

### 2.2.1 BRIKČÍHO PRÁVA MĚSTSKÁ (1536)

Mnohoženství, jak bývá bigamie při pokusech o překlad někdy nepřesně označována, se v Brikčího úpravě vyskytuje uprostřed dlouhého artikulu II v kapitole 41 a zní takto: *Ač by kdo odšel od své vlastní ženy a pojal by jinou za živnosti oné ženy: bude-li v tom přemožen, stat bude.*<sup>153</sup> Toto ustanovení týkající se bigamie, tedy dvojího manželství, navazuje v rámci celého artikulu na úpravu vztahující se k cizoložství a uloučení manželky a v tomto směru je také třeba jej interpretovat. Podstatou trestnosti bigamie je přitom regulovat chování manželů za trvání manželství tak, aby nevznikala další manželství.

Bigamie je obecně vnímána jako trestný čin, kterého se může dopustit jak muž, tak žena, a to tak, že v době, kdy jsou ve svazku manželském (tedy řádně oddáni s žijícím člověkem, přičemž toto manželství nebylo rozvedeno), uzavrou další sňatek. V Brikčího úpravě se pojem bigamie neobjevuje, z popsaného obsahu tohoto deliktu je však možné seznat, že zákaz uzavření dalšího manželství se týkal pouze mužů (a to z důvodů, které budou uvedeny dále).

Výše uvedená skutková podstata na první pohled žádá splnění dvou kumulativních podmínek, tedy opuštění manželky a uzavření sňatku s jinou ženou. Je však třeba toto ustanovení vykládat tak, že postačí uzavření nového (dalšího) sňatku, neboť ono *odejítí* od manželky je nutno vnímat v symbolické rovině tak, že ji opouští ve stavu manželském. V opačné situaci by bylo uzavření sňatku s další

—<sup>153</sup> Brikčí, kap. 41. art. II.

ženou beztrestné za předpokladu, že by nadále žil s manželkou předchozí, což by neodpovídalo požadavku na vedení řádného manželství.<sup>154</sup>

Na tomto místě je však třeba rovněž zmínit ochranu muže pro případ, že by se obdobného jednání dopustila žena. K celé problematice je nejprve potřeba uvést, že ochrana muže v rámci manželství byla větší než ta, již právo přisuzovalo ženě. Z tohoto důvodu Brikcího úprava neobsahuje speciální ustanovení pro případ dalšího sňatku, který by případně žena uzavřela, neboť přísně sankcionuje již samotné opuštění muže (uloužení nebo odvedení), a to bez ohledu na účel takového jednání: *Ač by kdo druhému vlastní ženu uloudil neb uvedl [...] spolu s uvedenou ženou smrtí kolu zostřeného zemrou, totiž, že mají kolem probiti býti.* Jak vidno, samotná pokuta za takové chování byla pro oba zúčastněné přísnější než v případě, že muž svou ženu opustil a pojal za manželku další.

### 2.2.2 KOLDÍNOVA PRÁVA MĚSTSKÁ KRÁLOVSTVÍ ČESKÉHO (1579)

Koldínovo městské právo se soustředí především na trestně-právní ochranu před takovýmto jednáním. Ta je pak stanovena tak, že *[m]už, maje živou manželku oddávanou a od té ujda, jinou by sobě pojal a s ní se oddal, bude-li v tom shledán, stát bude.*<sup>155</sup> Obdobně byla tato skutková podstata pojata i pro ženy: *A tolikéž se rozuměti má i o ženě, kteráž by se vdala, majeci muže oddávaného ještě živého.* Rozdílný byl však výčet trestů, když *[t]a též pokutou stětím aneb za živa zahrabáním ztrestána buď,*<sup>156</sup> jinými slovy, žena mohla být krom stětí potrestána zahrabáním do země zaživa.

—<sup>154</sup> Brikcí, edice, s. 7: *Toho pak tovaryštvie počátek první jest řádné spojení manželské, z kteréhož povstává plod.*

—<sup>155</sup> Koldín, art. M. XL. rozdl I.

—<sup>156</sup> Koldín, art. M. XL. rozdl II.

Uvedená ustanovení je nutno interpretovat tak, že k naplnění skutkové podstaty postačí, pakliže si jeden z manželů za života druhého vezme někoho dalšího. Spojení *od té ujda* v rozdílu I. citovaného ustanovení pak nelze vnímat doslovně a vyžadovat tuto okolnost jako další podmínku k tomu, aby byl čin spáchán, neboť jde o přenesený význam opuštění manželství prvního ve prospěch druhého,<sup>157</sup> přičemž se v takovém případně nejednalo o *pořádné spojení osoby mužské s osobou ženskou, nerozdílné jich spolu s sebou životem obcování obsahující*.<sup>158</sup> Výklad je tedy shodný jako v případě Brikcího pojetí.

Trest za spáchání bigamie byl pro muže stejný jako za spáchání cizoložství, pro ženy pak mohl být i přísnější. Srovnání trestů za tyto dva delikty není samoúčelné – jak Carolina, tak Ferdinandea totiž odvozovaly trest za dvojí manželství právě od cizoložství. Oba zákoníky přitom konstatovaly, že bigamie má být trestána stejně a přísněji nežli cizoložství, tedy *welche übelthat dann auch ein ehe-brich vnd größer dann das selbig laster ist*<sup>159</sup> či *in gestalt der heiligen Ehe nimbt, ist desthalben höher, dann ein Ehebrecher zustraffen*.<sup>160</sup> Ferdinandea přitom ještě rozlišuje mezi dvojitým (situace, kdy muž i žena spáchali každý jeden bigamii) a jednoduchým (situace, kdy jeden z dvojice byl svobodný) dvojitým manželstvím.

### 2.2.3 CONSTITUTIO CRIMINALIS JOSEPHINA (1707)

Rovněž Josefův hrdelní řád obsahoval vlastní úpravu dvojitých manželství, a sice *[k]dyby můž za živobyť manželky své neb manželka za živobyť manžela svého jinou manželku neb jiného*

—<sup>157</sup> Srov. se situací, kdy manželka opustí manžela, zejm. Koldín, art. C. XLIV. a art. C. XLV.

—<sup>158</sup> Koldín, art. C. XXXIII. rozdíl II.

—<sup>159</sup> Carolina, art. 121.

—<sup>160</sup> Ferdinandea, art. 77., preambule.

manžela prostředkem sňátku svadebního pořádně sobě pojala, ten, jenž o živobytí své manželky neb manžela vědouce oddati by se dal a tělesné smíšení by následovalo“, přičemž takový člověk *mečem na hrdle trestán býti má*.<sup>161</sup> Obsahem se tedy tento trestný čin nikterak neliší od starších úprav a trest je rovněž hrdelní (byť způsobem popravu se mohou jednotlivé úpravy lišit).

Josephina však jako první připouští i zmírnění trestu: *Někdy se taky pokuta zlehčuje vedle pravené nevědomosti a jiných okolostojičnosti, když obostranně, a to dřív právní vyhledávajičnosti a pověsti, ne z bázně trestu, nýbrž opravdové litosti, buď po oddavkách, dřív tělesného smíšení, neb oba dvě by takový pohoršlivý život zanechali a sebe prázdni byli*. Citované ustanovení je pak nutné dát do kontextu s jednou z otázek, které měly být položeny obviněným, totiž *zdali z toho nepořádného manželstva děti zplodili*.<sup>162</sup> Z uvedeného pak vyplývá závěr, že škodlivost a společenská nebezpečnost bigamie tkvěla v ohrožení dědických (resp. majetkových) práv legitimních dětí narozených v manželství, tedy potenciálních dědiců.

#### 2.2.4 SHRNUTÍ

Ze srovnání úpravy napříč staletími vyplývá, že bigamie byla vždy hrdelním zločinem a měla být stížena hrdelním trestem. Jistou výjimkou je pak Josephina, která za určitých okolností dovoluje upuštění od tohoto trestu, primárně však vychází rovněž z kapitálního trestu. Bigamie byla zásahem do rodinného a dědického práva a odtud plynula její nebezpečnost – činem byla dotčena rodina toho manžela, který se činu dopustil, současně však mohly být postiženy i další osoby, například manžel druhý, jeho rodina a zejména děti vzešlé z manželství. Trest tak měl v tomto případě spíše preventivní

—<sup>161</sup> Josephina, art. XIX. § 25.

—<sup>162</sup> Tamtéž.

funkci, než že by jí mělo být dosaženo spravedlnosti ve smyslu nápravy či navrácení v předešlý stav.

V praxi bude zásadní zkoumat jednak to, zda byl skutečně důsledně aplikován trest smrti, který měl být uložen, a jednak to, komu, kterým osobám měl být uložen. Ze samotné podstaty tohoto činu je zřejmé, že k jeho spáchání bylo zapotřebí dvou osob, totiž (alespoň) jedné osoby, která se v době jeho spáchání nacházela ve stavu manželském, a jedné další osoby. V případě jednoduché bigamie (ve výše uvedeném smyslu dle Ferdinandey) je pak otázkou, zda a případně jak byla potrestána osoba, která uzavírala svůj první sňatek. Jelikož postavení této osoby není explicitně řešeno, lze se domnívat, že nepodléhala stejnému trestu jako manžel, který vstupoval do dalšího manželství a na kterém ulpívala vina primárně; to, zda podléhala vůbec nějakému trestu, bude jednou z otázek analýzy soudních rozhodnutí.

## 2.3 SMILSTVO (NĚM. UNZUCHT, HUREREI, LAT. FORNICATIONIS, STUPRUM)

### 2.3.1 BRIKČÍHO PRÁVA MĚSTSKÁ (1536)

Samotný pojem smilstvo se v Brikčího právech objevuje opakovaně, a to především v souvislosti s (budoucími) kněžími: *Ačkoli hřích smilstva najmrzčejší jest mezi jinými hříechy žákovstvu svěcenému, nebo mezi jinými ctnostmi prvotně zdrženlivost těla vyznává se: mnozí však žáci svěcení, na své spasenie nepamatujiece, netoliko pokušením přemoženi jsúce, žádosti těla konají, ale také předcházejí, aby daremních pokušenje nemievali, v domích vlastních neb sousedských hotově ženy k smilstvu chovají.*<sup>163</sup> Ustanovení následně reguluje i chování takových žen, které jsou označovány jako *kuběny*. Obdobně pak muži, kteří se s nimi dopouštějí smilstva, jsou nazýváni jako *kuběnáři*: *Ačkoli kněz pro smilný skutek neb pro jiný smrtedlný hřiech, jelikožto k sobě samému jest s moci kněžské složen [...] Také potupenie kuběnáře pravieme duchovniem právem.*<sup>164</sup>

Trest se však v uvedeném a ani jiném ustanovení neobjevuje, což je nutné dát do kontextu s postihem jednostranného cizoložství. Jelikož za takové jednání neměl být muž trestán, jeví se jako logické, že trest pro muže nebyl stanoven ani za smilstvo, které je ze své podstaty činem méně závažným (jakkoli lze uvažovat například o nuceném sňatku). Zákoník rovněž neuvádí trest pro ženy. Postiženy byly především děti počaté při smilstvu, neboť neměly dědická práva ve vztahu ke svému otci, pokud tento měl děti jiné, manželské

—<sup>163</sup> Brikcí, kap. 72. art. IV.

—<sup>164</sup> Tamtéž.

—<sup>165</sup> Brikcí, kap. 27. art. XX. Nepořádné děti kuběn viz také Brikcí, kap. 27. art. XXI.

(z předchozího či pozdějšího manželství). Rovněž je vyjádřena ochrana majetkových práv legitimních dědiců (zejména manželských potomků) oproti dětem, které byly počaty mimo manželství.<sup>165</sup>

### 2.3.2 KOLDÍNOVA PRÁVA MĚSTSKÁ KRÁLOVSTVÍ ČESKÉHO (1579)

Úprava smilstva v Právech městských Království českého je promítnuta v čl. M. XXX.: *Stuprum, smilstvo, kteréž se vykonává tehdáž, když by panna aneb vdova od někoho sprzněna byla. Rozdíl oproti znásilnění je uveden záhy: [a] děje se dobrovolně, to jest, když by panna aneb vdova sama k tomu svolila*, podmínkou tedy bylo dobrovolné svolení ženy. Uvedené ustanovení je konstruováno s vymezením žen jakožto *zprzněných*, z čehož explicitně vyplývá, že *przniteli* jsou muži. Pokud by uvedený čin spáchaly osoby stejného pohlaví, jednalo by se o sodomii.

Trest, který měl být smilníkům udělen, stanovuje zákoník takto: *a pokuta na smilníky starodávná jest metlami ven z města vymrskání*. Kromě silně zneuctujícího charakteru měl tento trest rovněž rozsáhlé majetkoprávní důsledky.<sup>166</sup> Srovnáním zjistíme, že Koldínův zákoník byl přísnější než jiné, neboť Ferdinandea za tento skutek stanoví trest nejprve vypovězení z vrchnostenských pozemků či obce (*zum ersten von ihrer Grund- oder DorfObrigkeit*) a teprve při opakování popřípadě i trest tělesný (*zum andertenmal scharpfe Gelt- oder LeibsStraff*).<sup>167</sup>

### 2.3.3 CONSTITUTIO CRIMINALIS JOSEPHINA (1707)

Delikt smilstva je v Josephině uveden jako poslední mezi sexuálními a příbuznými delikty, což zcela jistě odpovídá jeho

—<sup>166</sup> MALÝ, K. *Trestní právo*, s. 241.

—<sup>167</sup> Ferdinandea, art. 80.

významu a míře společenské škodlivosti v rámci této skupiny. Sankcionováno má být *obecné kurevství*, včetně *jiného nenáležitého smíšení*, přičemž tyto výrazy je třeba interpretovat právě jako nemanželské obývání (z německého *beywohnung*) dvou osob (opačného pohlaví) svobodných, nesezdaných.

Trest i způsob vyšetřování jsou stanoveny negativně: *v tom hrdelní pokuta ne snadno ani u vyhledávajičnosti utrpné právo místo má i pozitivně: ti, kteří v tom se dopadnou, podle povahy buď metlami, vypověděním neb obecním dilem dle obyčeje [...] ztrestáni býti mají*. Při volbě trestu se pak má dbát na to, *aby neslušná společnost a schuzky jich přetržené byly*. Možnými tresty dle obyčeje byly rovněž uvěznění a peněžitá pokuta pro ty, kteří *nějaké vážnosti jsou*. Poslední uvedený trest tedy míří zřejmě na osoby výše postavené, které neměly být vyhnány z města, nýbrž potrestány jinak – ustanovení tak zohledňuje ekonomický a společenský přínos osob pachatelů, dle kterého mají být tresty ukládány. Takové trestání je v rámci zákoníku výjimečné. V případě opakovaného spáchání tohoto deliktu (recidivy) hrozily pachateli tělesné tresty, případně i trest smrti.<sup>168</sup>

Výraz *obecné kurevství* zde uvedený může být však poněkud matoucí a vznikl překladem z německé předlohy, kde je dané spojení zapsáno jako *Gemeine Huherey*. Přesto se nejedná o prostituci, jak se někteří domnívají,<sup>169</sup> ale právě o smilstvo. Základ tohoto ustanovení (a patrně právě i uvedené spojení) je podle všeho přejaté z výše citovaného ustanovení Ferdinandey. Svědčí o tom skutečnost, že smilstvo bylo tradičním deliktem regulovaným jak právem městským, tak trestními zákoníky, a to včetně pozdějšího *Constitutio criminalis Theresiana* (čl. 81). Pokud bychom však přijali tezi, že uvedené ustanovení Josephiny reguluje právě prostituci,

—<sup>168</sup> Uvedené citace viz Josephina, art. XIX § 27.

—<sup>169</sup> MALÝ, K. *Tři studie*, s. 145.



nebylo by smilstvo zahrnuto ve výčtu trestných činů. Rovněž je třeba přihlédnout k tomu, že ačkoli slovo *hurerei* lze přeložit jako *kurevství*, což opravdu vyznívá jako prostituce, jde o překlad ahistorický. O tom je možné se přesvědčit nahlédnutím do Ferdinandey, kde je v ustanovení nadepsaném *Von gemainen Huererey* popsáno jednání odpovídající smilstvu, nikoli prostituci. Další okolností, která svědčí v tomto případě pro smilstvo, je trest, který je velice podobný starší úpravě, přičemž je rovněž odkazováno na obyčej tohoto trestání, z čehož lze dovodit jasnou souvislost.

#### 2.3.4 SHRnutí

Na tomto místě je třeba uvést terminologickou poznámku. Smilstvo bylo v zákonících i dobových pramenech označováno nejrůznějšími výrazy, které někdy mohou být matoucí, neboť terminologicky neodpovídají podstatě činu. Uveďme alespoň nejčastější: *fornicationis*, *stuprum*, *unzucht*, *hurerei*, *kurevství*, *kuběnářství*. V některých případech bývá *stuprum* ztotožňováno se znásilněním, jindy je znásilnění označeno výslovně jako *stuprum violentum* (násilné smilstvo). Kupříkladu německý výraz *hurerei* se objevuje jak ve Ferdinandee, tak i v originálním znění Josephiny a do češtiny je přeložen jako *obecné kurevství* (Gemeine Hurerey).

Lze shrnout, že vývoj v trestání smilstva zaznamenal postupný posun z činu takřka neregulovaného na čin obecně trestný, za jehož spáchání je možné vybrat z poměrně široké palety trestů. Tento delikt měl být trestán nejmírněji ze všech sexuálních deliktů, a to zejména kvůli jeho relativně nízké společenské škodlivosti.<sup>170</sup>

<sup>170</sup> K jeho škodlivosti z náboženského hlediska nejnověji SLÁDEK, Miloš. O všeobecném hříchu aneb Pobělohorské postily a smilstvo. In: CHLÁDEK, Oldřich, Tomáš PETRÁČEK, Jan SÍČ a Veronika STACHUROVÁ KUCROVÁ. *Jdi svou cestou a nech lidi mluvit: variety sociálních a kulturních dějin: profesor Jaroslavu Čechurovi k 66. narozeninám*. Praha: Katolická teologická fakulta, 2018, s. 496–508.

K tomu je třeba připočítat rovněž skutečnost, že smilstvo jako takové bylo zakazováno postupně, čemuž odpovídá právě výše trestů, které zákoníky stanoví. Uvedený vývoj v sankcionování smilstva je pak vhodné srovnat s vývojem jiných činů – zejména cizoložství, ke kterému má svou podstatou patrně nejbliže.