to třeba k ochraně jejich práv. Oprávnění a povinnosti opatrovníka zanikají ustavením věřitelského výboru nebo zvolením zástupce věřitelů podle § 11 odst. 1. Činnost opatrovníka tedy zaniká přímo ze zákona, nikoli soudním rozhodnutím. Z uvedeného vyplývá, že opatrovník není věřitelským orgánem, protože věřiteli nebyl ustaven, ale je ustaven usnesením soudu. Není orgánem obligatorním, ale jeho vytvoření závisí na úvaze soudu. Jeho ustavení bude přicházet zejména v úvahu v těch případech, kdy z jakýchkoli důvodů, nedojde okamžitě po prohlášení konkursu k volbě výboru věřitelů nebo zástupce věřitelů a počet věřitelů bude takový, že nebude možné, aby každý z nich samostatně využíval svých oprávnění.

* * *

S U M M A R Y

Objects of Bankruptcy Proceedings and Administration of such Objects

Bankruptcy assets are the object of the bankruptcy proceedings. The definition of the mentioned term is stipulated in § 6 par. 1 of the Act on Bankruptcy and Settlement Proceedings according to which the bankruptcy assets are understood such property upon which the bankruptcy proceedings are declared. The second paragraph of § 6 provides a more detailed definition of § 6 par. 1 as it stipulates that the bankruptcy proceedings concern property that belonged to the debtor on the day on which the declaration of the bankruptcy proceedings was made and property gained by the debtor during the bankruptcy proceedings. The salary or other similar revenues are also considered the concerned property. The bankruptcy assets do not comprise property not affected by the execution of the ruling, however, property used for carrying out business activities is not excluded from the bankruptcy assets. The valid definition of the bankruptcy assets is, in fact, a simplified definition stipulated in § 3 of the Bankruptcy Proceedings Order from the year of 1931 according to which the bankruptcy assets were understood the property of a debtor used for satisfying the debtor's creditors.

Dočasné útočistiě

Dalibor JÍLEK

Od konce 70. let se začíná v mezinárodním právním názvosloví vyskytovat termín „dočasné útočistiě“. Obrat má blízko k dalším výrazům, jako jsou „dočasný azyl“, „prozatímní azyl“, „dočasné bydliště“ nebo „dočasná ochrana“.¹ Všechny uvedené fráze sblížuje časový prvek, spočívající v přechodnosti, a nedostatečně krystalizovaný obsah, čímž dochází k terminologickému překrývání i nejasnostem. Zatímco pojem „azyl“ skýtá rozsáhlejší ochranu a naznačuje trvalé řešení, dočasné útočistiě či dočasné bydliště se vyhýbají ideálu nalézt permanentní stav.

Během 80. let se chopila pojmu „dočasného útočistiě“ mezinárodně právní nauka, aby osvětlila jeho náplň, přestože měl být důsledně a výlučně používán k deskripci omezené formy ochrany v souladu s článkem 31 Ženevské úmluvy o právním postavení uprchlíků z roku 1951.² Výraz tak neměl popisovat novou realitu, neboť se týkal hromadného proudu uprchlíků, kteří zpravidla vstupovali na území přijímajícího státu mimo řádné právní kanály.³ Výkonný výbor programu vysokého komisaře (EXCOM) v dočasném útočistiě spatřoval druh přechodné ochrany, vhodně pro hromadnou migraci osob. Názorové střetávání se tak projevovalo v praxi i teorii mezinárodního práva.

1.

Povaha dočasného útočistiě

Sporný obsah dočasného útočistiě neodstranily závěry Výkonného výboru č. 19 (XXXI) o dočasném útočistiě a č. 22 (XXXII) o ochraně osob hledajících azyl v situacích rozsáhlého přílivu. Závěr č. 19 (XXXI) stanoví, že osoby tvořící uprchlický proud by měly vždy obdržet nejméně dočasné útočistiě, které má ovšem výjimečný charakter. Závěr Výkonného výboru uznává potřebu vymezit povahu, funkci a důsledky poskytnutí dočasného útočistiě. Jedním z prvních právníků, jenž se pokouší odpovědět na naléhavost požadavku je G.J.L. Coles. V rámci dočasného přijetí cizinců hledajících ochranu nutno podle Colese rozlišit tři rozdílné skupiny:

¹Srov. G.J.L. Coles: *Temporary Refugee and Large - Scale Influx of Refugees*. Australian Year Book of International Law, 1983, sv. 8, str. 190.

²Srov. D.A. Martin: *Large-Scale Migrations of Asylum Seekers*. American Journal of International Law, 1982, sv. 76, str. 604.

³Srov. D.A. Martin: *op. cit.* pod ², str. 604.

- osoby, které hledají azyl, ale byly přijaty toliko na přechodnou dobu, i kdyby s nimi bylo zacházeno jako s uprchlíky (dočasné útočistiě),
- osoby přijaté prozatímně v očekávání určení svého právního postavení (prozatímní azyl), a
- osoby, které byly přijaty dočasně na území v důsledku ozbrojeného konfliktu, přitom řada z nich nemůže být *de iure* uprchlíky, ale jejich bezpečnost ohrožuje válečné nepřátelství (bezpečný přístav).⁴

Koncept dočasného útočistiě Coles objevuje v zárodečné podobě v řadě mezinárodních dokumentů. Především zmiňuje Ženevskou úmluvu o právním postavení uprchlíků z roku 1951, která v článku 31 odst. 2 stipuluje, že „smluvní státy povolí takovým uprchlíkům rozumnou lhůtu a poskytnou všechny potřebné prostředky k získání povolení vstupu do jiné země“. V úmluvě se dočasné útočistiě váže jenom k osobám, které se protiprávně zdržují na území státu nebo na teritorium nezákonně vstoupily. Autor rovněž jmenuje mezi mezinárodními instrumenty toho druhu rezoluci 14 Výboru ministrů Rady Evropy z 29. června 1967, konkrétně poukazuje na bod třetí.

Následně Coles vymezuje definici dočasného útočistiě, která je příležitostí dočasného přijetí žadatele o azyl, kterému nemůže být udělen trvalý pobyt v zemi prvního azylu a očekává získání útočistiě v jiném státě. Svoje pojetí dočasného útočistiě poděpírá ustanovením článku 6 návrhu úmluvy o územním azylu z roku 1976, který opravňuje stát nepřiznat azyl osobě z důvodu ochrany národní bezpečnosti, ačkoli je kvalifikovaná podle úmluvy. Z funkčního hlediska může být dočasné útočistiě také nahlíženo jako prvotní fáze ochrany uprchlíka, vykonaná zemí prvního azylu, než se osoba usadí v jiném státě.

Dočasné útočistiě těsně souvisí s principem neodmítnutí na hranici a mezinárodní solidaritou. Jestliže legitimní národní zájem vyžaduje, aby stát uprchlíky přijal na prozatímním základě, udělení dočasného útočistiě by v případě hromadného uprchlictví mělo být signálem pro mezinárodní společenství, aby projevilo svoji účast v rozdělení takového břemene.⁵ Dočasné útočistiě nemůže být však posuzováno jako obecná alternativa k trvalému pobytu.⁶ V situacích masového přílivu uprchlíků by mělo být dočasné útočistiě přechodným řešením a nesmí překážet eventuálnímu udělení trvalého azylu.

G.J.L. Coles uznává, že pojem dočasného útočistiě vyžaduje objasnění ve světle vyvíjejícího se mezinárodního práva uprchlického. Poskytnutí ochrany osobám musí být integrálně propojeno se zásadou solidarity a spoluprací v rozdělování břímě nákladů, obzvláště v situacích rozsáhlých vln uprchlíků.

Coles ve studii nepopírá, že objevuje prvotní obrysy v pojmové struktuře dočasného útočistiě. Dočasné útočistiě staví mezi přijetím uprchlíků na území státu prvního

⁴G.J.L. Coles: *The International Protection of Refugees and the Concept of Temporary Refuge*, San Remo, 1980, str. 2.

⁵Srov. G.J.L. Coles: *op. cit.* pod ⁴, str. 15-16.

⁶Srov. G.J.L. Coles: *op. cit.* pod ⁴, str. 15.

azyly a trvalé řešení ochrany takových osob v jiném státě. Z toho plyne prozatímnost fenomenu. Daný jev spíše spojuje s pronásledováním třebaže hromadně prováděným. Uvědomuje si právní úskalí dočasného útočiště, nicméně ho pokládá za nezbytný prostředek, jenž se vyhraní.

R. Mushkat rozebírá dočasné útočiště na zkušenosti s vietnamskými uprchlíky v Hong-Kongu.⁷ Podotýká, že přístup Hong-Kongu k hromadnému uprchlictví tkví v zásadním stylu britské správy, dlouhodobé tradici *laissez-faire* a pragmatismu.

Podle Mushkata masový pohyb osob přes národní hranice probouzí terminologické otázky. Klíčovými právními pojmy aplikovanými v souvislostech zacházení s osobami, které nuceně opouštějí místa trvalého pobytu, jsou azyl a *non-refoulement*. Proto je žádoucí určit rozdíly mezi nimi a pojmem dočasného útočiště v rozsahu chování států. Azyl se obvykle chápe jako ochrana, kterou uděluje stát na svém území nebo jiném místě pod jeho kontrolou osobám, které přicházejí vyhledat útulek. Výraz *non-refoulement* má základní význam v podstatě jednotný bez konceptuálních rozdíků. Znamená, že osoba by neměla být násilně navracena na území, kde by byla v ohrožení pronásledování. Nejednota v názorech se upíná k odmítnutí na hranici. Podle Mushkata zůstává nejasné, jestli zákaz odmítnutí na hranici je dalším vývojem původní normy *non-refoulement*, nebo již je integrální částí tohoto pravidla. Polemiku vyvolaly Deklarace o územním azylu z roku 1967 a návrh úmluvy o územním azylu. Nelze ani pominout africkou regionální úpravu. Mushkat poznamenává, že odborné názory se shodují v jednom podstatném bodě, že *non-refoulement* ukládá státům závazek povolit vstup nejméně k omezenému účelu vyhledání dočasného útočiště.⁸ Proto pravidlo *non-refoulement* může být nahlíženo jako norma zahrnující admisi stejně jako zákaz navracení a vyhoštění. Přijetí se ovšem nerovná udělení dočasného útočiště.⁹ Útočiště dočasné povahy zdá se stanovit dodatečné závazky a je hmatatelným krokem k trvalému řešení. *Non-refoulement* a dočasné útočiště spočívají na významných rozdílech.

Ambivalentní postoje vůči pojmu dočasného útočiště zrcadlí zdrženlivost k jeho právní stabilizaci. Teorie i praxe dospěly k poznání reality dočasného útočiště. V nich se však zjevují odporující rysy. Ustálení dočasného útočiště vede podle některých právníků k podlomení stabilizovaných forem ochrany, jako jsou *non-refoulement* a trvalý azyl. Mimoto existuje zřetelná závislost dočasného útočiště na mezinárodní solidaritě a pomoci, což může vyvolat návrat uprchlíků do domovského státu v případě, že spolupráce selhála: Státy většinou hledají méně nákladně odpovědi na masový příliv uprchlíků.

Mezinárodní praxe i teorie dle Mushkata chápe dočasné útočiště jako regionální jev vedlejšího významu, jenž neospravedlňuje vypracování nového univerzálního poj-

⁷Srov. R. Mushkat: *Quasi-Institutionalisation of the Refugee Problem in Countries of Temporary Refuge: The Hong-Kong Experience*. Symposium on the Promotion, Dissemination and Teaching of Fundamental Human Rights of Refugees. Collected Proceedings, Ženeva, 1982, str. 91.

⁸R. Mushkat: op. cit. pod ⁷, str. 92.

⁹R. Mushkat: op. cit. pod ⁷, str. 92.

mu. Dosud se dočasné útočiště především vyskytovalo v Asii i Africe, kde docházelo k absorpci osob na rozsáhlém základě.

Jiný problém vězí v terminologii. Hlavní námitka směřuje proti adjektivu „dočasný“, protože zahrnuje silný prvek uvážení v již tak nejistých situacích. Dočasnost ponechává mnoho prostoru pro jednostranné rozhodnutí, které reaguje na sociální okolnosti.

Podle Mushkata praxe dočasného útočiště zakořenila po boku *non-refoulement* a azylu, aniž by mohly být zpozorovány znatelné nepříznivé účinky. Někteří autoři inklinují k tomu, že dočasné útočiště propůjčuje větší váhu normě *non-refoulement*, aniž by její význam zlehčovalo. V závěru R. Mushkat dodává, že vyhranění dočasného útočiště v institut by mohlo napomoci vyplnit právní vakuuum, jež existuje mezi polarizovanými formami ochrany: *non-refoulement* a trvalým azylem.

Coles i Mushkat vstoupili do nevyostřené názorové chápání dočasného útočiště s cílem ozřejmit tento fenomen. Jednoznačné uchopení dočasného útočiště je vlastní D. Perlussově a J.F. Hartmanové. Autorky spatřují v dočasném útočišti obyčejovou normu, která zakazuje státu násilně navracet cizí občany, kteří našli na jejím území ochranu před všeobecným násilím anebo jinými hrozbami vůči jejich životům a bezpečnosti, které způsobuje interní ozbrojený konflikt v domovském státě. Daný zákaz z časového hlediska trvá do zastavení násilí, až stát může zajistit ochranu a bezpečnost svých občanů.¹⁰ Pravidlo dočasného útočiště se rozvinulo v průsečíku tří přesahujících, ale odlišných odvětví mezinárodního práva: uprchlického, humanitárního a práva ochrany lidských práv. Perlussová a Hartmanová se domnívají, že vznik normy poháněly hromadné, spontánní přílivy cizích občanů prchajících před nepříznivými následky vnitřních ozbrojených konfliktů. V procesu normotvorby se nejprve krystalizovalo jádro pravidla, zatímco výjimky a omezení se vyskytovaly jenom graduálně, jak se praxe akumulovala. Přičemž ustálení takové normy nezáviselo na interakci chování států vůči jednotlivcům. Proto Perlussová a Hartmanová věnují zaslouženou pozornost opakovanosti, stejnorodosti, rozšířenosti, nepřetržitosti a dlouhodobosti praxe, přičemž staví do popředí především uniformní prvek a extenzitu praxe států. V hodnocení materiálního předpokladu se zejména soustředí na sérii případů které začínají španělskou občanskou válkou ve 30. letech, přes maďarské události v roce 1956 a končí Československem roku 1968. Africkou praxi vyznačují případem masivního útěku 475 000 osob z Etiopie do Somálska v roce 1980. Podobně Sudán ochránil tisíce civilistů z Etiopie a Čadu v roce 1984. Středoafrická republika hostila 35 000 obyvatel Čadu následkem násilí v jižní části této země. Stejný počet osob vyhledal útočiště ve Rwandě kvůli občanským nepokojům v Ugandě od roku 1982. Tragické rozměry mělo hromadné uprchlictví v jihovýchodní Asii v souvislosti s internacionalizovanými občanskými válkami. Thajsko přijalo Kambodžany a další jedince z Vietnamu a Laosu. Navzdory destabilizujícímu účinku Thajsko poskytlo ochranu 250 000 osobám, což se odehrávalo na rozhraní 70. a 80.

¹⁰D. Perlussová - J.F. Hartmanová: *Temporary Refuge: Emergence of a Customary Norm*. Virginia Journal of International Law, sv. 26, č. 3, str. 554.

let. Malajsie se stala místem dočasného útočiště pro 100 000 Filipínců z ostrovů Hindanao a Suluna v začátku 80. let. Latinská Amerika zase zakusila občanské nepokoje a válku v Nikaragui, Salvadoru a Guatemale. Mexiko, Honduras i Kostarika přijaly na 450 000 obyvatel Salvadoru a 300 000 uprchlíků z Guatemaly.

Úctyhodný výčet faktů dokumentuje praxi států. Skrovnější zájem věnují Perlussová a Hartmanová formám praxe. Komise OSN pro mezinárodní právo poukazuje na nevyčerpávající seznam forem praxe států, kterou charakterizují mezinárodní smlouvy, rozsudky mezinárodních a národních soudů, vnitrostátní zákonodárství, diplomatická korespondence, názory právních poradců a praxe mezinárodních organizací.¹¹ V poměru ke smlouvám J.F. Hartmanová vysvětluje, že pravidlo dočasného útočiště není formálně kodifikované v univerzální smlouvě.¹² Pomíjí však přípravné práce na Ženevské úmluvě o právním postavení uprchlíků z roku 1951, kde byl vyjádřen názor, jemuž zúčastnění zástupci států neoponovali, že pravidlo *non-refoulement* nazavazuje smluvní strany povolit velkým skupinám osob překročení státních hranic.¹³ Deklarace o územním azylu z roku 1967 následně pojala masový útěk osob jako výjimku z pravidla *non-refoulement*. Hartmanová ještě podotýká, že mezinárodní smlouvy hrály menší roli v evoluci obyčejové normy dočasného útočiště než pravidlo *non-refoulement*.¹⁴ Jako formu praxe autorky vynechávají judikaturu mezinárodních a národních soudních orgánů. Nepochybně chybí rozhodnutí mezinárodních soudů ve věci dočasného útočiště, nicméně americká soudní praxe nemění. Z nedávné doby nutno vzpomenout případ *Haitian Centers Council, Inc. v. McNary*.¹⁵ 24. května 1992 prezident Bush vydal exekutivní nařízení, které pověřilo Pobřežní hlídku zakazovat člunům v mezinárodních vodách, na nichž se plavili uprchlíci z Haiti směrem k americkým břehům, vplout do pobřežních vod a navracet je na palubách lodí zpět do Haiti, aniž učinily šetření, zda by nemohli být pronásledováni po svém návratu. 29. června 1992 Odvolací soud druhého obvodu USA vydal nařízení stanovící, že tento program porušuje americký zákon, jenž zakazuje navrácení osob do státu, kde čelí pronásledování.¹⁶ O tři dny později Nejvyšší soud pozastavil bez vysvětlení rozsudek Odvolacího soudu ve dvou odstavcích.

V původní podobě tento program začal v roce 1981, kdy prezident Reagan 23. září 1981 podepsal nařízení. Kromě toho ministr zahraničí sjednal dohodu s vládou Haiti, která pověřila USA zakročit na moři proti člunům pod haitskou vlajkou, jež

¹¹Yearbook of the International Law Commission. 1950, sv. II, str. 368-372.

¹²Srov. J.F. Hartmanová: The Principle and Practice of Temporary Refuge: A Customary Norm Protecting Civilians Feeling Internal Armed Conflict. In: The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s. The Ninth Sokol Colloquium on International Law, Dordrecht, 1988, sv. 10, str. 87.

¹³Summary Records of the Conference (U.N. Doc. A/CONF.2/SR.16), str. 16.

¹⁴J.F. Hartmanová: op. cit. pod ¹⁰, str. 87.

¹⁵Srov. J. Harris: Aliens - Interdiction of Haitians on High Seas - Convention on Refugees - Definition of „Alien“ and „Return“ under U. S. Statute. American Journal of International Law, 1993, sv. 87, č. 1, str. 112 - 117.

¹⁶1992 U. S. Application No. 92-6144 LEXIS 17372.

jsou podezřelé z přepravy nelegálních přistěhovalců.¹⁷ Podle dohody bylo orgánům USA povoleno vstupovat na palubu zastavených plavidel a vyšetřovat status cestujících. Když orgány zjistily, že zákony Spojených států anebo Haiti byly porušeny, mohly loď zadržet a navrátit zpět do Haiti. Dohoda stipulovala, že USA nezamýšlejí navracet do Haiti každého imigranta, jehož americké orgány kvalifikovaly pro nabytí statusu uprchlíka. Od září 1981 do září 1991 Pobřežní hlídka¹⁸ ve spolupráci s Přistěhovaleckou a naturalizační službou (INS)¹⁹ vykonávala tento program. Úředníci INS mohli zjišťovat na palubách zastavených lodí v předběžném šetření, má-li osoba věrohodnou obavu z pronásledování. Ti cestující, kteří prokázali věrohodný strach z pronásledování, byli pokládáni za prověřené („screened-in“). Ostatní osoby bez věrohodné obavy z pronásledování byly považovány za nezpůsobilé („screened-out“) a vráceny do Haiti. 30. září 1991 vláda prezidenta Aristida na Haiti padla a USA dočasně suspendovaly program do 18. listopadu téhož roku. Po pádu civilní vlády na Haiti řada obyvatel riskovala nebezpečnou plavbu do USA. Na zvyšující se migraci reagoval prezident Bush přijetím nařízení z 24. května 1992, podle kterého orgány Pobřežní hlídky plnily program nuceného navrácení plavidel pod haitskou vlajkou s uprchlíky na palubě, aniž by šetřily věrohodný strach cestujících z pronásledování.

Soudní posuzování věci se týkalo zjištění, jestli § 243 (h) (1) zákona o přistěhovalectví a občanství (INA),²⁰ který zahrnuje návrat cizinců do státu, kde jim hrozí odůvodněný strach z pronásledování, dovozuje aplikaci mimo zeměpisné hranice USA a zda-li je tento program slučitelný se zákonem. Soud druhého obvodu seznal, že § 243 (h) (1) zákona o přistěhovalcích a občanství může také vláda používat za hranicemi USA mj. i na základě nařízeného programu. Soud se rovněž zaměřil na otázku, jestli obrat „cizinec“, jak je užíván v zákoně, zahrnuje jednotlivce mimo území Spojených států a zakládá-li navrácení takových jedinců do jiné země porušení *non-refoulement*.

K záležitosti užívání pojmu „cizinec“ uvedl, že definici možno aplikovat bez zeměpisného omezení. Soud vyjádřil mínění, že vymezení cizince zahrnuje každou osobu, která není občanem USA. V otázce navrácení soudní orgán zaujal obdobné právní stanovisko, když uvedl, že zákon se uplatňuje mimo hranice USA a zakazuje navracet uprchlíky z mezinárodních vod.

K těmto závěrům soudu lze učinit námitku, protože článek 33 a jeho legislativní příprava svědčí o tom, že ustanovení se pouze aplikuje uvnitř území státu v rámci jeho hranic.

Před Odvolacím soudem vláda Spojených států argumentovala, že záznam z konference zplnomocněných zástupců, která připravila text Úmluvy o právním postave-

¹⁷Agreement relating to Establishment of a Cooperative Program of Interdiction and Selective Return of Certain Haitian Migrants, and Vessels Involved in Illegal Transport of Person Coming from Haiti. 23. září 1981, U. S. - Haiti, 33 UST 3559.

¹⁸The Coast Guard.

¹⁹The Immigration and Naturalization Service.

²⁰The Immigration and Nationality Act. § 8 U.S.C.A.

ni uprchlíků z roku 1951, obsahuje projev nizozemského delegáta van Boetzelaera, jenž uvedl, že Nizozemí by nemohlo přijmout právní závazek s ohledem na rozsáhlé skupiny uprchlíků, které vyhledávají přístup na jeho území. Tato pasáž svědčila argumentům vlády USA. Soud však zpochybnil, jestli rozhodnutí předsedy konference zplnomocněnců o vnesení stanoviska nizozemského zástupce do záznamů, které bylo uskutečněno bez námitek, vytváří konsens ostatních delegátů a není jednoduše odlišným názorem. Odvolací soud zdůvodnil, že Nizozemí si jen nepřálo akceptovat jakýkoli závazek týkající se masové migrace, což může znamenat, že Nizozemí si přálo být schopno uzavřít státní hranice a nikoli zadržet osoby *en route*. Odvolací soud uzavřel věc tak, že článek 33 úmluvy nepodporuje legalitu vládního programu, čímž odmítl všechny vládní argumenty. Naproti tomu nařízení vydané Nejvyšším soudem ponechává vládní program v platnosti.²¹

Důkladnější návrat k národní legislativě rovněž Hartmanová a Perlussová opomíjejí. Všimají si udělování tzv. prodlouženého dobrovolného odjezdu (the extended voluntary departure) uprchlíkům z Libanonu, Etiopie a Nikaragui.²² Pokládají udělování statusu tzv. prodlouženého dobrovolného odjezdu za vhodný prostředek pro dočasné útočiště.²³ Je objektivně nepřijemné, že se nedostávají k analýze tzv. statusu dočasně chráněné osoby (the temporary protected status), který reguluje § 244 A zákona o přistěhovalectví a občanství.²⁴ Tzv. dočasně chráněný status, který nahradil tzv. prodloužený dobrovolný odjezd, je určen k poskytnutí útulku osobám, které jsou občany státu anebo mají trvalé bydliště na jeho území, když ozbrojený konflikt, přírodní katastrofa či jiné výjimečné a dočasné podmínky způsobují, že je všeobecně nemožné, aby se navrátily do této země.²⁵ V souladu s ustanovením § 244 A ministr spravedlnosti může cizinci udělit tzv. dočasně chráněný status v USA a odložit deportaci této osoby ze Spojených států na dobu, ve které je postavení právně účinné. Ministr spravedlnosti rovněž může vydat cizinci souhlas k výkonu zaměstnání. Ministr spravedlnosti určuje po konzultacích s příslušnými organizacemi kterýkoli stát (nebo část cizího státu), pouze když zde trvá ozbrojený střet, či se stala na jeho teritoriu přírodní katastrofa anebo existují výjimečné a přechodné podmínky vyvolávající nemožnost návratu. Z časového hlediska designace cizího státu má právní účinky okamžikem publikace tohoto aktu, nebo ministr spravedlnosti může určit pozdější datum v oznámení. Vyhlášení trvá do doby, kterou stanoví oznámení. Pravidelné přezkoumání designace lze učinit nejméně 60 dnů před ukončením časové lhůty. Ministr spravedlnosti může zastavit vyhlášení za předpokladu, že situace v určeném státě nebo jeho části již déle neodpovídá podmínkám podle

²¹McNary v. Haitian Centers Council, Inc., 61 U.S.L.W. 3082 (U.S. Aug. 1, 1992).

²²Srov. J.F. Hartmanová: op. cit. pod ¹⁰, str. 95.

²³J.F. Hartmanová: Temporary Refuge and Central American Refugees. In: In Defense of the Alien. Proceedings of the 1987 Annual National Legal Conference on Immigration and Refugee Policy. 1988, sv. X, str. 173.

²⁴3 U.S.C.S. 1254a.

²⁵P.W. Virtue: Haiti: Protecting the Refugee. In: In Defense of the Alien. Proceedings of the 1993 Annual Legal Conference on Immigration and Refugee Policy, 1994, sv. XVI, str. 141.

odstavce 1. Ministr spravedlnosti ukončení oznamuje ve Federálním rejstříku (the Federal Register).

Odejmutí dočasné chráněného postavení cizinci nastává, když ministr spravedlnosti zjistí, že osoba není způsobilá k udělení statusu, dále není fyzicky přítomna v USA od data, kdy jí bylo poprvé uděleno takové postavení a jedinec se bez vážné příčiny nezaregistroval ve lhůtě 12 měsíců od udělení statusu způsobem a ve formě stanovené ministrem spravedlnosti.

Cizinec ze statusu těží i další výhody. Může s předchozím souhlasem ministra spravedlnosti cestovat do zahraničí. Není ovšem pokládán za trvale usazeného v USA. Cizinec ani nemá způsobilost získat veřejnou pomoc od státu.

Ministr spravedlnosti např. poskytl dočasné chráněné postavení občanům Salvadoru 29. listopadu 1990.

Ze stručného rozboru vysvítá, že status se týká zranitelných skupin obyvatelstva.²⁶ Má správní charakter.²⁷ Ministr spravedlnosti rozhoduje v mezích svého uvážení. Jde o akt diskreční. Z jazykové interpretace lze odvodit, že ustanovení se zaměřuje na jednotlivce. Zákon o přistěhovalectví a občanství nemá výslovné zmocnění pro hromadnou aplikaci ustanovení prostřednictvím určení konkrétního státu.²⁸ Kromě toho se jedná o klasickou *ad hoc* proceduru.

Spolkový zákon o poskytnutí azylu, který byl schválen v Rakousku v roce 1991, upravuje povolení k dočasnému pobytu pro osoby, které nejsou uprchlíky ve smyslu Ženevské úmluvy z roku 1951.²⁹ Azylový zákon definuje uprchlíka tradičně v § 1 odst. 1, aniž by se odchýlil od Ženevské úmluvy z roku 1951. V připomínkovém řízení nebylo do § 1 azylového zákona vřazeno rozšířené vymezení uprchlíka, navzdory požadavkům vyjádřeným v rozpravě. U. Brandlová, A. H. E. Morawa a G. Zagelová podrobují definici kritickému rozboru, neboť se nepřizpůsobila problémům současné doby a nebere na zřetel důvody útěku tak v přítomnosti aktuální.³⁰

Pro běžence, kteří opouštějí domovský stát z důvodu ozbrojeného konfliktu, všeobecného násilí nebo hromadného porušování lidských práv, je vyhrazeno ustanovení § 8 zákona³¹ Azylový orgán může poskytnout osobě v obzvláště zřetelných případech povolení k pobytu, když vyhoštění není *de iure* nebo *de facto* možné

²⁶A. C. Helton: The Need for a Formal Safe Haven Remedy in the United States. *Refugee. Canada's Periodical on Refugees*, 1988, sv. 7, č. 3, str. 1.

²⁷A. C. Helton: The Case for a Mandatory and Enforceable Safe Haven Policy in the United States. In: *In Defense of the Alien*, 1990, sv. XII, str. 117.

²⁸A. J. Smithová: Temporary Safe Haven for De Facto Refugees from War, Violence and Disasters. *Virginia Journal of International Law*, 1988, sv. 28, č. 2, str. 523.

²⁹BGBL 1992/8.

³⁰U. Brandlová-A.H.E. Morawa-G. Zagelová: Das österreichische Asylrecht im Lichte der völkerrechtlichen Verpflichtung Österreichs. *Evropské a mezinárodní právo*, 1993, č. 5, str. 4.

³¹Ustanovení § 8 azylového zákona v německém jazyce zní:

„(1) Die Asylbehörde kann aus Anlaß der Erlassung eines Bescheides, mit dem ein Asylantrag abgewiesen wird, in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen einem Fremden von Amts wegen den befristete Aufenthalt im Bundesgebiet bewilligen, wenn die Abschiebung rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist oder – sofern er staatenlos ist – in dem Staat, in dem er zuletzt seinem

anebo nemůže být vůči cizinci vykonáno. Z formulace ustanovení přímo vyplývá, že se jedná o relativně výlučnou záležitost, zanedbatelný jev.³² Rakousko tím projevuje zdrženlivou vstřícnost vzhledem k válečným uprchlíkům.

Důvodová zpráva a komentář podotýkají k azylovému zákonu, že ustanovení § 8 odst. 1 nezakládá právní nárok na udělení dočasněho pobytu, z čehož je zřetelná individualizace postupu. Případ faktické nemožnosti uprchlíka vyhostit značí, že žádný stát není připraven dotčenou osobu přijmout.

Komentář výslovně uvádí, že ustanovení slouží ve zvláštní míře tzv. válečným nebo *de facto* uprchlíkům. Tyto osoby nejsou uprchlíky podle Ženevské úmluvy z roku 1951 a proto nepožívají mezinárodní ochranu vůči vyhoštění. Nutno podotknout, že nejsou destinatáři výhod formálně právně regulovaných.

Ratione temporis ustanovení § 8 zavádí nejvýše jednoletou lhůtu povolení, která může být po uplynutí prodloužena o další rok, když důvody trvají. Odst. 2 § 8 zdůrazňuje prozatímní charakter povolení k pobytu. V závěru komentář k ustanovení podtrhuje, že jeho zakotvení vychází ze závěrů Výkonného výboru programu vysokého komisaře OSN, neboť státy mají dodržovat zásadu *non-refoulement* v situacích hromadného útěku osob, které hledají ochranu v jiném státě, aby unikly agresí, okupaci, cizí nadvládě a vážným nepokojům. Komentář se ale vyhýbá důkladnému závěru, že ustanovení § 8 jen omezuje právními podmínkami uvážení příslušného státního orgánu, jenž vykonává správní akt. Ani právní postavení *de facto* uprchlíků nespočívá na ustanoveních spolkového zákona o poskytnutí azylu.³³

Dánský zákonodárny sbor schválil 28. listopadu 1992 zákon č. 933, jenž konstituoval právní základy přijetí skupin uprchlíků a vysídlených osob z bývalé Jugoslávie.³⁴ Podle zákona může vláda Dánského království pozvat po konzultaci s UNHCR nebo obdobnou mezinárodní organizací řadu osob z bývalé Jugoslávie, nacházejících se ve výjimečné nouzi pro účely léčení nebo jiné pomoci, která nemůže být poskytnuta v oblasti jejich pobytu. Osoby jsou vybrány ve spolupráci s UNHCR. Proti rozhodnutí o přijetí takových jedinců nelze učinit odvolání. Osobám se poskytuje povolení k dočasnému pobytu na dobu šesti měsíců. Prodloužení pobytu se děje na žádost, jestliže podmínky nadále existují.

Zákon č. 933/1992 neposkytuje právo jedinci získat pracovní povolení, anebo vykonávat soukromou činnost. Ustanovení 5 § však přiznává dětem přístup k oddělené

gewöhnlichen Aufenthalt hatte, aus wichtigen Gründen nicht zugemutet werden kann.

(2) Die befristete Aufenthaltsberechtigung ist für höchstens ein Jahr zu bewilligen. Sie kann um jeweils höchstens ein weiteres Jahr verlängert werden, wenn die Gründe für ihre Bewilligung andauern.

(3) Ein Fremder verliert die befristete Aufenthaltsberechtigung

1. mit Ablauf ihrer Gültigkeitsdauer,
2. auf Grund eines Bescheides der Asylbehörde, mit dem festgestellt wird, daß im bezug auf seine Person sinngemäß einer der Tatbestände des § 5 Abs. 1 eingetreten ist.³⁴

³²Srov. U. Brandlová - A.H.E. Morawa - G. Zagelová: op. cit. pod ³⁰, str. 6.

³³U. Brandlová - A. H. E. Morawa - G. Zagelová: op. cit. pod ³⁰, str. 4.

³⁴File No. 1992-3702/21-14.

organizovanému vzdělávání a taktéž stipuluje možnost navštěvovat kurzy pro ostatní osoby. Navazující ustanovení upravuje revokaci povolení k dočasnému pobytu, jestliže osoba spáchala trestný čin.

Osobě se dovoluje požádat o azyl, nicméně rozhodnutí o udělení azylu nelze přijmout, pokud tento jedinec má dočasný pobyt. Trvání prozatímního pobytu *ex lege* odkládá rozhodnutí o azylu.

Uhrnem vzato zákon č. 933 má silně selektivní charakter, protože se vztahuje ke dvou kategoriím osob: válečným zajatcům a žadatelům o azyl, kteří přijeli do Dánska před 1. prosincem 1992. Až 25. června 1993 parlament změnil jeho ustanovení. Od změny se rozšiřuje *ratione personae* zákon na jednotlivce, kteří překročili hranice po 1. prosinci 1992.³⁵

Kromě výběrového řízení, jež se projevuje i v doporučováním osob ze strany UNHCR, zmíněný zákon obráží *ad hoc* přístup ke zvláště určené skupině jednotlivců, čímž ztrácí na prospektivnosti. Jeho podstatou, třebaže determinovanou spoluprací s UNHCR, je správní uvážení ve věci samé.

Na dohodě mezi spolkem a zeměmi závisí přechodná právní ochrana uprchlíků v Německu, kteří opustili místa mezinárodního ozbrojeného konfliktu či občanské války. Poskytnutí dočasněho útočistište nařizují zemské orgány, které rovněž rozhodují o jeho prodloužení. Povolení k pobytu nemůže být poskytnuto, když cizinec podá žádost o získání politického azylu. Cizinec nemá nárok na zajištění pobytu v určité zemi nebo konkrétním místě. Smí nalézt bydliště jen ve spolkové zemi, kde obdržel povolení k pobytu.

Jestliže cizinec není držitelem platného pasu, příslušný orgán mu vydá náhradní doklad. V případě zrušení povolení k pobytu je cizinec oprávněn se odvolat. Rozklad a žaloba nemají odkladný účinek. Spolkové země si mohou dohodnout kontingenty pro přijetí uprchlíků k dočasnému pobytu. Do těchto kontingentů se započítávají cizinci, kteří již mají povolený pobyt či jsou trpěni na spolkovém území. Země rovněž mohou dojednat rozdělení takových osob. Když nenaleznou shodu, platí pro rozdělení válečných zločinců klíč, jenž se používá pro žadatele o azyl.

Přijetí válečných uprchlíků v Německu upravuje § 32 cizineckého zákona.³⁶ Ustanovení není vřazeno do normativní úpravy zákona o azylovém řízení.³⁷ Možnost přijetí válečných uprchlíků má v dosavadní praxi nepatrný význam, protože spolkové země nejsou zatím jednotné v rozdělení finančních nákladů.³⁸ Česká republika přijímá válečné uprchlíky z bývalé Jugoslávie na základě usnesení vlády, jež představuje

³⁵Dánsko však zavedlo vízovou povinnost 26. června 1993, aby regulovalo admisi osob přicházejících z Bosny-Hercegoviny.

³⁶Ausländergesetz, Juni 1993, Sartorius I EL 45.

³⁷Asylverfahrensgesetz, Juni 1993, Sartorius I EL 45.

³⁸Spolkový ministr vnitra a jeho zemští partneři v listopadu 1993 nesouhlasili s rozšířením vydávání povolení k pobytu pro jisté skupiny uprchlíků, ačkoli byli požádáni vydat nařízení o přijetí válečných běženců z Angoly, Sudánu, Zaire, Turecka (Kurdové) a Kosova (Albánci). Namísto toho rozhodli ukončit v dubnu 1994 humanitární status poskytnutý válečným uprchlíkům z Chorvatska. Některé spolkové země nepokračují ve vyhošťování odmítnutých žadatelů o azyl z Libérie, Afghá-

akt řízení. Česká republika povoluje dotčeným osobám šestiměsíční pobyt, který lze prodloužit z humanitárního hlediska.

Národní legislativa v hmotě právní úrovni u naprosté většiny států spočívá na správním uvážení, čímž si státy ponechávají kontrolu nad přijetím hromadných přílivů uprchlíků. Admissi uprchlíků spojují s mimořádností a někdy selektivním přístupem. Integračním prvkem je přechodnost v poskytnutí útulku osobám, které ztrácejí *de facto* ochranu domovského státu. Ukončení ochrany závisí na aktu diskrece výkonných orgánů státu.

Ve zkoumaných výběrových případech procedura přijímání uprchlíků je individualizována, čímž se kontrola přijetí zpříšňuje. Skupinové řízení není obvyklé, třebaže se nevylučuje.

Když vnitrostátní zákonodárství vychází ze správného uvážení, nemožno z tohoto faktu dedukovat existenci mezinárodně právního zákazu nuceného vypovězení osob, které hledají útočiště dočasné povahy na území jiného státu z důvodu všeobecného násilí nebo ohrožení vlastních životů a bezpečnosti občanskou válkou. Obyčejové pravidlo se nemůže ustálit, když praxe států vykazuje právní nejistotu, rozpory ve výkonu dočasné ochrany a fluktuaci. O důsledné praxi států nesvědčí ani aktivita mezinárodních organizací vzor závěrům Výkonného výboru programu vysokého komisaře OSN pro uprchlíky. Neformální setkání, na kterém byly konzultovány otázky dočasné ochrany, poukázalo na nejednotnost ve věci personální působnosti ochrany. UNHCR navrhlo tři kategorie:

- osoby, které opustily oblasti válečného střetu a násilí,
- osoby, jež jsou vystaveny nebo by mohly být postiženy zneužíváním lidských práv, včetně jednotlivců, kteří náležejí ke skupině donucené opustit domov v důsledku etnického a náboženského pronásledování, a
- osoby, které ve zvláštní situaci byly donuceny odejít v důsledku účinku konfliktu.³⁹

Ani v záležitosti otevřenosti hranic nepanovala shoda v praxi států, protože od roku 1993 některé státy začaly požadovat vízovou povinnost po uprchlících, čímž snížily dostupnost dočasné ochrany pro jednotlivce. Ve vztazích azylových postupů a dočasného útočiště se taktéž projeví rozdíly, protože řada států suspendovala azylové řízení u osob požívajících dobrodiní dočasné ochrany.

Když Perlussová a Hartmanová posuzují tvorivý proces stabilizace obyčejové normy, jenž je citlivou záležitostí, dotýkají se i krajně obtížného zjišťování *opinio iuris* – přesvědčení států o závaznosti pravidla. Soustřeďují se na vnější projevy povědomí států, kterými jsou protesty proti porušení pravidla. Zapomínají ovšem na důkaz, že státy respektují praxi, když je to pro ně materiálně (nebo jinak) nevýhodné.⁴⁰

nistánů a Iráku. Minutes and Conference Papers from the ECRE Biannual General Meeting, 15. – 17. duben 1994, Amsterdam.

³⁹Informal Meeting. Background Note. Comprehensive Response to the Humanitarian Crisis in Former Yugoslavia. 1993, str. 2.

⁴⁰Srov. Note on International Protection. (A/AC.96/750 27. srpen 1990).

Jsou známé případy hromadného, nuceného návratu osob, zabránění příplutí lodí s uprchlíky k břehům, zadržování plavidel na volném moři, elektrizované bariéry na suchozemských hranicích apod.

Předložené důkazy svědčí o tom, že obyčejové pravidlo dočasného útočiště se nemohlo stabilizovat v důsledku obsahové rozpornosti a nekvalifikované praxe států, přestože rozšířená praxe poskytování dočasného útočiště v situacích rozsáhlého exodu osob existuje. G.S. Goodwin-Gill se zmocňuje lýtky v jiném úhlu. Dokazuje, že zásadní morální závazek pomáhat uprchlíkům a poskytovat jim útočiště nebo bezpečný přístav se rozvinul v čase a skrze souvislosti v právní povinnost (ačkoli relativně nízké úrovni).⁴¹ Zásada *non-refoulement* musí být chápána extenzivně, protože překračuje obsah a rozsah článku 1 a 33 Ženevské úmluvy z roku 1951. Praxe států rozšířila rozsah článku 33.⁴² Bylo potvrzeno, že povinnost *non-refoulement* zahrnuje kromě zákazu navracení a vyhoštění také odmítnutí na hranici. V personálním pojetí zásada *non-refoulement* pojala i další kategorie uprchlíků. Obyčejové mezinárodní právo inkorporovalo osoby, které nepožívají ochranu vlády původního státu. Použití zásady je nezávislé na formálně právním určení statusu uprchlíka státem nebo mezinárodních organizací.⁴³

Non-refoulement je aplikovatelné bezprostředně, jakmile se objektivní okolnosti vyskytnou. Stát, jenž navrácí cizince do země, ze které se tyto osoby vydávají na útěk, protože zde vládne násilí, trvá občanská válka, je narušen veřejný pořádek, musí ospravedlnit své jednání ve světle podmínek panujících ve státě původu. Za takových okolností může být stát odpovědný za porušení závazku *non-refoulement*. Dočasné útočiště je praktickým důsledkem *non-refoulement*. Zásada *non-refoulement* podporuje přijetí a zdůrazňuje odpovědnost mezinárodní společenosti nacházet řešení pro hromadné přílivy osob přes hranice států.

Přímou reakcí na úvahy G.S. Goodwina-Gilla je hloubavá studie z pera K. Hailbronnera. Hailbronner tvrdí, že právnímu pojmu byla nabídnuta možnost zaplnit mezeru v současném právu. Praxe států nepodporuje, jak naznačuje americké, kanadské a západoevropské azylové zákonodárství, že pravidlo *non-refoulement* se vztahuje na tzv. humanitární uprchlíky jako obyčejová norma.⁴⁴ V eseji dospívá ke stanovisku, že *non-refoulement*: obyčejové pravidlo chování, je nahlíženo jako produkt toužebného přání. Podle Hailbronnera nemůže být pravidlo vyloženo ve smyslu obecného závazku přijmout rozsáhlý počet cizinců za všech okolností.⁴⁵

⁴¹G.S. Goodwin-Gill: *Non-refoulement and New Asylum Seekers*. Virginia Journal of International Law, 1986, sv. 26, č. 4, str. 898.

⁴²G.S. Goodwin-Gill: op. cit. pod ⁴¹, str. 901.

⁴³G.S. Goodwin-Gill: *Non-refoulement and the New Asylum Seekers*. In: *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s*. The Ninth Sokol Colloquium on International Law. Dordrecht, 1988, str. 105.

⁴⁴K. Hailbronner: *Nonrefoulement and „Humanitarian“ Refugees: Customary International Law or Wishful Legal Thinking?* In: *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s*. The Ninth Sokol Colloquium on International Law. Dordrecht, 1988, str. 123.

⁴⁵K. Hailbronner: op. cit. pod ⁴⁴, str. 128.

Deklarace o územním azylu z roku 1967 učinila výjimku v širokém pojetí **non-refoulement** z převládajících důvodů národní bezpečnosti a ochrany obyvatelstva. Obdobné ustanovení fixoval návrh úmluvy o územním azylu,⁴⁶ když se vytvářel vážný problém pro bezpečnost státu v důsledku hromadného exodu osob. Tato zásada **non-refoulement** nebyla nikdy interpretována způsobem, že vylučuje jakoukoli možnost policie a imigračních úředníků navracet osoby na hranici, jestliže žádosti takových osob by byly zřetelně neodůvodněné.

Obyčejová norma **non-refoulement** pro tzv. humanitární uprchlíky neplní požadavky rozšířené a stejnorodé praxe států a **opinio iuris**. Pravidlo **non-refoulement** může chránit omezenou třídu uprchlíků, kteří by mohli být podrobeni mučení po svém návratu do vlasti, uzavírá K. Hailbronner. Navzdory úsilí některých právníků mezinárodní právo nepožaduje zachovávat normu **non-refoulement** nebo poskytovat dočasné útočiště všem uprchlíkům, kteří opustili domovský stát z důvodu všeobecného násilí, války či hromadného porušování lidských práv.⁴⁷

Argumenty autora podporuje vnitrostátní formulace pravidla **non-refoulement**. V Evropě nutno zmínit úpravu cizineckého zákona SRN, vtělenou do § 51, která stanoví zákaz vyhoštění politicky pronásledované osoby. Takový cizinec nesmí být vyhoštěn do státu, kde je ohrožen jeho život a svoboda kvůli jeho rase, náboženství, státní příslušnosti, příslušnosti k určité společenské skupině nebo politickému přesvědčení. Pravidlo chování se týká **expressis verbis** žadatelů o azyl a těch cizinců, kteří požívají na spolkovém území právní postavení uprchlíka nebo jsou uznáni za uprchlíky mimo spolkové teritorium ve smyslu Ženevské úmluvy o právním postavení uprchlíků. Norma rozhodně nezahrnuje tzv. **de facto** či humanitární běžence nebo i vysídlené osoby. Pravidlo chování se nepoužije, když cizinec ze závažných důvodů představuje ohrožení bezpečnosti SRN, nebo znamená nebezpečí pro veřejnost.⁴⁸ Dánský cizinecký zákon vyjadřuje relativní volnost v personální působnosti, protože reguluje ochranu cizince před vyhoštěním do země, ve které riskuje pronásledování z důvodů stanovených v článku 1 A Úmluvy o právním postavení uprchlíků z 28. července 1951, nebo do státu, v němž cizinec nebude chráněn před vyhoštěním do takové země.⁴⁹ Ustanovení § 37 odst. 1 rakouského zákona o vstupu a pobytu cizinců⁵⁰ nedovoluje navracení, vyhoštění nebo odmítnutí cizince do státu, když existují závažné důvody, že tam bude vydán v nebezpečí nelidského zacházení, trestu či trestu

⁴⁶Report of the United Nations Conference on Territorial Asylum. U.N. Doc.A/CONF.78/12 (1977). Článek 3 v anglické verzi uváděl: „... may not be claimed by a person whom there are reasons for regarding as a danger to the security of the country in which he is ... or by a great number of persons whose massive influx may constitute a serious problem to the security of a Contracting State“.

⁴⁷K. Hailbronner: op. cit. pod ⁴⁴, str. 144.

⁴⁸Ausländergesetz, § 51, Sartorius I, EL 45, 1993.

⁴⁹Danish Act No. 226, June 8, 1993 with amendments in pursuance of Act No. 232 of June 6, 1985, Act No. 574 of December 19, 1985 and Act No. 686 of October 17, 1986.

⁵⁰Bundesgesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Fremden (Fremdengesetz - FRG), BGBl 1992/838.

smrti. Příslušný odstavec obráží ustanovení článku 3 Evropské úmluvy o lidských právech. Následující odstavec § 37 rakouského zákona stanoví, že vyhoštění nebo navracení cizince do státu je nedovolené, když trvají závažné důvody, že tam budou jeho život nebo svoboda ohroženy z důvodu rasy, náboženství, příslušnosti k určité společenské skupině anebo pro politické názory (článek 33 Úmluvy o právním postavení uprchlíků).⁵¹ Vyhoštění cizince je přípustné, když představuje ohrožení pro bezpečnost Rakouské republiky, nebo když pravomocným odsouzením za zločin mu byl uložen trest odnětí svobody více jak pětiletý a znamená nebezpečí pro společnost. Vyhoštění cizince není přípustné, když Evropská komise pro lidská práva přijme prozatímní opatření nebo Evropský soud pro lidská práva vydá předběžné rozhodnutí ve věci stížnosti jednotlivce podle Evropské úmluvy o lidských právech.

Finský cizinecký zákon z roku 1991⁵² upravuje **non-refoulement** následujícím způsobem. Žádný nebude navrácen do oblastí, kde může být podroben nelidskému zacházení nebo pronásledování. Obdobně by neměl být navrácen do oblasti, z níž by mohl být poslán do takového regionu. Taktéž finský zákon spojuje zákaz vyhoštění a navracení s pronásledováním či nelidským zacházením.

Zákon č. 498/1990 Sb. o uprchlících platný v České republice toliko přejímá ustanovení Ženevské úmluvy z roku 1951 a nevnaší do problematiky nové, překvapivé prvky. Není od věci připomenout právní regulaci platnou ve Spojených státech, zákon o přistěhovalectví a občanství v § 243 (h) (1) v současnosti stanoví, že osoba nebude deportována nebo navracena do země, kde život nebo svoboda cizince by mohla být ohrožena z důvodu rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité společenské skupině nebo politickému názoru.

Dílčí komparativní rozbor potvrdil, že pravidlo **non-refoulement** v pojetí vnitrostátních právních řádů nepřikazuje poskytnout uprchlíkům, kteří byli donuceni opustit domovský stát nebo zemi svého bydliště kvůli hromadnému a systematickému porušování lidských práv, všeobecnému násilí, válce či dokonce přírodní katastrofě přijetí na hranici a následnou ochranu ve formě dočasného útočiště. Poskytování dočasného útočiště (někdy bezpečného přístavu) je akt volnosti každého státu. Takový volnostní akt je výronem humanity a nutnosti poskytnout **de facto** či humanitárním uprchlíkům prozatímní ochranu. Akt volnosti je v řadě států legislativně vymezen zpravidla v zákonech o cizincích. Dočasné útočiště není formálně právně ustáleno v mezinárodně právním systému. Bylo by šálivé podléhat právnímu romantismu a opomíjet pozitivně právní nazření fenomenu dočasného útočiště, které se může jevit mezinárodnímu právu jako faktum.

Státy by ovšem neměly udělení dočasného útočiště pokládat za nepřátelský čin, nýbrž za výraz humanity.

⁵¹BGBl 1955/55.

⁵²Cizinecký zákon byl schválen 22. února 1991.

2.

Zacházení s osobami v rámci dočasného útočiště

Osoby, které získaly dočasnou ochranu v konkrétním státě, nepožívají stejný právní status a uniformní zacházení, což je důsledkem jejich přijetí a pobytu na základě volnostního aktu státu z hlediska mezinárodního práva. Vnitrostátní regulace není totiž homogenní. Požadavek minimálního standardu zacházení obsahuje závěr č. 22 (XXXII) o ochraně žadatelů o azyl v situacích rozsáhlého přílivu osob, který přijal Výkonný výbor programu vysokého komisaře OSN v roce 1981.⁵³ V otázce přijetí takových uprchlíků závěr Výkonného výboru požaduje, aby tyto osoby nebyly vystaveny nepříznivému zacházení z důvodu, že jejich přítomnost na území není zákonná. Z těchto právních titulů nemají být trestáni. Požadavek požívání občanských a politických práv může působit nadbytečně, protože jejich implementaci zajišťují Mezinárodní pakt o občanských a politických právech na univerzální úrovni, jakož i regionální smlouvy. Nelze ani pominout obyčejovou úpravu obecného mezinárodního práva. Totéž platí o svobodném přístupu k soudům a zákazu diskriminačního zacházení z důvodu rasy, náboženství, politického názoru, země původu a tělesné neschopnosti.

Umístění osob by měly determinovat takové hodnoty, kterými jsou bezpečnost⁵⁴ a blaho, jakož i potřeby přijímacího státu.

Zasloužený zájem je zasvěcen požadavku jednoty rodiny,⁵⁵ stejně jako pomoci při vyhledávání příbuzných. Závěr se nevyhýbá statusovým věcem: registraci narození, smrti a sňatku.

Minimální standard zacházení ve svém celku pokrývají smluvní instrumenty spolu s obyčejovými pravidly. Ty jsou páteří zacházení s uprchlíky, zejména když smluvní normativitu provázejí mezinárodní kontrolní mechanismy.

* * *

⁵³Internationaler Rechtsschutz für Flüchtlinge. Beschlüsse des Exekutiv-Komitees für das Programm des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen. Ženeva, 1988, str. 48-50.

⁵⁴Stov. závěr č. 27 (XXXIII) o vojenském útoku na uprchlické tábory a osídlení v jižní Africe a jiných místech, závěr č. 32 (XXXIV) o tomtéž problému, závěr č. 45 (XXXVII) ke stejné záležitosti a závěr č. 48 (XXXVIII) o téže věci z let 1982, 1983, 1986 a 1987. Internationaler Rechtsschutz für Flüchtlinge. Beschlüsse des Exekutiv-Komitees für das Programm des hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen. Ženeva, 1988.

⁵⁵Stov. závěr č. 24 (XXXII) o jednotě rodiny, závěr č. 39 (XXXI) o ženách - uprchlicích a mezinárodní ochraně, závěr č. 47 (XXXVIII) o dětech z let 1981, 1985 a 1987.

SUMMARY

Temporary refuge

The author analyses the phenomenon of temporary refuge in the light of international law. He concludes that temporary refuge represents the act of freedom of each state as a member of the international society. Such an act is a product of humanity and necessity.

Temporary refuge is not codified in international law. The customary rule *non refoulement* does not order states to grant temporary refuge to a person who has been forced to leave the state for the reason of systematic violations of human rights, general violence, war, or man-made disaster. Institution of temporary refuge is regulated by domestic law (Austria, Germany, USA etc.). Granting temporary refuge is performed on the basis of the domestic laws at the same time the administrative discretion plays the main role in deciding.

Československé mezinárodní právo soukromé do roku 1948

Vladimír LANŽHOTSÝ

Po vzniku samostatného československého státu byl tzv. recepční normou převzat právní řád zanikající rakousko – uherské monarchie. Právní úpravu, kterou Československá republika (dále jen ČSR) recipovala pro oblast mezinárodního práva soukromého (dále jen MPS), je možno charakterizovat následujícími znaky:

- a) Úprava MPS byla ve státě *nejednotná*, vyznačovala se právním dualismem, neboť pro tzv. české země byl převzat právní řád rakouský a pro Slovensko a Podkarpatskou Rus právní řád uherský. Tato situace vedla k neuspokojivému stavu, poněvadž v rámci jednoho státu nebyla v důsledku rozdílné právní úpravy MPS zajištěna jednotnost v rozhodování o soukromoprávních poměrech s cizím prvkem. „Rozdiely medzi slovenským a českým mezinárodným právom súkromným boli veľké, čo spôsobovalo ťažkosti pri aplikácii, budilo v zahraničí dojem neskonsolidovanosti právneho poriadku ČSR, keď sa celkom ine rozhodnutia prezentovali podľa toho, či ich vyniesol súd v českých krajinách alebo na Slovensku, sťažovalo uzavieranie medzinárodných zmlúv o medzinárodnom práve súkromnom a súdnej pomoci, keď samo československé mezinárodné právo súkromné bolo nejednotné.“¹ Uvedené nedostatky měly být odstraněny kodifikací občanského práva platnou pro celé území ČSR. K odstranění právního dualismu v oblasti MPS však došlo až zákonem č. 41/1948 Sb.
- b) Rozdílná soukromoprávní úprava v obou částech ČSR navíc způsobovala vznik tzv. interlokálních kolizí. MPS každé z částí státu pak fungovalo také jako *mezioblastní právo soukromé*.
- c) Úpravu MPS do roku 1948 je dále možno charakterizovat jako úpravu značně *roztržtější*, nepřehlednou a samozřejmě nekodifikovanou. MPS bylo tvořeno pouze několika málo rozptýlenými ustanoveními. Tento stav však nebyl v Evropě oné doby nijak ojedinělý – kodifikované MPS mělo pouze Polsko, a to od roku 1926.

¹Tomko, J., Valentovič, Z.: Mezinárodní právo soukromé (Všeobecná část), UK Bratislava, 1978, s. 39

- d) Úprava MPS byla poměrně strohá a *neúplná*. Mezery v právní úpravě byly vyplňovány doktrínou a rozhodovací praxí pomocí analogie, což umožňoval v českých zemích § 7 obecného zákoníka občanského (dále jen OZO). O vyplňování mezer v MPS se zmiňovali i autoři Komentáře k československému obecnému zákoníku občanskému (dále jen Komentář): „... pomůckou může být jednak tzv. statutární teorie, jelikož podle ní jsou vybudována ustanovení občanského zákoníka, a jednak osnova občanského zákoníka, jelikož v ní sluší spatřovati onu „ratio sana“, která jest jádrem tzv. „přirozených zásad právních“, o nichž mluví § 7.“²
- e) MPS bylo založeno na *statutární teorii*, která byla považována za „všeobecnou směrnicí, resp. pravidlo, u něhož četné „exceptiones firmant regulam““³ Statutem personálním – tedy právním řádem státu, jehož příslušníkem je zúčastněná osoba – se řídily (zpravidla) otázky osobní způsobilosti, rodinné a dědické poměry a věcné poměry věcí movitých. Statutem věcným – tedy právním řádem státu, kde se věc nalézá – se spravovaly věcné poměry věcí nemovitých. Statut smíšený byl např. právní řád místa, kde došlo k právnímu úkonu. Statutární teorie byla základem MPS i na Slovensku.
- f) Podle některých názorů nebylo MPS právem, ale pouhou součástí právní normy, která *rozhraňuje* teritoriální působnost zákona.

Hlavními *prameny* MPS v českých zemích byly: §§ 4, 33–37, 225 a 300 OZO, §§ 21–25, 137–143 a 183 císařského patentu č. 208 z roku 1854 o nesporném řízení, §§ 79–82 exekučního řádu č. 79 z roku 1896, §§ 13–15 císařského nařízení č. 207 z roku 1916 o zbavení svéprávnosti, § 58 zákona č. 64/1931 Sb. z. a n. o konkursním řízení, § 12 zákona č. 56/1928 Sb. z. a n. o osvojení a některé další předpisy.

Na Slovensku byla zákonným pramenem MPS především následující ustanovení: §§ 108–111, 113, 115, 118–120 zák. čl. XXXI/1894 o právu manželském, §§ 8 a 107–113 zák. čl. XVI/1894 o pozůstalostním řízení, § 34 zák. čl. XVI/1876 o formálních náležitostech závětí, dědických smluv a darování pro případ smrti, §§ 61–65 zák. čl. XX/1877 o úpravě poručeneckých a opatrovníckých věcí.

Pramenem MPS předcházejícím domácí úpravu pak samozřejmě byly mezinárodní smlouvy závazné pro ČSR.

Od vzniku samostatného československého státu do roku 1948 prošla úprava MPS jen nevelkými změnami. Příznačnou pro toto období byla souvislost s vývojem práva občanského. Snahy o sjednocení občanského práva v ČSR tak byly zároveň snahami o vytvoření jednotného československého MPS. V jednotlivých návrzích československého občanského zákoníka (dále jen čl. OZ) byla obsažena i ustanovení MPS, která však měla svůj původ již v tzv. vídeňské osnově z roku 1913. Tato osnova měla

²Rouček, F., Sedláček, J.: Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, Linhart, Praha 1935, 1. díl, s. 324

³Tamtéž, s. 324

vést ke kodifikaci rakouského MPS a byla vypracována na podnět rakouského ministerstva spravedlnosti. Vídeňskou osnovu vypracovali nejvýznamnější představitelé vědy MPS, z českých odborníků to byl např. Jan Krčmář. Návrh byl komisionálně několikrát projednáván, v důsledku událostí v letech 1914 – 1918 ke kodifikaci rakouského MPS nedošlo. Vídeňská osnova byla ovlivněna závěry Haagské konference o MPS a výsledky činnosti Institutu de Droit international ve Florencii. Tato osnova se stala základem úpravy MPS v jednotlivých návrzích čl. OZ, neboť tvůrci čl. úpravy občanského práva byly názoru „že jsou stěží schopni vytvořit lepší dílo.“⁴ Roku 1920 započaly diskuse o vytvoření čl. OZ, v roce 1921 byla 1. subkomitétém vytvořena předloha úpravy MPS, která byla zahrnuta do 1. návrhu čl. OZ (1923). Předsedou 1. subkomitétu nebyl nikdo jiný než prof. Krčmář. Výsledkem činnosti superrevizní komise (1926 – 1931) bylo zveřejnění návrhu v roce 1931. Po dalších poradách pak byl v roce 1936 předložen vládní návrh OZ. K uzákonění čl. OZ ani úpravy MPS v něm obsažené však ze známých příčin nedošlo.

Předpisy vydávané na našem území od 30. 9. 1938 do 4. 5. 1945 nejsou podle dekretu prezidenta republiky z 3. 8. 1944 č. 11 Úř. věst. čs. součástí našeho právního řádu, proto se jimi nebudeme zabývat.

Až roku 1948 došlo ke kodifikaci MPS – tím končí námi sledované období jeho vývoje.

V této obecné charakteristice MPS do roku 1948 si všimneme úpravy některých jeho typických problémů. Jedním z nich je problematika tzv. *mezioblastního práva soukromého*. Při rozdílné právní úpravě mezi oběma částmi ČSR vznikala samozřejmě potřeba úpravy mezioblastních soukromoprávních vztahů, přesto až do roku 1948 neexistovalo v ČSR československé mezioblastní právo soukromé. Pravidla mezioblastního práva soukromého byla (s určitými odchylkami) vyvozována z pravidel MPS, z čehož vyplývá různost mezioblastních práv soukromých v obou právních oblastech ČSR. Odchytkou vůči MPS bylo především neuplatnění zásady reciprocity, v úvahu nepřicházelo ani použití výhrady veřejného pořádku⁵ a další výjimky vyplývající ze skutečnosti, že mezioblastní právo soukromé upravovalo kolize zákonů různých právních oblastí unitárního státu. Místo hraničního určovatele lex patriae se v kolizních normách mezioblastního práva soukromého uplatnil hraniční určovatel domovské příslušnosti (na Slovensku) či místa bydliště (v českých zemích), popř. místa pobytu. Jednotná úprava mezioblastního práva soukromého byla provedena např. v zák. č. 391/1922 Sb. z. a n., kterým se mění některá ustanovení zák. o poručenství a opatrovnictví.

Stejně tak i otázka *zpětného (a dalšího) odkazu*

nebyla v MPS upravena. Jedná se v podstatě o otázku, zda vůbec a v jakém případě je možno ustoupit od tuzemské kolizní úpravy a zda je možno použít zahraničních kolizních norem, jestliže na zahraniční právo odkazuje tuzemská kolizní

norma, či zda se má použít pouze zahraničního hmotného práva (t.j. věcných norem). O řešení této problematiky se dovídáme z Komentáře, podle kterého má soudce respektovat jen věcné (nikoli kolizní) normy cizího právního řádu. Soudce tedy nemá respektovat zpětný odkaz, neboť podle tehdejšího názoru bylo možno zpětný odkaz připustit jen pokud tak zákonodárce výslovně stanoví – jako např. v § 108 zák. čl. XXXI/1894 o právu manželském.⁶ Je však třeba uvést, že tento názor nebyl přijímán zcela bezvýhradně.

Taktéž v otázce *kvalifikace* neexistovala právní úprava. Z Komentáře můžeme usuzovat, že se dávala přednost kvalifikaci podle lex fori, zároveň se však připouštělo, že „soudce nebude vždy vázán v otázce kvalifikace tuzemským právním řádem.“⁷

Výhrada veřejného pořádku byla obsažena např. v § 81 exekučního řádu. Podle generální klauzule d'ordre public zatlačovalo tuzemské donucující právo vyššího řádu předpisy cizího práva. Tato generální klauzule byla vyvozována ze zásady reciprocity utilitas.

Výhrada veřejného pořádku byla upravena i v § 1352 osnovy čl. OZ, který zněl: „Nelze se spravovat cizím právním řádem, jestliže by se to přičilo tuzemské zásadě právní, která je povahy tak donucující, že její užití i v případě, o který jde, je nezbytné.“ Výhrada veřejného pořádku byla tedy koncipována jako výjimečný prostředek ochrany před aplikací cizího právního řádu, pokud by se tato aplikace přičila tuzemským předpisům, které musí být zachovány bezvýhradně v každém případě.

I.

Obecná část občanského práva v československém mps do roku 1948

Normy MPS upravovaly některé z otázek spadajících do obecné části práva občanského. Tak byly upraveny především otázky způsobilosti k právním úkonům, tedy tzv. osobní práva. Jako právní řád upravující postavení osoby s ohledem na osobní poměry (tento právní řád bývá označován osobním statutem) přichází v úvahu především právní řád státu, jehož je osoba příslušníkem, nebo právní řád státu, v němž má osoba své bydliště.

Rozhodujícím ustanovením pro způsobilost k právním úkonům ohledně tuzemců byl § 4 OZO, který stanovil: „Občanské zákony zavazují všechny státní občany těch zemí, pro které byly vyhlášeny. Státní občané i při jednáních a obchodech, jež sjednávají mimo státní území, jsou vázáni těmito zákony, pokud jest jimi jejich osobní způsobilost je podniknouti omezena a pokud tato jednání a obchody mají mít právní účinky zároveň v těchto zemích.“ Podle tohoto ustanovení je tedy rozhodující právní řád státu, jehož příslušnost osoba má. Při posuzování způsobilosti k právním

⁴Korkisch, F.: Fragen des ostmitteleuropäischen Rechts, Tübingen 1979, s. 264

⁵Podrobněji srov. práci cit. v pozn. 2), s. 341

⁶Viz práce cit. v pozn. 2), s. 317

⁷Viz práce cit. v pozn. 2), s. 320

u cizinců (resp. omezení způsobilosti) přicházelo v úvahu použití výhrady veřejného pořádku – ato především v důsledku našeho neuznání otroctví, poroby a omezení způsobilosti z důvodů náboženských.⁸

Způsobilost k právním úkonům, které činil cizinec, byla upravena jednak v § 33 OZO, jednak v § 34 OZO, který zněl: „Osobní způsobilost cizinců k právním jednáním budiž posuzována vůbec podle zákonů místa, kterým je cizinec podroben podle svého bydliště nebo, nemá-li vlastního bydliště, podle svého narození jako poddáný, pokud pro jednotlivé případy není v zákoně něco jiného nařízeno.“ Tato kolizní úprava byla tedy úpravou generální a uplatnila se pouze v případech neexistence úpravy zvláštní. Formulace § 34 je velmi nejasná a nejednotný byl i výklad tohoto ustanovení. Zatímco Unger, Pfaff a Zimmermann⁹ považovali za základní kolizní kritérium bydliště cizince, Krčmář¹⁰ považoval za základní hraniční určovatel státní příslušnost cizince. Ke stanovisku Krčmáře se přiklonili i Rouček se Sedláčkem ve svém Komentáři. Rozhodující význam kolizního kritéria státní příslušnosti cizince zdůvodňovali historickou a autentickou interpretací s odvoláním na dekret dvorské kanceláře z 22. 12. 1814, č. 1118 Sb. z. s. Státní příslušnost cizince se nakonec jako kolizní kritérium pro určení rozhodného právního řádu při posuzování cizincovy způsobilosti k právním úkonům prosadila v převládající části nauky i v judikatuře. Bydliště cizince nastoupilo jako hraniční určovatel v případech selhání kolizního kritéria státní příslušnosti.

I pro zbavení způsobilosti k právním úkonům byl rozhodný osobní statut. Podle zákona o zbavení svéprávnosti mohly tuzemské soudy zbavit způsobilosti k právním úkonům cizince, který se v tuzemsku trvale zdržuje, a jehož stát včas nezasáhl.

Z § 34 byl vyzovován i právní řád, kterým se řídí prohlášení za mrtvého. Kolizním kritériem v této otázce byla státní příslušnost osoby, která měla být prohlášena za mrtvou. Zákon č. 20 z roku 1883 stanovil příslušnost tuzemského soudu při prohlášení tuzemce za mrtvého. Toto prohlášení za mrtvého se řídí tuzemským právem. Cizince prohlásil tuzemský soud za mrtvého podle tuzemského práva jen v tom případě, že zde měl své poslední bydliště.

Do obecné části občanského práva je zahrnována i otázka formy právního úkonu. Tato problematika nebyla v MPS do roku 1948 výslovně upravena. Za samozřejmou byla považována zásada „locus regit actum“ (forma úkonu se řídí právním řádem státu, ve kterém k úkonu došlo). Stačilo však zachování předpisů, kterými se řídí úkon sám.¹¹ U smluv věcných byla forma smlouvy ovládána věcným statutem.

V osnově čsl. OZ byla pravidla MPS upravující shora uvedené otázky obecné části občanského práva obsažena v §§ 1318 – 1322. Hraničním určovatelem pro způsobilost k právním úkonům byla podle § 1318 státní příslušnost osoby činící právní

⁸Viz práce cit. v pozn. 2), s. 325

⁹Srov. Zimmermann, M. A.: Mezinárodní právo soukromé, Brno 1933, s. 63

¹⁰Srov. Krčmář, J.: Právo občanské, I. Výklady úvodní a část všeobecná, 3. vydání, VšeHR, Praha 1936, s. 123

¹¹Podrobněji srov. práci cit. v pozn. 2), s. 335

úkon. § 1318 odst. 2 stanovil: „Stane-li se někdo československým státním příslušníkem, nepozbude tím způsobilost k právním úkonům již získanou.“ Toto ustanovení mělo předejít případu, kdy osoba, která se stane čl. státním příslušníkem, by mohla ztratit způsobilost k právním úkonům získanou dříve. Prohlášení za mrtvého bylo upraveno následujícím způsobem v § 1319: „Prohlášení za mrtvé těch, kdo v době, kdy se počala jejich nevěstnost, byli občany tohoto státu, provede se podle zákonů československých.“

§ 1320 zněl: „Byl-li někdo v cizině prohlášen za mrtvého nebo bylo-li o něm provedeno řízení, které se co do podstaty srovnává s prohlášením za mrtvého upraveným v tomto zákoníku, je k tomu hleděti jen tehdy, když ten, kdo byl prohlášen za mrtvého, byl na počátku své nevěstnosti příslušníkem státu, v kterém se prohlášení stalo.“

§ 1321 pak doplňoval: „Jestliže nevěstný manžel cizinec měl své poslední bydliště v tuzemsku a jestliže manželka je příslušnicí československou nebo jestliže manželka, jež až do uzavření manželství s nevěstným československou příslušnicí byla, v tuzemsku zůstala nebo se tam vrátila, jest k jejímu návrhu nevěstného prohlásiti za mrtvého podle zákonů československých s tím jediným právním následkem, že se jí dává volnost uzavřítí manželství nové.“ Úprava prohlášení za mrtvého byla tedy v osnově značně podrobná.

Podle § 1322 se forma právních úkonů řídila, pokud nebylo stanoveno jinak, právním řádem, kterým se spravuje jednání samo. Subsidiárně se pak forma právního úkonu měla řídit právem místa, kde k projevu vůle došlo. Tento subsidiární hraniční určovatel se však podle odstavce 2 nemohl uplatnit u právních jednání, kterými se zřizuje, mění nebo ruší věcné právo nebo břemeno na věci.

II.

Věcné právo do roku 1948

Základním ustanovením věcného práva v MPS do roku 1948 byl § 300 OZO, který v duchu statutární teorie stanovil podřízenost nemovitostí předpisům místa, kde se nacházejí, a podřízenost věcí movitých předpisům státu, jehož příslušníkem je vlastník movité věci. Zásada „mobilia personam sequuntur“ byla však postupně opouštěna ve prospěch lex rei sitae. Od reálného statutu byly odlišovány otázky týkající se způsobilosti k nabytí či zcizování práv k nemovitostem a dále otázky právního důvodu.¹²

Osnova čsl. OZ obsahovala v části upravující MPS ustanovení o věcných právech v §§ 1324–1328. V § 1324 byla upravena věcná práva k věcem movitým i nemovitým (včetně držby) tak, že byl stanoven jediný hraniční určovatel, a to místo polohy věci. V osnově tak byla opuštěna zastaralá zásada „mobilia ossibus inhaerent“.

¹²Podrobněji srov. práci cit. v pozn. 2), s. 328

§ 1325 osnovy zněl: „Vznik a zánik věcných práv k hmotným věcem movitým se spravují právním řádem místa, kde věc byla v době, kdy se stala událost, o kterou se opírá vznik nebo zánik onoho práva.“ V tomto ustanovení je řešen jeden z případů mobilního konfliktu, neboť místo polohy věci je hraničním určovatelem proměnlivým. Podle § 1326 se tuzemská ustanovení o zápisech do veřejných knih uplatní i tehdy, kdy právní důvod vzniku, zániku, omezení nebo převodu knihovního práva je posuzován podle právního řádu cizího. V § 1327 bylo upraveno připuštění vlastnické žaloby proti držiteli. § 1328 se týkal vydržení a stanovil, že vydržení se spravuje právním řádem státu, v němž věc byla v době, k níž se klade počátek vydržení. Vydržitel se však mohl dovolat právního řádu státu, v němž se vydržení dokonalo. Pokud tak ale učiní, počítá se vydržení teprve od okamžiku, kdy se věc ocitla v tomto státě.

III.

Závazkové právo do roku 1948

Základní ustanovení závazkového práva byla obsažena v §§ 35 – 37 OZO.

§ 35 zněl: „Jednání v tomto státě cizincem podniknuté, jímž propůjčuje jiným osobám práva, aniž je vzájemně zavazuje, budiž posuzováno podle tohoto zákoníku, nebo podle toho zákona, kterému je cizinec jako poddaný podřízen, podle toho, zda ten či onen zákon platnosti jednání nejvíce přeje.“ Takto bylo tedy upraveno jednání bezplatné.

§ 36 obsahoval tuto úpravu: „Sjedná-li cizozemec v těchto zemích se státním občanem vzájemně zavazující jednání, budiž bez výjimky podle tohoto zákoníku posuzováno, pokud však je sjedná s cizozemcem, budiž jen tehdy podle téhož posuzováno, neprokáže-li se, že při sjednání bylo hleděno k jinému právu.“

§ 37 pak zněl: „Učiní-li cizozemec s cizozemci nebo poddanými tohoto státu v cizině právní jednání, budiž též posuzováno podle zákonů místa, kde jednání bylo uzavřeno, pokud při uzavření nebylo patrně za základ položeno jiné právo a nepřekáží-li předpis shora v § 4 obsažený.“

Z těchto ustanovení vyplývá, že smlouvy se řídily právním řádem místa, kde byly uzavřeny. Odchytkou od *lex loci contractus* je ustanovení § 35 a možnost volby práva obsažená v závěru §§ 36 a 37. Z § 36 vyplývá, že u smluv uzavřených v tuzemsku tuzemcem není volba jiného práva než práva tuzemského možná – resp. není možná, pokud by se přičila kogentním ustanovením tuzemského právního řádu. Volba práva je umožněna, pokud se jedná o smlouvy uzavřené tuzemcem v cizině (při respektování § 4 OZO, pokud mají mít tyto smlouvy právní následky v tuzemsku).

Obligační statut smlouvy je směrodatný pro posuzování podmínek platnosti smlouvy (mimo formu právního úkonu a mimo „osobní způsobilost“) a pro posuzování právních účinků smlouvy (tedy i pro promlčení).

Pokud jde o smlouvy uzavřené mezi nepřítomnými, nebylo zde zákonné úpravy.

Doktrína i judikatura však za rozhodující považovaly právní řád místa bydliště dlužníka. Pokud šlo o smlouvy se vzájemným plněním, pak se za směrodatný považoval právní řád místa, kde oferent obdržel akceptaci.¹³

Stejně tak zákon neřešil otázku závazků z nedovoleného jednání, doktrína se však klonila k názoru, že se tyto závazky řídí právním řádem místa, kde došlo k nedovolenému jednání.

Ani jednostranná jednání nebyla zákonem výslovně upravena a řídila se proto jako ostatní smlouvy §§ 35–37 OZO.

V zákoně nebyla řešena otázka, jakým právním řádem se řídí odporovatelnost právních úkonů dlužníka. V řešení této otázky nebyla judikatura jednotná, teorie se však klonila k názoru, že rozhodující je právní řád místa, v němž měl dlužník bydliště v době, kdy učinil právní úkon zkracující věřitele.

Podrobnější úprava kolizního závazkového práva byla obsažena v osnově čl. OZ v §§ 1329 – 1331, přičemž volba práva byla upravena samostatně v § 1323 takto: „Strany mohou právní poměr podrobiti určitému právnímu řádu, nebrání-li tomuto donucující ustanovení právních řádů, kterým onen právní poměr je vůbec podroben podle ustanovení obsažených v této hlavě, a je-li významný vztah ke zvolenému právnímu řádu.“

§ 1329 osnovy zněl:

1. „Při smlouvách, které se týkají nemovitostí, platí právní řád místa, kde nemovitost jest.
2. Při smlouvách, které byly uzavřeny na burse nebo na trhu, platí právní řád tohoto místa.
3. I při jiných smlouvách platí právní řád, který odpovídá rozumnému spořádání právního poměru, o který jde. Nesvědčí-li proti tomu závažné důvody, platí, že odpovídá rozumnému spořádání právních poměrů, aby se spravovaly:
 - a) smlouvy trhové a smlouvy o dílo při provozování obchodního nebo živnostenského závodu právním řádem místa, kde jest obchodní nebo živnostenský závod prodávajícího nebo podnikatele díla,
 - b) smlouvy pojišťovací, a to i smlouvy o pojištění nemovitostí a smlouvy uzavřené na burze nebo na trhu, právním řádem, který platí v sídle pojišťovatele, a jde-li o smlouvy pojišťovací uzavřené se zastupitelstvím, které je mimo sídlo pojišťovatele, právním řádem, který platí v sídle zastupitelství,
 - c) smlouvy, které byly uzavřeny s lékaři, zvěrolékaři, advokáty, notáři, patentními zástupci a vůbec s osobami, ustanovenými veřejně k výkonu povolání, a jejichž předmětem je výkon povolání, právním řádem místa, kde ony osoby mají úřední sídlo (bydliště),

¹³Podrobněji srov. práci cit. v pozn. 2), s. 336

- d) smlouvy o práci, které uzavřeli zaměstnanci s podnikatelem závodu obchodního, živnostenského nebo horního, pak s podnikatelem hospodářství polního nebo lesního, právním řádem místa, kde je sídlo závodu nebo hospodářství,
- e) jiné smlouvy právním řádem státu, v kterém obě strany mají bydliště, nemají-li bydliště v téže státě a stala-li se smlouva mezi přítomnými, právním řádem místa, kde smlouva byla uzavřena, jestliže pak smlouva byla uzavřena mezi nepřítomnými, právním řádem bydliště příjemce nabídky. Jde-li o právní jednání při provozování závodu obchodního nebo živnostenského, jest, co se týká strany obchod nebo živnost provozující, hleděti nikoli k jejímu bydlišti, nýbrž k sídlu závodu.“

§ 1330 zněl: „Jednostranná právní jednání se spravují právním řádem bydliště (sídlu) dlužníka.“

§ 1331 pak stanovil: „Nároky na náhradu škody z nedovolených činů a jinakých událostí, nejde-li o porušení povinností vyplývajících z právního jednání, spravují se právním řádem místa, kde se čin nebo událost staly.“

V osnově čl. OZ byla tedy již výslovně upravena volba práva. Jde o tzv. materiální volbu práva, neboť její platnost závisí na donucovacích ustanoveních právního řádu, kterému by byl právní poměr podroben, kdyby k volbě práva nedošlo. Kromě souladu s kogentními předpisy jinak povolaného právního řádu je k platné volbě práva požadován ještě významný vztah ke zvolenému právnímu řádu, což znamená, že volba práva byla koncipována jako volba omezená.

Pokud si smluvní strany právo nezvolí, pak by byl pro smlouvy (mimo smlouvy týkající se nemovitostí a smlouvy uzavřené na burze nebo trhu) rozhodující právní řád, který odpovídá „rozumnému spořádání“ právního poměru. V § 1329 odst. 3 jsou pak smlouvy rozčleněny do pěti skupin a v každé ze skupin jsou stanovena kolizní kritéria. Hlavním vodítkem je ale ona rozumnost uspořádání daného právního poměru a stanovení kolizních kritérií pro jednotlivé smluvní typy mělo být spíše demonstrativním výčtem právních řádů, jejichž použití *obvykle* vede k rozumnému uspořádání daného právního poměru. Je třeba poznamenat, že hraniční určovatelé, kterých bylo v osnově čl. OZ v závazkověprávních vztazích použito, se staly základem pro pozdější úpravu v zákoně č. 41/1948 Sb. a jsou koneckonců obsaženy i v současné právní úpravě (srov. např. úpravu tzv. jiných smluv v § 10 odst. 3 zák. č. 97/1963 Sb. s § 1329 odst. 3 a 5 osnovy).

V osnově čl. OZ se dočkaly právní úpravy i doposud neupravené závazkověprávní poměry z jednostranných právních úkonů a nároky na náhradu škody. V obou těchto případech bylo zohledněno shora již uvedené stanovisko právní vědy.

IV.

Pracovní právo do roku 1948

V československém MPS do roku 1948 nebyla obsažena výslovná kolizní úprava pracovního poměru založeného pracovní smlouvou. Analogicky zde tedy platí to, co bylo uvedeno v předcházející části týkající se závazkových práv. Hmotněprávní úprava pracovního práva byla obsažena v hlavě XXVI. OZO.

Výslovné kolizní úpravy se pracovní právo dočkalo v osnově čl. OZ – ato v rámci úpravy závazků ve shora již zmíněném § 1329 odst. 3. I v osnově čl. OZ byla tedy úprava kolizní problematiky pracovního práva velmi stručná. Hraničním určovatelem bylo sídlo zaměstnavatele (v případě, že nedošlo k volbě práva mezi stranami podle § 1323 osnovy).

V.

Dědické právo do roku 1948

K úpravě dědického práva mezinárodního došlo roku 1854 v patentu o řízení nesporném č. 208 ř. z. Ustanovení §§ 21 – 25 tohoto patentu pod vlivem statutární teorie štěpí při aplikaci § 300 OZO dědický statut, což vyplývá z rozdělování věcí na věci movité a nemovité. Pro dědické poměry ohledně nemovitostí byl kolizním kritériem *lex rei sitae*, pro dědické poměry ohledně movitostí pak kolizním kritériem byl právní řád zůstavitelovy vlasti. Ve smyslu zásady „kolik je statků podrobených různým teritoriálním právům, tolik je vlastnictví“¹⁴ pak nastávaly situace, kdy se pro jedno dědictví používalo jiného právního řádu pro věci movité a jiného pro věci nemovité, u jednoho zůstavitele mohly být v různých státech k dědictví povolány jiné osoby. S určitými odchylkami docházelo ke štěpení dědického statutu i ve státních smlouvách.¹⁵ V dalších otázkách upravovaných dědickým statutem panovala nejednota především v otázce dědické způsobilosti dědiců.

Úprava dědického práva do roku 1948 nebyla příliš podrobná a vycházela z rozštěpeného dědického statutu, což vedlo ke shora zmíněným problémům. Neuspokojivost tohoto stavu vedla ke změně koncepce, jak lze vyvodit již z osnovy čl. OZ. Osnova čl. OZ obsahovala tuto úpravu mezinárodního práva dědického:

„§ 1346. Právní poměry dědické se spravují právním řádem státu, jehož je zůstavitel příslušníkem v době své smrti.

§ 1347. Způsobilost zřídití a zrušití poslední pořízení, jakož i podmínky platnosti posledního pořízení po stránce vnitřní se spravují právním řádem státu, jehož byl zůstavitel příslušníkem v době, kdy učinil projev, o který jde.

¹⁴Eller, O.: Některé otázky vývoje právní úpravy kolizní problematiky mezinárodního práva soukromého na území Československa, Sborník prací učitelů právnické fakulty v Brně, 1984, s. 148

¹⁵Podrobněji srov. práci cit. v pozn. 2), s. 335

§ 1348. Zdali je dědická smlouva dopuštěná a zdali může být zrušena a v jakém rozsahu může být zřízena nebo zrušena, jest posuzováno podle právních řádů států, jejichž jsou smluvci příslušníky v době zřízení nebo zrušení dědické smlouvy. Způsobilost dědickou smlouvu zřídit nebo zrušit, jakož i podmínky pro vnitřní platnost dědické smlouvy se spravují právním řádem státu, jehož je zůstavitel příslušníkem v době zřízení nebo zrušení smlouvy.

§ 1349. Forma při zřízení a zrušení pořizení pro případ smrti se spravuje právním řádem státu, jehož je zůstavitel příslušníkem v době, kdy zřizuje nebo ruší pořizení. Stačí však, učiní-li dosti právnímu řádu místa, kde se projev děje.

Osnova čl. OZ již tedy vychází z jednotného dědického statutu a pro dědické poměry užívá jedno kolizní kritérium a – sice *lex patriae* zůstavitele v době jeho smrti. Zmizelo rozlišování movitých a nemovitých věcí v rámci dědických poměrů. Forma posledního pořizení byla osnovou řešena shodně s dosavadní úpravou. Pro formu posledního pořizení je rozhodující personální statut zůstavitele, avšak stačí zachování formy podle právního řádu místa, kde k pořizení pro případ smrti došlo.

VI.

Rodinné právo do roku 1948

Rozhodující úlohu v kolizní úpravě práva rodinného do roku 1948 hrál osobní statut. Mnohá ustanovení rodinného práva byla pokládána za ustanovení donucující. Pro úpravu rodinného práva do roku 1948 je charakteristické, že „v podrobnostech se doktrína velmi rozchází s judikaturou...“¹⁶ Takové obtíže vznikaly především proto, že v důsledku rozdílných náboženských, sociálních a kulturních tradic docházelo v různých státech k odlišné úpravě otázek práva rodinného, což vedlo k potížím v případech více účastníků s různými osobními statuty v jednom případě.

V podstatě se v rodinném právu do roku 1948 vyvinuly tyto zásady¹⁷:

- způsobilost k uzavření manželství se řídí právním řádem vlasti každého ze snoubenců,
- rozvod a rozluka manželství tuzemců byly možny pouze v tuzemsku a podle práva tuzemského. Rozvod cizinců v tuzemsku byl možný jen dle práva tuzemského a v případě, že měli v tuzemsku své poslední bydliště,
- osobní následky manželství (včetně vyživovací povinnosti) se řídily právem manžela,
- majetková práva manželů se řídila právem státu, jehož příslušníkem byl manžel v době uzavření manželství. Judikatura se však v tomto případě klonila k právnímu řádu státu, v němž měli manželé bydliště v době uzavření manželství.

¹⁶Viz práce cit. v pozn. 2), s. 333

¹⁷Srov. práci cit. v pozn. 2), s. 333 – 334 a práci cit. v pozn. 14), s. 150

V důsledku rozlišování původu manželského a nemanželského existovala i úprava práv manželských rodičů a dětí, které se spravovaly právním řádem (momentálním) státu, jehož příslušníkem byl otec dítěte. O manželském původu dítěte pak rozhodovalo právo manžela matky v době narození dítěte. Pro poměry nemanželského dítěte a matky (příp. nemanželského otce) byl rozhodující právní řád státu, jehož příslušnicí byla matka (resp. nemanželský otec).

Hraničním určovatelem u osvojení byl *lex patriae* osvojitele, případná nutnost přivolení osvojence byla posuzována podle jeho právního řádu. Pro poručenství, opatrovnictví a podporu byl směrodatný právní řád státu, jehož příslušníkem byl poručenec, opatrovanec či chráněnc.

Legitimace se řídila právním řádem státu, jehož příslušníkem byl muž.

V osnově čl. OZ nalezneme částečnou revizi shora uvedených zásad, jakož i snahu o přesnější formulaci a širší úpravu práva rodinného. Právo rodinné je v osnově obsaženo v §§ 1332 – 1345. Podrobně a důkladně jsou zde upraveny následující otázky: uzavření manželství, právní následky manželství po stránce osobní, manželské právo majetkové, zrušení manželství a manželského společenství, manželský původ, nemanželský původ, legitimace a osvojení, poručenství a poměry příbuzné.

Oproti úpravě rodinného práva do roku 1948 nalezneme v osnově tyto změny, případně rozšíření: v § 1333 je upravena forma uzavření manželství, která se řídí právním řádem místa, kde je manželství uzavíráno. K této základní kolizní normě byla v odstavci druhém připojena subsidiární kolizní norma, podle které stačí, vyhoví-li forma uzavření manželství obřadnostem ustanoveným v právních rádech států, jejichž jsou snoubenci příslušníky. Ke změně mělo podle osnovy dojít v právních následcích manželství po stránce osobní, když na místo hraničního určovatele *lex patriae* manžela stanovila osnova za kolizní kritérium právní řád státu, jehož jsou manželé příslušníky. V případě selhání tohoto hraničního určovatele je rozhodující poslední společný právní řád obou manželů a teprve jestliže selže i tento hraniční určovatel, nastupuje právní řád manžela. Manželské právo majetkové bylo upraveno v § 1335, který vycházel z do té doby platné úpravy, využívající hraničního určovatele *lex patriae* manžela v době uzavření manželství. Zakotvena byla zásada neménosti majetkového statutu. V § 1336 byl obsažen princip priority *lex rei sitae*. Rozvod a rozluka manželství byly upraveny v § 1337 tak, že rozhodným je právní řád státu, jehož jsou manželé příslušníky v době, kdy se podává žaloba nebo žádost. Pokud je tento právní řád u každého z manželů jiný, pak je rozhodujícím poslední společný řád domovský obou manželů a jestliže není takového právního řádu, pak je směrodatným právní řád manželův. § 1337 odst. 2 zněl: „Změní-li se státní občanství, jest skutečnost, která se stala před touto změnou, důvodem zrušení manželství nebo jakéhokoli zrušení manželského společenství jen tehdy, když byla takovým důvodem i podle práva dříve příslušného.“ Toto ustanovení mělo zřejmě zabránit snaze cizinců o získání určitého státního občanství jen kvůli možnosti rozvodu manželství. V § 1339 byly upraveny právní poměry mezi manželskými dětmi a rodiči. Oproti dosavadní úpravě byl v osnově hraničním určovatelem pro tyto poměry *lex patriae*

všech účastníků, v případě jeho selhání pak poslední společný právní řád, a pokud nebylo ani takového právního řádu, pak rozhodoval právní řád dítěte. Ve 4. odstavci tohoto paragrafu je řešena otázka zániku práv rodičů v případě provdání dcery. Ke změně oproti dosavadní úpravě mělo dojít i v úpravě právních poměrů mezi nemanželským dítětem a matkou. Rozhodujícím byl v těchto případech právní řád státu, jehož jsou matka a dítě příslušníky, náhradně pak poslední společný právní řád a v případě jeho selhání právní řád dítěte. § 1341 stanovil hraniční určovateli v nárocích nemanželského dítěte na výživu, výchovu a zaopatření *lex patriae* dítěte v době jeho narození. Nároky nemanželské matky vůči otci dítěte se řídily právním řádem státu, jehož příslušnicí byla matka v době narození dítěte. Propůjčení jména nemanželskému dítěti se spravovalo právním řádem dítěte. K žádným změnám nemělo dojít v úpravě osvojení a legitimize. V osnově bylo upraveno i poručenství a poměry příbuzné (tedy opatrovnictví nad osobami nezpůsobilými k právním úkonům a podpora). Dosavadní úprava byla rozšířena o úpravu povinnosti přijmout a zastávat poručenství, která se spravuje právním řádem státu, jehož příslušníkem je poručník. Právní poměry mezi poručníkem a poručencem se řídí právním řádem státu, ve kterém je poručenský soud či úřad.

VII.

Práva průmyslová a autorská do roku 1948

Charakteristickým znakem práv autorských a průmyslových je jejich teritoriální omezenost, která svou povahou vylučuje použití cizího právního řádu. V důsledku tohoto znaku se objevují názory, podle kterých tato práva nepatří do oboru MPS. „Právní regulace vztahů vzniklých vytvořením a společenským uplatněním děl literárních, uměleckých a vědeckých, pokud se v nich vyskytuje mezinárodní prvek, spadá především do tzv. cizineckého práva, do oblastí mezinárodního práva, do práva občanského a dále také do mezinárodního práva veřejného. ... Hlavní těžiště právní úpravy těchto vztahů, pokud obsahují mezinárodní prvek, je v mezinárodním právu soukromém, jehož hlavním pramenem je vnitrostátní zákon, mezinárodní smlouvy a v některých, v oblasti československého práva výjimečných případech, i právní obyčej.“¹⁸ I my budeme považovat právní úpravu práv průmyslových a autorských, pokud obsahují cizí prvek, za součást právní úpravy MPS – ato přesto, že kolizní problematika v důsledku územního omezení u těchto práv nevzniká. Kolizní problematika však může vzniknout u smluv, jejichž předmětem jsou tato práva.

Československé kolizní právo nemělo v námi sledovaném období ustanovení o právech průmyslových a autorských a neobsahovalo ani speciální ustanovení o nakládání s těmito právy. Pro odstranění nedostatku územní omezenosti ochrany docházelo již ve 2. polovině minulého století ke sjednávání mezinárodních smluv v této oblasti. V oblasti práva autorského se ČSR stala smluvní stranou Bernské úmluvy o ochraně

¹⁸Knap, K., Kunz, O.: Mezinárodní právo autorské, Academia, Praha 1981, s. 32

děl literárních a uměleckých (z roku 1886) – ato v roce 1921 (zák. č. 401/1921 Sb., t. j. tzv. berlínské znění bernské úmluvy, a dále zák. č. 286/1936 Sb., t. j. tzv. římské znění téže úmluvy).

VIII.

Postavení cizinců v občanskoprávních vztazích do roku 1948

Základním ustanovením upravujícím právní postavení cizinců v občanskoprávních vztazích byl § 33 OZO, který zněl:

„Cizinci mají vůbec stejná občanská práva a povinnosti jako tuzemci, nevyhledávají se k požívání těchto práv výslovně vlastnosti státního občana. Cizinci musí také, aby požívali stejného práva s tuzemci, v pochybných případech dokazati, že stát, k němuž náležejí, co do práva, o které jde, zachovává se stejně k zdejším státním občanům jako ke svým.“

Věta první tohoto paragrafu vyslovuje zásadu rovného postavení cizinců s tuzemskými občany (s výjimkou práv vázaných na tuzemskou státní příslušnost). Ve větě druhé je formulován princip vzájemnosti. Jedná se o recipocitu formální – není totiž třeba, aby tuzemec disponoval v cizině

týmiž právy jako v tuzemsku, ale postačí, pokud má v cizině stejná práva jako tamní státní příslušníci. Neuplatnila se tedy materiální vzájemnost, která poskytnutí určitého práva cizinci váže na poskytování téhož práva tuzemci v zemi, jejíž je cizinec příslušníkem.

Osnova čl. OZ upravovala právní postavení cizinců v občanskoprávních vztazích v § 15 tímto způsobem: „Cizinci mají stejná práva a stejné povinnosti v oboru práva občanského jako státní občané, není-li stanoveno jinak. Mají-li však cizinci mítí stejné právo se státními občany, je potřebí, aby stát, jehož jsou příslušníky, nakládal s československými občany co do práva, o které jde, stejně jako se svými příslušníky.“

I v osnově se tak cizincům dostalo obecně rovného postavení s tuzemci při zachování formální recipocity.

IX.

Mezinárodní právo procesní do roku 1948

Názory na zařazení mezinárodního práva procesního (dále jen MPP) v systému našeho práva jsou různé. MPP je považováno za samostatné právní odvětví, popř. za součást občanského práva procesního či MPS. Nejednoznačný a nepřesný je i název MPP, v nauce se lze často setkat i s pojmenováním mezinárodní občanské právo procesní. Přes nedostatečnou přesnost názvu se přidržíme tradičního a užívaného

pojmenování, MPP pak rozumíme souhrn právních norem upravujících postup soudů a jiných orgánů a účastníků a vztahy mezi nimi vznikající v řízení o občanskoprávních věcech, v němž se vyskytuje mezinárodní prvek.¹⁹ Z tohoto vymezení MPP je patrna příbuznost tohoto oboru s MPS, která odůvodňuje zahrnutí vědy MPP do vědy MPS. Pro nápadnou souvislost, kterou můžeme pozorovat ve vývoji právní úpravy MPP a MPS, pak i výklad právní úpravy MPP podáváme v rámci výkladu právní úpravy MPS.

Pro úpravu MPP do roku 1948 platí, co bylo obecně řečeno o úpravě MPS. Až do 1. 1. 1951, kdy nabyl účinnosti zák. č. 142/1950 Sb., panoval i v oblasti MPP dualismus v právní úpravě mezi zeměmi českými a Slovenskem. Tato situace byla doprovázena značnou roztržitostí velkého počtu procesních norem.

Úprava MPP v českých zemích byla obsažena v zák. č. 111/1885 ř. z. (tzv. jurisdikční norma), v zákoně o soudní organizaci č. 217/1886 ř. z., v §§ 79 – 82 exekučního řádu (procesní novelou č. 23/1928 Sb. byla tato ustanovení převedena i na Slovensko), v § 58 konkursního řádu (zák. č. 64/1931 Sb. z. a n.), v §§ 22, 23, 137 – 140, 183 císařského patentu č. 208 z roku 1854 o nesporném řízení, v §§ 13 – 15 císařského nařízení č. 207/1916 o zbavení svéprávnosti, v zákoně č. 199/1946 Sb. o uznání rozhodnutí v manželských věcech, vydaných soudy nebo úřady v cizině, v oblasti čs. právního řádu, v zákoně č. 105/1947 Sb., kterým byla změněna a doplněna některá ustanovení o soudní organizaci a o příslušnosti a řízení v občanských věcech právních a kterým byla upravena jednotná soudní příslušnost v manželských věcech cizinců.

Pro úplnost je třeba dodat, že na Slovensku byla úprava MPP obsažena v zák. čl. I z roku 1911 s uvozovacím zák. čl. LIV z roku 1912 a v zákoně o exekučním řízení – zák. čl. LX z roku 1881.

X.

Mezinárodní právo soukromé na slovensku do roku 1948

I na Slovensku byla úprava MPS do roku 1948 ovlivněna statutární teorií. Pramenem MPS zde bylo jednak právo obyčejové, jednak judikatura. Mnohá ustanovení MPS byla na Slovensku obsažena ve zvláštních předpisech. Slovenské MPS se řídko zásadou, že každý stát činí cizímu státu jen tolik ústupků, kolik si žádá pro své občany od cizího státu. Cizí právo bylo používáno jen, jestliže to dovolilo právo slovenské.²⁰ Slovenské právo tedy vázalo použití cizího práva na vzájemnost. V tomto ohledu bylo MPS na Slovensku zastaralejší vůči českému MPS, které vzájemnost

¹⁹Kučera, Z.: Mezinárodní právo soukromé, Panorama, Praha 1980, 2. vydání, s. 314

²⁰Podrobněji srov. práci cit. v pozn. 2), s. 345 (Autoři Komentáře zde vyšli z Nástinu soukromého práva platného na Slovensku a v Podkarpatské Rusi autorů Fajnoša, V. a Zátareckého, A. vydaného v Bratislavě roku 1935)

v této souvislosti nepožadovalo, stejně jako ji nepožadují ani současné moderní úpravy MPS.

Ve slovenském MPS platily do roku 1948 v jednotlivých oblastech tyto zásady:

- V oblasti osobních práv rozhodoval *lex patriae*.
- V oblasti práv věcných se i na Slovensku uplatnila zásada formulovaná v § 300 OZO – tedy „*mobilia personam sequuntur (mobilia ossibus inhaerent)*“, zatímco věcné poměry ohledně nemovitostí se spravovaly právním řádem státu, kde se věc nalézá (*lex rei sitae*). Zásada „*mobilia personam sequuntur*“ ohledně věcí movitých vedla k použití *lex patriae* vlastníka.
- Poměry závazkové byly posuzovány podle právního řádu státu, ve kterém došlo k uzavření závazku. Právo pracovní bylo upraveno obyčejí a jeho úprava byla v podstatě stejná jako v českých zemích.
- V právu dědickém měl dominantní úlohu *lex patriae* zůstavitele v době zřízení závěti. Vzhledem k tomu, že i na Slovensku se rozlišovaly věci movité a nemovité, docházelo ke štěpení dědického statutu.
- Právo rodinné bylo na Slovensku velmi podrobně upraveno zák. čl. XX-XI/1894. Rozhodující roli však i zde hrál právní řád státu, jehož byl účastník příslušníkem. Pro formu uzavření manželství byla formulována zásada „*locus regit actum*“. Pro způsobilost k uzavření manželství byl směrodatný právní řád státu každého ze snoubenců. Podle § 114 zák. čl. XXXI/1894 byl v manželském sporu československého státního příslušníka právně účinný jen rozsudek československého soudce. V manželských sporech cizinců mohl podle § 116 tuzemský soud zakročit jen pokud se uznávaly rozsudky tuzemských soudů v jejich státě. Poručenské a opatrovnícké věci byly na Slovensku upraveny podobně jako v českých zemích.

Při aplikaci cizího práva bylo přihlíženo ke kogentním ustanovením práva slovenského. Cizího práva nebylo dovoleno použít, pokud toto vykazovalo rozpor s účelem některého domácího zákona, nebo pokud by použití cizího zákona směřovalo proti veřejné bezpečnosti či morálce.²¹ Takto formulovaná zásada však podle našeho názoru příliš zužuje okruh použití cizích právních předpisů.

* * *

²¹Podrobněji srov. práci cit. v pozn. 2), s. 345

SUMMARY

*Czech International Private Law
Untill the Year of 1948*

The author of the article deals with the legal arrangement of international private law that preceded the codification of Czech international private law implemented in the Act No. 41/1948 Coll. This arrangement was included, in particular, in the assumed Austrian Civil Code and some other legal regulations. This legal arrangement was, however, too brief, incomprehensible and vague. These insufficiencies together with efforts aimed at unification of private law in both of the legal spheres of former Czechoslovakia led to attempts at creation of a new and complete legal arrangement of international private law, included in the frame of preparations of new Czechoslovak Civil Code.

The article provides analysis of the legal arrangement of relations with a foreign element concerning general parts of civil law, material rights, obligation law, labour law, law of succession, family law as well as industrial law and copyright. A considerable amount of attention is also paid to the legal status of foreigners in civil relations, international procedural law. International private law valid in Slovakia is dealt with in a special part. The analysis of legal arrangement of international private law valid until the year of 1948 is amended by provisions of international private law included in the draft of the Czechoslovak Civil Code.

**Svoboda svědomí, přesvědčení,
vyznání, mínění – myšlení a jejich
projevu**

Jan PINZ

I.

Svoboda myšlení.

Dějiny svobody myšlení jsou obrazem zápasu lidského ducha s autoritou. Samotné myšlenky se většinou rodí svobodně, ale má-li mít tato volnost svůj význam musí být spojena se svobodou projevu.

Původ volnosti myšlení i slova nacházíme v antickém Řecku, kde byla podmínkou filosofického bádání, pokroku ve vědě, rozvoje literárního a uměleckého, ale také pokusů o vytvoření různých politických zřízení. Ačkoliv antické hnutí rozumové svobody bylo – adodnes je – omezeno na menší část lidí, znamenala svoboda kritiky života hlavní předpoklad kvality kulturní tvorby a pokrokového vývoje společnosti vůbec. Politické rozpravy v Athenách probíhaly zcela svobodně. Filosof Sokrates proslul obhajobou svobody slova stejně jako jeho žák Platon dílem „Obrana Sokratova“. Ve své Apologii vyzdvihuje svrchovanost osobního svědomí nad lidský zákon a ukazuje sociální význam veřejných rozhovorů a kritiky. Stoická filosofie hájila práva jedince proti veřejné autoritě, když obranu proti vadám lidských zákonů našla v zákonech přírody. Ius naturale nabylo pozitivního vlivu i na pozdější zákonodárství římské republiky a principátu římského císařství. Poměry mezi římskou vládou a křesťany v době rozšíření křesťanství v 2. st. n. l. daly vzniknout otázce náboženské svobody. Císařský Řím opustil snášenlivost vzdělaných Řeků, kteří jako přátelé rozumu nenastolovali nad ním oficiální autority. Římscí císařové nebyli schopni uznat zásadu svobody svědomí, takže výsledkem bylo pronásledování prvotních křesťanů. Není dnes už zvlášť překvapující skutečnost, že pokud bylo křesťanství asi 200 let zakázáno a pronásledováno hlásalo náboženskou snášenlivost podle zásady, že víra je věcí svobodného rozhodnutí. A že jakmile se stalo někdy kolem roku 323 vyznáním vládnoucím tohoto názoru se vzdalo. A potom až do konce 12. st. církev těžkopádně potlačovala kacířství a systém této diskriminace se ve 13. st. stal známým pod

názvem inkvizice. Tato doktrína intolerance a persekuce trvala např. ve Španělsku až do 19. století.

Renesance a reformace jako humanismus 14. až 16. st. vytvořil duchovní ovzduší k osvobození rozumu. Jednotlivci si začal uvědomovat cenu své osobnosti bez ohledu na původ a vlast. Racionalita odůvodnění protestantského odboje proti církvi přinesla prohlášení práva na vlastní úsudek. Reakce církve proti této formě svobody myšlení vyústila v pověstnou cenzuru tisku „index librorum prohibitorum“. Vedle církevní cenzury se brzy objevila cenzura státní. Zatímco církev potírala kacířské myšlenky a modernismus feudální stát potíral myšlenky politické a svobodomyšlné obzvláště. Byl to francouzský král Jindřich II. a anglická královna Alžběta, stejně jako německý panovník – císař Maxmilián II. (Kaiserliche Bücherkommission), kteří zřídili cenzorský úřad s pověstným „Imprimatur“, jímž cenzori povolovali vydání spolu s úsudkem „Nihil obstat“ anebo „Non admittitur“, jímž vydání nepřipouštěli. Z Německé říše koncem 16. st. se cenzura šířila dále do Rakouského císařství a ostatních částí Evropy. Ačkoliv svoboda tisku se objevila až o tři století později (koncem 18. st. v Anglii, potom ve Spojených státech a po Velké francouzské revoluci ve Francii a Holandsku a do konce 19. st. ve větší části Evropy), jejím základem a předpokladem byla svoboda náboženského vyznání. Svoboda občanská, tj. svoboda mínění je vyústěním svobody náboženské, tj. svobody svědomí, přesvědčení a vyznání. Cestu k občanské i politické svobodě člověka připravovala celá řada pokrokových myslitelů. Anglický básník John Milton ve spisu Areopagitica v r. 1644 píše řeč pro svobodu tisku: „Dejte mi před všemi ostatními svobodami volnost poznávání, vyjádření a svobodu odůvodnění podle přesvědčení.“ Anglický materialistický filosof Francis Bacon vyjádřil své stanovisko k cenzuře takto: „Knihy cenzurou povolené mohou být pouze věci své doby, nikoliv průkopníky budoucna“. Svým dílem k svobodě myšlení přispěl také anglický deista Anthony Collins (Rozpravy o volném myšlení – 1713), anglický osvícenský spisovatel a filosof Thomas Paine (Práva člověka – 1791) a mnoho dalších. Mezi všemi však zaujímá zvláštní místo jeden z nich – anglický filosof, logik a ekonom – pozitivista a empirik John Stuart Mill.

II.

Oprávněnost svobody myšlení a jeho projevu.

Odůvodnění oprávněnosti svobody myšlení a jeho projevu se těžko obejde bez posledního představitele anglických filosofických radikálů z první poloviny 19. století, kterým je John Stuart Mill. Tento apoštol svobody nebyl ovlivněn pouze filosofickými radikály (Jeremy Bentham, Thomas Robert Matthus, David Ricardo a James Mill), ale svou filosofickou příslušností patřil prostřednictvím D. Humca k I. Kantovi a skrze J. Locke a R. Descartovi a F. Baconovi a přes ně až k Aristotelovi, Platonovi a Sokratovi. J. S. Mill byl nejenom bystrým myslitelem, ale též člověkem

nadaným sociální představitostí a soucítěním. Proto jeho obhajoba politické svobody přesahovala omezenost hospodářského liberalismu. Lze také soudit, že radikálně demokratický liberalismus Millův s kladným vztahem k socialismu měl značný vliv na formování myšlenky T. G. Masaryka o humanitní demokracii.

Anglické dějiny pokroku svobody smýšlení nabyly přispěním Millovým veškeré své důležitosti. Svoboda svědomí jako nejpřirozenější a zároveň nevyhnutelná k vítězství pravdy je díky J. S. Millovi pokládána za důkaz důstojnosti lidského svědomí. Svoboda projevu jako nevyhnutelný doplněk suverenity občanské společnosti je od dob Millových považována za baštu všech veřejných svobod. Z tohoto pohledu je z počátečního díla Millova nejdůležitější Essay an Liberty z r. 1859 a Considerations on Representative Government z r. 1861. Pojednávají o hranicích, v nichž má být osobní svoboda považována za absolutní, nedotknutelnou. Mill nenachází žádný důvod k tomu, aby bylo zasahování společnosti do záležitostí jejích členů shledáno jako správné, ovšem s jednou výjimkou: kdy jde o sebeochranu společnosti, tj. povinnost zabránit poškozování jiných. Mill soudí, že utlačování volnosti mínění a svobody rozprav – za předpokladu že jde o čestné případy – znamená vždy působení proti sociální prospěšnosti. Ať je potlačované mínění zcela, částečně nebo je nepravdivé, správný postup předpokládá, že je třeba protivníkovi poskytnout vždy úplnou svobodu popírat takové mínění. Je veliký rozdíl přijímáme-li nějaký názor za správný jen proto, že nebyl nikým popírán anebo proto, že byl autoritativně prohlášen jako správný za tím účelem, abychom zabránili jeho kritice – to na straně jedné a přijímáme-li nějaký názor za správný proto, že ačkoliv byl svobodně popírán, nebyl věcně potřen – to na straně druhé. V prvním případě chybí předpoklad správnosti takového názoru, v druhém případě naopak je splněna podmínka k tomu, abychom za základ jednání položili předpoklad správnosti uvedeného názoru. Stejně tak je potřebné přihlížet na diskusi. I když jde o názor všeobecně přijatý jako správný, je obecně užitečné vést o něm rozpravu, protože právě takový názor bývá zřídka kdy úplně pravdivý. Teprve tím, že je podroben skutečně kritické diskusi můžeme nabýt rozumové jistoty o jeho pravdivosti. Užitečnost doplňování jednostranných populárních pravd jinými pravdami, které veřejné mínění v té době přezírá, vysvětluje J. S. Mill tím, že jde o mínění, které je právě zanedbáváno protože je toho času hájeno menšinou. Ale právě z tohoto důvodu musí být zmíněné jiné pravdy nejen připuštěny, nýbrž i podporovány. Millovy důvody lze ještě doplnit úvahou, že pro pokrok vědění, pro možnost napravovat omyly je zapotřebí neomezené svobody bádání, naprosté svobody zkoumání a úplné svobody kritiky společenských řádů a státních zřízení – jen tak mohou být tyto instituce zlepšeny, jen tak může být nalezena cesta k novým potřebám a poměrům. Říkáme-li, že naprostá svoboda myšlení a rozpravy je nejvyšší podmínkou rozumového, mravního pohybu a zároveň je základní podmínkou sociálního pokroku, pak je vhodné poukázat na skutečnost, že zřetel na trvalou sociální užitečnost této svobody nutně převáží jakékoliv ohledy na okamžité výhody a dočasnou prospěšnost plynoucí z potlačení zmíněné svobody. Především názory lidí z různých politických kruhů a z různých vyznání – pokud jsou politické, vždycky

jsou a zůstávají diskutovatelné, nezávazné. Dá se dokonce říci, že nejvíce zasluhují kritiku ty politické názory, které se autoritativně prosazují prostřednictvím státního mechanismu, neboť ipso facto mají mocenský charakter. Konečně je případně podotknout, že politické názory šířené mocí výkonnou, tedy názory vládní, nemusí být vždy nutné názory státními. V krajním případě mohou být dokonce protistátní, totiž zaměřené proti občanské společnosti.

Podle J. S. Milla má být naprostá svoboda vyznání, politického přesvědčení a jakékoliv nauky – děje-li se tak na základě etického přesvědčení – stejnou samozřejmostí jako svoboda mínění, diskuse a kritiky. Prismatictém tohoto pohledu můžeme posuzovat případ, kdy někdo spáchá zločin na základě seznámení se s určitým politickým názorem, který byl otisknuto v publikaci. Nelze v této souvislosti volat autora zmíněného názoru k právní odpovědnosti nebo jinak potlačovat tento názor, pokud sám neobsahuje konkrétní výzvu k vykonání nějakého určitého násilí, tedy výzvu vědomou a přímou. Vždyť přece i prorok má právo hlásat názor, že konec světa je přede dveřmi. Ostatně takové mínění zastával ve své době i Jesus Kristus a jeho učedníci.

Jiným případem je otázka protiprávnosti útoku na různé nauky a přesvědčení. Taková činnost nemůže být označena za protiprávní, je-li při polemických útocích zachována základní slušnost a minimální věcnost. Jestliže se objevuje někdy obava, že svoboda polemických útoků na určité vyznání nebo doktrínu představuje volnost zneuctění takových přesvědčení a nauk, pak k řešení případu sluší se uvést osudy zákona o rouhačství. Ještě před Anglickou revolucí v 17. st., kdy existovala přísná cenzura tisku se země těšila svobodou osobní podle základu anglické ústavy, kterou byla Magna Charta Libertatum z r. 1215. To byl předpoklad svobody smýšlení, kterou můžeme datovat rokem 1695, v němž parlament neobnovil zákony o cenzuře. Fox's Libel Act z r. 1792 dal porotě právo rozhodovat ve věcech tiskové svobody. Jen zákon o rouhačství zůstal v platnosti ještě dlouho potom. Obhájcí tohoto zákona ještě počátkem 20. st. tvrdili, že používáním zákona – prostřednictvím stíhání rouhačství – nechtějí omezovat svobodu projevu, ale pouze chránit náboženské citění před urážkou a výsměchem. Výstižně k tomu ohehdy poznamenal Sir J. F. Stephen: „kdyby zákon onen byl opravdu nestranný a trestal rouhačství pouze proto, že uráží city věřících, měl by také potrestati takové hlásání náboženství, které uráží city nevěřících. Všechny sebevážnější a nadšené projevy náboženské nesmírně trapně se dotýkají těch, jež v ně nevěří.“

Dějinně se potvrzuje, od nesnášenlivosti náboženské až k dnešní nesnášenlivosti politické, že každá názorová soustava, politický směr, které stojí na předpokladu, že ony jsou jediné správné a samospasitelné, mají v sobě automaticky zakodován princip pronásledování jiných názorů. Bylo by útokem na opuštěné bojiště tvrzení, že neúcta až pronásledování jiných názorů je věcí minulosti. Zkušenosti v této záležitosti jsou i z přítomnosti. Odkaz velkého myslitele J. S. Milla lze shrnout do pěti řádků: Není na nebi ani na zemi věc, která by nesměla být podrobena nejpronikavější kritice a nejostřejšímu rozboru. Zvláště pak to platí o věcech, které nám jsou

predkládány s mocenskou převahou. Tak jako svoboda projevu je pro občanskou společnost nejpotebnější v době, kdy je táž občanská svoboda pro držitele státní moci nejnechtěnější.

III.

Dilemma rozsahu svobody projevu.

Neexistence svobody projevu nebo její podstatné omezení ze strany státu můžeme chápat jako politickou persekuci. Tato svoboda obsahuje v sobě právo dožadovat se ochrany proti jejímu potlačování a upírání. Nepatří totiž k darům státu věnovaným občanovi. Naopak občan si tuto svobodu přinesl s sebou na svět. Otázka rozsahu svobody projevu se však klade také z hlediska zneužívání této volnosti proti oprávněným zájmům jiných občanů a jejich organizací. Mluví se pak o přípustnosti svobody lhát, vyhrožovat, pomlouvat a urážet. Uvedený problém si vyžaduje stručný přehled argumentů svědčících buď pro omezenost svobody projevu anebo pro její neomezenost.

Argumenty pro omezenost svobody projevu: „Svoboda bez mravního základu, bez práva a spravedlnosti je pro dravce, je libovůle a tyranství despoty“ František Palacký, český historik a politik 18. st. „Svoboda jest možnost, každému člověku náležející, užívati podle své vůle všech svých schopností. Spravedlnost jest jí pravidlem, práva druhého hranicemi, přirozená povaha základem a základ strážcem“ z Prohlášení práv ve francouzské ústavě z r. 1793. Shora uvedené citáty rozlišují mezi svobodou správnou (mravnou, spravedlivou, oprávněnou a přirozenou) a svobodou nesprávnou (nemravnou, nespravedlivou, neoprávněnou a nepřirozenou). Jinými slovy diferencuje se zde mezi svobodou jako znakem demokracie a libovůl jako znakem feudalismu.

Argumenty pro neomezenost svobody projevu: „Láska k moci a láska ke svobodě si věčně odporují, kde je nejméně svobody je vášnivá touha po moci nejpálčivější a nejnesvědomitější“ John Stuart Mill, anglický filosof a národohospodář 19. st. „Despotové všech dob se obávají myšlenek o svobodě více než bajonetů“ Thomas Jefferson, americký státník a politik 19. st. „Svoboda má býti jako slunce, které svítí každému“ z prohlášení francouzského Národního shromáždění v r. 1789. „Strávil jsem život hledáním a hlásáním pravdy, kterou miluji; život nekonformní, volnomyšlenkářský, svobodný a kritický k jakýmkoliv ideovým problémům a prostřednictvím nich k problémům praktickým“ Francois Marie Voltaire, francouzský spisovatel a filosof 18. st. Pojetí svobody projevu s neomezeným rozsahem je spojeno s principem suverenity občana a občanské společnosti. Omezení svobody projevu je pak pocíťováno jako omezení suverenity člověka a lidu. Toto omezení je interpretováno jako forma cenzury, tedy jako mocenský nátlak na obsah projevu, jako panské potírání řetězem k připomenutí poddanského ducha občanům. Omezenost svobody projevu je dále slučováno s intolerancí jako poselstvím bezmocnosti moci. Konečně se neo-

mezenost svobody spojuje s autonomií lidského ducha, s autonomií mravu osobnosti člověka ve smyslu úvah Immanuela Kauta.

Závěry z porovnání argumentů svědčících pro omezenost svobody projevu a pro její neomezenost mohou být odlišné podle výběru jednotlivých argumentů a podle jejich hodnocení, jakož i podle vlastního přístupu k tomuto problému. Je to otázka existence mezi svobody projevu a pokud tyto meze uznáme vzniká související otázka jejich polohy. Chceme-li slova holandského myslitele ze 17. st. Barucha Spinozy: „Člověk je svobodný, když může postupovat otevřeně a nemusí používat lest“ nebo úvahu českého novináře a politika z 19. st., Karla Havlíčka Borovského: „Proti zlým účinkům tisku se má působiti opět tiskem“ napadají nás myšlenky o potřebě rovnosti svobody projevu, resp. o nutnosti mít stejné anebo obdobné prostředky k využití svobody projevu. Jestliže svoboda projevu spočívá ve sdělení toho, co člověk vyznává, a to beze strachu před následky tohoto projevu a bez nutnosti bránit se přesile nebo autoritě, potom zde musí být ochrana svobodně projeveného mínění. A to je povinností moderního právního státu, aby princip svobody byl spojen s principem bezpečnosti.

Chceme-li vyslovit odpovědi na otázky mezi svobody projevu, resp. vymezení těchto mezi nevyhne se střetu dvou právních kategorií, kterými jsou svoboda projevu, zejména svoboda kritiky a svoboda soukromí, zejména svoboda mravní integrity osobnosti. Hranice mezi těmito právními sférami svobody jsou právními mezemi. Průnik do svobodné zóny soukromí využitím svobody projevu pak – za předpokladu, že nejde o přípustnou formu zásahu – znamená zneužití svobody. Takové zneužití svobody je ovšem obvykle považováno za protiprávní jednání, se kterým je spojen právní trest. Je to sankce za překročení mezi svobody projevu. Z toho plyne nutně závěr, že svoboda projevu je omezená. Sledujeme-li ovšem celou záležitost z polohy spravedlivé svobody, která není libovůlí, protože je stejná pro všechny a která uznává zásadu, že není zločinné myšlenky je jen zločinného činu, musíme patrně dospět k jinému závěru. Zbraně kritiky a diskuse jsou logika a důvody, nikoliv násilí hmotné nebo duchovní. A svobodný projev vyplývá z přesvědčení. Je nespravedlivé někoho trestat proto, že čestně zastává odchylné mínění, byť sebevíce pobuřující, a že se ho nemůže vzdát. Neboť přesvědčení není vždycky věcí vůle: Můžeme tedy přistoupit k jinému vyústění řešení problému rozsahu svobody projevu. Hranice svobody jedné jsou dány pouze hranicemi svobody druhé. Překročení těchto hranic není zneužitím svobody, tedy protiprávním jednáním, ale pouze chováním právem neaprobovaným. Znamená to, že pohyb uvnitř sféry svobody, která je ohraničena životním prostorem jiných svobod je chováním právem aprobovaným. Tomuto chování právní stát poskytuje právní ochranu. Pohyb ve sféře svobody, která je za hranicemi vymezenými sousedními svobodami, resp. výkon vlastní svobody zasahující do vnitřní sféry svobody cizí je chováním právem neaprobovaným. Proto tomuto chování právní stát neposkytuje právní ochranu. Důsledkem uvedeného právního stavu je povinnost (nikoliv sankce) satisfakční v případech, že výkonem svobody projevu v této sféře vznikla dotčené osobě újma. Je to právní kompenzace excessu, je to právní povinnost nést

prokazatelné a odůvodnitelně škodlivé následky využití (nikoliv zneužití) svobody projevu v nechráněném pásmu. Zmíněné pojetí rozsahu svobody projevu je založeno na principu, že stát nemůže omezit svobodu, kterou nevytvořil, ale musí zajistit přiměřenou rovnost v jejím využívání a odstranění škodlivých následků spojených s jejím využíváním zasahujícím do základní sféry jiné svobody. Svobodnému subjektu přísluší možnost využití svobody projevu v obou oblastech. To je jak v oblasti, kde stát realizace svobody schvaluje a podporuje, tak i v oblasti, kde stát realizaci svobody neschvaluje a nepodporuje. Rozdíl je pouze v tom, že výkon svobody v druhém případě je spojen s povinností vyrovnat nepříznivé následky vzniklé subjektu jiné svobody. Shoda je zase v tom, že v obou případech nemůže stát výkon svobody zakázat.

Satisfakční povinnost spojená s realizací svobody v nechráněném pásmu je založena na subjektivní odpovědnosti. S pocitem téhož principu se v 15. st. vyjádřil český myslitel a náboženský kazatel Mistr Jan Hus: „Dokažte mi, že chybuji a odvolám.“ Svobodu projevu, jak je patrné z předchozího textu, lze rozlišovat jak na svobodu omezenou a neomezenou, tak i na svobodu spravedlivou a nespravedlivou. Samotné zneužívání svobody však nemůže být důvodem k jejímu zrušení nebo omezení. Cum grano salis je svoboda projevu neomezená.

IV. Résumé

Svoboda projevu jako volnost nakládat podle svého svobodně vytvořeného rozhodnutí se svým přesvědčením, svědomím, vyznáním a míněním reprezentuje autentickou existenci hodnoty lidské osobnosti. Tato svoboda se stejně jako jiné svobody uskutečňuje v sociální sféře. Není-li v organizaci občanské společnosti zabezpečena přiměřená rovnost v této svobodě, nemá projev myšlení sílu své opravdové individuality. Spravedlivá svoboda předpokládá přiznání minimálního sociálního prostoru každému pro vyjádření své hodnoty cestou svobody projevu. Tak aby nemusely být pochybnosti jestli man of the street má stejné právo na vyjádření jako ti, kteří stojí v čele politického života nebo měří míru svých práv bankovním kontem.

Průkopník idey svobody Benedictus de Spinoza proslul svou myšlenkou: „Ve svobodném státě si každý může myslet co chce a říkat co si myslí.“ Za ovoce této neomezené svobody můžeme pokládat také dílo Sigmunda Freuda a Friedricha Nietzscheho, kteří odhalili neprobádané hlubiny ducha, dílo Charlese Baudelaira a Jamese Joyce, kteří v nich trhali květiny a dílo Paula Cézanna a Pabla Piccassa, kteří tohoto ducha vtiskli přírodě. Poslední nechť ale patří českému osvíceneckému filologovi a historikovi 19. st. Josefu Dobrovskému: „Defendat quod quisque sentit: sunt

anim iudicia libera“ (Braň každý co cítí, vždyť úsudky jsou svobodné).

* * *

S U M M A R Y

The freedom of conscience, conviction, worship and opinion

The first chapter of the paper (*The freedom of thinking*) deals with the origin of the freedom of thinking in ancient Greece and Rome, in the time of renaissance and reformation until the French revolution. Next chapter (*The authorization of the freedom of thinking and its manifestation*) pays a special attention to the justification of the authorization of the freedom of conscience, conviction, worship and opinion, and their manifestation, especially from the John Stuart Mill's point of view. Chapter three (*The dilemma of the extent of the freedom of the speech*) compares the arguments for and against the restriction of the freedom of the speech. This chapter comes to the result, that *cum grano salis* the freedom of the speech is unrestrictable. The last chapter (*Résumé*) summarizes the whole paper and states, that the freedom of the speech represents the authentic existence of the value of human existence. To make this value be present in everyone, must the freedom of the speech be a fair one, connected with equal conditions of practising. Only in this way the delicate legacy of the philosopher Benedict de Spinoza can be filled: „In a free state is everybody allowed to think what he wants to, and to say, what he thinks.“

Právnické studium: potřeba dalších změn

Vladimír TÝČ

Účelem tohoto pojednání je letmé zamýšlení nad současnou realitou právnického studia na naší fakultě. Vývoj v poslední době k takovému zamýšlení přímo vybízí. Následující poznámky jsou vyjádřením osobního názoru učitele, vycházejícího z několikaletých pedagogických zkušeností na fakultě brněnské i z dosud živých vzpomínek na vlastní studium na fakultě pražské.

Vyhovuje současný stav?

Společenské a politické změny v našem státě se určitým způsobem promítly i do systému výuky práva na našich právnických fakultách. Kromě toho, že se především změnilo právo jako objekt výuky, se podstatně změnila studijní plány, v návaznosti na ně systém zkoušek, systém přijímacího řízení a mnoho dalšího. Některé oblasti se však změnily příliš málo, nebo i dost, ale nesprávným směrem. Sem patří především způsoby, resp. metody výuky práva, způsob zkoušení a vůbec to, co lze podřadit pod široký pojem „obsah a formy pedagogického procesu“. Potřeba mnohem hlubší reformy právnického studia není nová, avšak dnes je nesrovnatelně zjevnější a naléhavější než v uplynulých desetiletích. Ukazují na to některé jevy, z nichž o dvou je třeba se zvlášť zmínit.

Prvním faktorem, z něhož lze usuzovat na akutní potřebu podstatných změn, je *kvalita absolventů*. Zdrojem informací o absolventech opustivších fakultu s diplomem v ruce jsou především ohlasy z praxe, které jsou ovšem velmi různorodé. Některí absolventi jsou chváleni, jiní nikoliv. To je normální stav zřejmě v každém státě, avšak v našem případě se zdá, že značná část absolventů je sice vybavena určitou *sumou teoretických znalostí*, avšak téměř nemá *schopnosti a dovednosti*, které jsou pro výkon právnického povolání nezbytné. Kromě toho je obzvlášť znepokojivé, že určitá, i když těžko specifikovatelná část absolventů nemá dostatečné znalosti ani teoretické, ani ty, které se týkají obsahu práva nebo otázek souvisejících s jeho aplikací, o schopnostech nemluvě.

Oproti minulosti dnes již záleží všude na kvalitě právníků. Ty tam jsou doby, kdy se neschopní právníci odklízeli na místa, kde nebylo třeba nic dělat a kde tedy

nebylo ani co zkazit. Dnes se vyžaduje kvalita jak v soukromém sektoru, tak ve státních službách. Špatný absolvent, který nastoupí do praxe, nemůže uniknout pozornosti. Ještě horší je, mluví-li se o nedostatečné kvalitě současných absolventů neadresně, tedy jako o celé skupině.

Je pochopitelné, že tyto informace získávané od pracovníků praxe především na bázi neformálních osobních kontaktů jsou nesystematické, více méně nahodilé, zcela jistě značně subjektivní a tudíž těžko zobecnitelné. Ukazují však nesporně na to, že kvalita absolventů našich právnických fakult není taková, jaká by měla být. Kromě toho existují absolventi, kteří studiem vůbec nezískali základní předpoklady pro výkon právnického povolání. Otázka zní – proč nejsou mnozí absolventi dostatečně připraveni pro praxi? A jak je možné, že fakultu opouštějí i takoví, kteří mají mezery ve znalostech základních pojmů, nejsou schopni ty znalosti, které mají, aplikovat na praktické případy a nedovedou se ani správně vyjadřovat?

Než se pokusíme o nalezení odpovědi na tyto otázky, uvedme druhý faktor signalizující potřeby změn, který již obsahuje určitý náznak odpovědi: je to srovnání pedagogické činnosti naší s takovou činností v zahraničí. Četné studijní cesty našich učitelů a studentů zejména do západní Evropy a USA, jakož i návštěvy zahraničních učitelů u nás dovolují takové srovnání provést – a jeho výsledky jsou pro nás velmi nepříznivé. U nás převažuje jednostranná forma komunikace (učitel → student) jako základní a nejrozšířenější forma výuky. Učitel zpravidla předává studentovi určité informace, které mu student zpětně odříká u zkoušky. Na zahraničních právnických fakultách naopak převažují interaktivní formy, umožňující studentům získat nejen potřebnou sumu informací, ale zejména schopnost aplikovat je na praktické případy. Tomu odpovídají nejen metody vlastní výuky, ale i zkoušení, jak bude dále blíže specifikováno.

Požadované kvality absolventů

Podívejme se nyní, co všechno by měla právnická fakulta studentovi dát, jinými slovy – jaké kvality by měl absolvent práv mít. Zhruba řečeno, právník má mít jednak příslušné znalosti (vědomosti), jednak určité schopnosti a dovednosti. *Znalosti* musí zahrnovat bezvadnou orientaci v systému práva. Není nutné ani účelné, aby právník znal nazpaměť znění jednotlivých právních norem. Toto znění má mít vždy po ruce, avšak musí být schopen příslušné ustanovení určit, vyhledat předpis, v němž je obsaženo a posoudit ho *v kontextu celého právního řádu*.

Pokud jde o *schopnosti a dovednosti*, lze je shrnout pod obecný pojem „schopnost řešit právní problémy“. Tato obecně formulovaná schopnost v sobě zahrnuje jednak znalost a aplikaci metod (postupu) řešení právních problémů, za druhé jednotlivé elementy tohoto postupu a za třetí pak metody, s jejichž pomocí se tento postup fakticky uskutečňuje. Řešení právního problému tak zahrnuje tyto základní složky:

1. *Identifikaci a formulování problému* (určení, co je jeho podstatou). Zjištění skutkového stavu – volba postupu, jeho realizace, ukončení, ukládání a vy-

hodnocení zjištěných informací.

2. *Nalezení způsobů řešení* (určení, co je třeba udělat). Provedení právního rozboru a kvalifikace skutkového stavu, vytvoření právní konstrukce věci, určení teoretických pojmů a teorií, které se věci týkají, případně jejich rozpracování a vyhodnocení, nalezení právní argumentace. Na základě znalostí o právním řádu určení všech pramenů práva, které se na daný případ mohou vztahovat, jejich interpretace. Posouzení otázky jejich aplikace.
3. *Určení a uskutečnění postupu vedoucího k vlastnímu řešení případu* (akce). Schopnost řešit problém jednáním mezi zúčastněnými stranami, jakož i vystupovat před soudem nebo jiným orgánem aplikujícím právo – určení fóra a zahájení řízení, uplatňování procesních pravidel, vyhodnocení rozhodnutí a stanovení dalšího postupu.

V průběhu celého postupu, jak byl právě popsán, se uplatňují další schopnosti a dovednosti obecného charakteru, které by student měl získat, jako na příklad:

- a) *Schopnost dialektického posuzování* jednotlivých aspektů právního problému, tedy v jejich vzájemné provázanosti. I laik si pro svůj právní problém dokáže vyhledat potřebný právní předpis a porozumět pravidlu, které si v něm přečte. Zpravidla ho však nedokáže správně aplikovat, protože neví, že se k němu vztahují i ustanovení jiná téhož nebo jiného právního předpisu, která jeho obsah upřesňují nebo modifikují, neví, jak ho interpretovat apod.
- b) *Logické uvažování*: pro právníka je nezbytné vždy a všude, na příklad při kvalifikaci skutkového stavu, nacházení právní argumentace, při interpretaci práva nebo při zaplňování mezer v právu.
- c) *Komunikace*: schopnost přijímání, ukládání a vyhledávání informací, používání efektivních komunikačních metod, přesného a jazykově správného vyjadřování.
- d) *Jasně a správně formulování* vlastních závěrů, soudů a teorií a schopnost *systematického zpracování* určité problematiky.
- e) *Sepisování* běžných právnických textů (podání, smluv a jiných právních úkonů, legislativních textů) jako základní praktická dovednost.

K tomu je třeba podotknout, že právník se liší od vyškoleného neprávnicka především právě těmito schopnostmi a dovednostmi, které nelze nabýt čtením učebnic a právních norem, ale pouze dostatečně dlouhým mnohotvárným studiem, zejména jeho aktivní složkou.

Na druhé straně je jasné, že právnická fakulta nemůže vychovávat *praktiky*. Mnohé praktické dovednosti a dokonce i některé specifické znalosti lze získat pouze dlouhodobou praktickou zkušeností. Není ovšem únosné, aby *všech* schopností a dovedností právník nabýval až v praxi, zejména těch, které mu fakulta může poskytnout zcela nebo alespoň v omezené míře.

Výuka

Podívejme se nyní, co z toho se student na naší právnické fakultě může za současného stavu skutečně naučit.

Výuka práva se provádí v několika různých formách, z nichž každá umožňuje získat některé z uvedených předpokladů.

a) *Přednáška a učebnice*: ústní a písemná forma sdělování informací. Tradiční formy, jejichž význam kolísá, ale celkově neklesá. Jejich účelem je sdělit studentům určité informace v nejširším smyslu – tedy včetně na příklad vysvětlení určité teorie. Přednáška ani učebnice nemusí být vždy nutně teoretická – může sdělovat také informace o aplikaci teorie v praxi včetně takových, které se týkají určitých praktických postupů.

K dualismu přednáška – učebnice je možno uvést notoricky známou věc: studenti nemají zájem o přednášky, které parafrázuji text dostupné učebnice.* Za účelné je proto možno považovat přednášky, které vykládají látku zcela novou, učebnicemi zatím nepodchycenou, jakož i ty, které zkoumají problematiku v učebnicích popsanou z jiných aspektů nebo které osvětlují zvláště obtížné partie a tím usnadňují jejich pochopení. Obliba jednotlivých přednášek je pak ještě podstatně ovlivněna kvalitou jejich obsahu, jakož i osobností a kvalitou projevu přednášejícího.

Ještě jeden faktor významně ovlivňuje kvalitu přednášky: její délka. Zkušenosti ukazují, že po přibližně 40 až 50 minutách silně ochabuje pozornost posluchače, který, jsa unaven, vnímá z výkladu čím dál méně. Celkový účinek přednášky devadesátiminutové tak není pravděpodobně o mnoho vyšší než takové, která trvá 45 nebo 50 minut. Je-li skutečně nezbytné odpřednášet příliš velký objem látky (např. proto, že chybí učebnice), je nutné rozdělit přednášky přestávkami. Typicky česká snaha o časovou „racionalizaci“ za každou cenu, zdánlivě perfektně vyhovující všem, vedla k zavedení souvislých 90-minutových celků oddělených od sebe pětiminutovými minipřestávkami. Za tohoto stavu je prakticky nemožné takto stanovený rozvrh dodržovat, zejména v případech, kdy výuka pro tutéž skupinu studentů nebo pro téhož učitele trvá celé půldne. I zahraniční zkušenosti svědčí pro zkrácení výukových celků a prodloužení přestávek (zpravidla 10 – 15 minut přestávky vždy po 45 – 50 minutách výuky). Výuka jako celek je tak pro posluchače i učitele nejen příjemnější, ale především účinnější.

Výuka formou přednášek a učebnic umožňuje získat znalosti především teoretické, a to jak o jednotlivých právních pojmech, tak o institutech a vůbec o obsahu práva. Informace praktického charakteru podávané touto formou ovšem zůstávají pouhými informacemi, takže studentovi přinášejí znalosti, nikoli však schopnosti.

Teoretické znalosti jsou nezbytné pro všechna stadia řešení právního problému, jak byla výše popsána. Je však nutno opět si uvědomit, že jde jen o jeden ze dvou

* Tento způsob přednášení však není zcela neefektivní: je známo, že užití dvou různých komunikačních kanálů (zde přednáška a učebnice) pro tytéž informace podstatně zvyšuje míru těchto informací vnímaných a posléze uložených do paměti posluchače.

kvalifikačních předpokladů. Schopnosti může tato forma výuky utvářet jen ve velmi omezené míře, dovednosti pak vůbec ne.

b) *Cvičení*, často nazývaná „semináře“ (na rozdíl od skutečných seminářů), jsou, respektive mají být, základní interaktivní formou výuky. Zjednodušeně řečeno, cvičení by mělo sloužit především k tomu, aby se studenti naučili aplikovat teoretické znalosti získané na přednáškách a z učebnic na praktické případy a získali tak nejen nové znalosti, ale především určité schopnosti a dovednosti. V tomto smyslu je tato forma výuky nezastupitelná.* Ve skutečnosti však tomu tak velmi často není. Co tomu brání?

Především – cvičení může splnit svůj účel pouze tehdy, jsou-li na ně studenti připraveni. Mají-li se učit aplikaci teoretických znalostí v praxi, musí na cvičení s těmito znalostmi přijít. Zkušenosti, a to i ty nejčerstvější, ukazují, že jen nepatrné procento studentů přichází na cvičení připraveno, tedy s teoretickou znalostí probírané látky. Ti, kteří se s látkou neseznámili, se nemohou práce zúčastnit tak, aby jim něco přinesla. Stávají se součástí pasivní mlčící masy, kterou tvoří většina přítomných. Někteří jedinci, náležející do této kategorie, mají tendenci předvádět se jako vášniví diskutéri, avšak jejich vystoupení jsou zpravidla zcela jalová nebo od věci, neboť nejsou podložena dostatečnými vědomostmi. Vyvolávání studentů učitelem po středoškolském způsobu nic neřeší, neboť kdo nic neví, neodpoví ani když je vyvolán. V této situaci, kdy se diskuse ve skupině účastní aktivně a se znalostí věci dva nebo nejvýše tři studenti (vždy titíž), učitel často rezignuje. Nechce-li chybějící motivaci studentů nahrazovat donucením (na příklad ve formě písemných prověrek v úvodu každé hodiny), cvičení se přeměňuje v jeho monolog, tedy v jakousi quasipřednášku – v něco, čím právě být nemá.

Dalším důvodem úpadku cvičení je přílišná velikost seminární skupiny, která nejen zvyšuje anonymitu a tím i pasivitu účastníků, ale především činí z tohoto fóra něco úplně jiného než diskusní skupinu. Ukazuje se, že někteří studenti se diskuse aktivně nezúčastní jen proto, že to v tak velké skupině již nepovažují za účelné. (Optimální počet účastníků cvičení je 8 – 10. Nestálo by za úvahu rozdělit naše superskupiny 25 posluchačů na dvě poloviny a zároveň na polovinu snížit počet vyučovacích hodin? Úvazky učitelů by se tak nezměnily a výuky by bylo sice méně, avšak měla by nesrovnatelně větší hodnotu a účinnost.)

Z dalších důvodů nízké úrovně cvičení uvedme ještě alespoň jeden, a to nedostatek na straně učitele, který cvičení vede. Učitel může svým výkonem velmi podstatně ovlivnit průběh cvičení. Musí být především na výuku dokonale připraven. Improvizace nebo příliš obecná rovina vedení cvičení prozrazují jeho nepřipravenost. Těžko si lze představit horší příklad pro studenty! Obdobným prohrěškem učitele je apriorní přístup ke cvičení jako k doplňku nebo opakování přednášky. Taková cvičení bývají obvykle mezi studenty oblíbená, neboť od nich nevyžadují aktivitu jinou, než

* Proto jsou naprosto nesprávné představy o rušení cvičení jako nepotřebného opakování přednášené látky nebo o zrušení povinné účasti na nich. Cvičení je totiž prakticky jedinou formou výuky, kde student může získat potřebné schopnosti a dovednosti.

činění poznámek.

c) *Semináře* v pravém slova smyslu připadají na naší fakultě v úvahu při současném počtu studentů jen jako výběrové. Tento jejich charakter z nich činí patrně nejúčinnější formu výuky vůbec, neboť pro ně neplatí nic z toho, co bylo vytykáno cvičením. Za současného poměru počtu učitelů k počtu studentů jsou však výběrové semináře bohužel zcela výjimečné. Jejich význam je přesto obrovský: umožňují podchytit právě ty studenty, kteří mají o daný obor skutečný zájem a dát jim maximum toho, co jim učitel vůbec může poskytnout.

d) *Písemné práce (seminární a diplomové)* jsou další formou výuky, která je zaměřená na získávání schopností studentů. Zatímco u diplomové práce je tento aspekt zřejmý, u seminární práce nikoli.

Existují různé podoby seminárních prací – od ryze popisných, představujících zpracování nějakého tématu, čerpaných z jednoho, nejvýše dvou pramenů a fakticky tedy opsaných, až po tvůrčí rozboru nebo úvahy. Zatímco první z nich jsou naprosto bezcenné a představují trestuhodné plýtvání časem, druhé mají svůj smysl. Dovede-li se posluchač k tomu, aby o něčem přemýšlel, dopracoval se k nějakým závěrům a vše náležitým způsobem prezentoval, je to pro něho jistě přínos, neboť si tím rozvíjí minimálně část potřebných schopností. Ještě větší účinnosti se dosáhne, opraví-li učitel práci (po věcné i formální stránce), aby student viděl, jakých chyb se dopustil a poučil se z nich. V tomto kontextu se jeví problematickou dosti rozšířená praxe ukládání seminárních prací jakožto sankce (nebo kompenzace) za absence na povinném cvičení v průběhu semestru. Bylo-li totiž cvičení kvalitně vedeno a splnilo-li svůj účel, nelze je fakticky vykompenzovat jinou formou, a to ani sebelepší seminární prací. A bylo-li cvičení špatné, není ho škoda, neboť stejně nikomu mnoho nepřineslo.

Seminární práce jsou velmi rozšířené na většině západoevropských a amerických právnických fakult. Spočívají nejčastěji v rozboru soudního rozhodnutí (který nelze nikud opsat a při němž musí student nutně použít svých znalostí).

O diplomové práci platí v zásadě totéž. Popisná práce zkompilovaná z několika pramenů by neměla být jako diplomová práce vůbec přijata. Její téma musí být proto stanoveno tak, aby vyžadovalo tvůrčí přístup diplomanta. Nezastupitelnou roli zde hraje vedoucí diplomové práce, který má diplomanta metodicky vést a nedopustit, aby výsledkem byla popisná práce postrádající jakýkoli tvůrčí prvek. Je třeba zdůraznit, že jak seminární, tak diplomová práce nejsou jen prostředkem k hodnocení studenta, ale především *formou výuky*, a že tedy předpokládají aktivní roli učitele.

Dobrá seminární, a zejména diplomová práce přispívá k rozvoji logického myšlení, ke schopnostem formulování vlastních závěrů, systematického zpracování určité problematiky, jakož i ke schopnosti správného vyjadřování.

e) *Individuální konzultace* nemohou být v našich podmínkách v denním studiu masovou formou výuky, avšak pro některé studenty mohou být v jednotlivých případech velkým přínosem. Je zajímavé, že jsou jen minimálně využívány.

f) *Praxe v průběhu studia* představuje první a pouze krátkodobý kontakt s právní praxí. Tím je dán její význam – slouží spíše jen k ilustraci vyučované teorie.

g) *Individuální studium („samostudium“)*. Studium základních učebnic je tradiční a pro mnohé studenty jedinou formou studia. Kvalitativně odlišné je studium doplňkové literatury. Mezi studenty není příliš rozšířeno, neboť je učitelé málokdy vyžadují. Kromě toho na naší fakultě chybí základní technické zabezpečení, běžné kdekoliv v zahraničí – dostatečně velká studovna spojená s knihovnou.

Uvedený přehled ukazuje, že správná kombinace jednotlivých forem výuky dovozuje studentům získat potřebné vědomosti a větší část nezbytných schopností a dovedností. To ovšem platí pouze za předpokladu, že výuka *skutečně* probíhá optimálním způsobem, jak bylo naznačeno. Pak mohou být výsledky studia (nikoli známky, ale skutečně nabyté vědomosti a zejména schopnosti) nesrovnatelně příznivější, než je tomu dosud. Odpovědný přístup je nezbytný z obou stran, od učitelů i od studentů.

Učitel se musí vlastní výuce i přípravě na ni plně věnovat. Obojí by mělo být spolu s vědeckou činností nejdůležitější složkou jeho pracovní činnosti. Není-li tomu tak, měla by se na to objevit především adekvátní reakce studentů. Bohužel dnes je tomu stále ještě u značné části studentů naopak: jsou spokojeni, když je takový učitel příliš nezátěžuje výukou. Učitelé nebo katedry, které se odchýlí od zaběhnutého klíše a zvolí náročnější formy výuky a zkoušení, upadají u studentů v značnou nemilost.

Tím se dostáváme ke studentům. Základním obecným problémem je stále ještě nedostatek motivace skutečně studovat. Oproti absurditě minulých let, kdy část posluchačů neměla z různých důvodů příliš velký zájem o studovaný obor, ale spíše jen o statut studenta a posléze o diplom, je dnes situace poněkud jiná. Podíl studentů, které obor zajímá a kteří tak mají dobrou motivaci ke studiu, vzrostl. Je ovšem stále příliš mnoho takových, kteří by rádi získali diplom bez velké námahy. Důvodem dnes již není jen osobní prestiž, ale především vidina vysokých příjmů dosahovaných praktickými právníky. Tento studentům však bohužel nedochází, že vysokých příjmů může dosahovat pouze dobrý právník, nikoli ten, komu se podaří „vystudovat“ tak, že fakultu opouští právem téměř nedotčen.

Plné využití všech forem výuky tedy může přinést za současného stavu velmi dobré výsledky v získávání znalostí. Pokud jde o schopnosti a dovednosti, není situace zdaleka tak optimistická. I kdyby cvičení a semináře probíhaly optimálním způsobem, bude mít posluchač možnost naučit se *dobře* sepsovat na příklad žaloby a jiná podání, různé typy smluv a jiné písemnosti, s nimiž bude v praxi pracovat? Bude se moci naučit formulování pravidel, které bude potřebovat při tvorbě předpisů? Tento typ cvičení bývá součástí výuky některých předmětů, kam příslušná písemnost patří. Každý zřejmě absolvuje sepsání civilní žaloby, rozsudku apod. Je to však dostačující? Nejde jen o pouhé seznámení se s podstatnými náležitostmi aktu? Dbá se také o vlastní formulace a o vyjadřování?

Odpovědi na tyto otázky nejsou autorovi známy, neboť tak daleko jeho informovanost nesahá. Nicméně o tom, že vše není v pořádku, svědčí na příklad výsledky

práce některých právníků, které jsou veřejně přístupné. Mnohé reklamační, provozní, přepravní a jiné řády, vyvěšené k informaci občanů, jsou formulovány tak, že zcela nepochybně byly vytvořeny buď neprávnic, nebo právníky špatnými.

Je správné ponechat získání tohoto typu dovedností až praxi? Patrně ne zcela. Podívejme se pro zajímavost na jednu zahraniční zkušenost – jak se s tímto problémem vypořádávají v USA, v John Marshall Law School v Chicagu.

„Právníkové dovednosti“ (*Lawyering Skills*) jsou *samostatným* čtyřsemestrálním předmětem. V prvním semestru se studenti učí analyzovat právní problémy, identifikovat rozhodné skutečnosti, srovnávat pojetí sporu z obou jeho stran. Výsledkem práce je zde písemný rozbor, který má formu konstatování (sdělení). Součástí tohoto úvodního kurzu je také rešerše v právních předpisech a judikatuře.

Druhý semestr je věnován převážně zdokonalování rešeršní činnosti, která je typická a nezbytná pro americký systém práva, jehož těžištěm je judikatura. Písemná a ústní část kurzu se zde soustřeďuje na činnost právního zástupce u soudu první instance (včetně formulování právní argumentace). Ve třetím semestru se studenti učí písemnému i ústnímu vystupování před odvolacím soudem. A ve čtvrtém semestru absolvují tvorbu právnických textů – od sepisování nejrůznějších smluv, závětí apod. až po vypracování legislativního textu.

Písemné práce, jichž se v každém semestru píše několik, jsou známkovány a následně probírány individuálně s učitelem. Je-li to účelné, účastní se výuky vedle učitele i příslušný praktik, zpravodla soudce. Jedna z učeben je pro účely této výuky upravena jako jednací síň soudu.

Uvedený příklad z USA je nepochybně zajímavý, i když pro naše poměry jen částečně použitelný, neboť činnost praktického právníka je v americkém právním systému založeném na soudních precedencích odlišná a podstatně náročnější než v systému našem. Zdá se ovšem, že vše, snad s výjimkou rešerší soudních precedentů, by našim studentům neobyčejně prospělo. Co se týče právnických dovedností, je tak připravenost amerického absolventa pro praxi nesrovnatelně lepší než připravenost absolventa našeho. Většinu toho, co americký absolvent umí už z fakulty, náš dohání až v praxi.

Zkoušky

Smyslem zkoušek je především prověřit, zda posluchač dosáhl stupně vědomostí a schopností požadovaných v příslušném stadiu studia. Kromě toho je účelem zkoušek působit na posluchače stimulačně. Málokdo by se asi usilovně učil všechny předměty ve stanovených lhůtách, kdyby zkoušky neexistovaly. Posudme nyní otázky množství zkoušek a způsobů (metod) zkoušení a hodnocení.

a) Množství zkoušek. Výuka každého předmětu by měla v zásadě končit postupovou zkouškou. Tak tomu je a proto pokud jde o tyto zkoušky, nejsou patrný žádné příliš závažné problémy. Ty se však objevují v souvislosti se zkouškami státními,

kteří se značně podobají zkouškám postupovým a které zahrnují obrovský objem látky, takže u nich vznikají pochybnosti, zda skutečně plní svůj účel.

Čím se má lišit zkouška státní od postupové? Jejím předmětem by neměly být jednotlivosti a detaily, ale především koncepční pohled na daný obor nebo oblast práva. Posluchač by jí měl prokázat celkovou orientaci v oboru jako takovém, jakož i znalost základních pojmů do něho náležejících. Faktické opakování postupové zkoušky pod hlavičkou zkoušky státní, jak jsme toho stále ještě často svědky, je neúčelné a studenty zbytečně zatěžuje. Jedenáct (!) předmětů se objevuje znovu u státních zkoušek, tři pak ještě potřetí (!) u zkoušky magisterské.

Zdá se, že opět přichází ke cti heslo „méně znamená více“. Mají-li státní zkoušky sledovat systém bloků (jichž je autor tohoto článku silným odpůrcem), patrně by stačila státní zkouška z obecné právní teorie (ne však již ve druhém ročníku, ale později), dále ze *základů* soukromého práva a třetí ze *základů* práva veřejného – nikoli tedy z téměř *celého* soukromého a veřejného práva. Stěžejní právní disciplíny by se pak objevily povinně ještě u zkoušky magisterské, jak je tomu dosud.

V poslední době došlo k určitým pozitivním změnám. Více se zdůrazňuje koncepční charakter blokových státních zkoušek, což je nepochybně krok správným směrem. Bohužel jen první krok – stále ještě přetrvává zkoušení předmět po předmětu a mnohé zkušební otázky jsou totožné nebo vykazují velkou podobnost s otázkami používanými při zkouškách postupových.

b) Způsob zkoušení jde ruku v ruce se způsobem výuky. Spočívá-li výuka v pouhém sdělování informací posluchačům, při zkoušce se nemůže dít nic jiného než totéž v opačném směru. Posluchač předvádí, co si zapamatoval, a podle toho je hodnocen. Slabý a nemotivovaný student si je přitom vědom toho, že o každé otázce musí alespoň něco (cokoli) vědět, aby nebyl hodnocen nedostatečnou. Sdílí-li učitel tento způsob hodnocení, umožňuje projít zkouškou i studentovi, který nepochopil základní pojmy oboru a naučil se jen některým jednotlivostem, aby nebylo možno konstatovat, že „neuměl nic“. A jsou-li zkušební otázky (nejlépe totožné s názvy kapitol učebnice) předem zveřejněny, je dílo zkázy dovršeno. Někteří vynálezavci, kteří se studiem nechtějí příliš zatěžovat, se pak na zkoušky nepřipravují už ani z učebnic, ale pouze z vypracovaných otázek. K tomu je snad zbytečně dodávat, že tento postup už nemá nic společného s vysokou školou. Je typický pro část posluchačů studia při zaměstnání, avšak vyskytuje se i u některých studentů denního studia.

Co je tedy třeba u zkoušky od posluchačů vyžadovat? To, co bylo obsahem výuky. Byla-li výuka kvalitní, měl by student prokazovat nejen získané vědomosti, ale i schopnosti a dovednosti. Přitom není, až na nejdůležitější nebo specifické případy, účelné požadovat znalost doslovného znění právních předpisů nebo přílišných podrobností, které studenta zbytečně zatěžují a jsou beztak časem předmětem změn. Mnohem důležitější je, aby student uměl s právními předpisy pracovat, rozuměl jim, dokázal je aplikovat apod. Jednou z dobrých metod je zkoušení s právním předpisem v ruce: úkolem zkoušeného může být na příklad dané ustanovení vyložit, specifikovat jeho působnost, provést rozbor jednotlivých pojmů, poukázat na

ustanovení související obsažená jinde apod.

Hodnocení zkoušky musí odpovídat výkonu studenta, pro který není rozhodující jeho délka, ale obsah a forma. U zkoušky nemůže prospět (a to ani s výsledkem „dobře“) ten, kdo nezvládl základní pojmy, ani kdyby si pamatoval velké množství podrobností. Z tohoto požadavku musí vycházet i způsob zkoušení. Musí být volen tak, aby nedostatečně připravené studenty objektivně podchytil. Na zahraničních fakultách proto převažují zkoušky výlučně písemné, u kterých nelze uspět s povrchními znalostmi. Navíc má písemná forma průkazní hodnotu (*littera scripta manet*).

Nevýhodou výlučně písemných zkoušek je neexistence přímého kontaktu mezi zkoušejícím a zkoušeným, a tedy nemožnost ohodnotit formu ústního projevu studenta. Pro obor právo je to vážný nedostatek. Proto se pro naše poměry zdá být optimální kombinace obou forem – ústní a písemné, jak to ostatně umožňuje i platný zkušební řád naší fakulty.

Závěrem

Názory zde vyslovené zůstávají osobními názory autora, i když se někdy tváří jako objektivní analýza. Ukazuje se však, že není zdaleka všechno v pořádku, a proto by nemělo zůstat jen u zamýšlení. Tato krátká úvaha nemohla vyčerpat ani naznačit všechny problémy, které zde vyvstávají, jako na příklad obsah studia (z hlediska specializací), hodnocení přetrvávající koncepce tzv. univerzálního právníka, roli výpočetní techniky, jazykovou kvalifikaci absolventů apod. Hlavním smyslem tohoto příspěvku je proto podnítit diskusi o právnickém studiu, o obsahu, metodách a formách výuky, zkoušení apod. Jen tak bude možno seriózně zhodnotit současný stav a najít cesty k jeho zlepšení.

P R Á V N Í H I S T O R I E

A

S O U Č A S N O S T

VÝVOJ SPRÁVY MĚSTA BRNA OČIMA HISTORIKA *

Karel SCHELLE

Počátky moderní správy Brna jsou spojeny s vydáním Prozatímního řádu pro královské hlavní město Brno z 6. července 1850, kdy s Brnem splynulo 27 předměstí.² Tato nově vytvořená obec byla rozdělena na čtyři okresy s vlastními okresními výbory, kterým byla přiznána značná samostatnost, především v majetkově správních věcech.³ Velká brněnská obec tedy tvořila samostatný politický okres podřízený krajskému prezidiu a po jeho zrušení roku 1862 podléhala přímo zemskému moravskému místodržitelství. V čele brněnských okresů stály okresní výbory tvořené 9, resp. 18 volenými členy. Výbory si volily svého představeného a jeho náměstka, kteří stáli v čele správy. Pomocnými orgány okresních výborů s městské právy byli tzv. čtvrtmistři (Viertelmeister), kteří nahradili dřívější představené (rychtáře a přísežné) připojených katastrálních obcí. Jejich význam však postupně slábl tak, jak se omezovala jejich působnost. Zajišťovali především přechodné ubytování, evidenci chudých, sbírky pro obecně prospěšné účely atd.

*Tento referát byl přednesen autorem na mezinárodní vědecké konferenci „Brno – město uprostřed Evropy“ konané ve dnech 2. – 4. prosince 1993.

²Jednalo se o předměstí: Špilberk, Švábka, Augustiánské území, Malá Nová ulice, Červená ulice, Velká Nová ulice, Hráz, Josefovský příkop, Jozefov, Horní a Dolní Cejl, Zábrdovice, Radlas, Jircháře, Náhon, Křenová, Olomoucká a Petrská ulice, Trnitá, Dornych, Novosady, Silniční ulice, Pekařská, Území sv. Anny, Křížová ulice s Úvozem, Staré Brno s Hlinkami, Polní ulice a Videňka. (Publikováno v zemském zákoníku pod číslem 126 v roce 1850).

³I. okres zahrnoval vnitřní město a Špilberk, II. okres všechny připojené obce od Špilberku na východ až po viadukt železnice, III. okres všechny ostatní obce s výjimkou Starého Brna a Hlinek, které tvořily zbývající IV. okres.

Město jako celek bylo zastoupeno a řízeno obecním výborem a obecní radou s voleným starostou. Obecní výbor se skládal ze 48 členů, kteří byli voleni na tři roky oprávněnými voliči celé obce. Pravidelně však každoročně třetina jich odstoupovala ze svých funkcí a na jejich místa byli voleni noví členové. Členové obecního výboru volili kromě starosty i jeho náměstka 9 radních, kteří všichni dohromady tvořili obecní radu.⁴

Dalším mezníkem ve vývoji správní organizace města Brna se stal rok 1905, kdy došlo k vydání nového městského statutu na jehož kritice se výjimečně shodli brněnští Češi i Němci. Okresy jím totiž přišly nejen o svoje výbory, které nahradil představený a náměstkové, jmenování obecní radou, ale ta navíc převzala i jejich jmění.⁵ V tomto stavu zastihlo Brno vyhlášení samostatnosti Československa 28. října 1918. Bezprostředně následující dny také měly pro město Brno zásadní význam, protože se zde začal důležitý proces na jehož konci bylo vyhlášení tzv. Velkého Brna a uvedena do života nová městská administrativa, jež v podstatě v nezměněné podobě přetrvala až do konce první republiky. A právě na tuto etapu vývoje správní organizace Brna bychom chtěli zaměřit svoji pozornost.

V převratových dnech sehrál stejně jako v Praze rozhodující roli Národní výbor, vytvořený po vzoru pražského, který začal plnit funkci zemského národního výboru pro celou Moravu. Recepčním zákonem vyhlášeným pražským Národním výborem v den převratu byly však „všechny úřady samosprávné, státní i obecní podřízeny Národnímu výboru“ a měly úřadovat podle doposud platných zákonů a nařízení. Tato skutečnost měla zajistit pokračování fungování správy i v městě Brně. Radnice však byla v čistě německých rukou a tedy politické a národnostní složení městské rady neodpovídalo politickému a národnostnímu rozvrstvení brněnského obyvatelstva. Národní výbor se ujal iniciativy po odstranění dr. K. Heinolda z křesla moravského místopředsedy a rozhodl se s pomocí české části brněnského obyvatelstva sesadit i německé správce z brněnské radnice. Německá městská rada s Ferdinandem Schnitzlerem v čele však odstoupit nehodlala, což vyvolalo rozsáhlé manifestace v brněnských ulicích. Rychlý spád událostí však městskou radu přinutil, aby 5. listopadu 1918 se konečně vzdala svého úřadu. Ještě téhož dne byl jmenován moravským místopředsedstvím v dohodě s národním výborem vládní komisař pro správu města Brna, jímž se stal Petr Kerndl Mayer, rytíř z Ehrenfeldu, bývalý okresní hejtman v Přerově. K slavnostnímu převzetí správy města potom došlo příští den dopoledne na Staré radnici. Město Brno bylo tedy konečně v českých rukou.⁶

Vládnímu komisaři Ehrenfeldovi byl vytvořen dvacetičtyřčlenný tzv. poradní sbor složený z poloviny ze zástupců socialistických stran a z poloviny z představitelů

českých a německých občanských stran. Z národnostního hlediska byl tvořen dvěma třetinami Čechů a jednou třetinou Němců. Kromě toho byla vytvořena tzv. řada odborů, které rovněž měly pouze pomocnou funkci. Jejich složení jak národnostní, tak politické bylo obdobné jako složení poradního sboru.

Soustava národních výborů, jež se vytvořily s výjimkou pohraničních oblastí ve všech okresech a v řadě obcí začala být vládním kruhům brzy nepohodlná, a tak po postupném omezování jejich pravomocí došlo začátkem prosince 1918 k jejich úplné likvidaci.⁷ Zrušen byl i národní výbor v Brně a tak z hlediska organizačního mohlo dojít zcela k naplnění litery recepčního zákona.⁸ Pro správní organizaci města Brna to znamenalo, že dále platil obecní statut vyhlášený v roce 1905.

Hned od prvních dnů života samostatného Československa se i přes odpor zástupců německého obyvatelstva začalo vážně uvažovat o správním spojení Brna s některými sousedními obcemi a o vytvoření tzv. Velkého Brna. Již 8. listopadu 1918 zaslal národní výbor v Brně správní komisi dopis v němž se uvádělo, že okrajové obce projeví přání, aby byly sloučeny z Brnem. V tomto směru se mohl skutečně opírat o projevy, jež od nich přicházely. Tak například 29. října se konala slavnostní schůze obecního zastupitelstva Juliánova, kde bylo současně s uvítáním vyhlášení československé samostatnosti uvedeno, že je třeba pracovat k tomu, aby obec byla připojena k Brnu a tak vytvořeno velké hlavní město Moravy.⁹

Národní výbor v Brně projevoval v tomto směru iniciativu i nadále. 14. listopadu svolal schůzi, jíž se účastnili zástupci Juliánova, Židenic, Maloměřic, Husovic, Králova Pole, Žabovřesk, Jundrova, Černovic, Komárova, Horních Heršpic, Nového Lískovce a Kamenného Mlýna, kde se všichni přítomní řečníci nadšeně vyslovovali pro spojení, přičemž argumentovali důvody finančními, hygienickými, možností lepšího využívání elektrické energie a dalšími. Zároveň bylo ovšem konstatováno, že parlamentu dosud nebyl předložen návrh příslušného zákona.

Další jednání bylo svoláno na 27. prosince. Mezitím se již o věci horlivě jednalo v obcích, jejichž obyvatelé byli jednoznačně pro tento návrh. Na druhé straně ovšem ihned dožadovali, aby jim spojení přineslo výhody, jež spatřovali v životě velkého města. Tak například na schůzi obecní rady Žabovřesk 3. prosince bylo sice usneseno sjednocení, ale zároveň požadováno předložení požadavků na prodloužení elektrické dráhy, zřízení kanalizace, vodovodu a elektrického osvětlení, ponechání původní domovní daně. Jistou výjimkou byl postoj obecního výboru Rečkovic, který se 7. prosince usnesl, že bude vhodné vyčkat, až jak se vytvoří poměry a informovat se o výhodách a nevýhodách plynoucích se spojení.¹⁰

⁴SÚAP, PMR, protokol ze schůze vlády ze dne 4. prosince 1918 a ze 7. prosince 1918, Národní listy z 8. prosince 1918.

⁵SOAB, fond B 33, karton 1, protokol sepsaný o závěrečné schůzi konané u Národního výboru v Brně dne 8. prosince 1918.

⁶AMB, fond A 1/30, presidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857), 1918 – 1925, karton 1, inv. č. 33, tamtéž, A 14, Juliánov, karton 1, inv. 53.

¹⁰AMB, A 29 Žabovřesky, karton 1, inv. č. 4 a inv. č. 47 (Zároveň bylo na schůzi obecní

⁴Dějiny města Brna 2, Brno 1973, s. 15 – 16.

⁵Dějiny města Brna 2, s. 64. Statut publikován v zemském věstníku pod číslem 56 v roce 1905.

⁶Z rozsáhlé literatury především vybíráme V. Peša: *Národní výbor v roce 1918 na Moravě a ve Slezsku*, Časopis Matice moravská, 77, 1958, s. 262; F. Zřídka Veselý: *Odras vzniku ČSR v městě Brně*. In: *Sborník příspěvků o vzniku Československa*, Brno, Univerzita J. E. Purkyně 1983, s. 33 n.

Když se však 27. prosince sešla další porada zástupců předměstských obcí, byla nálada dosti jednoznačná: bylo rozhodnuto usilovat, aby co nejdříve bylo tzv. Velké Brno ustaveno. Úplně hladké ovšem jednání nebylo. Tak například Bohunice si vyžádaly lhůtu k vyjádření (souhlas dalo jejich obecní zastupitelstvo ovšem již 1. ledna 1919), zástupci Nového Lískovce navrhli, aby Starý Lískovec připojen nebyl s ohledem na to, že leží 3 kilometry od Brna a tudíž je příliš vzdálen. V tomto směru je podpořil i Spolek brněnských předměstí, jenž doporučil, aby byla vyžádána expertíza znalců z Brna a Prahy, zda je vůbec efektivní přičleňování vzdálených obcí. V podobném duchu se vyslovily i Husovice, podle nichž mělo bez dalšího dojít k sloučení pouze bližších obcí, kdežto ostatních jen na jejich přání. Ozvaly se i připomínky na respektování specifik předměstí z hlediska daňového zatížení a podobně.¹¹

V dalších dnech byla podána řada odborných vyjádření, jež měla rozptýlit pochybnosti ohledně ustavení tzv. Velkého Brna vůbec a zvláště širší varianty, tj. sloučení i vzdálenějších obcí. Tak 7. ledna 1919 byli k jednání přizváni znalci, kteří se kladně vyjádřili k sjednocení z hlediska technického, užívání a udržování komunikací a dalších aspektů. Zvláštní expertízu podal 8. ledna prof. V. List ohledně elektrické energie a plynu, 11. ledna prof. V. Hlavica z pohledu zásobování pitnou vodou a kanalizace, a téhož dne J. Karásek jakožto architekt, kladně se vyjádřili i odborníci finanční a jiných právních oblastí.

Na urychlení prací naléhala i správní komise města Brna, která se na počátku roku 1919 obrátila na parlament s obsáhlým podáním, v němž poukazovala na stavební růst města, požadavky hygienické, hospodářské, dopravní a poukazovala rovněž na potřebu konstituování hlavního města Moravy v náležitě reprezentativní velikosti. K memorandu byl přiložen návrh zákona, který předpokládal, že dojde ke spojení všech sousedních obcí, jejichž správu měly až do všeobecných voleb zajišťovat dosavadní obecní výbory, resp. správní komise. Výslovně se rovněž zdůrazňovala potřeba zachovat až do roku 1930 platnou domovní daň.¹²

Přípravné práce byly postupně přeneseny na půdu poradního sboru vládního komisaře města Brna. 22. ledna se na jeho orgány obrátilo ministerstvo vnitra písemem, jímž ho vyzývalo, aby byla co nejrychleji podána zpráva, které obce přicházejí v úvahu pro spojení a připojeno k ní stanovisko německé minority. Poradní sbor jednal o této věci již 27. ledna, kdy mu bylo sděleno, že v rámci tzv. Velkého Brna by měly být spojeny: Juliánov, Židenice, Husovice, Královo Pole, Žabovřesky, Ka-

rady Žabovřeska konstatováno, že pokud by tyto podmínky činily překážku pro spojení je třeba je zmírnit), dále AMB, A 26, Rečkovice, inv. č. 2.

¹¹Pro spojení byli již i delegáti z Rečkovic, kde se měla o dva dny později konat veřejná schůze občanů, jímž byla tato otázka přednesena. Nálada ve veřejnosti byla taková, že její zástupci neváhali dát již předem souhlas, což ostatně schůze 29. prosince skutečně potvrdila a 2. ledna 1919 usnesl též obecní výbor. Ten však připojil i požadavky, které byly prakticky stejné jako z Žabovřeska (AMB, A 26, Rečkovice, inv. č. 2).

¹²AMB, A 1/30, prezidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857), 1918 – 1925, karton 1, inv. č. 33.

menný Mlýn, Jundrov, Bohunice, Horní Heršpice, Kómárov, Slatina, Maloměřice, Obrány, Medláňky, Rečkovice, Komín, Lískovec, Černovicé a Kohoutovice.

Vzápětí na to vystoupil jménem německé menšiny dr. Czech, jenž vyjádřil zásadní negativní stanovisko k tomuto opatření.¹³ Protože mu bylo jasné, že k tomu, aby Němci zabránili spojení, nebudou mít právě v popřevratových poměrech, kdy byl kladen zvýšený důraz na nacionální otázky, dosti sil, pokusil se alespoň o získání odkladu. Prohlásil totiž, že poradní sbor není podle jejich mínění kompetentní a doporučil, aby se řešení této otázky odsunulo na dobu, kdy dojde ke zvolení řádného obecního zastupitelstva. K tomu připojil, že se německá menšina vůbec nemůže odpovědně vyjádřit, protože nebyla zastoupena v orgánech, které vypracovávají podklady pro chystaná opatření.

Mluvčí českých členů poradního sboru prof. Fr. Weyr namítl, že vzhledem k vážnosti této záležitosti nelze naopak její řešení oddalovat.

Nakonec byl přijat jakýsi dílčí kompromis: definitivní rozhodnutí se mělo přijmout v příští schůzi sboru, aby se Němci mohli mezitím seznámit s podklady. Další schůze se konala 3. února 1919, ale tato záležitost jí předložena nebyla.¹⁴ Odpor minoritě se skutečně ukázal jako slabý a po dalších konzultacích s orgány okresními i zemskými byl vládě předložen návrh na připojení již zmíněných 19 obcí k městu Brnu. K těmto obcím dodatečně přibýly ještě Dolní Heršpice, Přizřenice a Brněnské Ivanovice.¹⁵

Rozloha Brna v době vzniku republiky měla 1816 ha. Připojením uvedených obcí se však měla zvětšit více jak pětinasobně, tedy na 12 376 ha. Všechny uvedené obce s připojením souhlasily, až na obec Komín, která si svoje rozhodnutí vážala na prohlédnutí inventáře jmění města Brna. I tato drobná překážka se však odstranila.

Dne 9. dubna 1919 předložila vláda Národnímu shromáždění konečně návrh zákona, podle něhož mělo tzv. Velké Brno vejit ve skutečnost. V době projednávání osnovy v ústavním výboru zpravodaj prof. Fr. Weyr¹⁶ oznámil, že došel ještě dodatečný návrh na připojení k Brnu obce Tuřany. 11. dubna byla diskuse o vytvoření tzv. Velkého Brna v ústavním výboru skončena a 17. dubna návrh zákona schválen plénum Národního shromáždění jako zákon č. 213 Sb. Tím k dosavadním 130 000 obyvatelům přibýlo dalších 80 000 z připojených obcí, jež se staly brněnskými předměstími, z nichž největší bylo Královo Pole.

Přijetím tohoto zákona byly však teprve fakticky zahájeny práce související s organizačními, personálními, hospodářskými a dalšími otázkami sloučení. Především se bylo třeba vypořádat se zajištěním správy předměstí v období od zániku jejich

¹³Ve stejném duchu ostatně reagovali i němečtí členové obecních rad okrajových obcí, například v Černovicích, kde však byli přehlasováni českou většinou.

¹⁴AMB, Zápisy o schůzích poradního sboru, karton 12.

¹⁵O připojení žádalo též Líšeň, ale nebylo jí vyhověno. Tato obec se stala součástí tzv. Velkého Brna teprve v roce 1944.

¹⁶AFS, karton 28, fond PNS, protokol z 34. schůze ústavního výboru z 10. dubna 1919.

obecních orgánů do zřízení nových, které již samozřejmě nemohly mít podobu představitelů samostatných obcí.

Třebaže byly v tomto ohledu vydány poměrně jednoznačné pokyny, v praxi se ukázala celá řada komplikací. Dne 26. května 1919 zaslal Petr Ehrenfeld starostům, resp. vládním komisařům připojených obcí sdělení, že je až na další pověřuje vedením místních záležitostí. Zároveň si vyžádal stanovisko poboček jednotlivých politických stran zda souhlasí s tím, aby příslušní funkcionáři setrvali i nadále v úřadu. Vcelku se v tomto ohledu žádné námitky neobjevily a tak přípisem z 2. června byli starostové (vládní komisaři) pověřeni oficiálně. Téhož dne se na ně obrátil vládní komisař Brna dalším oběžníkem, podle něhož mělo dojít v místech k zřízení poradních sborů, jejichž zástupci by vysílaly politické strany, jež působily v daném obvodu.

Vzdor těmto instrukcím nebyla všem situace jasná. 28. června se například konala porada delegátů spojených obcí, kde byl kritizován nepořádek, nevytvořená kompetence a zejména i fakt, že poradní komise nebyly stále ještě zřízeny.¹⁷ Někde se dokonce hovořilo o tom, že budou ustaveny správní komise.

Dne 30. června žádal v tomto směru vysvětlení ve schůzi poradního sboru vládního komisaře města Brna dr. Czech. V této chvíli byly však již k dispozici instrukce ministerstva vnitra, které potvrdily správnost dosavadního postupu, tj. ponechání starostů v jejich funkcích, ovšem jakožto vládních komisařů, jímž měly být přiděleny poradní sbory, složené ze zástupců politických stran. Členy těchto orgánů potvrzoval vládní komisař Brna.¹⁸

Danou situaci nepochybně ovlivnily především dvě skutečnosti: jednak to, že prvé obecní volby v Brně byly pro některé formální vady zrušeny a nadále trvalo jakési správní provizorium, jednak skutečnost, že stále nebylo určeno, kdo vlastně bude vykonávat v připojených obcích správu, resp. jaké orgány by tu měly být zřízeny.

Tak se stalo, že v některých částech fungovaly poradní sbory již v červenci a srpnu.¹⁹ Například 27. července schválil tento orgán v Bohunicích vyúčtování obecního jmění a rozpočet, 28. srpna odsouhlasil v Horních Hlešpicích rovněž rozpočet,²⁰ jinde naopak museli být o jejich ustavení znovu upomínáni. Tak 1. srpna dostal vládní komisař Komína výtku, že dosud nebyl svolána ustavující schůze místního poradního sboru, třebaže, podle instrukcí, strany již svoje zástupce jmenovaly. V Králově Poli svolal zástupce vládního komisaře až 19. srpna poradu představitelů politických stran a žádal na nich, aby mu sdělili jména osob, které se

¹⁷AMB, A 1/30, prezidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857) 1918 – 1925, karton 1, inv. č. 36.

¹⁸AMS, Zápisy o schůzích poradního sboru, karton 12.

¹⁹AMB, A 1/30, prezidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857), 1918 – 1925, karton 4, inv. č. 71

²⁰AMB, A 1/30, prezidium městské rady, oddělení pro Velké Brno 1918 – 1925, karton 4, inv. č. 74.

měly stát členy poradního sboru. Až po této urgenci byli ve dnech od 23. srpna do 2. září členové tohoto sboru navrženi.²¹

V souvislosti s ustavením Velkého Brna se musela změnit i organizační struktura městského magistrátu, kde byl zřízen odbor pro Velké Brno. V této souvislosti byla též diskutována otázka nakolik měla být ponechána připojeným obcím jejich samostatnost, resp. jaká její část se měla přenést na orgány města. Návrhy se v tomto směru různily, většina navrhovala ponechat předměstím jejich administrativní samostatnost, doporučovalo se však též (např. z Komárova, Juliánova a Řeckovic) část agendy (věci chudinské, zdravotní, hospodářské apod.) ponechat obcím, zbývající část centralizovat. Záležitost byla řešena poměrně dosti dlouho.

Mezitím začaly vznikat v úřadování závažné nedostatky, způsobené především tím, že odbor pro Velké Brno neměl dostatečné množství kvalifikovaných pracovních sil, což bylo trvalým zdrojem stížností občanů, jejichž jménem vznášel kritické připomínky poradní sbor. 23. prosince 1919 a opětovně 3. ledna 1920 bylo protokolováno, že již byly vzneseny požadavky na přidělení způsobilé pracovní síly, protože stávající slečna nemá pořádek v úředních příručkách a panuje zmatek v agendě. Teprve 1. května 1920 nalézáme u tohoto spisu poznámku: „stalo se, ad acta“.²²

Řešit bylo třeba konečně též otázku přebírání zaměstnanců bývalých samostatných obcí. Základním problémem, jež se tu objevil bylo, že v podstatě všichni místní strážníci, cestáři, školníci i ostatní žádali, aby jim byly přiznány výhody, jaké měli dosavadní městští úředníci. Tak například v červenci 1919, požádali strážníci Maloměřic o zvýšení platů a další úpravu podmínek výkonu služby, aby měli stejné postavení jako brněnští a velmi důraznou urgenci podali v tomto směru téměř zároveň městští úředníci Královo Pole.²³

Vlastní přijímání úředníků a zřízenců do služeb města Brna probíhalo dosti zdlouhavě. Jen menší část přešla v roce 1919, zbylí až koncem roku 1920.

Vedle uvedeného zákona č. 213/1919 Sb. o vzniku tzv. Velkého Brna do organizace správy Brna částečně zasáhly i některé další předpisy vydané po vzniku republiky. Byla to především novela obecního zřízení č. 76/1919 Sb. o nový řád volení v obcích č. 75/1919 Sb. Dále je možné upozornit na zákon o zrušení měšťanských práv č. 304/1920 Sb., zákon, kterým byl změněn obecní statek v kmenové jmění č. 241/1919 Sb., zákon o ochraně státu č. 449/1919 Sb., zákon o zvláštních opatřeních v oboru samosprávy č. 286/1920 Sb., zákon o slučování a rozlučování obcí č. 285/1920 Sb., zákon o potravní dani na čáře č. 264/1920 Sb., zákony jimiž stát převzal některé úkoly v oblasti zdravotně-policejní č. 332/1920 Sb., a č. 236/1922 Sb. atd. Zákonem č. 329/1921 Sb. o přechodné úpravě finančních záležitostí obcí a měst s právem municipálním byl nahrazen celý II. oddíl třetí hlavy dosavadního

²¹AMB, A 1/30, prezidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857) 1918 – 1925, karton 6, inv. č. 80 a karton 7, inv. č. 82

²²AMB, prezidiální spisovna z let 1888 – 1932, fasc. G-6-Val.B. omv-č-392

²³AMB, A 1/30, prezidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857) 1918 – 1925, karton 3, inv. č. 55, karton 7, inv. č. 82 a karton 8, inv. č. 84.

obecního řádu, tedy ustanovení o obecním hospodářství a obecních dávkách, a dočtena byla i některá další ustanovení.

Podle doposud platného obecního statutu částečně změněného uvedenými po převratu přijatými právními normami městské zastupitelstvo mělo 90 členů,²⁴ kteří byli voleni podle nového, v roce 1919 přijatého, volebního řádu do obcí. Volební právo bylo přiznáno všem osobám, které měly v obci alespoň tříměsíční pobyt a nebyly určitým způsobem diskvalifikovány. K ztrátě volebního práva mohlo dojít buď ze zákona nebo výrokem soudu. Volitelný byl ten, kdo splňoval všechny podmínky pro pasivní volební právo: věk 26 let a roční pobyt v obci. Zákonem bylo dále stanoveno, že každý je povinen nejen volit, ale i přijmout funkci, do níž byl zvolen, ledaže zde existovaly podmínky pro uplatnění zákonem stanovené výjimky.

Členství v zastupitelstvu se pozbývalo úmrtím, ztrátou volitelnosti nebo vyšla-li dodatečně najevo okolnost, pro kterou by občan nebyl původně mohl být zvolen, dále vzdáním se a vystoupením nebo vyloučením ze strany, na jíž jméno zněla volební skupina, která zvoleného kandidovala.

V čele zastupitelstva stál starosta potvrzený vládou. Městské zastupitelstvo ze svého středu volilo dále 27 člennou městskou radu a dva náměstky starosty. Funkční období zastupitelstva, městské rady i starosty se svými náměstky bylo čtyřleté.

Dozorčí právo nad městskými orgány měla zemská správa politická nahrazující dřívější moravské místodržitelství, jež měla dokonce ve výjimečných případech možnost městské zastupitelstvo rozpustit a místo něho jmenovat vládního (správního) komisaře.

Působnost městských orgánů byla dvojitá. Jednak původní (samostatná) do níž patřil rozsáhlý okruh věcí, z nichž je třeba zvláště upozornit na správu obecního majetku a záležitosti vztahující se k tzv. kmenovému jmění, dohlížení nad bezpečností osob a jmění, péči o zachování obecních silnic, cest atd., vykonávání zdravotní, mravnostní a požární policie, péči o chudé a řada dalších. Rovněž přenesená působnost nebyla zcela zanedbatelná. Především městské orgány obstarávaly uvnitř městského obvodu veškeré záležitosti politické správy, které podle platných právních předpisů byly přikázány politickým úřadům první instance.²⁵

Koncem roku 1919 byl vypracován návrh zákona o místních výborech, jež měly být ustaveny ve všech připojených obcích s výjimkou Kamenného Mlýna. Členy by jmenovalo městské zastupitelstvo z osob, uvedených na kandidátních listinách skupin, jež se účastnily obecních voleb. V jejich čele stáli předseda a dva náměstkové volení samostatnými výbory, které pod dozorem městského zastupitelstva spravovaly některé věci z oblasti samostatné i přenesené kompetence obcí. Konkrétní působnost

²⁴V roce 1922 vznikly určité pochybnosti o tom, má-li počet členů brněnského zastupitelstva být 90 či jen 60. Novela k obecnímu řádu volení v obcích vydaná zákonem č. 253 Sb. ze 14. července 1922 v Ú 75 stanovila: „Ustanovení tohoto zákona (tj. volebního řádu – pozn. aut.) platí pro volby do zastupitelstev všech obcí a osad. Pokud pro Velkou Prahu, Bratislavu a Košice neplatí ustanovení zvláštní, platí tento zákon.“ Brno omylem tu tedy jmenováno nebylo.

²⁵R. Šaupárek: *Obecní řád zemského hlavního města Brna (se třemi dodatky)*, Brno 1927.

jednotlivých výborů mohlo městské zastupitelstvo modifikovat.²⁶

Tento návrh se stal základem zákona č. 278/1920 Sb. o složení a působnosti místních výborů ve Velkém Brně. Podle něj byly v rámci Brna vytvořeny z bývalých samostatných obcí (kromě Kamenného Mlýna, Horních Heršpic, Komárova a Žabovřesk) zvláštní místní výbory, jejichž členy jmenovalo a zároveň i určovalo jejich působnost městské zastupitelstvo (předpokládalo to ovšem dodatečné schválení vlády). V částech města s počtem obyvatel do 10 000 měly tyto místní výbory 18 členů, v ostatních 24 členů. Přitom členství v městském zastupitelstvu bylo slučitelné s členstvím v místním výboru. Samy tyto místní výbory si potom ze svého středu volily předsedu a dva jeho náměstky, podle zásad řádu volení v obcích z roku 1919.

Protože podrobnosti o postavení a úkolech místních výborů mělo rozhodnout městské zastupitelstvo jednal 1. června 1920 odbor pro Velké Brno o tom, zda místní výbory se ustaví všude nebo s vyloučením Komárova a Žabovřesk, které byly připojeny přímo k Brnu. V tomto směru též vyznělo závěrečné doporučení. Téhož dne usneslo městské zastupitelstvo rozhodnutí o decentralizaci správy, jenž se stalo podkladem dalších návrhů pro úpravu místních výborů, které měly být voleny, přičemž vždy několik připojených obcí by se spojilo v jeden okres.²⁷

Tento návrh byl postoupen ministerstvu vnitra, které ho však svým výnosem z 28. července 1920 odmítlo předložit vládě s poukazem na to, že nelze vytvářet další okresy, protože stávající byly již schváleny zákonem a městské zastupitelstvo si je nemohlo libovolně upravit. Mimo tuto zásadní otázku byly shledány i některé terminologické nedostatky.

Další vývoj řešení této otázky byl nepřehledný, plný vzájemně se křížujících rozhodnutí a návrhů. Tak 1. října sice městské zastupitelstvo schválilo předpisy o působnosti místních výborů a postoupilo je vládě, ale 27. listopadu rozeslala jeho komise pro změnu obecního statutu politickým klubům a odborům jiný návrh, jenž předpokládal, že místo výborů dojde ke zřízení komisí.²⁸ Nakonec však vláda schválila 17. prosince 1920 návrh městského zastupitelstva, což mu však zapomněla intimovat, takže její souhlas musel být ještě počátkem roku 1921 urgován.

Místní výbory byly vymezeny pouze jako prozatímní orgány, které podporovaly městské zastupitelstvo ve správě připojených obcí. Jejich funkční období se shodovalo s délkou volebního období zastupitelstva. Vydáním tohoto předpisu bylo zároveň ukončeno zmíněné jednání o rozdělení agendy mezi město a jeho části, které se táhlo již od roku 1919.²⁹ Do působnosti místních výborů byla svěřena agenda správy

²⁶AMB, A 1/30, presidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857) 1918 – 1925, karton 2, inv. č. 44.

²⁷AMB, A 1/30, presidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857) 1918 – 1925, karton 2, inv. č. 42, karton 1, inv. č. 40.

²⁸AMB, A 1/30, presidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857) 1918 – 1925, karton 2, inv. č. 44.

²⁹AMB, A 1/30, presidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857), 1918 – 1925, karton

obecního jmění, místní policie, část otázek stavebního řízení, čistoty ulic, chudinské záležitosti a další. Zbylé si ponechalo město.³⁰

Vlastní ustavování místních výborů neproběhlo hladce. 15. června 1919 se sice konaly volby do obecního zastupitelstva v Brně, v nichž zvítězila česká sociální demokracie se 17 mandáty. těsně následovaná národní demokracií (16 míst), německými sociálními demokraty (16 míst), socialistickou stranou (14 míst), lidovci (11 míst) atd.³¹ Tento výsledek neuspokojil jak některé české, tak i německé politické kruhy, proto byly proti volbám podány hned tři stížnosti na vady přípravného řízení. 2. října 1919 zemská správa politická stížnostem vyhověla a volby zrušila.

Z tohoto důvodu nemohly být ani ustaveny místní výbory, protože podle rozhodnutí volební komise ze 6. června 1919 měly být vytvořeny vzhledem k výsledku voleb do obecního zastupitelstva.

Již týden po zrušení voleb rozhodl vládní komisař, že nové se budou konat 29. února 1920. Ty proběhly tentokrát již bez závad a prakticky jen potvrdily výsledky předcházejících. Česká sociální demokracie obdržela 19 mandátů, národní demokraté 16, národní socialisté 13 a lidovci 8 míst. Modráčková strana 1 a skupina válečných poškozenců dvě místa, ostatní čtyři české strany vyšly naprázdno. Z německých získala 12 křesel středostavovská strana Dr. Baerana, 10 sociální demokraté a 5 svobodomyšlná strana, zbývalé dvě křesla dostala židovská socialistická strana.³²

V dalších týdnech mohlo pak konečně dojít i k zřízení místních výborů.

Zákon o místních výborech Velkého Brna připravený a odhlasovaný poměrně narychlo se stal ovšem v průběhu celé první republiky předmětem kritiky z nejrůznějších míst. V roce 1927 byla dokonce vypracována a členům městské zastupitelstva předána „Studie o reformě obecní správy Vel. Brna“, v níž se navrhovalo zmenšit počet místních výborů utvořením nových správních jednotek, tak aby 3 – 5tehdejších obvodů tvořilo obvod působnosti nového místního výboru. V každém takto utvořeném obvodu by byla zřízena místní úřadovna v čele s konceptním úředníkem, jemuž by byl přidělen veškerý potřebný technický a konceptní personál.³³ Předmětem diskuse se v této souvislosti stal i způsob tvoření těchto místních výborů. Je zajímavé, že většina projevených názorů byla proti volbě, protože prý jak napsal prof. Fr. Weyr „*máme již voleb dost ... tak ... přidati k této spoustě voleb ještě jedny, neždají se býti účelné*“ a dále protože „*mají-li býti pouhými expositurami ústředních těles, musí býti věrným odrazem jeho* (tj. městského zastupitelstva – pozn. aut.) *politického složení*.“³⁴ Na základě této rozsáhlé diskuse byl dokonce vypracován s městskou

2, inv. č. 43 až 45.

³⁰AMB, A 1/30, presidium městské rady, oddělení pro Velké Brno (1857) 1918 – 1925, karton 1, inv. č. 92.

³¹SOAB, B 40 Zemský úřad v Brně, karton 900, zápis o schůzi ústřední volební komise pro obecní volby v Brně ze dne 15. – 17. 6. 1919.

³²SOAB, B 40 Zemský úřad v Brně, karton 900, zápis o schůzi ústřední volební komise o volbě zastupitelstva v Brně dne 29. 2. 1920.

³³Obecní věstník zemského hlavního města Brna, 9, 1929, s. 149.

³⁴Lidové noviny ze 28. října 1929.

radou 3. října 1930 schválen návrh na novelu zákona o místních výborech, který se však ani v dalších letech nepodařilo prosadit.³⁵

Realizaci zákona o vytvoření Velkého Brna a na něho navazujícího a neustále kritizovaného zákona o místních výborech došlo v podstatě k vytvoření stabilní správní organizace města Brna, která se v zásadě až do konce první republiky nezměnila.

* * *

SUMMARY

Developement of administration of the town of Brno in the eyes of historian

Beginnings of modern administration of the town of Brno are connected with the adoption of the Provisional Order for the Royal Capital Town of Brno dating to July 6, 1850 when 27 suburbs merged with Brno. The newly created municipality was divided into four districts governed by the District Councils which were endowed with rather a large scope of independency, in particular, in proprietary administrative matters. Thus the big municipality of Brno created an independent political district subordinated to the Regional Presidium and after 1862 when the Regional Presidium was wound up, directly to the Provincial Vice-Regent Authority. The District Councils composed of either 9 or 18 elected members led the districts of Brno. Each District Council elected its Board of Chairman and the Deputy of the Board who was the head of the administration. So-called quarter-masters (Viertelmeister) were assistant bodies of the District Councils of the town administration who replaced former superiors (village magistrates and sworn authorities) of adjacent cadastral municipalities. However, their importance gradually deteriorated owing to the fact that their competence was being reduced. They secured, in particular, temporary housing facilities, registers of the poor, collections for commonly beneficial purposes, etc.

The town as a whole was represented and managed by the Local Committee and the Local Council including the elected Magistrate. The Local Committee was composed of 48 members elected for the period of three years by authorized electors of the whole municipality. However, one third of the elected members annually resigned their office and new members were elected on their former places. The

³⁵Obecní věstník zemského hlavního města Brna, 10, 1930, s. 145 n., dále k tomu A. S. Vašek: *K historii vzniku Velkého Brna a Velké Olomouce*, Naše Obec, 24, 1929, s. 128 – 129. Místní výbory byly definitivně zrušeny okupačním opatřením ze dne 25. července 1939.

Local Committee members elected, apart from the Magistrate, the Magistrate's Deputy and nine councilmen who together created the Local Council.

The year of 1905 was another turning point in the development of the administrative organisation of Brno as a new town statut was issued. The Czech as well as the German citizens exceptionally agreed on a critique of the statut. Not only that the statut deprived the districts of the former Committees which were replaced by the Superior and Deputies appointed by the Local Council, but it also stipulated that the Local Council had taken over the property of the former Committees. The declaration of independency of the Czechoslovakia of October 28, 1918 came in the middle of the mentioned state of events. The following days were of an essential importance for Brno, too, since a momentous process later concluded by the declaration of so-called Great Brno, was began and a new town administration that was in force untill the end of the First Republic, came into existence. The author of this article delivered on an international scientific conference called "Brno - the Town in the Middle of Europe" held from 2nd till 4th December, paid attention just to the stated era of the administrative organisation development of the town of Brno.

ORBIS IURIS ROMANI

Beitrag auf dem 48. SIHDA kongres,
Wien 1994

Michaela ŽIDLICKÁ

Sehr geehrte Damen und Herren,

lassen Sie mich bitte diese Gelegenheit nutzen, um Sie über eine neu entstandene rechtsromanistische Zeitschrift zu informieren, deren erste Nummer - wie wir alle hoffen - Ende dieses Jahres erscheinen wird. Der Gedanke eine Zeitschrift herauszugeben ist im November vorigen Jahres bei der ersten gemeinsamen Tagung der tschechischen und slowakischen Rechtsromanisten entstanden. Es wurde vereinbart, daß die Zeitschrift von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Masaryk-Universität in Brno (Brünn) und der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Komensky-Universität in Bratislava (Preßburg) herausgegeben wird. Die Gründe, die uns zu diesem Entschluß bewogen haben, sind ganz spezifisch und ich versuche jetzt diese im allgemeinen zu nennen.

Die Gesetzgebung der Nachkriegszeit in unseren Ländern, das Bürgerliche Gesetzbuch von 1950 und 1964, wurde durch eine starke Orientierung auf die marxistisch-leninistische Philosophie geprägt, was vor allem in der Bestreitung der Grundprinzipien des römischen Rechts, in der Verachtung der persönlichen Freiheit des einzelnen Bürgers im Bereich der Besitz- und Eigentumsrechte, ihren Ausdruck fand. Diese wurden durch die sehr starke staatliche Bevormundung in der Wirtschaft und durch die Einschränkung der Freiheiten der Bürger in vielen Bereichen des Lebens ersetzt. Eine logische Folge dieser Entwicklung war unter anderem auch die Tatsache daß das Studium des römischen Rechts an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten als ideologisch ungeeignet und bereits übertroffen verdrängt wurde, obwohl es in unseren Ländern eine lange und reiche Tradition gehabt hatte. Das römische Recht wurde nur als Einzelkapitel im Rahmen der Staats- und Rechtsgeschichte vermittelt.

Im November 1989 wurde von heute auf morgen alles anders. Auch an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten wurden gleich die Stimmen laut, die die Erweiterung des Studiums vom römischen Recht verlangten, als eines Mittels zur Erneuerung der Rechtskultur. Der Kultur, die uns mit unserer glücklicheren Vergangenheit und mit der hochentwickelten Welt verknüpft. Die fünfzig Jahre der intensiven Tätigkeit von

marxistischen Forschern und Politikern haben manches vernichtet. Die guten Rechtsromanisten kann man an den Fingern einer Hand abzählen. Dabei ist dieses Fach für die Ausbildung neuer Generationen von Juristen und Rechtswissenschaftlern von äußerster propedeutischer Bedeutung, da hier das Wesen und die Wurzeln der einzelnen Institutionen in ihrer ursprünglichen Form erklärt werden. Unsere Realität sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der Praxis befindet sich in der Phase der Durchdringung zweier Systeme, die auf diametral entgegengesetzten Prinzipien beruhen. Dies ist nicht nur der Fall bei den Rechtswissenschaften – die Zivilistik und das Wirtschaftsrecht nicht ausgenommen – sondern bei allen Sozialwissenschaften. In unseren Ländern ist das römische Recht für die Überwindung des Verfalls in allen Bereichen des Privatrechts von ausschlaggebender Bedeutung. Diese Meinung wird allgemein anerkannt und oft verkündet, konkrete Schritte auf dem Weg zur Entwicklung und Entfaltung der Rechtswissenschaft und zur Qualitätsbesserung des Studiums machen aber nur ein paar Leute, die sich diese Aufgabe aufgebürdet haben. Das Anknüpfen an die Traditionen der Vorkriegszeit ist bestimmt der erste, aber durchaus nicht der allein ausreichende Schritt. Die Wissenschaft hat seit dem Krieg eine rasche Entwicklung durchgemacht, und wir möchten natürlich unser Studium auf den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen aufbauen.

Unsere neue Zeitschrift mit dem Titel ORBIS IURIS ROMANI sollte ein Mittel werden zur Durchsetzung und Verbreitung unseres Faches, wir möchten gerne junge und begabte Leute finden und zur wissenschaftlichen Tätigkeit bewegen, und vor allem einen intensiven Informationsaustausch mit der Welt eröffnen. Deshalb werden die Aufsätze in unserer Zeitschrift in englischer, deutscher, französischer oder italienischer Sprache veröffentlicht. Das Spektrum unserer Zeitschrift soll den ursprünglichen Vorstellungen nach ziemlich breit sein, sowohl das altertümliche orientalische Rechtskulturen, vorjustinianische und justinianische Recht als auch die Zeit der sogenannten Rezeption sollen einbezogen werden. Wir haben bereits viele rechtsromanistische Forschungs- und Lehranstalten angesprochen und ich kann mit Freude sagen, daß wir von vielen bedeutenden Persönlichkeiten recht positive und entgegenkommende Aussagen erhalten haben.

Meine Damen und Herren verstehen Sie bitte meine kurze Rede als eine gut und offen gemeinte Aufforderung zur Zusammenarbeit, deren Ziel und Zweck für uns alle sehr wichtig sind.

* * *

SUMMARY

ORBIS IURIS ROMANI

Příspěvek na 48. mezinárodním kongresu pro historii antického práva měl informovat účastníky o založení nového právně – romanistického časopisu. Vznik tohoto periodika je spojen s česko-slovenskou konferencí právních romanistů, která se konala v listopadu minulého roku v Brně. Časopis má být jedním z prostředků, jak popularizovat tuto vědní disciplínu v našich zemích, kde je její propedeutický význam při výchově mladých právníků nezastupitelný. Hlavním jeho úkolem je však umožnit intenzivní výměnu vědeckých informací a umožnit tak snažší komunikaci se zahraničními odborníky.

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY

Úvod do literatury o středověkých synodách a synodálních statutech v českých zemích. Badatelské úkoly na Moravě

Pavel KRAFL

Smyslem tohoto článku, jak již naznačuje nadpis, je uvést čtenáře do problematiky literatury o středověkých a hlavně pozdně středověkých diecézních synodách v českých zemích (nikoliv podat vyčerpávající výčet), seznámit s edicemi synodálních statut pražské a olomoucké diecéze (= soubor nařízení vyhlášených na diecézní synodě) a nakonec vytyčit badatelské úkoly při zkoumání synodálních statut olomoucké diecéze od poč. 14. stol. do 60. let 15. století.

První informace a charakteristiky synod si přečteme u Hledíkové¹ a v Ottově

¹Ve vrcholném středověku se synody staly shromážděním všeho vyššího duchovenstva, kléru sídelního města a zástupců veškerého kléru diecéze (za ně byli přítomni děkan a jeden či dva faráři z děkanátu), klášterů, špitálů, university. Svolával je biskup k jednání o zásadních otázkách církevního života diecéze a otázkách okamžité potřeby. Šíře shromáždění zaručovala širokou publicitu projednávaných záležitostí. Hlavní důraz byl kladen na obecné veřejné věci, případně aktuální problémy politického dosahu a reformní úsilí. Usnesení synod byla vydávána jménem biskupových

slovníku naučném.²

Statuta jsou až na výjimky dochována ve formě opisů (v rukopisech). Snad nejstarší z edicí synodálních statut, jež zahrnuje některá statuta z českých diecézí byla Concilia Germaniae Schannata a Hartzheima. Tento starý tisk obsahuje rovněž mohučská provinciální statuta,³ pro nás důležitá hlavně pro období od vzniku pražského a olomouckého biskupství po rok 1344, tedy po povýšení pražského biskupa na arcibiskupa; jemu podřízenými sufragány se stali biskupové litomyšlský a olomoucký. Dva stávající biskupské stolce, v Praze a Olomouci tímto byly vyňaty ze správní pravomoci mohučského metropolity. Z moravských statut 14. a poč. 15. století se tam nachází Konrádova (I.) z roku 1318,⁴ Jana Volka z roku 1349⁵ a Václava Králíka z Buřenic.⁶

Roku 1766 přispěl francouzský premonstrát Arsenius T. Fasseau svojí edicí statut olomouckých a pražských.⁷ Obsah mohučských statut provinciálních podal koncem minulého století K.J. Hefele ve svém Konzilien – Geschichte.⁸

19. století nám přineslo rozličné edice synodálních statut ať už jednotlivě či souborně pro určité období. Höfler vydal roku 1862 pražská synodální statuta pro léta 1353 – 1413,⁹ rajhradský benediktin Beda Dudík samostatně Arnostova diecesární z 18. 10. 1343¹⁰ a provinciální statuta z roku 1349¹¹ a vyškovská statuta administrátora olomouckého biskupství Václava Králíka z Buřenic z roku 1413.¹² Dudík rovněž našel při jednom ze svých pátrání v zahraničních archívech a knihovnách, tentokrát ve Vatikáně,¹³ jeden ze statutů pražského biskupa Jana IV. z Dražic (1301 – 1343). Otiskl jej v práci Iter Romanum a zařadil do roku 1301, tedy jako nej-

formou tzv. *diecézních statut*, která měla závaznou normativní platnost. Byla publikována a rozšiřována v opisech pomocí arcijáhnů a děkanů do všech farností. – Podáno podle Janák J., Hledíková Z., Dějiny správy v českých zemích do roku 1945; Praha 1989, str. 216.

²24. díl, Praha 1906, str. 495 – 496, heslo Synoda; 14. díl, Praha 1899, str. 669 – 671, heslo Koncil.

³Schannat J.F., Hartzheim J., Concilia Germaniae, zvláště svazky III., IV., V., Colonia Agripina 1760 – 1763.

⁴tamtéž, IV., 1761, pag. 269 – 273.

⁵tamtéž, IV., 1761, pag. 336 – 341.

⁶tamtéž, V., 1763, pag. 39 – 43.

⁷Fasseau A.T., Collectio synodorum et statutorum almae dioecesis Olomucenae in IV. partes distributa, I., II., Retz 1766. Svazek I. se týká olomouckých statut, sv. II. pražských.

⁸Hefele K.J., Konzilien – Geschichte, 4 – 6, Freiburg im Breisgau 1879 – 1890.

⁹Höfler C., Concilia Pragensia 1353 – 1414. Abhandlungen der königlichen böhmischen Gesellschaft der Wissenschaften, V. F., XII. B., Prag 1862, s. LXI + 116.

¹⁰Dudík B., Synodal – Statuten des Bischofs Arnost von Pardubitz für die Prager Diocese vom 18. 10. 1343, Brünn 1872.

¹¹Dudík B., Statuten des ersten Prager Provinzial Concils vom 11. und 12. November 1349, Brünn 1872.

¹²Dudík B., Statuten der Diocese Olmütz vom Jahre 1413, Brünn 1871.

¹³rovnej Rysavá E., Ke dvěma výročí moravského historiografa Bedy Dudíka, ČMM 109, str. 228.

starší dochovaná synodální statuta pražské diecéze.¹⁴ I rozpoutala se diskuse na téma do jakého období, popř. přímo roku, ony statuta patří a zda-li jsou skutečně nejstarší dochovaná. Podle Chaloupeckého (monografie o Janu IV. z Dražic) náleží dokonce k Janu III. z Dražic.¹⁵ Další autoři se přiklonili buď k Dudíkovi anebo k Chaloupeckému. S Chaloupeckým se ztotožnil Holinka¹⁶ a s otazníkem Zelený.¹⁷ Až Patschovsky statutu přiřkl nejvěrohodnější datování – 1336,¹⁸ s čímž se ztotožňuje docentka Hledíková,¹⁹ jedna ze současných významějších badatelů zabývajících se problematikou synod a synodálních statut.

Vrátíme se ale ještě do minulého století. Roku 1882 vydává Ferdinand Menčík v Pojednání královské české společnosti nauk edici pod názvem Několik statutů a nařízení arcibiskupů pražských Arnošta a Jana I. (1355 – 1377). Posledním z nich je synodální statut z 18. 10. 1385; Menčík datuje 1377 s otazníkem.²⁰

Synodální statuta Zbyňka Zajíce z Hazmburka z let 1403 a 1404 vydal a jejich obsah popsal roku 1913 František Stejskal.²¹

Mnohé monografie mají coby svoji součást kapitolu věnovanou obsahu synodálních statut. Za všechny jmenujme alespoň monografii Jana Kapistrána Vyskočila o Arnoštovi z Pardubic,²² Václava Novotného o Janu Husovi²³ a Zdeňky Hledíkové o biskupu Janu IV. z Dražic. Hledíková rozebírá nejstarší informace o pražských synodách a podává edici statut Jana IV.²⁴

Ivan Hlaváček vydal r. 1957 pražská synodální statuta z roku 1333.²⁵

Období od sedmdesátých let našeho století je obdobím boomu v bádání kolem synodálních statut, hlavně pražské diecéze a provincie. Kromě edicí vzniká řada

¹⁴Dudík B., *Iter Romanum*, I., Wien 1855, str. 212 – 214

¹⁵Chaloupecký V., Jan IV. z Dražic, poslední biskup pražský, Praha 1908, str. 19, pozn. 101

¹⁶Holinka R., *Sektářství v Čechách před revolucí husitskou*, Sborník FF UK v Bratislavě, 1929, str. 39, pozn. 100

¹⁷Zelený R., *Synodální život v pražském biskupství (973 – 1344)*, in *Tisíc let pražského biskupství 973 – 1973*, Praha 1973, str. 61 – 62

¹⁸Patschovsky A., *Die Anfänge einer ständigen Inquisition in Böhmen, Ein Prager Inquisitoren – Handbuch aus der ersten Hälfte des 14. Jahrhunderts*, Berlin – New York 1975, str. 45 – 46, pozn. 167

¹⁹Hledíková Z., *Biskup Jan IV. z Dražic*, Praha 1992, str. 171 – 172

²⁰separatum ex *Pojednání královské české společnosti nauk*, řada VI., díl 11., Praha 1882, str. 28 – 29. Datování opravila Z. Hledíková: *Synody v pražské diecézi v letech 1349 – 1419*, ČsČH 18, 1970, str. 132

²¹Stejskal F., *Arcibiskup Zbyněk Zajíc z Hasenburka a jeho první statuta synodální z r. 1403 a 1404*, *Časopis katolického duchovenstva* 54. (79.), 1913, str. 208 – 218, 312 – 322, 595 – 608. Edice statut: str. 315 – 316 (z 18. 10. 1403), str. 605 – 608 (z 15. 6. 1404).

²²Vyskočil J.K., *Arnošt z Pardubic a jeho doba*, Praha 1947 – 1948, str. 285 – 304, 306 – 308

²³Novotný V., *M. Jan Hus. Život a dílo I. – II.*, Praha 1919 – 1921

²⁴Hledíková Z., *Biskup Jan IV. z Dražic*, Praha 1992, str. 169 – 192

²⁵bibliografický údaj uvádí Z. Hledíková, *Biskup Jan IV. z Dražic*, Praha 1992, str. 176. Srovnej Zelený R., *Synodální život v pražském biskupství (973 – 1973)*, in *Tisíc let pražského biskupství 973 – 1973*, Praha 1973, str. 63 – 64, str. 75, pozn. 7

studí a jako první z nich budu jmenovat práci Zdeňky Hledíkové „Synody v pražské diecézi v letech 1349 – 1419“ z roku 1970.²⁶ Čtenáře na začátku uvádí do problematiky synod, nastoluje otázku frekvence konání synod,²⁷ složení synody,²⁸ průběhu synody.²⁹ Definuje termíny synodální statut a protokol.³⁰ Jádrem práce je přehled synod pražské diecéze a provincie od nichž máme dochovaná statuta či protokol anebo alespoň jejich konání lze doložit na základě jiných pramenů.³¹ Hledíková vychází z Höflerovy edice.³² Ve výčtu nalezneme datum konání synody, informaci o formě dochování (statut – protokol), o dochování v rukopisech, edicích a literatuře o synodě a o kázání na ní předneseném.

Roku 1972 vychází Rostislavu Zelenému edice pražských synodálních statut pro léta 1343 až 1361.³³ Edici předchází úvod informující o starších pražských statutech,³⁴ potom o autorem editovaných statutech³⁵ a o starších edicích statutů a literatuře k nim.³⁶ Dále přehledně tabulky obsahující údaje o rukopisech z nichž editor vycházel.³⁷ Jejich úctyhodný rozsah a pak poznámkový aparát svědčí o vysoké kvalitě přípravných edičních prací.

O rok později – 1973 – je slaveno tisící výročí pražského biskupství. Ve sborníku při této příležitosti vydaném nechybí článek o synodách. Autorem je opět Zelený.³⁸ Píše o nejstarších doložených biskupských synodách, jejich podobě, jak se vývojem měnily.³⁹ Zpracovává počátek synod u nás, nařízení jež považuje za předchůdce synodálních statut v našich zemích a nejstarší dochovaná statuta.⁴⁰ Poměrně podrobně rozebírá obsah vybraných mohučských provinciálních statut.⁴¹

Pracovník Státního oblastního archivu v Brně dr. Švábenský doplnil cenný článek Hledíkové (viz výše) o další údaje o pražských synodálních statutech, a sice těch, které nejsou u Höflera obsaženy (a z něj Hledíková vychází), ale jsou u Fasseaua. Spolu s dalšími pražskými syn. statuty, které objevil v Cerroniho sbírce SOA Brno (dnes Mor.zem.arch.), je vydal.⁴²

²⁶Z. Hledíková: *Synody v pražské diecézi v letech 1349 – 1419*, ČsČH 18, 1970

²⁷str. 118 – 119

²⁸tamtéž, str. 119

²⁹tamtéž, str. 120

³⁰tamtéž, str. 123

³¹tamtéž, str. 124 – 146

³²tamtéž, str. 121

³³Zelený R., *Councils and Synods of Prague and their Statutes (1343 – 1361)*, separatum ex *Apollinaris* 45, 1972, Řím 1972

³⁴tamtéž, str. 1 – 2

³⁵tamtéž, str. 4 – 7

³⁶tamtéž, str. 7 – 10

³⁷tamtéž, str. 14 – 19

³⁸Zelený R., *Synodální život v pražském biskupství (973 – 1973)*, in *Tisíc let pražského biskupství 973 – 1973*, Praha 1973

³⁹tamtéž, str. 55 – 57

⁴⁰tamtéž, str. 57 – 66

⁴¹tamtéž, str. 66 – 73

⁴²Švábenský M., *Několik synodálních statut pražského arcibiskupství*, *Studie o rukopisech XIII.*,

Letmo pohlédneme za hranice vlasti – roku 1975 vydává Odette Pontal obecnou práci „Les statuts synodaux“.⁴³

Na edici Zeleného navázal Polc. Jeho edice pražských synodálních statut (stejně jako Zeleného a Kadlecova, o níž ještě bude řeč) je ovšem vzhledem k tomu, že vycházela v Římě, méně přístupná.⁴⁴ Polc zpracoval období let 1362 – 1395. Nadmíru cenný je opět úvod k edici. Nastoluje některé nové problémové otázky – např. zda na všech synodách byly vydávány nová statuta.⁴⁵ Obecně třídí do různých skupin opisy statut.⁴⁶ Zabývá se rukopisy, které obsahují celou řadu opisů synodálních statut – označil je termínem „catena“.⁴⁷ Rozmýšlí nad provinciálními synodami.⁴⁸ Kromě výčtu rukopisů, v nichž se ten který statut nachází,⁴⁹ podává přehled všech synodálních statut, které jsou v jednotlivých rukopisech.⁵⁰ Ve výčtu edicí statut pro období jím zpracované najdeme bibliografické údaje o dalších starších edicích, jež jsem v předchozím textu neuváděl (B. Balbín in Miscellanea, F. Palacký in Documenta, C. Borový, E. G. Gersdorf).⁵¹

V září 1988 se v Praze konala mezinárodní konference z nichž vzešel sborník pod názvem Velké kodifikace. Z. Hledíková přispěla článkem „Kodifikační úloha synodálních statut v českém prostředí předhusitské doby“.⁵² Zdůrazňuje charakter synodality pouhých kolokvií, bez rozhodovací pravomoci zúčastněných. Píše o tématech, jež se v synodálních člancích objevují – např. o povinnosti venkovských děkanů rozšiřovat dále statuta, o herezi, lichvě, hadačství a čarodějnictví, o manželském právu, zhárství a lupičství.⁵³ Ordálům a výčtem pokusů o jejich zlikvidování věnuje autorka čtyři stránky.⁵⁴

Edice pražských statut byla završena dílem Jaroslava Kadlece (pro léta 1396 – 1414; roku 1991)⁵⁵

Zvláštní kapitolou z oblasti zkoumání kolem diecézních synod jsou sendy, synodální soudy.⁵⁶ V minulém století dal podnět k diskusi Emil Ott, který vyslovil

1974, str. 67 – 83, edice str. 73 – 80

⁴³Pontal O., Les Statuts Synodaux, Turnhout 1975

⁴⁴Polc J. V., Councils and Synods of Prague and their Statutes 1362 – 1395, Apollinaris 52, 1979, str. 200 – 237 (úvod), str. 495 – 527; 53, 1980, str. 131 – 166, 421 – 457 (vlastní edice)

⁴⁵tamtéž, 52, str. 202

⁴⁶tamtéž, str. 205, 211

⁴⁷tamtéž, str. 206

⁴⁸tamtéž, str. 207 – 208

⁴⁹tamtéž, str. 230 – 237

⁵⁰tamtéž, str. 221 – 229

⁵¹tamtéž, str. 229

⁵²Hledíková Z., Kodifikační úloha synodálních statut v českém prostředí předhusitské doby, in Velké kodifikace I., Sborník příspěvků z mezinárodní konference konané v Praze ve dnech 5. až 8. září 1988, Praha 1989, str. 103 – 116

⁵³tamtéž, str. 105 – 108

⁵⁴tamtéž, str. 108 – 111

⁵⁵Kadlec J., Synods of Prague and their Statutes 1396 – 1414, Apollinaris, 64, 1991, str. 227 – 293

⁵⁶Souvisí s biskupským právem, povinností visitovat diecézi. Teprve s rostoucím přetížáním

přesvědčení, že synodální soudy u nás nebyly.⁵⁷ František Hrubý roku 1916 oponoval v práci Církevní zřízení v Čechách a na Moravě.⁵⁸ V poznámce uvádí další autory, kteří do diskuse zasáhli: Ulanowski (1888) a Zachorowski (1911) ve prospěch existence sendů u nás a proti kromě již výše zmíněného Otta (1879) A. M. Koenigera.⁵⁹ Emila Ottu podporil Václav Novotný ve svých Českých dějinách.⁶⁰ Nověji tuto problematiku otevřel Boháček, podle kterého by se rukopis č. 202 olomoucké kapitulní knihovny obsahující Collectiones Purchardi mohl za určitých okolností stát důkazem existence synodního soudnictví u nás.⁶¹ Pro existenci synodních soudů od biskupa Bruna se vyslovil Václav Medek v Osudech moravské církve.⁶²

Zatímco v Čechách se pro pražská diecesánní statuta v průběhu dvou staletí objevilo po Fasseauovi několik mladších edicí, na Moravě jsme pořád odkázáni na staříčkou, již více než zastaralou a mnohokrát kritizovanou edici Fasseauovu.⁶³ Fasseaua kritizoval například Petr rytíř Chlumecký,⁶⁴ Beda Dudík⁶⁵ a údajně i František Martin Pelcl.⁶⁶ Synodální statuta se objevují v moravském diplomatáři⁶⁷ – někdy editoři vychází přímo z rukopisů,⁶⁸ jindy zcela nekriticky přebírají Fasseauem editovaný text včetně Fasseauova datování.⁶⁹ Najdeme chyby při transkripci.⁷⁰ Editoři nevyházeli ze všech rukopisů s opisy, respektive tehdejší nedostatek pomůcek zpřístupňujících rukopisné knihovny a archivní sbírky jim to neumožňoval.⁷¹ Tyto dva ediční podniky, Fasseauův a v CDM, jsou zdrojem mnohých omylů v starší i sou-

biskupů jsou tyto pravomoci přeneseny na orgány podřízené. (Novotný V., České dějiny I., 3., Praha 1928, str. 404. Srovnej Hrubý F., Církevní zřízení v Čechách a na Moravě a jeho poměr ke státu, I., ČČH 22, 1916, str. 21 – 22)

⁵⁷Ott E., Beiträge zur Receptions-geschichte des römisch – canonischen Processes in der böhmischen Ländern, Leipzig 1879, str. 14, pozn. 20

⁵⁸ČČH 22., 1916, str. 21 – 26, sendy u nás str. 29 – 30, 34 – 35

⁵⁹tamtéž, str. 20, pozn. 1. V pozn. 2 na str. 21 podává výčet tehdejší literatury o sendech v Německu.

⁶⁰ČD I, 3, str. 404 – 408. V poznámce 1 na str. 404 je výčet současné literatury k sendům.

⁶¹Boháček M., Nejstarší právníké rukopisy v olomoucké kapitulní knihovně, Sborník Krajského vlastivědného muzea v Olomouci, B IV 1956 – 1958, str. 333

⁶²Medek V., Osudy moravské církve do konce 14. věku, Praha 1971, str. 91

⁶³vyjímkou je výše zmíněná Dudíkova edice vyškovských statut z r. 1413.

⁶⁴CDM VII., str. 700

⁶⁵Dudík B., Statuten der Diöcese Olmütz vom Jahre 1413, Brünn 1871, str. 5

⁶⁶tamtéž

⁶⁷CDM VII., č. 984 (1349), XI., č. 192 (1380), XIII., č. 11 (údajná synodální statuta circa 1400, ve skutečnosti z roku 1349 – rozboru a argumentům bude věnován další článek)

⁶⁸Chlumecký v CDM VII., č. 984, str. 700

⁶⁹Vincenc Brandl – CDM XIII., č. 11 – text celý přejal od Fasseaua (pag. 15 – 24) bez ohledu na skutečnost, že se již v CDM jednou nachází (viz pozn. 67).

⁷⁰v CDM VII., č. 984, str. 698 zkratka „wen“ rozvedena jako wenerabilis, správně „Werner“. Srovnej rukopis pražské kapituly sig. N.XLI (in Archiv Pražského Hradu) – na fol. 30a: „...Werner...“. Podobně v rkp. A3 SOA Třeboň (fol. 45a). Zkratka wen se objevuje v rkp. SVK Olomouc sig. M II 182 (fol. 80b) a rkp. č. 286 knihovny ol. kapituly (in ZA Opava, pobočka Olomouc)

⁷¹v CDM VII., č. 984, na str. 700 Chlumecký píše, že vycházel z rukopisu olomoucké univerzitní

časné historiografii – tvrzení o Mrázově synodě roku 1400⁷² či datování vyškovské synody místo do r. 1413, jak upravil v úvodu k edici Dudík, do r. 1412, tedy podle Fasseau.⁷³

Na Moravě oproti Čechám nevznikla a neexistuje literatura, která by se zabývala synodami z obecného hlediska – rozebírala složení účastníků, obvyklou dobu konání, dotkla se otázek synodálních kázání, frekvence konání synod, podoby synodálních dekretů apod. Lze nalézt pouze zmínky charakterizující obsah synodálních statut, výčty biskupových nařízení. Většinou jsou vloženy do práci syntetického charakteru, soupisů církevních dějin anebo dějin českých či moravských.⁷⁴ V určitém smyslu výjimkou je Neumannův článek o synodě r. 1413.⁷⁵ Zmínky o prvních synodách na Moravě si můžeme přečíst u Kadlece,⁷⁶ Dudíka,⁷⁷ Hledíkové⁷⁸ a Medka.⁷⁹

V rukopisech nacházíme opisy synodálních statut olomouckých biskupů vydaných od desátých let 14. století do šedesátých let 15. století, počínaje Konrádovými (I.) z roku 1318.⁸⁰ Následují z let 1349,⁸¹ 1380,⁸² 1413,⁸³ 1431⁸⁴ a jedny z 60. let 15. století. Tímto se můžeme dostat k otázkám, které čekají na zpracování a můžeme je vytyčit jako úkol. V první řadě chybí moderní kvalitní edice. Nikoliv osamocená edice jednoho jednotlivého statutu, ale soubor všech vyjmenovaných, který by byl důstojným protějškem edicí pražských synodálních statut Zeleného, Polce a Kadlece. Přehled rukopisů s výše vyčtenými statuty v České a Slovenské republice podávám v tabulce.⁸⁵ U Dudíka se dočteme, že při své edici vyškovských konstitucí použil

knihovny a rukopisu bratislavské kapitoly. Statuta se dále nachází v rukopise SOA Třeboň, Národní knihovny v Praze, Archivu Pražského hradu, Ceroniho sbírky MZA Brno a v dalším rukopise SVK (dříve Universitní knihovna) v Olomouci. Blíže v článku, jež bude následovat.

⁷²např. Hrejsa F., Dějiny křesťanství v Československu, I. Doba předhusitá, Praha 1947, str. 216, Medek V., Osudy moravské církve do konce 14. věku, Praha 1971, str. 176 – 177, Medek V., Cesta české a moravské církve staletími, Praha 1982, str. 130, Kadlec J., Přehled českých církevních dějin, 1., Praha 1991, str. 233, Neumann A., K dějinám husitství na Moravě, Olomouc 1939, str. 20.

⁷³Medek, Osudy..., str. 177 – 178 (navíc je synoda přirážena nikoliv Václavu z Buhenic, ale Konrádovi z Vechty), Hrejsa, tamtéž, II., str. 41. Neumann Dudíkovu „úpravu“ nepřehlédl – K dějinám..., str. 32 a Diecézní synoda ve Vyškově r. 1413, Museum 48, 1913, str. 19 – 37.

⁷⁴viz např. práce citované v pozn. 72 aj.

⁷⁵citováno v pozn. 73

⁷⁶Kadlec, o. c., str. 149 – 150

⁷⁷Dudík, Dějiny Moravy, V, Praha 1878, str. 244 – 245

⁷⁸Janák J., Hledíková Z., Dějiny správy v českých zemích do roku 1945, Praha 1989, str. 216

⁷⁹Medek, Osudy..., str. 87

⁸⁰Fasseau A.T., Collectio synodorum et statutorum almae dioecesis Olomucenae in IV partes distributa, I., Retz 1766, pag. 1 – 7 (v poznámkách uvádím edice, opisy v rukopisech viz tabulka)

⁸¹CDM VII., č. 984, Fasseau, pag. 15 – 24

⁸²CDM XI., č. 191, č. 192, Fasseau, pag. 13 – 14

⁸³Dudík, o. c., Fasseau, pag. 24 – 43

⁸⁴Fasseau, pag. 45 – 50

⁸⁵na základě studia soupisů rukopisů a inventářů, jejichž seznam pro území České republiky podává Ivan Hlaváček in Úvod do kodikologie, 2. opravené vydání, Praha 1994, str. 75 – 81 Vzhle-

rovněž rukopisu Vídeňské k. k. Hofbibliothek.⁸⁶ Když táž statuta vydával Schannat v Concilia Germaniae, čerpal z jakéhosi mohučského rukopisu.⁸⁷ Nahlédneme-li do nejnovější edice pražských diecézních statut, pak zjistíme, že se jejich opisy nachází v mnoha rukopisech knihoven a archivů okolních států.⁸⁸ Případné edici musí tedy předcházet důkladné studium rukopisných knihoven a archivů v zahraničí, hlavně v okolních státech – Polsko (hl. Slezsko), Německo, Rakousko, s menší pravděpodobností nálezu rovněž Maďarsko. Na Slovensku máme pouze jeden rukopis ve synodálními statuty olomouckého biskupství (viz tabulka a pozn. 85).

Statuta je možno rovněž najít v listinné podobě – originál či třeba jako inzert.

Jako další úkol můžeme stanovit studium archivu olomoucké kapituly (nikoliv knihovny ol. kapituly; obojí in ZA Opava, pobočka Olomouc) s cílem najít úřední knihu se zápisy statut.⁸⁹ Jeho objev by byl pro nás významný – měli bychom v ruce nejautentičtější, nejvěrohodnější podobu textu statut.⁹⁰ Součástí diecézní synody bývalo kázání.⁹¹ Rukopisné bohatství knihovny olomoucké kapituly, mám na mysli rukopisy, ve kterých lze nalézt „sermones“, čeká na své zpracování.⁹²

Ve fázi, kdy by se vyskytovala edice synodálních statut olomouckého biskupství, můžou být coby velice důležitý pramen excerptována po obsahové stránce. Moravská statuta mohou přispět i ke všeobecnému vědění o synodách a na nich vyhlášených statutech. Na synodě jsou vydávána v podobě listiny, kdy články statut (vlastní jádro listiny s dispozicí, případně s narácí a sankcí) jsou „obaleny“ spoustou dalších formulí. Na Moravě ve srovnání s Čechami je tento „obal“ ve větší míře dochován.⁹³ A je zde další zdroj možných nových informací o synodách a jejich statutech.

Můžeme použít rovněž metodu komparace. Synodální statuta mohou být srovnávána po obsahové a formální stránce v chronologické řadě (v rámci diecéze) a také

dem k tomu, že bych příliš zatížil poznámkový aparát, uvedu pouze práci, týkající se Slovenska. Pro celé Slovensko vytvořil soupis rukopisů J. Sopko: Stredoveké latinské kodexy v slovenských knižnicách, Martin 1981. Na statuta v inkunábuli Roudnické lobkovické knihovny mne upozornil dr. K. Boldán z pražské Národní knihovny. Tabulku nelze považovat za uzavřenou.

⁸⁶Dudík B., Statuten der Diöcese Olmütz vom Jahre 1413, Brünn 1871, str. 4

⁸⁷„Descriptio Cl. Schannat b. m. ex cod. MS Biblioth. Mogut.“ (Schannat J. F., Hartzheim J., Concilia Germaniae, V., Colonia Agrippina 1763, pag. 43)

⁸⁸např. Zelený R., Councils and Synods of Prague and their Statutes (1343 – 1361), separatim ex Apollinaris 45, 1972, Řím 1972, str. 14, 18, 19. Výskyt Arnoštových provinciálních statut v rukopisech je velký vzhledem k jejich výjimečnému postavení (viz str. 14 – 18).

⁸⁹srovnej Polc J. V., Councils and Synods of Prague and their Statutes 1362 – 1395, Apollinaris 52, 1979, str. 205

⁹⁰srovnej tamtéž, str. 211

⁹¹srovnej Hledíková Z., Synody v pražské diecézi v letech 1349 – 1419, ČsČH 18, 1970, str. 124

⁹²v inventáři Bystrický J., Boháček M., Čáda F.: Seznam rukopisů metropolitní kapituly v Olomouci (in Státní archiv v Opavě. Průvodce po archívních fondech 3 – Pobočka v Olomouci, Praha 1961, str. 101 – 177) ovšem žádné kázání jako synodální označeno není. Více by bylo možno očekávat od obsahového rozboru v rukopisech se nacházejících kázání.

⁹³srv. statuta ve výše zmíněné edici pražských statut Zeleného, Polce a Kadlece (viz pozn. 33, 44, 55) s Fasseauem, pag. 1 – 7, 13 – 43, 45 – 50

se souvěkými statuty okolních diecézí uvnitř i vně státu a uvnitř i mimo vlastní církevní provincii.

ZÁVĚR: Synodální statuta jsou cenným pramenem pro poznání dějin duchovenstva, církve, dějin církevní správy, církevního práva, národních i obecných dějin. Je to pramen, zvláště na Moravě, nezpracovaný. Moderní edice synodálních statut olomoucké diecéze 14. a 15. století a další jejich zpracování by tedy bylo přínosem.

Opisy synodálních statut olomouckého biskupství
od poč. 14. století do 60. let 15. století v rukopisech v ČR a SR

statuta	archiv, knihovna	signatura, číslo rkp.	folie se statuty
Konrád I. 1318	+SOA Třeboň +SNA Bratislava (rkp.bratisl.kapit.) +MZA, Cerroni II. +Archiv Praž.hradu (knih.praž.kapituly) +SVK Olomouc +ZA Opava, pobočka Olomouc (kn.kap.ol.) +MZK Brno (mikulovská dietrichstein.knih.)	A3 85 359 N.XLI	35a - 39b 22va - 24vb pag. 79 - 107 21a - 25b
Jan Volek 1349	+SOA Třeboň +MZA Brno Čerroniho sbírka II. +Archiv Praž.hradu (knih.praž.kapituly) +Národní knihovna Praha +SVK Olomouc +SVK Olomouc +ZA Opava, pobočka Olomouc (kn.kap.ol.) +SNA Bratislava (rkp.bratisl.kapit.)	A3 261a N.XLI VIII.D.29	40a - 46a 1a - 7b 25b - 31a 80va - 83vb, 96ra
Jan ze Středy 1380	+MZA Brno, Cerroni II. +MZK Brno (mikulovská dietrichstein.knih.)	M II 182 286 Mk 86 359 Mk 86	76a - 78b 14b - 17a 56a - 61b pag. 439 - 446 61b - 63a

statuta	archiv, knihovna	signatura, číslo rkp.	folie se statuty
Václav Králik 1413	+MZA Brno, Cerroni II. +MZK Brno (mikulovská dietrichstein.knih.)	359 Mk 86	pag. 463 - 574 117a - 130a
Kuneš ze Zvole 1431	+SOA Třeboň +MZA Brno, Cerroni II.	A3 359	165a - 166a pag. 3 - 29
Protház 60.léta 15.stol.	+SOA Třeboň +NK Praha (roudnická lobkovická knih.)	A3 MS.VI Fe 46	166b - 171b rukopis.přívazek inkunábule - 6. text (23 pag.)

MZA = Moravský zemský archiv, SOA = Státní oblastní archiv, NK = Národní knihovna, SNA = Slovenský národný archív, ZA = Zemský archiv, SVK = Státní vědecká knihovna, MZK = Moravská zemská knihovna, rkp. = rukopis. Viz též pozn. 85

* * *

SUMMARY

*Introduction to Literature Dealing with
Medieval synods and Synodical Statutes
in Czech Lands Research Works in
Moravia*

The article deals with the questions of diocesis synods and synodal statutes in the Czech lands in medieval ages. The first half of the article is devoted to publications dealing with this topic and editions of synodal statutes. Almost all of the scholars published and examined the Prague synodal statutes during several centuries. The period of the 1970s was a witness to a boom of works referring to the concerned questions - we can provide the most important names such as Zdeňka Hledíková, Rostislav Zelený, Jaroslav Polec and Jaroslav Kadlec.

The second most important diocesis in the Czech lands is that one of Olomouc.

Contrary to the Prague synodal statutes, the Olomouc statutes of the 14th and 15th centuries have not been examined yet, and, as for editions, we have nothing better than an old, antiquated and insufficient edition published by A.T. Fasseau (dated from 1766). The main purpose of the article is to draw attention to the stated facts and raise tasks for scholars. A list of manuscripts with copies of synodal statutes of the Olomouc diocesis from the 14th century till the 50s of the 15th century is included.

PŘEDNÁŠKY
ZAHRA NIČNÍCH
PROFESORŮ

*The new Computer Crime Act
in the Netherlands*

Richard De MULDER and Pieter KLEVE*

1. Introduction

For years now, an argument has been raging as to whether products which are the results of new technical developments, such as computer software and data, are adequately protected by legislation drawn up long before such products had become commonplace. The question has arisen as to whether various forms of undesirable behaviour committed by means of information technology could be prosecuted under existing legislation.

It is contended in this article that, with the possible exceptions of hacking without causing damage, behaviour popularly referred to as computer crime already fell within the ambit of the existing criminal law code in the Netherlands. Additional

*Professor Richard De Mulder L.L.M., Ph.D., M.B.A. (1946) is head of the Centre for Computers and Law, Erasmus University, Rotterdam. After having worked as a senior lecturer in criminal law, he specialized in computers and law. His thesis examined computer applications in the legal field.

Pieter Kleve L.L.M. (1954) is a lecturer at the Centre for Computers and Law, Erasmus University, Rotterdam. He is a lawyer and a registered computer consultant. He teaches computer law at the faculties of law, economics and business administration at Erasmus University, Rotterdam.

Richard De Mulder and Pieter Kleve have acted respectively as chairman and secretary of the special working committee on computer criminality of the Netherlands Association for Computers and Law. This committee has published two reports on computer criminality in the Netherlands.

legislation, which came into force on 1 March 1993, is to a large extent irrelevant. It will be interesting to see whether needless complications will ensue.

2. What is computer crime?

„Computer crime“ is a generic term generally used to cover various forms of undesirable behaviour which involve the use of a computer. The crimes usually referred to in this context are fraud by computer and forgery, hacking, software and chips piracy, data theft/espionage and damage to computer programmes and/or data, particularly by infecting the same with viruses or other forms of sabotage. However, not all forms of undesirable behaviour are criminal. This raises the problem of defining computer crime.

2.1. Some examples of computer crime

One of the most common forms of computer crime is fraud. Perhaps the most spectacular crime perpetrated in this way in the Netherlands was reported in 1987 when a Dutch municipal council accused one of its civil servants with embezzling almost eight million guilders. The civil servant had been able to appropriate this remarkably large sum of money over a period of three years by making use of short-comings in the procedures of the computer system to his own advantage [1].

Two years earlier, the director of one of the regional fish auctions managed to develop a computer system which could deal with the sales of fish made at the auction without these sales being registered in the European fish quota system. At least 600,000 guilders worth of fish was sold this way [2].

These are but two examples of the imaginably numerous petty and larger frauds perpetrated by computer every year. Fraud and forgery, however, are not the only sort of computer crime which has concerned the authorities in recent years.

Another major source of irritation is hacking. Where computer systems are connected to public telephone lines, it is possible for outsiders to access the system. In many cases the *raison d'être* of the hacking is the challenge of entering the system. The successful hacker may announce his achievement by leaving a message. A number of hackers in the Netherlands have even publicly displayed their skills by openly hacking on Dutch television. Hacking is not always done for kicks alone. Commercial spying may be a motive. Or hacking may simply be necessary to access the system in order to carry out fraudulent transactions as described above. Unauthorized access is a source of much concern to firms. Even if fraud is not perpetrated, files may be tampered with or destroyed. Criminals or criminal organisations could blackmail firms just by threatening to enter their computer systems and place a logic bomb. One general practitioner in the Netherlands became aware that a hacker had accessed his system. He was, therefore, forced to check the integrity of his files. It later appeared that his files were intact but many hours had had to be wasted in the process of verification.

It would seem, however, that the major form of computer criminality is neither fraud nor hacking. It is software piracy. A recent investigation commissioned by the Platform for Computer Criminality in the Netherlands (in which participants are drawn from both business and the civil service) revealed that software piracy accounts for 47 % of offences [3]. This poses a considerable problem not only to software companies but also to their bone fide patrons who pay the price of the piracy. As regards the Netherlands, it is not easy to obtain figures but a poll was carried out by Borking in 1985 [4]. It would appear from this poll that the damage caused by illegal copying and illegal distribution amounts to at least 24 million guilders each year. Further research would indicate that the financial damage accounts for 10 % of the turnover of the software suppliers in the Netherlands. For 1986, that would mean a sum of 90 million guilders. A recent estimate made by Business Software Alliance, an alliance which includes Lotus, WordPerfect and the Microsoft corporation, states that a sum between 400 and 600 million guilders per year is lost to software suppliers this way [5].

After software piracy, the most common form of computer criminality is intentional damage to computer programmes or data. A considerable proportion of this damage is the result of computer viruses. A virus can cause damage to data or programmes by deleting or altering them. Viruses come in a variety of forms and cause extensive damage because they can infect a large number of systems before they become apparent.

Various viruses have affected Dutch personal computers in recent years: the datacrime virus, the Michaelangelo virus, the diskkiller virus and the Jerusalem virus to name but a few. It is difficult to estimate the extent of the damage caused by viruses. Organisations tend to be reluctant to reveal they have had a virus but the Centre for Computers and Law of the Erasmus University in Rotterdam alone has received hundreds of reports from individuals, firms and public organisations of probable cases of viral infections.

The implanting of, or threatening to implant, a virus may be ascribed to a whole range of motives; blackmail, sabotage, to attract attention, to advertise, to warn software pirates off or as part of a fraud.

2.2. The problem of definition

Writing a virus is not in itself a criminal offence. To hack, if the only effect of the hacking is the gaining of access, may also not be a criminal offence. The hacker who simply enters and then leaves could possibly be charged with stealing computer time or, in extremely rare cases, breaching the provisions of official secrets acts. He could not be criminally prosecuted for unauthorized entry as this in itself is not a crime according to the present law in the Netherlands.

There is, therefore, a difference between what public opinion would define as being criminal and what the law itself defines as criminal. Not only members of the public but lawyers themselves have argued that the criminal law code should

be amended in order to give it the competence to deal with computer crime. This argument, however, is not logical. If the criminal code does not recognize certain types of behaviour as being criminal, then it is not possible to refer to these forms of behaviour as being crimes. It would be necessary to legislate upon computer crime, to enter such offences into the criminal law code. This would entail drafting definitions.

The international organisation for economic cooperation and development (the O.E.C.D.) has tried to provide a solution for this problem. It defines „computer related crime“ as „any illegal, unethical or unauthorized behaviour related to the automatic processing and the transmission of data“. The Council of Europe has adopted this definition in their report „Computer-related crime“ [6]. Such an approach, however, is not in the least satisfactory. It is not acceptable to identify „crime“ with „any illegal, unethical or unauthorized behaviour“ as does the OECD. The fact that something is illegal (for example: breaching a contract) does not make it a crime. Indeed, it would be against the principle set down in article 7 of the European Convention on Human Rights to treat it as such. The same is true for the other attempts in the definition to make something a crime that is not according to the criminal law. „Unauthorized behaviour“ is never per se a crime, as no legislation could be based on the principle that a citizen needs an authorization for everything he wants to do. As for the „unethical“ part of the definition, to introduce ethics into the law is a particularly dangerous operation as morality could be quite different for large groups of the population in a multi-cultural society.

The other part of the definition by the OECD, that which attempts to define which behaviour is „computer-related“ and which is not, is equally unsatisfactory. By replacing „computer“ by „automatic processing and the transmission of data“ the term „computer“ is avoided. It is questionable whether the dropping of the word „computer“ makes the situation any clearer. One would presume it unlikely that the intention was actually to exclude from the definition the two other main functions that have been made technically possible through information technology, i.e. storage and retrieval of information.

The direct purpose of the OECD definition is not, of course, to transform certain forms of behaviour into crimes merely through the wording of the definition. It is, however, the intention that the definition should be used as a guideline for legislators in national states to enable them to expand the range of behaviour which can be categorized as criminal behaviour. The legal structure would then be in place to allow them to deal with social problems which may arise from the development of information technology. The definition itself, nonetheless, is clearly too broad and superficial.

An interesting question which will be examined below is why state-representatives at the national and international level are prepared to put so much effort into defining a form of behaviour as criminal that is not criminal. However, before dealing with this question we would first like to examine whether there was any objective

need, or even use, for national legislators to change the criminal law in order to expand the range of behaviour which can be designated as criminal behaviour.

3. Dealing with computer crime under Dutch criminal law as it was until 1 March 1993

As will be clear from the above discussion concerning the definition of computer crime, there are those who wished to see legislation drawn up that would deal specifically with computer crime [7]. There has been a powerful lobby in the Netherlands for doing just that. That lobby has proved successful. Recently, the Computer Crime Act came into force [8]. It has been incorporated into the criminal law code, the criminal law procedure code and even, in a special case (to promote security in computer systems in private firms), into the civil law code. It will be argued below, however, that in general this additional legislation was unnecessary and even undesirable in the Netherlands as the criminal law code had already proved itself equal to the task of coping with offences which make use of technical innovations.

3.1. The application of the criminal law code before 1 March 1993

It is of significance to note that before the new legislation was passed there were several test cases on computer criminality in which the perpetrators were identified, prosecuted, found guilty and punished. As far as is known, there has been no single instance in which the prosecuting authorities had to drop a case that they thought should have been prosecuted because it was not covered by the existing criminal law code.

The reason for this lies in the construction of the criminal law system. The criminal law code (dating from 1886) and the criminal law procedure code (1921) were written to deal with a wide range of socially undesirable behaviour. Consequently, the criminal acts in the criminal law code are defined in very broad and general terms. The same is true for the powers of the police and the prosecuting authorities. For example, manslaughter, murder, criminal damage and fraud are defined in terms of the result of an act (or omission) rather than as a description of the act itself. This means, therefore, that for the criminal law it does not make any difference how the act was committed but what the end result of the act is. If the end result of a certain act is the fraudulent appropriation of money it does not matter whether that result was obtained by using a computer or by nonelectronic means.

3.2. Court verdicts in the Netherlands

In the cases which have been heard in the Dutch courts, neither evidential nor procedural rules proved an obstacle to enforcing agencies. As concerns the rules of evidence, computer files could be printed out to provide documents. There is actually a verdict which states that in most cases computer files themselves are documents [9]. Even a statement made by a witness who had studied the file has

been deemed legally admissible evidence. The seizure by the police of videotapes in order to use their information as legal evidence was accepted as the seizure of „a material good“ according to the criminal procedure code.

It would seem that the courts had successfully been able to apply the existing criminal law to criminal offences committed with the aid of a computer. Computer fraud and forgery would simply be prosecuted under the articles of the criminal law code which deal with fraud and forgery [10]. Software piracy already fell under the ambit of the copyright legislation in respect to software as an intellectual product [11]. The designation of computer files as a material good by the Court of Arnhem in 1983 also placed the appropriation of software under the criminal law provisions related to appropriating goods [12]. Damage to computer programmes or data files has been stated to be criminal damage [13]. The only so-called computer crime which may have fallen outside the existing legislation was hacking without causing damage.

As mentioned above, the Court in Arnhem decided in 1983, that software constitutes goods. This was a most significant verdict. It meant that software fell under the article concerning embezzlement and theft because „the character of the present computer data is that of transferability, reproductivity and availability, while furthermore they are economically valuable“. This verdict was based on criteria presented in the electricity verdict of 1921 in which it was stated that electricity was a material good which could be stolen [14].

The discussion that followed the Arnhem verdict was lively. Those who disagreed with the Arnhem verdict that software is a good argued that in the electricity case the Supreme Court built in certain limitations by stating that the article on theft in the criminal code should not be applied to „rights or intellectual products, such as, for example, copyright or a patent“ [15]. We would maintain that this argument missed the point. To remove a copy of a computer program (or a computer data file, or a book) cannot possibly mean that the copyright or the intellectual product has been appropriated. After all, „intellectual product“ means: the „work“ in the sense of the Dutch Copyright Act, the „corpus mysticum“. It is not possible to transfer the right of intellectual property unintentionally by theft.

The authors of this article argued in the „Nederlands Juristenblad“, that the verdict of the Arnhem court was a correct and proper one, as computer software and computer data in general were clearly material goods. They can be manipulated technically and represent an identifiable economic value. Many lawyers, however, thought that the court had gone too far in its interpretation. In Dutch criminal law, as in the criminal law legislation of most countries, „extensive“ interpretation is allowed, while „analogous“ interpretation is not [16].

4. New legislation

A bill concerning computer criminality was accepted by the Dutch parliament

at the end of 1992 [17]. The Act contains provisions regarding criminal law and criminal law procedure. One of the key points of the Act is its focus on the individual responsibility of computer users expressed, inter alia, in a security requirement as a condition for bringing a charge for unauthorized entry in computer systems („hacking“). The Act even extends to accountancy law with the provision that independent accountants (who are responsible for the approval of annual accounts) will be obliged to report inadequacies with respect to companies' computer security in their 'management letter'.

The provisions concerning criminal law procedure increase the police powers of search. Police power of search in computer systems will now be commensurate with the users right of entry. Furthermore, the police could now be given a warrant allowing them to tap a telephone line in order to obtain computer data. With respect to hacking, provisional detention will be allowed for this crime.

The Dutch Computer Crime Act has accepted the proposals made by the Committee on Computer Criminality [18] which rejected the verdict of the Arnhem court by explicitly stating that data is not to be designated as goods under the criminal law. This is, in our opinion, a major step backwards in the task of developing clear and simple legal provisions. Instead the Act proposes to create a whole new entity: „data“ [19]. The arguments put forward to justify a completely new series of supplements to the law for this unprecedented sort of object called „data“ are hardly convincing. As a result of technological developments, it is no longer true that data are always an intellectual product. Even if they were, as soon as they took on a concrete form, they could be classed as goods as well. It is consistent that data cannot only be stolen in the form of printed paper but also in the form of a computer file on a disk, or via the telephone. Moreover, if data are accepted to be goods, not only is the intellectual owner of the data protected, but also the „everyday“ owner of a computer program, or a data file, in the same way that the owner of a book is protected against theft of his book.

It is to be feared that complexity will be the consequence of choosing for a separate regime for data as it will involve introducing yet more legislation. Furthermore, there has been nothing to indicate that this radical new approach was actually necessary. The existing criminal law code seemed to be sufficiently capable of dealing with most forms of computer crime.

A separate status for data can only give rise to many ambiguities in the future. The new legislation could render some of the precedents from case law obsolete. It would also seem that the entity „data“ will not be inserted in all the cases where the present criminal law code refers to a good. It is yet uncertain whether case law will interpret the changes „a contrario“, which would mean that in all cases where „data“ are not explicitly mentioned in the definition of the criminal offence, it would be impossible to find the defendant guilty. It is equally questionable, whether the new legislation would have an effect on civil law cases.

A final argument against the new legislation in the Netherlands is the need for

harmonization of the law in Europe. The new legislation has come into force at a time in which there is no unity on this front within the EC [20].

5. Conclusion. New legislation against computer crime has come into force in the Netherlands in 1993

[21]. We contend that this new legislation will lead to needless complications, confusion and considerable expense. It will extend the powers of the police significantly without offering any more extensive protection to the victims of computer crime. The efficacy of drafting extensive legislation to cover computer crimes such as damage to data or programmes which are rarely reported and even more rarely charged, is open to doubt. Nor does it fit in with attempts to achieve uniformity of approach in Europe, particularly with respect to the powers of the police and prosecuting authorities i.e. the rules of criminal law procedure.

On the other hand, the existing legal structure had already shown itself to be capable of covering cases arising from information technology. Court verdicts, such as that in Arnhem, contributed significantly to establishing a clearer and more practical legal approach. It opened the way for an effective legal onslaught on software piracy. Only minor changes to the criminal law code and the criminal procedure code would have been necessary to cover hacking and to allow the police to tap data.

It would have been wiser to invest public funds in other forms of state activity aimed at combatting computer criminality. For example, more police units specializing in computer technology could have been established. At present there are only three such teams in the Netherlands. Furthermore a lot more attention could have been paid to the enforcement of copyrights on computer software.

The dangers to society of computer crime have been vastly exaggerated. The activities of state representatives cannot be explained by these dangers alone. Civil servants and particularly those with expertise in information technology apparently believe it is important that people think that computer crime is a big threat. This will legitimate spending large sums in this field. In a way this is quite possibly rational from the point of view of the state: in the future information flows and therefore information technology will represent the main stream of power. State representatives would naturally desire to control that power.

Notes.

* This article is a revised version of an article that has appeared in *The Journal of Asset Protection and Financial Crime*, Spring 1993, Volume 1, Number 1.

1. The Dutch Supreme Court, H.R. 15 January 1991. Manipulation of a computer file was designated to be forgery, Criminal Law Code, W.v.Sr. art. 225.

2. Forgery, Criminal Law Code, W.v.Sr. art. 225. As the defendant died during the procedure, no final verdict was given in this case.

3. F.H. Charbon and H.W.K. Kaspersen, „Computercriminaliteit in Nederland“ (Computer criminality in the Netherlands), Rapport in opdracht van het Platform Computercriminaliteit, november 1990.

4. C.O.S.S.O., 1985.

5. „Aanval op software-piraterij“, *Algemeen Dagblad*, 13 mei 1992.

6. OECD report, ICCP No. 10, Computer-related Crime: Analysis of Legal Policy, 1986.

„Computer-related crime“. Recommendation No. R(89) 9 on computer-related crime and final report of the European Committee on Crime Problems. Council of Europe, Strasbourg 1990.

7. In the Netherlands an important role has been played by the report „Informatietechniek en Strafrecht“ (Information technology and criminal law), rapport van de commissie computer-criminaliteit (commissie Franken). Staatsuitgeverij, Ministerie van Justitie, april 1987.

8. Wet Computercriminaliteit (Computer Crime Act), Stb. 1993-33 (K. 21.551).

9. See note [1].

10. Forgery, Criminal Law Code, W.v.Sr. art. 225, Fraud, Criminal Law Code, W.v.Sr. art. 326.

11. Auteurswet (Copyright Act) 1912.

12. Embezzlement, Criminal Law Code, W.v.Sr., art. 321. Hof Arnhem, 27 oktober 1983, *Computerrecht* 1984/1.

13. Criminal Law Code, W.v.Sr., art. 350. Arrondissementsrechtbank 's Gravenhage, 9 juni 1989, *Computerrecht* 1989/4.

14. The Dutch Supreme Court, H.R. 23 mei 1921, N.J. 564.

15. C.f. G.P. Vandenberghe, *Computerrecht* 1986/1, p. 44.

16. P. Kleve and R.V. De Mulder, „De juridische status van software“ (the legal status of software), *Nederlands Juristen Blad* 28 oktober 1989, p. 1342. *Nederlands Juristenblad* 17 februari 1990, p. 279 (contributions from M.S. Groenhuijsen and F.P.E. Wiemans, F. van der Klauw, G.B.A. Paquay).

17. See note [8].

18. See note [7].

19. The authors define „data“ as: „the patterns in which information is expressed“. For an extensive discussion of this subject: *Handelingen 1988 der Nederlandse Juristen Vereniging*, deel 1 en 2, Zwolle 1988/1989.

20. The G.E.C.D. guidelines, as adopted by the council of Europe (see note [6]), do not deal with criminal law procedures such as the powers of the police with respect to computer technology or rules of evidence. C.f. „Rapport Computercriminaliteit“, NVIR studiegroep computercriminaliteit, p. 91, in: F.P.E. Wiemans (ed.), „Computer Criminaliteit“, Cipher Management BV, Maastricht 1991.

21. See note [8].

* * *

SUMMARY

Nový nizozemský zákon o počítačových zločinech

1. Úvod

Před lety byla vznesena otázka, jsou-li výsledky tech. pokroku, jako jsou počítačové programy a data, dostatečně chráněny existující legislativou. Nejen tímto problémem se budeme zabývat.

2. Co je počítačový zločin ?

Pod tento pojem lze zařadit podvod, padělání, vniknutí do systému, programové a chipové piráctví, krádež dat, sabotování a zavirování programů a dat. Všechny tyto činy nemusí být za všech okolností trestnými, čímž vzniká problém při definování pojmu počítačový zločin.

2.1. Několik příkladů počítačových zločinů

Nejobvyklejším je podvod. Doposud největší byl v Nizozemí popsán v r. 1987, kdy úředník městské rady převedl během tří let ve svůj prospěch 8 mil. guldenů.

Vniknutí do systému je prováděno jako důkaz schopností programátora nebo z důvodu průmyslové špionáže a podvodů. Některé firmy jsou vydírány pod pohrůzkou umístění viru do jejich souborů.

Dle Platformy pro počítačovou kriminalitu v Nizozemí tvoří programové piráctví 47 % všech počítačových trestných činů a způsobilo jen v Nizozemí v r. 1985 škodu minimálně 24 mil. guldenů, t.j. 10 % obratu niz. trhu programů. Velké poč. společnosti, sdružené v Business Software Alliance, tak přijdou ročně o 400 až 600 mil. guldenů.

S těmito škodami jsou srovnatelné škody, způsobené viry. Důvody jejich instalace jsou různé: vydírání, sabotáž, upoutání pozornosti, podvod, nebo odstrašení poč. pirátů.

2.2. Problém definice

Výroba viru nebo vniknutí do sítě nemusí být vždy trestným činem. Samo vniknutí může být v extrémním případě stíháno jako porušení úředního tajemství,

protože současná nizozemská právní úprava jej nepovažuje za trestný čin a nestíhá jej jako neautorizovaný vstup. Důvodem je absence postihu některých typů chování v trestním řádu. OECD² definuje „zločin za pomoci počítače“ jako „každé ilegální, neetické a neautorizované chování, týkající se automatického zpracování a přenosu dat“. Rada Evropy přijala tuto definici v Hlášení o trestných činech za pomoci počítače. Ovšem je-li něco ilegální, není to bezpodmínečně trestným činem – tvrzení opaku by bylo v rozporu se čl.7 Evropské konvence o lidských právech.

Další část definice, určující, které chování se „vztahuje k počítačům“ a které ne, je stejně neuspokojivá.

Definice má určit nár. legislativám směr při rozlišování trestného a legálního chování na tomto poli a v jejich budoucím vtělení do pr. řádů.

3. Počítačové zločiny a nizozemské trestní právo do 1.3.1993

Významná nizozemská lobby, usilující o vydání speciálního zákona, dosáhla svého. Tento byl vtělen do tr. zákoníku, tr. procesního řádu a částečně i do občanského zákoníku.

3.1. Aplikace tr. zákoníku před 1.3. 1993

Již před vydáním nového zákona byly úspěšně souzeny a odsouzeny případy poč. tr. činů dle existujících pr. úprav.

Tr. zákoník (od 1886) a tr. procesní řád (od 1921) jsou koncipovány poměrně široce a postihují spíše výsledky jednání než jednání samotné. Proto nebylo důležité, byl-li např. podvod spáchán za pomoci počítače nebo bez ní.

3.2. Výroky nizozemských soudů

Při jejich studiu zjistíme, že poč. podvody a padělání spadaly pod úpravu o podvodech a padělání, programové piráctví pod zákony o copyrightu, škody, způsobené na programech nebo souborech spadaly pod trestné škody a jediným nepostíženým činem zůstal neautorizovaný vstup do systému bez způsobení škody. Podstatným bylo rozhodnutí Arnhemského soudu, které označilo software za materiální zboží, čímž mu poskytlo ochranu tak, jako v rozhodnutí o elektrině r. 1921, kdy byla označena za materiální zboží, které může být předmětem krádeže.

4. Nová legislativa

Zákon o poč. zločinech byl přijat koncem r. 1992. Mimo jiné přiznává policii více pravomocí při vyšetřování.

Z debat okolo něj vyplývá, že stávající úpravy poskytovaly takovou míru ochrany, že jeho přijetí nebylo nutné. Dalším argumentem proti je nejednotnost pr. úprav na tomto poli v rámci ES.

²OECD – organizace pro ekonomickou kooperaci a rozvoj

5. Shrnutí. Nové zákony proti poč. zločinům v Nizozemí r. 1993

Tvrdíme, že nové zákony povedou ke zbytečným komplikacím, zmatku a výdajům. Podstatně zvětší pravomoce police aniž by současně poskytovaly více ochrany oběťm. Tvrdíme, že stačilo jen nepatrně pozměnit existující zákony ve smyslu postihu neautorizovaného vstupu a uspořít tak veřejné fondy.

Smyslem je spíše vnutit veřejnosti představu, že poč. zločiny jsou velkým nebezpečím a tak ospravedlnit množství peněz, utracených na tomto poli. Pro stát je to rozumné, protože informace a jejich tok budou v budoucnosti znamenat největší zdroj moci – ať by stát velice rád kontroloval.

Profesor Richard De Mulder je vedoucím Centra pro počítače a právo na Erasmově universitě v Rotterdamu. Pieter Kleve pracuje jako lektor tamtéž.

Oba se podíleli na činnosti zvláštního pracovního výboru Nizozemské asociace pro počítače a právo, zabývajícího se poč. zločiny. Výbor publikoval 2 hlášení o poč. kriminalitě v Nizozemí.

Centre for Computers and Law, Erasmus University Rotterdam

Richard De MULDER and Pieter KLEVE

Computer law in the Netherlands

1. Introduction

The field that deals with the legal aspects of automation is usually called „computer law“. This is, however, not the only area of expertise in which information technology and law come together. Telecommunication law and media law are related areas. We will not deal with these in this article, although both have gone through a period of turbulent development and the present situation is still unsettled.

The impact of automation on Dutch law, as in Europe in general, shows two tendencies: protection of information technology and protection of data. It is because of the technological pre-eminence of the United States of America that the influence of the legal developments in the U.S.A. on those in Europe has been considerable. In Europe, however, far too little attention is usually paid to the differences in the legal systems of both continents. The EEC has shown a strong interest in computer law. Harmonization of legislation is necessary in a common European market, but sometimes the EEC directives have seemed all too ambitious and too hasty in adopting the American approach.

2. Protection of information technology

The growing interest in the protection of information technology has mainly been shown in the areas of intellectual property and competition law. There have been new developments in the legal approach with respect to the protection of chips, software and databases.

2.1. Chips protection

Just as in case law it was decided that software was a work in the sense of copyright law, in legal literature it was supposed that the topographies of semi-conductors – the three dimensional lay-out of chips – would be subject to the protection of

copyright. The American Semiconductor Chips Protection Act, however, introduced a different regime for the protection of chips which would later be adopted in Europe as well. In many countries, particularly in Asia, the absence of a properly functioning copyright system led to many cases of chips „piracy“. These countries became strong competitors of the American chips manufacturers and the federal administration of the U.S.A. decided to create a form of chips protection other than via copyright. From their point of view, this approach also had the advantage that it would not have to take into account the generally accepted assimilation principle, i.e. equal protection for residents and non-residents of a state. Instead of this, the Americans introduced the principle of reciprocity, which means protection will only be afforded to non-residents if their homeland provides the same protection to Americans. An interim protection was granted to EEC member states until the middle of 1991, during which period these countries had the opportunity to harmonize their legislation with that of the U.S.

For some, this interim period proved that the American approach was not a protectionist one with respect to the U.S.A.'s European trade partners. This may be true, but this point of view could be argued against by the very small market share in chips of European manufacturers. More importantly, it should be stated that the colossal European market for chips was in danger of being monopolized by the above mentioned East-Asian producers. To grant an interim protection period to EEC member-states was the only way to obtain immediate protection for American producers in Europe and thus create an extra-territorial effect for the Chips Protection Act.

The interim period was in fact used by the EEC to produce a directive. On 7 November 1989, the Dutch Chips Protection Act¹ came into force. Although its arrangements are similar to those of copyright law, there are some remarkable differences. Apart from the above mentioned principle of reciprocity we would like to mention the obligation of registration (depot). For this registration an extensive amount of information about the topography of a semiconductor chip is required. It was thought that the fact that this information could be photocopied by others has led to a very limited number of registrations in the Netherlands. While the number of depots in Germany, Japan and the United States were 112, 2870 and 5453 respectively until 1990, the number of registrations in the Netherlands up to May 1991 was only 12. In 1991 an amendment² to the Dutch Chips Protection Act came into force that should take away the impediments for Dutch manufacturers. Although the information required for a depot will still be public, it will no longer be allowed to photocopy it or take it away from the registration office. It will also no longer be required to state the names of the designers of the chip upon registration.

¹Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderprodukten (Stb 484).

²Wet van 11 september 1991 (Stb. 471) tot wijziging van de Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderprodukten.

For large companies this has proved to be an impediment as the development of chips is usually done by a large team. The number of registered chips has, nonetheless, not drastically increased. At the end of May 1993, the total number of chips was 36.

2.2. Software protection

EEC legislators have also been rather active in the field of software protection. In April 1991 the European Parliament decided to lay down an EEC directive with respect to software protection. For Dutch law, this was not really necessary. There have been a number of cases in which the protection of software by copyright has been acknowledged. As, according to Dutch law, the prerequisite of originality can be relatively easily fulfilled, almost every computer programme in which a certain freedom of choice has played a role will be protected by the Copyright Act of 1912. Furthermore, in case law criteria have been developed for the protection of documents without the maker's own, personal stamp. This applies only to documents that are meant to be made public, and the protection is against immediate adoption from the document. As computer programmes are classified as documents, this means that practically all computer programmes, be they original or not original, are protected by copyright. There is no danger that this will lead to monopolization of the technical principles applied in these programmes. The protection of non-original documents is restricted to direct derivations. With respect to most simple programme routines it can be argued that they have been conceived by many different programmers in many different places. They belong to the public domain.

An important reason why a European directive was laid down is the desire to harmonize the protection of software within the EEC. Strangely, this desire has not led to a „sui generis“ arrangement. On the contrary, harmonization at the European level was based on conflicting national copyright regimes. We would not plead, however, for a special legal regime for software within the EEC. A better approach would have been a further harmonization of copyright law within the EEC.

Two important differences of opinion have played a role in the debate that finally led to the present EEC-directive. Firstly, it appeared difficult to make a choice between the interest of the party which commissioned the designing of a special programme and that of the party which was commissioned to do it (in many cases a software house). This debate has been decided in favour of the commissioned party (the maker). Secondly, the admissibility of „reverse engineering“ appeared to be a problem. Reverse engineering is the technique of studying and analyzing a computer programme in order to discover the intrinsic ideas and principles of a programme. Sometimes this technique involves „disassembling“ or „decompilation“ of the programme: the translation of the binary object code into a higher programming language, which is easier for humans to understand. It could be argued that

to disassemble the object code (or to copy it in order to do so) is not against the rules of copyright, because it does not harm the exploitation rights of the copyright holder nor does it infringe his right that the programme should not be changed. Furthermore, to forbid this technique would lead to a conflict with the principles of competition law. For according to these principles, ideas and algorithms are not protected. Nevertheless, disassembling was forbidden in the directive, although it was allowed to study a programme in order to find its inherent principles and ideas.

Where the EEC-directive seriously falls short, however, is in the status of computer interfaces. „Interface“ is a rather general term, about the meaning of which even within the software industry itself there is no agreement. An interface is a connection between two entities, for example between a computer programme and a human being, or between two parts of a computer programme. An interface could be the way a set of computer files is organized by a certain generally used computer programme. If a similar computer programme – but distributed by a different software firm – would require access to the data of the original programme, the interface would have to be studied by the competing firm. Only by doing this could the later programme provide „interoperability“. According to the directive, it is allowed to study a programme in order to achieve interoperability and to copy it in the course of its normal use, but it is not allowed to copy a programme or part thereof in order to disassemble it.

It is our opinion that, in the first place, copyright law is not an adequate instrument to regulate these problems. They are the province of competition law. What copyright law does, is to protect a work against undesirable changes or distribution by others than the intellectual owner. Merely to protect the „sweat“ of the maker is not the task of copyright. Furthermore, the frequent use of technical terms in the directive is uncommon in copyright regulations and it will soon lead to severe problems of interpretation. The way in which the term „interoperability“ is used is confusing. For example, the way in which a programme interacts with the user via the computer screen will also effect its „interoperability“. However, the directive does not explain how this problem relates to the „look and feel“ doctrine.

Secondly, the EEC directive is, in effect, against the interests of the European software industry. As most standards in the personal computer software market are of American origin the prohibition of reverse engineering in the directive effectively frustrates the use of these standards by European competitors.

Would reverse engineering be allowed according to Dutch law? To use de facto technical standards applied in popular computer programmes would most likely not be against Dutch competition law. To make use of somebody else's effort is in itself not illegal, unless there is a specific law or rule against it. Copying an idea or principle is allowed even if it could lead to confusion with the original product. Furthermore, in case-law³ it has been decided that if (some of) the users of a product

³Klerenhangerarrest NJ 1970, 434.

require a certain standardization in order to enhance the adequacy and use of the product, it would be allowed to copy certain aspects of the original product in order to fulfil the users' wishes.

However, whether it would be allowed to copy the object code of a programme in order to study, analyze or even disassemble it, depends upon whether such copying would be considered relevant to copyright law. Technically, one could argue that the work is copied. We would argue, however, that the copy would not be an infringement of copyright law for the same reasons we gave with respect to the EEC-directive. Finally, it is not uncommon that the terms of the license agreement between a software distributor and the end user forbids reverse engineering or any activity that would lead to a similar product or part of it. In many cases, the terms of the license contract would determine the right to make use of a de facto industrial standard.

It is expected that the bill for modifying the Auteurswet of 1912 (Copyright Act) to ensure that computer programmes are protected, will pass through the Dutch parliament in the Autumn of 1993. The bill proposes that the term „computer programme“ should be added to the list of examples which are considered to be „works“ in accordance with the meaning of the Act. Computer programmes will be excluded, however, from the copyright protection applicable to non-original „documents“. The regulations which allow copying for private training, study or use under certain circumstances will not be applicable to computer programmes. The rightful user will be granted the right to make a copy for backup purposes. The regulation concerning reverse engineering set down in the directive has been incorporated in a separate article concerned with computer programmes. When the bill has passed through the Upper House, the protection of software in the Netherlands will be in accordance with the EEC directive, albeit rather later than the date of implementation (the first of January 1993) stipulated in the directive. With the exception of the rule on reverse engineering, this legal basis will not greatly affect the existing situation concerning the protection of software as it has developed in recent years.

2.3. Database protection

The third area in which the European Commission has undertaken legislative initiatives with regard to the legal protection of information technology is that of databanks. On the 29th of January 1992, the European Commission published a proposal for a directive which would, in the first place, provide a regime for the copyright protection of databanks. Apart from the possibility of protecting databanks as collective works in a copyright sense and the copyright protection of the (database) software, the economic importance of data itself is being increasingly recognized. It will not be often, however, that the contents of a databank will fall under the protection of copyright provisions; it is impossible to ascribe originality to data that are merely facts. Furthermore, the protection of the databank itself is

also not always obvious. This is particularly the case where the collection of data concerned is intended to be complete, hence one in which it is hard to argue that the publisher of the data has developed the databank in accordance with certain criteria for selection. This means it is not easy to show any originality. Even if there is mention of a selection process, this fact alone is not sufficient to merit copyright protection according to the Dutch courts. It is necessary that this selection should reflect the personal vision of the compiler⁴.

The proposal for a directive has chosen for the copyright protection of databases as being collective works in the sense of article 2, paragraph 5 of the Bern Convention. As far as the originality criterium is concerned, it is deemed to be sufficient if the database is the author's own intellectual creation. This distances itself from the further requirement demanded by the Dutch Supreme Court. In as far as the contents of databases are not already protected by copyright, for example summaries of articles, the proposal introduces in article 2, paragraph 5 a sui generis protection of an anti-trust law character: „Member States shall provide for a right for the maker of a database to prevent the unauthorized extraction or re-utilization from the database of its contents, in whole or in substantial part, for commercial purposes.“ In order to prevent information monopolies where the database publisher is the only source of information, the proposal provides for a system of compulsory licences. If this proposal is accepted, it is this latter regulation which will have the most far-reaching consequences on Dutch law. The present view in the Netherlands is that also data which are electronically stored fall under the category of „documents“, on the basis of which under certain circumstances also non-original data files are considered to be protected from direct adoption.

3. Protection of data

A second strand in the developments of computer law is the growing tendency to protect computer data. Although the opinion seems to be growing that computer data should, first and foremost, be protected by technical and organizational measures, the interest in legal arrangements in this field has been increasing as well. This can not only be said for the developments in the Netherlands but it is also true for the international forum. In addition to the developments described above concerning the protection of data in databanks, important impetuses have been the growth in volume of trans-border data flows and the increasing interest in the privacy aspects of storage, processing and retrieval of personal data. An other important issue has been the question of whether the provisions of criminal law and criminal law procedure have been adequate in the light of what is often referred to as „computer crime“.

⁴HR 4 January 1991, NJ 1991, 608, Van Dale/Romme.

3.1. Transborder data flow

By transborder data flow is meant the transport of data across national borders. It could imply sending data to or from a foreign country or the access of data from a foreign country or vice versa. For various reasons, since 1970 there has been an increasing interest in regulating these data flows. Some of these reasons are:

- The technical progress in the field of telecommunication and informatics (the combination sometimes called „telematics“) makes it possible to transport data in very large quantities via many different channels. The content of these data flows cannot possibly be monitored by governments.
- Transborder personal data flow could lead to an infringement of the right to privacy. Even within their homeland it is virtually impossible for most people to know where their personal data are kept, whether such data are necessary and whether they are correct.
- The processing of data by one country which are vital to the interests of another country could threaten national sovereignty if the resulting information is withheld. Transport of data itself could be of interest to national security e.g. if information of strategic value is involved.
- Transborder data flow changes the balance of power between states and large firms. International companies can now make decisions that cannot be controlled by the states in which they operate. These decisions could involve matters of financial, social and political interest.
- Particularly for less developed countries, it is in their interest to keep the available data and its processing within the country itself. To export data could mean that the national hard- and software industry will not develop.

In general it can be said that data has become an economic good. This leads to the tendency by national governments to protect their interests and to regulate transborder data flows. The Dutch legislature, however, has not been particularly active in this field. Fiscal authorities generally pursue their right to information in a rigorous way, but this practice is based upon seasoned legislation. The police and the judiciary have met some obstacles, and some of these have been removed by the recent Computer Crime Act⁵. Furthermore, the Dutch privacy legislation⁶ contains a section that regulates some international aspects.

The discussion with respect to the desirability of new legislation on transborder data flow has, so far, remained at a rather abstract level. The prevailing argument is that the regulation of transborder data flow would frustrate the „free flow of information“. Some legal scholars are of the opinion that this could infringe certain constitutional rights.

⁵See below in section 3.4.

⁶See below in section 3.2.

It should be added that probably the area in which new legal rules would be most desirable, the field of international data exchange for commercial purposes („paperless trading“) would require a global legal arrangement rather than one based on national or European legislation. Without such an arrangement, it seems likely that firms which operate globally will offer conflict resolution services that could replace the law.

3.2. Privacy legislation

The OECD „Guidelines for the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data“ from 1980 and the „Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data“ by the Council of Europe which came into force in 1985 are primarily concerned with personal data. An investigation carried out by KMG Klynveld Kraaayenhof & Co in 1984 into the nature and extent of transborder data flow in the Dutch business community revealed that a quarter of the transborder data flow information concerned individuals. The OECD guidelines, which are generally considered to constitute an international minimum standard for the protection of personal privacy with regard to transborder data flow, were principally designed to promote the free exchange of information between member-states. Aware of the fact that states could hinder this free exchange, because of their different approaches to privacy legislation, the OECD formulated eight basic principles which should be taken up in national legislation in order to protect personal privacy. Article 18 once again emphasises the intention behind the OECD guideline by stating that member states may not unnecessarily hinder transborder data flow in the name of privacy protection.

The treaty of the Council of Europe makes it clear in its preamble that the basic aim is to strive for a balance between the protection of personal privacy and a free exchange of information. In article 12, however, it is stated that the flow of personal data to other states which have signed the treaty cannot be forbidden merely to protect personal privacy if the legislation of those signatory states offers equal protection (and the data is not destined to be sent on to a non-signatory party). The treaty is based on

1. a number of basic principles regarding the material necessity for protection,
2. a prohibition on limiting transborder personal data flow if the only reason for that limitation is to protect privacy,
3. the obligation to assist foreign parties in the exercise of their rights. With regard to the latter, article 16 states that such a request for assistance may be rejected *inter alia* if the request is irreconcilable with the sovereignty of one of the parties to the treaty or with the rights of people in the treaty state. A strict reading of this article may, however, have an undesirable effect as the supply of data or information about automated systems will increasingly not be in the interest of the state.

The Dutch Data Protection Act⁷ which came into force in 1987 also includes an international section. Article 47 declares that the Act applies to personal data files located abroad if the holder is Dutch. Personal data files located in the Netherlands, but whose holder is based abroad, come under article 48 of the Act. Both articles contain provisions for the situation in which foreign legislation is applicable to the registration files concerned. Finally, article 49 is concerned with access to foreign registration files from the Netherlands to which Dutch law is not applicable. The user should take the necessary measures for protection and, as regards countries where there is a total lack of legislation on the protection of privacy, it may be prohibited to access the data kept in the data file from the Netherlands.

The Data Protection Act is based upon three pillars. Firstly, to make it evident to those who have been registered that they are registered, *inter alia* by making it obligatory to notify those concerned that they are included in a personal data file. Secondly, a framework consisting of material norms and requirements with which registrations and the acquiring and distribution of data must comply. Thirdly, to provide room for selfregulation within the various branches in the form of regulations and codes of behaviour.

The basis for the exercise of the legal rights of those who have been registered is formed by the right of inspection and the right of correction for those registered and by the supervision of the observation of the rules by the Chamber of Registration. Apart from its general supervisory responsibility, the Chamber of Registration is also charged with judging the rules and codes of behaviour. Decisions made in this regard by the Chamber of Registration do not bind the judiciary. Those who keep and process personal data files are under an obligation to protect the data files. If someone suffers damage because the transactions have not complied with the regulations laid down in the Act for the protection of the interests of those registered, it is possible to bring an action for damages. Interested parties may bring a so-called class action. Liability also arises from a failure to adhere to the regulations or the notification requirement, providing information from the Netherlands to a personal data file located outside the Netherlands which is not subject to privacy protection agreements, or to gather data from such a data file.

In the near future, it will probably become necessary to examine the Dutch Act to check whether it is still in agreement with the proposed Council Directive (COM (92)422) concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data (syn 287) and the Council Directive (COM (90)314) concerning the protection of personal data and privacy in the context of public digital telecommunications networks (syn 288). These directives may be implemented in the near future.

⁷Wet Persoonsregistraties

3.3. Ownership of computer data?

A question which is often asked is whether legal provisions in which the terms „goods“ or „property“ appear are applicable to computer data and/or software. We support the argument that computer data and software can most certainly be designated as „goods“ or „property“⁸. The acceptance of this argument would mean that new legislation in the field of informatics would not be as necessary as is often maintained.

To state that computer data and software could be classed as tangible property does not deny that most computer software and data would also be protected by copyright. In the automation industry the term software has two meanings. It can be used to refer to an intellectual product, „work“ as meant by the Dutch Copyright Law⁹, or as the word for a certain actual specimen of that intellectual product. The first meaning falls solely under the law of intellectual property, whereas for this discussion we would place the second meaning under tangible property.

One point of dispute among lawyers is whether computer data possesses the substantiality required of goods. To associate the criterium of substantiality with goods is considered by lawyers to be self-evident. The lack of proficiency with which terms such as software, as indeed information, are used is connected to the fact that these terms refer to concepts which are relatively new. The same was true for „electricity“, and „energy“ in general, at the beginning of this century. This, of course, does not mean that information and energy have not existed for a long time, but that the way in which people think about them has considerably altered.

Technological developments, and especially those of the last 200 years, mark an increasing ability to manipulate phenomena which were originally exclusively products of nature. In the first phase, spacial structures could be changed (a roof, a pot). In the second phase, objects could be made movable, manipulable (a door, the wheel). It is only in the third phase that the technical control of energy becomes possible (the steam engine, an electric motor). In the most recent phase, information processing by technical means has become possible (an automatic door, a robot controlled by a computer). The fifth phase is one that has yet to come. It would include the possibility that a computer could change its own programme and adapt it to new circumstances¹⁰.

Increased manipulation possibilities are preceded by advances in knowledge concerning the phenomena. Initially, this knowledge remains the province of scientific

⁸The same is true for the term „product“ which appears in the EEC directive on product liability.

⁹Auteurswet 1912

¹⁰When applied by humans, this skill is sometimes called „strategic planning“. It is not easy, because it requires the ability to anticipate the future.

researchers and technicians and it takes some time before these concepts filter through to others, for example, to lawyers. This process of the assimilation of technical knowledge is, these days, put under considerable pressure by the speed with which technical possibilities are implemented in society. This is the reason why in the early stages the discussion of the legal aspects of technological developments has a rather confused character.

In conclusion, the very fact that data can now be manipulated by technical means implies that data are tangible and could therefore be goods or tangible property. The same is true for many forms of energy, like electricity.

3.4. Computer crime

The Court in Arnhem¹¹ stated that software is goods as understood in the article concerning embezzlement and theft because „the character of the present computer data is that of transferability, reproductivity and availability, while furthermore they are economically valuable“. This verdict was based on criteria from the electricity verdict¹². The discussion that followed the Arnhem verdict has been lively. One argument was that in the electricity case the Supreme Court built in certain limitations by stating that the theft article should not be applied to „rights or intellectual products, such as, for example, copyright or a patent“. We would maintain that this argument misses the point. To remove a copy of a computer program (or a computer data file, or a book) cannot possibly mean that the copyright or the intellectual product has been appropriated. After all, „intellectual product“ means: the „work“ in the sense of the Dutch Copyright Law, the „corpus mysticum“. It is not possible unintentionally to transfer the right of intellectual property by theft.

On the 1st of March 1993, the Computer Crime Act¹³ came into force. The Act contains provisions regarding criminal law and criminal law procedure. One of the key points of the Act is its focus on the individual responsibility of computer users, expressed inter alia in a security requirement as a condition for being able to bring a charge for unauthorized entry in computer systems („hacking“). The Act even extends to accountancy law with the provision that independent accountants (who are responsible for the approval of annual accounts) will be obliged to report inadequacies with respect to companies' computer security in their 'management letter'.

The proposals for the criminal law procedure would increase the police powers of search. Searches in computer systems would become as extensive as the ability of the officer to gain entry from the location of the computer terminal of the suspect.

That the Dutch Act on computer criminality has accepted the proposals made by

¹¹Hof Arnhem, 27 October 1983, *Computerrecht* 1984/1.

¹²The Dutch Supreme Court, H.R. 23 May 1921, N.J. 564.

¹³Wet Computercriminaliteit (Computer Crime Act), Wet van 23 december 1992, Stb. '93-33 (K. 21.551).

the Committee on Computer Criminality which explicitly stated that data is not to be designated as goods under the criminal law is, in our opinion, a step backwards for the development of a clear and simple practice. The arguments put forward to justify a whole series of supplements to the law for a whole new sort of object – „data“ – are hardly convincing. As a result of technological developments, it is no longer true that data are always an intellectual product. Even if they were, as soon as they took on a concrete form, they could be classed as goods as well. Data can be stolen, in the form of printed paper, in the form of a computer file on a disk, or via the telephone. Thus not only is the intellectual owner of certain data protected, but also the „everyday“ owner of a book, a computer program, or a data file.

A large number of new sections is the consequence of choosing for a separate regime for data. As yet, there is nothing to indicate that it was necessary to change the criminal law code. A recent investigation commissioned by the Platform for Computer Criminality (in which participants are drawn from both business and the civil service) revealed that the most frequent offence is software piracy (47 %). This can already be dealt with perfectly adequately by copyright law. We have already argued that the criminal law code as it was already offered protection to wronged users/those who do not hold the copyright. The second category (17 %) concerns damage to data or programmes. According to the report, the damage is considered by most organisations to be too insignificant to bring an action. Only 2 % of respondents who had experienced this form of computer criminality actually pressed charges. According to the criminal code as it used to be these acts could be classified as criminal damage. The third category (14 %), consists of hacking, unauthorized entry into a protected computer system. This is probably the only offence which would not be criminal under the criminal code as it was before 1 March 1993, unless criminal damage would be involved. As far as money is concerned, by far the most important category is that of fraud and forgery, 6 %. Here, charges were pressed by 55 % of the respondents who had been the victim of such an act. The cases concerned here were probably all ones which could have been dealt with by the existing criminal law.

A separate status for data may give rise to many ambiguities in the future. Recent legal verdicts (for example, that of the Supreme Court which stated that computer files could be seen as documents for the criminal law and the verdict by the Court of The Hague in which making a computer programme inoperable could be classed as criminal damage) have shown that the existing criminal law was not inadequate. The new legislation, however, would render some of these cases obsolete.

A final argument against the new legislation in the Netherlands would be the harmonization of criminal law in Europe. The new legislation has come into force at a time in which there is no unity on this front within the EEC, particularly with respect to procedural law.

4. Conclusion

Especially in the field of computer law, it is often said that the government should initiate new legislation to deal with computer-crime, to protect privacy, to solve problems of liability, to secure copyrights etc. We strongly disagree with this opinion. It is very likely that the future would prove the new legislation to be either entirely irrelevant or even misguided. We believe that new technologies, like most other social and cultural changes, should rather put the quality of the present laws – and of present lawyers – to the test.

Legal informatics in the Netherlands

1. Administrative applications

In this article, we will not deal extensively with the administrative applications of computers in the legal field. A law office, be it a solicitor's, a judge's or a legislator's is an office like any other and the trade-offs for automation of the administrative functions are basically the same.

Although public service organizations have met severe problems due to, among other things, the lack of cost consciousness within the civil service, the lack of professional knowledge of automation and often the extremely large scale of the computer applications involved, many public services in the Netherlands have now automated their administrative processes. Examples are the tax services, the administrative management of fines in the criminal law system and census administration.

2. Automated legal data bases

The situation is different with regard to automated legal data bases, containing full texts of case law, statute law and all the other legal documentation. The trade-offs here are, of course, influenced by the total number of users (lower average costs) and the possibilities for the legal users to charge others for their costs. Established publishers in the legal field have made legal texts available in computerized form, for example, a large data base containing case law (recently distributed in the form of a compact disc (CD-ROM)) and an on-line data base with statutes and other legislation.

However, it seems to be an almost universal fact, and the Netherlands is no exception, that legal data bases are not used very often. An explanation for this could be that these systems do not provide any information that could not already be obtained equally cost effectively by traditional means. The only advantage that legal data bases have over books and magazines is that the user can ask for documents containing a certain word, or a combination of words. Apparently, this is not the kind of question lawyers normally ask.

3. Legal knowledge systems

In recent years, within the field of specialization called artificial intelligence, particularly research into the possible applications of so-called knowledge systems

has taken flight. The expectation was that here was a form of artificial intelligence with which quick results could be obtained. From within the group of knowledge-based systems, it has been the expert systems which have received the most attention up till now. The term expert system indicates that these computer programmes intend to simulate the reasoning of a human expert, with expertise knowledge in a particular specialized area. There are other features that would be required to call a programme a proper expert system. Such a programme should have the ability to learn, to communicate in natural language and to produce unexpected answers, i.e. have a certain creativity of its own.

The latter three features are certainly interesting, but will not be dealt with in this paper. We will concentrate on knowledge systems; computer programmes that are capable of containing the knowledge of one or more people (the authors of the programme) and transferring it to others, the users of the programme.

The lack of a scientific basis in law has affected legal informatics. When making a legal knowledge system, it is almost never the case that existing empirical knowledge can be used as a starting point. Extensive research (of a kind that is not familiar to most lawyers) would first be necessary before the empirical knowledge required could be obtained. What has not been put in can never be got out.

The accurate prediction of judicial decisions can be of great importance to an advocate in determining whether, in a particular case, he should agree to a settlement or bring an action. For legislators, it would be of interest to be able to predict the expected social effect of a piece of draft legislation. These are examples of the pragmatics of the law, of how the law works.

We do not know very much about the syntax and the semantics either. For example, we do not have useful theories about the word usage in legal texts and we do not know much about the meaning of words and sentences. We have no theory which could help to derive from the written verdict of a case which legal subject the case deals with, or what the verdict was. Therefore it is as yet impossible to use a normal, full text legal data base as a direct support to a knowledge system.

Another example of the importance the use of empirical research could have in the construction of a legal knowledge system is the following. In an advice system which offers help in making decisions concerning whether or not to remand in custody, problems arise regarding the specification of terms like „danger of abscondence“ or „danger of repetition“. A knowledge system cannot, at present, do much more than ask the user whether he considers this danger of abscondence or repetition to be present and to give some explanation concerning the current notions of what these terms mean on the basis of case law. This situation could be improved if more empirical research on these subjects was carried out.

4. Computer advice systems

As empirical knowledge of judicial matters is so limited, it can be concluded that the construction of a legal knowledge system is, at this moment, impossible. With

this limitation in mind, research was undertaken by the Workshop for Computer Science and Law at Erasmus University as to alternative means for supporting lawyers' work with the aid of a computer. From that research, it has appeared that there is a substantial role for the computer to play if sufficient attention is paid to the interaction between system and user. What we are referring to here is not a knowledge system or an expert system but a computer advice system; a computer programme that is able to advise users about a specific legal subject on the basis of day to day legal proficiency. An important starting point for this sort of system is that it is a means for legal authors to convey their own opinions to the users. The term „opinion“ is used deliberately. This is to emphasize the difference between empirical knowledge (that can be tested and falsified) and the kind of practical knowledge lawyers have, that cannot be tested and falsified¹⁴.

5. Could computers replace judges?

If – in the distant future – legal knowledge systems or even legal expert system would become a feasible proposition, could they possibly replace judges?

As our brief outline of technological developments has shown¹⁵, computers are not yet capable of changing their own programmes in accordance with new developments. People are not always capable of doing this either, but they are far better at it than computers. In law, and especially in judicial decision making, the question at stake is: is the rule still applicable?

Scientific theories (and, in particular, the fractal theory), have shown us that it is hard and sometimes even totally impossible to predict the future with anything like accuracy. Yet computers that are designed to make legal decisions would have to be programmed for the future. People, on the other hand, can perceive and assess changes in the environment. Finally, it should be mentioned that even if a machine could make sensible legal decisions, only humans could be held accountable for any such decision.

6. The danger of „fourth generation legislation“.

After spoken law, written law and printed law, we are now ready for fourth generation legislation: law by computer. The law would take on the form of a computer programme. This programme would put questions to the judge (or administrator, or citizens) and the programme would then state the obligations and the rights of the parties involved. It could do this in a detailed way and in accordance with how the legislator wanted the rights and obligations to be at the time of drafting. The judge would be „la bouche de la loi“ again, and this would set us back to just after the French revolution.

¹⁴A number of these computer advice systems have been made at Erasmus University as a part of the JURICAS project. They are distributed by Royal Vermande Publishing Company, Lelystad, the Netherlands.

¹⁵Section 3.3

Unfortunately, given the incentives of legislators and civil servants, as well as politicians, it is very likely that this form of legislation will soon be introduced. It would mean that the role of the judiciary would be reduced in favour of the legislative power. It would therefore render the law more inflexible than it is at present. The alternative is that there should be less, and less detailed, legislation in the first place. Our society will need human judges to interpret the law for future situations.

7. The „technology push“ towards centralization

In order to steer the behaviour of people in an organization, relevant information must reach the administrator in time so that he can make a decision at the proper moment and, in turn, that decision must be communicated to the person to be steered in time. This is often physically impossible and the organisation is forced to assume a decentralized structure – or go under.

This example from management science shows that information exchange is costly. Coase, as an important business science theoretician, has distinguished between general (or scientific) knowledge, which by virtue of its universality and objectivity can easily, and therefore cheaply, be conveyed and specific knowledge (or information) which, possibly because of the demands of timeliness, can only be conveyed with difficulty and the incursion of high costs. Examples are quickly fluctuating prices of goods in a certain decentralized area; information about the sudden behaviour of competitors; specific opinions of certain clients, etc. If the availability of such specific information is of great importance to the realization of the aims of an organization, this will also lead to decentralization.

Decentralization leads, in turn, to costs; the administrator must then supervise those carrying out the tasks and make sure that they are not striving for the wrong aims, etc. These costs are often referred to as agency costs. The level of decentralization of an organization depends, therefore, on a trade off of both sorts of costs: information costs and agency costs.

In a time of automation, it is not surprising that the administrators of organizations try to facilitate and speed up the information exchange by using computers and computer networks. Unfortunately, these means are not without cost either. They could change, however, the trade off between agency costs and information costs in favour of more centralization. This is true both for companies and for state organizations. Fourth generation legislation is only one example of this growing tendency towards a higher level of centralization.

Conclusion

In this article, we have discussed the relationship between information technology and law in the Netherlands. The first aspect that was considered, that of computer law, examined some of the matters that have caught the attention of the legislating

authorities in the Netherlands. The second aspect, that of legal informatics, showed that there is an increasing tendency to apply information technology to the Dutch legal system. The common denominator of both aspects is the fact that electronic data and information flows have become an important economic and social factor. It is, therefore, only natural that those who work for state organizations will try to maintain and where possible expand their control of information flows.

The EEC has had a considerable influence on the development of Dutch law with respect to information technology. The activities by the EEC to harmonize the legal rules in this field have not always been optimal from the Dutch point of view, and sometimes not even from the European point of view.

As regards the use of information technology within the Dutch legal system, the EEC has hardly exerted any influence. We would suggest that an EEC directive against fourth generation legislation in member-states could prevent a tendency towards centralization and the increasing inflexibility of the law at the national level. *

* * *

SUMMARY

Centrum pro počítače a právo na Erasmově universitě v Rotterdamu

Autoři se v tomto článku zabývají dvěma základními problémovými situacemi, které vznikají ve spojení práva s počítačovými technologiemi. První z nich vzniká ze skutečnosti, že užití počítačových technologií působí obtíže, které zákonodárce nepředpokládal, druhá ze skutečnosti, že užití těchto technologií jako nástroje právníků mění jednak způsob, jakým pracují, jednak samu jejich profesi.

V první části příspěvku se autoři zaměřují na dopad prudkého nárůstu významu informačních technologií na právní řád, a to jak nizozemský, tak evropský, poukazující především na nepříznivé důsledky kopírování amerického přístupu k ochraně informačních technologií, zejména čipů, databází a software obecně, v harmonizačních směrnicích Evropských společenství. Autoři se v této souvislosti obsáhleji věnují především otázce legality reversního inženýrství, nezbytného pro další rozvoj evropského softwarového průmyslu s ohledem na skutečnost, že většina základních programových postupů pochází z oblastí mimoevropských, přesto však směrnicí z ro-

*This article is a revised version of an article that appeared in the European Review of Public Law, vol. 3, no. 1, Summer 1991 („Computers and law in the Netherlands“).

ku 1991 takovou činnost zakazuje.

V oblasti databází se autoři zabývají v první řadě harmonizační tendencí, projeví se v návrhu směrnice Komise ES z ledna 1992, která směřuje k autorskoprávní ochraně databází jako kolektivních děl.

V souvislosti s ochranou dat je v příspěvku zdůrazněn zejména význam, který evropské země přikládají mezistátním tokům dat a ochraně osobních údajů při jejich zpracování počítačovými technologiemi. Zdůrazněna je skutečnost, že data musejí být, jsouc manipulovatelná technickými prostředky, považována za věci hmotné a jako taková mohou být hmotným majetkem, podobně jako jiné formy energie, například elektřina.

Skutečnost, že data je nutno považovat za zboží byla konstatována i v nizozemské judikatuře (rozsudek soudu v Arnhemu z 27. října 1983). Navzdory tomu byla v novele nizozemského trestního zákona z roku 1993 data pojata jako specifická kategorie od ostatního zboží se lišící, což způsobilo nutnost komplikovaného a neopodstatněného doplňování stávajícího předpisu.

Přitom je téměř polovina trestných činů v oblasti informačních technologií řazena do kategorie počítačového pirátství, tedy snadno postizitelná zákony na ochranu autorského práva, a i další rozsáhlé kategorie počítačových trestných činů spadají do již známých trestněprávních skutkových podstat, snad až na nedovolený vstup do informačních systémů.

Pokud se právní informatiky týče, autoři konstatují hojně používání počítačových technologií v administrativě, ovšem velmi nízké využívání systémů zpracování dat v běžné právní praxi (jedinou výhodou právnických databázových systémů je podle autorů vyhledávání podle slov či klíčových úseků, což však není zcela běžným způsobem právního získávání informací), kde jsou klasické tištěné informační zdroje srovnatelně více *cost effective*. Vytváření systémů, které by byly schopny řešit konkrétní právní otázky, brání především nedostatek empirického poznání v oboru a pevné vědecké báze práva, proto se i autoři ve výzkumných programech Erasmovy university zaměřili spíše na užití počítačových technologií ve vytváření systémů schopných poskytnout *up-to-date* informace a moderní prostředky vědecké komunikace.

Konečně ve zvláštní pasáži se autoři věnují otázce computerizované legislativy, tzv. legislativy IV. generace, která podle jejich mínění opět snižuje současnou úroveň sluhu zákonů a v otročtém pojetí vrhá vývoj práva zpět.

Einige Gedanken über die Bedeutung eines allgemeinen Beweisverwendungsverbot im Licht der EMRK, der Holländischen Verfassung und der Strafprozeßordnung¹

Paul MEVIS *

I

Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechten und Grundfreiheiten – abgekürzt EMRK – enthält zwei Formen von Menschenrechtenschutz.

Zuerst kennt diese Konvention eine Gewährleistung materieller Rechten, beispielsweise:

- Der Schutz gegen Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung (Par. 3),³
- der Schutz der Freiheit und Sicherheit (par. 5),
- Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs (Par. 8),
- Anspruch auf Gedanken, Gewissens- und Religionsfreiheit (Par. 9), und

¹Verarbeitung einer Vorlesung auf der Universität Brno im Rahmen des TEMPUS-Programmes 1994

* Autor příspěvku, Dr. Paul Mevis, narozen v r. 1959, je docentem trestního práva na Erasmově univerzitě v Rotterdamu. Vysokoškolská studia práv absolvoval na Katolické univerzitě v Nimwegenu (1979–1984), doktorát tamtéž v r. 1989, kdy obhájil disertační práci na téma: Ochrana obydlí a domovní svobody v trestním řádu. Působí též jako zastupující trestní soudce u Zemského soudu v Arnheimu.

³Weiter ausgearbeitet in der besonderen Konvention: European Convention for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, Strasbourg, 26. November 1987.

– Anspruch auf die freie Meinungsäußerung (Par. 10).

Dieser Schutz ist wieder nach zwei von einander unabhängigen Methoden gewährleistet:

- a) der erste Absatz des Artikels enthält das zu schützende Recht,
- b) in dem zweiten und den sonstigen Absätzen werden Beschränkungen auf das Recht ermöglicht, aber zugleich gebunden an Bedingungen wie:
 - der Eingriff gesetzlich vorbehalten sein muß,
 - er in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein muß für bestimmte, in den Absatz genannte Ziele, wie nationale Sicherheit, öffentliche Ruhe, Verhinderung von Straftaten usw. (Die Ausnahme ist Par. 3: ein Eingriff der als Folter usw. anzumerken ist, ist nun mal nicht zu rechtfertigen. Hier muß die Beschränkung durch restriktive Interpretation des Rechts gefunden werden).

II

Die zweite Schutzmethode des EMRK ist die institutionelle Schutzmethode. Jeder, der Herrschaftsgewalt eines Vertragschließenden Staates unterstehenden Person, kann sich, wenn er sich durch eine Verletzung der in der Konvention anerkannten Rechte durch einen der Mitgliedstaaten beschwert fühlt, nach Paragraph 25 mit einem Gesuch an die Europäische Menschenrechtskommission wenden, vorausgesetzt daß der betreffende Staat (gleichwie zum Beispiel auch die Tschechei) eine Erklärung abgegeben hat wonach er die Zuständigkeit der Kommission auf diesem Gebiet anerkannt hat. Anschließend an das Urteil der Kommission kann der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ein Urteil über die vermeintliche Verletzung abgeben.⁴ Das kann dann zu einer Entschädigung für die verletzte Partei führen. Mehr, oder andere Sanktionen, als Zahlung einer Entschädigung, enthält die EMRK nicht.

Die EMRK läßt damit ein dritter Weg unberücksichtigt. Was hat der Bürger der sich in seinen EMRK-Rechte verletzt fühlt von der Sicht des EMRK's eigentlich von seinem eigenen, nationalen Recht zu erwarten? Muß, der EMRK nach, das nationale Recht, oder der nationale Richter eine Sanktion vorhersehen für den Fall, daß der nationale Richter eine EMRK-Verletzung anerkennt? Enthält die EMRK eine oder mehrere Regelungen darüber? Es gibt nur wenige Regelungen dieser Art.

Erstmals gibt es Paragraph 13 wonach der Verletzte das Recht zukommt eine „wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz“ einzulegen. Was in diesem Sinne „wirksam“ ist wird nicht weiter verdeutlicht: das ist den Mitgliedstaaten selbst überlassen.

Auch Paragraph 50 weist auf die Möglichkeit –oder besser die Hoffnung– auf nationalrechtlichen Sanctionen hin wo es heißt, daß der Gerichtshof nur dann eine

⁴Näheres bei Frowein, A. Peukert, W.: *Die Europäische Menschenrechts Konvention*, Kehl am Rhein, 1985.

Entschädigung zu zubilligen hat, wenn die innerstaatlichen Gesetze der erwähnten hohen Vertragschließenden Staaten "nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen" gestalten. Auch hier bleibt noch immer undeutlich was die Wiedergutmachung sein muß, will es eine "vollkommene" Wiedergutmachung im Sinne dieses Paragraphes sein.

Damit bleibt die Frage offen, ob der nationale Richter, und ich beziehe mich im besonderen auf den Strafrichter, eine Funktion und eine Aufgabe hat –oder haben kann– die Aufrechterhaltung von Rechten aus der EMRK, und auch für Rechte aus dem nationalen Grundgesetz, wofür das Gleiche gelten wird.

Es ist notwendig hier ein Unterschied zu machen zwischen der Aufgabe und Funktion des Strafrichters. Einerseits gibt es, wie gesagt, der EMRK nach keine darin formulierte Aufgabe für den Strafrichter. So eine Aufgabe kann aber im nationalen Grundgesetz formuliert sein, wie zum Beispiel in Deutschland: Paragraph 19 Abs. 4: "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen".

Also, ist die Möglichkeit sich beim Richter zu beschweren in sich selbst als ein neues, selbständiges Grundrecht formuliert. Dieses Grundrecht ist in der BRD in die verschiedene Gerichtsbarkeiten ausgearbeitet, wenn auch die Durchwirkung gerade im Strafrecht wenig klar umschrieben ist.

In den Niederlande gibt es so ein Grundrecht auf richterliche Beschwerden in dem Fall einer Grundrechtsverletzung nicht. Der Strafrichter hat also keine Grundgesetzliche, das heißt im Grundgesetz als Grundrecht formulierte Aufgabe Grund- und Menschenrechtsverletzungen im Strafverfahren zu beurteilen. (Sie finden nirgendwo im Gesetz, auch in StPo nicht, was der Strafrichter tun soll, wenn der Angeklagte behauptet, daß seine Wohnung verstoßend gegen die Regeln untersucht ist.) In den Niederlande gibt es übrigens auch kein Verfassungsgericht woran man sich wenden kann.

Damit ist noch nicht gesagt, daß es notwendig, oder sogar gut ist, daß es so eine grundrechtliche Möglichkeit auf richterliche Beschwerde gibt. Ich habe so eben gesagt, daß man Unterschied machen muß zwischen Aufgabe und Funktion des Strafrichters. Wenn er eine gesetzliche Aufgabe hat sich über Grundrechtsverletzungen auszusprechen, bleibt die Frage offen, auf welcher Art und Weise er das tun soll; welche Sanktion oder Sanktionen ihm zu Verfügung steht oder stehen, zum Beispiel: kann er nur eine Entschädigung in Geld zuweisen, oder auch Strafverminderung verleihen, oder gibt es vielleicht noch andere Sanktionen?

Umgekehrt: auch wenn der Strafrichter keine gesetzliche Aufgabe hat Grundrechtsverletzungen im Strafverfahren zu beurteilen, kann es sein, daß er sich selbst trotzdem so eine Funktion anmesst, das heißt, daß er sich so eine Funktion zueignet, obwohl das Gesetz es ihm nicht als Aufgabe stellt. Und gerade das letzte ist in den Niederlande geschehen.

Obwohl Grundgesetz und StPo darüber nicht sprechen, hat unser höchste Gericht (Hohen Rat (HR)) in zwei prinzipiellen Urteilen, einer aus 1962 und der Zweite

aus 1978,⁵ entschieden, daß im Fall rechtswidrigen Tätigkeiten, begangen von den Justizbehörden durch den Angeklagten bei seiner Berechtigung, also in das Verfahren gegen ihm, vom Bürger, an den Strafrichter, den nationalen Strafrichter die richterlichen Beschwerden vorgelegt werden können. Der Gerichtshof hat also für den Angeklagten eine richterliche Beschwerde Möglichkeit beim Strafrichter geschaffen. Und was ist der Inhalt von dieser beschwerde Möglichkeit, wo zu kann das führen? Sie können sich das vielleicht schon vorstellen: Das Gerichtshof hat gesagt, daß es zum Schutz von Grund- und Menschenrechten Rechten des Angeklagtes notwendig ist, daß rechtswidrige Beweisaufnahmen von dem Strafrichter nicht zur Schuldklärung gebraucht werden dürfen. Für rechtswidrige Beweisaufnahmen gilt also ein – im Prinzip – allgemeines Beweisverwendungsverbot.⁶ Man hat das also zu allgemeiner Regel gemacht: Jede Beweisaufnahmen, wie zum Beispiel Aussagen, die nicht rechtmäßig zustande gekommen sind, Hausdurchsuchungen ohne Erlaubnis der zuständigen Behörden, unregelmäßige Öffnung Postsendungen, das unerlaubte Abhören von Telefongespräche usw., alles was als Beweis daraus kommt darf in Prinzip nicht als Beweismittel gebraucht werden; darauf darf keine Verurteilung stützen. Die Frage ist, auch jetzt wieder in den Niederlande, ob so eine allgemeine Beweisverwertungsregel theoretisch zu unterstützen ist. Das Beweisverwendungsverbot ist in den Niederlande sehr zu Diskussion geraten, und das auf sehr unterschiedliche Gründe. Ich will ihnen gern etwas von dieser Diskussion schildern.

Aus theoretischer, sagen wir mal verfassungsrechtlicher und auch praktischer Sicht ist das Beweisverwendungsverbot sehr gut zu verteidigen, sogar zu umarmen. Ich nenne ihnen vier Gründen dafür.

1. Es ist klar, daß, wenn einer der staatlichen Organe so wie die Justizbehörden, oder die Polizei, eine rechtswidrige Grundrechtsverletzung durchführt, es nicht nur rechtswidrig handelt, sondern auch die elementärste Rechtsregel des Rechtsstaates verletzt, nämlich, daß auch der Staat, und in erster Linie der Staat, gerade der Staat, an das Recht unterworfen ist, und von dem Richter daran auch gebunden und unterworfen werden kann. Dann ist logisch, daß wenn der Staat rechtswidrig, –unzuständig– auftritt, es ihm nicht gestattet ist, die Folgen des unbefugten Auftretens trotzdem gegen einen Bürger zu verwenden. Ein allgemeines Beweisverwendungsverbot ist eine Methode durch die der Richter in der Lage ist, den Bürger zu schützen gegen Unrecht durch den Staat begangen: daß ist die elementäre Pflicht des Richters, und dort liegt ein sehr starker Rechtsgrund für ein allgemeines Beweisverwendungsverbot.

⁵HR 20. Juni 1962, Niederländische Jurisprudenz (NJ) 1962, 470 und HR 18. April 1978, NJ 1978, 365.

⁶Es ist also nicht wie in Deutschland, wo es im StPO nur besondere Beweisverwendungsverbote gibt, zum Beispiel nach § 136a ist die Verwendung von Aussagen verboten, wenn die Aussage durch Mißhandlung, Ermüdung oder sonstige Eingriffe in die Freiheit der Willensentschließung zu stande gekommen ist.

2. Zweitens muß festgestellt werden, daß eine Alternative für dieses Ziel in der Praxis nicht funktioniert. Die Alternative ist statt eines Beweisverwendungsverbots in dem Strafverfahren gegen den Bürger eine Strafverfolgung gegen den Täter, also den individuellen Polizist oder Justizbeamter. Es gibt in dem Niederländischen materiellen Strafrecht, im Strafgesetzbuch, unterschiedliche, besondere Straftaten für Polizisten und Justizbehörden, die sich in der Ausübung eines Amtes rechtswidrigen Handeln schuldig machen. Es zeigt sich aber, daß ein Strafverfahren gegen den Polizist fast niemals unternommen wird. Man erfährt so ein Strafverfahren als unvollkommen, weil es dem in seinen Rechten verletzten Bürger nichts bringt; er wird nicht in seine Rechte zurückgebracht; die Folgen der Rechtsverletzung werden nicht weggenommen. Und das letzte ist bei einem Beweisverwendungsverbot gerade der Fall. Eine Rolle spielt auch das Gefühl, daß nicht der individuelle Polizist, sondern der Staat an sich verantwortlich gemacht werden muß. Gerade das ist ausgeschlossen (der Staat kann nicht wegen einer Straftat vor Gericht gezogen werden: es besteht kein Verfolgungsrecht) und damit streitet gefühlsmäßig den individuellen Beamten trotzdem für das Gericht zu ziehen.

3. Der dritte Grund für eines Beweisverwendungsverbot liegt darin, daß man feststellen muß, daß das Verbot das niederländische Strafprozeßrecht sehr beeinflußt hat. Gerade die Voruntersuchung ist neu modelliert worden und auch immer wieder neu diskutiert. Der Gesetzgeber, die Rechtswissenschaft, die Richter, das Polizeiunterricht, sie alle haben sich sehr detailliert beschaffen müssen mit zum Beispiel dem Abhören des Fernmeldewesens, dem DNA-Fingerabdruck, dem Einsatz von Informanten, usw. Diese neue Aufklärungsmethoden sind jetzt in den Niederlande gesetzlich geregelt.⁷ Es hätte niemals so eine gründliche Diskussion gegeben, wenn nicht gute gesetzliche Regelungen absolut notwendig geworden waren wegen des Beweisverwendungsverbot in dem Fall der Verletzung von Rechte oder nicht im Gesetz legitimierte Beweisaufnahmen.

4. Der vierte und letzte Grund für eines, in dem nationalen Recht aufrecht zu halten, allgemeinen Beweisverwendungsverbot ist wieder die EMRK, oder besser gesagt eine weitere Lücke in der EMRK. Für Strafverfolgungen ist Par. 6 EMRK im besonderes zuständig. In der EMRK sind mehrere Rechte für den Angeklagten formuliert, aber sie kennen vielleicht auch das Problem des Paragraphen sechs: die Rechte beziehen sich an erster Stelle auf die Berechnung, die Hauptverhandlung. Es ist schwierig um den Paragraphen 6 und die Rechte aus der EMRK eine Bedeutung in der Voruntersuchung zu geben. Das europäische Gerichtshof tut das auch nicht (oder kaum). Die EMRK ist nicht geschrieben im Hinblick auf die Anwendbarkeit in der Voruntersuchung, oder auf die richterliche Beurteilung der Voruntersuchung durch den Verhandlungsrichter. Und das ist schade, weil gerade die Voruntersuchung von signifikanter, von wichtiger Bedeutung für das ganze Strafverfahren sein kann. Wenn man dem Strafrichter, das heißt dem Verhandlungsrichter,

⁷Mit der Ausnahme von Informanten.

nun das Beweisverwendungsverbot als ein Instrument in Hände gibt, hat man damit auch ein Instrument, einen Weg geschaffen, wodurch der Verhandlungsrichter die Voruntersuchung im Griff bekommt, er das Vorverfahren beurteilen kann, er die Rechtmäßigkeit der Beweisaufnahme beurteilen kann, gerade auch mit den Rechten der EMRK in seiner Hand. Der Strafrichter kann so zu sagen, das Beweisverwendungsverbot benützend, die EMRK-Rechte in der Voruntersuchung, das ist in der polizeilichen, nicht-richterlichen Beweisaufnahme hineinbringen. Von dem Verhandlungsrichter als Verletzung angemerkt Auftreten kann unmittelbar in dem Urteil zugunsten des Opfers der Rechtsverletzung diskontiert werden.

Nun hören sich diese Argumenten an wie ein Hosianna-gesang. Trotz des grundsätzlich weiterhin sehr akzeptablen Beweisverwendungsverbots und trotz des Impulses auf der rechtlichen und wissenschaftlichen Bearbeitung der Voruntersuchung und Beweisaufnahme im Strafverfahren, gibt es aber auch bestimmte Schwierigkeiten, bestimmte Fragen und Probleme gerade in der Anwendung des allgemeinen Beweisverwendungsverbot, die auch dazu führen, daß die Anwendbarkeit, wenn nicht das Verbot selbst, auch in den Niederlande derzeit wieder zu Diskussion gezogen ist. Ich nenne mal einige Beispiele:

1. Es ist weiterhin unklar, welches Beweis von dem Verbot getroffen wird: ist das nur das direkt durch die Rechtsverletzung entstehende Beweis oder sind auch andere, nur indirekt mit der Rechtsverletzung in Zusammenhang stehende Beweismitteln ausgeschlossen? Das ist also die Frage nach der Kausalität und den Kausalitätsbeschränkungen. Im Holland werden nur ganz unmittelbar mit der Rechtsverletzung im Zusammenhang stehende Beweismitteln ausgeschlossen. Das ist nicht immer befriedigend.

2. Wenn Beweismitteln von denen das Gericht feststellt, daß sie unrechtmäßig zustande gekommen sind, ausgeschlossen werden müssen, erhebt sich die Frage, ob das Ausgangspunkt auch umgekehrt gilt: heißt Ausschließung unrechtmäßig zustande gekommen Beweises nicht auch, daß ein Beweismittel nur dann anwendbar ist, erst dann verwendbar ist, wenn für das Gericht feststeht - daß Gericht also in alle Fälle feststellen soll- daß Beweismittel rechtmäßig zustande gekommen ist. Heißt Ausschließung unrechtmäßiges Beweises auch die Notwendigkeit der richterlichen Feststellung der Rechtmäßigkeit der Beweisaufnahme als Bedingung für die Anwendung der Beweismitteln? Wenn ja, dann werden sehr viele Strafverfahren notwendig in Freispruch enden. Die Frage ist, ob das unter allen Umständen akzeptabel ist. Wenn das verneint wird gibt das auch Probleme. Die Verneinung der Frage nach der Feststellung der beeinhalteten Rechtmäßigkeit bringt mit, daß der Richter von der Rechtmäßigkeit der Beweisaufnahme ausgehen muß, so lange bis die Unrechtmäßigkeit nicht klar geworden ist, auch dann wenn nichts über die Rechtmäßigkeit der Beweisaufnahme in den Akten zu finden ist. Auch das ist nicht immer befriedigend. Es besteht die Gefahr, daß dem Angeklagten dafür der Beweisgrund obliegt, daß ein Beweismittel unrechtmäßig zu stande gekommen ist, obwohl Klarheit darüber für die Richterliche Entscheidung relevant ist. Man kann behaupten, daß es

dann auch die Pflicht des Richters ist das aufzuklären.

3. Das Beweisverwendungsverbot hat eine Kehrseite. Es ist, sagen wir es mal vorsichtig, nicht auszuschließen, daß die Polizei versuchen wird Rechtsverletzungen zu vertuschen, aus den Akten zu lassen um die Sache, die Strafverfolgung nicht scheitern zu lassen. Es ist also absolut notwendig, daß die Polizei verpflichtet ist und bleibt alles was sie in Vorverfahren macht wahrheitsgetreu dem Strafrichter zu präsentieren, und umgekehrt muß der Strafrichter sich nicht die Möglichkeit entnehen lassen die Polizei dazu zu zwingen, zum Beispiel durch Vernehmung von Polizisten als verteidigter Zeugen zur Verhandlung.

4. Viertens und letztlich gibt es noch ein sehr wichtiger Punkt, und damit bin ich wieder zurück zur Hauptfrage nach der Akzeptierung von einem allgemeinen Beweisverwendungsverbot: solches Verbot hat eine Kehrseite, die zur gesellschaftlichen Diskussion führen kann. Das Verbot bringt mit sich, daß ein Angeklagter freigesprochen wird und werden muß, obwohl es überzeugendes Beweis dafür gibt, daß er eine Straftat begangen hat. Das ist nicht immer akzeptabel und es wird in die Gesellschaft jetzt auch weniger akzeptiert als früher. Die Gerichte und der Gesetzgeber bemühen sich jetzt das Beweisverbot zurückzudrängen. Die Frage ist schon gestellt worden, ob das Beweisverbot nicht in einer anderen Sanktion geändert werden muß; und dabei denkt man dann an erster Stelle an Sanktionen, die nicht mehr zum Freispruch führen können, wie zum Beispiel Sanktionsminderung oder Entschädigung. Ich halte das für eine gefährliche Diskussion, weil man dann Weidergutmachung, also Gewährleistung von Rechte in Prozeß eintauscht gegen Kompensation. Man soll bedenken, daß der Schutz, gerade von Grund- und Menschenrechte zur Geltung kommt, wenn man die Rechte auch gebraucht, sie aufrecht hält, auch wenn die Konsequenzen in einem konkreten Fall vielleicht nicht so einfach zu akzeptieren sind. Eine starke Gewährleistung von Menschenrechten macht letzten endes der Moralität der Rechtsgemeinschaft das nationale Rechtes aus. In dem Beweisverwendungsverbot liegt also eine Aufrechterhaltung beschlossen, auch wenn das Verbot nur schwierig in einem Strafrechtssystem einzupassen ist. Aber die Aufhebung dieser Schwierigkeiten ist, glaube ich nur Nebensache; die Unmöglichkeit davon darf nicht dazu führen, daß der prinzipielle Grundsatz eines allgemeinen Verwendungsverbots für unrechtmäßig zu stande gebrachten Beweisen im Strafverfahren abgelehnt wird. Durch das Verbot kann das Strafprozeß eine wichtige Beiträge sein, zur Aufrechterhaltung von Grund- und Menschenrechte.⁸

Rotterdam/Brno, März 1994
dr. Paul Mevis.

⁸Grundsätzlich: Peters, A. G.: *Het rechtskarakter van het strafrecht*. Deventer, Kluwer 1972.

Zusammenfassung

Die EMRK ist ein wichtiges Instrument im Schutz der Menschenrechte. Die Konvention läßt aber die Frage offen auf welche Weise der Nationale Strafrichter eine EMRK-Verletzung aufzuarbeiten hat. In diesem Beitrag wird versucht zu erklären, daß ein allgemeines Beweisverwendungsverbot für unregelmäßige Beweisaufnahmen dazu prinzipiell das beste Instrument ist.

Curriculum Vitae des Autors

Der Autor, dr. Paul Mevis, geboren 1959, ist Hauptdozent für Strafrecht an der Erasmus Universität Rotterdam. Er studierte Jura an der Katholischen Universität von Nimwegen von 1979 bis 1984. Habilitation dort in 1989 über den Schutz der Wohnung und das Hausrecht in der Strafprozeßordnung. Er ist stellvertretender Strafrichter am Landgericht Arnheim.

* * *

S U M M A R Y

Résumé

„Několik myšlenek o všeobecném zákazu použití důkazu ve světle Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, holandské Ústavy a trestního řádu“

Dr. Paul Mevis

Evropská úmluva (EÚ) obsahuje dvě formy ochrany lidských práv. Předně se jedná o záruky ochrany materiálních práv, jako je např. ochrana proti mučení ... (čl. 3), ochrana osobní svobody a bezpečnosti (čl. 5) atd. Tato ochrana je dále zajišťována dvěma navzájem nezávislými metodami:

- první odstavce článku EÚ obsahuje chráněné právo,
- v odstavci druhém, popř. v dalších, se uvádějí přípustná omezení takového práva, současně vázaná na další podmínky, jako kupř. jen zákonné zásahy do chráněného práva, kdy je to nezbytné v demokratické společnosti ... atd.

Druhá forma ochrany podle EÚ je metoda institucionální. Každá osoba, podřízená státní moci smluvního státu, se může podle čl. 24 EÚ obrátit cestou stížnosti na Evropskou komisi (EK), pokud se považuje za poškozenou, v důsledku porušení práv přiznaných touto Úmluvou, jednou ze smluvních stran, za předpokladu, že dotyčný stát (stejně jako např. ČR), proti němuž byla podána stížnost, prohlásil, že

uznává pravomoc EK přijímat takové stížnosti. Jiné sankce, než je zaplacení náhrady škody, EÚ neuvádí. Co má však očekávat z hlediska této Úmluvy občan, který se cítí poškozen na svých právech chráněných EÚ, od vlastního vnitrostátního práva? Musí ve smyslu porušení EÚ počítat s nějakou sankcí? Obsahuje EÚ v tomto směru nějaká ustanovení? Pokud ano, tak jen v omezené míře. V první řadě je to čl. 13, dále též čl. 50. Tím zůstává otevřena otázka, zda vnitrostátní trestní soudce má, nebo může mít, resp. plnit funkci a úkol zachovávat práva chráněná EÚ, jakož i národní ústavou, což je na stejné úrovni. EÚ žádný takový úkol neukládá. Může tak ale učiniti národní ústava, jako např. čl. 19 odst. 4 Ústavy SRN. Ústava Holandska tuto možnost nenabízí. Trestní soudce tedy nemá žádnou ústavněprávní povinnost (úkol) posuzovat v trestním řízení možné porušení základního lidského práva. V Holandsku také ostatně neexistuje ani ústavní soud, na který by bylo možné se obrátit s příslušnou stížností.

Tím ještě není řečeno, že je nutné, nebo dokonce správné, aby taková ústavní možnost – podat soudní stížnost – existovala. Má-li trestní soudce za úkol vyslovit se k otázce porušení základního práva, zůstává otázkou, jakým způsobem tak má učiniti, jaké sankce v takovém případě má k dispozici, může např. uložit povinnost k náhradě škody, nebo zmírnit trest ...? A naopak: i když trestní soudce žádný úkol posuzovat v trestním řízení porušení základního práva nemá, může se přesto takovou funkcí „pověřit“, ačkoliv zákon mu takový úkol neukládá? Právě naposledy uvedená varianta je v Holandsku skutečností. Podle dvou zásadních rozhodnutí Nejvyššího soudu (1962, 1978) může občan (obžalovaný), v případě protiprávního úkonu justičního úředníka, podat na národního trestního soudce stížnost. Soud tak vytvořil pro obžalovaného možnost podat soudní stížnost u trestního soudce. Co je však jejím obsahem? Nejvyšší soud k tomu dále uvedl, že k ochraně základních lidských práv obžalovaného je nezbytné, aby protiprávně přijaté důkazy nebyly soudcem použity jako podklad uznání viny. Pro takovéto důkazy platí tedy princip všeobecného zákazu jejich použití (princip neúčinnosti protiprávního důkazu – pozn. V. K.). Zákaz použití důkazů je v Holandsku předmětem živé diskuse, a to z nejrůznějších aspektů.

Z teoretického hlediska je velice dobré zákaz použití důkazu obhajovat. Jsou pro to následující důvody:

- Všeobecný zákaz použití důkazu je metodou, prostřednictvím které je soudce schopen postupovat v zájmu ochrany občanů proti bezpráví ze strany státu.
- Alternativa zmíněného zákazu, tzn. trestní stíhání orgánů činných v trestním řízení pro zneužití jejich pravomocí, není v praxi funkční. Svoji roli hraje též pocit, že nikoliv konkrétní osoba, např. policista, nýbrž stát sám o sobě musí být činěn odpovědným za porušení základního práva občana. K tomu je vhodný právě zákaz použití (nezákonného) důkazu.
- Zmíněný zákaz velice ovlivnil holandské trestní právo procesní.
- Posledním důvodem prosazování zákazu použití důkazu je sama EÚ, lépe řečeno další mezerovitost její úpravy. Čl. 6 EÚ dopadá v první řadě na řízení

před soudem (hlavní líčení). Je obtížné jeho obsah vztáhnout i na řízení přípravné. EÚ není psána tak, aby se dala použít v přípravném řízení, resp. aby na jejím základě bylo možné soudní posuzování tohoto stadia trestního stíhání procesním soudcem. Je-li však tomuto soudci dána do rukou možnost, v podobě zákazu použití důkazu, posuzovat přípravné řízení, které může být signifikantní a významné pro celé trestní řízení, má tím v rukou i práva chráněná v EÚ.

S aplikací zákazu použití důkazu jsou však spojeny určité obtíže a problémy, o nichž se dnes v Holandsku diskutuje. Příkladem lze uvést:

1. Není nadále jasné, jakého důkazu se zákaz týká: budou vyloučeny jen důkazy, které jsou důsledkem přímého porušení práva, anebo též i ostatní, pocházející z poruchy práva jen nepřímo? V Holandsku se nepřipouštějí jen důkazy prvního typu.
2. Pokud má být soudní zjištění zákonnosti důkazu podmínkou jeho použití, potom hodně trestních řízení skončí zprošťujícím rozsudkem. Je otázkou, zda je to za všech okolností přijatelné...
3. Zákaz použití důkazu má též svůj rub. Nelze totiž vyloučit, že se policie pokusí porušení zákona zatajit, aby trestní stíhání právě na této skutečnosti neztroskotalo. Je proto absolutně nezbytné, aby byla policie zavázána povinností prezentovat trestnímu soudci vše, co v přípravném řízení činí...
4. Další „rubovou“ stránkou zmíněného zákazu je ta skutečnost, že obžalovaný bude a musí být zproštěn viny, ačkoliv existují přesvědčivé důkazy o tom, že trestný čin spáchal. To není vždy akceptovatelné... Soudy a zákonodárce se nyní snaží zákaz důkazu potlačit. Byla již položena otázka, zda nemusí být zákaz výsledku zaměněn za jinou sankci. Přitom se uvažuje v prvé řadě o sankcích, které nemohou vést ke zprošťujícímu rozsudku, jako např. zmírnění trestu nebo odškodnění. Autor tohoto příspěvku považuje podobné diskuse za nebezpečné, protože se náprava, tedy záruka práv v procesu, zaměňuje za kompenzaci ... V zákazu použití důkazu spočívá zachování práva, i když tento zákaz je do určitého trestněprávního systému jen obtížně integrován. Ovšem zdůrazňování těchto potíží je jen vedlejší záležitostí, nemůže tedy vést k odmítnutí uvedeného zákazu v trestním řízení.

České résumé: V. Kratochvíl

Banalités matrimoniales¹

Claude BONTEMS

„S'interroger sur ce qu'est le mariage semble relever de l'irrespect ou de la naïveté“ ainsi s'exprime, non sans une certaine ironie, l'un des grands romanistes de ce siècle². Allant plus loin, un autre auteur, considéré comme l'un des pères fondateurs de la sociologie juridique n'hésite pas à écrire, sans la moindre ironie cette fois: „Le Code Civil n'a pas défini le mariage et il a eu raison: chacun sait ce qu'il faut entendre par là: c'est la plus vieille coutume de l'humanité et l'état de la plupart des individus adultes“³. Ces affirmations procèdent davantage de la pétition idéologique que de la stricte observation sociologique. La seconde, en particulier, reflète fidèlement l'esprit du Code civil français qui consacre quelques brefs articles à la nationalité, au domicile et à l'absence, lesquels constituent le statut du célibataire⁴, et, en revanche, dédie trois cent soixante cinq articles au mariage⁵: l'être humain social n'existe pas en dehors du mariage.

Cependant, la recherche d'une définition du mariage s'avère nécessaire. Nous en voulons pour preuve les deux réflexions suivantes.

En premier lieu, nous pouvons faire remarquer que, sur le seul plan des définitions descriptives, le mot mariage en français revêt deux sens: il désigne aussi bien l'acte constitutif du lien conjugal („j'ai assisté au mariage de...“) que l'état matrimonial dans sa durée („un mariage indissoluble“⁶); dès lors qu'un même mot peut revêtir deux significations différentes n'importe-t-il pas de définir d'abord chacune de ces

¹Nous utilisons le mot „banalités“ dans sa double acception: ce qui est sans originalité, ce qui procède du pouvoir de contrainte, du ban.

²J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, Cerf, 1987, p. 15.

³J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2., Paris, P.U.F., 1979, p. 26.

⁴Plus précisément il s'agit des articles 8 à 15 (les articles 12 et 13 ont été abrogés), des articles 102 à 111 et des articles 112 à 143. Encore convient-il de remarquer que ces dispositions ne sont pas propres aux seuls célibataires et qu'elles s'appliquent aussi bien à l'homme ou à la femme marié(e)s. Le statut du célibataire n'est pris en considération que dans le Code Général des Impôts, c'est le seul secteur où l'individu non marié recouvre un droit de cité. Il en va de même, mais sous une forme négative, en ce qui concerne les obligations militaires dont sont dispensés les soutiens de famille.

⁵Il s'agit des articles 144 à 508 du Code Civil.

⁶Cette remarque semble avoir été formulée pour la première fois au XVIII^e siècle par POTHIER, *Traité du mariage, œuvres complètes*, Paris, 1825, T. V, p. 1. Elle est reprise par J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 14.

deux significations et d'indiquer ensuite celle à laquelle nous entendons nous référer? A l'inverse, il convient de relever que certaines cultures ne connaissent pas de mot pour désigner le mariage en tant qu'institution, ainsi en est-il de l'ancienne société grecque ou de la société arabe. La „plus vieille coutume de l'humanité“ pourrait-elle être anonyme?

En second lieu, certaines formes de mariage susciteraient l'étonnement de nos sociologues juridiques qui auraient bien du mal à y reconnaître „la plus vieille coutume de l'humanité“. Nous en donnerons deux exemples.

Nous emprunterons le premier au système juridique éthiopien, en particulier celui qui s'applique aux Amhara⁷ lesquels connaissent trois formes de mariage: le mariage *qurban* ou mariage religieux, le mariage contractuel civil et, enfin, le mariage *damoz* ou mariage avec compensation. C'est cette dernière forme qui va retenir notre attention. Un homme devant s'absenter pour une période plus ou moins longue peut conclure une union dont la durée coïncidera avec celle du voyage. Cet homme s'assure, moyennant rétribution, les services sexuels et domestiques d'une femme: lit, nourriture et soins du ménage. L'idée qui s'imposerait immédiatement à l'esprit occidental serait celle d'une forme de prostitution domestique, une „call girl femme de ménage“. Et pourtant, il n'en est pas ainsi. C'est bien de mariage qu'il s'agit et d'un mariage reconnu par la loi éthiopienne; la femme peut poursuivre le mari devant les tribunaux pour obtenir le paiement de l'indemnité fixée dans le contrat; si des enfants naissent de cette union, ils viendront à la succession de leur père; durant l'union, l'épouse acquiert un statut social supérieur à celui d'une simple concubine (*yaccan garad*); en bref, au regard du droit éthiopien, cette union ne saurait se confondre avec la prostitution⁸.

Il s'agit bien d'un mariage et pourtant, tout dans son économie choque la mentalité classique occidentale. Néanmoins, les familiers de l'Islam auront reconnu dans le mariage *damoz* une variante du *nikah al-mut'a*⁹, c'est-à-dire une forme de mariage chi'ite dont la durée est fixée ab initio par les deux conjoints. Le *nikah al-mut'a*, comme le mariage *damoz*, nie, dans son essence même, l'éternité du mariage occidental et pour certains il pose la question fondamentale de l'existence d'une frontière entre le mariage et la prostitution¹⁰. S'agit-il de données naturelles, ou bien procèdent-elles d'une construction sociale: pas de relations sexuelles licites en dehors d'une institution appelée mariage¹¹? S'agit-il de situations dans lesquelles

⁷Cf. P. TABET, *Dal dono alla tarifa: le relazioni sessuali implicanti compenso, Donna, Women, Femme*, 1986, N°1, p. 105 et s.

⁸*Ibid.*, p. 105 et 106.

⁹Cf. FR. CASTRO, *Materiali e ricerche sul Nikah al-Mut'a*, Roma, 1974; S. MURATIA, *Temporary marriage, Mut'a in islamic law*, Londres, 1987; S. HAERI, *Law of divorce, temporary marriage in shi'i Islam*, Syracuse, New York, 1989; Y. RICHARD, *L'Islam chi'ite*, Paris, Fayard, 1991, p. 192 et s.

¹⁰Cf. Y. RICHARD, *op. cit.*, p. 204 et s.

¹¹La confrontation entre mariage et prostitution pose le problème de la perception des rapports homme/femme sous l'angle des relations sexuelles. Dans la culture chrétienne classique les relations

seule la nature psychologique des sentiments ressentis par les protagonistes doit être prise en considération: „Je suis (je me ressens comme) une prostituée“, „Je suis une femme mariée“? Aucune de ces deux approches objective/subjective apparaît pleinement satisfaisante et l'on peut se poser la question de savoir s'il existe réellement une frontière entre le mariage et la prostitution, si tout mariage n'inclut pas une forme (légale) de prostitution potentielle, dans la mesure où l'élément essentiel dans l'une comme dans l'autre demeure la relation sexuelle. Les phénomènes de contrainte (physique ou économique), de paiement d'un prix et le caractère éphémère des relations par lesquels on tend à définir la prostitution, peuvent tout aussi bien se retrouver au niveau du mariage. Le fait psychologique peut se révéler inopérant. La femme mariée peut éprouver le sentiment de se prostituer en raison de l'absence de choix ou de la situation qui lui est impartie¹². Pour en revenir à notre exemple, il importe cependant de relever un fait important: le mariage à durée déterminée a suscité bien des remarques acerbes, toutes reposant sur le fait que l'introduction d'un terme au delà duquel le mariage cesse d'exister constitue une monstruosité par rapport au mariage „éternel“ du monde occidental-chrétien; c'est oublier bien vite, pour ne pas dire passer volontairement sous silence que le *nikah al-mut'a* peut avoir une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans et, quelle que soit la durée impartie, il est pratiquement impossible de rompre l'union avant l'expiration du terme¹³, de ce

sexuelles à l'intérieur du mariage disparaissent derrière des périphrases pudiques: „le mari est obligé ... envers sa femme au devoir conjugal (POTHIER, *Traité du mariage, op. cit.*, p. 213). Cette formule, directement traduite du *debitum conjugale*, est pleine de saveur, il faut accomplir comme un devoir, ce qu'en général on fait par plaisir! L'antagonisme entre mariage et prostitution procéderait d'une opposition entre devoir et plaisir. Ce n'est donc pas innocemment que les „lieux de débauche“ seraient également des „lieux de plaisir“. Cette présentation manichéenne aboutit à nier, par la condamnation de la prostitution, toute idée de plaisir dans l'acte sexuel licite. Ce dernier ne serait plus qu'un acte fonctionnel justifié par sa seule finalité: la procréation. Il est loisible d'énoncer sous forme de théorème les axiomes suivants: pas de relations sexuelles sans procréation, pas de procréation en dehors de la famille, pas de famille sans mariage, en conséquence: pas de relation sexuelle en dehors du mariage. Ce schéma a subi, avec beaucoup de réticences, quelques modifications ces dernières années, la règle „pas de relations sexuelles sans procréation“ est devenue „pas de procréation sans relations sexuelles“ (les dernières avancées de la biologie et plus particulièrement les données de la contraception et de la fécondation artificielle ont engendré une composition de l'enseignement religieux sur une ligne de défense jugée plus sûre), ceci a pour conséquence d'introduire un début d'espace entre relations sexuelles et procréation. (Cf. U. RANKE-HEINEMANN, *Das eunuchs pour le royaume des cieux, l'église catholique et la sexualité*, Paris, Laffont, 1990, p. 314 et s.).“

¹²Cf. Ch. DESSIEUX, *La prostitution conjugale, des femmes témoignent*, Paris, Albin Michel, 1993, p. 170. L'auteur, qui malheureusement ne s'embarrasse guère de définitions, semble penser qu'il y a prostitution dès lors que l'acte sexuel est accompli sous la contrainte: „Car il y a en effet prostitution conjugale chaque fois qu'une femme est forcée de subir un acte sexuel sous la contrainte, pas seulement pour de l'argent, mais pour avoir la paix“ (*Ibid.* p. 171.). On peut cependant se demander s'il n'y a pas confusion entre viol et prostitution.

¹³Cf. S. MURATIA, *op. cit.*; et S. HAERI, *op. cit.*. Pour la plupart des auteurs, le *talag* (répudiation) est interdit, seuls seraient autorisés le *li'an* (serment d'anathème porté par le mari contre la femme prétendue infidèle) et le *zihar* (forme de répudiation préislamique).

fait bien des *nikah al-mut'a* auront une solidité et une durée supérieure à celles du mariage „éternel“ occidental.

Le second exemple sera encore emprunté à l'Afrique¹⁴. Chez les Kogoro qui habitent le haut plateau nigérian, les femmes peuvent connaître plusieurs époux. La jeune fille est d'abord mariée par son père à un premier mari auprès duquel elle vivra plusieurs années, puis elle peut être conduite à épouser successivement plusieurs époux secondaires auprès desquels elle vivra une période identique à celle consacrée à son premier époux. A la fin de ce parcours matrimonial, elle choisit parmi ses époux celui auprès duquel elle achèvera sa vie. Les enfants nés de ces diverses unions se partagent entre le père et le mari de la femme, le mari pouvant toujours racheter les enfants échus au père. Ici encore nous sommes confrontés à un modèle matrimonial qui heurte la mentalité occidentale¹⁵: la polyandrie. Certains auteurs sont allés jusqu'à soutenir que la polyandrie n'existait pas, qu'il s'agissait d'un mythe propre dans le meilleur des cas aux seules amazones. L'ethnologie montre que les mythes peuvent être surpassés par la réalité. Nous sommes bien en présence d'un système polyandrique puisque les diverses unions coexistent juridiquement et synchroniquement; lorsque la femme décide de terminer ses jours avec un époux antérieur, il n'est pas procédé à de nouvelles cérémonies matrimoniales¹⁶. Le fait d'épouser un second mari, puis un troisième, n'entraîne pas la rupture des unions antérieures. Bien mieux, nous sommes en présence d'un système polygamique parfait, puisque l'époux, de son côté, peut avoir plusieurs épouses.

Cet exemple non seulement permet de marquer une différence avec le modèle occidental, mais il présente en outre l'avantage de mettre en évidence la fonction principale du mariage: la procréation et sa contrepartie, c'est-à-dire la subsistance économique de l'épouse. L'époux chez lequel la femme retourne n'a à sa disposition aucun moyen juridique pour refuser sa venue, tous les époux successifs doivent se tenir prêts à accueillir leur femme¹⁷.

Il n'existe donc pas un modèle matrimonial unique, mais des modèles différenciés qui présentent des similitudes de fonction. Qu'il s'agisse de nos deux modèles africains, du modèle occidental ou de ceux des autres continents, tous se contruisent autour d'une aptitude de la femme: la procréation. Cette capacité de procréation, donnée naturelle, est récupérée au niveau de la construction sociale, elle devient une fonction; la société va se maintenir, voire se développer à partir d'elle. Dès lors nous rencontrons ce qui est sans doute la première matrice de la réduction du statut fémi-

¹⁴J.C. MULLER, *Du bon usage du sexe et du mariage, structures matrimoniales du haut plateau nigérian*, Paris, L'Harmattan, 1982, p. 42 et s.

¹⁵Ce heurt n'est pas purement intellectuel: „L'ethnologue C.K. Meek, qui travailla dans la région entre la fin des années 1910 et la fin des années 1920, fut le premier à montrer que cette prétendue promiscuité anarchique obéissait à des règles et il avertissait les administrateurs un peu trop puritains d'y regarder à deux fois avant de légiférer sur ces coutumes, c'est-à-dire, en clair, à les interdire.“ J.C. MULLER, *op.cit.*, p. 13.

¹⁶*Ibid.*, p. 56.

¹⁷*Ibid.*, p. 56.

nin: la sexualité de la femme reproductrice doit être consacrée à la perpétuation de l'espèce, selon les critères énoncés par la société, et l'on peut même se demander si la fonction de la femme ne se limite pas à cette seule finalité. En outre, il est à souligner que la femme se voit priver de deux libertés: non seulement il lui est interdit bien souvent de ne pas procréer, mais de surcroît elle se voit imposer les conditions menant à la procréation¹⁸. En conséquence la femme ne dispose plus d'aucun droit, d'aucune exclusivité sur son corps, ce dernier est entièrement voué à la pérennisation du groupe social, directement ou, le plus souvent, par voie d'échanges de groupes à groupes¹⁹. Avant même sa naissance, le chemin social de la femme est tracé. Sa mission de reproduction engendre une limitation, voire une destruction, de ses divers espaces qui tous deviennent espaces contrôlés ou interdits: espace sexuel avec obligations de virginité et d'exclusivité²⁰ même dans un système polyandrique; espace économique dans lequel la mission de reproduction et d'éducation entre en conflit avec les tâches de production autres que domestiques et aboutit à une division du travail intersexiste²¹, sauf quand les besoins économiques de la société conduisent les femmes à cumuler une double activité de production; l'espace social et culturel marqué par l'infériorisation du statut féminin et l'obligation pour les femmes de se créer des espaces parallèles, des sociétés de femmes²². La récupération par la société d'une des potentialités de la femme érigée au rang de paradigme: la reproduction,

¹⁸C'est ce qui ressort de la définition du mariage donnée par A. BARNARD: „l'union d'un homme et d'une femme telle que les enfants nés de la femme sont reconnus légitimes par les parents“ cf. P. BONTE et M. IZARD, *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, 1992, p. 444. Notons que si cette définition devait être prise au pied de la lettre, en l'absence d'enfants il n'y aurait pas de mariage!

¹⁹Cette dépossession de la femme de son propre corps est telle que dans certaines sociétés la femme doit masquer totalement son corps à d'autres que son époux. Nous faisons allusion ici à des pratiques telles que le voile, le masque, le tchador etc. qui se rencontrent en terre méditerranéenne et d'Islam. Entre autres ouvrages parus ces dernières années, cf. G. EL KHAYAT-BENNAI, *Le monde arabe au féminin*, Paris, L'Harmattan, 1985, p. 19 et s.; B. HADJ NASSER, *Le voile mis à nu*, Paris, Arcantère, 1985; W. ZÉNIE-ZIEGLER, *La face voilée des femmes d'Égypte*, Paris, Mercure de France, 1985; J. MINCES, *La femme voilée, l'Islam au féminin*, Paris, Calmann-Lévy, 1990; H. TAARJI, *Les voilées de l'Islam*, Paris Ballad, 1990; K. ZOULAI, *Des voiles et des serrures*, Paris, L'Harmattan, 1990; N. ALLAMI, *Voilées, dévoilées*, Paris, L'Harmattan, 1990; N. GÖLE, *Musulmanes et modernes*, Paris, La découverte, 1993; F. KHOSROKHAVAR, *Les femmes et la révolution islamique, Projets Féministes*, T. 2, avril 1993, p. 83 à 102.

²⁰La notion d'exclusivité doit s'analyser de façon extensive. La femme n'a pas la possibilité de refuser le mari exclusif et de se confiner dans un célibat dépourvu de toute relation sexuelle, elle n'a pas le choix entre Lui et Rien. L'épouse qui voudrait se refuser à son mari pourra lui être soumise par des contraintes pouvant prendre la forme d'un viol familial collectif, cf. P. TABET, *Fertilité naturelle, reproduction forcée, L'arrondissement des femmes*, Paris, 1985, Édit. E.H.E.-S.S., p. 75 et s.

²¹Cf. E. SULLEROT, *Histoire et sociologie du travail féminin*, Paris, édit. Gonthier, 1968; C. MEILLASSOUX, *Femmes greniers et capitaux*, Paris, L'Harmattan, 1989.

²²Cf. entre autres, O. JOURNET, *Les hyper-mères n'ont plus d'enfants, maternité et ordre social chez les Joola de Basse-Casamance, L'arrondissement des femmes, op. cit.*, p. 17 et s., et surtout, p. 25 et s.

la planification de cette potentialité, aboutissent à la réglementation matrimoniale et à l'assujettissement de la femme. Le mariage devient le mode étatisé de création de la famille. C'est en ce sens que l'adjectif „matrimonial“ qualifie davantage ce qui relève du statut familial, que ce qui découle du mariage stricto sensu.

Cette volonté de confondre mariage et famille engendre de biens étranges résultats qu'illustre, dans le monde occidental, la „crise de la famille“²³. Le nombre des célibataires augmente, le nombre des unions libres également. Il est à noter à ce propos, que trop souvent la démarche des observateurs tend à considérer l'union libre comme la reproduction du modèle officiel (mariage) hors du cadre légal. Après avoir été longtemps condamnée, l'union libre est présentée comme un mariage sans la solennité qui s'attache à ce dernier. L'union libre ne serait que la répétition, hors du cadre conventionnel, d'un modèle immuable²⁴, un mariage „désinstitutionnalisé“. Nous sommes en présence d'un phénomène classique de récupération, non seulement parce que la volonté de récupération existe, mais aussi parce que, dans ce domaine, l'observateur est incapable de raisonner sans recourir à son cadre culturel de référence: La volonté de récupération traduit le sentiment que le mariage obéit à une finalité sociale nécessaire, qu'il est le fondement même de la société, le lieu idéal où se transmettent l'ensemble des traditions qui fondent l'identité culturelle d'un groupe; il est donc indispensable que toute forme déviante, à défaut d'être combattue avec succès, puisse jouer, même imparfaitement, le rôle dévolu à la forme supérieure²⁵. L'incapacité de raisonner en dehors du cadre de référence procède de la certitude quasi-religieuse que le mariage est à l'origine de toute société, que son affinement est lié au degré de développement culturel de cette dernière. Le mariage est essentiel, il ne saurait être accidentel, bien plus, il est unique²⁶; en conséquence, l'union libre ne

²³Cette notion de „crise de la famille“ a donné lieu à de multiples enquêtes et tables rondes ces dernières années. Nous renvoyons aux études et enquêtes qui ont été publiées dans les ouvrages suivants: Finie la famille? traditions et nouveaux rôles, *Autrement*, N°3, automne, 1975; E. SULLEROT, *Pour le meilleur et pour le pire*, Paris, 1984 (Cet ouvrage reproduit les conclusions d'un rapport adopté par le Conseil Économique et Social en janvier 1984); *Le mariage et l'échec du mariage*, colloque de l'Institut de droit canonique de l'Université de Strasbourg, *Revue de Droit Canonique*, T. XXIV, 1974.

²⁴Bien souvent la volonté de récupération sera dissimulée derrière des préoccupations de protection, il s'agira de protéger la femme ou les enfants issus de l'union libre, comme si le mariage avait la moindre vertu en la matière. Le mariage n'a jamais empêché les abandons d'enfants ni les mauvais traitements infligés aux enfants. (Cf. M. T., MEULDERS-KLEIN, *Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire*, *Des concubinages dans le monde*, Paris, Édit. du CNRS, 1990, p. 270-71.)

²⁵Il suffit de songer à la hiérarchisation des unions dans l'Antiquité (concubinat, union avec une esclave, mariages inférieurs, mariage juste et légitime) pour constater que cette démarche de récupération n'est pas le fait de l'époque contemporaine. Disons simplement qu'à certains moments, ceux de la „rédemption“ des mœurs, l'État s'est cru suffisamment fort pour imposer un modèle matrimonial unique.

²⁶Nous avons vu que les auteurs „classiques“ considèrent que le mariage n'a pas besoin d'être défini puisqu'il est unique, les interrogations concernant la famille ne commencent à apparaître qu'en raison des conséquences des derniers acquis de la génétique et de la procréation artificielle,

saurait être qu'une mutation conjoncturelle, sur laquelle, dans l'hypothèse où elle se pérenniserait, viendront se greffer, par un déterminisme qui échappe à l'humain, les vertus du mariage.

À la racine de toute cette démarche nous retrouvons le postulat selon lequel le mariage unique est immuable. Toutes les théories qui tendent à affirmer l'existence de formes sociales sans mariage doivent être dès lors vigoureusement combattues. Tout au plus peut-on accepter l'existence d'une évolution à l'intérieur du mariage lui-même, la présence d'une telle évolution aura le mérite de souligner le degré de perfection du mariage occidental qui doit servir de modèle aux autres sociétés.

Ceci doit nous conduire à une seconde série de réflexions. Vouloir établir un *continuum* entre le mariage occidental et les autres formes de mariages, relève du non-sens. Le mariage occidental, le mariage romano-canonique, constitue, au regard de l'histoire universelle, une forme aberrante, une forme mutante de mariage car il présente tout une série de caractères que ne possèdent pas les autres formes de mariages, dès lors il devient impossible d'établir quelque filiation, quelque hiérarchie entre le mariage romano-canonique et les autres formes d'unions.

I – Évolution ou immutabilité du mariage

Jusqu'au XIX^e siècle, dans la société occidentale, la notion d'immutabilité domine, très vraisemblablement pour des raisons religieuses: le mariage, institution créée par la divinité, ne saurait être que parfait et donc présent depuis les origines de l'espèce humaine. Tout au plus est-il susceptible de perfectionnements, en particulier chez les groupes qui ne pratiquent pas la même religion et qui, de ce fait, sont considérés comme arriérés. Cette démarche est remise en cause dans le courant du XIX^e siècle par les premiers ethnologues, ceux qui refusent d'admettre que l'individu soit le produit d'un exemplaire initial unique.

Les ethnologues

En 1861, Bachhofen publie son ouvrage fondamental, *Das Mutterrecht*²⁷. L'auteur nie l'immutabilité du mariage et distingue trois étapes successives dans la constitution de la famille: la promiscuité primitive²⁸, la famille maternelle (matriarcat) et, enfin, la famille paternelle (patriarcat). Les deux premiers stades sont ceux

alors la notion de famille refait surface sans qu'il y ait la moindre interrogation sur l'acte juridique qui lui donne naissance, à savoir le mariage; de nouveau, le postulat selon lequel il n'y a pas de famille sans mariage est implicitement avancé et placé au centre des débats. L'ouvrage de F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave, génétique et droit*, Paris, Flammarion, 1987, est remarquable en ce sens. L'auteur parvient à mener son discours (juridique) sans faire une seule fois référence à la principale intéressée: la femme; en revanche, la société est omniprésente, elle seule a son mot à dire, la femme est/doit être muette.

²⁷J. BACHHOFEN, *Das Mutterrecht*, Stuttgart, 1861.

²⁸L'idée de promiscuité primitive avait déjà été développée par un anthropologue en chambre: J.-N. DEMEUNIER, *L'esprit des usages et des coutumes des différents peuples*, Paris, J.-M. Place,

qui s'avèrent les plus intéressants et ceux qui ont engendré les plus fortes critiques. L'idée qu'il ait pu exister une période durant laquelle les femmes auraient eu la disponibilité de leur corps était tout simplement inadmissible en plein XIX^e siècle²⁹. Que cette période ait été suivie d'une seconde ère durant laquelle la société aurait été ordonnancée autour de l'élément féminin était elle aussi trop neuve et surtout contraire à tous les dogmes de l'époque.

Sous des formes plus structurées, les idées de Bachhofen devaient être reprises par L.H. Morgan³⁰ et, dans une moindre mesure, par J.F. McLennan³¹. De ces deux auteurs, le premier apparaît comme le plus fécond et le plus contesté. Son affirmation de l'existence d'une promiscuité primitive³², antérieure à toute organisation familiale devait engendrer de multiples réfutations. Il n'en demeure pas moins que Morgan dégage les grandes étapes de la réduction de l'espace sexuel féminin. De la promiscuité à la famille monogamique, la femme voit son espace se réduire. Libre de choisir son (ses) partenaire(s) à l'origine, elle est affectée à un homme de façon toujours plus exclusive; cette affectation renforce, dans le même temps, sa mission procréatrice³³. La femme perd la maîtrise de son espace sexuel parce que sa vocation est d'être mère au profit d'une seule et unique famille. Cette réduction, cette vocation lui font également perdre la maîtrise de ses espaces économique et social.

La critique des thèses de Morgan a été le fait d'auteurs tels Westermarck, Sumner Maine, Lowie, L. Levy Bruhl³⁴ et, plus récemment, Cl. Lévi-Strauss. Tous défendent l'idée selon laquelle la notion de famille est une des données innées de

1988, T.1, p. 152: „Il faut un certain espace de temps avant que le mariage s'établisse, & les voyageurs citent une foule de peuples dont la race se perpétue sans connoître cette institution... les Otaïtiens, il est vrai, vivent indifféremment avec toutes les femmes, & lorsqu'une d'entr'elles devient grosse ils sont obligés de l'épouser..." (ouvrage publié en 1775).

²⁹Encore que la promiscuité primitive puisse également s'analyser comme la possibilité pour l'homme d'avoir des relations sexuelles avec n'importe quelle femme. Telle semble être la conception de Demeunier (Cf. *supra*, n. 26).

³⁰L.H. MORGAN, *La société archaïque*, Paris anthropos, 1985 (la première édition anglaise date de 1877).

³¹J.F. McLENNAN, *Primitive Marriage*, 1865. Cf. également A. GIRAUD-TEULON, *Les origines du mariage et de la famille*, Paris, 1884, p. 56-84.

³²L'expression de „promiscuité“ indique qu'elle revêt dans la pensée même de ceux qui l'utilisent une connotation péjorative. Pour s'en convaincre, il suffit de relire ce passage de Morgan: „ce stade représente le niveau le plus bas de l'état sauvage qui se puisse concevoir... la promiscuité est une condition sociale qui a nécessairement précédé la famille consanguine, mais elle demeure noyée dans les brumes des premiers âges de l'humanité, inaccessible à la connaissance positive.“ (MORGAN, *op. cit.*, p. 576-578). Ce rejet de la promiscuité dans l'inaccessible, d'un point de vue psychologique témoigne de la répulsion de l'auteur, la promiscuité est renvoyée dans l'invisible.

³³Cette conséquence des théories de Morgan a été mise en évidence par R. MAKARIUS, dans son introduction à l'ouvrage de Morgan: *Le développement de l'idée de famille*, *op. cit.*, p. III XVI: „Vue sous cet angle, l'institution de la famille peut apparaître comme limitative d'une liberté de mœurs...“

³⁴WESTERMARCK, *Origines du mariage dans l'espèce humaine*, Paris, 1895 (1ère édition anglaise: 1891); S. MAINE, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, Paris, 1885; R. LOWIE, *Primitive Society*, New York, 1947; *idem*, *Historie de l'ethnologie classique*, Paris, Payot, 1971;

l'espèce humaine, jamais il n'y a eu un stade „humain“ de promiscuité primitive³⁵. De tous ces auteurs, Cl. Lévi-Strauss mérite de retenir plus spécialement l'attention. De son œuvre nous rappellerons sa démonstration d'après laquelle, à un moment de l'histoire humaine, on assiste à la mise en place de mécanismes d'une extrême complexité pour réguler les échanges matrimoniaux de groupe à groupe³⁶. Dans le but de maintenir un équilibre démographique, d'éviter toute supériorité numérique d'un groupe sur un autre, ou, au contraire, de maintenir la supériorité d'un groupe sur d'autres, les femmes (principal instrument de l'évolution démographique) sont l'objet d'échanges prédéterminés de groupe à groupe. La fonction détermine le statut³⁷.

Quelle que soit la thèse vers laquelle, pour des raisons idéologiques, religieuses ou culturelles, on incline, il est à constater que toutes posent un postulat: la famille, le mariage, requièrent une intervention, une contrainte sociales. Les individus peuvent choisir de vivre, pour des motifs personnels, en couple, c'est la société – sous ses premières représentations étatiques – qui impose la structure matrimoniale et familiale. D'un point de vue logique, il est possible d'en conclure que la réglementation matrimoniale n'est pas une donnée première de l'humanité, mais une construction sociale. La famille, avec tout ce qu'elle présuppose d'ordonnancement juridique, n'est donc qu'une construction sociale et non pas une donnée relevant du seul instinct³⁸. Il est

L. LEVY BRUHL, *La mentalité primitive*, Paris, Retz, 1976. Cf. également E. MEYNIAL, *Le mariage*, *Revue d'histoire du droit français et étranger*, 1898, p. 181.

³⁵Telle est du moins l'image projetée par ces auteurs. „Comment se fait-il qu'au cours de l'évolution de l'humanité depuis ses origines et quelle que soit la forme de culture adoptée par les diverses sociétés, la famille ait toujours été présente et qu'elle le soit toujours chez nous? (Nous reprenons ici, de façon schématique, les analyses célèbres de Lévi-Strauss...)“ F. HÉRITIER, *Les dogmes ne meurent pas*, *Autrement* N°3, 1975, p. 158.

³⁶Cf. en particulier: C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton, 1973.

³⁷Le mariage prescriptif peut également être la marque de la supériorité d'un groupe sur un autre. Le groupe supérieur contraint le groupe subordonné à lui fournir ses futures épouses.

³⁸Il se trouve encore des auteurs pour se livrer à des parallèles entre la polygamie humaine et la polygamie animale, la monogamie des hommes et celle des animaux, afin de démontrer que la notion de famille est inhérente à la nature. Pourquoi ne pas pousser la comparaison plus loin et évoquer les plantes, les fleurs (celle de l'orange en particulier) dont le pollen vogue des étamines vers le pistil? C'est oublier, un peu rapidement, que les animaux n'ont pas créé une hiérarchie du père lion organisant l'union de son lionceau, ni ne se sont doté d'un officier lion d'état civil contrôlant et sanctionnant les unions de leurs congénères. Cf. à titre d'exemple: M. DELMAS-MARTY et C. LABRUSSE-RIOU, *Le mariage et le divorce*, Paris, P.U.F., 1978, p. 7: „L'union en un couple stable de deux créatures de sexe opposé est l'une des plus vieilles coutumes du règne animal. Si les lions ont habituellement plusieurs femelles attirées, des oiseaux, certains loups et la plupart des hommes sont attachés à une compagne unique... Quel que soit le sens qu'on lui donne, le mariage appartient au droit naturel...“ Ce passage se passe de tout commentaire, il est contredit par la seule constatation que la quasi totalité des sociétés humaines sont polygyniques et que l'homosexualité, si elle n'existe pas chez les animaux (ceci reste encore à démontrer) est solidement enracinée dans le comportement humain; enfin, il est à relever qu'une fois encore l'union est confondue avec le mariage.

fort possible, au demeurant, qu'elle soit l'une des premières constructions sociales. C'est la notion de famille qui permet d'aboutir à l'affirmation selon laquelle une femme est la mère des enfants de son mari³⁹!

Les juristes

Les juristes occidentaux, conservateurs par tradition et éducation, ne se sont guère préoccupés des théories évolutionnistes. Tout au plus assiste-t-on à des reconstructions faisant appel aux notions de parentèles et de ligne pour décrire les divers degrés de la famille. Les juristes ne sont concernés par la famille qu'en fonction de sa réglementation étatique, les spéculations sur une famille anté-étatique leur demeurent étrangères. Cependant, ils ne sont pas restés indifférents à une démarche évolutionniste et, à leur manière, ils ont voulu, eux aussi, apparaître comme tels, mais dans une perspective infra familiale. C'est ainsi qu'ils sont à l'origine du célèbre triptyque: mariage par rapt, mariage par achat, mariage consensuel⁴⁰. Un vieux schéma qui a la vie dure, puisqu'il trouve encore des défenseurs de nos jours, malgré les attaques dont il a été l'objet⁴¹.

En schématisant au maximum sa présentation, on peut en donner la vision suivante⁴².

Dans les sociétés archaïques prédomine, à l'origine, la violence dans les rapports de groupe à groupe. C'est le dogme des guerres incessantes de tribus à tribus, de clans à clans. L'étranger est toujours un ennemi potentiel. Dans ce contexte, si le mariage doit se conclure à l'extérieur du groupe (mariage exogamique), il n'existe pas d'autre moyen de se procurer une épouse que de l'enlever à son groupe d'origine. Les partisans de cette théorie avancent deux séries d'arguments pour étayer la véracité de leur affirmation: les témoignages de l'histoire ainsi que le symbolisme matrimonial. Au titre des exemples on peut mentionner l'enlèvement collectif des Sabines ou bien le double enlèvement d'Hélène⁴³. Pour ce qui est du symbolisme matrimonial, il est

³⁹J. GOUTAL, Pour moi le père, c'est une convention, *Autrement*, 3/1975, p. 43.

⁴⁰CL.R. KESTLER, Raub-, Kauf-, und Friedelsehe, *Zeitschrift der Savigny Stiftung, Germanistische Abteilung*, 1943, p. 92-136. A. ESMEIN, Les coutumes primitives dans les écrits des mythologues grecs et romains, *Revue historique de droit français et étranger*, 1902, p. 2 et s.

⁴¹L'expression de mariage par achat est utilisée, sans la moindre réserve par C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires*, op. cit., p. 535 et passim. On la retrouve sous la plume de juristes tels: P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, T.III, *Le droit familial*, Paris, 1968.; mariage par „achat“ et mariage par „capture“ sont des expressions qui figurent dans *Dictionnaire de l'éthnologie et de l'anthropologie*, op. cit., p. 445. Enfin, on peut mentionner un article anonyme. Les violences contre les femmes en Chine, *Projets Féministes*, N°2, avril 1993, p. 5 et s., mais on doit se demander si l'auteur ne confond pas mariage et esclavage, et, de façon plus générale, le licite et l'illicite; à un degré moindre, la violence conjugale existe dans les sociétés occidentales, sans que cela aboutisse à remettre en cause le caractère consensuel du mariage.

⁴²Nous reproduisons ici les développements de R. KESTLER, op. cit., p. 92 et s.; et J. BRIS-SAUD, Le mariage par achat, *Recueil de l'Académie de Législation*, 1899-1900, p. 167 et s.

⁴³Hélène a été enlevée une première fois par Thésée, elle est reprise par ses frères Castor et Pollux; la seconde fois elle est enlevée par Paris et reprise, dix ans plus tard par son époux Ménélas.

possible de citer les danses guerrières nuptiales qui seraient une réminiscence de la forme primitive du rapt, de même le fait pour le mari de soulever sa femme dans ses bras et de la porter pour lui faire franchir le seuil de la maison.

L'enlèvement engendrerait une riposte du groupe d'appartenance de la jeune fille. Le trouble ainsi causé serait apaisé par le versement d'une composition pécuniaire. Cette dernière se transformerait en une somme versée préalablement au départ de la jeune fille⁴⁴. De la sorte on glisserait vers l'achat/vente. Cette théorie du mariage par achat mérite que l'on s'y attarde quelque peu. À l'achat peut se substituer un système de troc, c'est ainsi qu'apparaîtrait la notion de mariage prescriptif ou celle de mariage préférentiel⁴⁵. De même on peut également envisager un rapport inégalitaire: un groupe dominant un autre groupe, le premier peut exiger des épouses du second sans être astreint à la réciprocité. Mais souvent il y aura véritable achat, soit des femmes, soit du mari, dans cette hypothèse l'épouse ou l'époux acheté s'intégrera dans le groupe acquéreur⁴⁶. Le prix peut être fixe ou variable, il peut même s'acquitter en nature⁴⁷. Parfois, le versement du prix peut permettre la réalisation de nouvelles unions: ainsi, le prix versé pour l'achat d'une épouse servira au frère de cette épouse à acquérir, lui même, une épouse⁴⁸. De même, si l'épouse, par sa faute, engendre la rupture de l'union, le mari pourra exiger sa belle-sœur en compensation⁴⁹.

Ce cycle, qui débute par le rapt, s'achève dans le consensualisme. Le mariage se fonde alors essentiellement sur l'échange des consentements.

Avant même de s'interroger sur le bien fondé de chaque maillon de cette construction évolutive, une remarque générale s'impose: dans la pensée des auteurs de cette présentation, chaque étape constitue un progrès social par rapport à la précédente. Mieux vaut enlever son épouse que de vivre dans la promiscuité; mieux vaut acheter son épouse que de l'enlever; mieux vaut le mariage consensuel que l'achat. Cette dernière étape marque le degré supérieur de la perfection. En conséquence, toute union qui n'est pas strictement et uniquement consensuelle, est une union sociologiquement inférieure. De nouveau nous sommes confrontés à une tentative

⁴⁴La formule de Gordon Brown prendrait ici tout son sens: „Le mariage est un acte d'hostilité qui a fait l'objet d'une réglementation sociale“. (G. GORDON BROWN, *Hehe Cross Cousin Marriage, Essays presented to C.G. Seligman*, London, 1934, p. 30-31).

⁴⁵Sur ces notions, cf. C. LEVI-STRAUSS, op. cit., p. XVII et s.

⁴⁶Cf. F. COOPER COOLE, Family, Clan and Phratry in Central Sumatra, *Essays presented to A.L. Kroeber*, Berkeley, 1936: l'époux porte le nom „d'homme emprunté“.

⁴⁷L'exemple le plus caractéristique est celui du double mariage de Jacob qui dû servir deux fois sept années son beau père Laban avant de pouvoir épouser Léa et Rachel (*Genèse*, 19, 15).

⁴⁸Cette pratique semble particulièrement répandue en Afrique du Sud (Bantous, Thongas Herero etc.), elle serait également en usage dans d'autres régions d'Afrique comme le Soudan (Shillouk, Azandé etc.). Cf. H.A. JUNOD, *Mœurs et coutumes des Bantous*, Paris, 1936; C.G. SELIGMAN et B.Z. SELIGMAN, *Pagan Tribes of the Nilotic Sudan*, London, 1932.

⁴⁹Cette pratique existe en particulier chez les Ba Ronga d'Afrique du Sud (cf. H.A. JUNOD, op. cit., T.1, p. 228-229) et chez les Katchin (cf. W.J.S. CARRAPIET, *The Kachin Tribes of Burma*, Rangoon, 1929, p. 35).

d'explication qui repose sur un jugement de valeur moral et social; de nouveau nous sommes confrontés à une démarche qui ne parvient pas à s'abstraire du cadre des référents de la pensée occidentale. Les analystes ne s'interrogent pas sur l'existence ou l'inexistence, dans les sociétés observées, du concept de mariage par exemple; pour eux il ne fait aucun doute que cette institution est de droit naturel. C'est la raison pour laquelle, sans doute, à aucun moment ils n'en veulent donner une définition.

Cependant, ce schéma, si logique soit-il, soulève bien des interrogations. Le rapt, comme mode normal de conclusion d'une union, ne semble pas totalement (?) convaincant. Les exemples cités (Sabines etc.) relèvent de la légende. En outre, la femme enlevée bien souvent est consentante. Enfin, l'enlèvement suscite la réprobation. Si l'on prend en considération le second enlèvement d'Hélène, lorsqu'elle s'enfuit avec Paris, elle est déjà mariée et elle vit dans une société qui ne reconnaît pas la polyandrie, ce n'est donc pas en vue d'un mariage qu'elle accepte de suivre son amant à Troie⁵⁰. De la même manière, la symbolique matrimoniale n'est guère plus probante. Le Romain prend sa femme dans ses bras pour lui faire franchir le seuil de sa nouvelle demeure, mais il ne s'agit pas d'un rappel d'un ancien système se référant au rapt. Beaucoup plus simplement, tant que l'épouse ne se sera pas livrée à certains rites purificateurs, elle ne doit pas fouler le seuil, là où résident les divinités protectrices de la maison⁵¹.

Une explication existe, elle a été parfaitement mise en évidence dans une étude sur les Beri du Tchad et du Soudan⁵². Il peut advenir que le futur époux ne dispose pas des biens nécessaires à l'obtention de sa future épouse, avec l'accord de la famille de la jeune fille il procède à l'enlèvement de cette dernière. Ce geste va susciter la réprobation générale, mais au bout d'un laps de temps fixé par la coutume, les deux époux pourront rejoindre leur famille et vivre normalement. Le rapt permet de se soustraire à l'obligation du paiement de la „dot“. Dans le même ordre d'idée, lorsque le mariage est initié, si le futur époux doit remettre à la famille de la jeune fille un ensemble de présents, la belle-mère, de son côté, doit participer à l'édification et à l'aménagement de la case nuptiale; il peut advenir que les présents ont été remis, mais que la belle mère tarde à s'acquitter de ses obligations, bien souvent pour des raisons économiques. Avec l'accord de sa belle famille, l'époux, là encore, enlève la jeune fille⁵³. Le rapt apparaît comme un moyen de passer outre à une obligation sociale estimée excessive. Il présuppose une certaine connivence de la part de chacun des groupes concernés. Il permet, en quelque sorte, de „sauver la

⁵⁰Lors de son premier enlèvement, Hélène prend soin d'affirmer à ses frères venus la récupérer, qu'elle est toujours vierge; c'est à dire qu'il n'y a pas eu d'union entre elle et Thésée.

⁵¹Cf. J. GAUDEMONT, *Le mariage*, op. cit., p. 36.

⁵²M.J. TUBIANA, *Des troupeaux et des femmes, Mariage et transferts de biens chez les Beri (Zaghawa et Bideyat) du Tchad et du Soudan*, Paris, L'Harmattan, 1985.

⁵³*Ibid.*, p. 37 et s. et p. 63-64.

face“ tout en rompant avec la tradition⁵⁴. Le rapt ne se caractérise pas par la violence physique que l'homme exercerait sur la femme, mais par la violence faite aux traditions sociales.

Le mariage par achat suscite des difficultés d'une tout autre nature. Le mariage par achat ne s'appuie pas seulement, comme le mariage par rapt, sur une reconstruction, mais sur des arguments de texte solides. L'assimilation du mariage à une vente semble être une réalité juridique: „...id est per quamdam imaginariam venditionem.“⁵⁵; „La dot est analogue au prix de vente...“⁵⁶. Bien d'autres arguments de même nature sont invoqués par les juristes partisans de la vente. Une démarche philologique s'impose. Si l'on souhaite traduire par le concept occidental de „achat/vente“ l'acte juridique (dans la mesure où il existe) par lequel une femme se trouve liée à un homme dans une relation conjugale, il importe de rechercher si le concept de vente, tel qu'il est reçu dans le monde européen, correspond bien à la situation créée pour l'épouse dans sa société originelle⁵⁷.

L'achat/vente est l'acte juridique qui engendre, à titre onéreux, un transfert de propriété. Le droit de propriété comporte trois éléments: l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Pour qu'un mariage soit assimilé à une vente, il faut que le mari, devenu propriétaire de son épouse, détienne sur elle l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*. Or, quelle que soit la société considérée, il apparaît qu'aucune ne confère au mari un droit d'*abusus* sur son épouse: le mari ne peut détruire sans motif légitime son épouse, pas plus qu'il ne peut en faire cadeau à son meilleur ami. Dès lors qu'il n'y a pas transfert de tous les démembrements du droit de propriété, il n'y a donc pas vente au sens occidental que nous accordons à cette notion.

D'autres arguments ont été invoqués contre le mariage par achat, en particulier le fait que le „prix“ payé pour une épouse serait inférieur au prix payé pour une esclave. De même, il apparaît que les prestations de la famille de l'épouse, le trousseau

⁵⁴L'enlèvement, tel que nous le voyons chez les Zaghawa, n'est pas tellement éloigné de formes plus étatisées, tel le „rapt de séduction“ qui apparut au XVII^e siècle dans le monde occidental: pour passer outre à l'obligation du consentement paternel (pour être plus précis il conviendrait de dire: au refus de consentement du père), l'homme enlevait sa future épouse et faisait célébrer clandestinement son union par un prêtre, ce qui était possible étant donné que l'Église subordonnait le mariage au seul échange des consentements des deux conjoints. Cf. J. GAUDEMONT, *Le mariage*, op. cit., p. 309 et s., 319 et 331; J. GHESTIN, L'action des parlements contre les „mésalliances“ aux XVII^e et XVIII^e siècles, *Revue historique de droit français et étranger*, 1956, p. 74-110 et 156-224. Dans un ordre d'idées très voisin il est également possible de citer l'enlèvement de Médée par Jason. Médée accepte d'avoir des relations sexuelles avec Jason car elle connaît par avance l'arbitrage d'Alkinos qui conclura au mariage.

⁵⁵GAIUS, *Institutes*, I, 113, édit. J. Reinach, Paris, Belles Lettres, 1950, p. 20.

⁵⁶SIDI KHALIL, *Mariage et répudiation*, trad. Fagnan, Alger, 1909, p. 54.

⁵⁷Pour être plus précis il conviendrait de rechercher si 1) la situation faite à l'épouse s'apparente à l'achat/vente tel que ce dernier est défini dans la société considérée, et 2) si la définition de l'achat/vente dans la société considérée correspond bien à la définition que nous en donnons dans notre société. C'est pour des raisons de simplification que nous négligeons l'étape intermédiaire.

par exemple, peuvent être d'une valeur économique supérieure à celle de la dot⁵⁸; une telle constatation détruit l'idée selon laquelle on serait en présence d'un échange onéreux simplement bilatéral: femme contre prix, puisque la famille de l'épouse doit elle aussi verser une „compensation“ pouvant être supérieure au „prix“. Enfin, il est possible de noter que certains auteurs, d'une manière mécanique, qualifient d'achat des pratiques qui ne comportent pas tous les éléments constitutifs de ce contrat; ainsi, Cl. Lavi-Strauss, analysant le mariage Katchin (Birmanie), décrit longuement les divers cadeaux que le mari doit verser afin „d'acquérir“ sa future épouse, or cette dernière n'intègre pas totalement le clan de son mari⁵⁹. Nous serions donc en présence d'une série de compensations complexes: compensation de la capacité de reproduction de la femme au profit d'un groupe d'origine, compensation de l'entretien de la femme par le groupe incorporant la femme, etc.

Il n'en demeure pas moins que le concept „d'achat/vente“ demeure vivace et est utilisé bien souvent par celles mêmes qui en sont victimes. „Mon père m'a vendue quatre fois“⁶⁰. Si l'on rejette la notion de vente, dans une acception juridique, l'explication ne saurait se présenter que sous la forme d'un épiphénomène. L'élément essentiel est celui de l'objectivation de la femme. Dans un processus matrimonial, la femme est l'objet dont on dispose, que l'on déplace d'un groupe vers un autre. La femme est objet parce que sa liberté de choix est pratiquement inexistante, ce n'est pas elle qui décide. Dès lors, si le processus inclut une série de prestations, la tentation est grande de les considérer comme un „prix“; prix qu'il faut payer pour accéder au sexe de la femme, aux enfants de la femme, à la possession de la femme, etc.⁶¹: la femme est vendue, la femme est donnée, la femme se donne; toujours l'homme prend. Dans un tel contexte il est aisé de comprendre que l'idée de vente se soit imposée. Pour les uns, elle traduit une situation non seulement inférieure, mais aussi une situation dans laquelle elles, les femmes, deviennent une marchandise, où elles perdent leur statut. Pour les autres, l'existence d'un mariage par achat constitue la marque d'un degré inférieur de culture, c'est toute la société qui est infériorisée, ce sont toutes les sociétés pratiquant le mariage consensuel qui sont valorisées. L'élément fondamental n'est donc pas l'acte juridique, le processus

⁵⁸C. DIB-MAROUF, *Fonctions de la dot dans la cité algérienne. Le cas d'une ville moyenne: Tlemcen et son „Hawz“*, Alger, O.P.U., 1984: „Certaines personnes interrogées trouvent même que la dot reste généralement insuffisante par rapport aux tendances actuelles. L'argument à l'appui de cette thèse est que, en valeur, la dot fournie dans la plupart des cas ne couvre même pas les frais afférents au trousseau“ (*ibid.*, p. 150).

⁵⁹„La femme reste donc toujours placée sous la protection de sa famille, et celle-ci peut à chaque instant la rappeler auprès d'elle...“ Cl. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires*, *op.cit.*, p. 300.

⁶⁰Propos tenu par une femme algérienne, infirmière, en 1971.

⁶¹Les explications avancées pour expliquer la raison d'être d'une „compensation“ dans la conclusion du mariage concernent en effet presque toutes l'accès au sexe de la femme, l'appropriation des enfants de la femme ou bien l'appropriation complète de la femme. Ainsi, dans le mariage Katchin: „...le prix de la fiancée est moins affecté aux droits sexuels... que de la perte définitive de la femme et de sa progéniture.“ (Cl. LEVI-STRAUSS, *Les structures*, *op. cit.*, p. 300.)

déterminant du statut féminin, mais bien le résultat du mariage: l'infériorisation de ce statut; en ce sens, la remarque de Gaius ou de Sidi Khallil prend tout son sens: le mariage aboutit au même résultat qu'une vente.

Reste donc le mariage consensuel. Pour les auteurs classiques, il s'agit du mariage fondé sur le seul échange des consentements⁶². Cette affirmation est considérée comme totalement erronée de nos jours. Le mariage par rapt, le mariage par achat (dans la mesure où ils existent) présupposent eux aussi des consentements. Quelle que soit la forme matrimoniale considérée, on rencontre toujours un échange de consentements familiaux, même dans les formes les plus strictes du mariage prescriptif. Tout mariage est donc consensuel. Pourquoi dès lors vouloir qualifier une espèce particulière de „mariage consensuel“, si ce n'est pour marquer la supériorité supposée d'une forme matrimoniale sur les autres? Ceci est d'autant plus vrai que la forme considérée comme supérieure est diamétralement opposée aux autres formes.

II – Mariage occidental et mariage universel

Le mariage occidental, celui qui est le produit d'une longue évolution dite „romano-canonique“ est souvent présenté comme l'archétype universel matrimonial. C'est lui qui sert de point de référence à toutes les autres formes de mariage, il en est l'étalon: toute forme de mariage qui s'en rapproche, s'approche de la modernité et dont de la perfection, toute forme qui en diverge s'écarte de la modernité et donc témoigne de l'obscurantisme. Pourtant, toute tentative de filiation, de comparaison, de rapprochement entre le modèle romano-canonique⁶³ et les autres modèles matrimoniaux ne revêtirait aucune valeur intrinsèque. Le système romano-canonique présente au moins trois traits originaux par rapport à ce qui se rencontre dans les autres cultures de notre planète.

Le mariage romano-canonique est un mariage ponctuel; c'est un mariage monogamique et, enfin, c'est un mariage qui longtemps a été indissoluble. Si l'on considère les autres formes matrimoniales, celles qui concernent toutes les autres cultures de notre terre, elles présentent les caractères suivants: le mariage est un mariage par étapes, un mariage polygamique parfait ou imparfait et un mariage pouvant être dissous. Tels sont les trois points que nous allons reprendre ici.

⁶²„C'est le consentement des époux qui fait le mariage et c'est aussi bien un contrat que nous reconnaissons dans toute convention ayant pour but de faire naître des obligations“ (M. DELMAS-MARTY et C. LABRUSSE-RJOU, *op.cit.*, p. 4.)

⁶³Nous appelons modèle romano-canonique celui qui est le produit de la culture classique romaine et qui a été repris et modifié par le droit canonique. Il a trouvé sa forme d'expression parfaite dans l'Europe du XIX^e siècle, il tend à s'atténuer de nos jours.

Mariage ponctuel et mariage par étapes

La différence entre mariage par étapes et mariage ponctuel a été mise en évidence récemment⁶⁴. Dans un mariage ponctuel il existe un instant idéal dans lequel le lien conjugal se forme instantanément. Avant cet instant il n'existait rien, après cet instant tout est créé. Le mariage prend instantanément sa forme définitive. A l'inverse, le mariage par étapes se forme progressivement, d'étapes en étapes il acquiert peu à peu ses contours définitifs⁶⁵. Il est possible de dire que le mariage par étapes atteint sa perfection à l'instant qui précède sa disparition. Le mariage par étapes se présente comme le cours de la vie, il naît, il se développe, il meurt. Cette similitude entre le mariage et la vie explique peut-être pourquoi cette forme est la plus répandue, sans doute parce qu'elle est la plus naturelle. A l'inverse, le mariage ponctuel apparaît comme une exception.

Le mariage ponctuel a fait son apparition dans la Rome classique, lorsque le droit ne distingue plus que deux étapes dans la réalisation de l'union: les fiançailles, les *sponsalia*, et le *matrimonium*⁶⁶. Lorsque les fiançailles ne produiront plus d'effet et que le *matrimonium* prendra naissance avec l'échange des consentements, alors le mariage ponctuel verra le jour. Mais il ne s'imposera pas encore de façon définitive⁶⁷, le droit canon reviendra, malgré la théorie de P. Lombard⁶⁸, au système du mariage par étapes, en distinguant entre le *matrimonium initiatum*, le *matrimonium ratum* et le *matrimonium consummatum*, autant d'étapes pour que le mariage soit parfait et donc indissoluble⁶⁹. Ce n'est qu'à la fin de l'Ancien régime, et surtout sous la

⁶⁴J. GAUDEMET, L'originalité des fiançailles romaines, Jura, 1955, p. 46 et s. Cet article a été repris dans J. GAUDEMET, *Sociétés et mariage*, Strasbourg, 1980, p. 15 et s. On notera au passage le titre de cet ouvrage: *Sociétés* (au pluriel) et *mariage* (au singulier) qui tend à accréditer l'existence d'une forme unique de mariage. Mais ce titre n'est pas de l'auteur. Cf. également: J. GAUDEMET, Originalité et destin du mariage romain, *L'Europa e il diritto romano, Studi in memoria di Paolo Koschaker*, T. 2, Milano, Giuffrè, 1954, p. 513 et s., article repris in *Sociétés et mariage*, p. 140 et s.

⁶⁵Les différentes étapes sont en général les suivantes: l'accord des familles sur le projet matrimonial, la détermination puis le versement des dons nuptiaux, les festivités matrimoniales, la remise de l'épouse à son mari, la consommation du mariage, la naissance du premier enfant, la naissance du premier fils, etc. Ces étapes ne sont citées qu'à titre indicatif, aucune n'est considérée comme ayant une valeur supérieure à une autre; nous sommes davantage en présence d'un *continuum* que d'une série d'étapes juridiquement différenciées.

⁶⁶J. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 144 et s.; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, op. cit.*, 1987, p. 27.

⁶⁷J. GAUDEMET, *Originalité et destin, op. cit.*, p. 153 et s.

⁶⁸P. PETOT, *Histoire du droit privé français, La famille*, Paris, Loysel, 1992, p. 247 et s.

⁶⁹P. PETOT, *op. cit.*, p. 249 et s.; J. GAUDEMET, *Originalité et destin, op. cit.*, p. 173 et s.; cf. également: J. GAUDEMET, Les étapes de la conclusion du lien matrimonial chez Gratien et ses commentateurs, *Sociétés et mariage, op. cit.*, p. 379 et s.

Révolution, que le mariage ponctuel s'imposera définitivement⁷⁰. Tout ce cheminement est trop bien connu pour que nous nous y attardions, en revanche il convient de s'arrêter quelques instants sur les différences engendrées par l'un et l'autre système.

Il ne faudrait pas croire que la distinction entre mariage ponctuel et mariage par étapes soit purement académique. Deux conceptions anthropologiques différentes se cachent derrière ces termes. Ainsi, dans le cadre d'un mariage par étapes, le lien matrimonial peut-il être tissé avant même que les deux futurs conjoints soient conçus: „mon premier fils épousera ta première fille“. Il ne s'agit pas là d'une simple promesse sociale entre „copains de régiment“ et dépourvue de toute valeur juridique, il suffit de songer à certaines formes de mariages prescriptifs, en particulier au mariage entre „cousins croisés“, pour en saisir la pleine réalité⁷¹; la présence d'un seul „cousin croisé“ va rendre l'union obligatoire. Ainsi, le rôle des consentements se trouve-t-il minoré.

Allant plus loin, il nous faut relever le fait que le mariage ponctuel nécessite la détermination d'un instant idéal, celui qui voit le mariage se créer „instantanément“. La nécessité absolue de cet instant idéal engendre l'obligation d'une majorité matrimoniale, c'est-à-dire un âge à partir duquel les deux époux seront considérés comme aptes à effectuer tous les actes de la vie conjugale et familiale. A l'inverse cette majorité n'a pas lieu d'être dans un mariage par étapes puisque le passage d'une étape à une autre étape est conditionné par l'aptitude à accomplir progressivement les divers actes de la vie matrimoniale.

Enfin, et ce n'est pas là la moindre des différences, le mariage ponctuel acquiert sa perfection, son caractère idéal à l'instant même de sa formation; à l'inverse, le mariage par étapes tend vers la perfection et peut-être ne l'atteint-il jamais. En conséquence, le mariage ponctuel a pour conséquence de postuler l'unité matrimoniale: il n'y a qu'une seule forme de mariage, à l'inverse, le mariage par étapes tend vers la différenciation des mariages: il pourrait y avoir autant de formes de mariages qu'il y a d'unions. En dernier lieu, on doit s'interroger sur le point de savoir si l'émergence de la notion de cellule conjugale, de l'idée de couple, ne doit pas être liée au caractère instantané du mariage. En effet, en acquérant immédiatement son caractère parfait, il met en évidence les éléments constitutifs de cette perfection, c'est-à-dire le couple. Alors que le mariage par étapes demeure toujours imparfait, inaccompli et de ce fait ses éléments constitutifs ne sont pas le couple, mais l'environnement du couple: la grande famille.

⁷⁰Le retour au mariage ponctuel est lié à la publicité du mariage et, surtout, à l'obligation de faire célébrer le mariage devant ou par un personnage, curé ou maire, officiel. Le moment de la célébration, celui où s'échangent les consentements, devient l'instant où le mariage s'accomplit instantanément. Cf. M. GARAUDE et R. SZRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, Paris, P.U.F., 1978, p. 39 et s.

⁷¹Cf. Cl. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté, op. cit.*, p. 139 et s., et 505 et s.

Mariage monogamique et mariage polygamique⁷²

Une première constatation se présente immédiatement: la notion de monogamie apparaît dans le droit romain; elle est reprise par l'église chrétienne et s'impose dans le droit occidental classique. Toutes les autres sociétés, à notre connaissance, sont, au sens large, polygamiques. Ainsi, contrairement à l'opinion répandue dans et par l'idéologie occidentale, la monogamie constitue une exception dans le système matrimonial universel; elle ne doit pas être considérée comme un progrès par rapport à la polygamie, en ce sens elle ne correspond pas à une évolution normale et améliorée, à la *progression*, du mariage polygamique, mais elle doit être analysée comme un accident qui engendre une nouvelle forme de mariage et de famille⁷³. En effet, seul le mariage monogamique peut donner naissance à la famille nucléaire, partie intégrante de la famille patriarcale ou nouvelle famille ayant supplanté la famille patriarcale. Rien de semblable ne peut advenir dans la famille polygamique qui demeure étroitement attachée au modèle familial originel.

En second lieu il importe de relever une confusion de terminologie, tellement répandue chez les juristes, que l'on se doit de douter de son innocence. Pour les juristes, la polygamie se confondrait avec la seule hypothèse d'une famille constituée par un époux et plusieurs épouses⁷⁴. Cette conception procéderait du fait qu'il n'existerait pas, si ce n'est sous une forme mythologique, de familles constituées par une seule épouse et plusieurs époux⁷⁵. Cette confusion aboutit non seulement à opposer la

⁷²La bibliographie relative à la polygamie est beaucoup trop importante pour que nous la citions ici, nous nous contenterons de renvoyer à l'un des derniers ouvrages publiés: B. BOURDELOIE, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, GLN Joly éditions, 1993. Une abondante bibliographie juridique est fournie par l'auteur aux pages 362 et s.

⁷³Ceci explique que là où le colonisateur religieux (missionnaire) ou économique a tenté d'introduire la monogamie, en Afrique par exemple, et d'en imposer le principe dans les codifications, nous assistons à un échec de ces tentatives. Il suffit de songer à la pratique du „deuxième bureau“ qui fleurit dans de nombreux pays africains; l'expression „deuxième bureau“ désigne la seconde épouse telle qu'elle réapparaît dans le droit coutumier de certains pays africains qui interdisent la polygamie dans leurs codifications officielles. En effet la monogamie ne peut se développer que dans un type bien déterminé de mariage qui n'a aucun rapport, si ce n'est celui de la terminologie, avec le mariage tel qu'il existe ailleurs. Il conviendrait de tenir également compte de divers paramètres économiques.

⁷⁴Cf. M. BLOCK, *Dictionnaire général de la politique*, Paris, O. Lorenz, 1874, T.2, p. 264: „...l'union d'un homme avec plusieurs femmes, c'est la polygamie... l'union d'une femme avec plusieurs hommes, c'est la polyandrie...“. Cet auteur, qui admet l'existence de la polyandrie, nous livre une des clés de l'opposition idéologique entre monogamie et polygamie, il s'agit d'une question, de race et de degré de civilisation: „Faut-il faire de la polygamie et de la monogamie une question de race? Nous serions enclins à le croire... La monogamie... est le seul système de mariage autorisé dans tous les peuples d'Europe, sauf la Turquie, et chez tous les peuples civilisés de l'Amérique...“ (*Ibid.*, p. 265.).

⁷⁵Sous l'influence des idées féministes, cette démarche a évolué au cours des dernières décennies. De plus en plus, même si toutes les conséquences n'en sont pas tirées, on considère que le mot „polygamie“ est un terme générique qui englobe à la fois la polyandrie et la polygamie. Cf. *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, op. cit., p. 446. et *Histoire de la famille*, Paris, A.

monogamie (régime parfait) à la polygamie (régime arriéré), mais également la polygamie à la polyandrie (régime quasi-inéxistant, voire purement mythologique)⁷⁶. Il importe de dire que la polygamie est un terme générique qui englobe la polygamie et la polyandrie. Ceci est d'autant plus important que nous sommes placés devant des affirmations plus que tendancieuses. La plus répandue réside dans la constatation que le monde islamique, voire la religion israélite, connaissent la polygamie. Qui oserait soutenir le contraire? Or, dire que le monde musulman connaît la polygamie est une erreur; le monde musulman, comme la religion israélite ne connaissent qu'une forme imparfaite de polygamie ramenée à la seule polygamie, l'un et l'autre interdisent la polyandrie et, de ce fait, rejettent la polygamie. En effet un système polygamique est un système dans lequel un homme peut épouser plusieurs femmes et une femme peut épouser plusieurs hommes. Jamais une femme musulmane, une femme juive ne pourront épouser plusieurs maris cumulativement, il ne s'agit donc pas de systèmes matrimoniaux parfaitement polygamiques, mais de régimes simplement polygamiques.

Il reste à s'interroger sur la raison pour laquelle cette confusion entre polygamie et polygamie a été pérennisée. Très vraisemblablement elle traduit une convergence d'intérêt entre ce que nous pouvons appeler les régimes monogamiques et les régimes polygamiques. Pour les premiers il n'existe que deux formes matrimoniales: une forme égalitaire: la monogamie qui place l'époux et l'épouse sur un même plan en ce sens que chacun ne peut être marié simultanément qu'à un seul conjoint, et une forme inégalitaire: la polygamie (c'est-à-dire la polygamie) qui introduit une inégalité au détriment de l'épouse. L'égalitarisme étant le régime idéal, il convient d'éradiquer la polygamie (lire la polygamie) et introduire partout la monogamie. Pour les seconds aussi, il n'existe que deux formes d'unions – nous verrons plus loin qu'en réalité il n'en existe qu'une seule – la monogamie et la polygamie (de nouveau il faut être conscient que ce terme est utilisé à la place de polygamie), ces deux formes ont une justification culturelle et religieuse et ne sauraient être remises en cause. Or, dans l'un et l'autre cas, si au lieu d'utiliser le terme générique polygamie, on utilisait celui de polygamie, il est bien évident que les jugements de valeur induits par le binôme monogamie/polygamie pourraient être reconsidérés, à savoir que l'égalitarisme ne reposerait pas uniquement sur la monogamie, mais également sur une réelle polygamie incluant simultanément la polygamie et la polyandrie. Mais il est bien évident que cette question de l'égalité par la polygamie ne doit pas être posée.

Pour clore cette réflexion sur la polygamie, il convient d'ajouter deux remarques qui ont été soulevées ces dernières années.

Colin, 1986, T.1., p. 631.

⁷⁶Cf. *supra*, n. 74.

La première concerne ce qu'il est convenu d'appeler la polygamie virtuelle⁷⁷. Les termes du problème peuvent se résumer dans la question suivante: à partir de combien d'unions devient-on polygame? Dans une conception occidentale, il est possible de répondre très simplement à partir de la seconde union; nous pouvons en déduire que le monde occidental admet trois situations: le célibat, la monogamie et la polygamie (statut interdit). Dans une société polygame la réponse sera différente car la polygamie est admise dès la première union, la notion de monogamie n'engendrant pas d'effets particuliers; de fait une société polygame ne connaît que deux situations: le célibat et l'état matrimonial lequel peut indifféremment être monogame ou polygame⁷⁸; la monogamie n'est qu'un cas particulier de la polygamie. D'une manière plus juridique, il est possible de dire qu'il existe des situations légales: le célibat et le mariage et des situations illégales: la polygamie dans les sociétés exclusivement monogames. C'est la raison pour laquelle il est possible de parler de polygamie virtuelle.

Nous n'abordons pas cette notion de polygamie virtuelle par simple délectation intellectuelle⁷⁹, au contraire, il convient d'en mesurer la portée culturelle et psychologique. Bien souvent nous lisons que telle société polygame pourrait aisément passer d'un régime de polygynie à un régime de monogamie au prétexte que les unions „réellement“ polygyniques seraient infimes. C'est oublier la dimension culturelle, à savoir que l'union est polygynique dès la première conclusion. Toutes proportions gardées, c'est comme si on voulait réintroduire la polygamie dans le monde occidental en alléguant la multiplicité des divorces fondés sur la volonté d'officialiser une liaison.

Ceci nous conduit à la dernière remarque, à savoir la distinction entre la polygamie cumulative et la polygamie successive. Cette distinction a été introduite au Moyen Âge dans le cadre des discussions casuistiques sur la monogamie. Celle-ci doit-elle s'entendre de l'interdiction d'épouser un second conjoint⁸⁰ alors que la première union n'est pas encore dissoute (interdiction de la polygamie cumulative), ou bien de l'interdiction d'épouser plus d'un seul conjoint dans son existence (interdiction de la polygamie successive)? Nous savons que le droit canon optera pour des raisons de pur réalisme en faveur de l'interdiction de la seule polygamie cumulative, cependant, la défaveur qui s'attache aux secondes noces témoigne du fait que

⁷⁷Sur la notion de polygamie virtuelle cf. B. BOURDELOIE, *op. cit.*, p. 43 et s. Nous ne reviendrons pas sur le fait qu'il conviendrait le plus, souvent de parler de „polygynie virtuelle“.

⁷⁸Il convient cependant d'introduire une nuance pour le droit musulman qui connaît un empêchement de mariage fondé sur la tétragynie. Dans ces conditions le droit musulman dominant connaît aussi trois situations: le célibat, l'état matrimonial permis, l'état matrimonial interdit (au delà de quatre épouses cumulatives).

⁷⁹La jurisprudence anglaise a su faire des applications très précises de cette notion de polygamie virtuelle en décidant que tout mariage contracté selon les formes d'une législation polygamique était polygamique (Cf. B. BOURDELOIE, *op. cit.*, p. 45 et s.).

⁸⁰Dans l'hypothèse d'une interdiction il n'y a pas lieu de distinguer entre polygynie et polyandrie, l'interdiction concerne tout autant l'une que l'autre.

les autorités ecclésiastiques n'auraient pas été idéologiquement hostiles à une prohibition de toute forme de polygynie⁸¹. Un argument fréquemment utilisé par les défenseurs de la polygynie consiste à faire remarquer que la polygynie est peut-être économiquement moins cruelle que la polygamie successive! Le mari polygynique qui souhaite vivre avec une seconde (une troisième etc.) épouse peut le faire tout en continuant à pourvoir à l'entretien de sa (ses) précédente(s) épouse(s), alors que le mari monogame se débarrasse par le divorce de son actuelle épouse afin d'en épouser une nouvelle sans se soucier de son sort. Cette vision est certainement quelque peu schématique, elle n'en est pas totalement fautive pour autant.

Mariage indissoluble et mariage dissoluble

L'indissolubilité du mariage a toujours été considérée comme la grande originalité du mariage canonique⁸². Néanmoins, l'affirmation selon laquelle le mariage est éternel est antérieure à la doctrine chrétienne, il suffit de songer à la célèbre définition de Modestin: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*⁸³. Certes, dans une société où il est loisible de dire que les femmes ne désignent pas les années par le nom du consul en exercice mais par ceux de leurs maris successifs⁸⁴, la proclamation d'un *consortium omnis vitae* prête à sourire. Il n'en demeure pas moins que le maintien de l'indissolubilité du lien matrimonial durant plus d'un demi-millénaire marquera fortement les mentalités occidentales, ne serait-ce qu'en renforçant l'émergence de la notion de couple conjugal⁸⁵. Ce faisant, le mariage occidental s'est davantage encore écarté du modèle universel et rend toute concordance impossible; lorsque l'on parle de mariage ce n'est pas le même acte qui est évoqué suivant que l'on se place en Occident ou dans le reste du monde. Il reste à constater que la réintroduction généralisée du divorce dans toutes les sociétés occidentales à partir du XIX^e siècle consacre l'échec de ce modèle de société conjugale.

⁸¹Cf. G. LEPOINTE, *La famille dans l'ancien droit*, Paris, Montchrestien, 1956, p. 155 et s. et J. GAUDEMET, *Le mariage, op. cit.*, p. 264 et s.

⁸²Cf. Sur l'indissolubilité du mariage cf. J. GAUDEMET, L'interprétation du principe d'indissolubilité du mariage chrétien au cours du premier millénaire, *Sociétés et mariage, op. cit.*, p. 230 et s.; J. GAUDEMET, *Le mariage, op. cit.*, p. 70 et s.; p. 119 et s.; p. 240 et s.; P. PETOT, *La famille, op. cit.*, p. 149 et s.; p. 193 et s.; p. 270 et s.

⁸³Digeste 23.2.1.

⁸⁴Cette remarque aigre-douce est de Sénèque, cf. P. PETOT, *La famille, op. cit.*, p. 114.

⁸⁵Il est possible de citer d'autres conséquences. Ainsi, le mariage étant indissoluble, le législateur canonique et le juge religieux ont été conduits à multiplier les causes de nullité qui apparaissent alors comme un médiocre remède à la rigueur de l'indissolubilité. Mais la nullité du mariage engendre des situations qui peuvent se révéler difficiles à assumer, notamment lorsque l'union a duré plusieurs années et que des enfants en sont nés, aussi a-t-il fallu inventer des palliatifs tel la notion de mariage putatif qui constitue une autre originalité du droit matrimonial occidental. (Cf. P. PETOT, *op. cit.*, p. 343 et s.).

Mais, beaucoup plus qu'à l'indissolubilité du lien matrimonial, c'est à sa rupture que nous entendons consacrer quelques développements.

En premier lieu il importe de s'attacher à certaines considérations de terminologie, en particulier à la distinction entre divorce et répudiation. Ces deux termes nous ont été légués par les juristes romains qui les ont utilisés sans grande rigueur⁸⁶, les confondant souvent l'un avec l'autre. Aussi, proposons-nous l'utilisation suivante: le mot répudiation doit désigner la rupture du lien conjugal par simple volonté privée des familles, voire des intéressés: „je répudie mon mari“, „je répudie mon épouse“. A l'inverse, le mot divorce doit être réservé aux cas de rupture du lien conjugal qui procèdent d'une intervention de la puissance publique sous quelque forme que ce soit: „le juge a prononcé le divorce“.

Si l'on interroge l'histoire méditerranéenne, il est possible de constater que la répudiation est largement répandue et que le divorce fait son apparition beaucoup plus tardivement et, semble-t-il, au profit des femmes.

Un exemple fameux nous est fourni par le droit hébraïque. Selon ce dernier, seul le mari possède le droit de mettre un terme à l'union en adressant un écrit, la lettre de gueth, à son épouse. Vers la fin de la période hébraïque l'épouse se verra reconnaître la possibilité, lorsque la vie conjugale devient insupportable, de saisir le juge pour lui demander de mettre fin à son union. Si ce dernier estime que la demande de l'épouse est raisonnable, il ordonnera alors au mari d'envoyer la lettre de gueth à son épouse⁸⁷. L'exemple hébreux est intéressant en ce sens qu'il rend compte d'une évolution incomplète: la répudiation existe au seul profit de l'époux; le divorce fait un début d'apparition puisque l'épouse peut s'adresser à une autorité publique, mais cette dernière ne s'estime pas habilitée à prononcer directement la rupture du lien conjugal, tout au plus pourra-t-elle contraindre le mari à ce faire⁸⁸. Nous serions donc en quelque sorte à mi-chemin entre la répudiation et le divorce, et peut-être avons-nous, à travers l'exemple hébreux, un témoignage sur la manière dont le divorce s'est introduit dans le droit.

Le cheminement serait alors le suivant: au départ la possibilité de mettre un terme à l'union n'appartiendrait qu'au seul mari (répudiation), puis la Cité ferait son intrusion en contraignant le mari à répudier son épouse, enfin l'État supplanterait l'initiative privée en s'arrogeant le droit de pouvoir prononcer la dissolution d'une union (divorce), et suivant le degré d'évolution des sociétés, soit l'État pourrait seul

⁸⁶Cf. J. GAUDEMET, *Le mariage, op. cit.*, p. 40 et s.

⁸⁷Cf. C. BONTEMES, Un mal séculaire: la lettre de gueth, *Histoire du droit social, Mélanges en hommage à J. Imbert*, Paris, P.U.F., 1991, p. 73 et s.

⁸⁸Cette situation s'est maintenue, après l'effondrement de la société hébraïque, au sein des collectivités religieuses israélites. Ainsi, en Afrique du Nord et plus particulièrement en Tunisie, les rabbins ont hérité des prérogatives des juges et usèrent de moyens de coercition pour convaincre les maris d'envoyer à leur épouse la lettre de gueth: „Ainsi, si le mari résistait, ils (les rabbins) armaient leurs huissiers „d'une bonne trique“ et ceux-ci „couraient sus au mari têtue“. Force restant ainsi à la justice“ (S. TIBI, *Le statut personnel des israélites et plus spécialement des israélites tunisiens*, Tunis, 1922, T.3., p. 83).

prononcer la dissolution des unions, soit il y aurait coexistence du divorce et de la répudiation. Ce schéma laisse cependant quelque peu sceptique.

En effet, dans la représentation que nous qualifierions de populaire si elle n'était pas le fait de quelques „spécialistes“, la répudiation est présentée comme l'acte par excellence arbitraire du mari à l'égard de son épouse. Rien dans l'étude des civilisations anciennes ne permet d'étayer cette affirmation. La répudiation, comme le mariage doit être considérée comme une affaire de familles. Le mariage a pour finalité de tisser des liens très étroits, des alliances, entre des groupes différents. Dans une telle conception, il est impossible que ce qui est le produit d'une diplomatie de tout le groupe et certainement pas du seul mari, puisse être rompu par l'effet du seul arbitraire de ce même mari. Si une rupture doit intervenir, elle ne saurait procéder que de la volonté du groupe. Loin d'être arbitraire, la répudiation, sous sa forme première, procède bien au contraire d'une volonté dictée par des considérations politiques ou économiques, et l'on peut se demander si, sous cette même forme, la répudiation n'a pas été parfois davantage le fait de la famille de l'épouse que de celle de l'époux⁸⁹? Deux témoignages anciens conforteraient cette théorie. Nous pouvons citer le droit pour le père grec de reprendre sa fille déjà mariée, soit de façon générale, ou bien dans une hypothèse très particulière: l'*épiciérat*⁹⁰. La possibilité de mettre fin à l'union de sa fille par le *pater familias* existe également en droit romain où cette pratique aurait été prohibée par des constitutions du II^e siècle attribuées à Antonin et Marc Aurèle⁹¹; la prohibition prouvant l'existence antérieure de la pratique.

Ces témoignages appellent plusieurs réflexions; ici encore le rôle du père ne doit pas être considéré comme l'expression d'une volonté individuelle, mais bien plus comme la volonté du groupe exprimée par son porte parole institutionnel, par ailleurs, la rupture, ici, n'est pas le fait du mari, mais celui de la famille de la jeune fille, il ne saurait donc s'agir d'une manifestation arbitraire ou capricieuse, mais d'une décision mûrement réfléchie en raison de ses conséquences, puisqu'elle aboutit à la rupture d'une alliance et à la création d'une nouvelle. Ce qui est valable pour l'épouse l'est tout pour le mari, on voit mal comment la concertation familiale constatée au niveau

⁸⁹C'est l'existence de la polygamie qui nous conduit à nous interroger sur cette éventualité. En effet, la polygamie permet au mari de nouer de multiples alliances, en revanche l'épouse monoandre ne permet pas d'aboutir à ce résultat. Pour nouer une alliance supérieure à celle qui découle de l'actuelle union, du côté du mari il suffit de contracter un nouveau mariage, alors que du côté de l'épouse il faut d'abord rompre la première union pour pouvoir en contracter une nouvelle.

⁹⁰Sur la condition de la femme grecque dans l'antiquité, cf. Cl. MOSSÉ, *La femme dans la Grèce antique*, Paris, édit. Complexe, 1991, ainsi que la bibliographie citée p. 179 et s. Quant aux droits du père sur sa fille mariée cf. également: A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens. The Family and Property*, Oxford, 1968, p. 30 et s. et G. SISSA, La famille dans la cité grecque (V^e-IV^e siècle av. J.C.), *Histoire de la Famille, op. cit.*, p. 190; Cl. LEDUC, Comment la donner en mariage? La mariée en pays grec (IX^e-IV^e s. av. J.C.), *Histoire des femmes*, T.1, Paris, Plon, 1991, p. 297 et s.

⁹¹L'abrogation est attribuée par l'auteur des *Sententiae Pauli* à Antonin, et par Dioclétien à Marc Aurèle. Sur l'ensemble de la question, cf. P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, p. 177 et n. 4.

des alliances nouées par les femmes, n'existerait pas corrélativement au niveau des maris. La diplomatie conjugale procédant des mariages impliquant les femmes n'est ni plus, ni moins importante que celle qui implique les hommes. Il en résulte que la répudiation d'une épouse constitue une affaire familiale tout aussi importante que la reprise d'une femme, en conséquence elle ne sera pas laissée à la seule discrétion du mari.

En revanche, lorsque le groupe familiale se désintègre, que la famille de type clanique éclate en familles nucléaires, alors la répudiation peut prendre une toute autre signification, car la conclusion et la dissolution du mariage échappent de plus en plus au contrôle d'une famille large, au niveau de laquelle il n'existe plus d'autorité reconnue, pour ne relever que de la seule décision, et donc du seul arbitraire du mari.

Ainsi sur trois points, à notre avis fondamentaux, le système matrimonial romano-canonique, diffère totalement de ce que nous avons appelé le système universel. A plusieurs reprises nous avons été conduit à constater que ces divergences avaient abouti à l'émergence d'une entité nouvelle: la notion de couple, c'est à dire l'existence d'une cellule consacrée par le droit et se composant des deux époux, cellule qui peut s'élargir aux enfants, puis en cercles de plus en plus larges, à l'ensemble des parents limités cependant à un degré qui a pu varier fortement⁹². Il est bien évident que l'émergence de la notion de couple est étroitement liée à la monogamie et à l'indissolubilité, mais il est possible d'ajouter que l'apparition du mariage ponctuel a également favorisé la notion de couple en introduisant un moment précis à partir duquel le couple acquiert sa réalité juridique. Ainsi, les originalités du droit familial romano-canonique aboutissent à la création d'un mariage qui n'a aucun rapport avec le système universel, ceci peut se révéler lourd de conséquences à un double point de vue.

En premier lieu, dans le système romano-canonique, la cellule fondamentale est le couple, c'est à partir de ce dernier que l'on remonte vers les différents cercles familiaux de plus en plus élargis. En revanche, dans le système universel, le point de départ se confond avec le point d'aboutissement: la famille; il n'y a pas de place pour le couple⁹³. Cette différence va se manifester dans le domaine de l'exogamie. Nous n'entendons pas ici exposer les concepts bien connus d'endogamie, d'exogamie

⁹²Le droit canonique a introduit une interdiction de mariage fondée sur la parenté jusqu'au 7^e degré canonique (ce qui peut correspondre au 14^e degré civil). L'actuel Code civil français semble limiter le cercle familial le plus étendu au 12^e degré civil (il s'agit d'une hypothèse rare dans laquelle le défunt n'était pas capable de tester au moment de son décès, sinon le Code Civil limite la capacité successorale au 6^e degré civil) puisqu'au delà il n'existe plus de droit successoral entre parents (Cf. art. 755 du C.C.). Cf. P. PETOT, *Le droit familial, op. cit.*, p. 263 et s.

⁹³Ainsi, il faut se méfier de certaines constructions bâtarde construites à la fois sur le modèle romano-canonique et sur le modèle universel. Ainsi en est-il de ce que l'on a coutume d'appeler la segmentarité dans la solidarité familiale. Le point de départ ne peut être que la famille, il n'existe pas de crans inférieurs (ex.: moi, moi et mon frère, moi, mon frère et toute la famille proche. Ces trois niveaux n'ont aucune signification car ils n'existent pas dans la société universelle, s'ils sont mentionnés c'est à la suite d'une acculturation).

et d'inceste. Nous nous bornerons à trois remarques de détail dont la dernière est en liaison directe avec la notion de couple. En premier lieu il importe de garder présent à l'esprit que les notions d'endogamie et d'exogamie sont des notions relatives, une union est endogamique ou exogamique par rapport à un critère externe et si l'on se réfère à plusieurs critères à la fois une union peut être simultanément exogamique et endogamique⁹⁴, ainsi le mariage musulman interdit le mariage entre proches parents ce qui correspond à l'exogamie, mais prohibe le mariage de la musulmane avec un non-musulman ce qui est une application de l'endogamie. En second lieu, la forme particulière d'exogamie que nous appelons inceste et qui, de nos jours, se justifie par des considérations biologiques, a préexisté aux connaissances scientifiques qui la fondent⁹⁵, très vraisemblablement les notions d'échanges et d'équilibre ont été les vrais déterminants⁹⁶. Enfin, on peut se demander si ce qu'il est convenu d'appeler de nos jours les „mariages mixtes“⁹⁷ ne constitue pas une forme d'unions enfraignant une ancienne disposition endogamique tombée dans l'oubli. En d'autres termes, les unions anciennes ont toutes obéi à des impératifs d'exogamie et d'endogamie: l'interdiction de se marier dans un cercle proche, l'obligation de se marier dans un cercle plus éloigné et, de nouveau, l'interdiction de se marier dans des cercles davantage éloignés. Ultérieurement les interdictions primitives ont disparu. Celles qui étaient relatives à l'exogamie ont été remplacées par de nouvelles règles que nous appelons des empêchements matrimoniaux (parenté par le sang, parenté par l'alliance, parenté par le lait etc.). Celles qui étaient relatives à l'endogamie ont presque totalement disparu⁹⁸. Il n'en demeure pas moins que les unions pendant un temps fort long, jusqu'à ces dernières années pourrait-on dire, se sont réalisées dans un cercle limité de protagonistes; cette pratique n'a pu qu'engendrer des traditions culturelles communes, le mariage mixte est celui qui, maintenant, se réalise au delà du cercle dans lequel il était procédé jadis aux échanges matrimoniaux. Or, et ici nous en revenons à l'idée de couple, c'est dans la sphère matrimoniale romano-canonique que s'est développée et que le droit et la culture ont consacré la notion particulière de couple. Ailleurs, il se peut que des couples, au sens romano-canonique, fassent leur

⁹⁴„Toute société, envisagée de ce dernier point de vue, est à la fois exogame et endogame“ Cl. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires, op. cit.*, p. 53.

⁹⁵*Ibid.*, p. 14 et s.

⁹⁶*Ibid.*, p. 49 et s.

⁹⁷La bibliographie relative aux mariages mixtes est particulièrement abondante, nous nous contenterons de renvoyer à l'un des derniers ouvrages parus sur cette question, non seulement en raison de son intérêt, mais aussi à cause de l'ample bibliographie qu'il propose: A. BARBARA, *Les couples mixtes*, Paris, Bayard édit., 1993.

⁹⁸Il en subsiste cependant des traces. Certaines reposent sur des règles religieuses: l'interdiction d'épouser un non-musulman pour la musulmane, un païen en droit canonique, d'autres sur des considérations nationalistes: l'interdiction d'épouser sans autorisation un étranger, l'actuelle défiance de certains gouvernements envers des mariages soupçonnés d'être de pure complaisance, et de n'avoir pour seul but que l'obtention d'une nouvelle nationalité, voire, plus prosaïquement, l'obtention d'un permis de travail, en sont une manifestation, sinon une résurgence en des périodes de crise économique se traduisant par des réflexes protectionnistes.

apparition, mais le terreau social est indifférent à leur développement. Il ne s'agit donc pas d'une institution apte à s'enraciner dans les mœurs, bien souvent nous serons en présence d'une tentative de mimétisme, d'imitation de la société occidentale. Ceci explique peut-être les difficultés rencontrées par les partenaires d'un mariage mixte⁹⁹. Croire que la réunion de deux personnes engendre un couple, croire que l'on peut utiliser uniformément le mot de couple constituent autant d'erreurs.

Pour poursuivre ce propos et le conclure tout à la fois, nous pouvons faire remarquer une erreur de démarche qui se pérennise. Nous pensons avoir montré que le mot mariage recouvre des réalités différentes pour ne pas dire divergentes entre la société occidentale et les autres sociétés. Il désigne des systèmes qui n'ont de commun que leur finalité: la procréation. Or l'étude des autres s'est trop souvent faite sans tenir compte de cette évidence, fréquemment, pour ne pas dire presque toujours, l'analyse des structures matrimoniales d'autrui a été conduite comme si ces structures étaient identiques à celles de l'observateur ou tendaient vers un modèle indifférencié, celui de l'observateur. Ainsi a-t-on pu voir la notion de fiançailles fleurir là où elle n'avait aucune raison d'être, à un point tel que les intéressés eux-mêmes ont fini par être persuadés qu'ils avaient toujours vécu dans un système de mariage ponctuel¹⁰⁰. Cette erreur de démarche n'engendre pas seulement des conséquences sur le plan de la recherche scientifique, elle en engendre de beaucoup plus déplorables dans le domaine de la compréhension et de la démarche sociale en accréditant l'idée selon laquelle il serait possible de faire converger tous les systèmes matrimoniaux vers un système unique, considéré comme supérieur, celui du monde occidental.

* * *

S U M M A R Y

Manželské banality

Samotným názvem své přednášky dává prof. Bontems posluchači příležitost nejen seznámit se s obecným zaměřením svých úvah, nýbrž i nahlédnout do vnitřní rozpornosti a vývojových tendencí, s nimiž se dnes setkáváme u pojetí institutu manželství (sám autor poukazuje na dva významy slova „banalités“: jednak ve smyslu všednosti, jednak jako odvozeniny od francouzského výrazu „ban“, tj. donucovací

⁹⁹Nous utilisons l'expression de „mariage mixte“, car il nous semble que celle de „couple mixte“ est trompeuse. En effet, bien souvent, le „couple“ mixte sera constitué de deux partenaires dont l'un relève d'une culture qui ignore l'institution du couple. Vivre en couple n'est pas une seule question de volonté ou de désir, il y entre une part d'éducation et de culture.

¹⁰⁰A titre d'exemple nous citerons les pays maghrébins qui se sont tous doté d'un code de la famille ou code du statut personnel dont la version française porte une rubrique relative aux „fiançailles“. Lorsque l'on sait que par ailleurs ces mêmes pays entendent rester fidèles aux traditions islamiques dans ce domaine, on peut mesurer l'ampleur de l'acculturation engendrée par la colonisation.

moci).

V úvodní části se autor zabývá samotným pojmem manželství (mariage). Zdůrazňuje v první řadě, že tento termín není tradičně přesně definován, protože mu každý rozumí jako nejstaršímu obyčejní lidstva a stavu většiny dospělých osob. To ovšem vyplývá spíše z ideologického přání než z přísně sociologického zjištění, které autor přednostňuje. Navíc je ve Francii tento termín užíván současně jako konstitutivní akt mezi snoubenci a jako manželský stav v jeho trvání.

Některé formy manželství by ovšem vyvolaly překvapení právních sociologů, kteří by v nich jen obtížně našli „nejstarší obyčej lidstva“. Autor uvádí jako první příklad jedno z manželství etiopského kmene Amhara, které je uzavíráno s kompenzací ženě za služby, jež poskytuje manželovi. Nejedná se o jakousi domácí prostituci – tento svazek je totiž vybaven všemi atributy manželství včetně dědičného nástupnictví dětí z tohoto svazku zrozených. Mezi formami islámského manželství lze nalézt i manželství uzavřené na dobu určitou. Druhý příklad pochází od nigérijského kmene Kagoro. Mladá dívka je nejprve otcem provdána za jím vybraného muže, s nímž žije určitou dobu. Poté může být vdána dalším mužům na stejné období jako u prvního muže. Následně si sama může vybrat, u kterého z nich bude nadále žít. Manželka, která si vybrala manžela, není donucena přerušit dosavadní svazky a při výběru se již nový svatební obřad nekoná. Z hlediska západní mentality tento obyčej vyvolává pobouření z polyandrie; zatímco někteří tvrdí, že polyandrie je jen mýtus, tyto příklady z etnologie ukazují opak. Navíc každý manžel může mít i další manželky, a proto se tu vlastně setkáváme s dokonalou polygamií.

Příklady výše uvedené ukazují mimo jiné na tradičně pojmávanou hlavní funkci manželství: úlohu ženy jako rodičky a její druhou stránku – zajištění výživy manželky. To je ilustrováno zejména posledně uvedeným příkladem, kdy manžel, ke kterému se manželka vrátila, nemá žádný právní prostředek její návrat odmítnout.

Vidíme, že neexistuje jednotný model manželství, nýbrž různé modely, vyznačující se funkčními paralelami. Ať se jedná o uvedené africké příklady, západní model manželství či jiné, všechny jsou zaměřeny na jednu způsoblost ženy, a to na její produktivitu (plodnost). Tento dar přírody se při přenesení na úroveň sociální konstrukce stává funkcí; společnost se jejím prostřednictvím reprodukuje a rozvíjí.

Na druhé straně nutno zdůraznit, že žena je zbavena dvojí svobody: nejen že je nucena přivádět na svět děti, nýbrž často jsou jí vnuceny podmínky. Důsledně vzato, žena nemá žádné výlučné právo na své tělo. Společenská dráha ženy je určena již před jejím narozením. Její poslání k reprodukci vede k omezení jejích životních prostorů: sexuálního, ekonomického, společenského a kulturního.

Prospěch společnosti ze způsoblosti ženy rodit děti, reprodukce a plánování této způsoblosti dospívá k manželské reglementaci a k podrobení ženy. Manželství se stává formou zestátnění tvorby rodiny. (V tomto smyslu přívlastek „manželský“ představuje více to, co vyplývá z rodinného statutu, než co vyplývá ze sňatku stricto sensu.)

Uvedená snaha směřovat manželství a rodinu je v západním světě považována za důkaz „krize rodiny“. Počet svobodných vzrůstá, počet neformálních svazků rovněž. Ukazuje se snaha prezentovat volné svazky jako nový model, jako „odinstitutionalizované“ manželství. K tomu autor poznamenává, že manželství je základem; nemůže se stát nahodilým jevem. Nadto se manželství vyznačuje jedinečností. Z toho plyne, že volný svazek se může stát jen konjunkturální úchylkou, na jejímž základě by se rozvíjely manželské ctnosti.

U kořenů těchto úvah najdeme postulát, že manželství je nezměnitelné, že neexistují společenské formy bez manželství. Proto se autor v první řadě zaměřil na evoluci či neměnnost manželství (v textu část I). Z toho se odvíjí další otázka, totiž jaký je vztah mezi západní, římsko-kanonickou formou manželství a ostatními. Autor dochází k závěru, že západní manželství představuje pouhou mutaci univerzálního modelu a vykazuje některé naprosto neobvyklé znaky (část II). Proto mezi nimi nemůže existovat evoluční nadřazenost.

I. – Až do XIX. století se na Západě věřilo, že manželství je institucí stvořenou Bohem, a proto neměnnou. Tuto koncepci nabourali jako první etnologové, když začali rozlišovat tři základní fáze vývoje lidské společnosti: primitivní promiskuitu, matriarchát a patriarchát. V této evoluci se ženin prostor neustále zmenšoval, až dospěl k poslání ženy jako manželky jediného muže a matky v jediné rodině. Ženy se staly předmětem výměny mezi skupinami, proto ať už je koncepce jakákoliv, rodina a manželství si postupně vyžádaly zásah společnosti. Rodina představuje společenskou konstrukci a ne projev instinktu.

Náopak západní právníci, konzervativci tradicemi i výchovou, se vůbec nezabývali evolučnickými teoriemi manželství. Právníci jsou dotčeni existencí rodiny jen v míře její právní úpravy (státní reglementace), „anteetatické“ (předstátní) úvahy o rodině jsou jim cizí. Jejich snaha nezůstat mimo vývojový trend je nicméně vedla k úvahám vnitrorodinné povahy. Proto stáli u zrodu proslulé teze o postupném historickém vzniku manželství na základě fází únosu, koupě a konsensu. Toto prastaré schéma, mnohokrát kritizované, má stále své zastánce.

V nejschématičtější možné podobě jde o následující posloupnost: V původní archaické společnosti převládaly ve vztazích mezi skupinami prvky násilí. V tomto kontextu, pokud mělo být manželství uzavřeno s příslušnicí jiné skupiny, tak nebylo možno učinit jiným prostředkem než únosem. Později se z únosu zrodil požadavek vykoupení mladé dívky vůči příslušníkům její skupiny. Vývojem v dalších etapách tento proces vykrytalizoval do podoby koupě a prodeje. Tak cyklus, který započal únosem, končí v konsensualismu. Manželství je nyní zásadně založeno na vzájemném souhlasu.

Nicméně toto schéma vyvolává řadu otázek. Nejsou ony únosy Sabine, Heleny apod. jen legendární? Únos nevyvolává násilí na unesené, ale často jen na společenských tradicích. Manželství nelze připodobnit ke koupi a prodeji, protože muž k manželce nikdy nezískával onu klasickou obsahovou triádu vlastnického práva (usus, fructus, abusus). Co představuje cenu? Určujícím prvkem objektivace ženy

pak není právní akt koupě a prodeje, ale spíše výsledek manželství – snížení postavení ženy. Konečně všechny jmenované typy vzniku manželství jakýsi konsensus předpokládají.

II. – Samostatným úvahám o srovnání manželství západního typu a manželství „univerzálního“ se věnuje prof. Bontems ve druhé části. Polemizuje s pojetím západního, římsko-kanonického manželství, jímž se mají tendenci poměřovat ostatní typy manželství. Naopak, západní manželství vykazuje tři charakteristické rysy, odlišující jej od ostatních kultur naší planety.

V první řadě je to manželství přesně vymezené co do okamžiku vzniku, protože vzniká ve své definitivní podobě v jediném okamžiku, okamžiku uzavření manželství. I když kanonické právo stálo na jisté fázovitosti manželství, koncem XVIII. století zvítězila „okamžitá“ koncepce. Jinde se svazek vyvíjí po etapách, aniž závisí na způsoblosti jeho protagonistů manželství uzavřít – může být uzavřeno ještě před jejich narozením. Takové manželství k perfekci teprve směřuje a nemusí jí nikdy dosáhnout, zatímco manželství západního typu je perfektní už v okamžiku svého uzavření.

Druhý odlišující znak, vykazovaný západním manželstvím, spatřuje autor v jeho monogamické povaze, jež má původ v římském právu, zatímco lze říci, že obecně se pluralita partnerů připouští. Prof. Bontems poukazuje rovněž na tradiční omyly týkající se pojmů polygamie, polygynie a polyandrie a uvažuje o různých projevech těchto pluralitních forem.

Třetím, po dlouhou dobu význačným rysem západního manželství, byla jeho nerozlučitelnost, originalita kanonického práva. Více poznámek je ovšem v přednášce zasvěceno rozlučení manželství a rozdílu mezi rozvodem, kde zasahuje institucionální moc, a zapuzením.

Tak prof. Bontems dokazuje naprostou odlišnost modelu římsko-kanonického od univerzálního systému manželství. Navíc zatímco v systému římsko-kanonickém se za základní buňku považuje manželství, v ostatních systémech je jí rodina; manželství tu nemá svého místa. Formální svazek mezi mužem a ženou je akcentován právě v systému okamžitého, monogamního a nerozlučitelného manželství.

Přednáška ústí do závěrečné teze založené na překonání tradičního omylu západních pozorovatelů, kteří porovnávají ostatní kulturní manželské systémy západním měřítkem. K problému je třeba přistupovat z opačné strany a překonat západní, úzce partikulární pohled na něj: univerzální model manželství, ke kterému má snahu směřovat vývoj, není západní model, nýbrž model ostatní kultury této planety. Jedním z hlavních důvodů pro tento závěr je nalezení smyslu všech manželských systémů, jímž je plození potomstva.

Die gründung der österreichischen Republik

Wilhelm BRAUNEDER

Im Jahre 1996 wird die Republik Österreich eine Eintausend-Jahr-Feier begehen: In einer Urkunde aus dem Jahre 996 ist erstmals der Name Österreich erwähnt. Allerdings gab es Eintausend-Jahr-Feiern schon zweimal: Im Jahre 1955, weil vor eintausend Jahren die Markgrafschaft, aus der das Land Österreich hervorging, begründet wurde; im Jahre 1976, weil mit dieser Markgrafschaft die Dynastie der Babenberger belehnt wurde. Wie alt ist also der heutige Staat Österreich-tatsächlich?

Er ist wesentlich jünger – er wurde am 30. Oktober 1918 begründet. Diesem Gründungsvorgang widmen sich die nachfolgenden Ausführungen:

Am 30. Oktober 1918 hatten sich um 11 Uhr vormittags im Kleinen Festsaal der Universität der Rektor, die Dekane der Fakultäten, Universitätsprofessoren und Studenten versammelt, um zu begrüßen, wie es in einem Bericht der Polizeidirektion Wien heißt; dieser teilt ferner mit, daß die Versammlung sodann zum Parlament zog, wo – noch – eine Sitzung des Abgeordnetenhauses stattfand: Der Abgeordnete Karl Renner, später Staatskanzler der Republik, trat auf die Parlamentsrampe und hielt eine Rede, die den Hinweis enthielt, es werde nun „das deutsch-österreichische Volk, das bisher regiert worden sei, nunmehr selbst regieren“, später sprach noch der Abgeordnete Dinghofer, der offenbar dezidiert darauf hinwies, es werde noch an diesem Tage das Volk „sein Schicksal selbst in die Hand nehmen“. Am Nachmittag des 30. Oktober hatte sich dann vor dem Landhaus in der Herrengasse allmählich eine Menschenmenge angestaut, die bis in die umliegenden Strafen reichte: In „einer solchen Volksversammlung unter freiem Himmel, ... die von den ersten Nachmittagsstunden bis spät in den sinkenden Abend hinein andauerte“, waren „alle politischen Parteien vertreten...: Deutschbürgerliche, Deutschnationale und Sozialdemokraten“ („Neue Freie Presse“). Abgeordneten der Nationalversammlung traten auf den Balkon des Landhauses: „Ihre Ausführungen stimmten darin überein, daß nunmehr das alte Österreich zu Grabe getragen und heute der Geburtstag eines neuen Deutsch-Österreich gefeiert werde!“ Rufe und Reden aus der Menge wie Ansprachen der Abgeordneten aklamieren nicht nur einen neuen Staat, sondern mit ihm auch eine neue, republikanische Staatsordnung; das Wort „Republik“ fällt allenthalben, Transparente tragen die Aufschrift „Hoch die sozialistische Republik“,

rote Fahnen unterstreichen dieses Ziel. Beschworen werden auch die Freiheitserinnerungen von 1848, zumal in der Menge schwarzrotgoldene Fahnen mitgeführt, von Offizieren derartige Kokarden getragen werden.

Dieses Geschehen hielten die Zeitungen verbal, aber auch optisch fest: Eine „photographische Spezialaufnahme“, angefertigt eigens für das „Interessante Blatt“, zeigt die Herrengasse voller Menschen, rechts im Bild das Café Central und ihm gegenüber das Landhaus mit seinem Balkon, auf dem Männer stehen. Zu diesem Foto schreibt das „Interessante Blatt“ am 7. November 1918: „Während die deutsch-österreichische Nationalversammlung am 30. Oktober nachmittags das provisorische Grundgesetz des neuen Staates beschließt, halten Abgeordneten am Balkon des Landhauses an die in der Herrengasse angesammelte Volksmenge Ansprachen, die die Bedeutung dieser historischen Stunde würdigen und brausenden Jubel erwecken“: Der Zeitung gilt dies nach der entsprechenden Überschrift als „Grundsteinlegung von Deutsch-Österreich“!

Und die Wissenschaft formulierte: „Deutschösterreich ist ... im Kreise der Staaten eine Neuerscheinung“, so hielt der Staatsrechtler Adolf Merkl 1919 einprägsam fest. Damit formulierte er die so gut wie allgemein unter Politikern wie ausschließlich unter Verfassungsjuristen vorherrschende Meinung, Deutschösterreich sei 1918 als Staat ebenso neu entstanden wie beispielsweise die Tschecho-Slowakische Republik. Dieser Neubeginn kam übrigens in beider Staatsnamen bewußt zum Ausdruck: Volksherrschaft, nämlich hier der Tschechen und Slowaken wie dort der Deutschösterreicher, Republik statt Monarchie signalisiert in beiden Fällen den Neubeginn. Ebenso wie die Tschechoslowakei verstand sich damit auch Deutschösterreich nicht als fortdauerndes „altes“ Österreich in verkleinertem Gebietsumfang und mit neuer Staats- und Regierungsform, sondern als neuer Staat. Seine Verfassungsordnung mußte daher ebenso wie die der Tschechoslowakei neu aufgebaut werden.

Den Ausgangspunkt hierfür bildete das kaiserliche Manifest vom 16. Oktober 1918, wonach an einem Umbau der cisleithanischen Reichshälfte zu einem Bundesstaat sogenannten „Nationalräte“, gebildet aus den Abgeordneten des Reichsrats, mitzuwirken hätten. Im Sinne dieses Manifestes konstituierte sich als derartiger Nationalrat für die Deutschen Cisleithaniens in Wien die „Provisorische Nationalversammlung für Deutsch-Österreich“. Am zuvor beschriebenen 30. Oktober 1918 faßte sie den grundlegenden Beschluß „über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt“, der als Nummer 1 im neuen Staatsgesetzblatt publiziert wurde und als sogenannter „Staatsgründungsbeschluß“ gilt. Der Staatsrechtslehrer Hans Kelsen betonte: „Damit war die Konstituierung des Staates Deutsch-Österreich vollendet“. In einem Aufruf am 31. Oktober 1918 stellten die drei Präsidenten der Nationalversammlung fest, es habe diese „gestern“, also am 30. Oktober, „das provisorische Grundgesetz des neuen deutsch-österreichischen Staates beschlossen“; sowie: „Damit ist ... der deutsch-österreichische Staat zu lebendiger Wirklichkeit geworden“.

Im Gegensatz zur Intention des Kaisers in seinem Manifest vom 16. Oktober ist Deutschösterreich als neuer, unabhängiger Staat entstanden, nicht als ein Te-

ilstaat der österreichischen Monarchie. Dies machte der Staatsgründungsbeschluß auch insoferne deutlich, als er als höchstes Verfassungsprinzip das der Volkssouveränität proklamierte, das demokratische Prinzip. In der Sache wurde auch das republikanische Prinzip festgelegt, denn die Regierungs- und Vollzugsgewalt ständ ausschließlich einem Ausschuß der Nationalversammlung, dem Staatsrat, zu. In diesem Verfassungsgefüge war kein Monarch vorgesehen. Von seiner Gründung an war daher Deutschösterreich eine demokratische Republik. Der konkrete Gedankengang läßt sich im Staatsgründungsbeschluß eindeutig ablesen: § 1 legt wie eben zitiert die „oberste Gewalt“ fest und somit das Prinzip der Volkssouveränität: § „stellt fest, daß die „gesetzgebende Gewalt“ von der „Provisorischen Nationalversammlung selbst ausgeübt“ wird – der Träger der Volkssouveränität nimmt somit für sich „selbst“ die Staatsfunktion Gesetzgebung in Anspruch: § – legt sodann fest: „Mit der Regierungs- und Vollzugsgewalt betraut die Provisorische Nationalversammlung einen Vollzugausschuß, den sie aus ihrer Mitte bestellt“, und der den Titel Staatsrat zu führen hat. Während also die Nationalversammlung als Träger der „obersten Gewalt“ die Gesetzgebung „selbst“ ausübt, betraut sie mit der anderen Staatsgewalt im Sinne der Gewaltentrennung, nämlich der Exekutive, ein Suborgan, und zwar keinen Monarchen, sondern ein indirekt demokratisch legitimes und auf Zeit bestelltes Organ – ganz im Sinne des republikanischen Prinzips! Damit haben nicht nur § 1 demokratische, sondern § 3 auch das republikanische und überdies die § 1 bis § 3 just noch die Verflechtung der beiden Prinzipien klar umschrieben.

Allerdings existierte noch die Staatsgewalt des alten, monarchischen Österreichs. Dies war in Wien deshalb besonders spürbar, weil hier noch der Kaiser sowie die kaiserlichen Minister amtierten. Dieses Nebeneinander der neuen republikanischen sowie der alten monarchischen Staatsgewalt dauerte zirka 14 Tage an. So sehr die Republik Deutschösterreich verfassungsrechtlich – ebenso wie etwa die Tschechoslowakei – zum österreichisch-ungarischen Staate im Verhältnis der Diskontinuität stand und daher in der Verfassungsfrage autonom war, belastete sie innenpolitisch die Anwesenheit und das Amtieren des Kaisers und seiner Regierung. Im Laufe des 11. November war es dann den Repräsentanten Deutschösterreichs gelungen, von Kaiser Karl eine entsprechende Erklärung zu erreichen, die sich in der Sache als eine Thronentsagung darstellt, ohne dies direkt auszudrücken.

Noch am Abend des 11. Novembers 1918 erschien eine „Extra-Ausgabe“ der offiziellen „Wiener Zeitung“ mit zwei wesentlichen Kundmachungen. Die eine enthält eine Erklärung des Kaisers, daß er „auf jeden Anteil an den Staatsgeschäften“ verzichte, „im voraus“ die Entscheidung anerkenne, „die Deutsch-österreich über seine künftige Staatsform trifft“, und vor allem, daß er seine „österreichische Regierung ihres Amtes (enthebe)“ – und zwar dergestalt, daß er keine neue mehr eingesetzt hat! Das kam de facto einem Thronverzicht gleich, denn ohne „Regierung“ konnte der Monarch verfassungsmäßig so gut wie keine Entschließungen mangels notwendiger ministerieller Gegenzeichnung mehr treffen, wohl aber auch formell, den er hatte ausdrücklich auf „jeden Anteil an den Staatsgeschäften“ verzichtet, damit gle-

ichsam die Position des Monarchen, seine und die seiner Nachkommen, aus dem Verfassungsgefüge ausgelöscht.

An diese Kundmachung des Kaisers schließt in dem Extrablatt der „Wiener Zeitung“ eine weitere an: Es ist dies ein Beschluß des deutschösterreichischen Staatsrats, er werde „der morgen zusammentretenden Provisorischen Nationalversammlung“ einen „Antrag zur Beschlußfassung“ vorlegen, der nun zum Abdruck kam: Es ist dies der Text des „Gesetzes über die Staats- und Regierungsform“, welchen ja tatsächlich die Nationalversammlung am nachstfolgenden 12. November zum Beschluß erhob. Interessant ist übrigens der Umstand, daß die erwähnte „Extra-Ausgabe“ ausdrücklich die Uhrzeit des Staatsratsbeschlusses mit „11 Uhr vormittags“ angibt, was Bedeutung insoferne hat, als Kaiser Karl nachweislich am Nachmittag die eben auszugsweise zitierte Erklärung unterschrieb, zu diesem Zeitpunkt also vom bevorstehenden Nationalversammlungsbeschluß bzw. vom schon gefaßten Staatsratsbeschluß wußte. Mit anderen Worten: Die „künftige Staatsform“ war bekannt, Kaiser Karl hatte also die „demokratische Republik“ als Staats- und Regierungsform für Deutsch-österreich anerkannt.

Hingewiesen sei besonders auf das – politische – Junktim der beiden Kundmachungen, hier insbesondere auf die Anerkennung der künftigen Staatsform Deutschösterreichs durch den Kaiser „im voraus“ in Verbindung mit der Mitteilung des Staatsratsbeschlusses vom Vormitag und der am kommenden Tag zu erwartenden Entscheidung der Nationalversammlung für die „demokratische Republik“, zwei Erklärungen, die sich als korrespondierend darstellen. Auffallend gemacht wurde dieser Zusammenhang übrigens nicht nur durch den gemeinsamen Abdruck im erwähnten Extrablatt der „Wiener Zeitung“, sondern auch durch Plakate, die links in schwarzgelber Umrahmung die des Staatsrates enthielten.

Dieses Junktim und seine Publizierung gingen auf einen Beschluß des Staatsrats vom Vormitag des 11. November, 10 Uhr, zurück: „Gleichzeitig mit dem Thronverzicht seiner Majestät des Kaisers wird der Staatsrat die Bevölkerung mittels Plakatierung und Publikation in der Tagespresse von der Vorlage des Gesetzentwurfes über die Staats- und Regierungsform von Deutsch-österreich an die morgige Nationalversammlung in Kenntnis setzen“ – was tatsächlich, wie eben beschrieben, geschehen ist.

Angesichts dieser überaus mächtigen Doppel-Erklärung fiel ein weiterer, noch notwendiger Schritt wenig auf, verfassungsrechtlich aber ebenso ins Gewicht wie die kaiserliche Erklärung vom Vortag. Nachdem dieser sozusagen auch den monarchischen „Anteil“ am Staat verzichtet hatte, blieb im Sinne der Verfassung 1867 mit ihrer Fundierung auf dem monarchischen Prinzip und dem der Volkssouveränität dieser „Anteil“ am Staate übrig, und zwar repräsentiert durch das Abgeordnetenhaus. So wie am 11. November der Kaiser auf den monarchischen „Anteil“ verzichtete, tat dies nun am 12. November das Abgeordnetenhaus bezüglich des von ihm repräsentierten Volkes, und zwar gleichfalls nicht direkt. Der Präsident des Abgeordnetenhauses erklärte nämlich, „... wir haben mit der Tatsache zu rechnen, daß

Österreich zerfallen ist. Das Haus hat heute wohl keine Aufgaben mehr zu erfüllen ...“, und so wurde denn beschlossen, „die heutige Sitzung aufzuheben und keinen Tag für die nächste Sitzung zu beschließen“. Damit war auch der zweite „Anteil“ an der Staatsgewalt und damit diese insgesamt erloschen. Das monarchische Österreich hatte jetzt auch auf dem Boden der deutschösterreichischen Republik zu bestehen aufgehört.

Mit dem Verzicht des Abgeordnetenhauses auf jede weitere Tätigkeit im Parlamentsgebäude an der Ringstraße war dieses um 11.20 Uhr des 12. November 1918 sozusagen funktionslos geworden: Dies aber nur kurz. Denn nun zog die provisorische Nationalversammlung hier ein und eröffnete, erstmals in diesem Hause, um 3.10 Uhr ihre dritte Sitzung. Sie verabschiedete das schon am Vortag vom Staatsrat als Entwurf beschlossenes Gesetz „über die Staats- und Regierungsform von Deutsch-Österreich“. Es wurde im Staatsgesetzblatt Nummer 5 verlaublich, ist also bereits die fünfte legislative Maßnahme des neuen Staates Deutschösterreich und, nach Beschlüssen betreffend die National- und Bürgergarde (StGBI. 2), die Zensur (StGBI. 3) und die Einrichtung eines Arbeitsamtes (StGBI. 4), der zweite verfassungsrechtlich bedeutsame Schritt vor allem mit der Feststellung „Deutsch-Österreich ist eine demokratische Republik. Alle öffentlichen Fehalten werden vom Volke eingesetzt“ (Art. 1).

Es war aber gerade nach Staatskanzler Renner jedenfalls schon am 30. Oktober „eine republikanische Ordnung des Staates entstanden“ und er maß dem 12. November die Folle zu, er habe „an dem jungen Geschöpf nur noch den feierlichen Akt der Taufe vollzogen“ – „die Nationalversammlung hatte nur mehr auszusprechen, was ist“. In eben diesem Sinne stellte auch der Verfassungsjurist Hans Kelsen zum Gesetz vom 12. November ausdrücklich fest, es habe bloß „in der durch die Gesetzesform gewährleisteten Solennität erklärt, was schon durch den Verfassungsbeschluß vom 30. Oktober 1918 rechtlich geschaffen worden war: Die republikanische Staatsform.

Allerdings geriet der 30. Oktober als Staatsgründung in der Folge nahezu in Vergessenheit, der 12. November trat in den Vordergrund. Dazu trugen einmal die Ereignisse an diesem Tag selbst bei.

Ein förmlicher Schritt wie der vom 12. November im und vor dem Parlamentsgebäude zu Wien lag seit dem 9. November sozusagen in der Luft, da an diesem Tag zu Berlin von der Rampe des Reichstagsgebäudes und dann nochmals vor dem Stadtschloß die Republik ausgerufen worden war. Dies bewog in Wien zu einem ähnlichen Akt: Als am 11. November der Staatsratsbeschluß und die kaiserliche Erklärung vorlagen, organisierten eingeweihte Kreise die Szenerie für den folgenden Tag. Vor allem Filmaufnahmen zeigen, daß aus den Außenbezirken Menschenmengen in die Innere Stadt zum Parlamentsgebäude strömten, auch mit Lastwagen hierher gebracht wurden. Der Platz um das Parlamentsgebäude war von Menschen dicht besetzt. Nach der Beschlußfassung betreffend das „Gesetz über die Staats- und Regierungsform“ trat – die Berliner Szene gerät in Erinnerung – der an diesem Tag amtierende Präsident Dinghofer mit Abgeordneten auf die Parlamentsrampe und verlas den Ge-

setzestext. In dem anhebenden Tumult wurden die weißen Mittelstreifen aus den rotweißroten Fahnen gerissen, die roten Reste an den Masten hochgezogen, Soldaten drängten zur Parlamentsrampe, rasch schloß man hier die Flügeltüren. Schüsse steigerten den Tumult zum Chaos, in dem zwei Menschen den Tod fanden und rund fünfzig verwundet wurden.

Später wurde der 12. November immer wieder in Erinnerung gerufen. Permanently geschah und geschieht dies durch das „Denkmal der Republik“ an der Wiener Ringstraße zwischen Bellaria und Parlament. Es wurde aus Anlaß der Zehnjahrfeyer 1928 errichtet und wie die schon erwähnte, aus diesem Anlaß herausgegebene Broschüre des Wiener Fortbildungsschulrates ist es mit swm SRUM „12. November 1918“ versehen.

Auch Sonderbriefmarken hielten zu 1918 bloß den 12. November in Erinnerung.

Zum Vergessen des 30. Oktober trugen vor allem auch die staatlichen Feiertage bei. Wie schon die Erste Republik der Zwischenkriegszeit in ihrer demokratischen Phase bis 1933, so besitzt auch die Zweite Republik ab 1945 zwei staatliche, das heißt von kirchlichen Festen unabhängige Feiertage. Hierzu zählt einmal der 1. Mai: Er wurde am 25. April 1919 „zum allgemeinen Ruhe- und Festtag erhoben“ (StGBI. 246) und 1945 wieder eingeführt (StGBI. 116). Der 1. Mai sollte und soll, was hier nur kurz erwähnt sei, auf kein spezifisches, für die staatliche Entwicklung essentielles Ereignis hinweisen, sondern, wie die Begründung zur Regierungsvorlage vom Jahre 1919 ausführt, als „Staatsfeiertag für alle arbeitenden und produktiv schaffenden Bürger gelten“. Es hatte aber bereits die Erste Republik sogleich mit dem 1. Mai einen weiteren staatlichen Feiertag kreiert, und zwar im Gegensatz zu diesem als Gedenktag an ein besonderes, für die staatliche Entwicklung markantes Geschehen: Es wurde der „12. November eines jeden Jahres als allgemeiner Ruhe- und Festtag erklärt“, und zwar mit der gesetzlichen Begründung: „Zum immerwährenden Gedenken an die Ausrufung des Freistaates Deutsch-Österreich“ am 12. November 1918.

Nach 1945 erlebte, im Gegensatz zum 1. Mai, der 12. November keine Renaissance. Ein neuer, spezifischer Staatsfeiertag wuchs erst ab 1955 allmählich heran, und zwar aus einem schulischen Gedenktag an den 26. Oktober 1955, den ersten Tag des besatzungsfreien Österreich und seiner Neutralitätserklärung. Dieser „Tag der Flagge“, so benannt in Übernahme der verfassungsrechtlichen Terminologie des Staatssymbols „Flagge der Republik“, wurde erstmals am 26. Oktober 1955 in den Schulen gefeiert, firmierte allerdings seit 1956, entprussifiziert, als „Tag der Fahne“. Nach zehnjähriger Gewöhnung erhob ihn der Bundesgesetzgeber 1965 (BGBl. 298) zum „Österreichischen Nationalfeiertag“ in Erinnerung an die Neutralitätserklärung und die damit verbundene Bekundung des Unabhängigkeitswillens von 1955.

Über den allgemeinen Staatsfeiertag des 1. Mai und die beiden spezifischen staatlichen Feiertage 12. November beziehungsweise 26. Oktober ist das mindestens ebenso denkwürdige Datum des 30. Oktober in Vergessenheit geraten – kurioserweise, denn: Kein 26. Oktober und kein 12. November ohne diesen 30. Oktober.

Während nämlich auf den 26. Oktober die abermalige Mündigkeit des republikanischen Österreich nach Beendigung der Besetzung durch die vier Alliierten fällt, auf den 12. November seine, wie es Renner formulierte, „Taufe“, so auf den 30. Oktober doch nichts weniger als seine Geburt!

Der österreichische Staat wird also im Jahre 1996 nicht – zum dritten Mal – eintausend Jahre alt, sondern müsste seinen 78. Geburtstag begehen – wie übrigens auch die tschechische Republik als Teil der ehemaligen tschechoslowakischen Republik.

Literatura :

- [1] W. Brauner : *Österreichische Verfassungsgeschichte*, 7. Auflage Wien 1992;
- [2] W. Brauner : *Das Verhältnis Gesamtstaat – Länder und die Entstehung der Republik Deutschösterreich*. Ein Forschungsbericht, in: A. Ableitinger (Hrsg.), *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder I: Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918–1920*, St. Pölten–Wien 1983;
- [3] W. Brauner : *Die Gründung der Republik Deutschösterreich*, sowie: W. Brauner, Karl Renner's Entwurf einer provisorischen Verfassung, beide in: W. Brauner, *Studien I: Entwicklung des Öffentlichen Rechts*, Frankfurt/Main etc. 1994;
- [4] H. Kelsen : *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich I*, Wien–Leipzig 1919;
- [5] A. Merkl : *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich*. Ein kritisch-systematischer Grundriß, Wien–Leipzig 1919;
- [6] F. Kleinwächter : *Von Schönbrunn bis St. Germain*. Die Entstehung der Republik Österreich, Graz–Wien–Köln 1964;
- [7] H. Andics : *50 Jahre unseres Lebens*. Österreichs Schicksal seit 1918, Wien–München–Zürich 1968;
- [8] L. Jedlicka : *Ende und Anfang*, Österreich 1918/19, Salzburg 1969;
- [9] E. Weinzierl – K. Skalik (Hrsg.) : *Österreich 1918–1938. Geschichte der Ersten Republik*, Graz–Wien–Köln 1983.

BGBL. = Bundesgesetzblatt

StGBL. = Staatsgesetzblatt

* * *

S U M M A R Y

Vznik republiky Rakousko

Rakousko jako země oslavilo 1 000 let svého vzniku již dvakrát: v r. 1955 založení Rakouského knížectví a v r. 1976 nástup dynastie Babenbergů. V r. 1996 bude slavit po třetí – v tisíc let staré listině se po prvé objevuje název Rakousko. Ovšem rakouský stát je podstatně mladší – byl založen 30. října 1918. Události jeho vzniku popisuje tato práce.

30.10. 1918 dopoledne se studenti a akademici vídeňské university odebrali k budově parlamentu, kde poslanci K. Renner a Dinghofer v podstatě deklarovali nezávislost rakouského lidu. V odpoledních hodinách se před Zemským domem shromáždily tisíce lidí a poslanci Národního shromáždění deklarovali konec starého Rakouska a vznik nového Německo – Rakouského státu. Spolu s ním se hovořilo o republikánském státním uspořádání, vlály rudé černo-rudo-zlaté vlajky a slovo „socialistická republika“ bylo slyšet ze všech stran. Tisk psal o „položení základního kamene Německo – Rakouska“ a právní historici se shodli na tom, že na bývalém území Rakouské monarchie vznikl nový subjekt s vlastní formou státu a vlády, jako tomu bylo např. v případě Československa.

Výchozím bodem byl císařský manifest z 16.10., dle něhož měly „Národní rady“, vytvořené z poslanců Říšské rady, spolupracovat na přeměně Předlitaví na spolkový stát. Z nich se konstituovalo „Provizorní Národní shromáždění pro Německo – Rakouský stát“. To pak přijalo Usnesení o zřízení státní moci, které se stalo prvním zákonem Sbírky zákonů. 31.10. byl pak vznik nového státu vyhlášen.

Bylo to proti císařově záměru vytvořit nový spolkový stát jako součást monarchie. Dle výnosu NS šlo však o stát, stavící na první místo suverenitu lidu a s monarchou nebylo počítáno. Další výnosy se řídily klasickou demokratickou koncepcí moci a její dělby.

11.11. vyšly ve zvláštním výtisku „Wiener Zeitung“ dvě podstatné zprávy. V jedné se císař vzdával jakékoliv účasti na vládě Německo – Rakouska a ve druhé zbavil Vládu rakouska jejího úřadu, aniž by na její místo jmenoval jinou. To se prakticky rovnalo rezignaci na trůn, protože bez jejího souhlasu nemohl monarcha vykonávat téměř žádnou ze svých pravomocí.

12.11. Byl Provizornímu Národnímu shromáždění Státní radou předložen návrh „Zákona o formě státu a vlády“, který shromáždění přijalo.

I když se císař svého podílu na moci vzdal, zůstala dle Ústavy z r. 1867 její druhá složka – Poslanecká sněmovna. Ta rezignovala 12.11. dopoledne s tím, že „Rakousko se rozpadlo, a pro nás neexistují již žádné další úkoly, které bychom měli plnit“.

Již odpoledne 12.11. zahájilo v bývalé budově sněmovny své 3. sezení Provizorní Národní shromáždění, které přijalo pod čísly 2 – 5 další zákony. Šlo o : č. 2 – Roz-

hodnutí o Národní a Občanské gardě, č. 3 – Výnos o cenzuře, č. 4 – Výnos o zřízení Pracovního úřadu, č. 5 – Výnos o formě státu a vlády v Německo – Rakousku.

Dle Hanse Kehlsena šlo v případě zákona č. 5 pouze o uvedení právoplatného Ústavního rozhodnutí z 30.10. do systému zákonů.

Jako na den založení republiky bylo vzpomínáno na 12.11.. Připomíná nám jej mimo jiné „Pomník Republiky“ na Wiener Ringstrasse mezi parlamentem a Balleřií. Byly vydány i poštovní známky s motivem 12. listopadu. Po 2.sv.v. nebyl znovu obnoven, místo něj byl zaveden 26. říjen (v r. 1955) jako první den neobsazeného a neutrálního Rakouska – tzv. „Den vlajky“. Po deseti letech byl vyhlášen rakouským národním svátkem.

Je paradoxem, že 30. říjen, který dal de facto vzniknout 12. listopadu i 26. říjnu, byl zapomenut jako první.

Rakouskému státu tedy nebude v r. 1996 – po třetí – 1 000 let, ale připomene si „pouze“ 78. narozeniny.

Principles of Roman Law absorbed in the New Dutch Civil Code.¹

Hans ANKUM

1. In this lecture I want to discuss principles of Roman law which have been absorbed in the new Dutch Civil Code. It will be clear that, before I can begin to examine these principles, I will have to give some information about the development of Dutch private law since its first codification and to explain the exact meaning of the words "the New Dutch Civil Code". At the end of this essay I will make a few remarks on the importance of a good knowledge of Roman private law for the comparison and the unification of private law systems in Europe.

This paper will therefore be divided into the following three parts:

- I. Some data concerning the development of Dutch private law since 1809 and about the revision of the Dutch Civil Code since 1947.
- II. Principles, rules and institutions of Roman law which can be found in the books on Patrimonial Law in General, on Real Rights, on Obligations and on Special Contracts of the Dutch Civil Code, which were introduced in 1992.
- III. Some observations on the value of a good knowledge of Roman private law for lawyers of the 21st century who want to study in a comparative way the European systems of private law and to unify parts of private law in Europe.

I.

Some data concerning the development of Dutch private law since 1809 and the revision of the Dutch Civil Code since 1947.

2. Before I will be able to speak about the new Dutch Civil Code and especially about the Books 3, 5, 6 and a part of Book 7 which are implemented since January

¹Elaborated text of a lecture given at the Faculty of Law of the Masaryk University in October 1994. I thank Professor Dr. Dalibor Jílek, Vice-dean, for his invitation and my colleagues of Roman Law Dr. Michaela Židlická and Dr. Renata Veselá for their kind hospitality.

1st 1992, I will have to give some information about the development of Dutch private law since the first codification of the civil law in 1809².

The first code of a part of private law, viz. civil law, the 'Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland' came into being for the Kingdom of Holland in 1809 by order of King Louis Napoléon, brother of Napoléon. It was partly based on the French Code civil, partly on the old private law of the province of Holland, from which the general community of property as the legal system of matrimonial property and the requirement of delivery for the transfer of ownership, had been taken. From 1811 till the end of 1813 the Netherlands were part of the French Empire. In 1811 the five French codes entered into force. Two of them are relevant for us here: the French 'Code civil' of 1804 in its version of 1807, called "code Napoléon" and the French 'Code de Commerce' of 1807. Four of these five codes, among them the two last mentioned, remained in force until 1838; the 'Code pénal' was not replaced by a Dutch penal code until 1886; the latter is still in force, though many provisions have been modified.

In 1838 the Dutch Civil Code ('Burgerlijk Wetboek') came into force together with the Dutch Commercial Code ('Wetboek van Koophandel'). Parts of the Civil Code, viz. the regulation of the law of successions and the main part of the law concerning special contracts, are still applied today. When it came into force, the 'Wetboek' of 1838 was, roughly estimated, for 70 % a translation and an adaptation of the French Civil Code. Important differences came from Roman-Dutch law, e.g. the general community of property between spouses and the rule that ownership was transferred not by contract but by an act of delivery. From the beginning of this century the Civil Code became less and less apt to deal with the changed and changing social and economic circumstances. It was no longer in accordance with social and political opinions. Many partial changes of the contents of the code took place. I will only mention a few of them: the introduction of parental instead of paternal authority in 1905, the introduction of an extended, fundamentally

²See on the history of codified Dutch private law A.J.M. Kunst in Introduction to Dutch law for foreign lawyers, ed. by D.C. Fokkema, J.M.J. Chorus, E.H. Hondius and E.Ch. Lisser, Deventer 1978, p. 11; E. Holthöfer in Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III. Band. Das 19. Jahrhundert, 1. Teilband, Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht, München, 1982, pp. 1191-1400 en III. Band. Das 19. Jahrhundert, 3. Teilband, Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, München 1986, pp. 3402-3472; A.S. Hartkamp, The civil code revision in the Netherlands 1947 - 1992, in New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law (Property, Obligations and Special Contracts) /Nouveau Code Civil Néerlandais. Le Droit Patrimonial (Les Biens, Les Obligations, Les Contrats Particuliers) /Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het Vermogensrecht (Zakenrecht, Verbintenissenrecht en Bijzondere Overeenkomsten), translated by /traduit par/ vertaald door P.P.C. Haanappel, E. Mackaay, Deventer 1990, (hereafter: New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law, 1990), pp. XIII - XIV; J.M.J. Chorus, in Introduction to Dutch Law for foreign lawyers, second revised edition, ed. by J. Chorus, P.H. Gerver, E. Hondius, A. Koekoek, Deventer 1993, (hereafter: Introduction, 1993) p. 12.; A.S. Hartkamp, Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht, in: *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 57(1993), pp. 665-667.

different regulation of the labour contract, with numerous rules of *ius cogens* to protect the socially weak labourers, in 1909, the creation of a much better position of the surviving spouse in the law of intestate succession in 1923, the introduction of a regulation of the hire purchase contract (with rules tending to the protection of the hire purchaser) in 1936 and the abolishment of the incapacity of married women and the introduction of adoption both in 1956. All these partial modifications of the Civil Code harmed its consistency.

At the end of last century another important phenomenon came into being for many subjects: particularly but not exclusively, in the fields of intellectual and industrial property many statutes were introduced independently from the Civil Code. Often these statutes contained rules of private law, of procedure, of penal law and of administrative law. An example of this type of statutes is the Act concerning the lease of land for agricultural purposes of 1937. As a consequence of these statutes numerous statutory rules of private law on many legal institutions cannot be found in the Civil Code.

Another even more important reason why the Civil Code became less and less the source of the main principles and rules of civil law was the huge growth of the number of new rules of law created by decisions of the Supreme Court. Important parts of this judge-made civil law had but a small, if any, point of contact with the code. Whole branches of civil law were almost totally created and developed by the Supreme Court. I give as examples the law concerning unlawful act (tort), ownership of movables, fiduciary security of movables and natural obligations. Constitutionally this creation of new law by the Supreme Court, especially in cases of political interest, was not without its problems: the judges of the Supreme Court, though not responsible to Parliament, assumed the role of legislator. There were also practical problems: many questions for which the Civil Code did not give a satisfactory solution were not even brought before the Supreme Court.

Finally, there were numerous titles and articles in the Civil Code that were defective. As early as 1928, in a famous paper, prof. E.M. Meijers (1880-1954) published a list of one hundred points on which the Code was *omnium consensu erroneus*³.

It was prof. Meijers in particular who maintained, before and after the Second World War, that, for all the reasons mentioned above, a recodification of private law was necessary. The Commercial Code of 1838 too, although parts of it (e.g. the title on insurance law) are still in force had begun to be antiquated already at the end of the last century. In 1896 the law of bankruptcy was taken out of the Commercial Code and put into a special statute, to wit the Bankruptcy Act, which was applicable to merchants and non-merchants alike. Important parts of the Commercial Code were modernized in our century, e.g. the law of transport by sea

³See E.M. Meijers, *Het fellooze deel van ons Burgerlijk Wetboek* (The faultless part of our Civil Code) in *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie*, 1928, nr.3031 = *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, I, Leiden 1954, pp. 93 - 98.

(1924), the law concerning limited companies (1929) and the law concerning bills of exchange and cheques (1932 and 1933). In 1934 the existing special rules for acts of commerce and for merchants were abolished, and in the opinion of most lawyers there was no longer any reason to have a special Commercial Code. This unity of private law is in accordance with the 17th and 18th century Dutch law, which did not know a separate commercial law. The distinction between civil and commercial law was introduced in the Netherlands in 1809, under the influence of French law.

3. After the Second World War prof. Meijers got adherence with his idea that a new Civil Code should be made. By Royal Decree of 1947⁴ Meijers, professor of civil law at Leyden University from 1910 till 1950, was entrusted with the mandate to make a draft for a new Civil Code divided in 9 books. Since it had to be a "codice unico" as existed in Switzerland and Italy, the rules of commercial law had to be incorporated in the new Code⁵. Meijers worked seven years on his draft for the new Civil Code. In 1954 the Books 1-4 with Explanatory Commentary were published. Then, unexpectedly Meijers died in June 1954. His work was continued by others. I only will mention here the names of four eminent jurists who drafted parts of of the new Code and defended them in Parliament as governmental commissioners: Prof. J. Drion, Meijers' successor as professor of civil law at Leyden University, Dr. G.E. Langemeijer, "Procureur-generaal" at the Supreme Court, Mr. W. Snijders, judge in the Supreme Court (all three for the books 3, 5 and 6) and professor H. Schadee (for book 8). An important part of the work of recodification has also been done by Dr. A.S. Hartkamp, who was a member of the Civil Code Revision Office of the Ministry of Justice for many years (he is now "Advocaat-Generaal" at the Supreme Court and professor of private law at the University of Utrecht). The basis was always a draft made by an individual lawyer or a group of lawyers. Based thereon, bills were presented in Parliament, containing books or parts of books.

According to Meijers the new Civil Code had to consist of 9 Books⁶:

1. Law of Persons and Family Law (including the law of matrimonial property).
2. Law of Legal Persons.
3. Patrimonial Law in general.
4. Law of successions.
5. Real Rights.
6. General Part of the Law of Obligations.

⁴On the revision of the Civil Code, see A.S. Hartkamp, Civil code Revision in the Netherlands 1947-1992, in *New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law*, translated by P.P.C. Haanappel and S. Mackaay, Deventer 1990, pp. XIII-XXVI, and articles by Hartkamp, Hondius and Snijders mentioned in Introduction, 1993, p.440.

⁵They can now be found in Book 2 (legal persons), Book 7 (special contracts) and Book 8 (law of transport).

⁶See on the classification of the new Dutch Civil Code, Hondius, in Introduction 1993, pp. 33-35, the works mentioned in Introduction, 1993, p.440, and A.S. Hartkamp, *Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 57(1993), pp. 668-670.

7. Special Contracts.
8. Law of Transport.
9. Law of Products of the Mind (Intellectual and Industrial Property).

Books 1-6 and parts of Books 7 and 8 have been enacted⁷. Book 1 came into force in 1970, Book 2 in 1976; the main part of Book 8 (containing already more than 1830 articles) in 1991 and 1993. The Books 3,5 and 6 and four titles of Book 7 were implemented in January 1992, three other titles of this Book followed suit on December 31, 1992 and September 1, 1993. No work was done concerning Book 9 till the autumn of 1993; recently professor J.J. Brinkhof was appointed as a governmental commissioner for this Book, and it is possible that some general rules on patrimonial aspects of the institutions of industrial and intellectual property will be drafted. Finally, the possibility of the drafting of a Book 10, containing a codification of rules of private international law is discussed. Though excellent specialists in this field of law are not in favour of such a codification, it seems probable that a draft will be made in the future.

4. We will now return to the Books 3,5,6 and 7; we will go into some more details about them⁸, since, as we will see, these books are the relevant ones for the subject of this paper.

Fundamentally new is Book 3, giving rules of Patrimonial Law in general. It is not an "Allgemeiner Teil" in the sense of the German Civil Code, which contains provisions applicable to the whole body of private law, but it contains provisions which are applicable to all subsequent books of the Code. The first title: General Provisions contains definitions and provisions on entries regarding registered property. Decisive for the whole classification of the Code are the definitions of the articles 1 and 2 of Book 3. The Code makes a distinction between "goederen" (property) and "zaken" (things). According to art.1 property is comprised of all things and of all patrimonial rights⁹. Art.2. defines "things" as "corporeal objects susceptible of human control"¹⁰. Provisions on "goederen" are incorporated in Book 3, provisions on "zaken" in Book 5. As in the German BGB a rather extended title is dedicated

⁷Book 4 on the Law of Successions was enacted already in 1969, but has still not been put into force, because of a dispute between the Ministry of Justice and the public notaries on the intestate position of the surviving spouse.

⁸See about the law of these four Books, which were almost entirely put into force in 1992: F. Bydinski, Th. Mayer-Maly, J.W. Pichler (Hrg.), *Renaissance der Idee der Kodifikation. Das neue Niederländische Bürgerliche Gesetzbuch 1992*, Wien, usw. 1991, pp. 23-157 (articles by D. van Dijk, E.H. Hondius, A.S. Hartkamp and J.B.M. Vranken); chapters 7, 8 and 9 of Introduction, 1993, pp. 63-124 and the works mentioned in this book on pp. 440-442, and lastly Hartkamp, *Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht*, in *Rabels Zeitschrift* 57(1993), pp. 670-684.

⁹For all provisions which entered into force on the first of January 1992 we use the English translation made by Haanappel and Mackaay mentioned above in note 2.

¹⁰Our Civil Code was influenced here by the German Civil Code; see § 90 BGB: "Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände." To indicate property the German legal terminology uses the word "Güter" or "Gegenstände".

to juridical acts. The subjects of the remaining titles of Book 3 are: Procuration (title 3); Acquisition and loss of property (title 4); Possession and detention (title 5); Community (title 6); Usufruct (title 8); Rights of pledge and hypothec (title 9); The right of recourse on property (title 10) and Rights of action (title 11). It has to be noted that the rights of the titles 8 and 9, which were traditionally known as "real rights", are treated separately from the real rights of Book 5. The "absolute rights" of the titles mentioned above, called "restricted rights" in the Code, are regulated in Book 3 since they can be vested in things as well as on patrimonial rights.

Book 5, entitled "Real rights", contains provisions on ownership and the other real rights, viz. servitudes, emphyteusis, the right of superficies and apartment rights. These rights can only have things for their objects.

An enormous amount of profound legal thinking has been invested in Book 6: "General Part of the Law of Obligations". It is divided into five titles, to wit: Obligations in general (title 1), Transfer of claims and debts and renunciation of claims (title 2), Unlawful act (title 3), Obligations arising from sources other than unlawful act or contract (title 4) and Contracts in general (title 5). There has been much discussion about the first article of Book 6: "Obligations can only arise if such results from the wet". Haanappel and Mackaay translate "if such results from the law". The Dutch word "wet" however has the meaning of 'statutory law'. The intention of the legislator was to establish that obligations can only exist in accordance with statute law. This seems too restricted to me. Obligations can certainly arise from international treaties and it seems tenable that they also arise from unwritten law and custom. It is impossible to give here even an impression of the extreme variety of subjects of the five titles of Book 6. Subjects regulated are among others: plurality of debtors or creditors, alternative and conditional obligations, performance of obligations, rights to suspend performance, the effects of non-performance of an obligation, creditor's default, legal obligations to repair damage, obligations to pay a sum of money and compensation.

On the first of January 1992 four titles of Book 7: "Special Contracts" were put into force. These are the titles on sale and exchange, mandate, deposit and suretyship. In Book 7A were incorporated those titles from the old Dutch Civil Code for which no new regulation had been as yet enacted, e.g. hire-purchase, lease, labour contract, undertaking for a work and loan for consumption.

Since the first of January 1992 some new titles have been incorporated into Book 7 and have been put into effect. Since the 31st of December 1992 we have a new regulation of the travel contract (title 7A). On the first of September 1993 the title on "lastgeving" has been replaced by the title on "opdracht", the contract by which one party obliges himself to the other party to perform activities for him not within the framework of a labourcontract ("dienstbetrekking"); if these activities are legal acts the contract is called "lastgeving" (mandate). Finally on the same date a new title on the contract of settlement ("vaststellingsovereenkomst") has been put into force.

If we examine the contents of the Books 3, 5, and 6 and of those titles of Book 7 that already have become law, the words of Justinian as they were phrased in the constitution Tanta¹¹ by which he introduced the Digest in 533: multa et maxima transformata sunt come to mind. Meijers had the intention to re-codify the law that had developed mainly outside the Code. Since Meijers' death nearly forty years have passed, during which excellent lawyers worked continuously on the improvement and modernization of the Dutch civil law. In 1992 and 1993 many important changes of the law were introduced, of which I will only mention the important increase of cases in which someone is held liable for an unlawful act whether it was his fault or not, and the introduction of a new regulation of the law concerning general conditions in contracts, regulation by which persons are protected when stipulations in general conditions are deemed to be unreasonably onerous.

II.

Principles, rules and institutions of Roman law which can be found in the books on Patrimonial Law in General, on Real Rights, on Obligations and on Special Contracts, which were introduced in 1992.

5. We will now examine principles, institutions and rules of Roman law which are absorbed by the new Dutch Civil Code. Before going into this subject I will put forward some limitations and will make an observation which tends to put the importance of Roman law in this context into perspective.

First of all we will confine ourselves to those Roman principles to be found in the Books 3,5,6 and 7 that were recently introduced. I will speak neither about the Books 1 and 2 which are already in force since 1970 and 1976, nor about Book 8. Parts of the new Civil Code which are not enacted or are not yet implemented equally will not be taken into consideration. Furthermore I will only mention new influences of Roman law, which cannot be found at all or at least not expressed in a clear way in the old Dutch Civil Code of 1838. There are of course numerous points on which the old and the new Dutch Civil Code are influenced by principles of Roman law; these will not be discussed.

It is certainly striking that in a rather large number of cases legal solutions have been adopted into the new Dutch Civil Code which are more or less identical with those accepted by Roman law. Sometimes rules of Roman law are explicitly invoked in the "Explanatory Commentary". In many other cases no such remarks can be found. If a strong parallelism between the rules of the new Civil Code and those of

¹¹In § 10 of the constitutio "Tanta" Justinian writes: multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt ("many and most important are the things, which have been altered in consequence of the general utility")

Roman law can be established, we can suppose that the drafting jurists, consciously or unconsciously, have been influenced by Roman law, because all lawyers who cooperated in the preparatory work concerning the new Civil Code studied law back when Roman law still had an important place in the curriculum. With a last remark however I want to put the importance of Roman law in this context into perspective. In private law the number of possible solutions to legal problems is not unlimited. In many cases the solutions incorporated in the new Dutch Civil Code would probably have been the same even had they not been accepted in the legal system of the Romans.

6. Now I will begin the examination of the cases in which I have found a clear parallel between provisions of the new Dutch Civil Code and rules of Roman law¹². I cannot guarantee that my list is exhaustive¹³ but I think that the most important cases¹⁴ are mentioned here.

The old Dutch Civil Code contained in art. 1297, paragraph 1 the provision that the fulfilment of a suspensive condition had retroactive effect in the field of obligations. In Roman law a general principle to this effect did not exist. In many texts no retroactive effect was given to the fulfilment of a *condicio*. The new Civil Code provides for juridical acts in art.3:38, par.2:

"The fulfilment of a condition does not produce retroactive effect"¹⁵. With this provision Dutch civil law has come nearer to Roman law.

Roman law has known several cases of what in modern legal systems is called "conversion". I mention as examples the case in which an invalid formal renunciation of a right to claim a debt by a creditor (*acceptilatio*) was considered as an informal renunciation (*pactum de non petendo*) and the case, where an invalid legacy with real effect (*legatum per vindicationem*) was considered as a legacy with only personal effect (*legatum per damnationem*). The new Civil Code does acknowledge conversion in a general way in art. 3:42, that runs as follows:

¹²See for Roman private law, M. Kaser, *Das römische Privatrecht* II, München 1971 and II2, München 1976 and for the Roman law of Obligations, R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Deventer 1993.

¹³My friend and colleague Arthur Hartkamp sent me a list of cases "in which the new Civil Code causes a change of the law that dates more or less back to Roman law" in a letter of December 16th 1990. When preparing this paper I found several other cases. I express my profound gratitude to Arthur Hartkamp, with whom I could also discuss some of the cases mentioned by him.

¹⁴There is also much influence of Roman law in title 4 of Book 5: "Rights and obligations of owners of neighbouring properties".

¹⁵For all the articles belonging to the part of the Civil Code introduced on the first of January 1992 I make use of the translation of Haanappel and Mackaay mentioned before in note 1.

"Where the necessary implication of a null juridical act corresponds to such a degree to that of another juridical act, which is to be considered as valid, so as to imply that the latter juridical act would have been performed had¹⁶ the former been abandoned because of its invalidity, then the former shall be given the effect of the latter juridical act, unless this would be unreasonable to an interested person not party to the act."

In Justinian law¹⁷ creditors were protected against legal acts, made by their debtors though they were not obliged to do so and by which they diminished their patrimony, with the so called *actio revocatoria* or *Pauliana*. As early as in the Middle Ages an enlarged application of the *actio Pauliana* has been defended by Baldus and later romanists¹⁸ in cases in which there was no question of an adverse effect of the creditor's recourses on the debtors patrimony, but a violation of a duty in relation to a special thing by a solvent debtor. For the Dutch civil law, as based on the Civil Code of 1838, also such an "enlarged *actio Pauliana*" has been defended by authors like Eggen and Schoordijk. According to these authors the buyer of a thing could invoke the invalidity of the second sale and the delivery of the same thing made by a seller to a purchaser who knew that the thing had already been sold to someone else. The legislator of 1992 has not followed these authors, but has returned to Roman law, prescribing in art.3:45, par.1:

"If a debtor, in the performance of a juridical act to which he is not obligated, knew or ought to have known, that this act would adversely affect the recourses of one or several of his creditors against his patrimony, the act may be annulled...."

In the Roman law texts we find several cases of what we call, in modern legal systems, "convalescence". I will give a few examples. If a buyer of a *res mancipi* has received the possession of a thing by *traditio*, and the seller who was a non dominus later on acquired the ownership of the thing because he has been instituted as the owner's heir, the buyer was protected as bonitarian owner by praetorian remedies¹⁹. If a debtor had constituted a right of *pignus* on a thing not belonging to him and later on he became owner, then the pledge creditor was protected by an *actio Serviana utilis*²⁰. Finally, according to an oratio of the emperor Septimius Severus held in 206 AD, a gift between spouses becomes valid if the donator dies without having invoked the invalidity of the gift²¹. In these cases the *postfactum* of the acquisition of ownership by the seller and the debtor and of the death of the

¹⁶This could be e.g. the person towards whom a unilateral act is addressed.

¹⁷In classical law, in case of *fraus creditorum* the creditors had at their disposal a *restitutio in integrum* and an *interdictum fraudatorium*; the relation between these two legal remedies is not clear.

¹⁸See my dissertation, *De geschiedenis der "Actio Pauliana"*, Zwolle 1962, pp. 182-186.

¹⁹See Pomp. D.21.3.2 and Ulp. D.6.1.72 and D.44.4.4.33.

²⁰Cf. Afric. D.20.4.9.3 and Paul D.13.7.41. Modestinus proposes even (in D.20.1.22) that an *actio Serviana utilis* ought to be given to the pledge creditor, if the debtor has died and the owner of the pledged thing has become the debtors heir.

²¹Cf. Ulp. D.4.1.32.pr-2.

donator had the result of giving legal effect to a former invalid legal act.

The new Dutch Civil Code contains a general provision for "convalescence" in art. 3:58 par.1, which runs as follows:

"Where a legal condition for the validity of a juridical act is fulfilled only after its execution, but all directly interested parties who could have invoked this defect have regarded the act as valid during the period between the act and the fulfilment of the legal condition, the juridical act will thereby have been regularized."

In classical Roman law the delivery of a thing by the transmission of possession (traditio) was a "causal"–juridical act: ownership only passed on to the acquirer when the traditio was based on a valid title (sale, gift, dowry, etc.). The Justinian legislation is not clear as to the necessity of a *iusta causa*. For the Dutch civil law based on the Civil Code of 1838 the Supreme Court had decided, in May 1950²², that for the transmission of ownership a valid title was necessary. The new Dutch Civil Code has explicitly chosen the rule in force for the traditio of classical Roman law in the title on acquisition and loss of "goederen" (corporeal and incorporeal things"). Art.3:84 par.1 prescribes:

"Transfer of property requires delivery pursuant to a valid title by the person who has the right to dispose of the property."

In classical Roman law *fiducia cum creditore* and *fiducia cum amico* were frequently used. Both have been abolished by Justinian. These two legal institutions were recognized as valid by the Dutch Supreme Court in this century when the old Civil Code was operative. The new Civil Code banned both forms of fiduciary ownership in art. 3:84, par.3:

"A juridical act which is intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property in the patrimony of the acquirer, after transfer, does not constitute valid title for transfer of that property."

In Justinian's legislation a prescription of three years for movables and of ten or twenty²³ years for immovables existed. In the old Dutch Civil Code prescription of movable things was unknown. The new Civil Code contains a provision which resembles the Justinian law very much²⁴. Art. 3:99 prescribes:

"Rights in movable things which are not registered property [...] are acquired by a possessor in good faith by an uninterrupted possession for three years; other property is acquired by uninterrupted possession for ten years."

Since the end of the Republic Roman law has known the possibility of pledge on any thing without possession of the thing by the creditor. During at least three

²²See Hoge Raad, 5th May 1950, *Nederlandse Jurisprudentie* 1951, nr.1.

²³For *longi temporis praescriptio* the lapse of a period of ten years was required *inter praesentes* (when the owner and the possessor lived in the same province) and the lapse of a period of twenty years *inter absentes* (when owner and possessor lived in different provinces).

²⁴A difference between the new Dutch law and Justinian law is that a *causa* of the prescription is no longer required.

centuries this right of pledge existed at the side of *fiducia cum creditore*. According to art. 1196 of the old Dutch Civil Code a right of pledge could only be constituted by the transmission of the pledged movable thing into the detention of the creditor or of a third person. In practice there existed a need for real security on movable things remaining in the detention of the debtor. The Supreme Court accepted, in 1929, the possibility of a transmission *fiduciae causae* of a movable thing to the creditor by means of *constitutum possessorium*. As we saw above, in art.84, al.3 the new Civil Code does not consider the juridical act which is intended to transfer property for purposes of security as a valid title for the transfer of property any more. It is comprehensible in the light of this prohibition that the new Civil Code recognizes the possibility of a pledge on movable things without transfer of detention to the creditor. Side by side with the right of pledge on a movable thing, that is established by bringing the thing under the control of the pledgee, the new Civil Code recognizes the validity of a right of pledge on a movable thing which remains in the detention of the debtor. Art. 3:237, par.1 runs as follows:

"The right of pledge on a movable thing [...] can also be established by an authentic deed or a registered deed under private writing, without the thing [...] being brought under the control of the pledgee or of a third person."

The old Dutch Civil code contained no explicit provision about the transfer of possession by means of *constitutum possessorium* and mentioned the possibility of *traditio brevi manu* in art.667, dedicated to the transfer of ownership of movables. In the new Dutch Civil Code art.3:115²⁵, incorporated in the Title on Possession and Detention, recognizes *constitutum possessorium* and *traditio brevi manu* as modes of the transfer of possession, as they were in Roman law.

Professor Meijers explicitly refers to the Roman *actio Publiciana* in his Explanatory Commentary²⁶ on the last article of the Title on Possession and Detention, art.3:125. Meijers stresses that there is a need for the protection of the possession by someone towards other persons, "who have, in any case, less to do with the property than he, viz. persons who can neither invoke any right or any possession, or

²⁵Art. 3:115: "A bilateral declaration without material acts is sufficient for the transfer of possession: a. where the alienator possesses the thing and henceforth detains it for the acquirer by virtue of a stipulation made at the time of the delivery; b. where the acquirer was detentor of the thing for the alienator." The article adds a third case of transfer of possession without material acts", viz. c. "where a third party detained the thing for the alienator and detains it for the recipient after the transfer." This case is called by modern lawyers *traditio longa manu*. In D.46.3.79 Iavolenus examines the case in which a thing was put before the eyes of another person and it was stated that it was acquired by him and that *res quodammodo manu longa tradita existimanda est* (that the thing has to be considered as a thing which is transferred by *longa manu traditio*). In textbooks of Roman law this and comparable cases of transfer of possession, in which there is hardly any corporeal element in the acquisition by the acquirer, are considered as examples of *traditio longa manu* and not the case mentioned in art.3:115 under c.

²⁶See *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Boek III, Algemeen Geedeelte van het Vermogensrecht, ed. by C.J. van Zeben and J.W. du Pon with the collaboration of M.M. Olt'hof, Deventer 1981, p.456.

only possession which has been acquired at the cost of the earlier possessor". For the protection of this possessor the new Dutch Civil Code contains the following provision in art.3:125:

"1. He who has acquired possession of property, can, on the basis of a subsequent loss or disturbance in the possession, institute the same action against third persons to recover the property and remove the disturbance as the titleholder of the property. Nevertheless, these actions must be instituted within the year following the loss or disturbance.

2. The action is rejected if the defendant has a better right than the plaintiff to the detention of the property or if he has performed the disturbing act pursuant to a better right, unless the defendant has taken possession from the plaintiff or has disturbed his possession in a violent or surreptitious way."

Clear differences with the *actio Publiciana* are that good faith of the plaintiff is no requirement for the success of the action and that the action has to be brought within a period of one year after the loss of the possession or its disturbance. There is also some resemblance with the *interdictum uti possidetis* which had a restitutory function as well as a prohibitory one. In the case of the *interdict* the defendant had the *exceptio vitiosae possessionis* if the plaintiff had taken possession from him with force or in a surreptitious manner. According to par. 2 of art. 3:125 the plaintiff has a kind of *replicatio vitiosae possessionis*: the action is rejected if the defendant had a better right to the detention of the property, unless he had taken possession from the plaintiff in a violent or surreptitious way.

According to the old and new Dutch Civil Code a debt can be pledged. In classical and Justinian Roman law a debt could be the object of a right of pledge (*pignus nominis*). The new Civil Code contains an explicit provision on the capacities of the pledge creditor, on which the old Civil Code was not clear. In accordance with Roman law²⁷ the pledgee is – as art. 3:246 par. 1 provides – "entitled to demand the performance of the pledged debt judicially and extrajudicially and to receive payment".

In Roman law ownership was the most comprehensive private right that a person could have on a corporeal thing. For the Dutch civil law under the Civil Code of 1838 some authors – of whom J. Eggen was the most authoritative – defended that one could also be owner of an incorporeal thing. The new Dutch Civil Code stipulates explicitly in art.5:1, par.1 that the object of ownership can only be a corporeal thing. The mentioned paragraph runs as follows:

"Ownership is the most comprehensive right which a person can have in a thing."

As in Book 3, there are numerous principles and provisions of Roman origin in Book 6 of the new Dutch Civil Code.

²⁷In Roman law the pledge creditor could bring an *actio in personam* against the debtor of the pledged claim; this action followed the example of the real *actio Serviana*.

In Roman law the majority of contracts led to *actiones bonae fidei*; in lawsuits in which these actions were brought the judge had to condemn the defendant to *quidquid dare facere oportet ex fide bona* (all he had to give and to perform in accordance with the requirements of reasonableness and equity). The formation and execution of these contracts was dominated by "good faith". This "good faith" could have a supplementary or limitative, derogating²⁸, effect. There were several other legal relations, on which *actiones bonae fidei* could be based e.g. the managing of someone else's affairs and the relations between co-heirs and co-owners who wanted the judge to make a partition. The old Dutch Civil Code contained only a provision (in art.1374, par.3) according to which contracts had to be performed in good faith. There was, before 1992, a discussion as to the question whether a limitative or derogating effect of good faith could be accepted alongside the supplementary effect. The Supreme Court had the field of "good faith" broadened to some other juridical relations, amongst others those between co-heirs and those between parties still in their pre-contractual period. With its provisions on reasonableness and equity the new Dutch Civil Code lies, concerning their field of application as well as to their effects, very near to Roman law. The important role which the Code has given to "redelijkheid en billijkheid" (reasonableness and equity) is one of the most characteristic features of this new Code. A general provision, applicable to all obligations, is incorporated in Section 1 (General provisions) of Title 1 (Obligations in General) of Book 6. Art.6.1.1.2 par.1 runs as follows:

"A creditor and debtor must, as between themselves, act in accordance with the requirements of reasonableness and equity."

The derogating effect of reasonableness and equity is explicitly acknowledged in art.6.1.1.2 par.2:

"A rule binding upon them by virtue of law, usage or a juridical act does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to the standards of reasonableness and equity."

The Code contains special provisions concerning reasonableness and equity for contracts. Art.6:248, par.1 is concerned with the supplementary²⁹, and art.6:248, par.2 is concerned with the derogatory effect³⁰. As a consequence of art.6:216³¹ these provisions also apply to other multilateral patrimonial juridical acts, e.g. to the partition of a community. Though they are not identical, there is in this important

²⁸In relations of *strictum ius* (strict law) the *exceptio doli* had a comparable function. The defendant could oppose the *exceptio doli* with success when bringing an action was unjust in the given situation.

²⁹Art.6:248, par.1: "A contract has not only the juridical effects agreed to by the parties, but also those which, according to the nature of the contract, result from the law, usage or the requirements of reasonableness and equity".

³⁰Art.6:248, par.2: "A rule binding upon the parties as a result of the contract does not apply to the extent that, in the given circumstances, this would be unacceptable according to criteria of reasonableness and equity".

³¹This article stipulates, that the provision of the sections 1–4 of title 5 (contracts in general) apply in principle *mutatis mutandis* to other multilateral patrimonial juridical acts.

field of patrimonial law much similarity between Roman law and Dutch law as being in force since 1992.

Several provisions, such as those concerning creditor's default (art.6:58), "imprévision" (art.6:258) and the right to suspend performance in case of non-performance by the other party of a synallagmatic contract (art.6:262) are applications of the principles of reasonableness and good faith. Mora creditoris, already existing in Roman law, will not be examined here, since the old Civil Code already contained a provision on this institution (art.1440). The exceptio non adimpleti contractus of art. 6:262, which has a starting point in Roman law, will be discussed infra.

The articles 81-87 give a much better and more extensive regulation of debtor's default (mora debitoris) than the old Civil Code and contains numerous reminiscences of Roman law. Art. 6:81 lays down that the debtor is in default during the period that the prestation is not rendered, once it has become exigible and the requirements of articles 82 and 83 have been met. In art. 6:82, par.1³² the reader will immediately recognize the Roman interpellatio. According to art. 6:83a there is, in principle, no necessity to put the debtor into default when the parties agreed on a term for payment³³. This provision is nothing but the principle dies interpellat pro homine (the term puts into default instead of the person of the creditor) of the romanistic tradition³⁴. During the default the debtor is strictly liable: even if performance is made impossible for him by an act of God (vis maior), this impossibility is imputed to the debtor - if there is no mora creditoris - and he must repair the damage³⁵. Roman law had the same regulation, expressed for the contracts dominated by strictum ius by the maxim: mora debitoris perpetuat obligationem³⁶. An exception of this unlimited responsibility of the debtor is made for the case where the creditor would have suffered the damage even if the debtor had performed promptly. The exception is inserted in most modern codes³⁷. Though it is often

³²Art.6:82, par.1: "Default commences when the debtor is put into default by a written warning granting him a reasonable period for the performance and when there is no performance within this period." In Roman law the interpellatio was not necessarily a written warning, it could also be an oral warning.

³³Art.6:83: "Default commences without the formality of putting into default: a. where a term which has been set for payment lapses without the obligation having been performed, unless it appears that the term has another purpose."

³⁴Cf. D. Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter⁵, 1991, D. 39. Though the maxim is of later origin, it voices a principle of Roman law.

³⁵Art.6:84: "Every impossibility to perform which has arisen during the default of the debtor and which cannot be imputed to the creditor, is imputed to the debtor; the latter must repair the damage resulting therefrom, unless the creditor would have suffered the damage even in the case of proper and prompt performance."

³⁶See on the impossibility of performance during the debtor's default in Roman and modern German law the recent article of R. Knütel, Zum "Zufall" in § 287 S.2 BGB in Neue Juristische Wochenschrift 46(1993), pp. 900-901.

³⁷See e.g. § 287, S.2 BGB: "Er (viz. the debtor) ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch

thought to have a Roman origin, the texts of the legislation of Justinian³⁸ do not add it to the expression of the principle that the debtor in mora is responsible even if he can no longer perform as a consequence of vis maior. For the obligation to deliver a thing we even find the statement that the creditor could have prevented suffering the damage by alienating it as an argument for the heavy responsibility of the debtor.

Before 1992 it was disputed, whether in Dutch law purgatio morae was permitted. The Supreme Court had not given a decision on this point. In Roman law Celsus' opinion was accepted, who stated "eum, qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo (that the debtor who was in default as to the delivering of slave Stichus, who had been promised by stipulatio, could "purge" this default by offering him afterwards)³⁹. The New Dutch Civil Code accepts the possibility of purgatio (or emendatio) morae under the condition that the debtor pays costs and damages to the creditor⁴⁰.

Some of the articles of the new Civil Code in the field of pluriform causation have their startingpoint in the Roman lex Aquilia on damage to things and the elaboration thereof by the jurists. In Section 10 (Legal obligations to repair damage) of Book 6 we find the following provision on alternative causation in art.6:99:

"Where the damage may have resulted from two or more events for each of which a different person is liable, and where it has been determined that the damage has arisen from at least one of these events, the obligation to repair the damage rests upon each of these persons, unless he proves that the damage is not the result of the event for which he himself is liable."

On the basis of art.6:102 the persons mentioned in art.6:99 are solidarily responsible. The experienced Romanist will immediately think of the decision of the Republican lawyers and of Julian, followed by later lawyers, according to which several persons who wounded a slave were all liable for killing him if it could not be established by whose act he died⁴¹. As a result of the penal character of the actio legis Aquiliae in classical Roman law, and the mixed character of this action in Justinian's law, these persons were all cumulatively liable.

bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein sollte", and art. 1221 of the Italian Codice Civile: "Il debitore che è in mora non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante causa a lui non imputabile, se non prova che l'oggetto della prestazione sarebbe ugualmente perito presso il creditore".

³⁸Solely Sabinus and Cassius decided, according to Gai. D.16.3.14, that the deposittee is freed if the deposited thing perished because of a natural phenomenon after the litis contestatio but before the sentence of the judge, cum interitura esset ea res et si restituta esset actori (because the thing would have perished even if it had been rendered to the plaintiff).

³⁹See Cels.-Jul.-Paul D.45.1.91.3.

⁴⁰See art.6:86: "The creditor may refuse performance offered after the beginning of the default, so long as the offer does not also comprise the payment of damages which have, in the meantime, become due, as well as costs."

⁴¹See Iul.D.9.2.51.1 and Ulp. D.9.2.11.2.

The first section (General provisions) of Title 3 (Unlawful act) of Book 6 contains in art.166, par.1 a special provision on unlawful acts committed by persons belonging to a group. It runs as follows:

"If a member of a group of persons unlawfully causes damage and if the risk of causing this damage should have prevented these persons from their collective conduct, they are solidarily liable if the conduct can be imputed to them."

Who, having studied the Digest title 9.2 Ad legem Aquiliam, will not be reminded immediately of the case where a group of persons, playing with javelins, caused the death of a slave? Ulpian examined this case in D.9.2.9.4 and held that all players were liable for the killing of the slave. For the reasons mentioned above in the case of alternative causation we see here a cumulative responsibility of the group of persons *iusum iaculantes*.

In Roman law there were legal remedies for the recovering of unjustified enrichment in several particular cases; in Justinian's law these conditions had special names, like *condictio indebiti*, *condictio ob rem dati*, *condictio ob turpem causam*, etc. Numerous authors of the *ius commune* and of natural law, like Hugo Grotius and Ulrich Huber, have defended a general enrichment action. For the old Civil Code the Amsterdam professor of civil law M.H. Bregstein was the great defender of such an action. In an even more general way than the German BGB did in § 812 Abs.1, the new Dutch Civil Code introduced a general remedy for the restitution of an unjustified enrichment in art.6:212, par.1:

"A person who has been unjustifiably enriched at the expense of another must, to the extent this is reasonable, make reparation for the damage suffered by that other person up to the amount of his enrichment."

We now come to two fundamental articles of the new Dutch Civil Code which are concerned with synallagmatic contracts. They contain provisions on the right to suspend performance in case of non-performance by the other party (art.6:262) and on the right in that case to set aside the contract (art.6:265).

In Roman law the *bona fides* of the *actio empti* and of the *actio venditi* had the result that the seller and the buyer were absolved if the buyer, respectively the seller, did not perform or offer to perform in his turn at the same time. Probably a comparable defense based on the *bona fides* was given to the parties of a contract of *locatio conductio*. The medieval canonists and commentators gave this defense, called *exceptio non adimpleti contractus*, to the party of any synallagmatic contract whose performance was claimed by the other party when the latter party had not yet performed his obligation. The old Dutch Civil Code did not contain a provision on this subject. The Supreme Court recognized the *exceptio non adimpleti contractus* for contracts of sale and for labour contracts. The new Dutch Civil Code followed § 320 of the German BGB and in art.6:262, par.1 provided:

"Where one of the parties does not perform his obligation, the other party is entitled to suspend performance of his correlating obligations."

According to art.1302 of the old Dutch Civil Code, which was an adaptation of art.1184 Code Civil⁴², the non-performance by one of the parties of a synallagmatic contract was constructed as a resolutive condition with retroactive and real effect; the rescission of the contract had to be asked in court. Roman law never knew a solution like this one. In some cases of *locatio conductio* of a thing one party could bring the contract to an end in case of non-performance by the other party, e.g. if the tenant did not pay the rent or the lessor did not give the use of the house or the land. The new Civil Code abolished the construction of non-performance as a resolutive condition and gave the other party the right to set aside the contract⁴³. The main disposition in this field can be found in art.6:265, par.1:

"Every failure of one party in the performance of one of his obligations gives the other party the right to set aside the contract in whole or in part, unless the failure, given its special nature or minor importance, does not justify the setting aside of the contract and the consequences flowing therefrom."

In the regulation of the contract of sale in Book 7 of the new Code several reminiscences of Roman law can be found. The responsibility of the seller for eviction of the buyer has been abolished, and has been replaced by the obligation of the seller to transfer ownership of the thing sold, free of all special charges and encumbrances⁴⁴. We find, however, as in Roman law, that on the seller an obligation lies to defend the buyer in a lawsuit in which a real action is brought against him. The Roman buyer of a *res mancipi* to whom the thing had been transferred by a *mancipatio* could sue the seller for this help with the *actio de auctoritate*. The Roman buyer to whom the thing sold had been transferred by *traditio* could bring the *actio empti* against the seller to reach the same result. Art.7:16 contains a similar provision:

"Where an action is brought against the buyer for eviction or for the recognition of a right which should not have encumbered the thing, the seller must be joined in the action in order to defend the interests of the buyer."

Continuing my investigation in the field of sale I find a striking parallel between the so-called *exceptio evictionis imminens* (based on *bona fides*) and art.7:27 of the Dutch Civil Code. In D.18.6.19(18).1 it is decided that a buyer who did not yet pay the purchase price cannot be condemned to pay it at all, if someone who asserts to be the owner has brought the *rei vindicatio* against him, unless he offers solvent personal sureties⁴⁵. The Dutch legislation of 1992 chose the same solution in art.7:27. This provision runs as follows:

⁴²The origin of this article can be found in medieval canon law and old French law.

⁴³The new Dutch regulation has been influenced by the provisions about "Rücktritt" in §§ 325-327 BGB.

⁴⁴See art.7:9 and art.7:15.

⁴⁵The compilers have taken this text from the third book of Papinian's *Responsa*. This fragment of Papinian is also transmitted to us by an anthology of texts of classical jurists made in the fourth century, to wit the *fragmenta Vaticana*. If we compare *Fragm. Vat. 12* with D.18.6.19(18).1 we can establish that the compilers modified Papinian's text. According to this jurist the buyer can even suspend the payment of the price, if he offers sureties. The balancing of the interests of the seller and the buyer led Papinian and the compilers to a different result.

"Where the buyer is disturbed, or has good reason to fear that he will be disturbed by an action for eviction or for recognition of a right which should not have encumbered the thing, he may suspend the payment of the purchase price, unless the seller furnishes sufficient security to cover the loss which the buyer risks suffering."

The title on sale contains a special provision on sale for the purpose of execution. This sale can be compared with the sale effected in Roman law by a pledge creditor whose debtor did not pay his debt. If the creditor sold the pledged thing *iure creditoris*, he was not liable in case of eviction of the thing from the buyer; cf. Julian-Ulpian D.19.1.11.16. The new Dutch Civil Code contains a comparable provision in art.7:19, par.1:

"In the case of a sale for the purpose of execution, the buyer may not invoke the fact that the thing is subject to a charge or encumbrance which should not have encumbered it [...]."

At the end of this article the legislator added the words "unless the seller knew of it", and invokes in the Explanatory Commentary⁴⁶ explicitly the last words of the mentioned Digest text D.19.1.11.16: *sed et si... sciens... sibi non obligatam vel non esse eius qui sibi obligavit vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus* (but also if he sold the thing knowing that it had not been pledged to him or that it did not belong to the person who had pledged it to him, he will be liable on the basis of the contract of sale, because we have proved that the seller is responsible for *dolus*). The Explanatory Commentary argues that a selling creditor who knows that the thing sold by him did not belong to his debtor ought to be held liable and stresses that Ulpian D.19.1.11.16 was already of the same opinion.

Lastly, on the first of September 1993 the Dutch Civil Code came nearer to Roman law in the field of mandate. The title 7 on mandate *stricto sensu* ("lastgeving") which was in force since the first of January 1992 was abolished and a new title on mandate in a large sense ("opdracht") entered into force. Art.7:400, par.1 gives the following definition of the contract of "opdracht":

"The contract of "opdracht" is the contract by which one party, the "opdrachtnemer", obliges himself towards the other party, the "opdrachtgever", to perform activities not within the framework of labour contract,⁴⁷ which consist in something else than the making of a work of material character, the keeping of things, the edition of works or the transporting or the having transported of persons or things."

This contract of "opdracht" (mandate in a larger sense) is distinguished from the contract of "lastgeving" (mandate *stricto sensu*), which contract is defined in

⁴⁶See Explanatory Commentary of the Government to art.7:19 in *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3,5,6,7, Boek 7, Bijzondere Overeenkomsten Titels 1,7,9 en 14*. (Final redaction C.J. van Zeeben), by W.H.M. Reehuis and E.E. Slob, Deventer 1991, pp. 131-132

⁴⁷My translation.

art.7:414 par.1 as "the contract by which one party, the mandatory, obliges himself to the other party, the mandator, to perform one or more legal acts at the account of the mandator"⁴⁸.

Dutch law comes very near to Roman law here. In Roman law *mandatum* had a large field of application. The contract by which someone obliged himself to do something for someone else could concern just as well legal acts as non-legal acts. The French Civil Code of 1804 and the Dutch Civil Code of 1838 only permitted to form a contract of mandate by which someone obliged himself to perform legal acts for someone else. As to non-legal acts the remembrance of the services of the serf of the "ancien régime" led to the prohibition of a mandate to perform non-legal acts. Now the contents of the contract of "opdracht" are just as broad as those of the Roman contract of *mandatum*⁴⁹. As in Roman law, the contract has also much practical importance. It covers e.g. contracts with barbers, brokers, advocates and musicians.

We can conclude as follows from this second part of our paper: the legislator of Books 3,5,6 and 7 of the new Dutch Civil Code took inspiration largely from Roman law and the European *ius commune*, based on Roman law, which dated back to the time before the modern national codifications. The drafters of these books of the new Dutch Civil Code have drawn, partly consciously, partly unconsciously, on numerous points, principles, institutions and rules with their origin in Roman law, which had not been accepted (in such a clear way) in the Dutch Civil Code of 1838. That this can be so in the case of a Code which was made nearly fifteen centuries after Justinian's legislation is striking proof of the incomparable richness of legal ideas and solutions of the *Corpus Iuris Civilis*.

III.

Some observations on the value of a good knowledge of Roman private law for lawyers of the 21st century.

7. The conclusions to which we have come concerning the importance of Roman law for a good understanding of the newest codification of private law in Europe could already be seen as an element in favour of the thesis that a good knowledge of Roman private law is very useful for European jurists of the coming century. At the end of this paper I would like to add some arguments in favour of that thesis.

⁴⁸My translation.

⁴⁹A difference with Roman law is that the contract by which someone promised to perform legal or non-legal acts for another person has the same name, *mandatum*, which corresponds with "opdracht". Roman law did not have a special term for the contract concerning the performance of legal acts, as the Dutch "lastgeving".

- Nearly all the older European codifications of civil law – I give as examples the French Code civil of 1804, the Austrian ABGB of 1811, the Spanish Civil Code of 1889, the German BGB of 1900 and the Italian Codice Civile of 1992 – are, to a greater or lesser extent, influenced by Roman legal concepts, rules and principles. As knowledge of Latin is useful to one who wants to learn French, Italian, Spanish or Portuguese, so a good knowledge of Roman law is of great value for the lawyer who wants to orientate himself on one of the systems of private law of which I mentioned the Civil Codes⁵⁰.
- At the beginning of the next millennium there will be an urgent need for comparative study of the European systems of private law. For the comparatist who wants to study the numerous points the private law systems of the European continent have in common and the many differences between them, the best way of research seems to me to compare the provisions of the different codifications as well as their later elaborations with the *ius commune* of the great authors on Roman law of the eighteenth and nineteenth century, and with the works of the Pandectists⁵¹. If one wants to understand why provisions in modern codes or interpretations of similar provisions are alike or different, historical research is necessary. This is what comparatists expect legal historians to do⁵².
- In the Digest many maxims, in which legal wisdom and experience having a broader field of application than only that of private law, e.g. about the interpretation of legal sources can be found, especially in the titles 1.3, 50.16 and 50.17. They can still direct and inspire modern lawyers⁵³. As examples I mention only: Celsus' advice to lawyers in D.1.13.17: *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* ("Knowing laws is not a matter of sticking to their words but a matter of grasping their force and tendency") and Ulpian's words in D.50.17.134.1: *Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest* ("No one is allowed to improve his own condition by his own wrongdoing")⁵⁴.

⁵⁰See on the value of the study of Roman law for comparatists, A. Watson, *Roman law and Comparative Law*, Athens (Georgia) 1991.

⁵¹Knowledge of Roman law is also helpful for the understanding of many systems of private law in countries outside Europe. I mention here Japan, Louisiana, Quebec, South Africa, Sri Lanka and the countries of South and Central America.

⁵²See H. Kötz, "Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?" in *Juristenzeitung* 47(1992), pp. 20–22.

⁵³See on some maxims that have their origin in medieval Roman and canon law and were applied by the "Beschwerdekammer" of the European "Patentamt", R. Knütel, "Rechtseinheit in Europa und römisches Recht", in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1994, pp. 251–255. The importance for modern lawyers of the Roman values of *libertas* and *bona fides* was stressed by G. Brogini, "Le droit romain et son influence actuelle" in *Vers un droit privé européen commun? Skizzen zum Gemeineuropäischen Privatrecht*, Hrsg. von B. Schmidlin, Basel 1994, pp. 46–123.

⁵⁴Numerous maxims both of a general and of a more restricted relevance have been collected and explained by D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, München 1991.

- The systematization of modern Codes is strongly influenced by historical precedents. Some knowledge of the order of Gaius' and Justinian's Institutes and of the works of legal writers such as Donellus, Grotius and Heyse makes the classification of most modern codes easier to understand.
- For the reason last mentioned it also seems right if European law schools would all give an introductory course in Roman law on the basis of Justinian's Institutes. The mobility of European law students has to be stimulated. Such an introductory course in Roman law could excellently be followed in another country, and the originating faculty could easily acknowledge the examination passed at the foreign faculty.
- In many European countries both older and more recent Codes leave an enormous amount of free discretionary power to the judges in their general clauses. For the new Dutch Civil Code we stressed, in part II, this phenomenon by underlining the great importance of reasonableness and equity. The Supreme Courts especially do elaborate and develop important parts of private law by the so-called method of comparison of cases⁵⁵. In this method the classical Roman lawyers are masters unequalled. The study of their works is therefore formative for modern private lawyers.
- For me the most important contribution of Roman law to the education of today's lawyers is the formation that results from the study of the methods used by the classical Roman lawyers to form the law. It is most instructive to study how jurists as Labeo, Celsus, Julian and Papinian, as well as Paul and Ulpian, interpreted teleologically *leges*, *senatusconsults*, the praetorian edict and imperial constitutions, and how they found the law in refined casuistical decisions, if no rules given by state authorities existed. Often they found a just solution for a new and difficult case by comparing it with a case for which an opinion formed by jurists already existed, sometimes underlining the elements because of which the new case had to be seen in the same way as the previously decided case, sometimes stressing the differences of the new case compared to previously decided cases which caused a new decision to be given. Often they made, both explicitly and implicitly, an excellent evaluation of the interests of the persons involved in a legal situation. And finally, it is fascinating to see how they applied – explicitly and implicitly – social values like *aequitas*, *humanitas*, *benignitas* and *utilitas*. If there had not been any reception of Roman law, this excellent way of lawfinding would have led modern jurists to study the *Corpus Iuris Civilis*. The equity and practicability of the legal solution applied by the classical Roman jurists are of course the main reason for the reception of the Justinian legislation.

⁵⁵See for Dutch private law, H.C.F. Schoordijk, "Typologiseren en moduleren in de rechtsvinding (1972)" in *Verspreid werk*, Deventer 1991, pp. 177–196.

— Lastly, my friends and colleagues Reinhard Zimmermann and Rolf Knütel underlined, in several publications⁵⁶, the role Roman law will be able to play for the unification of European legal science and European private law. Zimmermann writes that the period of one or two centuries during which national codes exist in continental European countries is relatively short and that the common basis of all European systems of private law are the Roman-canon *ius commune* and the works of the Pandectists, to which we have to fall back for the formation of a future European private law and legal science⁵⁷. For Knütel, who agrees with Zimmermann in this point of view, the antique Roman law is a big reservoir and source of legal experience and just solutions which we will be able to use in the formation of a future unified European law. I do not deny that Roman law, European *ius commune* and German Pandectism can be of importance in this field, but in my opinion their role ought not to be overestimated. In this context I would like to make the three following remarks. A) For those who study the history of private law in Europe *specie aeternitatis* the period of one or two centuries of codified legal systems of private law in Europe is certainly short. For modern lawyers however this period of the development of the law in their countries is of crucial importance and nobody can contest that during this period the law changed more than in all the centuries preceding the French revolution. This has the result that side by side with the numerous principles and institutions that the private law systems of continental Europe have in common many cardinal differences do exist. B) The possibility of a 'bridging' role of Roman law is still more problematic, when we take into account that the English Common Law is an important European legal system. Nobody will deny the influence of Roman Civil Law on English jurisprudence and positive law⁵⁸ and Zimmermann

⁵⁶Of both authors I only mention here R. Zimmermann, 'Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit', in *Juristenzeitung* 47(1992), pp. 8-20 and R. Knütel, 'Rechtseinheit in Europa und römisches Recht', in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 1994, pp. 244-276.

⁵⁷Zimmermann's approach has been criticized by Pio Caroni, 'Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus', in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16(1994), pp. 85-100 and by the authors mentioned by Caroni, l.c. p.86, note 4. I agree with Caroni on two points. Because the research into the works of the *ius commune* has to serve the aim of creating a new uniform European private law, Zimmermann is inclined to underestimate the differences which exist between authors like Johannes Voet, Brunnemannus, Leyser and Pothier. Secondly, Zimmermann's method implies necessarily a large extent of 'abstraction', of isolation from social, economic and ideological phenomena. It will however provide a decrease of the isolation of the work of legal historians from that of modern lawyers.

⁵⁸See Peter Stein, *The Character and influence of the Roman Civil Law. Historical Essays*, London, etc. 1988. In this volume Peter Stein inserted 13 papers dedicated to "The influence of the Roman Civil Law in Britain and the USA"; see pp. 151-442. Besides the Roman influence on English jurisprudence there was Roman influence on principles of positive law. So it cannot be accidental that the common law has, for instance, the maxim: *nemo dat quod non habet*, which is

rightly underlined the European character of English law⁵⁹. It is, however, indisputable that in fields of private law such as the law of contracts, where the results are often rather similar, the reasoning and the concepts are rather different, and that in other fields of private law, such as property law and the law of torts, enormous differences as to rules, institutions and concepts exist. C) A last argument for my supposition that the role which Roman law will be able to play in future unified European law will be rather limited is the following. Many new branches of private law, such as those of industrial and intellectual property and company law, have hardly any link with Roman private law at all. This will certainly hold true for many parts of European private law of the next millennium.

— Nevertheless, there are many other good reasons for (future) modern lawyers to study Roman law.⁶⁰

a striking parallel to the Roman rule *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (cf. Ulpian D.50.17.54).

⁵⁹R. Zimmermann, 'Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law', in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 4-51.

⁶⁰I want to express my gratitude to my friend and colleague Mrs. Marjolijn van Gessel-de Roo, who made valuable remarks as to the contents of this paper and corrected its English style.

Z
VĚDECKÉHO ŽIVOTA

„Informal Workshop“ na téma
„Právo na informace,
ochrana informací“

Ve dnech 5. – 7. září 1994 se uskutečnil na brněnské právnické fakultě neformální workshop za účasti učitelů z the Oxford University Law Faculty, právnické fakulty Masarykovy univerzity a dalších odborníků. Tento workshop byl v pořadí již druhý a jeho tématem tentokrát bylo „Právo na informace, ochrana informací“.

Letošní neformální workshop byl dalším významným krokem v rozvíjení spolupráce mezi právnickou fakultou MU v Brně a the Law Faculty v Oxfordu. Vztahy obou fakult, od samého počátku realizované ve spolupráci a s podporou Nadace Jana Husa, se datují od roku 1991, kdy brněnskou fakultu navštívil profesor Joseph Raz z oxfordské fakulty. Na návštěvu tohoto významného britského

odborníka navázala v dalším roce pracovní cesta skupiny učitelů brněnské fakulty do Oxfordu a poté další vzájemné pracovní kontakty. Jejich konkrétním výsledkem byl 1. společný workshop v Oxfordu v červenci loňského roku, kterého se zúčastnila skupina učitelů z brněnské právnické fakulty a zástupce právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze. Příspěvky a následné diskuse byly věnovány tématu „Constitutions and Judicial Review“.

Zaměření letošní druhé dílny bylo po konzultacích s oxfordskými kolegy zvoleno tak, aby poskytovalo prostor k diskusi pro právníky z oblastí jak soukromého, tak veřejného práva. Ostatně přístup nerespektující předmětový „resortismus“ a svobodně chápající a pojednávající da-

né otázky v celém jejich komplexu a v potřebných souvislostech, jak jej oxfordští kolegové na vysoké úrovni prezentovali, byl a je jednou z podstatných hodnot a námětem k vlastním úvahám, které bylo možno z neformální dílny načerpat. Uvedený přístup ke stanoveným tématům, který se projevil v příspěvcích dalších diskutujících, vedl také k tomu, že v programu dílny nebylo respektováno předem předpokládané časové a obsahové schéma, kdy prvá část jednání měla být věnována převážně soukromoprávním souvislostem stanoveného „zadání“ a další část pak aspektům veřejnoprávním. Dlužno poznamenat, že se tak stalo ku prospěchu věci a s odrazem ve velmi živé diskusi.

Jednání neformální dílny bylo zahájeno krátkým proslovem proděkana právnické fakulty MU JUDr. Dalibora Jílka, CSc.. Proděkan JUDr. Jan Svatoň, CSc. věnoval svůj příspěvek významu a problémům politické a právní komunikace v moderní demokratické společnosti a blíže se zaměřil na ústavní úpravu svobody projevu a práva na informace v České republice. Dr. John Gardner z Brasenose College v Oxfordu předestřel hlubší úvahu na téma problémů informační společnosti, ve které upozornil na určité alarmující a neblahé rysy tzv. „informační superdálnice“ a „globální vesnice“, ve které každý může být informován o záležitostech a osobních informacích jiného, jako součástech nějaké vyšší obecné zkušenosti. K ochraně osobnosti v pohledu občanského práva České republiky směřoval příspěvek JUDr. Ilony Schelleové. Trestně právními úpravami vztahujícími se k hlavnímu tématu dílny se zabývala Mgr. Jana Různarová. S pojednáním

o problematice ochrany práva duševního vlastnictví v britském a v návaznosti na to také evropském právu přispěl svým vystoupením Dr. Aidan Robertson z Wadham College. JUDr. Ivo Telec podal rozbor problematiky tiskové opravy.

Prof. Peter Birks z All Souls College poskytl názorný příklad střetu práva na informace a ochrany státního tajemství, jakož i obtížnost jeho řešení, když rozebral případy několika „upovídaných“ spionů z USA a Velké Británie, kteří publikovali údaje získané při své předchozí činnosti. Další host z Oxfordu, Dr. Jane Hanna z Manchester College, vnesla do diskuse problematiku vztahu informace a odpovědnosti ve veřejné správě, přičemž se blíže zaměřila na Národní zdravotní službu ve Velké Británii, jako příklad významné veřejné služby, která prošla v nedávných letech radikálními změnami ve smyslu privatizace, a na to, jak se tyto změny projevují v oblasti informací a odpovědnosti zmíněné veřejné služby. Příspěvek JUDr. Soni Skulové byl věnován některým správně právním a správně vědním souvislostem mezi systémem veřejné správy a informacemi. Doc. JUDr. Jan Filip, CSc. přispěl do diskuse úvahou o právu na informace v kontextu veřejného a soukromého zájmu, a o možné úloze práva v řešení těchto otázek. Právem na informace jako ústavní hodnotou se ve svém vystoupení zabýval doc. JUDr. Karel Klíma, CSc. z pražské právnické fakulty. Diskusi obohatil malým zamyšlením nad širším kontextem těchto otázek také JUDr. Michal Lamparter. Svou obecnější úvahou nad jurisprudenčními aspekty pojmu informace uzavřel pracovní část jednání Dr. Stephen Shute z Corpus Christi College

v Oxfordu.

Tolik tedy ve stručnosti o hlavních příspěvcích, které v průběhu „Informal Workshop“ odezněly. Takto stručně ovšem již nelze zaznamenat přátelskou, mnoha diskusemi oživanou a celkově inspirující atmosféru oněch tří dnů, které jsme mohli prožít a „prodiskutovat“ ve společnosti kolegů z Oxfordu

Průběh a náplň těchto dnů, zejména práce všech zúčastněných odvedená při

neformální dílně, mohou tvořit, jak bylo vyjádřeno při závěrečném přijetí účastníků děkankou právnické fakulty MU doc. JUDr. Zdeňkou Gregorovou, dobrý předpoklad pro další oboustranně přínosnou spolupráci právnických fakult v Brně a v Oxfordu. Příspěvky z jednání neformální dílny budou shromážděny ve sborníku, jehož vydání připravuje právnická fakulta MU.

Soňa SKULOVÁ

III. letní univerzita v oblasti lidských práv a demokratického občanství

Letos v červenci se v Paříži již po třetí konala letní univerzita zaměřená na lidská práva a demokratické občanství, které jsem měl možnost se zúčastnit. Celá akce se uskutečnila pod záštitou Nadace Archy bratrství, jejímž prezidentem je Javier Pérez de Cuéllar a která sídlí ve střeše známé Velké Archy v pařížské moderní čtvrti La Défense.

Tam se také pravidelně odehrávala jedna z hlavních součástí programu – přednášky novinářů nebo představitelů různých institucí (zmiňme se například o předsedovi Národní poradní komise pro lidská práva nebo náměstkovi francouzského ombudsmana) a organizací (např. prezidentu Amnesty International Francie

či Mezinárodní federace pro lidská práva). Tito zasvěcení odborníci představovali několika desítkám zahraničních stážistů z Východní Evropy a z Afriky praxi lidských práv ve Francii, ale i jinde ve světě.

Cenné byly také řízené diskuse mezi účastníky z různých zemí, zaměřované na prezentaci jednotlivých zastoupených států a žhavá témata současnosti (ústavní zajištění lidských práv, výchova k lidským právům a k demokratickému občanství atd.). I v neformální rovině jsme si samozřejmě vyměňovali rozmanité zkušenosti, a to nejenom z oblasti lidských práv.

Během našeho pobytu jsme navštívili

li rovněž třeba UNESCO, trestní řízení v pařížském justičním paláci nebo i vězení (žádného z účastníků si tam naštěstí nenechali). Vůbec celá letní univerzita se nesla v praktickém duchu.

Charakteristickým znakem snažení organizátorů bylo též úsilí o vytvoření demokratického prostředí v rámci univerzity. Kromě pravidelných plenárních schůzí, kde měl každý stážista možnost vyjádřit se svobodně ke všemu, co chválí nebo co se mu naopak nelíbí, byl skoro každý den vydáván čím dál tlustší kopírovaný „občasník“. Inu, demokracie bez svobody slova realizované prostřednictvím médií by nebyla tou pravou demokracií.

Nikdo se tu nesnažil vnutit jinému svoji individuální koncepci univerzálních

lidských práv. Vychází se totiž ze základního předpokladu, že tak, jako je lidské strádání všude na světě stejné, musí být i chápání lidských práv zcela univerzální, nikoliv jen univerzalistické (tj. sice partikulární, ale se snahou o všeobecné prosazení).

Na závěr této zprávy bych si dovořil jako poselství parafrázovat myšlenku vedoucího letní univerzity a výkonného ředitele Nadace Archy bratrství Marka Agiho: „Lidská práva vlastně neexistují, nemůžeme je definovat, ale musíme se všichni snažit, aby se na Zemi žilo lépe a svobodněji.“ Není to výzva i pro nás, kteří se upřímně toužíme vrátit k tradici demokratického právního státu a vybudovat občanskou společnost?

Vít SCHORM

48. SIHDA kongres ve Vídni

Po loňském Oxfordu se místem setkání romanistů a právních historiků z celého světa stala v letošním roce Vídeň. Societé International pour l'Historie des Droits de l'Antiquité (SIHDA) pořádala již své 48. zasedání. Kongres probíhal v třetím zářijovém týdnu, tedy od 19. do 23. 9. 1994 v budově vídeňského Juridica.

Pozvání na něj přijalo více než 150 romanistů a právních historiků z mnoha zemí světa. Mimo početné účasti vědců z pořádajícího Rakouska byla na konferenci zastoupena nejen Itálie, Nizozemí,

Velká Británie, Španělsko, Belgie, Francie, Švýcarsko, Německo, USA, Brazílie, Japonsko a Izrael, ale i Maďarsko, Rusko, Chorvatsko a Česká republika. Díky smlouvě o přímé spolupráci naší univerzity s vídeňskou univerzitou se oproti loňskému roku, kdy jsem na kongresu byla jedinou českou reprezentantkou, naše účast zdvojnásobila. Na základě pozvání děkana právnické fakulty vídeňské univerzity profesora P. Pielerera do Vídně přijela také dr. Michaela Židlická z brněnské právnické fakulty.

Program setkání byl tentokrát veden

široce koncipovaným mottem „Problémy práva postklasického období“. Oficiální zahájení kongresu provedl rektor vídeňské univerzity profesor Alfred Ebenbauer ve Velkém slavnostním sále vídeňské univerzity. Poté se ujal slova profesor Mario Telemanca (Itálie), který přednesl úvodní referát o obecných otázkách práva poklasického období.

Následující program konference byl tradičně rozdělen do dvou paralelně probíhajících sekcí. Toto členění sice částečně kopírovalo jednací řeč přednášejících, avšak pro většinu posluchačů byla rozhodující zvolená témata. Převážně většine zúčastněných totiž nečinilo vážnější potíže plynule v průběhu jednání přecházet z jednoho jednacího jazyka do druhého. Oficiálně byly používány čtyři: angličtina, němčina, italština a francouzština.

Z více než 35 řádně přihlášených referujících podle mého názoru největší pozornost vzbudily následující osobnosti: profesor H. Ankum (Nizozemí), profesor E. Schrage (Nizozemí), profesorka O. Robinson (Velká Británie), profesor G. Hamza (Maďarsko), dr. H. Dandorp (Nizozemí), profesor T. Honoré (Velká Británie), profesor D. Pugsley (Velká Británie), profesor A. Sirks (Velká Británie), profesor E. Pool (Nizozemí), dr. O. Tellegen – Couperus (Nizozemí), dr. J. W. Tellegen (Nizozemí).

Také některé příspěvky zařazené mimo předem stanovený program zaslouženě získaly pozornost účastníků kongresu – např. referát dr. J. Hengstla (Německo) a příspěvek profesora R. Yaron (Izrael).

Účastníci kongresu také vyslechli informaci dr. M. Židlické o právě připravovaném romanistickém časopise *Orbis iuris romani*, který zamýšlí vydávat naše právnická fakulta ve spolupráci s právnickými fakultami v Praze a Bratislavě.

Kongres ovšem znamenal vedle nových vědeckých poznatků také velice cenné kontakty společenské. K těm se nejlépe hodil organizátory skvěle připravený program doprovodných akcí. Přátelská a vlnná atmosféra setkání přinesla pak pro naši fakultu zcela konkrétní výsledek v podobě akceptace pozvání k přednáškám z římského práva pro naše studenty na půdě naší fakulty. V dohledné době by měl přijet profesor Ankum (Nizozemí), profesor Wubbe (Švýcarsko), o něco později také profesor Yaron (Izrael) a profesor Pugsley (Velká Británie).

Vysoké ocenění práce vědců mnoha zemí pak mimo jiné přesvědčivě dokumentovalo pozvání účastníků zasedání SIHDA na vídeňskou radnici od starosty města a nebo jejich přijetí čelnými představiteli Dolního Rakouska v klášteře Götweig. Pohostinnost rakouských organizátorů, která se projevovala ve vztahu ke všem zúčastněným, však pravděpodobně nejvíce ocenili účastníci ze zemí bývalého „východního bloku“. Těm SIHDA uhradila veškeré náklady spojené s účastí na jejím 48. zasedání.

O tom, zda tomu tak bude i v příštím roce, rozhodnou organizátoři a sponzoři 49. SIHDA kongresu. Místem konání má být v září 1995 New Orleans v americkém státě Louisiana.

Renata VESELÁ

Konference Výchova k právu

Spolupráce s Centrem pro další vzdělávání učitelů Masarykovy univerzity má brněnská Právnická fakulta již od jeho založení rozvíjet bohaté formy spolupráce. Zejména učitelé fakulty Centru pomáhají při organizaci nejrůznějších přednáškových cyklů. V květnu 1994 se spolupráce mezi Centrem pro další vzdělávání učitelů a Právnickou fakultou završila uspořádáním konference na téma „Výchova k právu“. Konference se zúčastnili, kromě pracovníků Centra a učitelů právnické fakulty zejména řada zástupců ze středních škol, zejména učitelů občanské nauky. Cílem konference byla zejména výměna informací, které by měly napomoci rozvoji dalších forem spolupráce na pomoc učitelům středních škol. V úvodu konference vystoupil JUDr.

Dalibor Jílek, CSc., který se na problematiku postavení dětí podíval z pohledu mezinárodního práva.

Doc. JUDr. Milana Hrušáková, CSc. přednesla zajímavý příspěvek k problematice právní úpravy postavení dítěte z pohledu rodinného práva.

JUDr. Drahomíra Houbová, CSc. se zamyslela nad některými sociologicko-právními a psychologicko-právními aspekty této problematiky.

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc. seznámil přítomné s připravovaným projektem učebnice práva pro střední školy.

V další diskusi vystoupila řada učitelů a pracovníků Centra pro další vzdělávání učitelů se zajímavými náměty, které budou v další práci zajisté využity.

Karel SCHELLE

Vědecká konference k výročí první světové války

První světová válka zasáhla neočekávaně strašným způsobem do života lidstva celého světa. Byla největším a nejkrvavějším konfliktem, které lidstvo do té doby poznalo. Proto historická brněnská pracoviště využila příležitosti 80. výro-

čí vzniku tohoto válečného konfliktu, aby se nad některými aspekty války, nad jejími příčinami a důsledky mohli brněnští historici zamyslet. Z iniciativy historického oddělení Moravského zemského

ho muzea, Historického ústavu Filozofické fakulty Masarykovy univerzity, Matice moravské a Muzea města Brna byla dne 14. června 1994 uspořádána v historickém sále Moravského zemského muzea vědecká konference

„První světová válka a česká společnost“.

V úvodu vystoupil prof. PhDr. Josef Kolečka, DrSc. (Brno) s referátem „Právo národů na sebeurčení v období vzniku první světové války“.

Prof. PhDr. Josef Domanský, DrSc. (Brno) poukázal na problematiku „První světová válka a česká otázka z vojenského hlediska“.

PhDr. Libor Vykoupil (Filozofická fakulta Masarykovy univerzity v Brně) přítomně seznámil s problematikou „Socialistické strany v Čechách a na Moravě v době vypuknutí první světové války“.

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc. (Právníká fakulta Masarykovy univerzity v Brně) se ve svém vystoupení zabýval

„Vývojem státoprávních představ v průběhu první světové války.“

„Poměr obyvatelstva a politických stran v českých zemích k válce a jeho odraz ve vývoji názorů na řešení otázky státnosti“ se stal námětem pro referát PhDr. Františka Hanzlíka, CSc. (Vysoká vojenská škola Vyškov).

PhDr. Jiří Mikulka (Moravské zemské muzeum Brno) přednesl příspěvek na téma „Protirakouská propaganda na Moravě a rozsudky vojenských soudů na konci roku 1914 a počátkem roku 1915.“

PhDr. Jiří Čejka (Muzeum města Brna) přiblížil posluchačům „Brněnský sokolský sjezd 1914“.

„Důsledky první světové války na hospodářství Československa“ se staly námětem posledního příspěvku předneseného doc. PhDr. Lubomírem Slezákem, CSc. (Historický ústav Akademie věd ČR, pobočka Brno).

Všechny přednesené příspěvky budou publikovány v připravovaném sborníku.

Karel SCHELLE

Mezinárodní konference „Svoboda slova a tisku“ na Právníké fakultě Masarykovy univerzity

Ve dnech 8. a 9. září 1994 proběhla na půdě Právníké fakulty Masarykovy univerzity mezinárodní konference na

téma „Svoboda slova a tisku“ za účasti kolegů z John Marshall Law School z Chicaga.

Konference navázala na kurs „Úvod do českého práva“, jež byl organizován pro americké právnické v rámci jejich pobytu v České republice.

Témata, která byla přednesena a prodiskutována se týkala předchozích omezení tisku a médií v jejich historickém kontextu, trestněprávních a občansko-právních aspektů svobody slova a tisku a jejich důsledků, praktického pohledu na tuto problematiku, přístupu veřejnosti do hromadných sdělovacích prostředků a přístupu k vládním záznamům o občanech.

Samotnou konferenci slavnostně zahájili doc. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc. děkanka Právníké fakulty Masarykovy univerzity a profesor Robert Johnston proděkan John Marshall Law School v Chicagu.

Poté se otevřel prostor pro jednotlivé příspěvky, jež všechny nelze v jejich úplnosti charakterizovat, proto jsem si dovolila vybrat několik z nich, které zejména za americkou stranu zdůraznily hlavní body tématu této konference.

Profesor Michael Polelle se zabýval problematikou „Předchozích omezení tisku a médií“, kde uvedl některé historické souvislosti v dějinách Spojených států amerických. Zmínil se zejména o cenzuře a o udělování licencí, které v amerických koloniích zavedli angličtí koloniální úředníci. Za porušení licenčních omezení a za údajné podněcování skandálů byly zakázány dokonce první americké noviny z roku 1690. Také další americké noviny the Boston News-Letter z roku 1740 se musely podrobit cenzuře ještě před publikací.

Významným mezníkem se stal v roce 1791 1. Dodatek k Ústavě Spojených stá-

tů amerických, který mimo jiné zakotvil, že Kongres nesmí vydávat zákony omezující svobodu slova nebo tisku.

Poněkud polemické se však stalo, jak postupovat v případě ublížení na cti, obšcenosti, zlomyslnosti, skandálních pomluv a také jak nakládat s informacemi, jež jsou důležité pro národní bezpečnost státu, jak postupovat v případě válečného stavu a jak vlastně ospravedlnit omezení tisku a informací pro veřejnost, které zprostředkovávají hromadné sdělovací prostředky.

Dalším sporným bodem v americkém ústavním právu se stala potřeba najít určitou rovnováhu mezi již zmíněným 1. Dodatkem a 6. Dodatkem Ústavy. Ten se týkal práva obžalovaného v trestním procesu na rychlé a veřejné přelíčení před nestrannou porotou státu a obvodu, na jejichž území měl být trestný čin spáchán a které jsou podle zákona příslušné.

V praxi se totiž objevily případy, kdy soudci měli obavy z působení hromadných sdělovacích prostředků a z publicity v tom směru, že by mohla být ohrožena nestrannost soudního přelíčení zveřejněním svědectví nebo důkazů prováděných během soudního procesu a tak bylo zakázáno komukoli zveřejňovat informace. Jednalo se tak o porušení 1. Dodatku Ústavy, o konflikt mezi dvěma právy z nichž ani jedno nemohlo být postaveno nad druhé.

Judikatura Nejvyššího soudu USA pak nechala otevřenou možnost, že v extrémních případech, kde neexistuje jiná alternativa, je myslitelné omezit svobodu tisku ve prospěch ochrany práva obžalovaného na spravedlivý a nestranný proces. Příspěvek profesora Michaela Senga

se týkal „Trestněprávních aspektů svobody slova a tisku a jejich důsledků“. Jednalo se především o trestní žaloby tisku za zveřejnění podvrtných materiálů, tak jak to umožňuje právní řád USA. Možnost uplatnění trestní žaloby nebo vyhrožování trestní žalobou opět omezuje svobodu tisku. Většina dnešních demokratických vlád má však často nechuť žalovat tisk nebo média za to, co zveřejnili. Ale téměř vždy se najde několik novinářů a vydavatelů, kteří jsou tak odvážní, že vědomě riskují přísné potrestání, jestliže některý jejich článek překročí hranice předepsané zákonem.

Na to navázal Bernard Judge, novinář, vydavatel a viceprezident nakladatelství právního bulletinu v Chicagu. Pokusil se o praktický pohled na svobodu slova a především tisku očima novináře. Shrnul tak svoje zkušenosti reportéra a vydavatele místních novin v Chicagu, které se proslavily svými poněkud agresivními postoji. Připomněl, že žalob za hanobení tiskem je ročně projednáváno velké množství a stojí tisíce dolarů. Také hromadné sdělovací prostředky jsou často napadány veřejností pro hrubost, škodlivost a neuvážené porušování soukromí. Přesto jeho názor vyzněl tak, že demokracie není možná bez svobodného a nezávislého tisku.

Tyto poznatky a závěry doplnil ještě profesor Michael Polelle o občanskoprávní aspekty svobody slova a tisku spolu s uvedením konkrétních případů z právní praxe.

Druhý den konference byl obohacen o projev takové osobnosti amerického politického života jakým je člen Sněmovny reprezentantů za stát Illinois. Henry Hyde se ze své zákonodárné praxe zmínil

o svobodě slova a tisku z pohledu nejvyššího legislativního orgánu – Kongresu USA.

Poté bylo otevřeno téma veřejného a soukromého vlastnictví médií. Profesor Seng prezentoval svoje stanovisko ohledně „Přístupu veřejnosti k tisku a k médiím podle práva Spojených států“. Zdůraznil, že tisk a média jsou v soukromém vlastnictví a jakékoli pokusy o vládní cenzuru nebyly nikdy úspěšné. Podstatu toho, co svobodný tisk ve Spojených státech amerických znamená připomněl v souvislosti s aférou Watergate, kterou odhalil právě nezávislý tisk a přiměl tak Richarda Nixona odstoupit z funkce prezidenta USA.

Tuto svobodu lze však také chápat nejen z pohledu novinářů, ale i vydavatelů novin, časopisů, knih nebo i vlastníků rozhlasových a televizních stanic, neboť všichni zprostředkovávají širokou škálu informací pro veřejnost.

Jako jeden z posledních vystoupil Robert Johnston, proděkan a profesor John Marshall Law School, a seznámil zúčastněné s problematikou „Přístupu k vládním záznamům o občanech“. Svoje poznatky uvedl výstižným citátem Jamese Madisona z roku 1910 který řekl, že populární vláda bez populárních informací nebo prostředků k jejich získání je jen prolog směřující k frašce nebo k tragedii nebo možná k obojímu. Je nesporné, že znalosti budou navždy vládnout nevědomosti a lidé, kteří zamýšlí být sami vládci se musí vyzbrojit mocí, jež tyto vědomosti dávají.

Profesor Johnston navíc zdůraznil, že dnešní demokratické společnosti vyžadují významnou účast občanů na vládnutí a tím preferují aktivní a informované ob-

čany, kteří mají přístup k vládním setkáním a k vládním záznamům.

Nutno podotknout, že v průběhu této mezinárodní konference se naskytl prostor nejen pro zajímavé příspěvky jak amerických, tak i českých právníků, ale i pro volnou diskusi a obohacení se o vlastní zkušenosti a to v rámci téměř všech právních odvětví. Šlo tedy o polemické otázky jak práva ústavního a trestního, tak i práva občanského, správního a obchodního.

Bylo jistě podnětné zjistit, že progre-

sivní i patologické jevy se kterými se setkáváme ať již v osobní nebo v odborné rovině se objevují nejen v naší snad ještě nevyzrálé společnosti, ale i v takové zemi jako jsou Spojené státy americké, často označované jako vrchol a vzor demokracie.

V závěrečných projevech představitelů obou fakult zhodnotili význam navázání kontaktů mezi oběma univerzitami spolu s přáním další spolupráce v blízké budoucnosti.

Renata VLČKOVÁ

Seminář „Český stát a Německá říše“

Na zámku v Poděbradech se pod patronací pražské Karlovy univerzity a univerzity v severoněmeckém Kielu uskutečnil ve dnech 3. – 8. října 1994 právněhistorický seminář na téma „Český stát a Německá říše“. Za uspořádáním semináře stál kromě rektora Karlovy univerzity prof. Karla Malého především prof. Hans Hattenhauer, který s sebou z Kielu přivezl skupinu studentů, tvořících jeho právněhistorický seminář. Jak se ukázalo již během prvních příspěvků, seminář byl v mnoha ohledech pozoruhodný. Především to bylo dáno samotným tematem vztahu českých zemí a Německa prakticky od raného středověku až do počátku našeho století. Tema nebylo ani zdale-

ka tak choulostivé, jak by se mohlo na první pohled zdát, jeho věcné pojednání prokázalo, že na obou stranách hranice docházejí právní historikové prakticky k analogickým výsledkům. Na této skutečnosti nic nezměnila ani železná opona, která po čtyřicet let zabráňovala prakticky jakékoli vzájemné komunikaci. Ještě zajímavější bylo rokování díky svému vnitřnímu uspořádání. Hlavní náplní byla prezentace referátů studentů z Kielu a Řezna, kteří tímto způsobem, na západě obvyklým, absolvovali svůj seminární kurs. Vedle nich ovšem byli k úřasti přizváni právní historikové vyučující na pořádajících i mnohých dalších univerzitách: prof. Hattenhauer (Kiel), prof.

Becker (Řezno), prof. Brand (Wuppertal), prof. Malý, doc. Kejí, doc. Litsch, doc. Soukup, doc. Soukup, dr. Adamová, dr. Skřejpková, doc. Schelle (Brno) a dr. Vojáček (Bratislava).

Právě propojení studentských referátů s příspěvky profesorů a dalších pedagogů se ukázalo jako až překvapivě zdařilé řešení. Částečně to bylo dáno dobrou kvalitou studentských referátů. Jejich témata byla prof. Hättenhauerem přesně vybraná a na jejich zpracování se projevila i kvalita přípravy na německých vysokých školách. Referující student má sebou několik semestrů práce v právněhistorickém semináři, během nichž měl příležitost seznámit se s prameny, literaturou i způsoby jejich zpracování. Pověštinou referuje o tematu, jemuž se věnuje pod vedením svého profesora již delší čas. Jeho příspěvek proto nese stopy dobré znalosti faktografie, pojednané s určitým nadhledem, i základní řemeslné a metodologické znalosti. Konfrontace s referáty profesorů i dostatečný prostor k dis-

kusi o jednotlivých příspěvcích byl podnětem k vzájemné přirozené komunikaci a případné korekci názorů. Pro studentskou část účastníků tak byla zmíněná komunikace velmi produktivním způsobem výuky. Vše doplňovalo příjemné prostředí semináře na poděbradském zámku, jeho časový rozvrh a konec konců i zpestření exkurzemi do Prahy a do Kutné Hory, dávající prostor dalším neformálním rozpravám.

Pokud bychom měli stručně shrnout pracovní výsledky semináře, lze konstatovat že dospěl k zásadní shodě o vztahu českých zemí a říše. Po tisíciletí vzájemného sousedství a mnohdy i propojení došlo k tisícům sporů a nepřátelství. Nelze však pominout ty rozhodující historické momenty, kdy český stát vstupuje do říšské politiky a tvoří její integrální součást, protože jde o projev jeho vlastní evropské sounáležitosti. Na prahu současné evropské integrace je to jistě závěr plný naděje do budoucna.

Tomáš KNOZ

I N F O R M A C E

Studenti Právnické fakulty v NATO

Na pozvání Severoatlantické aliance se v říjnu tohoto roku uskutečnila návštěva třicítky studentů z Vysoké školy ekonomické a z pražské a brněnské právnické fakulty v hlavním stanu této mezinárodní organizace v Belgii.

Skupina nejprve navštívila politickou část souručenství umístěnou v Bruselu. Zde se během několika přednášek seznámila s historií a se základními principy činnosti NATO, které letos v dubnu oslavilo 45 let své existence. Stranou nezůstaly ani myšlenky, pro něž byla washingtonská smlouva

roku 1949 podepsána, ani současné úvahy o roli aliance v nové politické situaci v Evropě a v celém světě i ve vztahu k jiným mezinárodním organizacím (OSN, Evropská společenství, Západoevropská unie).

neckých sil v Evropě (SACLANT), podobně jako je americký Norfolk sídlem vrchního náčelníka spojeneckých sil v Atlantiku (SACLANT).

Kromě Organizace seвероatlantické smlouvy nezůstaly stranou pozornosti české výpravy do Bruselu ani instituce Evropské unie. Z časových důvodů se bylo možno věnovat jen pobožce Evropského parlamentu. Ten sice řádně zasedá ve Štrasburku, ale schůze výborů a politických skupin se konají v nové budově v belgickém hlavním městě. Inu, pro uspokojení národních am-

bíci je třeba odvést nějakou daň.

O náš oficiální pohled na dění v Bruselu se se studenty rozdělil i velvyslanec České republiky v Belgickém království, který

účastníky přijal na závěr jejich studijního pobytu a pohovořil o zastoupení českých zájmů v hlavním městě Evropy.

Lze se nepochybně domnívat, že podobné akce

přispívají k rozšiřování naší informovanosti o roli západních organizací v dnešním měnícím se světě a o jejich vztazích k naší zemi, která aspiruje na členství v nich.

Vít SCHORM

Setkání absolventů právnické fakulty

Za léta své existence Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně připravila pro právní praxi několik tisíc absolventů. Ti se uplatnili na nejrůznějších místech a to nejen v právnických institucích, ale i v politické oblasti, hospodářské sféře, diplomatických službách atd. V souvislosti s oslavami výročí vzniku právnické fakulty v roce 1919 a její obnovy v roce 1969 se vedení fakulty rozhodlo uspořádat setkání všech absolventů. Proto dne 23. září 1994 bylo ve všech prostorách fakulty uspořádáno setkání na něž byli podle

možností pozváni všichni, kdo mají a v minulosti měli s fakultou něco společného, zejména její studenti, ale i bývalí učitelé.

Při zahájení setkání všechny přítomné přivítala děkanka fakulty doc. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc. Ve svém úvodním projevu upozornila na výsledky činnosti fakulty zejména v posledních letech a seznámila přítomné s některými koncepčními otázkami dalšího vývoje fakulty.

Jedním z cílů setkání absolventů bylo vytvoření Asociace absolventů fakulty. Vedení fakulty před-

pokládá, že právě Časopis pro právní vědu a praxi by mohl sloužit jako informační zdroj pro členy této Asociace a činnosti fakulty. Prostřednictvím tohoto časopisu by fakulta svým absolventům představovala výsledky své vědecké práce a informovala je o připravovaných akcích. Na stránkách časopisu absolventi budou nacházet pravidelně i anotace všech publikací vydaných fakultou, které si mohou prostřednictvím edičního střediska objednat. Perspektivně vedení fakulty uvažuje o pravidelném vydávání speciálního bulletinu pro absolven-

ty.

Asociace absolventů jistě přispěje k většímu péči právní teorie a pra-

ze, vytvoří se zpětné vazby na fakulty, které by měly umožnit zkvalitnění i pedagogického procesu, který by

se měl více přizpůsobovat potřebám právní praxe.

Karel SCHELLE

Navazujeme kontakty s právnickou fakultou v Curychu

Ve dnech 28. – 30. listopadu 1994 navštívila právnickou fakultu (Rechtswissenschaftliche Fakultät) v Curychu delegace právnické fakulty MU v Brně, kterou tvořili doc. Vladimír Kratochvíl z katedry trestního práva a autor tohoto příspěvku jako její vedoucí. V zastoupení vedení naší fakulty jsme zde jednali s vedením právnické fakulty curyšské univerzity o navázání bližších kontaktů. Je třeba zdůraznit, že tato cesta byla umožněna díky pomoci Nadace-Rolný z Prostějova, která tímto způsobem v praxi prokázala zájem na navazování kontaktů naší fakulty se zahraničím. Našich jednání se účastnil její zástupce JUDr. Josef Augustin, jinak též v pra-

xi úspěšný absolvent naší fakulty (Komerčně-právní kancelář, Vojáčkovo nám. 2, Prostějov).

V tomto krátkém příspěvku bych se rád podělil o některé dojmy, které jsem získal během dvou denního, avšak velmi intenzivního a navazujícími akcemi doslova „nabytého“ programu. Pobyt měl část oficiální, kterou představovalo jednání s vedením fakulty na čele s děkanem prof. Georgem Müllerem a jeho kolegy prof. Hal-lerem a prof. Thüererem (shodou okolností všichni z oblasti státního práva), dalšími učiteli fakulty jako prof. Donatsch (vedoucí katedry trestního práva), prof. Jaag a doc. Poledna (oba státní a správní právo).

K oficiální části patřílo rovněž zasedání právnického spolku v Curychu, ve kterém se sdružili místní právníci českého a slovenského původu. O tom, jaký vliv má ve Švýcarsku Nadace Rolný na čele se svým předsedou ing. A. Rolným svědčí i to, že se této akce zúčastnil i náš velvyslanec ve Švýcarsku pan Richard Belcredi, jinak rovněž bývalý student naší právnické fakulty v letech 1945 – 1949, kdy byl ze studií vyloučen¹. Rovněž byli přítomni honorární konzul České republiky v Curychu a dále druhý tajemník našeho velvyslanectví v Bernu Roman Prosa (též absolvent naší fakulty). Během večera jsme spolu s docentem Kratochvílem vystou-

¹Uprímně přiznávám, že několikahodinové rozhovory s těmito lidmi, kteří byli po roce 1948 tolik postižení, byly pro mne názornou lekcí vysoké politické kultury.

pili s výkladem problémů našeho právního vývoje po listopadu 1989, na což navázala diskuse, která poté pokračovala i neoficiálně.

Dále jsme měli možnost během pobytu navštívit známou curyšskou advokátní firmu Umbrich Baudertscher & Roesle (Bahnhofstrasse 22), kde shodou okolností pracují i dva učitelé právnické fakulty.

Pro zajímavost je třeba uvést, že v případě profesorů je možnost výkonu práce značně omezená a naše líčení poměří v České republice bylo vyslechnuto s nelíčeným zájmem. Nás zase naopak zajímala situace na právnické fakultě, kde mají v jednom ročníku zhruba 500 studentů, avšak poměr učitelů a studentů je podle názoru našich hostitelů ještě nepříznivější než u nás. Fakulta má ovšem v tomto školním roce 25 řádných profesorů, dva mimořádné profesory, 13 honorárních profesorů, 12 soukromých docentů a 60 dalších učitelů.

Na právnické fakultě se vyučuje zhruba 120 před-

mětů, které jsou rozděleny do následujících základních bloků přednášek, seminářů, kolokvií a cvičení: — tzv. základy (např. úvod do právní vědy, právní teorie, právní sociologie, ale také právní problémy multikulturální společnosti nebo právnické vedení jednání),

— právní dějiny (římské právo, dějiny soukromého práva),

— civilní právo (zahrnuje předměty jako obecné základy soukromého práva, občanský zákoník, rodinné právo, závazkové právo, pracovní právo atd., řada předmětů zde již do podrobnosti — soudní rozhodnutí Spolkového soudu k úvodním článkům občanského zákoníku, dědické právo, pozemkové právo apod.). Jde o nejrozsaáhlejší nabídku celkem 28 různých předmětů²,

— obchodní a hospodářské právo (obchodní společnost, kartelové právo, srovnávací právo kapitálového trhu, fuze podniků z civilistického a daňového

hlediska apod.),

— mezinárodní a zahraniční soukromé právo,

— civilní proces a výkon rozhodnutí,

— trestní právo a trestní proces (nauka o trestném činu, tresty a nápravná opatření, kriminálnětechnické metody, trestní proces),

— státní a správní právo je přirozeně po civilním právu druhou nejrozsaáhlejší oblastí výuky na fakultě (celkem 23 různých předmětů jako obecné státní právo, které je blízké naší státovědě, obecné správní právo, spolkové správní právo, daňové právo, sociální zabezpečení, územní plánování a stavební řád, obecní právo, ochrana krajin, ale i úvod do práva ČR)³,

— mezinárodní právo (včetně evropského práva, důraz je kladen na problém neutrality),

— další právní oblasti (sem řadí např. církevní právo, právo sdělovacích prostředků, právní

informatika, práce s právními databankami, právní medicína).

Kromě toho se na fakultě pořádají nepovinné jazykové kursy. Již tenkrát v minulosti poprvé obletými zvláštnosti právního systému Švýcarska.

Na první pohled je překvapující, že výuka dějin práva je velmi omezená. Skutečností však je, že Švýcaři vyučují historické souvislosti svých disciplín na jednotlivých katedrách. V rozhovorech s kolegy jsem získal dojem, že nemají potřebu nutit studenty, aby se učili, jaký byl stav práva ve Švýcarsku a jeho jednotlivých kantonech např. v roce 1920. Zajímá je však velmi důkladně historický vývoj federalismu, ústavy, kupní smlouvy, daní, bankovního práva apod. S ohledem na kontinuitu švýcarského právního vývoje by jinak snad ani nebyly některé instituty schopny vyložit. Jinak řečeno, histo-

rie pro ně nezačíná v roce 1989, 1968, 1948, 1918, 1867 atd., popř. naopak v nějakém roce nekončí. Prostě nějaký institut (např. referendum) se někdy v minulosti poprvé objevil a pak se dále rozvíjel.

Další zvláštností je to, že přednášky na Curyšské univerzitě jsou chápány jako celek. Jsou sice vypisovány pro studenty jednotlivých fakult, současně jsou ale na těchto fakultách vyučovány předměty pro posluchače všech fakult. Tak např. na právnické fakultě sem patří právní etika, právní sociologie, úvod do právní vědy. Naopak na ekonomické fakultě (se kterou byla právnická fakulta donedávna spojena) se zase mohou zapsat do úvodu do hospodářské vědy, do hospodářské filosofie, na lékařské fakultě například do přírodního léčitelství, na filosofické fakultě do úvodu do strategického myšlení, válek současnosti, na teologické fakultě to

je v tomto roce přednáška o Augustinovi atd.

Kromě toho žije univerzita společným životem i v jiných formách. V tomto školním roce je to např. série přednášek „Nacionální socialismus po 50 letech“ a „Informační exploze“. Je to snad dáno i tím, že jednotlivá pracoviště různých fakult často sídlí ve stejné budově, takže se denně mohou setkávat jak jejich učitelé, tak i studenti.

Několik poučení z pobytu pro rozvoj další spolupráce. Je třeba si uvědomit, že ve Švýcarsku není zvykem hovořit do větru. Pokud se někdo k něčemu zaváže, Švýcaři samozřejmě očekávají, že to také splní. Proto neočekávejme, že nás hned zahrnou množstvím nabídek, jako někteří jiní zahraniční partneři. Závazky berou vážně a nic lehkovězně neslibí. Snažme se jim v tom vyrovnat.

Jan FILIP

²Pro zajímavost uvádím, že kromě jednotného občanského zákoníku má každý kanton své procesní předpisy (obdobné v trestním právu). Není možné se s těmito zvláštnostmi neseznámit, pokud nechcete praktikovat pouze na území Curychu.

³Rovněž zde je věnována pozornost srovnávací konstitucionalistice v měřítku mezinárodním i mezikantonálním. Švýcaři jsou značně konzervativní a jsou hrdí na své tradice federalismu a přímé demokracie. Proto jdou často impulsy k vývoji spolkového práva z jednotlivých kantonů, které hledají nová řešení.

L I T E R A T U R A

Vyšel Politologický časopis

Na začátku října vyšlo první číslo Politologického časopisu, které vydal Mezinárodní politologický ústav Právnické fakulty MU. Jedná se o významný počín především s přihlédnutím k tomu, že v České republice (resp. Československu) dosud neexistuje odborné periodikum, které by se zabývalo politologií.

Přitom první pokus v tomto směru učinil MPÚ už v roce 1990 vydáním Politologického sborníku, na který Politologický časopis velice volně navazuje, přičemž změna v názvu není samoúčelná, ale měla by především představovat i změnu kvalitativní a v neposlední řadě estetickou.

Politologický časopis hodlá redakční rada (kterou vede prof. Vl. Klokočka) vydávat od příštího roku čtvrtletně s tím, že do konce roku 1994 vyjde ještě jedno číslo.

Politologický časopis by měl mít jasnou strukturu a obsah. Každé číslo bude obsahovat 3 – 5 statí (v maximálním rozsahu jednoho příspěvku 20 normostran), jeden zahraniční překlad, recenze, informace, příleži-

tostně i materiály a stručné informace o autorech. Celkový rozsah Časopisu by neměl přesahovat 100 stran.

Tuto rámcovou strukturu se snaží zachovat už první číslo. Obsahuje čtyři články českých autorů (Vl. Klokočka: *Nové pojmy v Ústavě ČR*; V. Čermák: *O některých aspektech vztahu moci a panství*; I. Gadourek: *Přestavba státu a humanizace společnosti*; J. Nehněvajs: *Americké prezidentské volby: příspěvek k historické politologii*), jeden zahraniční překlad (A. Stepan/C. Skach: *Ústavní rámce a demokratická konsolidace: parlamentní versus prezidentská demokracie*), řadu recenzí a dalších informací. Z nich bych chtěl upozornit na pokus o stručný přehled politologických publikací, vydaných v češtině po roce 1989.

Časopis stojí 30 Kč a je dotován hned z několika zdrojů prostřednictvím Nadace Mezinárodního politologického ústavu. Bližší informace o něm stejně jako objednávky vyřizuje Mezinárodní politologický ústav, působící na PrF MU.

Vojtěch ŠIMÍČEK

Autoři

Prof. Dr. Hans Ankum

Universiteit Amsterdam
Faculteit der Rechtsgeleerheid

Prof. Claude Bontems

Universite de Paris XI
Faculte de Droit Jean Monnet

Prof. Dr. iur. Wilhelm Brauner

Rechtswissenschaftliche
Fakultät der Universität Wien

JUDr. Karel Eliáš, CSc.

Ústav státu a práva ČR

Doc. JUDr. Jan Filip, CSc.

Katedra ústavního práva a politiky
právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Dalibor Jílek, CSc.

Katedra mezinárodního a evropského práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Prof. Pieter Kleve

Erasmus University
Rotterdam

PhDr. Tomáš Knoz

Katedra dějin státu a práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Pavel Krafl

student
Právnická fakulta Masarykovy univerzity v Brně

Mgr. Vladimír Lanžhotský

Praha

Prof. Paul Mevis

Erasmus University
Rotterdam

Prof. Richard De Mulder

Erasmus University
Rotterdam

JUDr. Jan Pinz, CSc.

Ústav státu a práva ČR

Doc. JUDr. Karel Schelle, CSc.

Katedra dějin státu a práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Ilona Schelleová

Katedra občanského práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Vít Schorm

student
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Soňa Skulová

Katedra správní vědy, správního práva a finančního práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Mgr. Vojtěch Šimfíček

Katedra ústavního práva a politologie
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Vladimír Týč, CSc.

Katedra evropského a mezinárodního práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Renata Veselá

Katedra dějin státu a práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Mgr. Renata Vlčková

Katedra ústavního práva a politologie
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

JUDr. Michaela Židlická

Katedra dějin státu a práva
Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně

Obsah**ČLÁNKY**

1 Karel ELIÁŠ : Akciová společnost jako pozitivněprávní pojem českého soukromého práva The concept of „joint – stock company“ in the meaning of law	3 14
2 Ilona SCHELLEOVÁ : Postavení věřitelů v konkursním řízení Objects of Bankruptcy Proceedings and Administration of such Objects	15 47
3 Dalibor JÍLEK : Dočasné útočiště Temporary refuge	48 63
4 Vladimír LANŽHOTSÝ : Československé mezinárodní právo soukromé do roku 1948 Czech International Private Law Untill the Year of 1948	64 80
5 Jan PINZ : Svoboda svědomí, přesvědčení, vyznání, mínění – myšlení a jejich projevu The freedom of conscience, conviction, worship and opinion	81 88
6 Vladimír TÝČ : Právnické studium: potřeba dalších změn	89
PRÁVNÍ HISTORIE A SOUČASNOST 99	
7 Karel SCHELLE : Vývoj správy města Brna očima historika Development of administration of the town of Brno in the eyes of historian	99 110
8 Michaela ŽIDLICKÁ : ORBIS IURIS ROMANI ORBIS IURIS ROMANI	111 113

STUDENTSKÉ PŘÍSPĚVKY 114

- 9 Pavel KRAFL : Úvod do literatury o středověkých synodách a synodálních statutech v českých zemích. Badatelské úkoly na Moravě 114
Introduction to Literature Dealing with Medieval synods and Synodical Statutes in Czech Lands Research Works in Moravia 124

PŘEDNÁŠKY ZAHRANIČNÍCH PROFESORŮ 125

- 10 Richard De MULDER and Pieter KLEVE : The new Computer Crime Act in the Netherlands 125
Nový nizozemský zákon o počítačových zločinech 136
11. Richard De MULDER and Pieter KLEVE : Centre for Computers and Law, Erasmus University Rotterdam 137
Centrum pro počítače a právo na Erasmově universitě v Rotterdamu 154
- 12 Paul MEVIS : Einige Gedanken über die Bedeutung eines allgemeinen Beweisverwendungsverbot im Licht der EMRK, der Holländische Verfassung und der Strafprozeßordnung 155
Résumé 164
- 13 Claude BONTEMS : Banalités matrimoniales 165
Manželské banality 193
- 14 Wilhelm BRAUNEDER : Die gründung der österreichischen Republik 194
Vznik republiky Rakousko 202
- 15 Hans ANKUM : Principles of Roman Law absorbed in the New Dutch Civil Code. 203

Z VĚDECKÉHO ŽIVOTA 226

- 16 „Informal Workshop“ na téma „Právo na informace, ochrana informací“ (Soňa SKULOVÁ) 226

- 17 III. letní univerzita v oblasti lidských práv a demokratického občanství (Vít SCHORM) 228
- 18 48. SIHDA kongres ve Vídni (Renata VESELÁ) 229
- 19 Konference Výchova k právu (Karel SCHELLE) 230
- 20 Vědecká konference k výročí první světové války (Karel SCHELLE) 231
- 21 Mezinárodní konference „Svoboda slova a tisku“ na Právnické fakultě Masarykovy univerzity (Renata VLČKOVÁ) 232
- 22 Seminář „Český stát a Německá říše“ (Tomáš KNOZ) 235

INFORMACE 237

- 23 Studenti Právnické fakulty v NATO (Vít SCHORM) 237
- 24 Setkání absolventů právnické fakulty (Karel SCHELLE) 238
- 25 Navazujeme kontakty s právnickou fakultou v Curychu (Jan FILIP) 239

LITERATURA 242

- 26 Vyšel Politologický časopis (Vojtěch ŠIMÍČEK) 242

