

nejsou předpisy, resp. jednotlivé paragrafy předpisů poplatné minulému období. Přestože v období let 1990–1995 bylo vydáno cca 20 000 stran právních předpisů, zdaleka se změny nedotkly všech právních odvětví (například zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, byl po roce 1991 cca 60x novelizován). Nový kodex trestního práva – zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, nabyl účinnosti 1. 1. 2010.

V této souvislosti lze konstatovat, že máme jasný důkaz toho, že právo vytváří relativně autonomní a přitom z druhé strany křehký systém, který vyžaduje k optimálnímu fungování určitou kontinuitu, fungování po delší dobu a jeho postupné, evolutivní zlepšování. Proces utváření právního systému tedy nebyl zdaleka uzavřen (pokud jej lze kdy uzavřít a beze zbytku vyřešit).

V současné době přes určité náznaky tendencí vytváření nových právních odvětví došlo k zásadní a univerzální kodifikaci soukromého práva, zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, obsahujícího přes 3 tisíce paragrafů, které sjednotilo s právem občanským dřívější samostatné odvětví rodinného a obchodního práva.

Současný trend od vstupu, resp. po přijetí České republiky do EU je charakterizován zvýšenou snahou o cílevědomou harmonizaci našeho vnitrostátního práva a evropského práva. Je třeba současně dodat, že se jedná o postupný proces, kde existují oblasti, které jsou prakticky harmonizovány – obchodní právo, veřejná soutěž aj., jiné části právního řádu se postupně k tomuto cíli přibližují (například problematika tzv. evropského zatykače.)

KAPITOLA 26

SVĚTOVÉ PRÁVNÍ KULTURY

26.1 PRÁVNÍ KULTURY A DIVERZITA PRÁVA

Právo, ať už v jakékoli formě, je po dlouhá tisíciletí součástí společenského života na celém světě. Prostorové i časové rozložení pramenů práva, právních pravidel, institutů či právnických profesí vede k úžasné rozmanitosti práva, jejíž pochopení se stává nikoli jen zajímavým zpestřením profesního života právníků ale prostou praktickou nutností. Především mezinárodní obchodní výměna a turistický ruch tlačí právníky z různých částí světa k tomu, aby navzájem spolupracovali a interakce jindy vzdálených právních pořádků se tak stává každodenní inspirující realitou.

Rudolf von Jhering se k potřebě poznávat cizí právní kultury trefně vyjádřil v úvodníku ke své učebnici *Geist des Römischen Rechts*, když napsal: *„Přebírání cizích právních institutů není věcí národnosti ale užitečnosti a potřeby. Nikdo se neobtěžuje nosit věci z daleka, když má stejné nebo lepší doma, ale jenom hlupák odmítne chinin jenom proto, že nevyrostl na jeho vlastní zahrádce.“*

Není samozřejmě v lidských silách postihnout všechny světové právní řády – *nota bene* je nemožné získat úplnou znalost byť i jen práva jednoho jediného státu. K tomu, abychom mohli navazovat kontakty s cizími právními kulturami, však nemusíme mít kompletní znalosti pro nás exotických právních řádů, ale postačí, když se budeme orientovat alespoň v jejich základních rysech. V následujícím výkladu tedy nabídneme stručný přehled základních charakteristik v současnosti dominantních právních kultur, s nimiž se náš praktikující právník může snadno dostat do styku. Tuto základní orientaci je pak možné nadále rozvíjet podrobnějším studiem v případech, kdy nás k tomu vede zájem nebo výše Jheringem popsaná praktická nutnost.

Studiem rozdílů či naopak styčných bodů různých právních kultur se zabývá speciální právní disciplína, kterou nazýváme **srovnávací pravovědou** nebo též **právní komparatistikou**. Tato disciplína řeší nejrůznější teoretická, právněhistorická i specifická pozitivněprávní zadání, a to od základních otázek srovnání státních zřízení či právních kultur až po analýzu konkrétních právních institutů. S aplikací komparatistických metod se tak můžeme setkat na nejrůznějších úrovních, od elitních konferencí světového významu až po konkrétní projekty soukromých investorů, které zajímají detaily právních režimů určitých obchodních transakcí v různých státech.

V oboru srovnávací pravovědy hraje významnou roli Mezinárodní akademie srovnávacího práva (*Académie Internationale de Droit Comparé*). Byla založena v roce 1924 a sdružuje právní komparatisty z celého světa. Mezi její členy patřily

práva. Informace o této významné, i když v poslední době postupně zastarávající, instituci a jejích činnostech je možné nalézt na www.iuscomparatum.org.

V Československu patřil mezi nejvýznamnější právní komparatisty Viktor Knapp a jeho publikace stále tvoří základ pro studium této disciplíny u nás. S postupující integrací České republiky do mezinárodních struktur především v posledních deseti letech přestává být právní komparatistika exkluzivní a relativně samostatnou disciplínou a naopak se stává běžnou součástí ostatních právních oborů. Můžeme tak konstatovat, že srovnávací aspekt mají již nyní prakticky všechny právní disciplíny a dokonce můžeme prohlásit, že současný právník se bez znalostí alespoň základů srovnávací metody už prostě neobejde.

Při srovnání práva, ať už z hlediska teritoriálního nebo historického, můžeme vyjít z následujícího rozlišení jednotlivých jeho úrovní:

- právní kultura,
- právní systém,
- právní řád.

Tato klasifikace samozřejmě není jediná a v různých komparatistických pramenech se můžeme setkat s celou řadou různých systémů a tříd. **Právní kultura** představuje nejvyšší úroveň, na níž rozlišujeme mezi různými typy práva. Pojem právní kultury přitom zahrnuje společenský či náboženský kontext právního vývoje, základní regulativní mechanismy nebo též historii a role jednotlivých společenských institucí. Studujeme-li tedy určitou právní kulturu, nevystačíme si s poznatky získanými pouze z platného práva, ale zajímají nás základní společné rysy historie, politiky, ekonomiky či náboženství. Na tomto základě můžeme v současnosti rozlišit mezi následujícími obecnými právními kulturami:

- evropskou,
- angloamerickou,
- islámskou,
- hindskou,
- africkou,
- východoasijskou.

Jak můžeme vidět, jedná se o rozdělení, které není založené na jednotném kritériu. Evropská právní kultura je tak vymezena částečně na teritoriálním, částečně náboženském základě. Náboženský (nikoli však už teritoriální) jednotící základ společně s částečným základem jazykovým má i kultura islámská. Indická právní kultura se vyznačuje kombinací historického, teritoriálního, náboženského a částečně národnostního fundamentu podobně jako právní kultura východoasijská. Africkou kulturu přitom charakterizují především historické, náboženské a teritoriální rysy.

Pod úrovní právních kultur pak dále rozlišujeme **právní systémy**. K jejich vymezení už používáme pouze charakteristické znaky samotného systému práva, jakými jsou například konkrétní kompozice právních institucí, forma a struktura pramenů

práva, charakteristická metodologie apod. V evropské právní kultuře tedy můžeme příkladně rozlišit státy, jejichž právní systém označujeme jako:

- jihoevropský,
- francouzský,
- alpský,
- severský,
- východoevropský.

Právní řád představuje většinou nejnižší rozlišovací úroveň pro srovnávací právo vědu a jeho kritériem je státní jurisdikce. Při rozlišení na právní řády již nepoužíváme složitá materiální či formální kritéria, ale vystačíme si s jedním formálním kritériem, konkrétně se státností. Neplatí však, že by se v případě právních kultur, právních systémů a právních řádů jednalo o vzájemné podmnožiny. Určitý právní systém můžeme řadit na pomezí právních kultur a podobně i právo určitého státu můžeme zaráz zařadit do více právních systémů nebo dokonce i právních kultur. Například vietnamský právní řád tak sice patří do východoasijské právní kultury, má však i rysy kultury evropské – co se týče systematizace, jedná se nejen o systém jihovýchodní Asie, ale patří též do systému komunistického práva a vzhledem k historickému vývoji o něm můžeme ještě prohlásit, že má některé rysy postkoloniálního práva francouzského.

Jak můžeme vidět, je klasifikace jednotlivých právních kultur či právních systémů záležitostí nespočtu nejrůznějších kritérií a postupů. Právo je tak úžasně pestré, že žádná srovnávací systematika není a ani nemůže být kompletní, a má tedy smysl o ní hovořit pouze ve vztahu k nějakému konkrétnímu účelu. Z tohoto důvodu se zdá být na tomto místě zbytečné dále vyjmenovávat jednotlivá kritéria a jim odpovídající kategorie. Spíše se zaměříme na stručnou charakteristiku vybraných právních kultur, jejímž prostřednictvím se pokusíme postihnout alespoň něco z fascinující rozmanitosti současného práva.

26.2 PRÁVNÍ KULTURA KONTINENTÁLNÍ EVROPY

Kontinentální právo si, poněkud paradoxně, zaslouží v našem stručném přehledu nejmenší prostor. Předpokládáme totiž, že se s ním měl již čtenář možnost seznámit, případně se s jeho náturou obeznámí v nejbližší době. Ze základních rysů kontinentální právní kultury si tedy jen stručně připomeneme:

- prameny práva a jejich závaznost,
- postavení právních institucí, především soudů,
- právní význam mezinárodní spolupráce.

Kontinentální právní kultura je založená na důsledném oddělení zákonodárné a soudní moci. Tento princip, který vzešel z francouzské revoluce, zajišťuje vyvážení jednotlivých forem vlády. Vzájemný respekt jednotlivých typů státní moci pak má usnadnit i praktickou aplikaci jednotlivých principů právního státu.

V oblasti právo tvorby v Evropě dominují **zastupitelské orgány**, jimž jejich vysoká legitimita dává v mnoha směrech i výsadní postavení. Z toho se pak odvíjí i koncepce absolutní závaznosti dominantních pramenů práva, jimiž jsou **normativní právní akty** případně pak ještě **normativní smlouvy**. Výsadní pozici zákonodárných orgánů a jimi vydávaných normativních právních aktů podpořil nejen politický vývoj ale též právní doktrína. V devatenáctém a na počátku dvacátého století se tak v Evropě setkáváme s pozitivistickými či formalistickými koncepcemi práva založenými na absolutní platnosti právních norem vytvořených státem ve formě zákonů. Vznikají tak nejen psané ústavy (jež měly původně fixovat omezení moci panovníka), ale koncem 19. století i gigantické kodifikace, a to především v oblasti soukromého práva (příkladem mohou být vedle průkopnického Code Civil též civilní kodexy ABGB či BGB).

Pro kontinentální právní kulturu tedy platí, že právo je vystavěno okolo zákonů nebo obecně okolo právních předpisů. Není přitom výjimkou, že existence centrálního předpisu (kodexu, zákoníku) určuje i rozdělení právních disciplin či příslušnosti orgánů autoritativně aplikujících právo. Právo pak bývá se zákonem často ztotožňováno, výsledkem čehož je mimo jiné i přemrštěná politizace zákonodárství a inflace právních předpisů. Objeví-li se totiž společenská objednávka na regulaci určité otázky, očekává společnost její realizaci prostřednictvím zákona. Politická reprezentace pak reaguje inflační právo tvorbou a namísto skutečného řešení příslušného problému dojde pouze k jeho formalizaci a prvoplánovému legislativnímu ošetření. V procesu autoritativní aplikace práva pak tato situace vede k negativním efektům v podobě přepjatého **formalismu a alibismu pravomocných orgánů**.

Důvodem právě naznačeného „schovávání se soudce za zákon“ je vedle struktury pramenů práva i historicky podmíněná skladba právních institucí. Soud má v kontinentální Evropě postavení zprostředkovaně legitimovaného orgánu, který právo netvoří, ale pouze aplikuje absolutně závazné právní předpisy. Jak vysvětlujeme v kapitole věnované pramenům práva, je však tento model již v současné době především kvůli složitosti právních otázek a limitům legislativy relativizován a výsledky soudní činnosti již jsou, zde ve formě judikatury, považovány za důležitý pramen práva.

Evropská právní kultura je typická mimo jiné i převzetím římského modelu **odlišení veřejného a soukromého práva** a tuto základní tezi následuje i organizace soudů v jednotlivých evropských zemích. Ačkoli se od sebe tedy různé země liší co do horizontální nebo vertikální organizace soudní moci, představuje, přiznejme ne vždy zřetelná, hranice mezi soukromým a veřejným právem i hranici pravomoci či příslušnosti jednotlivých soudů nebo jejich oddělení.

Co se týče funkce soudnictví jako celku, můžeme se v Evropě setkat hned s několika různými modely. V některých státech, jako například ve Francii či ve Finsku, je soudnictví chápáno především jako mechanismus **objektivní ochrany** státu,

práva či spravedlnosti. Jinde jsou soudy chápány podle typu jako orgány určené k **řešení konkrétních sporů** o právo (to v soukromém právu) nebo jako orgány **ochrany subjektů před zásahy státní moci** (to v právu veřejném). Rozdílné chápání soudnictví v rámci kontinentální právní kultury můžeme přitom velmi dobře ilustrovat na příkladu správních soudů – zatímco v některých zemích jsou správní soudy částečně svázané se státní správou či legislativou (hovoříme pak na nejvyšší úrovni o tzv. státních radách), v jiných státech je správní soud institucí, jejímž primárním smyslem existence je bránit občana před protiprávními formami výkonu státní moci – příkladem je i Česká republika nebo sousední Polsko.

Poslední aspekt kontinentální právní kultury, který jsme se rozhodli zdůraznit, je vzájemná **spolupráce** a svázanost evropských států mezinárodními závazky. Na světě v současné době nenajdeme oblast, kde by jednotlivé suverénní státy spolupracovaly v takové míře a kde by jejich provázanost dosahovala takové úrovně, jako je tomu právě v Evropě. Tzv. evropské právo či právo EU tak nemá v současném světě obdobu.

Tato spolupráce s sebou však samozřejmě vedle pozitivních momentů nese i řadu negativ. Především pro subjekty se jedná o nikoli zanedbatelnou legislativní zátěž, přičemž jednotlivé prameny evropského a mezinárodního práva vyžadují ke svému používání odlišné metody, než s jakými jsou právníci zvyklí pracovat s právem domácím.

Vysoká míra vzájemné interakce států s odlišným systémem práva způsobuje i větší pravděpodobnost vzájemných konfliktů jednotlivých právních řádů. Nutnost sjednocovat některé právní postupy tak vede k tomu, že i zásadní charakteristiky národního práva musí tu a tam ustoupit dohodnutému právnímu standardu.

Příkladem může být legální interpretace práva podávaná ve formě rozhodnutí o předběžných otázkách Soudním dvorem Evropské unie. Její všeobecnou závaznost musí přijmout i státy, kde legální interpretace historicky neexistuje nebo byla, jako v případě České republiky, z právního řádu odstraněna.

Otázku práva kontinentální Evropy můžeme uzavřít konstatováním, že se i přes všechny těžkosti jedná stále o jednu z nejsilnějších a nejvýraznějších právních kultur současného světa. Mezi její silné stránky můžeme určitě počítat **historický fundament a mezinárodní rozměr**. Díky historickému vývoji pak evropská právní kultura získala i silnou **mírovou teleologii** a orientaci na **solidaritě a přirozená práva člověka**. Díky špičkovým osobnostem a rozvinuté doktríně pak můžeme navíc hovořit o (sice postupně upadající ale přesto přítomné) **preciznosti** formální metodologie a z ní plynoucí **kvalitě kodifikací**, jejichž vliv můžeme nalézt po celém světě. Nevýhodou evropské právní kultury je pak bezesporu její **formálnost**, z níž vyplývá relativní **rigidita**. Za nevýhodu můžeme rovněž považovat i **institucionalizovanou jazykovou diverzitu** a z ní vyplývající bariéru vzájemné komunikace jednotlivých právních řádů.

26.3 ANGLOAMERICKÁ PRÁVNÍ KULTURA

Přestože se podobně jako evropská právní kultura vyvíjela částečně na základech římského práva, představuje angloamerické právo kulturně specifické právní prostředí. Oproti právní kultuře kontinentální Evropy, právu islámskému či indickému, je angloamerická právní kultura nesrovnatelně mladší. I přesto se však, především díky hospodářskému a politickému rozmachu jejích nosných právních řádů, tj. práva britského a severoamerického, počítá mezi významné právní kultury současnosti. Z jejich charakteristických rysů jsme vybrali ke stručnému popisu:

- prameny práva a jejich závaznost,
- rule of law a funkce soudnictví,
- vybrané specifické rysy systému anglického a amerického práva.

Můžeme-li o evropském právu obecně prohlásit, že je pozitivistické, lze právu angloamerickému přiřadit přídomek **pragmatické**. Přestože se pragmatismus jako specifický směr právního myšlení začal vyvíjet až koncem 19. a začátkem 20. století, prakticky celou angloamerickou jurisprudenci prostupuje odedávna praktičnost, důraz na řešení jednotlivých sporů o právo a snaha o hledání rozumných východisek z konkrétních právních situací. V britském právu, především pak v jeho koloniálních formách, se tento trend úspěšně aplikoval zejména v době imperiálního rozmachu, v USA pak právní pragmatismus či realismus asistoval překotnému ekonomickému a technologickému růstu především ve 20. století.

Pro pragmatismus jako takový je typické, že si nečiní ambice přijímat objektivní a všeobecně platné závěry, ale jeho zájmem je rozumné vyřešení konkrétní právní otázky (například sporu). Suma takových rozumných řešení pak dává dohromady právní řád. Právo v pragmatickém pojetí tak nemá, na rozdíl od pozitivistické koncepce, ambice totální stability, objektivity a jimi dané právní jistoty. Naproti tomu pro právního pragmatika neexistuje, opět na rozdíl od právního pozitivisty, neřešitelný právní problém.

Z výše uvedeného vyplývá, že ústřední roli v angloamerické právní kultuře hraje soud a jím vytvářená pravidla. Legislativa, stejně jako ostatní prameny práva, zde mají pouze argumentační závaznost a legitimita výsledného rozhodnutí se tak neodvozuje od legitimacy absolutně závazného pramene práva ale z právního argumentu. Nelze však rozhodně říci, že by snad v angloamerické právní kultuře byl **soudní precedens** jediným pramenem práva. Vysokou intenzitu závaznosti zde mají samozřejmě i **právní předpisy** různých typů, které se především v poslední době stávají čím dál tím frekventovanějším regulačním nástrojem. Řada britských či amerických soudců přitom stále rostoucí inflaci legislativy chápe nikoli jen jako technickou komplikaci přinášející vyšší složitost právního řádu, ale dokonce jako zásah do soudních pravomocí a okleštění mezi soudcovské diskrece.

V souvislosti především s britským právem můžeme zaznamenat i *per se* závaz-

případů závaznost už jen na základě odkazu v právním předpisu). Ve skutečnosti však ani britské právo již právní obyčej nepoužívá, neboť i zde byl již konzumován legislativou nebo soudními precedenty. Jedinou podstatnou výjimkou je tak britské právo ústavní, které má stále převážně obyčejový charakter – jeho dominantním pramenem je tak vedle útržkovité legislativy především **ústavní tradice**. Vzhledem k tomu, že britské státní zřízení nezná orgán, který by mohl rozhodovat o zásadních ústavních otázkách nebo který by měl dostatečnou legitimitu k jednostranné úpravě základních momentů ústavního pořádku, lze se domnívat, že obyčejový charakter podstatné části britského ústavního práva přetrvá při absenci extrémních ústavních krizí i nadále.

Vedle výše uvedených můžeme v angloamerickém právu samozřejmě zaznamenat i další prameny jako jsou **právní principy**, **doktrinální publikace**, **principy spravedlnosti** apod. Vzhledem k nutnosti důkladně argumentovat jednotlivá soudní rozhodnutí se přitom s těmito prameny setkáváme v soudní praxi velice často a soudy jejich použití i často přiznávají. Není tedy výjimkou rozhodnutí, které se sice opře o normativní právní akt či precedens, je však zdůvodněno zaráz i právním principem, doktrinální publikací a soudce v něm ještě navíc objasní, že přijaté řešení je rozumné a dává smysl. Potřeba důkladné argumentace je přitom naléhavá především v případech, kdy soudy rozhodují skutkově nové situace, případně když soudce přistoupí k **judicial review** (podrobněji k této doktríně viz kapitola o pramenech práva).

Výsadní postavení soudce v oblasti právo tvorby i aplikace práva je omezeno pravidlem **rule of law** (v Evropě jí odpovídá koncepce **právního státu**). Jedná se o relativně složitou doktrínu s mnoha efekty, kterou bychom mohli ve vztahu k soudům shrnout asi jako absolutní respekt k objektivnímu právu. Ve státech angloamerické právní kultury se tak sice nesetkáme s doktrínou absolutní závaznosti jednotlivých pramenů práva, jedinou výjimkou však tvoří právě norma **rule of law**. Ta představuje jakýsi absolutně závazný imperativ nepřekročitelnosti rámce práva a nejzávažněji působí právě na soudce. Tuto formu aplikace **rule of law** tedy můžeme poněkud nepřesně přirovnat k zákazu svévole známému z našeho práva (v kontinentálním právu však nemá tato norma zdaleka takový význam a důsledky jako v právu angloamerickém).

Rozhodnutím, které doktrínu **rule of law** dobře ilustruje, je jeden z nejdůležitějších precedentů v historii angloamerického práva – rozhodnutí Queens Bench Division ve věci Regina v. Dudley and Stephens.⁴³⁹ V tomto případě stáli před soudem dva muži, kteří společně s dalším pasažérem Edmundem Brooksem a malým chlapcem ztroskotali na volném moři nedaleko Mysu dobré naděje.

439 Zásadní význam tohoto letitého trestního precedentu podtrhuje nejen to, že je stále používán, ale i skutečnost, že bývá jako základní pramen citován též v americké, australské či novozélandské odborné literatuře a judikatuře a že se jeho aplikace neomezuje na trestní právo, ale setkáme se s ním i v prá-

Po několika dnech hladovění bylo zřejmé, že těžce nemocný chlapec nezadržitelně umírá a ostatní trosečníci jsou rovněž kvůli nedostatku potravy na pokraji smrti. Obžalovaní se tedy rozhodli chlapce zabít a společně s Brooksem (který obžalován nebyl, neboť se zabitím chlapce nesouhlasil, ani se jej neúčastnil) použili chlapcovo tělo jako potravu. Tento čin jim umožnil přežít ještě několik dní, než je náhodou objevila okolo plující loď. Před soudem pak bylo prokázáno, že chlapec v době, kdy se jej obžalovaní rozhodli zabít, již nebylo možné zachránit. Rovněž se prokázalo, že obžalovaní tímto svým činem zachránili život sobě i Brooksovi – jinými slovy, nebýt vraždy nezadržitelně umírajícího chlapce, nepřežil by nikdo z trosečníků. Právní kvalifikace tak sice jednoznačně směřuje k vraždě, morální soud však takto jednoznačný není – dokonce lze akt obou obžalovaných, toliko spořádaných občanů, na nichž výživou závisely jejich rodiny, považovat v jistém smyslu za hrdinský, neboť se rozhodli k hrůznému činu (těžko si lze představit morální utrpení normálního člověka, který tento čin ze zoufalství páchá), který zachránil život nejen jim ale i dalšímu pasažérovi. Soud zde tak byl postaven před otázkou, zda aplikovat právo, oba obžalované započíst mezi vrahy a odsoudit je nebo do verdiktu promítnout morální hodnocení a překročit tím pomyslnou hranici práva. Z rozhodnutí, které doporučujeme k podrobnému studiu v plném textu, vybíráme nejprve jeho poslední odstavec: „Nelze mít dojem, že tím, že odmítáme omluvit zločin pokušením, zapomínáme na to, jak strašné pokušení to bylo, jak hrozné bylo utrpení pachatelů a jak těžké je v takových případech vynést jasný rozsudek a zřetelně pojmenovat předmětný čin. Často jsme nuceni nastavovat standardy, které sami nemůžeme splnit a vydávat pravidla, jimž sami nemůžeme dostát. Člověk však nemá právo mít pokušení za omluvu, přestože by se na něj byl sám odvolával, ani si nemůže dovolit mít soucit se zločincem a v jeho důsledku jakkoli změnit či oslabit právní definici zločinu. Proto je naší povinností vyhlásit, že čin obžalovaných v tomto případě byl úmyslnou vraždou a že skutkové okolnosti jej právně neospravedlňují; tak je naší povinností i vyhlásit, že podle našeho jednomyslného názoru jsou obžalovaní tímto rozhodnutím shledáni vinnými ze spáchání zločinu vraždy.“

Soud zde tedy odmítl aplikovat cokoli jiného než právní pravidla a obžalované odsoudil k jedinému možnému trestu, tedy k trestu smrti. Předposlední odstavec nám přitom napovídá, jak byl případ nakonec vyřešen: „Neexistuje pro soudce žádný bezpečný způsob, kterým by zjistil podle svých nejlepších schopností obsah práva a zároveň jej v posuzovaném případě vyhlásil v souladu se svým vlastním úsudkem; tak musí v případech, kdy se právo jeví být příliš krutým pro jednotlivce, ponechat věc Suverénovi oprávněnému vykonat prerogativ milosti, který Ústava svěřila do rukou nejvíce se hodících pro jeho výkon.“

Ačkoli se tedy v tomto případě soud i přes obrovské morální dilema odmítl řídit čímkoli jiným než právem, nebylo konečným řešením případu oběšení odsouzených. Přestože je právo započítlo mezi vrahy, byla jim nakonec královnou Viktorií udělena milost a trest jim byl změněn na šest měsíců vězení. Na tomto případě tak

můžeme ilustrovat na jedné straně doktrínu **rule of law**, na druhé pak výjimku ve formě možnosti zásahu suveréna, který má v tomto případě jako jediný možnost rozhodovat o právním následku bez toho, aby musel nutně aplikovat právo.

Podobně jako u evropské právní kultury, není ani angloamerické právo jednotné. Rozdíly tak můžeme najít nejen mezi právem britským a severoamerickým, ale též například mezi právem anglickým a skotským – skotské právo je navíc charakteristické dokonce tím, že nese řadu rysů kontinentálního typu a podobá se tak například právu quebeckému, které se zas vymyká právnímu systému Kanady.

Severoamerické právo se vyznačuje v porovnání s právem anglickým mnohem vyšší mírou partikularity a nejednotnosti – to je dáno především skutečností, že Spojené státy americké jsou federací, kde je sice část práva sjednocena federální legislativou a rozhodovací praxí Nejvyššího soudu, podstatná část právních otázek je však řešena odchylně právními řády jednotlivých států.⁴⁴⁰ Ani Nejvyšší soud USA přitom nepostihuje kompletně materii federálního práva, ale vybírá pro svou rozhodovací praxi jen nejdůležitější právní otázky zásadního významu. Z tohoto důvodu je každý rok z několika tisíců podání meritorně rozhodnuto jen několik desítek věcí a zbytek je odmítnut.

Vedle precedenční interpretace práva přísluší Nejvyššímu soudu USA i kontrola ústavnosti a soud je tak nejvyšší ústavní institucí (připomeňme, že Anglie ani Spojené království instituci s touto úrovní pravomocí nemají). Skutečnost, že je Nejvyšší soud USA vrcholným soudním orgánem společně s charakteristikami amerického právního systému naznačenými výše, pak způsobují, že má činnost tohoto soudního orgánu často určující dopad na směřování státu a společnosti, který mnohdy převyšuje vliv exekutivy v čele s prezidentem či federálních zastupitelských sborů, tj. Senátu a Sněmovny reprezentantů. Z tohoto důvodu se instituce Nejvyššího soudu těší v USA značné společenské vážnosti a jeho činnost přitahuje i širokou veřejnou pozornost.

Anglické právo je charakteristické řadou tradičních institutů, které jsou mnohdy s obdivuhodným důvtipem kombinovány s moderními elementy. Schopnost adaptace anglického práva se projevila i při jeho aplikaci v koloniích, kde bylo nutné kombinovat jednotlivé právní instituty s místními, často zvykovými či jinak historicky zatíženými právními řády. Pevné místo v anglické jurisprudenci tak má vedle víceméně běžných oborů i právní antropologie, která nevyhnutelně asistovala při budování koloniálních právních řádů.

Volný svazek bývalých britských kolonií, **Commonwealth**,⁴⁴¹ má nejen kulturní, politický či obchodní význam, ale v jeho rámci můžeme sledovat i přetrvávající vliv britského práva. V řadě států je tak angličtina stále oficiálním jazykem, jsou

440 Připomeňme v této souvislosti, že právní řády jednotlivých států nemají rozhodně marginální význam – vždyť například Kalifornie je v desítku ekonomicky nejsilnějších států světa.

441 Jedná se o sdružení 53 států, z nichž všechny až na Mosambik dříve patřily pod britské impérium.

zde přejímány britské právní předpisy a precedenty britských soudů zde disponují argumentační závazností o relativně vysoké intenzitě. Komunikace mezi právními řády členských států **Commonwealth** je však oboustranná, a tak se například můžeme v poslední době setkat i s tím, že anglické soudy vycházejí například z australských precedenčních rozhodnutí či z kanadských doktrinárních publikací.

Pokud bychom měli shrnout výše naznačené vlastnosti angloamerické právní kultury, můžeme konstatovat, že se díky **právotvorné roli soudů** jedná o právo navýsost **flexibilní a adaptabilní**. To mu umožňuje pružně reagovat na měnící se společenské podmínky či technologický vývoj. Oproti kontinentálnímu právu má navíc mnohem **méně formální charakter** a z jeho výstupů je tak znát cílevědomá orientace na materii a z ní vyplývající obecnou srozumitelnost.

Obecně je možné tento vpravdě kulturní rozdíl ilustrovat na příkladech vývěsních štítů restaurací – zatímco u nás můžeme vidět označení typu **art culinary** nebo **living restaurant** (*nota bene* anglicky), nejsou v Anglii výjimkou restaurace ověřené michelinskými hvězdičkami, na jejichž vývěsním štítu se dočteme **good food**. Oprávněně můžeme předpokládat, že vývěska s nápisem „dobré jídlo“ by v našich zákaznicích evokovala spíše představu laciného bufetu než prvotřídní restaurace.

V angloamerickém právu se rovněž **nesetkáme** s důslednou **segregací práva soukromého a veřejného**, což mimo jiné vedlo k rozvoji z pohledu evropského práva specifických právních institutů, jako jsou například **torts**.⁴⁴² Jako negativní vlastnosti angloamerické právní kultury můžeme uvést především **nižší míru právní jistoty a roztržitést a nejednotnost** práva i v rámci jednotlivých právních řádů. Vzhledem k argumentačnímu charakteru závaznosti jednotlivých pramenů a určující roli soudcovského práva pak můžeme jako negativum uvést i **vyšší nároky na právní vědomosti a argumentační schopnosti** subjektů při aplikaci práva.

26.4 HINDSKÁ PRÁVNÍ KULTURA

Hindské právo se může na první pohled jevit exoticky a snad i starodávně. Ve skutečnosti však představuje moderní právní kulturu, kterou nelze přehlížet. Důvodem, proč se hindské právo stalo denním chlebem řady evropských právníků, je především ekonomický potenciál Indie jako nejlidnatější demokracie světa. Řada nadnárodních obchodních společností evropské nebo americké proveniencce zde v současnosti realizuje významné investice s cílem budto posílit díky levné pracovní síle a zdrojům svou konkurenceschopnost na západních trzích nebo vstoupit na místní trh, jehož růstový potenciál je značný.

Z hlediska geopolitického představuje Indie jako centrum hindské právní kultury nejen nejlidnatější demokracii světa, ale též ekonomickou, politickou a vojenskou velmoc, jejímuž významu může v regionu konkurovat jen Čína. I z tohoto důvodu

je pro západního právníka nutné se s hindským právem alespoň stručně seznámit. Ještě, než přistoupíme k nástinu otázek, jimž se budeme dále stručně věnovat, je třeba předeslat, že hovoříme o rozsáhlé a po tisíciletí vytvářené právní kultuře. Jakýkoli pokus o její popsání tedy bude nutně jen útržkovitý, přičemž se zde dále zaměříme na:

- vnější faktory vývoje hindského práva,
- prameny hindského práva,
- kastovní systém a jeho právní aplikace,
- pojem Dharma a jeho právní zachycení.

Hindské právo je založené na náboženském základě, tj. na **hinduismu**. Přestože je jeho domovskou zemí Indie, není závislé na státním území a s jeho aplikací se tak vedle Indie setkáváme v řadě asijských či afrických států jako jsou Pakistan, Singapur, Barma, Tanzánie, Keňa a další. Skutečnost, že se hindské právo běžně praktikuje nikoli na bázi teritoriální ale personální, je dána tím, že v oborech hindského práva je běžná **kolizní personalita** (to platí například v právu rodinném či v oboru práva dědického). Africké, jihoasijské ale též například arabské státy jsou přitom, co se personalit práva týče, mnohem benevolentnější než je tomu v Evropě nebo Severní Americe, a tak se v zemích s početnější hinduistickou komunitou setkáváme často nejen s dodržováním kulturních ale též právních tradic.

Vzhledem k tomu, že Indie byla vždy v ekonomicky i kulturně vysoce rozvinutým územím, představovala odpradávná lákadlo pro nejrůznější nájezdníky. Jednotlivá nezávislá království, později sjednocená, tak musela čelit řadě invazí, především ze střední Asie. Nejvýznamněji se však na hindském právu podepsala nadvláda pozdějších nájezdníků, v důsledku čehož na něm můžeme v současné době pozorovat především vliv **islámského a anglického koloniálního práva**. I přes pohnutou historii si však hindské právo, zřejmě díky náboženskému fundamentu, zachovalo řadu elementů, jejichž kontinuita zůstala po tisíce let nepřerušena.

Nejlépe zdokumentovanou fází vývoje hindského práva je období britské koloniální správy, kdy hovoříme o takzvaném **anglohindském právu**. Britská koloniální nadvláda reprezentovaná především východoindickou společností s sebou sice přinesla řadu svých právních standardů, ty však nebylo fakticky možné prosadit proti tradičním právním institutům hindského práva. Došlo tak ke kombinaci hindských náboženských fundamentů a bohatých právních zvyklostí⁴⁴³ s britským právem, přičemž hindský element si podržel výsadní vliv především v oblasti práva rodinného, práva osobního statutu, dědického práva či práva trestního, zatímco britský vliv se projevil především ve sjednocení právních oblastí, kde do té doby vládl značný partikularismus, jako bylo například právo procesní.

⁴⁴² Jedná se o odpovědnostní institut, který v sobě, stručně řečeno, spojuje materii soukromoprávní

⁴⁴³ Vzhledem ke značnému stáří původních liturgických pramenů byly zvyklosti v mnoha případech *de facto* dominantními prameny hindského práva – k tomu viz dále nebo též MENON, P. K. The Role of

Ačkoli s sebou přinesla britská koloniální správa řadu negativních momentů do vývoje indické společnosti, její dopad na hindské a potažmo indické právo je hodnocen vesměs pozitivně. Zvláštní pozornost si zaslouží především obdivuhodná pečlivost a cit, s nimiž britští právní antropologové sbírali informace o často značně partikularizované právní kultuře a její bohaté historii a tyto pak následně vkládali do jednotných kodifikací. Západnímu světu přinesla tato titánská práce britských právníků především překlady významných textů a následně pak možnost lepšího pochopení této tisícileté právní kultury. Hindské právo díky tomuto úsilí získalo zpět jednotící fundamenty, systém a formálně určité prameny, jimiž se staly anglohindské kodifikace a precedenty. Z právě uvedených důvodů nedošlo v indickém právu po odchodu britské koloniální správy k diskontinuitě, ale svobodná Indie pokračovala i po roce 1947 ve využití a dalším vývoji právních institutů anglohindského práva. Příkladem může být řada procesních pravidel a institutů, které jsou dodnes víceméně analogické s jejich anglickou obdobou.

Hindské právo se kontinuálně vyvíjelo po velmi dlouhou dobu a určit počátky jeho vývoje již nyní nelze. Budeme-li o hindském právu uvažovat ve vazbě na základní formální prameny hinduismu, tj. **Vědy**, můžeme jeho vývoj datovat až za hranici dvou tisíc let před Kristem – z toho pak vyplývají úvahy, které hindskému právu přisuzují atribut nejstaršího právního systému světa. Dalšími texty byly pak spisy zvané **Smrítí**, které vznikaly kontinuálně zhruba od 9. století před naším letopočtem až do zhruba 3. století našeho letopočtu. Nejednalo se o původní prameny, ale o zapsané náboženské tradice a učení významných kleriků.

Ani prastaré Smrítí však neobsahovaly až na výjimky pravidla právního charakteru. Normativní povahu tak mají až pozdější Smrítí známé jako **Dharmašástry**.⁴⁴⁴ Ty jsou veršovaným zachycením pravidel Dharma pro jednotlivé kasty (viz níže), přičemž se nerozlišuje mezi právem, morálkou, náboženstvím a společenskou tradicí. Smrítí mají v hindském právu vysoký stupeň legitimacy, neboť se soudí, že jejich autoři měli hluboké znalosti prastarých Véd. Vzhledem k tomu, že se z originálních Véd dochoval jen zlomek, představují Smrítí vedle konkrétní interpretace Véd i jakýsi jejich poslední dochovaný odlesk. Problém Smrítí však spočívá v tom, že vznikaly na obrovském území, po dlouhou dobu a nezávisle na sobě, což vedlo k jejich partikularitě a vzájemným obsahovým rozdílům. S postupem času se tak přirozeným způsobem vyvinula řada škol hindského práva, které, ač měly společný základ v prastarých Védách, se v řešení konkrétních právních otázek značně odlišovaly. Vzhledem k tomu, že Smrítí a pozdější učení jejich interpretů, Panditů, představovaly faktický pramen práva, docházelo především v pozdější době ke kolizním problémům. Především britští soudci tak byli postaveni před problém kolize právních pravidel obyčejového charakteru starých stovky let.

Pozoruhodný cit, s nímž se britská koloniální správa vyrovnávala s mnohem starším a často značně partikularizovaným systémem hindského práva, dokumentuje Sir George Rankin na případě, kdy měl britský soudce rozhodnout spor podle hindského rodinného práva.⁴⁴⁵ Meritorní otázka spočívala v tom, zda může vdova osvojit syna bez souhlasu zesnulého manžela. Soudce Sir James Colville k tomu uvedl (následující formulace byla později často citována a sloužila jako vodítko při řešení obdobných kolizí): *„Dávne prameny hindského práva jsou společně všem současným školám. Způsob, jímž se jednotlivé školy vyvíjely, to ostatně dobře ukazuje. Tyto prameny mající velmi obecnou povahu, se pak staly předmětem dalších výkladů. Vykладаč přidal k prastarému textu vlastní poznámky; protože jeho autorita byla v některých částech Indie přijímána, jinde však odmítána, objevily se různé školy s odlišnými doktrínami.“* (...) *„Proto není povinností evropského soudce, jehož úkolem je spravovat hindské právo, vyšetřovat, do jaké míry je příslušná doktrína více či méně odvozena z původních pramenů. Namísto toho je naší povinností určit, zda byla příslušná doktrína převzata školou v příslušné oblasti, zda zde byla zachována a vynucována. Z tohoto důvodu převáží jasný důkaz užívání určitého právního pravidla nad psaným právním textem.“*

Hindské právo bývá často spojováno s **kastovním systémem**. Ten je důsledkem náboženské doktríny o převtělování duše, přičemž kumulované pozitivní prožitky (Karma) posouvají duši v dalším převtělení výše v kastovní hierarchii. Tu tvoří stovky kast a podkast, které se dělí do následujících základních skupin:

- brahmíni (původně kněží),
- kšátriové (původně vojáci),
- vaišiové (původně obchodníci a zemědělci),
- šúdrové (původně manuální profese),
- specifickou kastou jsou ještě párjové nebo též nedotknutelní (typicky se jejich označení píše malým písmem) – tato kasta je zvláštní a stojí na okraji kastovního systému, neboť její příslušníci nemají žádné prerogativy ani jiné výsady.

Přestože je hindské právo svým kastovním systémem proslavené, jeho aplikace je v současné době omezena už jen na oblast rodinného a částečně dědického práva (i zde však dochází k postupnému opouštění tradičních institutů). Z dalších právních oborů již byly vlivy kastovního systému důsledně odstraněny a v řadě oblastí je naopak **neslušné, či dokonce protiprávní** ke kastovnímu systému odkazovat – veřejné použití výrazu **Pariah** či **Untouchable** je dnes v mnoha kruzích společensky nepřipustné podobně, jako je tomu u nás s některými dříve běžnými označeními, jež mají nyní kvůli společenskému vývoji rasistické nebo jiné negativní konotace. V důsledku nerovností způsobených historicky kastovním systémem navíc dochází v současné době k pozitivní diskriminaci nižších kast, především párjů – s ní se můžeme setkat například v právu sociálního zabezpečení,

444 Pro podrobný výklad o jednotlivých typech textů používaných hindskou jurisdikcí viz ROCHER,

445 Pro reference k tomuto případu viz RANKIN, G. Hindu Law To-Day. *Journal of Comparative Legisla-*

pracovním nebo školském právu. Kasty však představují logický důsledek hinduistického učení – jejich popření by znamenalo popření doktríny, podle níž kumulace Karma vede k převtělení duše do příslušníka určité kasty. To je pak na překážku jejich vymizení z právního systému. Můžeme se tedy domnívat, že kasty i nadále zůstanou integrální součástí hindského práva, byť jejich význam bude především pod vlivem západní civilizace nadále postupně klesat.

Základním momentem hindského práva je **Dharma**.⁴⁴⁶ Tento pojem je velmi těžké definovat – pochází ze slovního základu „Dhr“, což je označení pro **kontinuitu a věčnost života**. Dharma je tedy, zjednodušeně řečeno, vše, co z života na jedné straně vyplývá, na straně druhé zajišťuje jeho zachování. Hovořili-li o Dharma jako o souboru povinností, jedná se o pravidla, jimiž se má řídit lidský život – Dharma tak zahrnuje od pravidel osobní hygieny přes odívání a nejrůznější rituály až po právně relevantní pravidla vzájemného lidského soužití. Pravidla hindského práva tedy z Dharma vycházejí a současně je *Dharma* i jakýmsi testem platnosti pozitivních právních norem.

Vedle kontinuity můžeme Dharma chápat i jako klid nebo soulad. Máme-li tedy na závěr přidělit hindské právní kultuře nějaký hodnotící přívlastek, můžeme prohlásit, že se jedná o kulturu **evoluční, tolerantní a nenásilnou**. Národnostní, jazyková i kulturní diverzita hindské civilizace nevedla tak, jako tomu bylo v jiných částech světa, k násilné unifikaci ale spíše ke vzájemnému chápání a spolupráci. Hindská právní kultura tak může být v mnohém předobrazem právní kultury sjednocující se Evropy – stejně jako v našem případě se jedná o kulturu tvořenou desítkami dominantních národů (a stovkami těch menších), jejichž právní sjednocení probíhá na společném kulturním základě, to však při zachování jejich národních specifik a tradic. V porovnání s Evropou má Indie v tomto směru nespornou výhodu především v delším kontinuálním vývoji a nyní také v existenci **jednotného komunikačního prostředku**, jímž je oficiální jazyk angličtina. Jednotící myšlenku hindské právní kultury spočívající v **nenásilné bezkonfliktní synergické diverzitě** však i přesto můžeme považovat pro evropské či například angloamerické právo za velice inspirativní.

26.5 ISLÁMSKÁ PRÁVNÍ KULTURA

V porovnání s právě zmíněnou právní kulturou hindskou je islámské právo nepoměrně mladší. Společným jejich znakem je náboženský fundament, jehož centrem je v hindském právu Dharma, v islámském pak Bůh.⁴⁴⁷ Islám je založen

446 Podrobněji k pojmu viz Rocher, L. Hindu Conceptions of Law. *The Hastings Law Journal*, č. 29, s. 1285 an.

447 Výraz Bůh, arabsky Alláh je složeninou členu Al a podstatného jména Lláh. Podle islámského učení má Alláh devadesát devět jmen známých lidem. Sté jeho jméno zná pouze velbloud – to je pak důvod, proč se velbloud potutelně usmívá – k tomu srov. ROSEN, L. *The Justice of Islam*. Oxford: Oxford University Press, 2006, s. 6. Tato monografie představuje v Evropě ojediněle komplexní, přitom však

na učení proroků schopných slyšet Boží hlas. Uznávání jsou celkem čtyři proroci, tj. Abraham, Mojžíš, Ježíš a Mohamed (celým jménem Muhammad Ibn Abdulláh), z nichž poslední má v islámu výsadní postavení jako tzv. **pečet proroků**. Systém islámského práva je díky svému náboženskému charakteru relativně složitý a jeho studium je velice náročné. Podobně jako v případě hindského práva je však pochopení jeho základů pro evropského právníka nutností, neboť státy s islámskou právní kulturou představují nezanedbatelný ekonomický potenciál a vzájemné právní vazby islámské a evropské právní kultury jsou zdrojem dnes již běžných právních otázek. Z výrazných znaků současné islámské právní kultury jsme se rozhodli stručně nastínit následující:

- Šarija, Fikh a prameny islámského práva,
- Fatva a Muftí,
- islámské finanční a bankovní právo.

Šarija je označením pro islámské právo, resp. pro soubor Božích pravidel. Tento výraz se vyvinul ze slova „**Šarijat**“, které znamená „*cesta ke studni*“ a metaforicky tak označuje cestu věřícího ke zdroji života a spokojenosti (Svatý Korán, Surah 45, Ayat 18 nabádá muslimy: „*Tak jsem tě postavil na Cestu víry; tu následuj a nenech se svést touhami nevěřících*“). Řada autorů však poukazuje na to, že od islámského práva je třeba odlišit **Fikh**, tj. právo muslimské či též muslimské porozumění právu. Fikh je možné chápat jako nacházení a praktickou aplikaci právních pravidel, která však nemá ultimátní legitimitu (viz dále). Zatímco je tedy právo Šarija svaté a nedotknutelné, může být Fikh jako jeho (lidská) aplikace předmětem sporů a rozdílných názorů.

Vzhledem k tomu, že původní zdroje Šarija obsahují povětšinou jen náznaky norem, je to právě Fikh, co jako právo určuje konkrétní pravidla každodenního života běžných muslimů.⁴⁴⁸ Fikh je také některými učenici označován jako „znalost praktických právních otázek“.⁴⁴⁹ Pochopit podstatu Fikh nám usnadní sama islámská jurisprudenc, která postupem času definovala tři typy právních pravidel, a to **Ibadat** – pravidla náboženských rituálů, **Muamalat** – závazky a další právní povinnosti a **Ukubat** – tresty. Všechny tři oblasti spadají pod pojem **Šarija**, zatímco **Fikh** rozpracovává do konkrétních příkazů jen druhý typ, tedy právní povinnosti.

Systém pramenů islámského práva můžeme pochopit na základě následujícího dialogu mezi Prorokem a jemenským soudcem Muadh ibn-Džabalem zachyceného v jednom z tzv. **Hadís** (ústně tradované promluvě Proroka):⁴⁵⁰

Mohamed: „Jak rozhodneš, když vyvstane otázka?“

Muadh: „Podle Boží knihy.“

448 Přestože bychom měli od sebe pojmy islámského (tedy svatého a věčného) práva odlišovat od práva muslimského (místy rozporného a proměnlivého), budeme nadále kvůli zjednodušení hovořit, byť poněkud nepřesně, jen o právu islámském.

449 Srov. Farouq, H. *The Sources of Islamic Law. American Society of International Law Proceedings*, č. 76, s. 66.

450 Pro citaci s vysvětlujícím komentářem viz ABDAL-HAQQ, I. *Islamic Law – Overview of its origin*

Mohamed: „A když tam nenajdeš odpověď?“

Muadh: „Podle sunny Božího Posla.“

Mohamed: „A když tam nenajdeš odpověď?“

Muadh: „Pak užijí vlastní úvahu.“

Podle Hadís byl Mohamed s touto odpovědí velmi spokojen, a jak je tedy vidět, Fikh pracuje s více možnostmi, jak najít odpovědi na právní otázky. Tyto možnosti jsou samotnou islámskou jurisprudencí označovány jako prameny či kořeny práva – podobně jako u nás to jsou tedy zdroje poznání práva, přičemž mohou mít charakter formalizovaného pramene (viz dále sub 1, 2) nebo myšlenkového postupu či metody (viz dále sub 3, 4):

1. **Korán** jako poslední proroctví. Má největší důležitost, ale v jeho verších je obsaženo jen minimum právních norem. Ostatní prameny islámského práva od něj odvozují svoji legitimitu.
2. **Sunna** jako soubor textů o životě Proroka. Texty jsou psány formou krátkých příběhů, jsou konkrétní a lze z nich přímo dovozovat právní normy. Podobnou povahu mají texty Hadís, tedy tradované Mohamedovy promluvy – některé školy islámské jurisprudence přitom mezi Sunna a Hadís nerozlišují, jiné přijímají jen Sunna a odmítají některé Hadís. Jurisprudence okolo Hadís je zajímavá v tom, že právní věda se v tomto případě nezajímá ani tak o interpretaci jednotlivých promluv, ale o řetěz ústní tradice – pokud se například přijde na to, že některý z těch, kdo tradoval Prorokovu promluvu, nebyl dobrý muslim, Hadís ztrácí legitimitu a tím i platnost.
3. **Idžma**, tj. konsensuálně přijaté interpretace významných učitelů islámského práva.
4. **Kijás**, tj. individuální interpretace založené na analogii – v porovnání s Idžma má Kijás nižší úroveň legitimacy. Z hlediska metody jde v podstatě o totožné postupy, přičemž však Idžma má díky konsensuálnímu charakteru větší význam než individuální Kijás.

Vzhledem k tomu, že Fikh připouští i užití dvou posledních metod, resp. slovy soudce Muadha, „vlastní úvahy“, začaly se v prvních čtyřech letech v rámci islámské jurisprudence vyvíjet různé interpretační směry – ty se lišily především odlišným chápáním principů interpretace Šarija. Vyprofilovalo se tak minimálně devatenáct škol islámské jurisprudence (Fikh Madhab), které se po pádu Bagdádu koncentrovaly do současných čtyř dominantních sunnitských a jedné šítské školy.⁴⁵¹ Příslušnost k jednotlivým školám je i dnes pro muslimy důležitá. Zatímco se můžeme jen zřídka setkat s běžným Evropanem, který by byl obeznámen s jednotlivými školami evropského právního či náboženského myšlení, není znalost škol Fikh mezi běžnými muslimy ničím výjimečným. Především mezi Sunnity byla segregace jednotlivých škol tak výrazná, že po určitou dobu byly například

zapovězeny sňatky příslušníků odlišných škol. Paralelu můžeme u nás snad vidět ve vztahu mezi katolíky a evangelíky – i zde byl a v některých rodinách stále je sňatek s osobou z druhého tábora považován za nežádoucí anomálii. Pro pořádek ještě uvádíme názvy jednotlivých současných Madhabů:

- Hanáfí Madhab,
- Malíkí Madhab,
- Šhafí Madhab,
- Hanbalí Madhab,
- Džafarí Madhab (šítský).

V každodenním životě muslimů mají velký význam **fatvy**. Nejedná se, jak se mnozí Evropané domnívají, o klatby či rozsudky smrti, ale o interpretace islámského práva podávané znalcem islámského práva (**Muftím**) na žádost muslima. Muftí tedy pracuje tak, že vezme právní otázku a řeší ji za užití některé z výše uvedených metod. Fatva může mít složitě odůvodnění, ale může být i úplně jednoduchá.

Příklad jedné z jednoduchých fatev zveřejněných serverem Fatwaonline.com, kterou podává Šajch Ibráhím Ál aš-Šajch:

„Dotaz: Někteří zaměstnanci, když odcházejí do důchodu, jsou povýšeni nebo získají ve firmě práci, uspořádají párty. Co s tím?“

Odpověď: *Není nic špatného uspořádat párty na oslavu odchodu do důchodu nebo povýšení, neboť takové jednání je přípustné.*“

K fatvě je pak připojen stručný životopis muftího, z něhož je možné se dočíst, jakého vzdělání dosáhl, nebo kdo byli jeho učitelé a žáci.

Podstatné je, že relevance fatvy závisí na reputaci muftího, který ji vydal (z tohoto důvodu je fatva obvykle opatřena jeho stručným životopisem). Fatvy významných muftí mají tedy široký dopad, naopak méně významný muftí nemůže očekávat, že se dle jeho fatvy bude řídit široká veřejnost. V současnosti, především díky internetu, dochází k nebyvalému soupeření jednotlivých škol islámské jurisprudence i jednotlivých muftí o vliv nad věřícími prostřednictvím fatev. Představitelé jednotlivých škol, často dokonce i samotné státy, tak štědře podporují servery poskytující fatvy – výjimkou pak nejsou ani tvrdě si konkurující portály zaměstnávající desítky či dokonce stovky pracovníků včetně významných muftí.

Vzhledem k tomu, že fundamenty islámského práva mají atribut Boží legitimace,⁴⁵² stává se tam, kde skutečně obsahují normativní příkazy, jejich adaptace na aktuální právní problémy místy velice obtížnou. Příkladem může být oblast bankovníctví a obecně finančních služeb, která kvůli zachycení této problematiky ve fundamentálních pramenech islámského práva představuje nanejvýš citlivou, z hospodářského hlediska však vysoce žádoucí, problematiku.

⁴⁵¹ Historické rozdíly mezi Šity a Sunnity již překračují rozsah tohoto pojednání, proto v této otázce pou-

⁴⁵² Důsledkem je neomylnost a v pravém slova smyslu absolutní závaznost těchto pramenů – srov.

Obecně se za největší překážku rozvoje islámského bankovníctví a finančnictví považuje zákaz půjčování na úrok (**Riba**) vyplývající přímo z veršů Koránu. Nejde přitom pouze o zákaz brát úrok z půjčky, ale o zákaz úročení jako takového, neboť tento druh výdělků považuje Korán za nemravný (jedná se o výdělek bez úsilí a bez rizika). V důsledku Riba v islámském světě až donedávna prakticky neexistovaly finanční instituce, což způsobovalo velký odliv hotovosti na Západ.⁴⁵³

Tomuto trendu se v poslední době pokoušejí zamezit nově vytvořené islámské banky, jejichž model využití svěřených prostředků není založen na úročených půjčkách, ale na kapitálové účasti ve financovaných projektech.⁴⁵⁴ Banka v takovém případě přímo vstupuje do projektu tím, že jej financuje – z hlediska Fikh nejde o úrok, ale o účast na podnikání a výdělek získaný jako podíl na zisku není považován za nemravný. Přestože bylo islámské finančnictví dlouho považováno za zaostalé, zpátečnické a prakticky nefunkční, začínají se v současné době objevovat názory, že odmítnutí úroku jako formy finančního výdělků a naopak příklon ke kapitálovým a jiným investicím může být v současné době pro finanční instituci výhodnější, zdravější a ve svém důsledku dokonce i výnosnější.⁴⁵⁵

Jak můžeme vidět na předchozím příkladu i na každodenním životě rozvinutých islámských zemí, je islámské právo díky možnostem daným metodologií Fikh a umění muftí s to vypořádat se i s výzvami moderní společnosti. Díky flexibilním možnostem interpretace tedy dle našeho názoru nelze islámské právo nazývat, jak je někdy v Evropě zvykem, *per se* zastaralým, fundamentalistickým nebo rigidním. Máme-li mu však podobně jako předcházejícím právním kulturám přidělit závěrem nějaký hodnotící přívlastek, bude jím pravděpodobně stupňující se **vnitřní rozpornost**. Ta se projevuje rozdílností právních a teologických názorů, jež je mnohdy stupňována až k násilí. Rozdíly v přístupu k islámskému právu pak odpovídají i rozdíly jednotlivých jeho právních systémů a dokonce i podstatné rozdíly v právních řádech jednotlivých států, kde muslimové tvoří dominantní část společnosti. Můžeme se tak setkat se státy **nekompromisně oddělujícími** právo od náboženství (například Turecko) nebo s takovými, jejichž přístup k islámu lze označit jako **pragmatický a reformní** (například Jordánsko). Na druhé straně pak stojí islámské země či rozsáhlé komunity,⁴⁵⁶ jež se nekompromisně kloní k **fundamentům** a tvrdě prosazují vlastní, často izolované, pojetí islámu (například Saúdská Arábie). I přes nejednotnost je však islám a islámské právo na zřejmém vzestupu a v mnoha státech Evropy již dochází k jeho prolínání s místní právní kulturou.

453 Výjimkou byl snad pouze sektor pojišťovnictví, kde díky velké kumulaci hotovosti poskytují islámské instituce i jednotlivci služby takzvaných zajišťoven, tj. jakýchsi „záložních pojišťoven“ pro případ, že pojišťovny nebudou schopny pokrýt z důvodu nedostatku hotovosti své závazky.

454 Tyto banky začínají operovat i v Evropě – příkladem může být ostře sledovaná Islamic Bank of Britain (www.islamic-bank.com).

455 Tento revoluční a pro řadu finančníků i pobuřující názor publikoval britský profesor ekonomie William Ballantine v úvodníku ke sborníku MALLAT, C. (ed.). *Islamic Law and Finance: Theory and Practice*, London: Graham & Trotman, 1988.

456 Na první pohled může vypadat paradoxně skutečnost, že takové komunity se nejčastěji nevyskytují

SUMMARY

This publication represents an effort to comprehend fundamental issues of general legal theory. Its main purpose is to clarify a role and functions of legal norms, legal institutes and legal principles as unifying elements on the basis of which it is possible to classify and continually comprehend positive law.

Apart from this doctrinal aspect of general legal theory the authors bring synthetic approaches, especially by implementing an objective law by means of legal circumstances, such as legal relations, application and interpretation of law and liability and legal guarantees in a legal and social state. The great attention is paid to the principal methodological approaches to law which helps to build the complex view of law.

The function of law in society is described also with respect to some questions of axiological, ontological and epistemic character, as well as the importance of legal logic and argumentation in the process of individual legal acts creation.

Although the fundamental purpose of this publication is to focus on general as well as specific theoretical problems in legal theory, the valid and effective provisions of positive law are taken into consideration as well.