

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Mgr. Anna Šafránková

Vztah soukromého a veřejného práva: minulost a současnost

Disertační práce

Školitel: Prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

Studijní program: Teoretické právní vědy – Teorie, filozofie a sociologie práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 20. 10. 2019

Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracovala samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 424.434 znaků včetně mezer.

disertantka

V Praze dne 20. října 2019

Poděkování

Ráda bych vyjádřila upřímné poděkování svému školiteli Prof. JUDr. Aleši Gerlochovi, CSc., za jeho čas a rady při vedení této práce a také za nesmírnou trpělivost, vstřícnost a laskavý přístup po celou dobu mého doktorského studia. Ráda bych také poděkovala své rodině a přátelům za pomoc a podporu.

Obsah

Úvod	5
1. Tradice: společenský kontext práva	9
1.1 Společenská diferenciacce.....	12
1.2 Léno a dělené vlastnictví.....	13
1.3 Poddanství a nevolnictví.....	15
1.4 Struktura společnosti	17
1.5 Patrimoniální rysy středověkého státu	18
2. Římské ius privatum a ius publicum	20
2.1 Ad fontes	21
2.2 Ius publicum a ius privatum v římské jurisprudenci.....	22
2.3 Dvě oblasti práva?	29
2.4 Předmět recepce	32
3. Recepce římského práva	34
3.1 Politický kontext – idea obnovení římské říše	35
3.2 Mos italicus	39
3.3 Praktická recepce římského práva	42
3.4 Mos gallicus.....	45
4. Reflexe pojmů soukromého a veřejného práva a jejich vývoj	47
4.1 Mos italicus	47
4.2 Právní humanismus – počátky rozlišování soukromého a veřejného práva	49
4.3 Ius publicum jako nový studijní obor	52
4.4 Veřejné právo jako oblast platného práva	55
4.5 Ani soukromé, ani veřejné – neprávo	60
4.6 Nedomnutelné ius privatum.....	61
5. Ideová východiska novodobého práva	63
5.1 Racionalistické přirozené právo	65
5.2 Působení racionalistického přirozeného práva v německé právní vědě.....	67
5.3 Kodifikace	70
5.4 Západní osvícenství a iusnaturalismus jako cesta ke konstitucionalismu	76
5.5 Aplikace osvícenských idejí v americké praxi	80

5.6 Deklarace práv člověka a občana 1789	83
5.7 Konstitucionalismus	88
5.8 Immanuel Kant.....	89
6. Pojmy soukromého a veřejného práva v novodobém právu.....	93
6.1 Společenský kontext	93
6.2 Cesty k novodobému pojmu soukromého práva	96
6.2.1 Pruské vybočení z akademické tradice	98
6.2.2 Metodologicky čisté ABGB	100
6.2.3 Německá pandektistika: jiným směrem ke stejnému výsledku	106
6.2.4 Opuštění metodické izolace	111
6.3 Koncepce právního státu	112
6.4 Správní právo	117
6.5 Správní soudnictví.....	121
6.6 Základní práva	125
7. Paralelní dualismy soukromého a veřejného práva	129
7.1 Dualismus z hlediska obecného předmětového odvětví.....	130
7.2 Dualismus založený na konceptu přirozeného stavu.....	131
7.3 Dualismus v procesním právu.....	132
7.4 Dualismus v politické rétorice.....	137
7.5 Absolutní dualismus vymezený subjekty práva.....	140
7.6 Kritika ryzí naukou právní	142
7.7 Kritéria rozlišování soukromého a veřejného práva	145
7.7.1 Subordinační teorie	146
7.7.2 Teorie subjektů, organická teorie	147
7.7.3 Zájmová teorie	149
7.7.4 Hledání dalších kritérií – metoda právní regulace.....	150
8. Význam dualismu soukromého a veřejného práva.....	157
8.1 Dualismus soukromého a veřejného práva jako garance hodnot?.....	158
8.2 Funkce dualismu soukromého a veřejného práva ve správním soudnictví.....	162
8.3 Dualismus soukromého a veřejného práva v novém občanském zákoníku ...	168
8.4 Změny v novodobém právu	173
Závěr	178
Seznam použitých zdrojů	185

Vztah soukromého a veřejného práva: minulost a současnost	195
Abstrakt	195
Klíčová slova.....	195
Relationship Between Private and Public Law: Past and Present.....	196
Abstract.....	196
Klíčová slova.....	196

Úvod

Tato práce se zabývá vztahem soukromého a veřejného práva v minulosti a současné době. Náš současný právní řád – použiji-li slovní formulaci, která nadzdvihovala normativistu Františka Weyra – „vychází“ z rozlišování soukromého a veřejného práva. Tento dualismus je zmiňován jako jeden ze základních znaků českého právního řádu prakticky v každé publikaci o našem právu, včetně těch určených laické veřejnosti nebo neprávnickým školám. Pojmy soukromého a veřejného práva jsou v české právní vědě poměrně zabydlené a v polistopadové éře pronikly i do platného práva. Projekt rekodifikace soukromého práva, který byl realizován v nedávné minulosti, protlačil do zákonné úpravy změny, v důsledku nichž se obsahem doktrinálních pojmů soukromého a veřejného práva bude patrně muset zabývat i aplikační praxe v míře dosud neobvyklé.

Téměř všechna vědecká pojednání dotýkající se dualismu soukromého a veřejného práva zahrnují zpravidla hned v úvodních částech tezi, že dualismus soukromého a veřejného práva představuje tradiční členění práva, které bylo přítomno už v římském právu. K tomu se, především v českém prostředí, obvykle mezi řádky nebo i explicitně připojuje konstatování zhruba v tom smyslu, že tento dualismus představuje koncept, který zformulovali vynikající římsští právníci, prověřila jej tradice, a jedná se tedy o samozřejmou, přirozenou a nezbytnou náležitost právního řádu. Část autorů nadto vyjadřuje přesvědčení, že kategorie soukromého a veřejného práva jsou právu imanentní. Tvrzení naznačená v předchozích větách se objevují i v odůvodněních mnoha rozhodnutí našich vrcholných soudních orgánů.

Máme-li se zabývat vztahem soukromého a veřejného práva v jeho současném i dřívějším stavu, je nutné si v zájmu přesnosti a srozumitelnosti v první řadě vymezit, co vlastně budeme či můžeme oním soukromým právem a veřejným právem rozumět. Dvojici termínů „soukromé právo“ a „veřejné právo“ naše právní kultura převzala současně s řadou jiných pojmů, institutů a zásad římského práva. Ovšem obsah těchto dvou pojmů v průběhu historického vývoje od antiky po současnost prošel značnou proměnou.

Dnešní kontinentální právník termín veřejné právo promptně spojuje s oblastí objektivního práva, která upravuje existenci a kompetence orgánů veřejné moci

(především státu) a právní vztahy mezi těmito orgány a jednotlivci (a samozřejmě i právní vztahy mezi orgány veřejné moci navzájem). Právnický antického Říma by však právě popsanou oblast normativních vztahů – pokud bychom měli možnost mu ji popsat – s pojmem *ius publicum* zcela pravděpodobně neztotožnil (a krom toho by se asi podívoval, proč řešíme takové abstraktnosti). Římské sousloví *ius publicum* mělo odlišný význam, navíc tento pojem v antickém Římě patrně nebyl užíván s jednotným významem. Jak bylo naznačeno, Římané se pojmovým aparátem příliš nezabývali a abstraktní (z našeho pohledu „vědecké“) vymezení pojmů je zajímalo ještě méně. Velkou významovou variabilitu pojmu veřejného práva lze pozorovat při nahlédnutí do primárních pramenů i v následujících obdobích.

Pojem soukromého práva prodělal v naší tradici také významový vývoj, přestože v jeho případě se nejednalo o tak zásadní obsahovou proměnu jako u pojmu veřejného práva. To souvisí zejména s tím, že římská jurisprudencí se orientovala na oblast „soukromého práva“ a středověké a novověké právnícké fakulty se orientovaly právě na římskou jurisprudenci. Když se díváme na vymezení oblasti soukromého práva většiny autorů ještě v 19. století, není snadné určit, zda je prvotní příčinou tohoto vymezení deklarovaná snaha o normativní vymezení vztahů v imaginárním přirozeném stavu společnosti (resp. o nalézání jedinečného soukromého práva utvářeného „duchem národa“), nebo jde jen o důsledek neschopnosti či nevěle vykročit mimo dosavadní půdorys soukromého práva, definovaný římskoprávními Digesty a Institucemi. Každopádně je i přesto třeba mít na zřeteli, že kladení rovnítka mezi římskoprávní pojem *ius privatum* a současný pojem soukromého práva by nebylo přesné.

Fenomény soukromého a veřejného práva lze tak studovat v kontextu jejich vývoje ze dvou základních hledisek. První možností je přístup, kdy se budeme zabývat oblastí těch společensko-právních vztahů, které dnes identifikujeme jako vztahy soukromého práva, a vedle nich oblastí těch vztahů, jejichž úpravu dnes zařazujeme do veřejného práva, a budeme zkoumat stav takto vymezených oblastí v jednotlivých historických epochách. Tento přístup k pojmům soukromého a veřejného práva volila dosud většina autorů odborné literatury – stačí obecně připomenout hojně publikace nazvané „dějiny soukromého práva“ či „dějiny veřejného práva“ nebo podobně. Druhou možností je zaměřit se na obsah pojmů *ius privatum* a *ius publicum* v jejich vývoji v naší právní kultuře.

Pokud se tak často tvrdí, že tyto právní pojmy a dokonce jejich dualismus představují dědictví římskoprávní vzdělanosti, mohlo by dávat smysl identifikovat rozsah a obsah onoho zděděného. Rozlišit, co v naší koncepci soukromého a veřejného práva skutečně představuje tradici, a co naopak má původ v ideologických proudech moderní doby či někde zcela jinde. Jinými slovy: zjistit, kolik toho mají naše dnešní pojmy soukromého a veřejného práva společného s římskými *iure privato* a *iure publico*, na které se odkazujeme, nebo s *iure privato* a *iure publico*, jak se vyvíjely v evropském právním myšlení v pozdějších dobách až do vzniku novodobého práva v 19. století. V této práci se chci zaměřit právě na posledně zmíněný přístup.

K identifikaci našeho současného práva, tak aby je bylo možno odlišit od předcházejících představ a koncepcí práva, si pro tuto práci vypůjčuji adjektivum užívané Valentinem Urfusem: novodobé. Budu-li se tedy zmiňovat o novodobém právu, soukromém či veřejném, mám na mysli systém právních pravidel a nauky, který na území našeho i okolních států kontinentální právní kultury začal ve své stávající podobě existovat postupně od doby kolem roku 1800 a navzdory nejrůznějším dřívějším politickým zvrátům i turbulentnímu vývoji posledních let přetrvává do současnosti. Totéž adjektivum budu používat i pro identifikaci společnosti, v níž toho novodobé právo vzniklo a která existuje v něm po uvedené období: novodobá společnost.

Konečnými cíli právní regulace jsou hodnoty. Mezi základní hodnoty, s nimiž se naše společnost ztotožňuje, patří mravní rovnost lidí, důraz na autonomii jednotlivce a jeho svobodu a demokratický způsob tvorby a výkonu státní moci. Formulování těchto hodnot do politických postulátů a právních zásad je převážně výsledkem racionalistické přirozenoprávní doktríny a osvícenství. Naš právní řád tyto hodnoty reflektuje, čímž je současně rozvíjí, a uvádí v reálnou společenskou praxi. Když se skloňuje v odborné diskuzi rozlišování soukromého a veřejného práva, mnohdy bývá deklarována nezbytnost tohoto dualismu pro ochranu uvedených hodnot.

Plní však dualismus soukromého a veřejného práva v našem právním řádu skutečně funkci napomáhající ochraně základních hodnot, na nichž naše společnost stojí, nebo na jejich ochranu ve skutečnosti vliv vůbec nemá? Jedná se o hodnoty, které naše společnost teprve před zhruba dvěma sty lety postupně započala vtělovat do svého právního řádu a

společenského zřízení. Jaká je – nikoli ve smyslu jakou bychom si ji přáli mít, ale jaká je reálně – vnější a především vnitřní souvislost těchto hodnot s antickými římskoprávními pojmy soukromého a veřejného práva? Nebo bychom otázku mohli položit ještě jinak: jaká je skutečná korelace mezi dualitou soukromé a veřejné sféry a dualismem soukromého a veřejného práva?

1. Tradice: společenský kontext práva

Pro poznání práva a porozumění mu jako celku či v jeho jednotlivostech je klíčové poznání jeho společenského a ideologického kontextu. Zkoumáme-li jednotlivé koncepty v právu ve světle znalostí jejich původu či příčin, můžeme přesněji posoudit jejich význam a účelnost. Pro interpretaci a aplikaci platného práva může být znalost mimonormativního kontextu užitečná, pro účely právněvědecké či právněpolitické ji lze považovat za prakticky nezbytnou.

Můžeme například pozorovat, že některé prvky (normy, instituty či principy) jsou součástí práva v reakci na dřívější společenské či politické uspořádání – zákonodárce je koncepčně použil jako prostředek k odklonu a k přerýtí dosavadní praxe a tomuto účelu stále daný prvek slouží. Jako příklad lze uvést zákonem či dokonce ústavou výslovně deklarovanou rovnost osob. Některé jiné prvky práva představují naopak důsledek poměrně nahodilého vývoje či zvratu v rozložení politických sil. To lze říci například o rozdělení příslušnosti při soudním přezkumu správních rozhodnutí. Když je pak předmětem odborné diskuze vhodnost nebo dokonce nutnost určitých prvků v právním řádu, je lepší neomezit úvahy jen na aktuální podobu příslušné právní úpravy, ale také zkoumat příčinu existence dotčeného prvku v právním řádu. Lze tak předejít rozvíjení či lpění na něčem, jehož účel už se historicky vyčerpал.

Novodobé právo podstatně souvisí se současným, tedy novodobým uspořádáním společnosti. Ideově vychází z filosofických či právně-filosofických konceptů, které se postupně utvářely v novověku a které časově předcházely změnám ve společenském uspořádání do podoby, jak ji známe dnes. Soudobé uspořádání společnosti a většinu hodnot, na kterých je vystavěn náš společenský a právní řád, považujeme vlastně již za samozřejmé. Nedochozí-li v konkrétním případě k jejich porušení či ohrožení, jen zřídka si je aktivně uvědomujeme. Ještě slabší může být vnímání míry, v níž jednotlivé prvky novodobého práva odrážejí tyto hodnoty. Novodobé právo jako celek a novodobá společnost se přitom zásadně odlišují od všech předcházejících období – ať je řeč o epochách dávno minulých, nebo o období velmi těsně předcházejícím éru novodobé společnosti. Tento kontext hraje důležitou roli při úvahách o tradici dualismu soukromého a veřejného práva, stejně tak i při reflexi jeho současného stavu.

Pojmy soukromého práva a veřejného práva pocházejí z doby dalece předcházející novodobou společnost. Vznikly v prostředí antické římské společnosti, která se svou strukturou naší novodobé společnosti ovšem do určité míry podobala – dochované výroky římských právníků týkající se soukromého a veřejného práva pocházejí z pozdní republiky a principátu. Tehdejší sociální struktura a státní uspořádání byly dnešnímu stavu společnosti a státu podstatně bližší než situace v následujícím evropském středověku a počátcích novověku. Lze soudit, že pojmy *ius privatum* a *ius publicum* se v římské jurisprudenci zrodily spontánně. Jak bude dále podrobněji vysvětleno, nevěnovala se jejich vlastnímu obsahu žádná zvláštní pozornost. Oproti tomu víme, že do práva novodobého (v kontinentální právní kultuře) byly tyto pojmy implantovány cíleně. Sahrály záhy poměrně úlohu jako nástroj pro vytvoření předělu mezi dosavadním a novodobým uspořádáním společnosti.

Společenský systém, který v Evropě předcházel dnešnímu novodobému uspořádání, se vyznačoval zcela odlišným způsobem rozdělení moci ve společnosti (včetně úlohy státu) a z toho vycházejícího postavení jednotlivců. Samozřejmá byla nerovnost osob (společenská i právní), která byla různými normativními systémy fixována a akceptována. Apriorní byla nesvoboda jednotlivce – svoboda (resp. určitá míra svobody) představovala privilegium a většina lidí existovala ve vztazích osobní závislosti na jedincích více privilegovaných. Typická byla poměrně fixovaná stratifikace společnosti, a to nejen ve vertikální rovině do společenských vrstev, ale i v horizontálních rovinách do dílčích skupin-komunit. Tato stratifikace, spojená s aktivní integrací jednotlivců do příslušné společenské skupiny, byla původně zapříčiněna především nutností vzájemné kooperace jednotlivců v ekonomické rovině – jednatel na svém místě ve skupině existenčně závisel.¹

¹ Srov. HURDÍK, Jan. *Osoba a její soukromoprávní postavení v měnícím se světě*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2004, str. 30 a násl. J. Hurdík v této publikaci upozorňuje, že vývoj práva nelze dobře studovat bez poznání tendencí vývoje určujících ekonomických vztahů daného období, a rozčleňuje etapy sociálně-ekonomického postavení jednotlivce do tří etap, přičemž se zabývá znaky práva, které jsou typické pro každou z daných etap. Těmito třemi etapami jsou a) starověk se středověkem, b) období počínající převládnutím kapitalistických vztahů ve společnosti a končící na přelomu druhého a třetího tisíciletí, c) navazující období, zahrnující naši současnost (a budoucnost).

Popsané znaky společenského uspořádání byly typické a společné pro prakticky celé období starověku, středověku a z velké části i novověku.² Naproti nim, máme-li shrnout typické rysy novodobého práva a společnosti – nejen v kontinentální, ale i angloamerické právní kultuře – vypočteme následující principy: svoboda a autonomie jednotlivce, právní rovnost jednotlivců, omezenost moci všech subjektů (jednotlivců, státu i jakýchkoli jiných entit) právem, demokratický způsob utváření veřejné moci a práva.

Rozdíly mezi novodobou společností a jí těsně předcházejícím společenským uspořádáním jsou pro téma vztahu soukromého a veřejného práva důležité hned z několika důvodů. Předcházející (novověké, ale i středověké či starší) uspořádání naší společnosti bylo natolik odlišné, že bychom pojmy „veřejné“ a „soukromé“ v jejich dnešním významu mohli přiřazovat k jednotlivým institutům či jevům jen docela obtížně a s různými výhradami (z téhož důvodu nelze také mluvit *stricto sensu* o soukromém právu či veřejném právu té doby). Jak bylo naznačeno výše, novodobý koncept dualismu soukromého a veřejného práva vykrytalizoval jako nástroj k efektivnímu ukončení dřívějšího společenského uspořádání a k prosazení novodobých právních principů vztahujících se k distribuci moci ve společnosti a postavení jednotlivce.

Jak bude níže vysvětleno, pojmy *ius privatum* a *ius publicum* se v důsledku recepce římského práva středověkou Evropou ocitly v podstatně odlišném prostředí, než z jakého pocházely. Ačkoli tedy středověcí a novověcí právníci tyto pojmy někdy znali, z následujícího výkladu by mělo být patrné, do jaké míry jim mohli rozumět či jaký význam či pozornost jim mohli připisovat. Budou v něm podrobněji popsány rysy společensko-

² Nechceme-li přikrášlovat realitu, musíme konstatovat, že navzdory proklamacím o svobodě a rovnosti, které byly začleněny do ústav a jiných obdobně významných právních předpisů novodobé éry, si společenská i právní realita zachovaly řadu prvků nesvobody a nerovnosti osob ještě po dlouhou dobu, a to až do 20. století. Nejvíce po ruce jsou Spojené státy, novodobá kolébka a pro řadu jiných zemí vzor demokracie, kde však došlo k úplnému zrušení otroctví až v roce 1865, přičemž až do roku 1965 přetrvávala v jižních státech oficiální, státem a právem řízená rasová segregace, výrazně omezující občanská i politická práva. Obdobné dozvuky předchozího společensko-právního systému přetrvávaly například i na našem území až do počátku 20. století (je o nich pojednáno v následujících částech této práce).

právního uspořádání, které nejvýrazněji představují protipól současného systému a hodnot, na nichž spočívá novodobá společnost.

1.1 Společenská diferenciaci

Pokud jde o období předcházející novodobému společensko-právnímu uspořádání, sociální diferenciaci spojenou s právním partikularismem můžeme sledovat v její kontinuitě od křesťanského středověku. Jakkoli rozdělení společnosti do vrstev existovalo i v dobách ještě starších, christianizace nesla s sebou diskontinuální změnu a zajistila i odpovídající normativní fixaci.

Středověké křesťanství dobovou strukturu společnosti prezentovalo jako výraz Božího řádu.³ S určitou dávkou zjednodušení lze konstatovat, že se rozlišovaly tři kategorie lidí, z nichž se společnost skládala, neboli „trojí lid“: duchovenstvo, šlechta a poddaní. Duchovenstvo a šlechta se postupně získávanými výsadami staly privilegovanými skupinami obyvatel se zvláštním právním režimem, přičemž právě takto založený právní partikularismus představoval podstatný znak práva a života vůbec až do počátků novodobého práva.

Jako první se vyčlenilo z obecného právního režimu duchovenstvo. Duchovním jednak náleželo tzv. *privilegium fori*, které už v roce 355 císař Konstantin udělil ve své konstituci biskupům a ediktem franckého krále Chlothara II. z roku 614 bylo poté rozšířeno i na kněze a jáhny. Tato výsada spočívala ve vynětí dotčených osob z působnosti světských soudů a v jejich příslušnosti soudům církevním. Církevní soudy byly tedy příslušné obecně ve všech sporech, kde byla jednou ze stran duchovní osoba.⁴ I v souvislosti s tím, že duchovní byli už od raného středověku panovníky často svěřováni úkoly v oblasti správy, a zastávali tedy důležité úřady, dochází vedle privilegace kléru také k rozšíření

³ Srov. HURDÍK, Jan. *Osoba a její soukromoprávní postavení v měnícím se světě*, str. 31.

⁴ Tato nepřislušnost vůči soudům světské moci nebyla absolutní, bezvýjimečná – blíže např. KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 134 a násl., 745. Dále byli duchovní osvobozeni od berní povinnosti (*privilegium imunitatis*) a také od povinnosti vojenské.

pravomoci církevních soudů i na ostatní osoby, a to především v oblasti trestního práva, od 10. století pak církevní soudy získávají výlučnou příslušnost ve věcech manželských.

Druhou privilegovanou skupinu obyvatel představovala šlechta, která se postupně zformovala během raného středověku pravděpodobně z panovníkovy ozbrojené družiny, jejíž členové byli za své služby panovníkem odměňováni jednak hmotnými statky, jak o tom ještě bude řeč, jednak různými výsadami. Mezi ty nejvýznamnější z nich patřilo především osvobození od daní, právo být souzen pouze šlechtickým soudem (tzv. *iudicium parium* – soud rovných), právo výkonu soudní moci nad poddanými, právo vést soukromé války a vynětí z působnosti obecného (zemského) práva a příslušnost zvláštnímu právu šlechtickému. Šlechtická privilegia se přitom už od raného středověku začínají považovat za dědičná.⁵

1.2 Léno a dělené vlastnictví

V raném středověku se vyvinul ve francké říši a následně rozšířil do dalších evropských zemí⁶ právní institut *feuda*, čili léna, který ovládal uspořádání značné části života společnosti a dal i název historickému období trvajícimu až do 19. století. Lenní vztah spočíval ve vzájemných závazcích věrnosti a pomoci vazala a seniora. Jeho podstatnou součástí bylo doživotní udělení léna vazalovi, jehož předmětem byla půda s poddanými obyvateli. Vazal měl vůči seniorovi vojenské povinnosti,⁷ dvorské povinnosti (účast v radě seniora a na jeho soudu) a také peněžní, popř. naturální povinnosti. V případě, že vazal

⁵ KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 134 a násl., 746.

⁶ Z Francie a německého území pronikl institut léna i do Čech, Moravy, Slezska, Rakouska, Uher, severní Itálie (a pochopitelně i do Štaufy získaného Království obojí Sicílie). Na tomto místě je vhodné podotknout, že v českých zemích se lenní vztahy zdaleka neobjevovaly v takové míře, jako tomu bylo na německém území. Jako první je údajně použil olomoucký biskup Bruno ze Schauenberka (v úřadě 1245–1281) a v nově kolonizovaných oblastech a u některých hradů Přemysl Otakar II.

⁷ Z pozdější doby, kdy se smlouvy o propůjčení léna uzavíraly písemně, víme, že býval obvykle stanoven určitý počet dní v roce a specifikován počet bojovníků či koní, které musel vazal svému seniorovi poskytnout. KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 126, 195, 746.

svou věrnost (*fidelitas*) – jak se označoval soubor jeho závazků vůči seniorovi – porušil, byl senior oprávněn mu léno odejmout. Podobně, pokud porušil svou povinnost ochrany (zabezpečení nerušené držby léna) vůči vazalovi senior, měl vazal právo vypovědět seniorovi poslušnost. Již od 9. století dosahují synové zemřelého vazala uznání nároku na znovupropůjčení otcova léna – dochází tak k vytvoření základu pro dědičnost lén, která se plně prosazuje na přelomu 11. a 12. století.⁸ Důležitou skutečností v právním statutu vazalů byl jejich nárok na soudní proces před tzv. soudem rovných (*iudicium parium*).

Poměrně rychle se vytvořil složitý systém feudálních vztahů – vazalové udělovali léna dalším osobám (podvazalům), a mohlo tak docházet k tomu, že jedna osoba měla více lén na různých stupních lenní hierarchie nebo dokonce obdržela nějaké léno od svého vlastního vazala. Vznikaly tak velmi spletité společenské a právní vazby mezi jednotlivými osobami. Samozřejmě na vrcholu tzv. lenní pyramidy stál panovník. Zároveň je v kontinentální Evropě lenní systém ovládan zásadou „vazal mého vazala není mým vazalem“ (v Anglii je tomu opačně) – senior (kterým býval samozřejmě i panovník) tak tedy může uplatňovat své nároky z udělených lén jen vůči svým přímým vazalům. V této skutečnosti je tedy patrná povaha lenního vztahu jakožto dvoustranné smlouvy, z níž jsou zavázáni právě její účastníci.

Prostřednictvím lenních vztahů docházelo zpočátku k rozdělení držby půdy mezi členy panovníkovy vojenské družiny. Institut léna byl však záhy využíván nejen k poskytování (propůjčování) půdy, ale i k udělování úřadů, nároků na určité důchody, hodnotí či práv.⁹

⁸ V důsledku původu a povahy lenního vztahu mohli pravidelně dědit pouze mužští potomci, nicméně v některých případech, kdy s držení léna nebyla nevyhnutelně spojena vojenská povinnost, uznával i dědičný nárok žen (s předností mužských potomků vazala před ženskými). *Ottův slovník naučný*. 15. díl. Fotoreprint. Praha: Paseka, 1999, str. 851 a násl., heslo Lenní (též manské) právo.

⁹ Předmětem léna mohlo být pouze to, co bylo způsobilé k trvalému užívání: pozemky, budovy a nejrůznější práva (a to i včetně regálů) – soudní pravomoc, právo mince, honitby, desátku, církevního patronátu, obydlí, vybírání pozemkových rent, užívání pozemků daných do zástavy až do doby splacení půjčky. Mohlo být uděleno i takové léno, které se mělo teprve v budoucnosti uprázdnit. *Ottův slovník naučný*. 15. díl. Fotoreprint. Praha: Paseka, 1999, str. 851 a násl., heslo Lenní (též manské) právo.

Lenní vztahy, se svou v základu smluvní podstatou, se tak staly způsobem distribuce moci ve státě. Ve Svaté říši římské fungovala na lenních vztazích celá státní správa a uspořádání státu vůbec: kromě úřadů spočíval na lenním zřízení také vojenský systém a soudnictví. Tato skutečnost ve spojení s dědičným charakterem zapříčinila postupné pozdější oslabení moci říšského panovníka – udělená práva a úřady, tedy včetně moci soudní a hlavně správní, byly totiž vykonávány ne na základě pověření či zmocnění panovníkem (reprezentujícím státní moc), nýbrž na základě vlastního práva jeho držitele, které panovník v podstatě ani nesměl odejmout (s výjimkou případu porušení věrnosti).

Zvláštním způsobem deformuje i institut typický pro „soukromou“ sféru – vlastnické právo. Senior, který vazalovi udělil půdu v léno, zůstává nadále jejím vlastníkem. Může ji prodat, nezhorší-li tím postavení leníka, nebo s ní nakládat pro případ uprázdnění léna. Nicméně držitelem a uživatelem půdy je vazal (a po něm jeho dědicové), jehož právo k lénu podstatným způsobem limituje vlastnické právo seniora, a to takovým způsobem, že glosátoři později vytvářejí známý konstrukt dvojího vlastnictví: *dominium directum* (vrchní vlastnictví) k půdě náleží seniorovi jako jejímu vlastníku, *dominium utile* (užitkové vlastnictví) patří vazalovi, jemuž byla tato půda udělena v léno. Kromě lenních vztahů mezi svobodnými osobami se dělené vlastnictví uplatňuje i pro poddanskou držbu půdy.

1.3 Poddanství a nevolnictví

Poddanství je vedle léna dalším institutem podstatně určujícím podobu dřívější společnosti. Je to vztah mezi nesvobodným rolníkem – poddaným, který je osobně závislý na vlastníkově pozemku (pozemkové vrchnosti). Vlastník pozemku za své poddané určitým způsobem odpovídal navenek: například ručil za pokutu, která byla poddanému uložena, nebo za předvedení poddaného k soudu. Pozemkovým vrchnostem však navíc bývají postupem času udělovány imunity, které spočívají v zákazu vstupu královských úředníků (s výjimkou některých záležitostí) na jejich panství, a tak jakožto imunitní pánové

navíc vykonávají správu a soudní moc nad nesvobodnými osobami, které byly na jejich pozemcích usazeny.¹⁰

Pro úplnější pochopení a zhodnocení přínosu, který se svou koncepcí smluvní svobody představovaly o několik staletí později vzniklé přirozenoprávní kodexy, se jeví jako vhodné na tomto místě připomenout další okolnosti života neprivilegovaných osob, jehož podoba samozřejmě nebyla po celou dobu existence poddanství nebo nevolnictví uniformní, nýbrž existovala v různých variantách v závislosti na místních a dobových podmínkách. Obecně však poddaní byli povinni vrchnosti odvádět feudální rentu, což obvykle znamenalo naturální dávky, peněžité dávky a osobní práci na majetku vrchnosti. Vedle toho však vrchnost zhusta využívala institutu tzv. banalit:¹¹ ten spočíval ve výhradním právu vrchnosti vlastnit určitá hospodářská zařízení (mlýny, lisy, pekárny apod.) či produkovat určité zboží (pivo, víno apod.), k jejichž výlučnému užívání či odběru, a to za pánem stanovenou cenu (zpravidla rozhodně ne příznivou), byli poddaní nuceni. Poddaní, kteří až do 18. století tvořili nejpočetnější vrstvu obyvatelstva ve většině evropských zemí, tedy byli jednak velmi omezeni v osobní svobodě, jednak neměli v podstatě žádná politická práva.¹²

Ještě větší míru nesvobody však zakoušeli nevolníci: jejich právní režim byl podobný poměrům poddaných, přitom však navíc nebyli oprávněni bez souhlasu pána opustit poddanskou půdu (odstěhovat se mimo pozemkové území svého vrchnostenského pána). Také v případě sňatku s osobou z jiného panství potřeboval nevolník pánův souhlas, totéž platilo pro přechod užívacího práva k poddanské půdě na dědice atd., přičemž získání těchto povolení bylo zpoplatněno.

¹⁰ SATURNÍK, Theodor. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě: nástin přednášek*. Sešit I. Praha: vlastním nákladem, 1935, str. 22 a násl.

¹¹ Tento pojem pochází od francouzského slova *banal*, které původně označovalo předmět náležející pánovi, který jej dával k dispozici svým poddaným, pokud za jeho užívání zaplatili.

¹² KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 748 a násl.

V západní části Evropy pak od 14. století dochází v důsledku dramatického úbytku obyvatel po morové epidemii k značnému rozvolnění vztahu mezi nevolníkem a pánem (většinou odpadá fyzická vázanost rolníka k půdě). Na východ od Labe však k takovému procesu nedošlo, naopak, po jistém mírném uvolnění poměrů v 15. a 16. století nastává po třicetileté válce tzv. druhé nevolnictví v podmínkách centralizované, absolutistické monarchie a počínajícího kapitalismu, které např. na území rakouské monarchie trvalo až do roku 1781, kdy bylo zrušeno patentem Josefa II.

1.4 Struktura společnosti

Apriorní akceptace nerovnosti osob, bezvýjimečné zařazení jednotlivce do vertikální soustavy vztahů různě odstupňované nadřízenosti a podřízenosti vůči jiným osobám, zpravidla související s majetkovými poměry, dekoncentrace a později i oficiální systematická distribuce veřejné moci do soukromých rukou některých jednotlivců, která se odehrávala v úzké spojitosti s individuální pozemkovou držbou – nějak takto lze ve zkratce popsat nejvýraznější rysy společnosti, v níž se uplatňovala kategorizace osob do společenských stavů, poddanství, vrchnostenská moc, lenní zřízení a systém imunit. V tomto společenském systému se jen těžko dá mluvit o obecné „soukromé autonomii“ jednotlivců. Spíše lze pozorovat určitou škálu míry osobní autonomie, na jejímž jednom konci je otrok (popř. později nevolník) a na druhém král, přičemž v zásadě platí, že čím výše se člověk na této stupnici ocitá, tím mu spolu s vyšší mírou osobní autonomie zároveň náleží i větší míra moci nad jinými osobami – která však vzhledem ke své povaze jen málokdy snese štítek „veřejná“.

V tomto období lze pozorovat naprosté smíšení vlastnictví a moci, a to v takové míře, že pojmy „soukromé“ a „veřejné“ v našem dnešním významu nemůžeme vůbec k popisu většiny důležitých právních a společenských vztahů použít. Pokud v tomto období pátráme po „držbě“ moci, kterou dnes klasifikujeme jako veřejnou, nacházíme ji v rozsáhlé míře distribuovanu ve prospěch některých „soukromých“ jednotlivců. Lze také pozorovat

velmi úzkou souvislost a propojenost mezi právy vlastníků a jejich pozicemi ve vládnoucí struktuře státu.¹³

1.5 Patrimoniální rysy středověkého státu

Od vzniku státnosti v raném středověku až do cca 13. století (ve kterém už dochází k značné feudální rozdrobenosti), má státní zřízení ve smyslu vztahu panovníka a státu podobu patrimoniálního státu. Pro ně je typické, že se rozlišuje mezi majetkem státním a majetkem panovníka – kníže (popř. král) vystupuje vůči území, které ovládá, tak, jako by bylo jeho vlastnictvím (patrimoniem).¹⁴ Z této fikce se postupně vytvořila i představa, že panovníkovi náleží různá výsostná práva (*regalia*): především to bylo právo soudit, dále horní regál, který byl vyjádřením zásady, že je panovník vlastníkem nerostného bohatství ve své zemi, regál mincovní, patřil sem i celní regál, výběr mýt, židovský regál a další.

Také je tímto pojetím ovlivněna podoba správy státu: z osobní služby spočívající v radě či pomoci panovníkovi při správě země, se vyvíjejí dvorské úřady, které se specializují na jednotlivé oblasti správy. S těmito funkcemi pak bývá spojena také společenská prestiž a značný příjem, což má za následek požadavky šlechty v obsazování těchto reprezentativních postů svými významnými představiteli.¹⁵ Struktura a povinnosti nejvyšších úředníků jsou ve většině Evropy velmi podobné – napodobují se názvy a

¹³ ADAMOVIÁ, Karolína. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě: přehled vybraných otázek*. Praha: Beck, 2000, str. 6.

¹⁴ ADAMOVIÁ, Karolína. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě*, str. 2.

¹⁵ V názvech těchto úřadů je však trvale vtištěn jejich původ z osobních služebníků panovníka: nejvyšším úředníkem byl senešál (*maior domus*), správa financí náležela komorníkovi (*camerarius*), podkoní-maršálek (*comes stabuli* nebo *marescalus*) pečoval o panovníkovu stáj, číšník (*pincerna*) měl na starosti dozor nad královskými vinicemi a sklepy. Zpravidla duchovní osoba zastávala funkci kancléře, který ověřoval královské listiny a svým podpisem a připojením pečeti, jejímž byl strážcem, ručil za to, že obsah listiny odpovídá vůli krále. SATURNÍK, Theodor. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě*, str. 12 a násl.; ADAMOVIÁ, Karolína. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě*, str. 30 a násl.

kompetence hodností, jak se ustálily u franckého královského dvora. Teprve ke konci patrimoniálního období státu dochází k rozdělení úředníků na dvorské a zemské.¹⁶

Panovník plní v patrimoniálním státě především funkci ochránce míru a práva v zemi. Zásadně tedy nemá, jak tomu je v pozdějších dobách, úlohu zákonodárce. V této době, kdy naprosto převládá obyčejové právo a poměrně statická společenská situace nevyvolává potřebu jakýchkoli cizorodých zásahů do „starého dobrého práva“,¹⁷ je úkolem panovníka chránit právo – zajišťovat, aby mohlo být nerušeně nalézáno soudy. On osobně může jako nejvyšší soudní autorita v zemi rozhodovat, jaké jednání je po právu, a stíhá porušování práva. Přeci jen určitý, i když velmi omezený, vliv na podobu práva a právních vztahů však má: jednak může potvrzovat právní obyčeje, jednak může udělovat privilegia – výjimky z platných právních obyčejů.¹⁸

¹⁶ ADAMOVÁ, Karolína. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě*, str. 27.

¹⁷ Myšlení středověkých lidí je naprosto cizí zásada, že by novější obyčej měl snad působit derogaci obyčeje staršího. Naopak, čím starší obyčej je zjištěn, tím je považován za „lepší“. Srov. SELTENREICH, Radim. *Právní humanismus jako výraz evropského právního vývoje*. Praha: Karolinum, 1996, str. 35.

¹⁸ KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 231.

2. Římské *ius privatum* a *ius publicum*

Chceme-li se zabývat pojmy soukromého a veřejného práva „od Adama“, vyžaduje to nahlédnutí do myšlení římských právníků, od nichž tato dvojice termínů pochází. V první řadě stojí otázka, s jakým obsahem římscí právníci označení *ius privatum* a *ius publicum* pojili. Relevantní také může aspekt, jaký význam nebo funkci tyto pojmy v antickém římském právu zastávaly.

V evropské právní vědě totiž můžeme sledovat dvě dominantní tendence pohledu na dualismus soukromého a veřejného práva v římském právu. Časově po sobě následovaly. Nejprve se – zhruba od druhé poloviny 17. století – po dlouhou dobu argumentovalo ve prospěch nezbytnosti rozlišování soukromého a veřejného práva. Příčiny této argumentace byly ryze politické a v průběhu doby se pružně měnily. Přibližně od druhé poloviny 19. století přestalo být odlišování soukromého a veřejného práva tématem politiky, opřeným se o právnícké odůvodnění, a zůstalo jen právníckou záležitostí. Tak, jak se postupně měnila motivace odkazování se na dualismus soukromého a veřejného práva, měnilo se i samotné obsahové vymezení těchto pojmů. Nicméně argumentace se vždy zaštit'ovala autoritou římského práva: bylo poukazováno na to, že tento dualismus z římského práva pochází a byl mu vlastní.

Teprve ve 20. století se začal nikoli tendenčně, nýbrž kriticky zkoumat a hodnotit význam pojmů *ius publicum* a *ius privatum* v autentickém římském právu – bez nánosů recepce a bez deformací podstatně pozdějšími politickými ideály. Výsledkem je např. zhodnocení, že v případě těchto dvou pojmů a jejich vzájemného vymezení se jedná o jeden z případů *kvazirecepce* římského práva.¹⁹ Co to znamená, bude vysvětleno v následujícím textu.

¹⁹ SKŘEJPEK, Michal. Elasticita hranic mezi *ius publicum* a *ius privatum* v římském právu. In HANDRLICA, Jakub (ed.). *Veřejné právo a právo soukromé: aktuální tendence a výzvy veřejnoprávní úpravy plynoucí z problematiky právního dualismu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014, str. 24.

2.1 Ad fontes

Zkoumání pojmů soukromého a veřejného práva v římské jurisprudenci naráží na dva základní limity. Tím prvním je samotné myšlení římských právníků, jejichž přístup k právu byl vyhraněně praktický. Orientovali se na reálné sporné otázky, při jejichž řešení si počínali s obratností, která jim zajistila slávu dalece přesahující trvání Římské říše. O teoretizování či zobecňování, jímž se vyznačuje náš přístup k právu a právní vědě, se však nezajímali. Důsledkem popsaného přístupu římských právníků je vysoká míra kazuističnosti jejich pojednání a absence snahy definovat používané pojmy.²⁰ Druhý limit spočívá v omezené dostupnosti autentických pramenů.

Základním zdrojem našeho poznání římského práva jsou iustiniánské kodifikace, přesněji řečeno dva celky z těchto kodifikací: *Digesta* a *Instituce*. *Digesta Iustiniani* (řecky *Pandektai*) představují kompilát výpisků z právnických spisů klasické římské jurisprudence²¹ (tj. spisů pocházejících z 2. a 3. století n. l.), čítající 150 000 řádků a seřazený do 50 knih. Iniciátorem kompilace byl východořímský císař Iustinianus I. (482–565 n. l., císařem od 527), který usiloval o obnovení římské říše v plném lesku – v rámci těchto snah bylo jeho cílem vytvořit pro tuto říši pevný právní řád. Na Iustinianův pokyn

²⁰ Postoj Římanů k teoretické abstrakci a definicím vyjadřuje výrok Iavolena Prisca, který Iustinianovi kompilátoři neváhali zařadit do *Digest*: „Každá definice v civilním právu je nebezpečná: neboť je vzácné, že by nemohla být vyvrácena. (D 50, 17, 202. *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit.*) Překlad cit. podle SKŘEJPEK, Michal. Elasticita hranic mezi *ius publicum* a *ius privatum* v římském právu, str. 20.

²¹ Termín „jurisprudence“ (*iurisprudentia*) se jeví být přesnějším ve vztahu k těmto právníkům než někdy používané označení „právní věda“. Přeci jen tyto autoři právních stanovisek, kterým císař uděloval titul „*respondere ex auctoritate principis*“ – tedy oprávnění poskytovat dobrá zdání (právní rady) jménem císaře (z císařova zmocnění) – se ve své činnosti orientovali na rozbor konkrétních problémů z právní praxe, podstata jejich odborného působení byla zaměřena na aplikaci práva. Proto je pro klasickou literaturu tak typická kazuistická metoda zpracování problémů, směřující k praktickému řešení. Naopak teoretické abstraktní úvahy o právu ve tvorbě těchto autorů zaujímají až okrajovější pozici. Pro úplnost se jeví vhodné připomenout, že z velké vážnosti, jíž se dobrozdání těchto autorizovaných právníků těšila, vzniklo postupně přesvědčení, že shodné stanovisko autorizovaných právníků je závazné, v důsledku čehož se tato dobrozdání stala velmi významným pramenem římského práva. URFUS, Valentin, Michal SKŘEJPEK a Jaromír KINCL. *Římské právo*. 2. dopl. a přeprac. vyd., Praha: Beck, 1995, str. 28 a násl.; URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého: římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy*. Praha: Beck/SEVT, 1994, str. 10.

vznikl obrovský kodifikační soubor, kterému se o tisíc let později začalo říkat „*Corpus iuris civilis*“. Tento soubor představují následující celky, jimž byla udělena právní síla zákona: 1. *Codex Iustinianus*, představující kompilát dosud platných císařských konstitucí, 2. už zmíněná *Digesta Iustiniani*, 3. *Institutiones Iustiniani*, učebnice pro první rok právnických studií, a 4. *Novellae*, sbírka pozdějších Iustinianových konstitucí.²²

Velká část původní literatury, z níž Iustinianovi kompilátoři sestavovali *Digesta*, už není dochovaná. Jelikož *Digesta* řadí vedle sebe jednotlivé výroky slavných právníků, které mají rozsah jedné či několika vět, neznáme mnohdy kontext, v němž byla ta či ona právnická poučka vyslovena. Je tu však ještě jeden zádrhel: v *Digestech* nejsou výroky klasických právníků citovány vždy přesně. K takovému výsledku ostatně instruoval kompilátorskou komisi v čele s Tribonianem sám císař: komise měla dle svého uvážení odstraňovat vše zbytečné, zastaralé nebo sporné. Je prokázáno, že kompilátoři klasické texty měnili: škrtili, připojovali dodatky nebo změny.²³ Mnohdy tedy nemusíme vědět, zda v *Digestech* čteme klasické římské právo, nebo právo doby Iustinianovy.

2.2 Ius publicum a ius privatum v římské jurisprudenci

Užívání pojmů *ius publicum* a *ius privatum* je doloženo od dob římské republiky – **Marcus Tullius Cicero** (107–43 př. n. l.), ač sám nebyl právník, tyto výrazy několikrát použil v dílech, která se nám dochovala. Nenalezneme u něj žádnou definici ani jakýkoli výklad o soukromém nebo veřejném právu. To, co máme k dispozici, jsou jen jednotlivé věty, které jsou součástí pojednání k jinému tématu.

Jak tedy Cicero *ius publicum* nebo *ius privatum* zmiňuje: Uvádí, že veřejné právo tvoří právo, které je užíváno obcí (*leges quibus civitas utitur*).²⁴ Nebo říká, že veřejné právo je

²² Blíže viz BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*, str. 61 a násl., 79 a násl., 93 a násl., 132, 294 a 313. *Ottův slovník naučný*. Pátý díl. Praha: J. Otto, 1892. str. 648–650.

²³ SOMMER, Otakar. *Prameny soukromého práva římského*. Praha: nákladem vlastním, 1932, str. 127 a násl., 143 a násl.

²⁴ *Pro domo sua ad pontifices* 13; cit. podle SKŘEJPEK, Michal. *Ius privatum – ius publicum, vzájemné vztahy a souvislosti*, str. 49. Domnívám se, že Cicero pravděpodobně v tomto výroku výraz *leges* (přesně přeloženo

takové, které je vlastní obci a *imperiu* – nejvyšší výkonné moci (...*publica (quoque) iura, quae sunt propria civitatis atque imperii...*).²⁵ Kromě toho na jiném místě ještě vypočítává písemné prameny práva a rozděluje tyto prameny na veřejné a soukromé (nicméně neklade je do souvislosti se soukromým právem a veřejným právem): mezi veřejné prameny práva řadí zákony, usnesení senátu a *foedera*,²⁶ mezi soukromé pak tabulky,²⁷ neformální úmluvy a stipulace“.²⁸ V Ciceronově díle tedy najdeme pouze velmi skromné množství zmínek o soukromém a veřejném právu, nicméně z období římské republiky jsou to zmínky prakticky jediné.²⁹

Dalším – a to hlavním – zdrojem poznatků o římskoprávním chápání soukromého a veřejného práva jsou úryvky z děl klasických římských právníků, které byly zahrnuty do Digest a iustiniánských Institucí. Ani zde se však nesetkáme s teoretickým vymezením těchto pojmů nebo souvislejším výkladem. Jak už bylo uvedeno, římscí právníci byli orientováni na každodenní praxi a necítili potřebu své poznatky nějak zobecňovat nebo o nich teoreticky bádát. Řada pojmů užívaných v římském právu byla uchopována intuitivně: měla obecně přijímaný obsah, který nikdo nezpochyboval, a z pohledu těchto právníků jej nebylo třeba definovat ani teoreticky rozebírat.

„zákony“) v jeho nejširším římskoprávním významu: jako závaznou úpravu právních vztahů; neidentifikuje tedy veřejné právo prostřednictvím pramene práva (zákonné formy). Takovému závěru nasvědčuje i níže citovaný úryvek ze spisu *De partitione oratoria*.

²⁵ *De oratore* 1, 201 (CICERO, Marcus Tullius. *De oratore*. Für den Schulgebrauch. Leipzig: B. G. Teubner, 1859, str. 67).

²⁶ M. Skřejpek poznamenává, že *foedera* neoznačovala pouze mezinárodní smlouvy, ale také ujednání mezi náčelníky římských rodů, která sloužila k vymezení rámce použití svémoci. SKŘEJPEK, Michal. Elasticita hranic mezi *ius publicum* a *ius privatum* v římském právu, str. 20.

²⁷ Tabulkami (*tabulae*) se zde myslí povoskované destičky, které se používaly v domácnostech pro různé záznamy – zejména pro závěti nebo manželské smlouvy.

²⁸ *De partitione oratoria* 130: „*Atque haec communia sunt naturae atque legis, sed propria legis et ea quae scripta sunt et ea quae sine litteris aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio.*“ CICERO, Marcus Tullius. *Partitiones oratoriae*. Piderit Karl Wilhelm. Leipzig: B. G. Teubner, 1867, str. 88.

²⁹ Blíže viz SKŘEJPEK, Michal. *Ius privatum – ius publicum, vzájemné vztahy a souvislosti*, str. 48–51; SKŘEJPEK, Michal. Elasticita hranic mezi *ius publicum* a *ius privatum* v římském právu, str. 19–21.

Nenabízí se asi vhodnější výchozí bod, než je proslavený výrok **Domitia Ulpiana** (cca 170 – 228) o veřejném a soukromém právu a jejich vazbě na zájmem (resp. užitek) státu nebo zájem jednotlivce. O tento výrok se opíraly generace právníků požadujících systematické rozlišování soukromého a veřejného práva. Ostatně, je to naprosto jediný citát v Digestech, který zmiňuje *ius publicum* a *ius privatum* vedle sebe. Se svými 52 slovy je také nejdelším pojednáním na dané „téma“. Je ovšem poněkud problematické. Ona problematičnost spočívá v jeho formulaci – nebo možná spíše v pozdějších překladech latinské formulace a ve vytrhávání z původního kontextu. Víme, že tento výrok pochází z Ulpianovy učebnice práva³⁰ a najdeme jej na samém začátku Digest, jako v pořadí třetí fragment úvodní kapitoly nazvané *De iustitia et iure* (O spravedlnosti a právu).

Aby zmíněná problematičnost tohoto výroku byla dobře patrná, vyplatí se jej zkoumat v kontextu, do něž ho zařadili iustiniánští kompilátoři.³¹ Vlastní text Digest začíná tedy těmito slovy: „Ten, kdo chce studovat právo, musí nejprve vědět, od čeho je slovo právo odvozeno. Právo je pojmenováno podle výrazu spravedlnost, anebo jak to elegantně definoval Celsus, právo je uměním dobrého a spravedlivého. Správně nás každý označuje jako jeho kněze. Vždyť si vážíme slušnosti a veřejně se hlásíme ke znalosti dobrého a spravedlivého, oddělujeme slušné od neslušného, odlišujeme to, co je dovoleno, od nedovoleného, toužíme vést lidi k dobru, a to nejen prostřednictvím strachu před trestem, ale také skrze povzbuzení odměnou, zabýváme se, pokud se nemýlím, skutečnou, a nikoli předstíranou filosofií.“³² A navazuje avizovaný fragment: „Toto studium má dvě základní

³⁰ Ulpianova učebnice práva se jmenovala – tak jako řada jiných učebnic – *Institutiones*. V současné literatuře se lze u některých autorů setkat s mylným ztotožňováním takto nazvaných učebnic. Pro jistotu si tedy shrňme, že se v této práci budou zmiňovat troje Institute: 1. iustiniánské Institute, tj. učebnice sestavená z různých zdrojů Tribonianovou komisí; 2. o mnoho starší Ulpianovy Institute, které se v původním znění nedochovaly, ale část z nich je citována v Digestech a iustiniánských Institucích; 3. Gaiovy Institute, které představovaly ještě v 6. století nejpoblárnější učebnici, byly zpracovány v iustiniánských Digestech a Institucích a v pozdějším novověku se našla velká část jejich původního textu.

³¹ Vzhledem k tomu, že úryvky zařazené v Digestech před tuto Ulpianovu citaci pocházejí ze stejného zdroje – tedy Ulpianových Institucí –, je docela dobře možné (ovšem nikoli jisté), že totéž znění a pořadí vět použil v originálním textu i Ulpianus.

³² D 1, 1, 1, pr.; D 1, 1, 1, 1. Překlad cit. podle SKŘEJPEK, Michal. *Digesta seu pandactae*. Tomus I, Fragmenta lecta. Praha: Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2015, str. 125.

části [*positiones*], veřejné a soukromé právo. Veřejné právo se týká uspořádání římského státu, soukromé právo zájmu jednotlivců, neboť něco se týká veřejného uspořádání a něco soukromého. Veřejné právo se týká svátostí, kněží a státních úředníků. Soukromé právo se rozděluje na tři části, neboť se skládá z práva přirozeného, práva národů a práva občanského.³³ Téměř identická formulace tohoto výroku je obsažena i v iustiniánských Institucích.³⁴

Novověká právní věda citovaný kontext Ulpianova výroku o veřejném a soukromém právu tendenčně zamlčovala (v následujících částech této práce bude vysvětleno, z jakých příčin se tak dělo). Naopak se zdůrazňovalo, že Tribonianova komise zařadila tento citát do úvodu Digest, což se – s notnou dávkou předpojatosti či vědomé nepravdivosti – interpretovalo jako naznačující či dokonce vyjadřující, jak významnou roli v římském právu zaujímal Ulpianem naznačené rozlišování soukromého a veřejného práva. Moderní analýzy upozorňují především na dost podstatnou okolnost, a sice že se Ulpianův výrok vztahuje ke studiu práva, nikoli k právu samotnému.³⁵

Dalším aspektem, který výrazně ovlivňuje interpretaci Ulpianova výroku, je překlad slova „*positiones*“ (Výše v citaci překladu dané části Digest je pro snadnější orientaci tento výraz

³³ D 1, 1, 1, 2. Takto zní v latině: „*Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*“ (Překlad v textu cit. podle SKŘEJPEK, Michal. *Digesta seu pandactae*. Tomus I, str. 125.)

³⁴ I 1, 1, 4: „*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet.*“ (Příkazy práva jsou následující: počestně žít, nikomu neškodit, poskytnout každému, co mu náleží. Předmětem tohoto studia jsou dva druhy práva, právo veřejné a právo soukromé. Veřejné právo je takové, které se vztahuje k římskému státu; soukromé, které se týká prospěchu jednotlivců. Překlad cit. podle *Iustiniani institutiones*. Praha: Karolinum, 2010. *Fontes iuris Romani*, str. 31.)

³⁵ SKŘEJPEK, Michal. Elasticita hranic mezi *ius publicum* a *ius privatum* v římském právu, str. 16–17. Ještě radikálněji se vyjadřuje M. Bullinger, který se přiklání k možnosti, že Ulpianus zmiňuje dichotomii soukromého a veřejného práva jako jednu z více možností studijního dělení práva a ani v jeho teorii, ani v římském právu nebylo tímto způsobem veškeré právo děleno na dvě části. BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*. Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz: W. Kohlhammer Verlag, 1968, str. 13.

uveden i v originálním znění.) Ulpianův obrat „*huius studii duae sunt positiones*“ vztahující se k právu, býval často překládán ve smyslu „předmětem jeho studia jsou dva druhy práva“. To do značné míry deformovalo představu čtenářů o tom, co vlastně pojmy *ius publicum* a *ius privatum* Ulpianus označoval. Z takového překladu je velmi krátká a snadná cesta k závěru, že se v římské jurisprudenci rozlišovaly dvě oblasti platného práva. Nicméně pravděpodobně přesnější je překlad v tomto znění: „Jeho studium má dvě východiska – soukromé a veřejné“. Stojí za to porovnat také překladatelská řešení v jiných jazycích. Anglické překlady, nezatížené kontinentálním úsilím o argumentační podporu dualismu pozitivního soukromého a veřejného práva, používají obrat „*two branches of legal study*“ a jeho obdoby.³⁶ Německý překlad Digest z konce 20. století mluví o „*zwei Ansatzpunkte*“.³⁷

K tomu, jak je možno Ulpianova slova o soukromém a veřejném právu chápat, se z Digest ani Institucí nic dalšího nedozvíme. V linii za sebou kladených výroků různých autorů, tak jak jsou Digesta koncipována, představuje Ulpianova formule jednu z těch, na niž už nenavazuje žádná další, rozvíjející poučka. Následující text dotčené kapitoly *De iustitia et iure* obsahuje už jen citace, které v určitém smyslu navazují na vymezení práva „soukromého“.³⁸ Krom toho, že tedy nenajdeme žádný jiný text týkající se rozlišování soukromého a veřejného práva, nemáme k dispozici ani – jak bychom mohli snad i důvodně očekávat – výklad, který by alespoň takovým způsobem, jako je pojednáno v tomto titulu o právu soukromém, navazoval na vymezení pojmu veřejného práva a

³⁶ „*The study of law is divided into two branches...*“ SANDERS, Thomas Collett: *The Institutes of Justinian: with English introduction, translation, and notes*. West Strand: J. W. Parker and Son, 1853, str. 87. „*There are two branches of this study...*“ SCOTT, Samuel P.: *The Civil Law*. Svazek II. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932, str. 5. „*There are two branches of legal study...*“ *The Digest of Justinian*. Translation edited by Alan Watson. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998 (stránky nečíslovány).

³⁷ „*Für das Studium des Rechts gibt es zwei Ansatzpunkte...*“ *Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung*. Band I. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1997, str. 2.

³⁸ Je v nich obsažen výklad pojmů *ius naturale*, *ius gentium* a *ius civile*, a pojednání o prétorském neboli honorárním právu. Následují výňatky s výkladem o spravedlnosti a konečně v závěru titulu je zařazeno upozornění na užívání pojmu *ius* ve významu – jak bychom řekli dnes – práva objektivního i subjektivního.

objasnil poněkud lépe, co si pod tímto termínem představovat. Takové pojednání o veřejném právu nenajdeme v Digestech vůbec.³⁹

To, co nám Digesta poskytují pro zjištění obsahu římskoprávního pojmu *ius publicum*, představuje vedle zmiňované Ulpianovy semidefinice pouze několik kusých zmínek, které se vzácně a poněkud nahodile objevují v rámci výkladů o nejrůznějších právních institutech. Jsou to citace vět z děl klasických právníků a častěji citace jen pouhých částí vět. Vztahují se převážně k povaze pravidel veřejného práva, kterou dnes označujeme přívlastkem kogentní.

O tomto aspektu *iuris publici* vypovídá výrok nejstaršího z trojice významných severovských právníků **Aemilia Papiniana** (cca 142 – 212): „*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.*“⁴⁰ Od tohoto výroku bývá *a contrario* dovozován závěr, že normy soukromého práva tedy jednotlivci v římském právu měnit mohli, a že tedy dispozitivnost byla jejich pojmovým znakem. Takovému závěru však nelze přisvědčit. Jednak by to bylo možné pouze za předpokladu, že by veřejné právo bylo svým charakterem ve všech ohledech zcela opačné k právu soukromému, a takové skutečnosti, jak bude uvedeno dále, nic nenasvědčuje. Papinianův výrok v této souvislosti o povaze norem soukromého práva neuvádí nic, a není tedy z čeho metodicky správně vyvodit, že by v uvedené citaci zamýšlel vymezit rozdíl spočívající mezi soukromým a veřejným právem.⁴¹

³⁹ Ze všech padesáti knih, do nichž jsou Digesta rozčleněna, jsou pouze poslední dvě zaměřeny na instituty, které je zhruba možné podřadit pod právo veřejné. Tento kvalitativní i kvantitativní nepoměr mezi výkladem věnovaným soukromoprávním institutům a výkladem týkajícím se institutů, které bychom dnes klasifikovali jako součást veřejného práva, je však s ohledem na zaměření římských právníků logický a vlastně pro ně i příznačný: za oblast svého působení totiž považovali – můžeme říci, že výlučně – právo soukromé. Záležitosti s veřejným aspektem považovali za výsostnou sféru státní a politické činnosti. Z tohoto důvodu se zabývali touto oblastí jen zcela minimálně.

⁴⁰ D 2, 14, 38. „Veřejné právo nelze měnit dohodou jednotlivců.“ M. Skřejpek v souvislosti s touto Papinianovou citací upozorňuje, že termín *pacta* označuje neformální dohody.

⁴¹ Proti takovému závěru hovoří i existence institutů např. v rodinném právu, od jejichž právní úpravy se jednotlivci rovněž nemohli smluvně odchýlit.

Obsahově shodné s uvedeným Papinianovým výrokem jsou i další citace, jejichž autorem je Ulpianus. V první říká, že „*privatorum conventio iuri publico non derogat*“.⁴² V druhém případě se vyjadřuje k otázce, zda lze vznášet po manželovi zesnulé ženy nárok na náhradu nákladů pohřbu, když se předtím při poskytnutí věna dohodli s otcem nevěsty, že dvě třetiny věna budou (v případě zániku manželství) otcí vráceny a manžel nebude povinen nést náklady ženina pohřbu. Ulpianus odpovídá, že v případě, kdy by ženu pohřbil její otec, bude žaloba neúčinná, avšak pohřbí-li ji třetí osoba, může být manžel o náhradu nákladů žalován, neboť „*pactum hoc publicum ius infringi non possit*“.⁴³ Na jiném místě máme dochováno Ulpianovo konstatování „*nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus*“,⁴⁴ když poskytuje stanovisko k případu závěti, v níž jeden muž určil svým dětem poručníky, ale protože je chtěl uchránit případné škody v souvislosti s výkonem této funkce, stanovil odchýlně od stávajícího práva, že z výkonu poručenství nebudou odpovědni.⁴⁵

Že se nemožnost odchýlení od veřejného práva nevztahuje pouze na občany, ale těmito pravidly jsou plně vázáni i státní úředníci, potvrzuje pak Ulpianův výrok „*conventionem enim duumvirorum ius publicum mutari non potest*“.⁴⁶ V Digestech lze nalézt i další obdobná stanoviska Papiniana, která vyjádřil k jednání různých osob v posuzovaných případech, kdy jejich úkony nebyly v souladu s veřejnoprávními pravidly.⁴⁷

Tím však můžeme výčet citací z Digest, které jsou použitelné pro zjištění římskoprávního vymezení pojmů soukromého a veřejného práva, uzavřít. Uvedené citace nejsou jediná místa v Digestech, kde se lze setkat s pojmy *ius publicum* či *ius privatum*. Nicméně

⁴² D 50, 17, 45, 1 – „úmluva jednotlivců veřejné právo nemění“.

⁴³ D 11, 7, 20, pr. – „taková dohoda nemůže porušit veřejné právo“.

⁴⁴ D 26, 7, 5, 7 – „nikdo totiž nemůže rušit veřejné právo takovými doložkami“.

⁴⁵ Tato citace navíc vypovídá zároveň i o okolnosti, že předpisy, které upravovaly dědické právo, byly považovány za součást *iuris publici* – srov. též Papinianův výrok: „*Testamenti factio non privati, sed publici iuris est*.“ (D 28, 1, 3. „Vykonání závěti není záležitostí soukromého, nýbrž veřejného práva.“)

⁴⁶ D 27, 8, 1, 9 – „dohoda úředníků nemůže změnit veřejné právo“.

⁴⁷ Např. D 38, 1, 42.

v ostatních výrocích se tyto termíny skutečně jen zmiňují a ani zjištění kontextu, v němž jsou tyto výrazy užity, nepřináší žádné nové poznatky, které by nevyplývaly z již citovaných výroků.⁴⁸

2.3 Dvě oblasti práva?

Představa soukromého a veřejného práva jako dvou oblastí v právu, které upravují zvlášť soukromou a veřejnou sféru života, nemá v pramenech antického římského práva oporu. To, že nějaká záležitost souvisela s fungováním římské společnosti nebo přímo s výkonem státní moci, ještě samo o sobě neznamenovalo, že se na ni aplikovalo „veřejné právo“. Řada právních vztahů souvisejících s organizací veřejného života římské společnosti a státním zřízením neměla zvláštní úpravu: tatáž právní pravidla či postupy se mohly pružně uplatnit pro jednání římského občana coby *pater familias* i pro jednání úředníka.⁴⁹ Existovalo množství pravidel, která se týkala např. výkonu úřední moci, veřejného majetku, veřejných prostranství a podobně – nicméně svým charakterem ani právními prameny se neodlišovala od ostatního práva platícího pro vztahy mezi soukromníky buďto vůbec, nebo pouze minimálně. V žádném případě nelze z ničeho usuzovat, že by římscí právníci nějak systematicky rozlišovali soukromou a veřejnou sféru v právu.

Naopak je patrné, že po dobu vývoje římského práva byla jednotlivá pravidla či instituty upravující záležitosti ryze soukromé povahy přenášena i na vztahy, v nichž byl přítomný prvek veřejné moci (nebo naopak).⁵⁰ Nelze přitom zjistit, zda Římané při svém

⁴⁸ Např. D 24, 1, 7, 6; D 27, 1, 30, 3; D 35, 1, 77, 3; D 35, 2, 15, 1; D 36, 3, 12; D 47, 10, 13, 1 a další. Díky existenci digitální podoby *Corporis iuris civilis* a možnosti fulltextového vyhledávání jsem při přípravě této práce v textech Digest a Institucí vyhledala a prostudovala veškeré zmínky týkající se veřejného práva a soukromého práva, přičemž veškeré relevantní výroky jsou zohledněny v této části práce.

⁴⁹ Srov. BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung*. Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz: W. Kohlhammer Verlag, 1968, str. 14.

⁵⁰ Příčinou takové praxe byla výrazně formální podstata práva, která byla typická zejména pro staré římské právo. Striktní důraz na formu, který vycházel z úzkého sepetí římského veřejného života s náboženstvím, pro provedení určitého právního úkonu úzkostlivě vyžadoval přesné dodržení předepsaného postupu. Právní důvod (*causa*) takového jednání byl až sekundární. Zavedené formální úkony bylo tedy možno využívat i pro zcela jiné případy, než pro které byly původně určeny.

kazuistickým přístupu k právu vůbec registrovali, že k těmto transferům určité právní formy pro jiné, podobné kauzy, docházelo napříč sférami, které dnes označujeme jako soukromou a veřejnou. Ostatně ve starém Římě tyto sféry nevykazovaly zdaleka tolik vzájemných rozdílů jako dnes.

Vztahy osob žijících v římské společnosti byly výrazně vertikálně strukturovány. „Soukromé právo“ neupravovalo pouze právní poměry mezi vzájemně rovnými osobami. Lze zmínit odlišnost právní způsobilosti, kterou měl *pater familias*, od limitované způsobilosti ostatních svobodných osob podrobených jeho moci (tedy členů rodiny a propuštěnců) nebo postavení otroků jakožto věcí. I v této oblasti právních vztahů byl přítomný prvek moci a zejména ve starších dobách dokonce v mnohem intenzivnější míře, než tomu bylo ve vztazích římského státu a římského občana.

Pojem *potestas* znamená moc jednotlivce nad jinou osobou či majetkem. Používal se v římském právu k pojmenování moci otce nad ostatními členy rodiny a rodinným majetkem (*patria potestas*), k označení vztahu pána k otrokovi (*dominica potestas*) nebo zpočátku také k charakterizujícímu označení právních vztahů poručenství či opatrovnictví (*potestas tutoris*, *potestas curatoris*). Ovšem vedle toho se tak nazývala v archaické době původní výsostná moc krále (*potestas regia*), v pozdější době pak moc všech magistrátů vyjadřovat svými projevy vůli státu, která byla závazná nejen pro stát, ale i pro občany – a s tím související moc vynucovat dodržování svých opatření (*potestas magistratus*).⁵¹ Podobně i *imperium* (neboli *ius imperandi*) bylo jednak názvem souhrnného oprávnění majitele rodinné moci nad členy rodiny, jednak i označením pro nejvyšší vládní moc v římském státě, která byla jedním ze základních prvků římského státního zřízení.

Optikou dnešní nauky zhruba umíme rozčlenit jednotlivé „varianty“ římskoprávních institutů do kategorií soukromoprávní a veřejnoprávní. Nicméně prameny, které máme k dispozici, nenasvědčují tomu, že by římstí právníci také takto kategorizovali. Ve svých pojednáních postupovali naprosto kazuisticky. U mnoha právních institutů je doloženo velmi detailní rozlišování jejich aplikace pro různé životní situace, které se promítá do

⁵¹ BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*, str. 217.

vlastní terminologie.⁵² Avšak ani z terminologie, ani z výkladu není doloženo jakékoli obecnější rozřazování jednotlivých variant podle kritéria soukromé a veřejné sféry daných právních vztahů nebo kritéria soukromého a veřejného práva.

Užívání přívlastků „veřejný“ a „soukromý“ v názvech jednotlivých římskoprávních institutů nelze spojovat s příslušností k veřejnému nebo soukromému právu. Označením *publicum* mnohdy nebyl vyjadřován protipól vůči *privatu*. *Publicum* spíše věcně vystihovalo skutečnost, že určitá záležitost – ať už to byla např. veřejná cesta,⁵³ půda, řeka, nebo *iudicium publicum* (veřejný proces) – byla ve větší či menší míře k dispozici všem římským občanům (popř. i dalším osobám).⁵⁴

⁵² Pro ilustraci je vhodné se podívat na jeden ze stovek příkladů, jímž je institut opatrovnictví (*cura*), které se uplatňovalo nad majetkem některých osob *sui iuris*, které jej z nejrůznějších příčin nemohly spravovat samy, nebo nad majetkem, který byl dočasně bez vlastníka. Římané kazuisticky rozlišovali množství specializovaných právních forem opatrovnictví s různě určenými právy a povinnostmi. Rozlišovala se například *cura furiosi* pro opatrování majetku šílence, *cura minorum* pro majetek nezletilce, *cura prodigi* v případě, že byl vlastníkem majetku marnotratník, pro majetek v konkursu se ustanovila *cura bonis distrabendis*, jiný obsah měla *cura heredi* pro dosud nenastoupené dědictví a v tomto výčtu by bylo možné díky kazuistickému myšlení římských právníků, které se otisklo v pestré paletě nejrůznějších specializovaných forem pro každý institut, ještě dlouho pokračovat. Musí být však zmíněny také ty druhy opatrovnictví, které byly vykonávány římskými úředníky ve vztahu k veřejnému majetku – tak například *cura urbis*, která zahrnovala péči o veřejné stavby, dopravu, policii, protipožární a noční službu, *cura annonae* čili péče o zásobování Říma potravinami nebo *cura morum*, jejímž předmětem byl dohled nad veřejnou mravností. Od Augustových reforem byli pro jednotlivé úseky správy ustanovováni zvláštní úředníci – tzv. *curatores* (toto označení bylo identické s označením „soukromoprávních“ opatrovníků). SKŘEJPEK, Michal. *Ius privatum – ius publicum, vzájemné vztahy a souvislosti*, str. 93; BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*, str. 81 a násl. V podobných výčtech dalších, obdobně rozlišovaných římskoprávních institutů by bylo možné dlouze pokračovat.

⁵³ Například Ulpianus říká: „Některé cesty jsou veřejné, některé soukromé a některé místní. (...) Místní cesty jsou ty, které jsou ve vesnicích nebo do nich vedou – někteří je nazývají veřejnými cestami. To je však správně pouze tehdy, pokud nebyly zbudovány také na soukromých pozemcích.“ D 43, 8, 2, 22.

⁵⁴ Výraz *privatus* (soukromý) je v latině odvozen od *privus* (jednotlivý, zvláštní) a označuje se jím tedy to, co se týká jednotlivce. Adjektivum *publicus*, jehož starší podoba zněla *poplicus* (*populicus*) – zde je tedy patrná spojitost s lidem, ovšem s lidem ve smyslu kolektivní organizace, tedy státu (*civitas*) –, pak bývá překládáno jako obecný, státní, úřední apod. SKŘEJPEK, Michal. *Ius privatum – ius publicum, vzájemné vztahy a souvislosti*. In *Acta Universitatis Carolinae. Iuridica*. 2–3/1992, str. 47. Srov. též např. Gaiův výrok (D 50, 16, 16): „Název „veřejný“ odkazuje v mnoha případech na římský lid, neboť města jsou v tomto ohledu považována za soukromé jednotlivce.“

Lze také zmínit další zajímavý jev z období principátu: *fiscus*, pokladna císaře, do níž plynula většina daní a která sloužila k úhradě všech druhů státních výdajů, měla charakter, který bychom mohli označit dnes za polosoukromý. *Princeps* tyto prostředky spravoval jako své vlastní a nikomu z jejich správy nebyl odpovědný (podobný ráz měly i další účelové císařské pokladny, které stejně jako *fiscus* byly vytvořeny bez jakékoli opory v zákoně). V souvislosti s tím se v případě sporů vzniklých mezi těmito pokladnami a soukromými osobami postupovalo obdobně jako v běžném soukromém sporu mezi dvěma římskými občany. Tímto způsobem pojímaný koncept *fiscu* (byť s určitým významovým posunem) byl ostatně např. v rakouském právu přítomný ještě v 19. století.

2.4 Předmět recepce

Pro obsahové vymezení pojmů *ius publicum* a *ius privatum* v římském právu jsme, pokud jde o antické zdroje, v podstatě výhradně odkázáni na Ulpianovy výroky zachycené z úvodu Digest a iustiniánských Institucí. Jiné římskoprávní vymezení těchto pojmů dochováno není. Podle Ulpiana je veřejné právo, „*quod ad statum rei romanae spectat*“ (co se týká záležitostí římského státu), zatímco soukromé právo se týká prospěchu jednotlivců (*ad singulorum utilitatem*) a tvoří je právo přirozené, *ius gentium* a *ius civile*.

Věříme, že v iustiniánských kodifikacích je zachyceno autentické znění Ulpianových formulací. Nepracujeme s hypotézou, že Tribonionova komise tyto Ulpianovy výroky nějakým způsobem upravila (jak to je prokázáno u řady jiných fragmentů Digest) – pro ověření nebo vyvrácení takové pracovní domněnky totiž chybí srovnávací materiál: originální text, z něž komise čerpala. Nevíme, jakou roli zastávalo rozlišování soukromého a veřejného práva v antickém římském právu – v patrně nejpoblárnější učebnici práva autora Gaia takové členění není vůbec zmíněno, v obrovském množství textů zahrnutých do iustiniánských kodifikací se dualismem soukromého a veřejného práva zabývá jeden jediný výrok. Tento Ulpianův výrok navíc soukromé a veřejné právo rozlišuje výslovně v kontextu výuky práva.

Ulpianova charakteristika soukromého a veřejného práva také stěží umožní spolehlivě klasifikovat většinu právních institutů jako soukromoprávní, nebo veřejnoprávní: u kterých lze spatřovat jejich působení v zájmu jednotlivce a u kterých zase orientaci na

zájem státu?⁵⁵ Nezdá se, že by Ulpiana nemožnost jasně oddělit od sebe sféru státního a sféru soukromého zájmu (a tedy i *ius publicum* a *ius privatum* podle jeho vlastního vymezení) nějak zvlášť znepokojovala. Například když pojednává o interdiktu, konstatuje: „Jím je chráněn veřejný i soukromý zájem.“⁵⁶ Svým dovětkem, že se veřejné právo vztahuje na svátosti (*sacra*), kněze (*sacerdotes*) a úřady (*magistratus*), Ulpianus pochopení tohoto pojmu příliš neusnadňuje – spíše naopak. Porovnáme-li jednotlivé výroky z Digest, lze také dojít k závěru, že pojem *ius publicum* nebyl chápán homogenně – a to jak v průběhu vývoje římského práva, tak ani jednotlivými právníky v době klasické římské jurisprudence.

Přestože se tento Ulpianův výrok o soukromém a veřejném právu stal o mnoho staletí později východiskem pro další vývoj v právně-politickém myšlení, který dospěl dokonce až ke ideji dvou samostatných oblastí práva, v době svého vzniku patrně nesledoval nic víc než didaktické rozdělení učební látky nebo věcné rozlišení mezi některými aspekty právních záležitostí jednotlivců a právních záležitostí státu, reflektující zvláštní postavení římského lidu (*populus Romanus*) a jeho státního zřízení (*res publica*).

Lze se také zamýšlet nad tím, proč se kompilátoři Digest spokojili s Ulpianovou semidefinicí jako s jediným vymezením obou pojmů. Je třeba vzít v úvahu i fakt, že Tribonianova komise výroky týkající se veřejného práva ani neseřadila vedle sebe, aby vytvořily souvislejší výklad věnovaný veřejnému právu nebo soukromo-veřejné systematizaci práva. Snad se nedopouštím tendenční interpretace, když vyjádřím své přesvědčení, že právě tato okolnost vypovídá o míře zaujetí rozlišováním soukromého a veřejného práva v římském právu a také o míře praktického uplatnění tohoto rozlišování. Přinejmenším pokud jde o Iustinianovu dobu se tato míra zdá být skutečně zanedbatelnou. Pokud jde o dobu předcházející, nemáme z čeho dovodit, že by tomu mohlo být jinak.

⁵⁵ Pokud bychom vedli do důslednosti úvahy o tom, v čím zájmu je která právní norma, dojdeme k závěru, který už formulovala řada autorů, a sice že zájmu státu slouží jakákoli právní norma, protože stát má koneckonců zájem i na řádném fungování soukromé sféry.

⁵⁶ D 43, 8, 2, 2. (*Et tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur.*)

3. Recepce římského práva

Pro téma vztahu soukromého a veřejného práva je recepce římského práva v kontinentální Evropě klíčovou – bez ní bychom dnes možná o soukromém a veřejném právu vůbec nehovořili. Recepce římského práva se označuje proces spočívající v obnoveném, opětovném působení římského práva.⁵⁷ Jeho počátek je spojen s přelomem 11. a 12. století a prostředím univerzity v italské Bologni, kde došlo k uvědomělému znovuobjevení římského práva. Pozornost boloňských právníků se obrátila k římskému právu prostřednictvím studia iustiniánských kodifikací – tedy Codexu, Institucí a především Digest.⁵⁸

Připomeňme, že *Digesta Iustiniani* (řecky *Πανδέκτης*) představují kompilát výpisků z právnických spisů klasické římské jurisprudence (tj. spisů pocházejících z 2. a 3. století n. l.), čítající 150 000 řádků a seřazený do 50 knih. Iniciátorem této kompilace byl východořímský císař Iustinianus I. (482–565 n. l., císařem od 527), který usiloval o obnovení římské říše v plném lesku – v rámci těchto snah bylo jeho cílem vytvořit pro tuto říši pevný právní řád. Na Iustinianův pokyn vznikl obrovský kodifikační soubor, který byl o tisíc let později pojmenován slovy „*Corpus iuris civilis*“. Tento soubor představují následující celky, jimž byla udělena právní síla zákona: 1. *Codex Iustinianus*, představující kompilát dosud platných císařských konstitucí, 2. *Digesta Iustiniani*, 3. *Institutiones Iustiniani*, pomůcka pro první rok právnických studií, a 4. *Novellae*, sbírka pozdějších Iustinianových konstitucí.⁵⁹

Středověká společnost doby, v níž byly iustiniánské kodifikace objeveny, a její struktura se v mnohém odlišovala od společnosti, v níž předmět studia těchto učenců vznikl. Lišila se

⁵⁷ K pojmu recepce římského práva blíže viz URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 6 a násl.

⁵⁸ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 15.

⁵⁹ BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva*, str. 61 a násl., 79 a násl., 93 a násl., 132, 294 a 313. *Ottův slovník naučný*. Pátý díl. Praha: J. Otto, 1892. str. 648–650.

také úloha státu, způsob rozdělení moci ve společnosti a postavení panovníka jakožto hlavy státu.⁶⁰

3.1 Politický kontext – idea obnovení římské říše

Katalyzátorem šíření zájmu o římské právo ve středověké Evropě byla myšlenka obnovení římského imperia. Tu začala v plné míře prosazovat saská (nebo též „otonská“) dynastie (919–1024). Opírala se při tom o odkaz Karla Velikého a údobí francké karolinské renesance nesené ideou *renovationis imperii*⁶¹ – jejím stěžejním bodem ve státoprávním vývoji byla římská korunovace Karla Velikého na císaře roku 800. Saská dynastie navázala na francké dědictví teorií přenesení římského císařství z franské dynastie (*translatio imperii*). Na rozdíl od Karla Velikého nebyla už svazována nutnými politickými ohledy na Byzanc, a mohla se tak bez omezení hlásit k antické tradici římské říše a (především) římského císařství. Císařská korunovace Oty I. papežem v Římě roku 962 – tedy poté, co Ota I. rozšířil svou moc i na území severní a střední Itálie – představovala zcela novou

⁶⁰ Pokud jde o systém a působení práva této doby, většinou již ustoupil dříve uplatňovaný princip personality práva ve prospěch principu teritoriality práva – ačkoli ještě například koncem 11. století platí v části Itálie právě v důsledku principu personality práva římský *Codex Theodosianus*, oficiální sbírka obsahující císařské konstituce, vydaná roku 438 císařem Theodosiem II. (vidíme tedy, že římské právo bylo – i když jen v míře velmi omezené – živým právem ještě několik staletí po zániku římské říše, a to vlastně až doby, v níž se nově stalo předmětem zájmu právních učenců). Princip personality práva vyjadřoval pravidlo, podle něž každý člověk nabývá svůj právní status na základě své příslušnosti k určité komunitě a tato příslušnost určuje právní řád, kterým se tento člověk řídí, ať už pobývá a jedná na území této komunity, nebo jinde („každý si nese své právo s sebou“). Působení tohoto principu je dochováno už ve starověku, především však došlo k jeho pozoruhodnému rozvinutí po rozpadu Římské říše v nově vzniklých germánských státech, v nichž Germáni žili společně s římským obyvatelstvem a v nichž paralelně vznikají kodifikace germánského práva, nazývané *leges barbarorum*, a kodifikace římského práva, označované *leges romanae barbarorum*. K opouštění tohoto principu ve prospěch zásady teritoriality práva, tedy působnosti určitého práva na daném území, začíná docházet v jednotlivých případech poměrně brzy – příčiny bývají spatřovány zejména v míšení etnik. Tak například už *Lex Visigothorum Reccesvidiana (Liber iudiciorum)* byla na pyrenejském poloostrově kolem roku 654 vydána už s platností pro germánské i římské obyvatelstvo vizigótské říše. V téže době (r. 643) vzniká v království Langobardů na apeninském poloostrově *Edictus Rothari*, který je sice určen výhradně Langobardům, ale přibližně od konce následujícího století už začíná působit jako obecně závazný pro dotčené teritorium. (KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*. 2. vydání. Praha: Linde Praha, 2004, str. 95, 119 a násl., 184 a násl., 350, 378, 700. STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, str. 30 a 39).

⁶¹ Nápis „RENOVATIO ROMANI IMPERII“ měl Karel Veliký dokonce i na své pečeti.

kapitolu v romanizaci středověkého německého císařství a jeho politické teorie o *translatione imperii*.⁶² V souvislosti s tím se začíná i užívat označení „Svatá říše římská“.⁶³ Tímto způsobem se měly jednak vyjádřit, jednak legitimovat politické ambice německých císařů být opět univerzálními vládci, kteří by stáli nad ostatními panovníky, tak jako tomu bylo v době antického Říma. Samozřejmě „politická doktrína středověkého císařství jako vrcholné organizace veškerého křesťanského světa byla, jak známo, vždy více ideovým a programovým požadavkem než reálnou skutečností“.⁶⁴

Zájem o římské právo spočíval v té době jednoduše ve studiu právního řádu antické římské říše, k jejímuž pokračování se středověké císařství hlásilo. Byly to tedy tyto „vnější“ důvody, díky nimž se římskému právu věnovala pozornost – nikoli jeho intelektuální hodnoty. Pro popis této situace používají romanisté slovní hříčku, že římské právo se ocitlo v popředí zájmu středověkých právních učenců „*ratione imperii*“ (proto, že bylo právem římského impéria) spíše než „*imperio rationis*“ (tedy mocí svých obsahových kvalit).⁶⁵

Studium římského práva se rozšiřuje mimo boloňskou univerzitu i na nově zakládané univerzity v dalších evropských městech a dostává se do pozornosti císařství přibližně v době mocenského rozmachu německých Hohenštaufů (1138–1254), kdy dochází k vrcholné míře uplatnění myšlenky císařství jakožto univerzální říše tehdejšího

⁶² Počínaje Otou II. se císaři začínají titulovat „*Romanorum Imperator augustus*“, „*magnus ac triumphator Romanorum imperator augustus*“ a podobně. Fridrich I. Barbarossa se dovolává svých „předchůdců“, mezi nimiž vypočítává Konstantina, Iustiniana, Valentiniana, Karla Velikého a Ludvíka... Blíže viz URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ: od středověku do konce feudalismu*. Brno: Univerzita J. E. Purkyně, 1978, str. 31 a násl., 119 a násl. Za Štaufů jsou pak dokonce císařské zákony vtělovány do *Corporis iuris*.

⁶³ Začalo se používat už v době otonské dynastie, nejstarší dochovaný pramen obsahující název „*sacrum imperium*“ pochází z roku 1157, název „*sacrum Romanum imperium*“ pak z roku 1254. Od konce 15. století se pak tento název rozšiřuje o přídavek „národa německého“.

⁶⁴ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 23.

⁶⁵ URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ*, str. 21; URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 10 a násl.

křesťanského světa. Iustiniánské kodifikace, které byly studovány, obsahovaly vedle řešení právních otázek vztahů mezi jednotlivci také stanoviska vyjadřující se ke státnímu uspořádání doby, v níž vznikl – tedy pozdní římské říše. V tomto aspektu tedy podporovaly mimo jiné silné postavení císaře; vůči takto silné pozici hlavy státu se kompetence středověkých císařů zatím tolik lišily... Spojení římského práva a politické doktríny obnovené římské říše umožňovalo středověkým císařům vznášet nároky na panovnické pravomoci, které by jinak, totiž bez argumentace římskoprávním základem, byly naprosto nemyslitelné a zřejmě i neprosaditelné.⁶⁶ Někteří z boloňských právníků císaři v prosazování a dalším rozvíjení politické ideologie obnovené římské říše významně a přímo pomáhali.⁶⁷

Císař si především nárokoval postavení ochránce a vládce všech křesťanů a také ochránce církve (přičemž z výrazu „ochránce“ ve středověku samozřejmě vyplývá i určité vztah ovládnutí).⁶⁸ Snažil se prosadit teorii, že ostatní panovníci jsou jeho vazaly, jen on sám jim může udělit královský titul apod. Jistě je třeba dodat, že ostatní evropští panovníci pak podle míry své faktické moci císařskou ideologii tu úspěšněji (jako například francouzský král), tu méně úspěšně (česká knížata) ignorovali.

Významným obratem v pojetí císařských pravomocí byla pak nová představa císaře-zákonodárce, kterou umožnila prosadit právě boloňská škola glosátorů – opírala se o iustiniánské kodifikace, v nichž byl panovník nejvyšším zákonodárcem.⁶⁹ Panovník tedy napříště není pouze ochráncem práva, které je nutno nalézat prostřednictvím soudů – on

⁶⁶ Římskoprávní vlivy vykazují např. již legislativní akty, které nechal Fridrich I. Barbarossa schválit na shromáždění na ronkálských polích roku 1158, v nichž jsou formulována práva panovníka (mezi nimi i *regalia*).

⁶⁷ Ke spolupráci hohenštaufských císařů s boloňskou univerzitou viz URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 20 a násl.

⁶⁸ KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 381.

⁶⁹ Tato představa navazovala na římskoprávní koncept *lex regia* – blíže viz URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ*, str. 38 a násl.

sám může prostřednictvím svých zákonodárných aktů do tohoto práva zasahovat, vyvolávat jeho změnu (což se děje vůči obyčejovému právu právem psaným).

Dlužno podotknout, že v době, kdy tato středověká teorie vzniká, ostatně dochází k hospodářským změnám, které nesou s sebou významný ústup od naturální ekonomiky a rozvoj směnných a zbožně-peněžních vztahů, a novým podmínkám ne zcela vyhovuje obyčejové právo staršího feudalismu. Dochází k zakládání měst a rozkvětu městského hospodářství. Asi od konce 12. století se v říšských městech začíná prosazovat po italském vzoru samosprávný systém. V důsledku rozvoje měst přibývá počet svobodných osob v zemi („*Stadtluft mach frei*“). Jistě i v důsledku toho, že říšská (nebo v jiných zemích „královská“) města představují významnou oporu panovníka vůči šlechtě, se z obyvatel měst postupně formuje zvláštní společenská kategorie osob, která později získává i politické zastoupení svého stavu na zemských shromážděních.

Vůči vzrůstající moci císařů se však čím dál razantněji vymezuje papežský stolec, který se snaží prosazovat obdobnou ideu nároku své vlády nad vším křesťanstvem, jaký vznášeli říšští císaři.⁷⁰ V konečném důsledku snahy církevní hierokratické teorie, která byla orientována zejména na oslabení moci císaře, napomáhají k posílení nezávislého a soběstačného postavení jednotlivých států mimo německé území.

Už ve 13. století se tak dá hovořit o krizi středověkého politického univerzalizmu, který je v následující době vystřídán suverénním pojetím státu, u něž formulí „*princeps est imperator in regno suo*“ lze vztáhnout na kteréhokoli panovníka, který není podřízen jinému vladaři.⁷¹ Posílení a nová úloha panovnické moci (především zákonodárné oprávnění) tedy nezůstává omezena pouze na postavení římského císaře, ale uplatňuje se i ve vztahu k vladařům jiných zemí. Příčinou těchto tendencí je kromě výše uvedeného také nové

⁷⁰ Papež Inocenc III. (1198–1216) dokonce dosáhl toho, že většina evropských panovníků – samozřejmě s výjimkou Svaté říše římské – uznala svůj lenní vztah k papežskému stolci.

⁷¹ Tato středověká suverenita se svým obsahem podstatně liší od pozdější koncepce suverenity Jeana Bodina. Její podstatou je nezávislost státu navenek, víceméně zrovnoprávnění krále s císařem. URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ*, str. 46 a násl.

nazírání na stát, které se prosazuje v literatuře vrcholné scholastiky – v ní se výrazným způsobem projevuje vliv nově studovaných spisů Aristotela.⁷²

Navíc i v samotné Svaté říši římské idea císařského univerzalizmu naráží na odpor – o její úpravu do podoby nekolidující se svými vlastními politickými zájmy usilují velcí říšští feudálové, kteří bývají zhruba od první poloviny 13. století označováni jako zeměpáni (*Landesherren, domini terrae*). Právě oni pak z poměrování sil s císařskou mocí budou v následujících stoletích vycházet více a více úspěšně.

3.2 Mos italicus

Středověké římskoprávní školy do velké míry podílely na formování středověkých státoprávních představ a jejich dalším rozvíjení. Boloňští právníci a jejich následovníci, zabývající se studiem římského práva, byli zapojeni do politických zápasů své doby. Jejich intelektuální potenciál ve spojení s římskoprávní erudicí dokázaly nejprve přispět k vytvoření teorie středověkého imperiálního univerzalizmu, nicméně o několik staletí později to byli opět oni, kdo napomohl k jejímu překonání. Těžiště studia a naukového díla italských škol ovšem spočívalo především v oblasti právních vztahů, které dnes řadíme do práva soukromého.⁷³

První dvě „generace“ studující objevené iustiniánské kodifikace se zformovaly na území dnešní Itálie: příslušníci první generace jsou označováni jako glosátorů, na ně navázala pak škola komentátorů (neboli postglosátorů) – označení každé z těchto škol odráželo stěžejní metodu jejího přístupu k CIC. Pro přístup k právu, který byl oběma těmito školám společný, se rozšířilo označení *mos italicus*. Práce glosátorů spočívala ve studiu iustiniánských kodifikací, jejichž text průběžně opatřovali vpisováním svých poznámek

⁷² Nově se rozvíjí teorie o přirozené povaze státu, který je důsledkem přirozeného řádu lidské společnosti, a tedy sám o sobě dobrým zřízením. Posiluje se tak mimo jiné i postavení panovníka, který je nazírán jako panovník z Boží vůle. Jedním z nejzajímavějších spisů tohoto zaměření je jistě *Policraticus*, napsaný v druhé polovině 12. století Johnem ze Salisburie (kolem 1120 – 1180).

⁷³ Ostatně, mluví-li se vůbec o recepci římského práva, bývá zpravidla bezprostředně připojováno upřesnění, že se toto přejímání týkalo téměř výlučně římského práva „soukromého“.

(glos). Komentátoři již přikročili k vypracovávání souvislejších výkladů komentovaných textů.⁷⁴

Mos italicus pracoval s iustiniánskými kodifikacemi scholastickou metodou. K římskoprávním textům tito právní učenci vzhlíželi jako k autoritě, nezrušitelné pravdě, kterou je třeba poznávat a vykládat, nikoli přezkoumávat. Pro obě dvě generace italských škol byla typický značně kazuistický přístup. Odpovídalo to ostatně i antické právní praxi, zachycené v Digestech a Institucích – i římstí právníci se zaměřovali na řešení jednotlivých právních problémů a nějaká vyšší koncepční systematika nebo pojmové třídění stály mimo jejich zájem.

Generace komentátorů obohatila římskoprávní myšlení, jak je poznávala z iustiniánských kodifikací, o obecné pojmy. Výrazové prostředky, jaké tedy dnes používáme, zabýváme-li se římskoprávní (ale mnohdy i jinou právní) úpravou, nejsou totiž antického původu, ale pocházejí právě z nauky vytvořené komentátory (ačkoli právní pojmy vytvářeli či o nich uvažovali jen v mezích svého kazuistického přístupu) a jejich následovníky. Z tohoto důvodu se také právě také představitelé středověkých římskoprávních škol považují za první představitele právní vědy.⁷⁵

Generace komentátorů navíc v prostředí italských republik začala v drobném měřítku postupně aplikovat některá římskoprávní pravidla v praxi – v případech, kde nebylo možné použít platné místní právo. Připomeňme si, že glosátoři i komentátoři se zabývali studiem mrtvého práva, které již několik set let (pomineme-li určité partikulární výjimky) neplatilo. V době *trecenta* však v prostředí italských městských republik s vlastními partikulárními právy vyvstala potřeba rozhodování sporů, při nichž by se neaplikovalo žádné lokální právo, ale obecná pravidla, která by bylo možno považovat za objektivně spravedlivá. V této souvislosti byly oslovovány univerzity k poskytování právních

⁷⁴ Ke glosátorské škole blíže viz URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 13 a násl. Ke komentátorské škole blíže viz URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 28 a násl.

⁷⁵ Srov. URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 36 a násl.

dobrozdání. Touto pozvolnou praktickou recepcí se z literárního římského práva postupně stávalo živé právo a současně se začala rozvíjet jeho úloha jako práva obecného – *ius commune* (ve vztahu subsidiarity k místním právům italských měst).⁷⁶ Na území Itálie tak došlo již ve středověku k jevu, který byl předznamenáním evropského vývoje, který nastal až o několik staletí později.

Právní vztahy, k jejichž řešení se *ius commune* formovalo, a které tedy určovaly jeho obsahovou náplň, měly především majetkoprávní povahu. To ostatně byla oblast, která byla v římském právu nepropracovanější – a v platných, podstatně primitivnějších, právních pravidlech středověkých společností neměla odpovídající úpravu, která by dostačovala potřebám tehdejšího prudkého rozvoje ekonomických vztahů.

Římskoprávní vzdělanost, jejíž pěstování se brzy stala takřka celoevropským trendem, se do dalších zemí rozšiřovala ve formě vycházející z italských škol – nedocházelo tedy k přejímání původního římského (resp. iustiniánského) práva, jeho norem či institutů, nýbrž k recipování římského práva již zpracovaného italskými školami.⁷⁷ *Mos italicus* ovládal evropské právnické fakulty a učení právníci, což znamenalo právníci vzdělaní v římském právu, se těšili mimořádné společenské prestiži. Do Francie a v určité míře i do Anglie tak bylo římské právo importováno v podobě právní doktríny školy glosátorů, zatímco střední Evropu včetně Německa ovlivnila až teprve nauka postglosátorů.⁷⁸ Na školu postglosátorů, o níž lze hovořit jako o první skutečné právní vědě, opřené o systematické obecné pojmy, od raného novověku navazuje v Německu právní věda nazývaná *usus modernum pandectarum*.

⁷⁶ k tomuto procesu blíže URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 30 a násl.

⁷⁷ URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ*, str. 16.

⁷⁸ URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ*, str. 10.

3.3 Praktická recepcce římského práva

Proniknutí římského práva do reálné právní praxe – a to hned v několika směrech – iniciovalo zřízení říšského komorního soudu (*Reichskammergericht*) roku 1495 císařem Maxmiliánem I. (1459–1519). Vznik nové soudní instituce byl součástí jeho reform, kterými se snažil zabránit decentralizačním tendencím v říši, projevujícím se především vzestupem moci jednotlivých zeměpánů.⁷⁹ Ti – krom jiného – na svých teritoriích vykonávali prakticky samostatnou správu i soudnictví.

Nově založený říšský komorní soud byl příslušný pro žaloby z porušení zemského míru, v civilních žalobách proti osobám „říšsky bezprostředním“⁸⁰ a také jako odvolací soud ve věcech sporů mezi zeměpány a jejich poddanými.⁸¹ Pro další vývoj je však nejdůležitější soudní řád této nové instituce z téhož roku, kdy byla založena: podle něj měl *Reichskammergericht* rozhodovat v první řadě podle „obecného práva říše“ a až sekundárně

⁷⁹ Paralelně s tím, jak od 13. století postupně císař ztrácel proklamovanou silnou mocenskou pozici vůči ostatním evropským státům a vůči církvi, docházelo k jejímu oslabování i uvnitř samotné říše, a to vytrvalým úsilím zeměpánů. Rolí v tom jistě sehrála okolnost, že německý císař byl panovníkem voleným nejvýznamnějšími říšskými feudály – kurfiřty, což s sebou neslo nutný důsledek politických ústupků úspěšných kandidátů vůči volitelům. Zeměpánové si tak postupem doby vymíňovali na císařích čím dál silnější postavení ve svých teritoriích. Už roku 1220 vydává Fridrich II. Sicilský Štaufský listinu *Confoederatio cum principibus ecclesiasticis*, v níž potvrzuje nároky duchovních knížat na trvalou držbu světských lén, roku 1232 uděluje a potvrzuje v listině *Statutum in favorem principum* zeměpánům řadu privilegií a imunit. Dalším císařským zákonodárným aktem, který přispěl k oslabení centrální moci v říši, je i Zlatá bula Karla IV. z roku 1356, v níž je kurfiřtům na jejich územích přiznána plná zemská výsost, která zahrnuje i výkon některých regálů, a privilegium *iuris de non appellando* (vyloučení možnosti odvolání se od jejich soudů ke královskému dvorskému soudu – *Hofgericht*) s privilegiem *iuris de non evocando* (to znamenalo zřeknutí se obecné výsosti krále vztáhnout k svému rozhodování jakýkoli spor v říši), která měla za následek prakticky autonomní soudnictví. KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 383 a násl.

⁸⁰ *Reichsunmittelbarkeit* – říšská bezprostřednost – byla označením přímé podřízenosti „císaři a říši“. Kromě zeměpánů a říšských měst patřili mezi *Reichsunmittelbaren* také říšští rytíři a říšské vesnice. KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 385.

⁸¹ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 21. Je ovšem zapotřebí mít na vědomí také existenci značného množství udělených privilegií *de non appellando*, které měly za následek vyloučení z příslušnosti tohoto soudu.

přihlížet k právnímu řádu jednotlivých teritorií. Oním obecným právem říše se přitom rozumělo římské právo.

Moment založení říšského komorního soudu v tomto důsledku považuje za počátek skutečné (tzv. praktické) recepce římského práva na území Svaté říše římské. Od této doby se římské právo začíná uplatňovat zcela novým způsobem: jeho materie se používá i ve skutečném právním životě.⁸² Dodejme, že „římské právo“, které se začalo u říšského komorního soudu aplikovat, byla v podstatě škola právního myšlení komentátorů, tedy nejen římskoprávní materie, ale i způsob myšlení a nakládání s touto materií, tak jak se ostatně až dosud vyučovaly na univerzitách.

Povšimněme si, že k uvedení římského práva do právního života dochází až v době, kdy už ideologický obraz římského práva na německém území jakožto práva obnoveného římského impéria nutně vybledl, tak jak v procesu decentralizace říše i upevňování moci církve a ostatních evropských zemí spolu ztratila jakoukoli účinnost doktrína obnovení římské říše.⁸³ Těžko tedy říci, jaký byl tedy skutečný podnět k zavedení římského práva do praktického života: zda to měl být jeden ze způsobů, jimiž se Maxmilián I. v rámci svých fantaskních politických ideálů snažil oživit relikv středověké německé imperiální doktríny, nebo zda bylo příčinou *imperium rationis* římského práva a římskoprávní kultury jako vhodného východiska pro fungování německé říše, jejíž právní život se v té době skládal z bezpočtu místních práv jednotlivých teritorií a měst, která navíc byla ještě rozdělena pro jednotlivé skupiny obyvatel napříč společenskými stavy. O čem však víme jistě, je poměrně kuriózní činitel, který významným způsobem podpořil recepci římského práva na německém území: smyšlený příběh o tom, že císař Lothar III. na svém italském válečném tažení roku 1135 věnoval svým spojencům vzácný rukopis Digest a zároveň přikázal, aby

⁸² URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 74. Do té doby – což i mimo jiné vyplývá z předchozího výkladu – se lze v říši samozřejmě také setkat s jednotlivými projevy obnoveného zájmu o římské právo – avšak spíše v státnických listinách nebo v proměně nahlížení na postavení panovníka než v právní praxi. Je však třeba mít na paměti, že v záležitostech spadajících do oblasti kanonického práva (včetně procesu) už se římské právo aplikovalo.

⁸³ O pohřbení středověkého ideálu univerzální světové říše a naopak zvolna se probouzejícím národním vědomím vypovídá i rozšíření názvu říše do podoby „Svatá říše římská národa německého“, k němuž dochází zhruba v polovině 15. století.

římské právo bylo vyučováno na univerzitách a aplikováno na soudech v říši. Tato tzv. lotharovská legenda odůvodňovala platnost římského práva nikoli ideou obnoveného římského impéria, ale tím, že bylo již dávno zavedeno rozhodnutím císaře – tedy zákonem. Objevila se v Německu nejpozději na konci 15. století, přičemž po dlouhou dobu byla právníky i jinými učenými považována za historickou skutečnost, a to až do roku 1643, kdy její nereálnost – a tedy i absenci zákonné závaznosti římského práva pro německou říši – odhalil a prokázal profesor medicíny a geniální polyhistor Herman Conring.⁸⁴

Další důležitá novinka, která se týkala zřízení říšského komorního soudu, bylo složení jeho soudců: z poloviny je tvořili šlechtici a z poloviny učené právníci. Záhy začali tento způsob personálního složení soudu napodobovat i zeměpáni a v důsledku toho dosavadní laické přísedící – tzv. šéfy (*Schöffen*) – z řad šlechty nahrazují vzdělaní právníci. Že tito právníci v soudní praxi uplatňují to, v čem byli na univerzitách vyškoleni, totiž římské právo, není jistě nutné zvlášť zdůrazňovat. Navíc se objevuje i praxe zasílání zvlášť složitých případů k odbornému posouzení právními fakultám. Právní život v římsko-německé říši se tedy výrazným způsobem profesionalizuje (a v rámci toho i postupně romanizuje). Právníci však nepůsobí pouze v soudnictví – teritoriální vladaři je využívají i ve svých panovnických radách, v nejrůznějších stupních a oblastech administrativy, zastávají také diplomatické funkce. Svými schopnostmi a odbornými dovednostmi tedy školení právníci pomáhají zeměpánům budovat jejich teritoriální útvary – a jak se později ukáže, poskytnou v budoucnu i ideologickou podporu pro posílení zeměpanské moci na úkor říše, která povede až k panovnickému absolutismu (na úrovni teritoriálních států).

V této době, tedy v průběhu 16. století, se také masivně přistupuje ke kodifikaci práva, a to především oblastních práv na úrovni teritorií a významných měst. Jejich podstatou je ponejvíce shrnutí a uspořádání dosavadního značně nepřehledného obyčejového práva a

⁸⁴ Učinil tak ve svém spise *De origine iuris germanici*. Blíže viz např. SCHULZE, Hermann. *System des deutschen Staatsrechts Einleitung in das deutsche Staatsrecht*. Svazek 1. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1865, str. 60. Nesmírně poutavým způsobem vykládal o odhalení nepravdivosti lotharovské legendy také Otto Stobbe v rámci své přednášky při příležitosti zahájení svého rektorátu na univerzitě v Breslau. STOBBE, Otto. *Herman Conring, der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte*. Rede beim Antritt des Rectorats der Universität Breslau am 15. October 1869 gehalten. Berlin: Verlag von Wilhelm Hertz, 1870.

jeho nové zpečetění zákonnou formou. V řadě případů pak dochází i k tomu, že tyto kodifikace obyčejové právo nejen shrnují, ale zároveň je i pozměňují – častěji ve městech, nicméně v některých případech bylo takto reformováno teritoriální *Landesrecht*.⁸⁵ Právě v zákonodárné činnosti na úrovni jednotlivých teritorií bývá spatřován jeden z projevů novověké státnosti těchto územních celků.⁸⁶ Vzhledem k tomu, že na přípravě kodifikačních prací se mnohdy podílejí školení právníci, promítá se v takových případech do těchto sbírek vedle domácího práva často i právo římské.⁸⁷

Ustavení říšského komorního soudu pak mělo ještě jeden důležitý aspekt: tak, jak na něm byly rozhodovány také spory mezi poddanými a zeměpány, docházelo v jednotlivých případech k potřebě vymezení jejich vzájemného postavení, souvisely-li vztahy z něj vyplývající s předmětem žaloby. Záležitosti, které do té doby byly převážně výsledkem vývoje faktického mocenského postavení jednotlivců v daných místních podmínkách (ve spojení s původním obyčejem), se nyní stávaly otázkami soudními, a tedy i právními. Soud se tedy nyní musel zabývat i takovými záležitostmi, které dosud byly ponechány – tak jako ve starém Římě – sféře politiky.

3.4 Mos gallicus

Proti postglosátorské škole, jejíž pracovní postup spočíval na scholastické metodě, tvoří jakousi protiváhu právní humanismus a jeho historicko-kritická metoda. Vznikl v 16. století, a to dokonce právě z odporu vůči způsobu práce komentátorů.⁸⁸ Pro právní humanismus, nazývaný také *mos gallicus*, je typickým požadavkem návratu k původním pramenům římského práva a jejich kritického, nepředpojatého studia. S tím souvisí

⁸⁵ Tyto kodifikace nesou v některých případech příznačný název „*Reformation*“. K jednotlivým zákonodárným počínům měst i zemí blíže viz WIEACKER, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. výtisk 2. vydání z roku 1967. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, str. 189 a násl.

⁸⁶ EISENHARDT, Ulrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*. 4. vydání. München: C. H. Beck, 2004, str. 184.

⁸⁷ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 78.

⁸⁸ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 51.

samozřejmě odmítnutí zprostředkující práce škol glosátorů a komentátorů. Právní humanisté aplikovali historicko-kritický přístup také k samotné iustiniánské kodifikaci.

Ohniskem zájmu právních humanistů bylo klasické římské právo. Jeho představitelé vycházeli ze zcela odlišného právně-politického prostředí než zástupci „italských“ škol – ve Francii, která nejsveřepěji a nejúspěšněji odolávala politické doktríně o jediném světovém impériu, kterým byla obnovená říše německých císařů, se římské právo jistě neuplatňovalo proto, že by bylo považováno za právo obnovené římské říše. Nebyl tedy ani důvod vzhlížet k iustiniánské kodifikaci jako ke zdroji práva, které je třeba pěstovat a zachovávat. Pro právní humanisty tak *Digesta* ani *Codex* nepředstavovaly nevyvratitelnou autoritu – část těchto učenců rozšířila svůj zájem i na platné právo.

Jedním z přínosů tohoto právněvědeckého proudu bylo pojetí vlastnictví jako svobody – na rozdíl od dosavadního postglosátorského nahlížení vlastnictví jakožto mocenského vztahu.⁸⁹ Právní humanismus rovněž formuloval pojem subjektivního práva a pro podobnost některých stanovisek jej lze dokonce považovat za předchůdce pozdější racionalistické přirozenoprávní školy – především i pro sekularizované pojetí spravedlnosti, vycházející z řecké *epieikeie* (επιεικεια).

Nicméně *mos gallicus* zůstal záležitostí užšího okruhu velmi vzdělaných učenců a ve své době právní praxi významně nezasáhl. V ní nadále dominoval *mos italicus*, tedy tradice italských škol glosátorů a především komentátorů – snad především proto, že komentátoři a jimi ovlivnění právníci si již dříve vydobyli svými úspěchy v praktickém právním životě značné uznání a stali se skutečně vlivným intelektuálním stavem v pozdní středověké a raně novověké společnosti.

⁸⁹ Tato skutečnost souvisí s výraznými změnami životního stylu a hospodářských vztahů raného novověku, které se v mnohém nutně rozcházely s konceptem feudální závislosti. Právě zmíněné platilo ještě více ve francouzském prostředí, v němž hrál významnou ideologickou úlohu kalvinismus, podporující podnikání. Právě mezi stoupence kalvinismu právní humanisté většinou patřili.

4. Reflexe pojmů soukromého a veřejného práva a jejich vývoj

První etapy procesu recepce římského práva, který započal v Evropě v době vrcholného středověku, spočívaly ve studiu iustiniánských kodifikací (*Corpus Iuris Civilis*) – tedy Codexu (a Novel), Institucí a Digest. Svým rozsahem a náplní měla z těchto kodifikací pro budoucí právní vývoj (ale i pro naše téma) největší význam nepochybně Digesta jakožto kompilát děl klasické římské jurisprudence, nicméně středověké i novověké myšlení právníků vzdělávaných v římském právu bylo determinováno i iustiniánskými Institucemi. Výraz „*institutiones*“ používali římsští právníci jako obvyklý název pro učebnice práva. Iustiniánské *Institutiones*, které ve velké míře čerpají z populárních Institucí římského klasického právníka Gaia, byly v rámci procesu recepce používány až hluboko do novověku jako základní učební pomůcka, s níž bylo univerzitní studium práva (čili římského práva) zahajováno (popřípadě se později v novověku jednalo o různá přepracování a aktualizování této východořímské učebnice). Právě struktura iustiniánských Institucí, hýčkaná tradicí, ku příkladu ovlivnila následně v míře snad až přehnaně i podobu rakouského občanského zákoníku z roku 1811.

4.1 Mos italicus

Středověcí právní učenci se prostřednictvím studia masy textů obsažených v iustiniánských kodifikacích setkali také s pojmy *ius publicum* a *ius privatum*. Nicméně římská právní didaktika a praxe, zachycená v Institucích a Digestech, se zaměřovala na řešení konkrétních právních problémů a pojmy soukromého a veřejného práva stály zcela stranou její pozornosti. Rozlišování práva soukromého a práva veřejného, jak je zachyceno v Digestech, nepředstavovalo kategorizaci práva, která by prostupovala a systematicky pořádala jednotlivé právní instituty v pojednáních představitelů římské klasické jurisprudence.

Středověcí právníci, kteří se s iustiniánskou kompilací římskoprávních pouček seznamovali, žili ve společnosti, pro jejíž upořádání dichotomie soukromého a veřejného rozhodně nebyla přílehavá a aplikovatelná. Tehdejší způsob uspořádání sociálních vztahů neumožňoval *publicum* a *privatum* nějak zásadně rozlišovat.

Těžiště studia a naukového díla italských škol spočívalo především v oblasti majetkových právních vztahů, které dnes řadíme do práva soukromého.⁹⁰ Toto adjektivum v jeho dnešním významu však bylo středověkým právníkům ještě cizí. Pro dnešní pojmy soukromého práva a veřejného práva bychom v právních poměrech středověkého prostředí jen obtížně hledali koncepční modely. Totéž lze říci i pojmech *ius publicum* a *ius privatum* v jejich pojetí klasickou římskou jurisprudencí, jak je lze dovozovat interpretací z textů iustiniánských kompilací.

Mos italicus recipoval–studoval římskoprávní učení v jeho celku, aniž si pojmů *iuris publici* a *iuris privati* všimal. Představitelé středověkých římskoprávních škol ještě rozdílem mezi právem veřejným a soukromým nezabývali. Lze dokonce usuzovat, že tyto pojmy ani nechápali.⁹¹ Velmi ilustrativním příkladem může být teorie děleného vlastnictví, jejíž základy jsou spojeny s boloňskou školou glosátorů a kterou rozvinula poté následující generace postglosátorů: ti v návaznosti na faktickou podobu společenských vztahů ve své teorii spojili pojem přímého vlastnictví (*dominium directum*) s vrchnostenskými oprávněními feudálního vlastníka půdy – tedy s určitou mírou politické moci.⁹²

Vypovídací hodnotu mají v tomto ohledu i české texty ze 16. století, které dokládají, že pojmy *ius publicum* a *ius privatum* byly s úctou užívány, nicméně jejich obsah se značně odchyloval od římského práva. Překlad Institucí do češtiny z roku 1562 podává větu o veřejném a soukromém právu následovně: „Obecné právo jest, kteréž k stavu obecnému lidu římského zření má; obzvláštne právo jest, jenž k jedné osoby toliko užitku neb prospěchu přináleží.“ Podobně v Právech městských království českého od Pavla Kristiána z Koldína se uvádí: „Dělí se právo na dvě, Ius publicum, totiž na právo obecné, kteréž

⁹⁰ Ostatně, mluví-li se vůbec o recepci římského práva, bývá zpravidla bezprostředně připojováno upřesnění, že se toto přejímání týkalo téměř výlučně římského práva „soukromého“.

⁹¹ Srov. URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 36.

⁹² Blíže viz URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ*, str. 71 a násl.

vůbec na všechny se vztahuje: et in Jus privatum, a na právo obzvláštní, kteréžto toliko některých osob vlastně se dotýče, a na jisté krajiny aneb města obzvláště se vztahuje.⁹³

V metodě komentátorů a jejich přístupu k (římskému) právu pokračoval na území Svaté říše římské směr, pro který se vžil název *usus modernus pandectarum*. V jeho rámci se římské právo (recipovalo se v podobě zpracované komentátory) postupně stalo obecným právem. Zatímco však pro generaci komentátorů představovalo *ius commune* subsidiární zdroj práva, před nímž mělo vždy přednost místní právo, v prostředí německého soustátí v novověku nabylo přednost před domácím právem. Extrémní právní partikularismus teritorií a paralelní říšská soudní struktura jen posílily vliv římského práva jako „obecného práva Říše“. Domácí právo začalo s recipovaným „obecným“ právem splývat a došlo k jejich vzájemnému promísení.⁹⁴

Pro *usum modernum* je po dlouhou dobu příznačná výrazná kazuistika – ta odpovídala jak povaze obsahu iustiniánských kodifikací, tak zaměření představitelů německé právní vědy na soudní praxi. Podíváme-li se na právní literaturu 16. a 17. století, jedná se zpravidla o práce, které mnohdy už svým názvem odkazují na iustiniánská Digesta (Pandekty) nebo Instituce. Každopádně se jedná o „iustiniánské“ právo, v podobě zpracované komentátory a přizpůsobené potřebám německé soudní praxe.⁹⁵

4.2 Právní humanismus – počátky rozlišování soukromého a veřejného práva

Stoupenci právního humanismu měli – oproti italským římskoprávním školám – možnost daleko volnějšího uchopení římského práva. Tuto okolnost dokázali využít jednak v rozvinutí nového způsobu systematického právního myšlení, jednak v pokusech o nové

⁹³ Cit. podle ELIÁŠ, Karel. Racionalita zpochybňovaného: příspěvek k funkcionalitě právního dualismu. In GERLOCH, Aleš, ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, str. 24.

⁹⁴ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 77 a násl.

⁹⁵ SOMMER, Otakar. *Prameny soukromého práva římského*. Praha: nákladem vlastním, 1932, str. 165.

věcné uspořádání práva (upustili od dosavadního, italskými školami užívaného tzv. legálního pořádku, který obkresloval řazení obsahu v iustiniánských Digestech, popř. Institucích).

Právě snaha o nové, vhodnější řazení zpracovávané látky přivedla k myšlence využít k tomu Ulpianovo rozlišování *iuris publici* a *iuris privati* **Nicolause Vigelia** (1529–1600), německého představitele proudu právní vědy, který byl ovlivněn humanismem a bývá pro svůj důraz kladený na soustavné uspořádání právní materie někdy nazýván právním systematikem. V předmluvě ke své knize *Institutiones Iuris Publici Libri III* (1572), která je vůbec prvním samostatným dílem majícím v názvu „veřejné právo“, Vigelius uvádí, že řazení látky v iustiniánské kodifikaci je značně nepřehledné a je třeba ji systematicky přeuspořádat. Tím je v podstatě vystižen obsah uvedeného díla: Vigelius do něj vybral z *Corporis iuris civilis* a seřadil vše, co z jeho pohledu bylo možno subsumovat pod pojem veřejného práva. Vigelius se tedy v tomto spise vůbec nezabýval platným právem své doby (pouze tu a tam poznamenává, že dotčený institut už dnes neplatí).⁹⁶ To ovšem nebylo nijak v nesouladu se soudobou univerzitní praxí.

Obdobným způsobem jako Vigelius – totiž jako východisko pro uspořádání výkladu – využívá o několik let později pojmy *ius publicum* a *ius privatum* původem francouzský humanista **Hugo Donellus** (Hugues Doneau, 1527–1591), který působil od roku 1572 v Nizozemí a Německu. Ve svém díle *Commentariorum de iure civili* tvůrčím způsobem vychází z Ulpianovy semidefinice a rozvíjí vlastní obsah pojmů *ius publicum* a *ius privatum* (čímž formuluje originální zájmovou teorii této dichotomie): všechno, bez čeho by nebyla možná existence státu – tedy co náleží *statum rei publicae* –, zahrnuje do oblasti veřejného práva. Poněkud překvapivě pro dnešního právníka ovšem k těmto záležitostem v první řadě počítá plození dětí a veřejná místa.⁹⁷ Nicméně není to tím, že by nahlížel tak zužujícím

⁹⁶ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 17; STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988, str. 74.

⁹⁷ „Dixi jus publicum esse quod est de rebus ad statum reipublica pertinentibus ad hunc statum pertinere eas res sine quibus respublica vel civitas stare non possit. Quae sint eae res, quaerimus. Earum duo genera sunt. Quaedam enim sunt civitatis natura sua : quaedam civitatis habentur propter aliud non propter se ipsas. Natura sua civitatis voco, sine quibus nec ab initio quidem potest constitui civitas, quibus iisdem in pacata etiam, et tranquilla

pohledem na soukromou sféru jednotlivců a jejich zájmy: Donellus tímž záležitostem stejně tak přiznává, že jsou i v zájmu soukromých jednotlivců, a probírá je poté i z hlediska soukromoprávního. Neužívá tedy rozlišení oblastí soukromého a veřejného práva jako kritéria ke kategorizaci jednotlivých právních norem, institutů či předpisů.⁹⁸ *Ius publicum* a *ius privatum* pro Donella nepředstavují dvě oblasti práva, nýbrž spíše dva právní obory, vymezené převažujícím zájmem státu, nebo jednotlivce. Z toho také vyplývá jeho stanovisko, že většinu pravidel a předpisů má veřejné právo společných s právem soukromým a ta pravidla veřejného práva, která se výjimečně odlišují od soukromého práva, představují *ius singulare*, tedy výjimky z obecného práva.⁹⁹ Jak vidíme, Donellus Ulpianovy *iuris studii duae positiones* interpretoval a dále rozvíjel jako dva *žorné úbly*, nikoli jako dva *předměty*. Jeho přístup k navázání na Ulpianovu formulaci *ius publicum* a *ius privatum* sice v následujícím vývoji ustoupil do pozadí a stal se prozatím slepou vývojovou větví – nicméně lze se zcela důvodně domnívat, že byl vůči římskému právu přiléhavějším.

V Donellově linii pokračuje i jeho žák **Mello Brunsema** (1557–1610), který k veřejnému právu, určenému veřejným prospěchem, řadí výchovu dětí, dobré mravy, ochranu společnosti před vnitřním a vnějším zlem apod. Ani další Donellův významný současník, rovněž představitel francouzského právního humanismu, **Jacobus Cujacius** (Jacques Cujas, 1522–1590), při své interpretaci Ulpianova výroku v souladu s římskoprávními prameny nedospívá k závěru, že by *ius privatum* a *ius publicum* měly představovat samostatné právní oblasti.¹⁰⁰

republica civitas carere non potest. Eas res sunt duae: sobolis procratio et loca civitatis usibus publicis civium necessaria.“ (Ius publicum a ius privatum, kniha II, kap. V, čl. VI–VII) DONELLUS, Hugo: *Opera omnia: commentariorum de iure civili*. Tomus primus. Cum notis Osualdi Hilligeri. Florentiae 1840, str. 218.

⁹⁸ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 17 a násl.

⁹⁹ „Nam primum in iis quae jure publico civitatibus tribuuntur, multa sunt communia cum jure privato. Multa proinde, quae iisdem regulis, et praeceptis juris contineantur. Ideo in his jus privatum prius cognosci oportet. Tum autem si quid hic dissidet a jure privato, id singulare jus est, exceptum a jure et causa privatorum.“ (Ius publicum a ius privatum, kniha II, kap. VI, čl. XVI) DONELLUS, Hugo: *Opera omnia*, str. 232.

¹⁰⁰ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 75.

Tentýž náhled na právo zastává i vynikající německý právní teoretik a filosof **Johannes Althusius** (1557–1638).¹⁰¹ V jeho spise *Dicaeologica*¹⁰² (1617) zaujme především pojmání práva jako jednotného celku, systému. Althusius vždy daný typ právních institutů (například smlouvy, delikty apod.) rozčlení v přehledném schématu, uvádí jejich společná, obecná pravidla a poté se zabývá jednotlivými typy a v rámci nich i jejich zvláštními variantami. Všímá si při tom průběžně – mezi jinými – i odlišností, které se objevují tehdy, je-li nějakým způsobem přítomen veřejný prvek (např. mandátní smlouva užitá pro účel úpravy výkonu úřední funkce).¹⁰³ Nicméně necítí potřebu vydělovat tyto vztahy do nějaké zvláštní uzavřené oblasti práva.

V souvislosti s právě popsaným systematickým přístupem představitelů právního humanismu je třeba mít na zřeteli poměrně důležitý fakt: jejich studium a jejich myšlení bylo záležitostí úzkého okruhu velmi nadprůměrně disponovaných právních učenců. Právní praxe – ani ve Francii, ani jinde – si jejich prací téměř nevšímala, žila podstatně jednodušší kazuistickou metodou komentátorů (*mos italicus*).

4.3 Ius publicum jako nový studijní obor

V raně novověké Svaté říši římské národa německého (jejíž součástí bylo i území našeho dnešního státu) se právníci setkávali ve své praxi s velmi rozmanitými úkoly, které zahrnovaly aplikaci práva i jeho spoluutváření. Už bylo uvedeno, že jim byly mnohdy svěřovány významné funkce ve státní či městské správě. Přesto základem vzdělávání studentů práva na univerzitách zůstával *Corpus iuris civilis* v komentátorské tradici. Tato

¹⁰¹ Johannes Althusius působil na území dnešního Nizozemí. Proslavilo ho především jeho dílo *Politica methode digesta* (1603), v němž mimo jiné předkládá teorii suverenity vycházející z lidu a koncepci společenské smlouvy jakožto základu státu. Otto von Gierke, který znovuobjevil Althusiovo dílo v 70. letech 19. století, zastával názor, že právě odsud čerpal Jean Jacques Rousseau při svém učení o *contrat social*.

¹⁰² *Dicaeologica* (*Dicaeologicae libri tres, totum & universum jus, quo utimur, methodice complectentes*) je rozšířenou verzí autorova dřívějšího díla *Jurisprudentia Romana* z roku 1586. BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 19.

¹⁰³ Hlava 83, čl. 25. ALTHUSIUS, Johannes. *Dicaeologicae libri tres. Totum & universum jus, quo utimur, methodice complectentes*. Editio secunda priori correctio. Prostant Francofurti: apud Haeredes Christophori Corvini, 1649, str. 295.

metoda výuky římského práva se považovala za dostatečnou pro zvládnutí případů v praxi.¹⁰⁴ Stranou zájmu univerzitního vzdělávání zůstávalo platné právo, a to nejen „staré“ obyčejové právo, ale i nově vznikající předpisy, jakými byly kodifikace městských a zemských práv nebo např. policejní řády, o nichž ještě bude řeč. Především však, tak jako tomu bylo i v předcházejících staletích, právní výuka i právní věda věnovaly svou pozornost téměř výhradně těm otázkám, které řadíme dnes do okruhu soukromého práva.

Že tento stav nebyl zdaleka ideální, vyslovil už v roce 1539 významný představitel německé právní vědy **Johannes Oldendorp**¹⁰⁵ (kolem 1487 – 1567) v první kapitole své knihy *Iuris naturalis gentium et civilis εισαγωγή*. Stěžuje si v ní, že právníci jeho doby dokáží sice, pokud jde o soukromoprávní záležitosti, citovat stovky předpisů, ale nevědí nic o tom „*quamquam ad publicum pertinent statum*“ – tedy o tom, co se týká veřejných záležitostí.¹⁰⁶ Vznáší požadavek na reformu výuky práva, která by měla dostatečně vzdělávat právníky jak ve věcech soukromých, tak v záležitostech veřejných. Podle jeho představy by totiž univerzity měly vychovávat právnícké odborníky, kteří by byli schopni uplatnit své znalosti ve veřejném životě, a ovlivňovat tak jeho fungování. Oldendorp přichází se dvěma stanovisky, jejichž obdobu nenalezneme (přínejmenším není dochována) u jeho současníků ani předchůdců: jednak naprosto přesvědčeně volá po spravování „státu na jeho různých stupních“ právníckými odborníky, jednak požaduje i podřízení aktuálních veřejných – tedy politických – vztahů právu. Odvolává se při tom i na Iustinianovu přemluvu k jeho Institucím, v níž byzantský císař motivoval studenty práv k pilnému studiu příslibem, že jim v budoucnu svěří úřady, prostřednictvím nichž budou řídit stát.

¹⁰⁴ Ku příkladu na pražské právní fakultě byly ještě v první polovině 18. století čtyři katedry, a to katedra Codexu, katedra Institucí, katedra Digest a katedra kanonického práva. Blíže viz SCHNABEL, Georg Norbert. *Geschichte der Juridischen Fakultät an der vereinigten Carl-Ferdinandeischen Hochschule zu Prag*. Praha: Straschiripka, 1827.

¹⁰⁵ Johannes Oldendorp, který byl podobně jako Nicolaus Vigelius ovlivněn humanismem, měl dlouholeté zkušenosti z fungováním veřejných vztahů, které získal jako *syndikus* (právní poradce městské rady) v severoněmeckých hanzovních městech.

¹⁰⁶ OLDENDORP, Johannes: *Iuris naturalis gentium et civilis εισαγωγή*. Antverpiae: Antonius Goinus, 1539, kapitola I (stránky nečíslovány). Tyto záležitosti, tedy veřejné, navíc Oldendorp považuje – na rozdíl od „jasných“ problémů týkajících se soukromoprávních vztahů – za „závažné“ („jsou němí v závažných věcech a v jasných mnohomluvních“).

Zároveň však realisticky nahlíží možnost prosazení své představy v praxi: „Kdyby se teď o to někdo pokusil – bez pochyby ode všech vysmíván – nic by nebylo pro budoucnost státu lepší, nic užitečnější, kdyby se mu to mohlo povést. Ale v to není možné doufat bez největšího zásahu panovníka.“¹⁰⁷

Na akademické půdě – přesněji řečeno na půdě univerzit přilnuvších k luteránství – nastala změna tímto směrem prokazatelně nejpozději na počátku 17. století.¹⁰⁸ Nejprve tím, že se „veřejnému právu“ začínají věnovat samostatné přednášky a publikace.¹⁰⁹ Například **Dominicus Arumaeus** (1579–1637), působící na univerzitě v Jeně, uspořádal statě věnované publicistické tématicce, jejichž autorem byl on, jeho kolegové a žáci, do pěti svazků knižního vydání, které vycházely postupně od roku 1617 pod názvem *Discursus academici de jure publico*. Také **Dietrich Reinkingk** (1590–1664) zmiňuje ve svém díle *Tractatus de regimine seculari et ecclesiastico* z roku 1619, že byl povolán na univerzitu v Giessen, aby vyučoval „mimořádné a veřejné právo“.¹¹⁰ Ještě starší jsou publikace přednášek humanisticky orientovaného právníka **Arnolda Clapmaria** (1574–1604), který působil na univerzitě v Altdorfu.

V krátké časové návaznosti na tyto první publicistické vlašťovky jsou postupně zřizovány na univerzitách i samostatné katedry veřejného práva. Podstatou těchto změn je především vyčlenění veřejného práva jako zvláštního předmětu studia – upuštění od dosavadní praxe, v rámci níž byly právní aspekty veřejného života vykládány pouze nesouvisle, v rámci

¹⁰⁷ OLDENDORP, Johannes: *Iuris naturalis gentium et civilis εισαγωγή*, kapitola I (stránky nečíslovány).

¹⁰⁸ Nemožnost stanovení přesného počátku oboru veřejného práva na německém území vyslovuje už v roce 1629 Johannes Limnaeus: „O počátku veřejného práva není společné mínění.“ (Cit. podle STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 141.)

¹⁰⁹ Blíže viz MÄHRLE, Wolfgang. *Academia Norica: Wissenschaft und Bildung an der Nürnbergen Hoben Schule in Altdorf (1575–1623)*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2000, str. 334; STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 98 a násl.

¹¹⁰ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 22.

přednášek věnovaných „obecnému“ právu (čili založených komentátorské tradici *Corporis iuris civilis*).

Obsahově ovšem nový obor „veřejného práva“ jen velmi málo korespondoval se škálou společensko-právních vazeb, které dnes označujeme za veřejnoprávní – jeho předmět se přibližně shodoval s předmětem dnešní státovědy. Důraz byl kladem především na státně-politické dějiny (v popředí stály významné státoprávní události). Nicméně velmi široce obor veřejného práva vymezil již kolem roku 1600 Arnoldus Clapmarius: mezi veřejnoprávní záležitosti zařadil říšské právo, náboženskou ústavu, válečné a spojenecké právo, státní tajemství (*arcana rerum publicarum*), soudní moc a správu.¹¹¹

Úzká skupina právníků zabývající se takto pojatým „veřejným právem“ se však v počátcích – jak to ostatně předvídal už Johannes Oldendorp – nesetkávala s přílišným porozuměním, natož se společenskou prestiží, jaké se těšili civilisté. Z jedné strany jim bylo vytýkáno, že se jejich *ius publicum* vměšuje do sféry, která je vyhrazena výlučně státní politice a jejímu řízení (doslova že zasahují do „státního tajemství“ – *arcana imperii*). Vedle toho se jim rádi posmívali jejich kolegové civilisté, kteří byli přesvědčeni o tom, že by se právníci měli věnovat pouze soukromému právu, a tvrdili, že se publicisté svým zájmem o veřejné právo pouze snaží zakrýt nedostatek znalostí práva soukromého.¹¹²

4.4 Veřejné právo jako oblast platného práva

Vývoj pojmů soukromého a veřejného práva zásadně ovlivnila reformace a následující náboženské boje mezi protestanty a katolíky na území německé říše. Tyto události způsobily skutečný otřes dosavadního politicko-státního uspořádání. Obě strany náboženských bojů se pokoušely prosazovat své požadavky nejen prostřednictvím užití

¹¹¹ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 141.

¹¹² Tuto skutečnost popisuje Arumaeuův žák Johannes Limnaeus ve svém díle *Juris publici Imperii Romano-Germanici libri IX* z roku 1629. LIMNAEUS IENENSI, Johannes. *Tomus primus iuris publici imperii romano-germanici*. 3. vydání. Argentorati: Fridericus Spoor, 1657, hlava 2, čl. 8 a násl. (stránky nečíslovány). BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 23.

ozbrojené síly, ale také podporovat jejich formulaci právní argumentací.¹¹³ V souvislosti s tím zesílily tendence, aby i záležitosti, které byly dosud určovány pouze měnicím se rozložením faktické politické moci v zemi, byly fixovány právní úpravou (nebo spíše přesněji: formulovány v psaném pramenu).

Připomeňme si, že náboženské rozdíly se promítly do sporu, v němž na jedné straně stál císař a na druhé straně většina říšských stavů. Tento rozkol přitom skončil v roce 1648 Vestfálským mírem, jehož ustanovení zafixovala výrazné posílení pozic stavů. Autorita císaře, která byla těmito ústavními změnami značně oslabena, už napříště nevyvolávala zábrany či pochybnosti o přípustnosti právněvědeckých úvah, jejichž výsledkem by bylo třeba i zpochybnění některých pravomocí samotné hlavy Svaté říše římské národa německého.

K důrazu na rozlišování soukromého a veřejného práva nejvíce přispěli němečtí protestantští právníci. Jak už bylo uvedeno, římské právo bylo středověkými italskými školami přejato jako celek – a na tuto tradici, příznačnou pro *morem italicum*, se navázalo i na německé půdě: při recepci římského práva se přistoupilo k jeho celkovému převzetí, aniž by oblasti úpravy některých právních vztahů byly apriorně vylučovány. Do právního myšlení tak pronikly z iustiniánských kodifikací i poučky týkající se postavení císaře ve státě, které odrážely silné postavení hlavy římské říše v době Iustinianovy vlády – jako např. zásada *princeps legibus solutus*. Zejména právníci, kteří stáli na straně protestantského tábora v prostředí německých náboženských konfliktů, usilovali o to, aby se zamezilo aplikaci takovýchto římskoprávních formulí i na soudobé postavení německého císaře. Představovaly pro ně riziko ztráty pozic, které si říšské stavy v říšském zřízení právě vydobily na úkor císaře (tyto pozice mimo jiné zahrnovaly i konfesní autonomii zeměpánů, vyjádřenou v potvrzené zásadě *cuius regio, eius religio*). Možnou ochranu svého posíleného politického postavení a obranu proti rekatolizaci spatřovali v bezpečném vyčlenění

¹¹³ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 127.

veřejného práva z obecného práva, a tedy vynětí otázek týkajících se státního uspořádání a kompetencí císaře z působení recepce římského práva.¹¹⁴

V souvislosti s tím je možné zmínit tezi **Johanna Limnaea** (1592–1663), že otázky týkající se státního zřízení by neměly být odvozovány „z latinského práva nebo Bartola a Balda, (...) ale ze skvělého říšského obyčeje a k němu přidaných starých ústav, Zlaté buly, císařských a královských kapitulací,¹¹⁵ říšských usnesení¹¹⁶ a konstitucí“.¹¹⁷ Takové stanovisko v dnešní době považujeme za samozřejmé a „logické“ – ovšem ještě počátkem 17. století nebylo vůbec bezpečné, aby obdobné úvahy byly vyslovovány nahlas, a takové názory se šířily pouze prostřednictvím anonymních politických pamfletů.¹¹⁸ Popsaný přístup totiž ve svém důsledku nutně musel vyústit v závěr, že římsko-německému císaři nenáleží neomezená moc.¹¹⁹

V průběhu 17. století nahlížela příslušná část německé právní vědy, v souladu s výše nastíněnými dobovými tendencemi, *ius publicum* – na rozdíl od soukromého práva jako převážně neměnné složky právního života, jejíž základ spočívá na obecném (římském) právu – jako právní úpravu, která je ze své podstaty dobově proměnlivá. V tehdejší literatuře se ještě nelze setkat s konceptem veřejného práva jako právní oblasti, jejíž pravidla či zásady by tvořily samostatnou část stojící vedle soukromého práva. Autoři se zatím spíše zabývali jednotlivými zvláštními pojmy či instituty náležejícími do oblasti

¹¹⁴ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 399; EISENHARDT, Ulrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*, str. 246.

¹¹⁵ Používanější označení je „volební kapitulace“; jedná se o akty, kterými říšští císaři od roku 1519 při příležitosti své volby slibovali dodržovat staré i nové svobody říšských stavů (v Čechách byla taková volební kapitulace předložena šlechtou poprvé již Janu Lucemburskému).

¹¹⁶ *Reichs Abschieden*, tj. usnesení říšského sněmu.

¹¹⁷ LIMNAEUS IENENSI, Johannes. *Tomus primus iuris publici imperii romano-germanici*, hlava 3, čl. 3–4 (stránky nečíslovány).

¹¹⁸ Z anonymní protestantské polemiky *Donawörtische Information* ostatně převzal citovaný text i Limneus, když poukazoval na nesprávnost dosavadní všeobecné praxe.

¹¹⁹ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 24.

veřejného práva, identifikovali odlišnosti jednotlivých jevů a vztahů ve státoprávní oblasti, avšak právo vnímali stále především jako jednotný systém, *ius civile*.¹²⁰ Jistě také nelze uvažovat o tom, že by na všech místech, do nichž nová právní disciplína pronikla, byl pojem a předmět veřejného práva vymezován uniformně.

Pro vztahy řazené k veřejnému právu pochopitelně nebyla ani zdaleka k dispozici zvláštní právní úprava, která by je regulovala v jejich plné šíři a umožňovala je zcela vyjmout z obecné (tedy vlastně soukromoprávní) úpravy. Kromě speciálních, veřejnoprávních pravidel se tak na tyto vztahy aplikovalo v řadě případů i právo obecné, „soukromé“, tedy římské.¹²¹ Nicméně *ius publicum* už představuje – což je přelomový jev – nikoli pohled či didaktickou pomůcku k výkladu skupin právních jevů, ale identifikovatelnou oblast, úsek právních vztahů.¹²² Do této oblasti byla zahrnována právní úprava postavení říšského panovníka a jeho jednání (od císařské volby až po říšský vikariát, který nastával v období mezi smrtí císaře a volbou, resp. korunovací jeho nástupce), jednání a usnášení říšského

¹²⁰ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 26 a násl. Jedním ze značně pozdních projevů takového přístupu je pruská kodifikace *Allgemeines Landrecht (ALR, Všeobecné zemské právo)* z roku 1794. Tento zákoník shrnuje všechna odvětví práva, a to od rodinného po ústavní.

¹²¹ Ostatně jen těžko by bylo možné uvažovat o tom, že by římské právo bylo z nějaké právní oblasti či souvisejícího oboru zcela vytěsněno – vždyť tvořilo podstatu tehdejší právní vzdělanosti, která z něj čerpala nejen materiální úpravu, ale především způsob myšlení. Římskoprávní základy tedy posloužily i v oboru (a tím i v oblasti) veřejného práva: jako zdroj terminologie, jejíž užívání mimo jiné dodávalo novému oboru potřebný vědecký image, a přirozeně i jako metodické východisko k racionálnímu a vědeckému zpracování domácích veřejnoprávních pramenů. Srov. STOLLEIS, Michael: *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*. In HOFFMANN-RIEM, Wilfgang, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (ed.). *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, str. 50.

¹²² V tomto ohledu se odkláním např. od stanoviska V. Urfuse, který uvádí, že „odpůrci císařské moci v říši (...) nerozlišovali mezi veřejným a soukromým právem“, neboť naopak „považovali za možné, aby říšské státní zřízení bylo vystiženo institucemi svou povahou jak výrazně publicistickými, tak i civilistickými“ (URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ*, str. 109). Domnívám se, že do uvedeného stanoviska je promítnuta představa veřejného práva v jeho obsahovém vymezení, jak bylo zformováno teprve v pozdějším vývoji (veřejné právo v dnešním pojetí bylo právníkům např. v 17. století skutečně ještě cizí). Spíše než přístup založenému na chápání veřejného práva v jeho jediném vymezení, s nímž je porovnávána realita právní vědy a právního stavu jednotlivých historických období, však považuji za přesnější sledování vývoje obsahu tohoto pojmu, nutně dobově podmíněného, a tedy proměnlivého. Z hlediska pojetí pojmů soukromého a veřejného práva v období 17. století pak shledat zřetelné vymezení veřejného práva jistě lze.

sněmu a jednacím řádům ostatních říšských orgánů, říšské krajské zřízení, struktura a kompetence Říšského komorního soudu a Říšské dvorní rady, říšské matriky a říšské exekuce.

Je však třeba si povšimnout jednoho podstatného rysu formování německého myšlení o veřejném právu: právní vymezení postavení panovníka, která určovala poměrně úzké mantinely jeho moci, se vztahovala pouze na nejvyššího představitele říše. Nijak se nedotýkala postavení teritoriálních zeměpánů. Naopak, omezováním pravomocí císařů ve svém důsledku přispívala k formování a upevňování vlády zeměpánů v jejich teritoriích, která čím dál více nabývala rysů absolutismu. Tento proces v jednotlivých zemích, vedoucí k utužování režimu, nebyl však pouhým doprovodným, samovolným jevem při procesu oslabování centrální moci říše – naopak, vědomě a významnou měrou k němu přispívali právníci, kterými zeměpáni obsazovali své rady a jiné orgány (na úkor tradičního zastoupení teritoriálních stavů).¹²³

Domnívám se, že právě zvláštní charakter německého státního zřízení – jeho středověký vývoj a dvouvrstevnost jeho uspořádání, spolu s postupně slábnoucí pozicí hlavy říše – byl jedním z klíčových faktorů, z nichž vzešlo rozlišování veřejného (a soukromého) práva, které se z čistě teoretických úvah promítlo i do reálného právního života státu. Politický požadavek limitace panovnickovy moci, který byl velmi pravděpodobně příčinou i katalyzátorem tohoto procesu, jistě nechyběl ani v ostatních evropských zemích, do nichž také pronikla římskoprávní vzdělanost včetně znalosti Ulpianovy věty o právu soukromém a veřejném – toto členění bylo vzhledem k jeho umístění na první stránce Digest i první stránce Institucí rozhodně nepřehlédnutelné. Nicméně byla to právě Svatá říše římská, kde se panovník snažil svou autoritu opřít o tradici římského impéria a o římské právo, a byla to tatáž Svatá říše římská (národa německého), kde byla moc voleného panovníka čím dál úspěšněji oslabována mocí nejvyšší šlechty, která s pevnou autoritou vládla ve svých

¹²³ Tím si vysloužili mezi lidmi značnou averzi: podle slavného chemika Johanna Joachima Bechera v radě seděli nyní „státisté, nebo spíš polívkožrouti, vrchnosti dávají ve všem za pravdu“. Veršovaným projevem *vocis populi* byl zase anonym roku 1674: „*Ein Politicus, das ist ein Staatist, das ist ein Machiavelist, das ist ein Atheus, das ist kein Christ*“. STOLLEIS, Michael: *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*, str. 51.

teritoriích, která sama měla charakter států. Nábožensko-mocenské konflikty v 16. a 17. století pak způsobily, že se větší autonomie zeměpánů stala nadějí mnohých proti rekatolizačním snahám podporovaným císařem. Úvahy s politicko-právní tematikou, které jistě mohly být a byly v jiné době a jiné zemi jednou z mnoha způsobitelných náplní k hezké akademické diskuzi, však nyní a zde byly stimulovány palčivými problémy každodenního života, dotýkajícími se nejbyťostnějších aspektů existence lidských jedinců napříč celou sociální strukturou tehdejšího Německa – a takové okolnosti nepochybně ovlivnily nejen nasměrování těchto úvah k potřebným závěrům, ale i neobyčejnou intenzitu, s níž byly diskutovány a publikovány.¹²⁴

4.5 Ani soukromé, ani veřejné – neprávo

Je velmi vhodné upozornit, že vně zájmu publicistů zatím zůstávaly např. právní vztahy upravované tzv. policejními řády (*Polizeiordnungen*). Ty představovaly vedle kodifikací městských a zemských práv a říšského trestního řádu *Constitutio criminalis carolina* (1532) významné a hojné projevy regulativní činnosti na úrovni říše i jednotlivých zemí. Předmětem těchto policejních řádů byla „gute Polizei“, což je termín, který lze chápat jako „dobré zřízení“, „pořádek“. Tento obrat se objevuje od druhé poloviny 15. století v úzké souvislosti se stavem míru, dobré vlády, bezpečí a vrchnostenské péče.¹²⁵

Policejní řády byly považovány za jeden z projevů řádné vrchnostenské péče o veřejný pořádek v společenském soužití a hospodářství. Taková nařízení pro nápravu jednotlivých nekalých společenských jevů byla schvalována na říšských sněmech od roku 1495 (obsahovala ustanovení proti rouhání, nezřízenému pití, proti zhoršování kvality mincí,

¹²⁴ M. Stolleis soudí, že zrod samostatného univerzitního oboru *iuris publici* je v podstatě „ein politisches Krisenphänomen“ a zdůrazňuje jeho souvislost s potřebou „veřejnoprávní“ argumentační techniky, s níž se od 80. let 16. století potýkal Říšský komorní soud a Říšská dvorská rada. STOLLEIS, Michael: *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*, str. 49.

¹²⁵ V současné němčině jej vystihují nejlépe slova *Wohlordnung* nebo *gute Ordnung*. K pojmu *Polizei* blíže též WIEACKER, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, str. 200. STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 366 a násl., STOBBE, Otto. *Geschichte der deutschen Rechtsquellen. Zweite Abtheilung*, Braunschweig: C. A. Schwetschke und Sohn, 1864, str. 184 a násl.

příkazy týkající se řádného odívání, svateb, obchodu, žebráků, duševně chorých apod.), nejznámější je říšský policejní řád z roku 1530.¹²⁶ K zákonodárné úpravě těchto oblastí pak bylo hojně přistupováno také v jednotlivých zemích a říšských městech.¹²⁷

Nicméně tato oblast zatím stála mimo *ius publicum* – nebyla chápána jako jeho součást – a právní věda se těmito předpisy nezabývala vůbec. Lze se domnívat, že příčina nezájmu spočívala v mantinelech myšlení právníků, které pevně nastavoval *Corpus Iuris Civilis*. Policejní řády představovaly jev, který kategorie iustiniánských kodifikací neznaly a nezpracovávaly – *usus modernus* jej proto, po ještě velmi dlouhou dobu, ignoroval.

4.6 Nedotknutelné *ius privatum*

V určitém stadiu právního vývoje, jak bylo popsáno výše, se alespoň úzký okruh velmi vzdělaných právníků začal zabývat tím, co by pojem *ius publicum* mohl znamenat. V době o něco pozdější pak směřovaly úvahy k tomu, jak by se tento pojem dal politicky využít. U pojmu soukromého práva tomu tak ale po velmi dlouhou dobu nebylo. *Ius privatum* mělo v tradici italských škol, která představovala po staletí evropský právní mainstream, povahu něčeho, o čem se nediskutuje a nepochybuje.¹²⁸ Připomeňme si, že *mos italicus* používal k výkladu textů iustiniánských kodifikací tutéž metodu, jakou teologové aplikovali na slovo Boží či výroky největších církevních autorit.

¹²⁶ Pod názvem *Ordnung und Reformation guter Policey* jej schválil v roce 1530 říšský sněm v Augsburgu, poté byl pozměněn v roce 1548 a 1577. Zahrnoval úpravu nejrůznějších oblastí působení jednotlivce ve společnosti. Stanovil mimo jiné také oprávnění říšských stavů vydat k určitým záležitostem ještě zvláštní nařízení s ohledem na místní potřeby nebo zvyklosti. STOBBE, Otto. *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, str. 200 a násl.

¹²⁷ Zeměpánové přitom mnohdy ignorovali říšskou úpravu, kterou byli oprávněni pouze doplňovat, a vytvářeli duplicitně svoje vlastní předpisy. Blíže viz STOBBE, Otto. *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, str. 217 a násl.

¹²⁸ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 85.

Až do doby, kdy byl *usus modernus* konfrontován s racionalistickým přirozenoprávním myšlením, byl pojem soukromého práva sám o sobě teoreticky uchopován pouze v rámci procesu vyčleňování *iuris publici* z režimu „obecného zacházení“. Nezřídka bylo soukromé právo ztotožňováno s právem vůbec: co neodpovídalo parametrům *iuris privati*, které každý řádně vyškolený právník znal z Institucí a dalších, na tradici lpějících, učebních pomůcek, stálo mimo jeho zájem. Tato okolnost, kterou jsme viděli na dosud popsaném vývoji, je ovšem příznačná pro soukromé právo i v době následující. Veřejné právo, které nebylo natolik svázáno s tradičními představami ohledně jeho povahy, se v následujícím období vyvíjelo prakticky volně, pružně podle politicky definovaných potřeb. Naproti tomu soukromé právo bylo od počátku recepce po celý svůj dlouhý a pozvolný vývoj determinováno „tradičními“ představami o tom, jaké jsou jeho nezbytné atributy: jaké vztahy jsou součástí soukromoprávní úpravy, jaká musí být povaha soukromoprávních vztahů atd. Paradoxně tyto představy mnohdy vycházely z omylů či nepřesností.

5. Ideová východiska novodobého práva

Naše současné společensko-právní uspořádání je výrazně ovlivněno několika myšlenkovými proudy, které vznikly v novověku a do značné míry změnily dosavadní způsob myšlení o člověku a společnosti. Všechny tyto ideové směry mají společné východisko v racionalismu. Úzce s nimi souvisí obsah pojmu právo v našem dnešním (téměř výhradně pozitivistickém) chápání a podoba práva soukromého a především veřejného.

Racionalismus navazoval na raně novověký rozvoj přírodních věd a vědecké úspěchy dosažené při objevování přírodních zákonů a z přírodních věd převzal metodický přístup při zkoumání vnějšího světa. V politické filosofii a právní vědě se racionalismus projevil ve vzniku přirozenoprávní nauky opřené o rozum (racionálně pojaté přirozené právo). Filosofické vyústění racionalismu představovalo osvícenství.

Racionalismus podstatně změnil pohled na samotné právo a jeho podobu. Příznačná byla obecná tendence k sepisování a systematickému fixování pravidel v dokumentech legislativní povahy. Ta se projevila v obecném trendu kodifikací, který dal vzniknout kodexům zemského, občanského nebo trestního práva a také ústavám, jejichž obsah byl v závislosti na místních podmínkách velmi různorodý. Důležitý byl však nový pohled na zdroj práva: na místo hledání starého dobrého práva nastoupilo přesvědčení, že právní pravidla je možné odvodit rozumem. Takový úhel pohledu na právo neomezoval kodifikační práce na kompilaci dosud užívaného práva, ale odůvodňoval hledání a formulování nových řešení. Racionalismus pak velel, aby nové kodifikace po vzoru matematicky dokonalých myšlenkových struktur tvořily ucelený systém logicky bezrozporných pravidel.

V podstatě se dají sledovat dva směry osvícenského přirozenoprávního myšlení, které lze díky přibližnému geografickému rozložení pracovně označit jako východní a západní. Společná pro ně byla ideová východiska, která oběma proudům poskytovala argumentační nástroje. Východní směr se přitom vyznačoval značnou konzervativností, pokud jde o přístup ke stávajícímu absolutistickému establishmentu, zatímco západní směr mnohem revolučněji směřoval k liberalismu. Představitelé „východního“ osvícenství a racionálního

přirozeného práva působili především v soustátí Svaté říše římské národa německého, „západní“ větve můžeme lokalizovat v Anglii, Nizozemí, ve Francii a na severoamerickém kontinentě.

Západní osvícenství přineslo především důraz na člověka jako jednotlivce (individualismus)¹²⁹ a z něj se odvíjející kult svobody člověka (liberalismus). Prosazoval se zcela nový pohled na člověka jako rozumem nadaného a přirozeně svobodného jednotlivce, který je důležitý nikoli jako součást celku, ale sám o sobě a pro sebe. Západní osvícenští myslitelé tímto způsobem pohlíželi na člověka jako takového – tedy především (uplatníme-li kvantitativní kritérium) na příslušníky neprivilegovaného, ve svobodách a majetku omezeného třetího stavu.¹³⁰ Pod vlivem aktuálních politických událostí, jichž byli současníky a často i účastníky, vystavěli na myšlenkách osvícenství a racionálního přirozeného práva koncept moderního státu a jeho vztahu k jednotlivci. Tento západní proud iusnaturalismu podstatným způsobem postupně ovlivnil vývoj státněpolitických dějin převážné části světa.

Právě zmíněné ideové proudy jednotlivě či ve vzájemných kombinacích představují základ pro konstitucionalismus, důraz na zákon jako psaný pramen práva a koncepty přirozených práv člověka a právního státu. V kontinentální právní kultuře bylo prosazení hodnot, na nichž stály tyto myšlenkové směry, v pozdější době podpořeno dichotomií soukromého a veřejného práva jako dvou vzájemně se lišících oblastí právních vztahů a akcentací rozdílů mezi těmito oblastmi. Vliv těchto hodnot je zřetelný i v našem dnešním právu – stěžejní zásady soukromého a veřejného práva jsou jejich vyjádřením.

¹²⁹ Vyznačoval se novým přístupem k řešení otázky, zda mají přednost zájmy jednotlivce, nebo zájmy společenství, a tedy i k vymezení role státu ve vztahu k jednotlivci.

¹³⁰ Tuto dosud téměř bezprávnou masu politicky bezvýznamných lidí chtělo osvícenství „povýšit do občanského stavu“. KRŠKOVÁ, Alexandra. *Dějiny evropského politického a právního myšlení*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, str. 302.

5.1 Racionalistické přirozené právo

Počátek racionální přirozenoprávní nauky spadá do 17. století – dobou vzniku tedy předcházela éru evropského osvícenství. Idea přirozeného práva, tedy práva, které platí nezávisle na právu pozitivním a je stanoveno jinak než veřejnou mocí v jakékoli její formě, je samozřejmě mnohem staršího původu. Přirozenoprávní myšlení mělo své pevné místo ve středověké filosofii, do níž proniklo jednak ze spisů antických filosofů, jednak prostřednictvím recepcce římského práva a jeho konceptu *iuris naturalis*. Co však ve století třicetileté války dodalo zcela novou dynamiku představě existence norem jednání, které nemusejí být aprobovány zákonodárnou mocí pro to, aby zavazovaly jednotlivce v jeho jednání, byl nový koncept přirozeného práva v jeho sekularizované podobě, oprostěný od teologického myšlení: existence a závaznost přirozenoprávních pravidel přestala být odvozována od Boží existence, od bipolarity dobra a zla a přirozené inklinace člověka k dobrému a od intuitivní schopnosti člověka poznávat normy správného jednání („příkazy přirozeného práva“).¹³¹ Přirozené právo začalo být zdůvodňováno rozumově, samo sebou – základ jeho existence a platnosti byl spatřován v tom, že je právem rozumným, racionálně zdůvodnitelným¹³² – mělo být vybudováno na geometrickém principu postupného odvozování z výchozích premis jako vnitřně nerozporný systém.

Počátek takto racionálně pojatého přirozeného práva (v němčině se pro ně užívá výraz „*Vernunftrecht*“, někdy se lze setkat s jeho českou překladovou variantou „rozumové právo“) je spojován s dílem nizozemského všestranně vzdělaného právníka **Huga Grotia** (Hugo de Groot, 1583–1645). Ten, pod dojmem hrůz třicetileté války, usiloval ve svém díle *De iure belli ac pacis* z roku 1625 mimo jiné i o nalezení pravidel lidského jednání, která by byla závazná pro každého člověka, vždy a všude.

Výchozím bodem pro úvahy představitelů racionalistického přirozeného práva byl *status naturalis* – fiktivní představa přirozeného stavu, který existoval před vznikem státu¹³³ – a

¹³¹ Tímto způsobem přistupoval k přirozenému právu např. Tomáš Akvinský.

¹³² URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 100.

¹³³ Co pravděpodobně nejvíce odlišuje racionalistické přirozené právo od jeho předcházejících pojetí, je podoba onoho přirozeného stavu: racionalisté předpokládali, že ve *statu naturalis* panovala rovnost a svoboda

spolu s ním teorie společenské smlouvy, od níž se odvozovala existence státu, a tedy i legitimita státní moci. Tím samým, tedy úvahami o přirozeném stavu a společenské smlouvě, byly zároveň formulovány příčiny vzniku veřejné moci, determinující její účel: blaho společnosti (*bonum commune*).¹³⁴

Takové pojetí účelu veřejné moci a podstaty státu mělo v řadě zemí za následek formování mantinelů působení této moci vůči jednotlivcům, ovšem v jiných zemích bylo totéž učení využito naopak jako posilovací mechanismus státní moci. Tak například v Nizozemí, Francii, Anglii či Spojených státech určovaly přirozenoprávní názory, promítnuté do politického myšlení, cestu k novému uspořádání společenských vztahů ve státě, jejichž základem měla být svobodná společnost rovných občanů. V německých, tedy i v českých a rakouských zemích toto učení působilo zcela protichůdným směrem: ovlivnění právní vědy přirozenoprávní teorií mělo za následek posílení panovnického (osvícenského) absolutismu – takové vyústění bylo dáno jednak úzkými vazbami zdejších představitelů iusnaturalismu se stávajícími nositeli moci, jednak v jejich optimistických představách ohledně potenciálu absolutistické formy vlády změnit a reformovat stávající poměry k lepšímu.¹³⁵

(*libertas naturalis*) všech jednotlivců. Ve středověkých koncepcích byla naproti tomu za přirozenou považována společenská nerovnost, existující již ve stadiu vývoje společnosti, který zhruba odpovídal racionalistickému přirozenému stavu.

¹³⁴ STOLLEIS, Michael: *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*, str. 55.

¹³⁵ Srov. URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 95. Lapidárně vystihuje všechny podstatné okolnosti uvedených skutečností R. Seltenreich: „Především přílišná „naivita“ a zároveň „rigoróznost“ teoretického přístupu opřeneho nezřídko o rámě absolutistického vladaře v osvíceneckém duchu přesvědčeného o možnosti regulovat život společnosti až do posledního myslitelného detailu tak působí, že se mnohdy i původně blahodárně zamýšlené podněty proměňují v svůj pravý opak.“ SELTENREICH, Radim. *Dějiny vědy soukromého práva v Německu: od počátku 19. století do konce druhé světové války*. Praha: Vodnář, 1998, str. 9.

5.2 Působení racionalistického přirozeného práva v německé právní vědě

Stoupenci přirozenoprávního proudu v německé právní vědě (*usus modernus pandectarum*) se snažili na základě principů přirozeného práva vymezit práva a povinnosti člověka bez jakékoli vazby na okolnosti soužití vytvořené státním zřízením – tedy v podmínkách *status naturalis*. Výsledkem byla jednak pravidla a zásady jednání platné ve vztazích jakéhokoli člověka vůči jiným jednotlivcům (tedy v individuálních právních vztazích), jednak pravidla a zásady uplatňující se v malých společenstvích (jako například manželství, rodina, domácnost). Protějškem *status naturalis* byl pak *status civilis* – stav společenských a právních vztahů ve státě, popř. jiné formě institucionálního společenského zřízení – a podobně i pro tuto formu soužití (či přesněji pro specifické právní vztahy existující právě jen ve státní společnosti) byla z přirozenoprávních principů odvozována všeobecně platná pravidla jednání.¹³⁶ Tato pravidla byla přitom vyjadřována „římskoprávním jazykem“, nakolik pro představitele *usus moderni* právě římské právo bylo ztělesněním některých přirozenoprávních zásad.¹³⁷

Tímto způsobem postupoval například **Samuel Pufendorf** (1632–1694), stoupenec myšlenek Huga Grotia a Thomase Hobbesa, ve svém díle *De jure naturae et gentium libri octo* z roku 1672.¹³⁸ Účel uzavření společenské smlouvy a vzniku *societatis civilis* spatřoval Pufendorf v zajištění ochrany člověka před zlem hrozícím ze strany jiných lidí.¹³⁹ S tím mělo souviset i poslání panovníka: posilovat a chránit přirozené postavení lidí a poddaných

¹³⁶ Zastánci *Vernunftrecht* na stát nahlíželi jen jako na jednu z mnoha forem lidského svazku, byť hierarchicky formu nejvyšší. Mezi státem a jinými formami soužití více osob (např. rodinou) viděli pouze stupňovité rozdíly. Stát – a to je přitom řeč o státě v jeho vypjatě absolutistickém pojetí, jak byl koncipován těmito autory – zásadně nebyl považován za cosi, co by ze své podstaty mohlo působit proti jednotlivci nebo jeho oprávněným zájmům, vůči čemu by jednatelce potřeboval hledat ochranu. BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 35 a násl.

¹³⁷ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 99.

¹³⁸ Knihy III–V pojednávají o individuálních právních vztazích jednotlivce, kniha VI se zabývá vztahy v manželství, rodině a domácnosti a knihy VII a VIII rozebírají právní vztahy v *civitas* (*societas civilis*). PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*. Lund: Adam Junghans, 1672.

¹³⁹ Kniha VII, hlava I, § 7 (PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, str. 862 a násl.).

– ovšem v rámci celkového blaha společnosti. Blaho společnosti Pufendorf považoval za nejvyšší cíl, doslova za nejvyšší zákon (*salus populi suprema lex est*).¹⁴⁰ Na týchž ideových základech, z nichž stoupci západního proudu osvícenství a přirozeného práva dospěli k individualismu a případně i liberalismu, Pufendorf vystavěl argumentaci odůvodňující velmi silné postavení absolutistického panovníka. Účelem silné pozice vladaře je zajištění nejvyššího možného prospěchu jednotlivců i společenského celku. Suverénnímu vladaři vypočítává Pufendorf řadu povinností – ten se má především cele obětovat pro lid¹⁴¹ – čímž určuje způsob a meze jeho vládnutí, které v této podobě podle Pufendorfova přesvědčení nutně musí být ku všeobecnému prospěchu. Zároveň se však, pokud jde o povinnosti panovníka, nevydává mimo oblast morálky: nepřipouští prostředky právní ochrany jednotlivce ani lidu před zvlí panovníka.¹⁴² Pufendorf nijak neinklinuje k vykročení z oblasti římsko-německého soukromého práva: to, co stojí mimo právo soukromé, nechává stát mimo právo vůbec.

Pufendorfovův následovník **Justus Henning Boehmer** (1674–1749) využil rozdílnosti struktury společenských vztahů ve *statu naturali* a *statu civili* a na jejím základě vytyčil hranici mezi oblastmi soukromého a veřejného práva. Tím tyto oblasti v podstatě redefinoval oproti římskoprávní tradici. Ve svém díle *Introductio in ius publicum universale* z roku 1709 vymezuje *ius privatum* právními vztahy, které nemají bezpodmínečnou vazbu na existenci státu a jsou myslitelné i ve *statu naturali*.¹⁴³ Zároveň připouští, že ve státní společnosti podléhají tyto vztahy nebo jednání zájmu společného blaha a mohou být

¹⁴⁰ Kniha VII, hlava IX, § 3 (PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, str. 1013).

¹⁴¹ Kniha VII, hlava IX, § 2 (PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, str. 1012).

¹⁴² Kniha VII, hlava VIII (PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*, str. 998 a násl.).

¹⁴³ Obecná část, hlava II (De divisioni iuris universalis in privatum et publicum), § IX, X, XIII, XIV (BOEHMER, Justus Henning. *Introductio in ius publicum universale*. 3. vydání. Halle-Magdeburg: Orphanotropheum, 1755, str. 54 a násl.). Podobně postupuje i např. **Gottfried Achenwall** (1719–1772) – ACHENWALL, Gottfried. *Ius naturale. Pars posterior*. 4. vydání. Göttingen: Victor Bossiegel, 1759, str. 190 a násl.

prostřednictvím zákonodárné moci státu upravovány.¹⁴⁴ Způsob, jakým Boehmer vymezil soukromé právo, můžeme sledovat i u mnoha pozdějších autorů, včetně Kanta.

Důsledky vymezení soukromého práva pomocí fikce *status naturalis* však nepřesahovaly hranice právní vědy soukromého práva. Tento přístup umožňoval kategorizovat právní pravidla na soukromé a veřejné právo, nicméně nesprávná by byla představa, že se následkem této kategorizace došlo k redistribuci studijní látky mezi vědou soukromého práva a publicistikou (tak, že by publicisté náhle rozšířili svůj zájem i na právní pravidla, která civilisté vyloučili ze soukromého práva jakožto veřejnoprávní). Jednotliví zastánci racionalistického členění soukromého a veřejného práva se ostatně na určení zmíněných dvou oblastí práva – ačkoli používali totožné kritérium – ani přesně neshodovali. Vzhledem k tomu, že šlo o vědeckou kategorizaci, nebyl absolutní konsenzus ostatně nutný. Ničemu tak nepřekáželo, že si každý autor pod pojmy soukromého a veřejného práva nepředstavoval zcela totéž a že část autorů dokonce došla k závěru, že kromě těchto oblastí práva existují ještě nějaké další.

Důležitým přínosem spojení *usus moderni* s naukou racionalistického přirozeného práva bylo dovršení vývoje pojmu subjektivního práva. Koncept subjektivního práva, vyjadřující představu, že oprávnění jednotlivce není ničím jiným než svobodou,¹⁴⁵ byl formulován již francouzskými humanisty – tehdy prozatím pouze v souvislosti s jejich novátorským pojetím vlastnictví, které v jejich nazírání splývalo s představou práva ve smyslu subjektivního oprávnění. Humanisté – byl to především Hugo Donellus – svým originálním přístupem vytvořili předpoklady pro to, aby se subjektivní právo stalo jako obecná teoretická kategorie základem nového systému práva.¹⁴⁶ V německé právní vědě ovlivněné přirozenoprávním myšlením bylo využito humanistické nahlížení vlastnictví jako svobody a tento model se nyní vztáhl na každé individuální oprávnění.

¹⁴⁴ Zvláštní část, kniha III, hlava III, § VII–XV (BOEHMER, Justus Henning. *Introductio in ius publicum universale*, str. 613 a násl.).

¹⁴⁵ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 100.

¹⁴⁶ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 64 a násl.

Prostřednictvím nového pojmu subjektivního práva, vyjadřujícího svobodu neboli právo tuto svobodu naplňovat a uplatňovat, byl zcela nově vymezen také pojem soukromého práva. Soukromé právo se napříště stalo „souhrnem subjektivních práv, která vyplývala z vůle jednotlivcovy a která mohla být dále touto vůlí, byla-li projevena relevantním způsobem, měněna“.¹⁴⁷ Z terminologického hlediska je vhodné podotknout, že se poměrně dlouho subjektivní práva označovala jako „*Rechte Privater*“ (práva jednotlivce), přičemž se toto označení používalo promiscue se termínem „*Privatrechte*“ (soukromá práva).¹⁴⁸

5.3 Kodifikace

Vliv racionalismu se projevoval v inklinaci k systematickému uspořádání právní materie. Tato snaha o logické seřazení právních pravidel, která už dříve byla vyvíjena na akademické půdě, se projevovala nyní i v zákonodárných dílech. S přirozenoprávním myšlením a osvícenstvím bylo spojeno i úsilí o nové, lepší právo, které bude založené na racionálních základech přirozeného práva. Metou tohoto úsilí pak byla kodifikace, která měla komplexně upravovat pravidla určité oblasti.¹⁴⁹

Záměrem racionalistických kodifikací na rozdíl od dřívějších kodifikačních počínů nebyla kompilace stávajícího práva, ale programově určená změna dosavadního stavu, vtělená do nové právní úpravy.¹⁵⁰ Jednou z okolností, které zapříčinily ochotu panovníků k přijímání kodexů, jež by zahrnovaly i oblast soukromého práva, byl předpoklad následného rozvoje

¹⁴⁷ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 100.

¹⁴⁸ PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo veřejné. Díl 1, Právo ústavní. Část první, Ústava obecní*. Praha: nákladem Jednoty právnické, 1895, str. 8.

¹⁴⁹ Srov. URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 102 a násl.

¹⁵⁰ Nejrůznější kodifikace již dříve sloužily jako prostředek mocenské reprezentace panovníka – tuto úlohu dokonale zastávaly i racionalistické kodifikace v prostředí osvícenského absolutismu – nebo mnohdy představovaly výsledek konkurenčního vymezování pozic mezi panovníkem a stavy a plnily funkci nástroje pro zachování vydobytých mocenských pozic.

hospodářství, který měla napříště umožnit potřebná jistota právního styku mezi ekonomickými subjekty.¹⁵¹

Prvním významným zákonodárným počinem, který byl ovlivněn doktrínou racionalistického přirozeného práva, byl bavorský občanský zákoník z roku 1756, vydaný pod názvem *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (CMBC).¹⁵² Tento předpis, pro který se později vžilo označení *Bayerisches Landrecht*, neobsahuje přirozenoprávní formulace, které jsou typické pro pozdější zákoníky, přirozenoprávní vliv se v něm projevuje pouze nepřímě, v systematizaci.¹⁵³ Bývá označován jako první občanský zákoník, nicméně adjektivum „civilis“ je zde užito spíše v klasickém římskoprávním významu: tedy jako označení práva platného v určitém státě, resp. v tradici římskoprávní recepce jako označení práva světského (na rozdíl od druhé větve práva – práva kanonického).

Chronologicky následujícím kodifikačním počinem na německém území, již zřetelně navazujícím na tradici *Vernunftrecht* v pojetí Pufendorfa a jeho žáků, bylo *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR), vyhlášené v Prusku roku 1794.¹⁵⁴ V tomto Všeobecném zemském právu je patrná snaha o postihnutí všech právních vztahů, do nichž jednotlivci vstupují – v jediné sbírce jsou shrnuta v podstatě všechna odvětví práva: od práva ústavního, správního, rodinného a soukromého až po právo lenní a trestní. Zákoník je členěn do úvodu a dvou hlavních celků. První část je věnována vztahům řazeným právní vědou tradičně do soukromého práva, přičemž jsou zde vedle práva osob, vlastnictví a

¹⁵¹ FILIP, Jan. *Občanský zákoník bez ústavy (ke 200. výročí ABGB)*. In *Časopis pro právní vědu a praxi* 2/2011, str. 104.

¹⁵² Jeho autorem byl **Wiguläus Xaver Aloys von Kreittmayr** (1705–1790). Ten k zákoníku sepsal také rozsáhlé Poznámky (*Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem*), jejichž pět svazků sloužilo jako autorizovaný návod k aplikaci zákoníku, v některých ustanoveních až přespříliš obecného. V důsledku toho i tento původně doprovodný spis nabyl brzy oficiálně síly zákona.

¹⁵³ Tento zákoník navíc neplatil jako výlučný. URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 104 a násl.

¹⁵⁴ Vznik tohoto zákoníku je spojen s kancléřem Friedricha II. **Johannem Heinrichem Casimirem von Carmerem** (1720–1801), **Ernstem Ferdinandem Kleinem** (1744–1810) a především s **Carlem Gottliebem Svarezem** (pův. Schwarz; 1746–1798), který byl vůdčí osobností celého díla. K okolnostem vzniku pruských kodifikací blíže např. STOBBE, Otto. *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, str. 446 a násl.

věcných práv upraveny především nejrůznější způsoby nabytí vlastnického práva, mezi něž jsou řazeny i závazkové právní vztahy. V tomto pojetí se projevuje přirozeným právem ovlivněný přístup k soukromému právu, které je chápáno jako souhrn široce pojímaných majetkových práv jednotlivce – majetková práva zde překračují vlastnický vztah a zahrnují všechna oprávnění jednotlivce k určité věci (odlišně od dosavadního tradičního uspořádání podle iustiniánských Institucí zde rozdíl mezi obligačními a věcnými právy ustupuje do pozadí).¹⁵⁵ Druhá část zákoníku je věnována postavení jednotlivce ve společenských vztazích, přičemž je v ní patrný přirozenoprávní vliv nauky **Christiana Wolffa** (1679–1754) o vzájemných povinnostech jednotlivců v jednotlivých sociálních svazcích, do nichž vstupují, stanovených za účelem dosažení společného blaha.¹⁵⁶ Právní úprava se vztahuje na práva a povinnosti jednotlivce, která mu přísluší v manželství, rodině, domácnosti, společenských skupinách (stavy, profesní organizace, církve) a konečně i ve státě. Pruská kodifikace se svou regulací života jednotlivce až do nejmenších detailů představuje patrně nejvýraznější zákonodárný projev státně absolutistického přístupu své doby.¹⁵⁷

Rakouské *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB)¹⁵⁸ z roku 1811 představuje – oproti pruskému ALR – zcela odlišný model uchopení přirozenoprávního učení. Hlavním duchovním tvůrcem ABGB byl **Franz von Zeiller** (1751–1828), významně však jeho podobu ovlivnil také Zeillerův učitel **Karl Anton von Martini** (1726–1800).¹⁵⁹

¹⁵⁵ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 105. SELTENREICH, Radim. *Dějiny vědy soukromého práva v Německu*, str. 11.

¹⁵⁶ Blíže např. WIEACKER, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, str. 318 a násl.

¹⁵⁷ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 106.

¹⁵⁸ Blíže např. WIEACKER, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, str. 333 a násl., URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 106 a násl. Původní český překlad názvu zákoníku z roku 1812 zněl „Kniha všeobecných zákonů městských“.

¹⁵⁹ Martiniho osnova občanského zákoníku byla roku 1797 vyhlášena pokusně pro Západní Halič (s účinností od roku 1798). Výrazně se v ní promítalo přirozenoprávní pojetí soukromého práva – například v rozlišování práv a povinností jednotlivce, které má vůči ostatním lidem, od práv a povinností, které mu vznikají na základě jeho příslušnosti do určitého společenského svazku (díl I, § 4), nebo ve formulaci vrozených lidských práv, mezi něž patří právo člověka na život, právo na opatření si nutných věcí k zachování života, právo zdokonalovat své tělesné a duševní schopnosti, právo na obranu a právo volně užívat a nakládat s věcmi v jeho vlastnictví (díl I, § 29).

V rakouském kodexu se odrazila vědecká koncepce obecného soukromého práva jako samostatného systému, který je kategoricky vyčleněn (odlišen) a uvažován v zásadě nezávisle na existenci státu. Samostatnost oblasti soukromého práva se měla projevat nejen v právní vědě, ale i v zákonodárství.

V ABGB se projevuje vliv jak starších zdrojů přirozenoprávních idejí, které představovalo učení S. Pufendorfa, Ch. Wolffa nebo Ch. Thomasia, tak i na ně navazující nauky I. Kanta.¹⁶⁰ Patrně nejzřetelnějším projevem iusnaturalismu je § 7, který stanoví, že v případě, kdy nelze právní případ rozhodnout ani podle slov zákona, ani z jeho přirozeného smyslu a nelze si pomoci ani analogií, se má rozhodnout podle přirozených zásad práva (*nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen*). Vedle něj jsou to pak také ustanovení § 16 a § 17, podle nichž má každý člověk vrozená, již rozumem seznatelná práva,¹⁶¹ přičemž tato práva mohou být omezena pouze zákonem.¹⁶²

Základními stavebními kameny zákoníku je zásada svobody a zásada rovnosti před zákonem. Zásada svobody je vyjádřena ve výslovném odmítnutí otroctví a nevolnictví (§ 16). Zákoník při úpravě právních vztahů jednotlivce nepřihlížel k jeho postavení ve společnosti (na takové koncepci je mimo jiné založena pruská kodifikace), ale vnímal jej bez ohledu na jeho reálný status jednoduše jako subjekt soukromoprávních vztahů. Takto uplatněná zásada rovnosti subjektů spočívala především na všeobecné a výlučné platnosti kodexu: platil bez výjimky pro všechny obyvatele státu bez ohledu na jejich stavovskou příslušnost, a to i – jak je výslovně uvedeno v § 20 – včetně hlavy státu, pokud jde o její občanskoprávní vztahy.¹⁶³ F. von Zeiller ve svém komentáři k ABGB tuto skutečnost

¹⁶⁰ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 111.

¹⁶¹ § 16 ABGB: „Každý člověk má vrozená, již rozumem poznatelná práva, a nutno jej tudíž považovati za osobu. Otroctví nebo nevolnictví a k tomu se vztahující výkon moci nejsou v těchto zemích dovolena.“

¹⁶² § 17 ABGB: „Co je přiměřeno vrozeným přirozeným právům, o tom se má potud za to, že tu jest, pokud se neprokáže zákonné omezení těchto práv.“

¹⁶³ „I taková právní jednání, která se týkají hlavy státu, ale vztahují se k jejímu soukromému vlastnictví nebo k nabývacím způsobům, založeným na právu občanském, buďtež soudními úřady posuzována podle zákonů.“ (§ 20 ABGB) „I to zeměpánovo jmění, které drží nikoli jako hlava státu, pokládá se za soukromý statek.“ (§ 289 ABGB)

zvláště zdůrazňuje: zákoník je všeobecný, a tudíž je aplikovatelný na všechny třídy občanů.¹⁶⁴ Pokud jde o pojetí občanů, promítá se zřetelně vliv Immanuela Kanta: kromě pojmu „státní občan“ používá kodex také výraz „člen státu“ (*Mitglied des Staates*),¹⁶⁵ přičemž náboj tohoto pojmu pro člověka dnešní doby ještě lépe vystihuje původní český překlad „aud zemské obce“.

Patrně nejvýraznějším zákonodárným projevem přirozenoprávního vlivu v oblasti soukromého práva se stal pak francouzský občanský zákoník vyhlášený roku 1804 pod názvem *Code civil des Français* – „občanský zákoník Francouzů“.¹⁶⁶ Na rozdíl od pruské a rakouské kodifikace měl francouzský civilní kodex již v době své kompilace konstituční zázemí a zcela odlišné bylo i politické a sociální prostředí, v němž a do nějž byl tvořen. Zákoník, mezi jehož legislativnětechnické kvality patří přesné logické členění, jasné formulace a obecná srozumitelnost, se stal v mnoha státech modelem či alespoň inspirací pro zákonodárné úpravy.¹⁶⁷ Jeho vliv je patrný i v rakouské kodifikaci občanského práva.¹⁶⁸

Francouzský kodex se svou úpravou důsledně omezuje na tradiční předmětové vymezení soukromého práva. Na jedné straně jsou v něm vtěleny právní principy deklarované Velkou francouzskou revolucí (důraz je kladem především na individuální práva a rovnost mezi občany), na straně druhé však jeho autoři nepřistoupili při vytváření první kodifikované, výlučně a všeobecně platné úpravy soukromého práva k samoúčelnému

¹⁶⁴ ZEILLER, Franz von. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*. Erster Band. Wien und Triest: Geistingers Verlagshandlung, 1811, str. 19.

¹⁶⁵ § 287, § 288, § 365, 382 ABGB a další. Stejný výraz „*Mitglied*“ přitom zákoník používá pro členy rodiny, obce či nejrůznějších společností.

¹⁶⁶ Zákoník, který je – byť dotčen novelizacemi – platný dodnes, změnil několikrát během své existence svůj název. I dnes se lze setkat s jeho označováním prostřednictvím jednoho z jeho dřívějších pojmenování, totiž „*Code Napoleon*“.

¹⁶⁷ Například výrazně ovlivnil znění italského občanského zákoníku z roku 1865, v pozměněném znění byl přijat v Rumunsku roku 1863, také v Portugalsku roku 1867, Španělsku (1888) a řadě jejích kolonií, jeho vliv se však dotkl převážné většiny evropských civilních kodexů.

¹⁶⁸ BALÍK, Stanislav a kol. *Texty ke studiu obecných dějin státu a práva III.*, Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1972, str. 259.

odřezání nově uváděné právní regulace od dědictví „starého režimu“.¹⁶⁹ Systematikou zákoník sice formálně navazuje na iustiniánské Instituce – je členěn do úvodu a tří knih: „o osobách“, „o majetku a různých druzích vlastnictví“ (obsahující právní úpravu vlastnictví a věcných práv) a „o různých způsobech nabývání vlastnictví“ (zahrnující právo dědické, obligační a další ustanovení). Toto tradiční dělení však bylo ve francouzském porevolučním kodexu povýšeno k vyjádření symboliky trojí svobody: osobní, vlastnické a smluvní.¹⁷⁰

V *Code civil* je definitivně opuštěna dřívější nerovnost osob podle příslušnosti ke stavu a místo ní je garantována rovnost občanů před zákonem (čl. 7 a 8). Je také stanovena nedotknutelnost soukromého vlastnictví, které je v čl. 544 definováno jako „právo věci užívat a nakládat s ní nejsvrchovanějším způsobem, neužívá-li se jí způsobem zakázaným zákonem nebo nařízeními“. Vyvlastnění je přípustné pouze z důvodu veřejného prospěchu a za spravedlivou a předem poskytnutou náhradu (čl. 545). Občanský zákoník touto úpravou vlastnictví přímo navazoval na Deklaraci práv člověka a občana z roku 1789, v níž bylo vlastnické právo jakožto „nedotknutelné a posvátné právo“ úzce spojováno se svobodou jednotlivce a společně stály v čele výčtu přirozených a nezadatelných práv člověka.¹⁷¹ Ve třetí knize zákoníku je pak zakotvena smluvní volnost, čímž je uznána autonomie vůle jednotlivce: vůle smluvních stran je v jejich vzájemném

¹⁶⁹ Tento přístup komentoval vůdčí duch kodifikace **Jean-Étienne-Marie Portalis** (1746–1807) ve své řeči k projektu občanského zákoníku v roce 1801. Jeho moudrá slova, pronesená navíc v situaci po největší revoluci novodobých dějin, měli mít či by měli mít na paměti všichni horliví zastánci rekodifikací a rozsáhlých novelizací: „...je třeba být velmi střízlivý, co do novot ve věci zákonodárství, protože je-li možné v nové instituci zvážit výhody, které nám teorie nabízí, není možné poznat všechny nevýhody, jež může odhalit jediné praxe; že je třeba ponechat to dobré, jestliže máme pochybnosti o lepším...“ (cit. podle Holeček František J.: Zrození občanského zákoníku (Code civil des Français), dostupné na http://www.nfvrnov.cz/www/files/SOPHIA/06_Studie_k_děj._Francouzské_revoluce_a_I._Císařství/Holeček_Zrození_Občanského_zákoníku.pdf)

¹⁷⁰ KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 344.

¹⁷¹ Čl. 2 Deklarace práv člověka a občana: „Účelem každého politického společenství je zachování přirozených a nezadatelných práv člověka. Tato práva jsou: svoboda, vlastnictví, bezpečnost a právo na odpor proti útlaku.“ Čl. 17 Deklarace práv člověka a občana: „Protože vlastnictví je nedotknutelným a posvátným právem, nikdo ho nemůže být zbaven kromě případu, kdy by to vyžadovala zákonně zajištěná veřejná nezbytnost, a pod podmínkou spravedlivého a předchozího odškodnění.“

vztahu povýšena na „zákon“.¹⁷² Zákoník nadto zakotvuje zákaz *denegatio iustitiae* (čl. 4) a také vylučuje retroaktivní účinnost svých ustanovení (čl. 2).

Lze také na tomto místě zmínit Všeobecný zákoník o zločinech a trestech na ně Josefa II. z roku 1787. Navazoval, pokud jde o samotnou legislativní činnost na úseku trestního práva, na tradici starších trestních kodexů. Na rozdíl od nich je však v něm uplatněn osvícenský a racionální přístup k trestům a vůbec k zacházení s trestně stíhanými osobami a poprvé u nás zavádí zásady *nullum crimen sine lege* a *nulla poena sine lege*.¹⁷³

5.4 Západní osvícenství a iusnaturalismus jako cesta ke konstitucionalismu

Západní přirozenoprávní myšlení ovlivněné osvícenstvím na rozdíl od východního proudu otevřeně usilovalo o vymezení hranice pro působení státu (panovníkovy či později státní moci) vůči člověku, tedy vytvoření jakési chráněné sféry jednotlivce, do níž stát nesmí zasahovat a při jejímž narušení má jednatelce k dispozici účinné prostředky k ochraně. Právním vyjádřením těchto myšlenek se staly první katalogy základních práv. Na myšlenkovém základě teorie společenské smlouvy se zrodilo zcela nové chápání odpovědnosti státní moci před společností: člověk-občan už není nazírán jako pouhý objekt státní moci, ale je považován za její subjekt, aktivního účastníka a zdroj.¹⁷⁴ Z této nově nahlížené povahy vztahu mezi jednotlivcem a státem se odvíjí oprávnění občanů kontrolovat výkon státní moci: zda slouží účelu svěřenému jí společenskou smlouvou. Pro

¹⁷² Čl. 1134 CC: „Smlouvy uzavřené podle zákona zaujímají vůči těm, kdo je uzavřeli, místo zákona. Bez vzájemného souhlasu těchto osob nebo důvodů přípustných zákonem nemohou být smlouvy odvolané.“

¹⁷³ MALÝ, Karel a kol. *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*. 4. vydání. Praha: Nakladatelství Leges, 2010, str. 193 a násl. Na něj navázal Zákoník o zločinech a těžkých policejních přestupcích – česky vyšel pod názvem *Kniha práv nad přečiněními hrdelními a těžkými řádu městského (totiž policie) přestupky* –, který od roku 1803 platil pro celou rakouskou monarchii s výjimkou Uher.

¹⁷⁴ Tento aspekt reflektuje Immanuel Kant a deklaruje jej i rakouský obecný zákoník občanský – občan je *Mitglied des Staates* (viz níže).

případ, že státní moc své povinnosti neplní, se dovozuje právo občanů takovou moc svrhnout (*ius resistendi*).¹⁷⁵

Počátky tohoto myšlenkového proudu lze nalézt v Anglii 17. století. Anglická občanská válka (*English Civil War*) v roce 1648 a především pak Slavná revoluce (*Glorious Revolution*), k níž došlo třicet let poté, měly za následek konec absolutismu na ostrovní zemi a počátek epochy konstituční monarchie, v níž byl panovník napříště nucen dělit se o moc se stavy. Právním výrazem nového stavu se staly *Habeas Corpus Act*¹⁷⁶ z roku 1679 a *Bill of Rights* (Listina práv) z roku 1689.

Bill of Rights představuje ústavní základ občanských politických a náboženských práv a svobod v Anglii a ústavního vymezení základního vztahu mezi parlamentem a panovníkem.¹⁷⁷ Jeho text je ve značné míře ovlivněn státoprávním učením současníka anglických revolučních událostí **Johna Locka** (1632–1704). Locke využil doktrínu přirozeného práva jako nástroj pro odůvodnění a zdůraznění individuální svobody člověka, čímž položil základy pro stavbu moderní demokracie a teorie liberalismu. Ve svých Dvou pojednáních o vládě (*Two Treatises of Government*) z roku 1690 zdůrazňuje historickou prioritu jednotlivce i společnosti před státem. Stát je podle Locka výsledkem dohody svobodných jednotlivců za cílem uspokojovat společné potřeby – společenská smlouva je pro něj projevem individualismu. Locke chápe stát pouze jako jednu z mnoha společenských institucí (vedle politických stran, spolků apod.), jejíž působnost je omezena na sféru dohodnutou ve společenské smlouvě, a to především na ochranu přirozených práv. Mezi ty počítá právo na svobodu, právo na život a právo na majetek.¹⁷⁸ Stát tedy

¹⁷⁵ KRŠKOVÁ, Alexandra. *Dějiny evropského politického a právního myšlení*, str. 321 a násl.

¹⁷⁶ Tento zákon, který se týká podmínek zadržení a vazby v trestním řízení, poskytuje dodnes záruku osobní nedotknutelnosti. Zavedl mantinely zákonnosti pro působení státní moci vůči osobní svobodě jednotlivce. Obdobným způsobem upravovala práva vězňů už *Magna Charta Libertatum* z roku 1215, nicméně jednak se v době svého vydání vztahovala jen na svobodné osoby, jednak byla v následujících staletích často porušována.

¹⁷⁷ Viz KUKLÍK, Jan, SELTENREICH, Radim. *Dějiny angloamerického práva*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství Leges, 2011, str. 281.

¹⁷⁸ Zvláštní důraz Locke přikládal soukromému vlastnictví, které jakožto symbol a výsledek pracovitosti, zdroj bohatství a kritérium hodnoty jednotlivce považoval za základní přirozené právo.

nemá právo zasahovat do sféry individuální svobody – osobní ani ekonomické.¹⁷⁹ Jeho úkolem – který mu byl svěřen společenskou smlouvou – je mít monopol na zajišťování přirozeného práva, a to i donucením. V těchto tezích lze spatřovat základy klasického liberalismu, který funkci státu omezil na „nočního hlídače“. Locke ve snaze zabránit tomu, aby se státní moc zvrhla v tyranii (a předešlo se další revoluci), vytvořil koncepci dělby státní moci do tří složek, které mají být svěřeny různým orgánům, tak aby se dosáhlo jejich vzájemné kontroly a aby se zabránilo jejich nositelům v excesech při výkonu moci. Locke byl tak prvním myslitelem (přínejmenším prvním mezinárodně známým), který jasně a přesně postavil fungování veřejné moci na právní základ.¹⁸⁰ Stanovil zároveň i pevné hranice pro působení zákonodárné moci, která měla povinnost respektovat práva a svobody jednotlivce.

Obdobným způsobem jako v Anglii bylo přirozené právo se svou teorií společenské smlouvy uchopeno osvícenskými učiteli ve Francii. I zde posloužily přirozenoprávní úvahy jako východisko k akcentuaci jednotlivce a k vymezení vztahu mezi státem a jednotlivcem (občanem) – a to způsobem, který dosavadní absolutní moc státu výrazně omezoval. O výklad přirozeného práva a společenských a politických institucí se pokusil ve své knize *O duchu zákonů* (*De l'esprit des lois*) kritik francouzského absolutismu **Charles Louis de Montesquieu** (1689–1755).¹⁸¹ Předkládá tezi, podle níž je politická svoboda možná pouze v takovém státě, v němž nedochází k zneužívání moci, přičemž tento předpoklad bude zajištěn pouze tehdy, když jedna moc bude omezovat druhou.¹⁸² V návaznosti na tuto tezi představuje slavnou koncepci rozlišování a oddělení tří druhů

¹⁷⁹ KRŠKOVÁ, Alexandra. *Dějiny evropského politického a právního myšlení*, str. 309 a násl.

¹⁸⁰ KRŠKOVÁ, Alexandra. *Dějiny evropského politického a právního myšlení*, str. 315.

¹⁸¹ Dílo vyšlo v roce 1748 a obsahuje srovnání tehdejšího francouzského státního zřízení s ústavním systémem Anglie a republikánského Říma, ale i bezpočet režimů dalších zemí. Koncept ideálního uspořádání státu Montesquieu vypracoval v jedenácté knize zmíněného díla, jejíž název zní „O zákonech, které jsou základem politické svobody a které jsou ve vztahu k ústavě“. Je třeba vzít na vědomí, že Montesquieu pojem „zákon“ neužívá ve smyslu normativního aktu, nýbrž jako označení nutných vztahů, které vyplývají z povahy věcí. KRŠKOVÁ, Alexandra. *Dějiny evropského politického a právního myšlení*, str. 329.

¹⁸² Jedenáctá kniha, kapitola IV. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, str. 188–189.

moci ve státě, která tvoří dodnes (byť s určitými modifikacemi) jeden z pilířů právního státu. Moc zákonodárnou a moc výkonnou odděloval už John Locke¹⁸³ – vedle nich Montesquieu identifikuje ještě moc soudní. Zákonodárnou moc svěřuje lidu jako celku, který ji má vykonávat prostřednictvím svých zástupců na základě všeobecného hlasovacího práva, a „sboru šlechticů“ – čili dvoukomorovému parlamentu.¹⁸⁴ Montesquieu tedy – po anglickém vzoru – akceptuje rozdělení společnosti do jednotlivých stavů. Heterogenní strukturu národa promítá ve svém scénáři fungování dvoukomorového parlamentu, v němž vyvažuje a odůvodňuje vzájemné pravomoci jeho dvou sborů. Požaduje důsledné oddělení jednotlivých druhů moci, a to i s ohledem na personální složení jejich orgánů – nepřipouští možnost, aby jeden orgán měl v rukou dvě nebo dokonce všechny tři druhy státní moci ani aby tatáž osoba byla současně členem orgánů více různých mocí. Zatímco nositeli moci zákonodárné a výkonné jsou politické orgány, Montesquieu požaduje, aby moc soudní byla zcela nezávislá.¹⁸⁵ Jednotlivým státním mocím pak svěřuje oprávnění k jejich vzájemnému omezování a kontrole (např. panovnické právo vetovat usnesení zákonodárce, dohled legislativního sboru nad prováděním zákonů výkonnou mocí apod.).¹⁸⁶

Zejména pod anglickým vlivem se formovaly představy a názory alespoň části představitelů právních a politických myslitelů i v tradičně velmi konzervativních zemích, nacházejících se ve východnějších částech Evropy (tedy Rakousko, Německo), a to již od konce 17. století – samozřejmě tyto úvahy zde byly pěstovány zatím pouze v akademické sféře.¹⁸⁷ Už od počátku 18. století je pak možno slyšet i v německých a rakouských zemích kritické hlasy vůči absolutistickému státnímu zřízení, jejichž intenzita se postupem času

¹⁸³ Locke rozlišoval moc zákonodárnou, výkonnou a federativní. Kompetenční náplň posledně jmenované moci představovala zahraniční politika státu – Montesquieu ji zahrnuje do moci výkonné.

¹⁸⁴ Jedenáctá kniha, kapitola VI. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*, str. 192–194.

¹⁸⁵ Tamtéž. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*, str. 190–192.

¹⁸⁶ Tamtéž. MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*, str. 192–197.

¹⁸⁷ STOLLEIS, Michael: *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*, str. 54 a násl.

začíná zvolna zvyšovat, a zprvu pouze akademické úvahy o vymezení autonomní sféry jednotlivce vůči státu se stávají úvahami politickými.

Krom výsostně filosofických idejí byl jedním z impulsů odklonu od absolutistického uspořádání státu také zájem státně-hospodářský: začínalo se pomalu prosazovat přesvědčení, že daleko lépe než v absolutistickém státním režimu s podnikáním pečlivě řízeným ze strany odborného úřednického aparátu bude prosperovat země, v níž není podnikání podrobně řízeno státem a realizováno v obligatorní vazbě na jeho byrokracii, ale kde je občanům dopřán volnější odstup od státu a ponechán větší prostor pro jejich svobodný rozvoj.¹⁸⁸ Tyto tendence byly podpořeny dílem skotského osvícenského ekonoma a morálního filosofa **Adama Smitha** (1723–1790) *Inquiry into the Nature and Sources of the Wealth of Nations* (Pojednání o podstatě a původu bohatství národů), ve kterém se Smith snažil dokázat, že sledování vlastních ekonomických zájmů jednotlivci má za následek růst blahobytu společnosti jako celku.¹⁸⁹

5.5 Aplikace osvícenských idejí v americké praxi

Většina států kontinentální Evropy byla příliš pevně spoutána kontinuálním výkonem státní moci ze strany jejich vládnoucích dynastií – záleželo tedy především na osobní vůli panovníka, zpravidla absolutistického, do jaké míry se vůbec nechá inspirovat a ovlivnit úvahami a teoriemi politických a morálních filosofů a promítne je do reálného života své země. V Anglii, kolébce donošených osvícensko-přirozenoprávních idejí, došlo k jejich dílčímu naplnění v podobě právně závazného stanovení mantinelů státní (přesněji:

¹⁸⁸ STOLLEIS, Michael: *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*, str. 55.

¹⁸⁹ Kniha vyšla poprvé roku 1776 a záhy si získala obrovskou popularitu a byla překládána do dalších jazyků.

panovníkovy) moci právě za okolností, kdy faktická moc panovníka byla značně oslabena.¹⁹⁰

Na americkém kontinentě se však naskytlly zcela odlišné okolnosti: došlo zde k založení zcela nového suverénního státu, na jehož zformování se usnesla čerstvě vzniknuvší společnost. Tato společnost přistěhovalců přitom nenesla historickou zátěž apriorní sociální diferenciaci, nicméně jejím členům mnohdy nechyběla negativní zkušenost s působením neomezené státní moci. Právě tyto jedinečné podmínky umožnily vzniknout zcela novému, racionálně navrženému a v zákonné formě zakotvenému systému fungování státní moci, včetně vymezení vztahu státu a jednotlivce prostřednictvím zákonné formulace politických práv a liberálních svobod. Poskytly příležitost proniknutí doktríny přirozeného práva a osvícenské ideologie do právní úpravy státního zřízení. Tato právní úprava je přitom jednak platná dodnes, jednak také posloužila (přímo nebo zprostředkovaně) jako inspirace či dokonce vzor při modelaci demokratického státoprávního uspořádání v mnoha dalších zemích.

Prvním zásadním politicko-právním dokumentem, v němž se uplatnily ideje západního osvícenství a přirozeného práva – zejména učení Locka a Montesquieua – byla Deklarace práv státu Virginie (*The Virginia Declaration of Rights*), přijatá v červnu 1776.¹⁹¹ Téměř veškerý její text pochází z pera **George Masona** (1725–1792). Virginská Deklarace

¹⁹⁰ *Bill of Rights* byl předložen před korunovací Vilémovi III. Oranžskému a jeho manželce Marii – jejich vláda na anglickém trůně byla vyjednána opozicí, která se v Anglii zformovala proti absolutistickým pokusům krále Jakuba II.

¹⁹¹ Vznikla v návaznosti na výzvu Kontinentálního kongresu vůči koloniím, aby přistoupily na svých územích k vytváření nových vlád za účelem zajištění „štěstí a bezpečnosti“. Tato výzva, učiněná v květnu 1776, a poté i přijaté Prohlášení nezávislosti vyvolaly vlnu přijímání ústav na úrovni jednotlivých členských států. Někde se pouze přistoupilo k modifikaci stávajících, koloniálních ústav (Massachusetts, Connecticut a Rhode Island), jinde se zase přijímaly zcela nové ústavní texty, čímž měl být zdůrazněn historický předěl mezi údobím koloniálního postavení země a novou érou nezávislého státu (např. New Hampshire, Virginia, New Jersey). Blíže viz KUKLÍK, Jan, SELTENREICH, Radim. *Dějiny angloamerického práva*, str. 317 a následující.

formulovala základní lidská práva a principy vztahu státní moci vůči lidu, které se následně staly tradiční součástí nové americké demokracie.¹⁹²

Z textu virginské Deklarace ve velké míře vycházela i Deklarace nezávislosti („*The unanimous Declaration of the thirteen united States of America*“), která byla přijata Kontinentálním kongresem 4. července 1776 na počátku amerického boje za nezávislost na Velké Británii. Dokument, jehož převážnou většinu sepsal **Thomas Jefferson** (1743–1826), obsahuje v úvodní části katalog přirozených práv člověka a spolu s ním i formulaci zásady suverenity lidu a z ní vycházející legitimizace vlády souhlasem ovládaných a povinnost vlády zajišťovat přirozená práva:¹⁹³ „Pokládáme za samozřejmé pravdy, že všichni lidé jsou stvořeni sobě rovni, že jsou obdařeni svým Stvořitelem určitými nezcizitelnými právy, že mezi tato práva náleží život, svoboda a sledování osobního štěstí. Že k zajištění těchto práv se ustanovují mezi lidmi vlády, odvozující svoji oprávněnou moc ze souhlasu těch, jimž vládnou. Že kdykoliv počne být některá vláda těmto cílům na překážku, má lid právo ji změnit nebo zrušit a ustanovit vládu novou, která by byla založena na takových zásadách a měla svoji pravomoc upravenou takovým způsobem, jak uzná lid za nejvhodnější pro zajištění své bezpečnosti a svého štěstí.“

¹⁹² Text virginské Deklarace ovlivnil jak katalogy práv ostatních členských států, tak i Deklaraci nezávislosti, která byla přijata kongresem o měsíc později, a také federální Listinu práv. V duchu přirozenoprávních zásad se ve virginské Deklaraci prohlašuje přirozená „rovná svoboda a nezávislost“ všech lidí a existence jejich nezadatelných práv, mezi něž počítá právo na život, svobodu, nabývání majetku a bezpečí (čl. 1). Deklarace zakotvuje také svobodu tisku (čl. 12), náboženskou svobodu (čl. 16) a důležité zásady trestního procesu (čl. 8–10). Výslovně se v ní prohlašuje, že všechna moc spočívá v lidu a z něj je odvozena („*all power is vested in, and consequently derived from, the people*“), a stanovuje se princip odpovědnosti vlády vůči lidu (čl. 2) a právo lidu na změnu nevyhovující vlády (čl. 5). Deklarace také požaduje oddělení soudní moci od moci zákonodárné a výkonné (čl. 5). Stranou ponechávám skutečnost, že text toho článku obsahoval formulaci, která zajistila, aby uvedená práva nemusela být přiznávána v americké společnosti i černochům. Blíže viz KUKLÍK, Jan, SELTENREICH, Radim. *Dějiny angloamerického práva*, str. 494. Obdobně tomu bylo i v případě ostatních amerických zákonných zakotvení lidských práv, která jsou zmíněna v této práci. S ohledem na obecnou známou uspořádání americké společnosti v jejich jednotlivých dějinných etapách, kterým se není nutné pro účel této práce zabývat, tak od zmiňování omezené platnosti amerických lidskoprávních proklamací dále upouštím.

¹⁹³ WINTR, Jan. *Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006, str. 28.

Uplatnění západního osvícenství a přirozenoprávního myšlení je zřetelné i v Ústavě Spojených států amerických z roku 1787, která představuje nejstarší dosud platnou psanou ústavu.¹⁹⁴ Ve svých sedmi článcích obsahuje primárně úpravu rozdělení a výkonu státní moci mezi tři její složky a určuje vztah mezi federací a jednotlivými členskými státy.¹⁹⁵ Vymezení vztahu státní moci vůči občanům (v podobě výčtu základních práv a svobod) se stalo součástí Ústavy až prostřednictvím jejích prvních deseti dodatků, které vstoupily v účinnost v roce 1791 a jsou souhrnně označovány jako Listina práv (*Bill of Rights*).¹⁹⁶

5.6 Deklarace práv člověka a občana 1789

Obdobné podmínky pro právní realizaci „západní“ osvícensko-přirozenoprávní politické filosofie, k jakým došlo na severoamerickém kontinentě, nastaly v důsledku propuknutí revoluce v roce 1789 ve Francii. Část Generálních stavů, které byly svolány absolutistickým králem Ludvíkem XVI. k udělení souhlasu se zásadní daňovou reformou, se v červnu 1789 prohlásila za Národní shromáždění (název měl evokovat suverenitu národa), později za Ústavodárné národní shromáždění. Za účelem utišení lidových nepokojů, které vypukly po celé zemi, Ústavodárné shromáždění odstranilo na počátku srpna výsady šlechty a církve a zrušilo poddanství (tzv. srpnové dekrety). Krátce nato, 26. srpna 1789, byla

¹⁹⁴ Ústava USA (*Constitution of the United States of America*) byla přijata zvláštním, ad hoc zvoleným ústavodárným shromážděním a poté – v duchu zásady suverenity lidu – ratifikována jednotlivými státy (v platnost vstoupila v roce 1788). nahradila Články Konfederace a trvalé unie (*Articles of Confederation and Perpetual Union*). K dnešnímu dni je doplněna celkem 27 dodatky.

¹⁹⁵ Lze se v ní setkat s důsledně provedeným systémem dělby moci mezi dvoukomorový Kongres nadaný zákonodárnou mocí, výkonnou moc v čele s prezidentem a nezávislé soudy. V takto strukturovaném oddělení jednotlivých složek moci se navíc zavedl mechanismus „brzd a protivah“ (*checks and ballances*), jehož účelem je zajistit trvalé rovnovážné rozdělení moci mezi jednotlivé orgány státu prostřednictvím jejich vzájemné kontroly. Např. prezidentské právo vetovat zákony přijaté Kongresem (článek I. oddíl 7), požadavek souhlasu Senátu s úkony prezidenta, jako je např. uzavírání mezinárodních smluv, jmenování vyslanců a jmenování soudců nejvyššího soudu

¹⁹⁶ První dodatek garantuje svobodu vyznání, svobodu slova a tisku, shromažďovací svobodu a právo obracet se vůči státním orgánům se žádostmi. Dále Listina práv zaručuje právo vlastnit a nosit zbraň (druhý dodatek), ochranu svobody osobní a domovní, písemností a majetku (čtvrtý a pátý dodatek) a stanovuje základní zásady, na nichž spočívá moderní trestní právo (dodatek pátý, šestý a osmý). Doplnují tak zásadu *habeas corpus* a zákaz retroaktivity trestních zákonů, které stanovil už článek I. oddíl 9 Ústavy USA.

konstituantou přijata Deklarace práv člověka a občana, která v sedmnácti člancích uznala existenci „přirozených, nezadatelných a posvátných práv člověka“.¹⁹⁷

Již ze znění její preambule vyzařuje osvícenský optimismus, důvěra v potenciál rozumu a poznání a přesvědčení o přirozené podstatě deklarovaných lidských práv.¹⁹⁸ Mezi tato práva Deklarace řadí nejen jednotlivá individuální subjektivní práva každého „člověka a občana“, ale i určité základní principy státního uspořádání. Takovými principy, které zakládají demokratický charakter státu, jsou princip svrchovanosti národa, výhradně od nějž může být jakákoli moc odvozena (čl. 3), účast občanů na výkonu zákonodárné moci a rovný přístup občanů k výkonu veřejných funkcí (čl. 6), odpovědnost veřejných činitelů z výkonu jejich úřadu (čl. 15). Deklarace také vymezuje podstatu výkonu veřejné moci, jejíž existenci považuje v duchu přirozenoprávní doktríny za nezbytnou pro záruku práv člověka a občana – „tato moc je zřízena ve prospěch všech, a ne tedy k osobnímu užítku těch, kterým je svěřena“ (čl. 12). Vyžadována je rovněž dělba státní moci (čl. 16).

Subjektivní práva jednotlivce, které Deklarace uznává a vyhláší, jsou pojímána především jako svobody, čímž je podtržen liberální charakter Deklarace.¹⁹⁹ Podobně jako americká Deklarace nezávislosti a důsledněji než virginská Deklarace práv vyhláší francouzská Deklarace práv člověka a občana rovnost všech lidí (čl. 1): „Lidé se rodí a zůstávají svobodnými a rovnými ve svých právech.“ Jako přirozená a nezadatelná práva člověka, jejichž zachování je účelem každého²⁰⁰ politického společenství, klasifikuje svobodu, vlastnictví, bezpečnost a právo na odpor proti útlaku (čl. 2), přičemž zmíněná

¹⁹⁷ Patrná je především inspirace zněním americké Deklarace nezávislosti, jejíž text poskytl jeden z autorů francouzské Deklarace Gilbert du Motier, markýz de La Fayette (1757–1834), který se na americkém kontinentě účastnil boje za nezávislost.

¹⁹⁸ „Představitelé francouzského lidu, ustanovení v Národním shromáždění, domnívajíce se, že nevědomost, zapomenutí nebo pohrdání lidskými právy jsou jedinými příčinami veřejných neštěstí a zkorumpování vlád, rozhodli se vyložit v slavnostní Deklaraci přirozená, nezadatelná a posvátná práva člověka...“

¹⁹⁹ Srov. WINTR, Jan. *Říše principů*, str. 30.

²⁰⁰ V použití slova „každého“ v dotčeném čl. 2, ale i v jiných formulacích Deklarace (preambule a čl. 17) je vyjádřena principiální povaha jednotlivých obsažených tezí, které nejsou vyhlášeny jako vytvořené právo, nýbrž jako uznání apriorních, z přirozenosti vycházejících pravidel, která tím, že existují sama o sobě, mohou pouze poznána, uznána a deklarována.

svoboda spočívá v tom, že každý může činit vše, co neškodí druhému (čl. 4). Zakotvuje také svobodu mluveného i psaného projevu, s ním související svobodu tisku (čl. 11) a také svobodu smýšlení a náboženskou svobodu (čl. 10). Spolu s těmito právy Deklarace obsahuje záruky osobní svobody prostřednictvím stanovení trestněprávních principů, jako je zásada *habeas corpus* (čl. 7), zásady *nullum crimen sine lege* a *nulla poena sine lege*,²⁰¹ zásadu nepřipustnosti retroaktivní účinnosti trestních zákonů (čl. 8) a zásadu presumpce nevinny (čl. 9).

Je třeba si povšimnout dvou důležitých aspektů přístupu k uplatňování přirozených práv člověka, které jsou vyjádřeny ve francouzské Deklaraci. Prvním je možnost omezení výkonu přirozených práv zákonem – nicméně může se tak stát pouze za účelem zajištění užívání týchž práv ostatním členům společnosti (čl. 4). Zákon přitom může zakazovat pouze činy škodlivé společnosti a musí se vztahovat na všechny stejně, „at’ už poskytuje ochranu, či trestá“ (čl. 5 a 6). Nicméně deklarovaná přirozená práva nejsou považována za neomezitelná.²⁰² Druhým aspektem prohlášení přirozených práv, který je hodný povšimnutí, je výslovné uvedení subjektů, vůči nimž je Deklarace určena jakožto adresátům povinností odpovídajících vypočtenými právům člověka. Její působnost nemá pouze limitovat pravomoci státu a výkon státní moci, a tedy definovat vztah státu vůči jednotlivci, ale také stanovit nepřekročitelné meze ve vzájemných vztazích jednotlivců. V preambuli Deklarace práv člověka a občana se totiž praví, že jsou v ní vyložena „přirozená, nezczizitelná a posvátná práva člověka za tím účelem, aby tato Deklarace, neustále jsouc před očima všem členům lidské společnosti, uváděla jim stále na paměť jejich práva a jejich povinnosti“.

²⁰¹ Zároveň však Deklarace limituje zákonodárce při stanovení trestů tím, že požaduje, aby zákon stanovil „pouze tresty, které jsou nezbytné a zřejmě nutné“ (čl. 8).

²⁰² Na druhou stranu ovšem bez zákonného podkladu nesmí být na jejich výkonu nikdo omezován, tedy zejména ne jakýmkoli úředním rozhodnutím nebo postupem.

Cílem Deklarace tedy není pouze garance přirozených práv vůči zásahům ze strany státu, ale i vůči zásahům ze strany jiných občanů. A takový přístup je nanejvýš pochopitelný zejména s ohledem na povahu výkonu nebo naopak porušování těch deklarovaných práv, která mají osobní povahu.²⁰³ Jednak jistě hrála v tomto případě nezanedbatelnou roli skutečnost, že pouhé tři týdny před přijetím Deklarace Ústavodárným národním shromážděním došlo k zrušení dosavadního společenského uspořádání, založeného staletí trvající tradicí nerovnosti osob na základě jejich stavovské příslušnosti a široké škále mocenských oprávnění vrchnosti vůči poddaným. Nemuselo se tedy jevit jako nepravděpodobné, že by k omezení např. rovnosti a svobody mohlo záhy docházet v důsledku jednání soukromých jednotlivců disponujících silnější faktickou (např. ekonomickou) mocí. Každopádně však tato základní práva zůstávají dodnes právy, která nedefinují pouze meze ve vztahu státu k jednotlivci, ale i takové meze ve vztazích mezi jednotlivci navzájem.²⁰⁴

Deklarace práv člověka a občana představovala první etapu vzniku psané francouzské Ústavy.²⁰⁵ Svou přirozenoprávní formulací postavení člověka vůči státu, definováním základních pravidel státního uspořádání, představujících principy demokratického státu, a tím, že tato lidská práva a ústavní principy vyzdvihla ze sféry filosofických úvah do formy zákonných ustanovení, určila směr vývoje ústavněprávní úpravy na evropském kontinentě – stala se předlohou katalogů základních práv, které byly v průběhu dalšího vývoje přijímány v ostatních státech, a základem demokracie, jak ji známe v Evropě dnes.²⁰⁶ Řada

²⁰³ Mám na mysli tzv. lidská práva první generace (základní lidská práva).

²⁰⁴ Pouze absence obecné bezprostřední zkušenosti s porušováním těchto práv ze strany soukromých osob na jedné straně a existence zákonné úpravy garantující ochranu jednotlivých práv vůči zásahům ze strany jednotlivců (např. normami trestního práva) na straně druhé nám dovoluje tuto okolnost použít ze zřetele.

²⁰⁵ Ústavodárné národní shromáždění přijalo první francouzskou ústavu 3. září 1791. Ústava, jejíž součástí se stala Deklarace práv člověka a občana, zakotvila režim konstituční monarchie a v rámci něj provedla téměř absolutní dělbu moci. Výrazně omezila kompetence krále, k platnosti jehož každého aktu vyžadovala kontrasignaci příslušným ministrem, ve prospěch silně postaveného jednokomorového Zákonodárného národního shromáždění. Jedinou pravomocí, kterou „král Francouzů“ vůči zákonodárnému sboru disponoval, právo suspenzivního veta. Toto ústavní uspořádání mělo trvání do srpnové revoluce následujícího roku.

²⁰⁶ Ostatně Deklarace se stala součástí většiny francouzských ústav včetně dnešní.

zásad, které byly poprvé právně zakotveny v tomto dokumentu, je v dnešní době pokládána již za nesporné. Patrně nebude nadsazeným tvrzení, že Deklaraci práv člověka a občana lze považovat za nejcennější plod Velké francouzské revoluce: v ní spočívá v právní i ideové rovině přelom mezi absolutismem a občanstvím, nástup demokratického státního uspořádání a výchozí bod směřování ke státu vázanému právem.

Tento zatím teprve předznamenáný kurz vývoje ke koncepci státu vázanému právem byl dán mimořádným důrazem na roli zákona (čili legalismem), obsaženým v Deklaraci, který se stal východiskem pro pozitivistické koncepce.²⁰⁷ Ve francouzské revoluční a porevoluční tradici byl zákon jako „vyjádření všeobecné vůle“²⁰⁸ společnosti považován za ztělesnění dobra v právu: veškeré platné normy měly být obsaženy výhradně v zákonech a nikde jinde, přičemž jasně stanovená zákonná pravidla již napříště neměla poskytovat prostor pro soudcovské nalézání práva nebo jeho volný výklad, jak se dělo v éře starého režimu.²⁰⁹

Deklarace sehrála úlohu v dalším směřování společnosti, jakožto významný inspirační zdroj, svou liberalistickou a individualistickou dikcí a širokým vymezením svobody (čl. 4 a 5): „Svoboda spočívá v tom, že každý může činit vše, co neškodí druhému. (...) Zákon má právo zakazovat pouze činy škodlivé společnosti. Nikomu nemůže být bráněno v tom, co není zakázáno zákonem, a nikdo nemůže být nucen činit něco, co zákon nenařizuje.“ Poslední citovaná věta, z pátého článku Deklarace, vyjadřuje dodnes platnou definici svobodného postavení člověka v právním státě.²¹⁰

²⁰⁷ Srov. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 2. vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, str. 216.

²⁰⁸ Toto Rousseauovské pojetí zákona je obsaženo v čl. 6 Deklarace práv člověka a občana.

²⁰⁹ KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 303 a násl. Ústavodárné národní shromáždění dokonce vtělilo do textu ústavy z roku 1791 příslib, že „bude vypracován kodex občanských zákonů společných celému království“. K vydání pěti klíčových zákoníků došlo poté v průběhu let 1804–1810.

²¹⁰ WINTR, Jan. *Říše principů*, str. 31.

5.7 Konstitucionalismus

Racionalistické přirozenoprávní učení a osvícenství vytvořily tedy také základ moderního liberálního pojetí státu – tedy zejména koncepci vztahu státu k jednotlivci a struktury uspořádání státu. „Západní“, tedy liberální proud osvícensko-přirozenoprávní politické teorie nastavil kurs vývoje státního uspořádání směrem k dnešnímu modelu demokratického právního státu. Jednak formuloval základní principy postavení jednotlivce v jeho vztahu k veřejné moci, jednak vytvořil systém právních a politických nástrojů k jejich prosazování.

Mezi jeho ideová východiska patří zejména akceptace významu člověka-jednotlivce, odvozenost státní moci od suverenity lidu a uznání přirozených práv každého člověka, mezi nimiž zaujímá přední místo – zejména ve vztahu jednotlivce k veřejné moci – právo na svobodu. Osvícenská politická teorie k jejich prosazení a zajištění vynalezla koncepci dělby státní moci na moc zákonodárnou, výkonnou a soudní, které se vzájemně omezují a kontrolují, požadavek nezávislé, apolitické soudní moci, svěřením zákonodárné moci voleným zástupcům lidu, povinnost státu zajišťovat základní práva a svobody svých občanů (zejména občanských a politických práv jednotlivců), právo lidu na odpor v případě, že státní moc své povinnosti neplní, a možnost omezení základních práv pouze prostřednictvím právního předpisu majícího formu „vyjadřující všeobecnou vůli“ – tedy zákonem. Rovněž byly položeny základy praxe vytváření katalogů základních práv v zákonné (ústavní) formě. Neméně důležitým odkazem je široce pojatá konstrukce osobní svobody jednotlivce v jejím uplatnění vůči jiným osobám: co není zákonem výslovně zakázáno, je dovoleno.

Revoluční události ve Spojených státech a ve Francii, kde došlo k zakotvení výše popsaných principů omezení státní moci do psaných ústav, ovlivnily i politické požadavky obyvatel ostatních zemí evropského kontinentu. Konkrétní podobu měly mimo jiné i v úsilí o prosazení konstitucionalismu – někdy bývá nazýváno také „ústavním hnutím“ podle německého označení *Verfassungsbewegung*. Konstitucionalismem se zpravidla rozumí zavedení psané ústavy, která by omezovala stávající moc absolutistického panovníka i kteréhokoli jiného státního orgánu, zavedla zásady demokratické vlády

(zdrojem moci by nebyl napříště panovník, ale lid), dělbu moci a v neposlední řadě garantovala základní lidská práva a svobody.

Je třeba zdůraznit, že takto vypočtené elementy ústavnosti, které se kryjí s jejím dnešním ideálem, představovaly v průběhu 19. století pouze jednu z rozmanitých variant politických požadavků na státní uspořádání, které bylo či mělo být vtěleno do ústavy dané země. Zejména pokud jde o první ústavy ve většině zemí, které zpravidla nevznikaly coby výsledek revolučního vítězství, lze v nich spatřovat spíše projev aktuálního pragmatického trendu evropských vládařů fixovat v přehledných kodifikacích rozličné právní oblasti, jejichž úprava byla doposud obsažena ve větším množství písemných pramenů nebo ve formě obyčeje.²¹¹

5.8 Immanuel Kant

Z doktríny racionálního přirozeného práva vycházel také **Immanuel Kant** (1724–1804). V jeho díle lze pozorovat syntézu toho nejlepšího z dosavadních racionálně přirozenoprávních děl jeho předchůdců i současníků – Kant to ovšem přetavil do zcela originálního systému filosofického a právního myšlení. Ve svém spise *Metaphysik der Sitten*²¹² rovněž vychází z konceptu přirozeného stavu a využívá dvojici pojmů *status naturalis* – *status civilis* (nazývá jej *bürgerlicher Zustand* – občanský stav).

²¹¹ Například pro první zákonodárná díla tzv. jihoněmeckého raného konstitucionalismu (ústavy čtyř jihoněmeckých zemí z let 1818–1820) bylo příznačné, že se jednalo o ústavy oktrojované, které fixovaly silné postavení panovníka a nepomýšlely ani na zásadu suverenity lidu, ani na důslednější dělbu moci – nicméně jejich nepochybným přínosem byly obsažené katalogy základních práv (blíže viz např. KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 422 a násl.). Podobně tomu bylo i u rakouské Pillersdorfovy ústavy z dubna 1848 a Stadionovy ústavy z března následujícího roku (viz MALÝ, Karel a kol. *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*, str. 212 a násl.).

²¹² Kantova *Metafyzika mravů* vyšla v roce 1797.

Pomocí fikce přirozeného stavu formuje teorii soukromého práva, zcela nezávislého na státu, které spočívá v právu „vnějšího mého a tvého“ (*des äusseren Mein und Dein*),²¹³ doplněném o rodinné právo. Pravidla soukromého práva jsou pro Kanta (tak jako pro ostatní iusnaturalisticky orientované právníky té doby) apriorně poznatelná, odvoditelná rozumem. Upozorňuje však, že v přirozeném stavu neexistují prostředky pro zajištění ochrany (soukromého) práva: je to stav bezpráví (*Zustand der Rechtlosigkeit – status iustitia vacuus*), v němž jakékoli nabytí něčeho „vnějšího“ je pouze provizorním stavem, protože nejsou pro jeho zajištění k dispozici ani sankce veřejného práva, ani moc toto právo vykonávající.²¹⁴ K tomu, aby přirozené právo mělo reálnou sílu platnosti a mohlo být v případě potřeby vykonáno donucením, je nezbytná existence státu, která mění přirozený stav ve stav občanský.

Soukromé právo tedy má být apriorně platné i ve *statu civili*, kde k němu pouze přistupuje právo veřejné. Veřejným právem Kant rozumí veškeré zákonodárství státu (jelikož legislativní úpravy do rozumu zřejmého soukromého práva nepřipouští). Veřejné právo má tak ve vztahu vůči soukromému právu především funkci jeho zajištění a upevnování – tím, že poskytuje účinné právní nástroje k jeho ochraně v podobě stanovení sankcí a zajištění výkonné moci. To souvisí i s tím, že Kant spatřoval účel veškerého práva, a tedy i princip zákonodárné činnosti (a práva veřejného), ve vymezení podmínek, za kterých by mohla podle obecného zákona svoboda jednoho člověka existovat vedle svobody každého dalšího člověka.²¹⁵ Pro úplnost je třeba dodat, že Kant pod pojem obecného veřejného

²¹³ Blíže viz *Methaphysik der Sitten, Der Rechtslehre erster Teil*, § 1 a násl., zejména § 5. KANT, Immanuel. *Werke in sechs Bänden*. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Band IV – Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie. Wiesbaden: Insel-Verlag, 1956, str. 353 a násl.

²¹⁴ *Methaphysik der Sitten, Der Rechtslehre zweiter Teil*, § 44. KANT, Immanuel. *Werke in sechs Bänden*. Band IV, str. 430 a násl.

²¹⁵ „...*Freiheit eines jeden auf die Bedingungen einzuschränken, unter denen sie mit jedes andern Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann...*“ Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, třetí díl, kap. III. KANT, Immanuel. *Werke in sechs Bänden*. Band IV, str. 757.

práva zahrnoval státní právo, platné uvnitř dotčeného státu, a právo mezinárodní, upravující vzájemný vztah mezi jednotlivými státy.²¹⁶

Jedním z rozlišovacích znaků soukromého a veřejného práva je nutnost publikace u pravidel veřejného práva (zatímco soukromé právo je poznatelné již bez dalšího).²¹⁷ Kant také připouštěl, aby pravidla soukromého práva – v nichž se uplatňují zásady komutativní spravedlnosti – byla měněna pravidly práva veřejného (tj. zákonodárstvím), v nichž by se uplatňovaly zásady spravedlnosti distributivní.²¹⁸ Z jeho pohledu byla podstatným znakem *status naturalis* absence uplatnění pravidel distributivní spravedlnosti – v tom spočíval zásadní rozdíl mezi příslušností jednotlivce ke státu od jeho členství v jiných společenských uskupeních, které mohou vznikat i v přirozeném stavu.²¹⁹

Ve světle přirozeného práva, které je i základem veřejného práva (zákonodárství státu), představuje pro Kanta absolutní hodnotu lidská osobnost: člověk jako rozumná bytost schopná svobodně jednat.²²⁰ Svobodu ve smyslu nezávislosti na donucovací vůli jiného člověka (nakolik vedle ní podle obecného zákona může existovat svoboda každého druhého člověka) považuje Kant za vrozené právo každého jednotlivce. Se svobodou úzce souvisí i vrozená rovnost, na základě níž člověk nemůže být od jiných vázán více, než nakolik je schopen recipročně zavazovat i je samotné.²²¹ K uplatnění donucení lze

²¹⁶ Methaphysik der Sitten, Der Rechtslehre zweiter Teil, § 43. KANT, Immanuel. *Werke in sechs Bänden*. Band IV, str. 429.

²¹⁷ „Der Inbegriff der Gesetze, die einer allgemeinen Bekanntmachung bedürfen, um einen rechtlichen Zustand hervorzubringen, ist das öffentliche Recht.“ Methaphysik der Sitten, Der Rechtslehre zweiter Teil, § 43. KANT, Immanuel. *Werke in sechs Bänden*. Band IV, str. 429.

²¹⁸ Methaphysik der Sitten, Der Rechtslehre zweiter Teil, § 36, 37 a 43.

²¹⁹ Methaphysik der Sitten, Der Rechtslehre erster Teil, § 41. KANT, Immanuel. *Werke in sechs Bänden*. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Band IV – Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie. Wiesbaden: Insel-Verlag, 1956, str. 423.

²²⁰ KRŠKOVÁ, Alexandra. *Dějiny evropského politického a právního myšlení*, str. 371 a násl.

²²¹ KANT, Immanuel. *Werke in sechs Bänden*. Band IV, str. 345.

přistoupit jedině na základě zákona. Třetím atributem občana, vedle svobody a rovnosti, je pak jeho samostatnost.

Kant zdůrazňuje, že člověk je v poměru ke státu především jeho členem (*Glied*) – vnímá jej tedy jako aktivního státotvorného činitele.²²² Když se zabývá dělbou moci ve státě, uvádí, že zákonodárná moc ve státě přísluší pouze sjednocené vůli lidu (členů sjednocených k zákonodárné činnosti) a z ní plynoucí zákonná svoboda (*gesetzliche Freiheit*) spočívá v oprávnění nedodržovat žádné jiné (tedy: vnější) zákony, než ty, k nimž dal (ve smyslu: mohl dát) souhlas. Na Kantově přístupu je však zvláštní, že nepocit'uje potřebu vymezení hranic moci státu vůči jednotlivci. Nestanoví limity pro zákonodárnou moc, víceméně pro něj jakýkoli zákon, který je vyjádřením sjednocené vůle lidu, nemůže omezovat svobodu jednotlivce, neboť k němu jednatel v podstatě dal svůj souhlas.

²²² *Methaphysik der Sitten, Der Rechtslehre zweiter Teil, § 46. KANT, Immanuel. Werke in sechs Bänden. Band IV, str. 432 a násl.*

6. Pojmy soukromého a veřejného práva v novodobém právu

V průběhu 19. století došlo v jednotlivých zemích evropského kontinentu k završení vývoje pohledu na právo, vývoje přístupu k právu a vývoje podoby práva, jež lze označit přívlastkem „novodobé“. Valentin Urfus ztotožnil, pokud jde o rakouské země, základy novodobého soukromého práva se všeobecným občanským zákoníkem, doplněným o průnik pozitivismu a pojmové jurisprudence do vědy soukromého práva v druhé polovině 19. století.²²³ Přibližně v tomtéž období dospělo i formování představy veřejného práva do podoby, která je v podstatném rozsahu platná dodnes.

Pokud bychom chtěli shrnout nejvýraznější rozdíly mezi novodobým právem a předchozími pohledy na právo, patrně by to mohly být následující: 1. zdroj práva je spatřován ve státě, 2. právní pravidla prostupuje konstrukt subjektivních práv, která jsou nahlížena jako svobody, 3. hodnotová orientace práva vychází z racionalistického pojetí přirozeného práva ve spojení s liberalismem. Kombinace vyjmenovaných znaků představovala v právním vývoji podle mého názoru výrazný předěl, k němuž zatím nenajdeme paralelu.

Obsahovou stránku novodobého práva ovlivnilo velmi výrazně dovršení procesu postupné koncentrace právotvorné činnosti do rukou zákonodárného orgánu státu a společenské a ekonomické změny v evropských státech.

6.1 Společenský kontext

V jednotlivých státech představovaly hnací motor změn směrem k novodobému právu v politicko-právní rovině na jedné straně kodifikační snahy (nejvýznamnější byly kodifikace soukromého práva), s níž byli vrcholní představitelé státní moci ztotožnění, a

²²³ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 110.

na druhé straně vlna ústavních či vůbec revolučních hnutí, která naopak stávajícímu establishmentu obvykle vhod nebyla.

K této situaci přispěl v první řadě vývoj myšlení ve století osvícenství. V jedné rovině to byla osvícenská racionalistická filosofie se svou vírou v možnosti lidského rozumu a s uznáním hodnoty každého jednotlivého člověka jakožto rozumné bytosti. Odtud se odvíjely i politicko-filosofické teze chápající jednotlivce nikoli jen jako objekt státní moci, ale i jako její zdroj – přičemž šíření těchto myšlenek se nedařilo zabránit. V druhé rovině stál nárůst všeobecné vzdělanosti – osvícenští panovníci si uvědomovali především hospodářský význam vzdělanosti obyvatelstva a postupně činili kroky jednak k podpoře všeobecné gramotnosti, jednak k rozvoji odborných škol. Důsledkem bylo postupné zvýšení sebeuvědomění příslušníků nepriviléovaného stavu, vůči němuž se však ocitla v naprostém rozporu míra jejich občanských a politických práv.

Dalším faktorem změn v právu byly mimořádné ekonomické a společenské změny, které ve většině evropských zemí započaly zhruba od konce 18. století v důsledku průmyslové revoluce. Přispěly v první fázi (krom jiného) k procesu formování národních států, který posílil pronikání přirozenoprávních a liberálních idejí do ústavního uspořádání a zákonodárné činnosti jednotlivých zemí. Důsledkem bylo např. zrušení poddanství (a pozemkové vrchnosti)²²⁴ – což s sebou neslo změnu soudní a správní příslušnosti vůči obrovskému množství obyvatel, podléhajících do té doby patrimonální kombinaci správy a soudu. Mezi dalšími důsledky lze jmenovat liberalizaci ekonomické činnosti²²⁵ a na úrovni vztahu státu a jeho občanů realizaci ideje právního státu.²²⁶ V rakouských zemích byla tato

²²⁴ Ke zrušení poddanství, roboty a pozemkových vrchností došlo na našem území v roce 1848.

²²⁵ Živnostenským řádem (zákon č. 227/1859 ř. z.) došlo ke zrušení cechů a k liberalizaci provozování řemesel. V Rakousku se stal základem podnikání *Allgemeines Handelsgesetzbuch* (Všeobecný obchodní zákoník, AGHB, vydaný pod č. 1/1863 ř. z.), vedle něj byla úprava podnikání obsažena také v živnostenském řádu a zákonech upravujících obchodní společnosti (spolkový zákon, akciový regulativ a související předpisy).

²²⁶ V souvislosti s vlivem a postupnou akceptací ideje právního státu se vytvářela stále důslednější právní regulace organizace, pravomocí a působnosti všech státních orgánů spolu se závaznými postupy jejich jednání při vykonávání jim svěřených činností. U vrcholných státních orgánů obsahovala základní úpravu ústava, podrobnosti stanovily zákony.

fáze završena roku 1867, kdy došlo vlivem vydání prosincové ústavy k nástupu parlamentarismu a formálnímu uznání základních práv občanů.

Ve druhé fázi přispěly sociálně-ekonomické změny k nevídanému rozhojnění legislativy i vzniku nových funkcí správních orgánů státu. Jedním z důsledků přílivu obyvatelstva do měst, a tedy rozvázání dosavadních tradičních sociálních struktur, bylo snížení míry a rozsahu působení mimoprávních normativních systémů (náboženství, morálka, tlak malé společenské skupiny apod.).²²⁷ Současně došlo k prudkému rozvoji tržní ekonomiky, který nesl s sebou zcela nové hospodářsko-sociální podmínky, s nimiž dosud nebyla zkušenost.

Přirozenoprávní soukromé právo bylo koncipováno na víře, že formální rovnost práv zajistí vzájemné spravedlivé postavení stran v právním vztahu. Jakmile se realizovaly liberalistické představy v praxi, bylo čím dál více zřejmé, že ekonomická nevýhoda jednoho ze subjektů je faktorem, který ve skutečnosti deformuje kontrakční svobodu a formální rovnovážné postavení smluvních stran do takové míry, že bez legislativních zásahů do smluvní svobody a zavedení dohledu státní správy nad dodržováním některých základních opatření by došlo např. k ovládnutí trhů několika málo dominantními hráči²²⁸ nebo k ekonomicky založenému poddanství, v některých případech hraničícímu s otroctvím.

Nová zákonná úprava pracovních podmínek dělníků byla motivována především strachem z nepokojů působených dělnickým hnutím a rostoucím vlivem sociálně-demokratických stran. Nejprve se přistoupilo k tzv. ochrannému zákonodárství (zavedení limitů pracovní doby a minimálních standardů bezpečnosti práce).²²⁹ V poslední třetině 19. století pak

²²⁷ Srov. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 257.

²²⁸ Na tuto skutečnost reagoval tzv. koaliční zákon (zákon č. 43/1870 ř. z.), který obsahoval první úpravu soutěžního práva. Dohody soutěžitelů uzavřené za účelem zvýšení cen ke škodě zákazníkům prohlásil jednak za neplatné, jednak za trestné.

²²⁹ V rámci ochranného (pracovního) zákonodárství se kogentní úpravou stanovily meze pro smluvní úpravu námezdních vztahů. Dosavadní víceméně neomezená smluvní svoboda byla restringována ve prospěch zaměstnanců pracujících v průmyslové výrobě a hornictví. Zákonná úprava zejména omezovala délku pracovní doby dětí a stanovila povinnosti zaměstnavatelů pro zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví zaměstnanců. (v Rakousku už některá ochranná ustanovení obsahoval obecný horní zákon z roku 1854 a

Rakousko (stejně jako ostatní státy) po vzoru Pruska přistoupilo k vlastnímu sociálnímu zákonodárství.²³⁰ Vedle zákonodárné aktivity státu v oblasti pracovního práva a práva sociálního zabezpečení se stanovení nových úkolů státu promítlo také v rozšíření okruhu působení státní správy – k dosavadní činnosti nařizovací (vrchnostenské) a kontrolní přistupuje okruh pečovatelských činností správy (tzv. pečovatelská správa nebo veřejná služba). Jinými slovy, upustilo se od liberálního pojetí státu ve prospěch státu intervenčního.

6.2 Cesty k novodobému pojmu soukromého práva

Pro představitele německé právní vědy (*usus modernus*) ovlivněné racionalisticky pojatým přirozeným právem bylo příznačné vnímání jednotlivce v jeho sociálních vazbách – jako integrálního člena rodiny, domácnosti, stavu, profesní organizace, státu. Mezi státem a rodinou nebo dalšími společenskými jednotkami spatřovali pouze stupňovité rozdíly.²³¹ S ohledem na tehdejší výrazně vertikální povahu mnoha společenských vztahů (ať už v rodině, cechu, vůči vrchnosti atd.) působí tento aspekt zcela samozřejmě. Tímto směrem byly koncipovány také dvě velké racionalistické kodifikace – bavorský *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* z roku 1756 a ještě výrazněji pruské ALR z roku 1794.

živnostenský řád z roku 1859, významnější úprava pracovních podmínek však byla ustanovena až v 80. letech.) Stát navíc začal na dodržování zákonných předpisů na ochranu života a zdraví dělníků dohlížet v rámci své správní činnosti. Blíže viz BĚLINA, Miroslav a kol. *Pracovní právo*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, str. 6 a 21–23; MALÝ, Karel a kol. *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*, str. 285–289.

²³⁰ Sociální zákonodárství spočívalo v zavedení povinného nemocenského, úrazového, starobního a invalidního pojištění – všechny uvedené typy byly zavedeny v Německu v rámci Bismarckovy reformy. Povinné pojištění zaměstnanců bylo prosazeno i v Rakousku-Uhersku zákonem o úrazovém pojištění dělníků (č. 1/1888 ř. z.), zákonem o nemocenském pojištění dělníků (č. 33/1888 ř. z.) a zákonem o bratrských pokladnách dle obecného zákona horního (č. 127/1889 ř. z.). Uvedené předpisy navazovaly na dřívější činnost svépomocných spolků, fondů a dělnických pokladen, které fungovaly na principu dobrovolné vzájemnosti a zabezpečovaly své členy způsobem pojištění proti mimořádným událostem. Ukládaly povinnost úhrady pojistného jak zaměstnancům, tak zaměstnavatelům. Blíže viz např. TRÖSTER, Petr a kol. *Právo sociálního zabezpečení*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005, str. 28–30.

²³¹ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 35.

Bavorský zákoník kromě pravidel patřících do oblasti tradičního římského soukromého práva zahrnoval také např. cenové předpisy, stanovení některých pravomocí vrchnosti nebo určení robotní povinnosti poddaných.²³² Jeho autor Wiguläus von Kreittmayr se k této okolnosti vyjadřuje v předmluvě svých Poznámek a vysvětluje, že určité právní vztahy spadají zčásti do oblasti práva soukromého, zčásti do práva veřejného – tvoří tzv. *ius mixtum*.²³³ Kreittmayr při tom odkazuje na teorii svého současníka Johanna Jacoba Schmauße (1690–1757).

Bavorský občanský zákoník poskytuje také „legální“ definice pojmů soukromého a veřejného práva – nutno říci, že tyto definice bychom hlediska dnešních kritérií označili za akademické. Pojem veřejného práva je používán jako synonymum státního práva – nicméně Kreittmayr ústy zákonodárce rozlišuje obecné veřejné právo, které je společné všem státům, a zvláštní veřejné právo, které se týká jen určitého státu.²³⁴ Nejen v této definici, ale i v jiných částech se CMBC blíží někdy více učebnici než normativnímu textu – nicméně takové sklony byly společné všem autorům přirozenoprávních kodifikací. Ostatně právo pro ně bylo do značné míry totožné s právní vědou, a tak hranice mezi jurisprudencí a legislativou nebyla v jejich chápání neprostupná. *Ius privatum* je v bavorském zákoníku ztotožňováno s pojmem občanského práva (*Bürgerliches Recht*, nikoli ovšem *ius civilis* – tento římskoprávní pojem se tradičně užíval v dualismu civilního a kanonického práva k označení světského práva platného v určitém státě). Soukromé

²³² BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 32.

²³³ KREITTMAYR, Wiguläus Xaver Aloys von. *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem*. München: Johann Jacob Vötter, 1758 (stránky nečíslovány).

²³⁴ „Das Staatsrecht (*Ius Publicum*), welches die in einem Staat sowol dem Oberhaupt von höchster macht und gewalt wegen, als denen Unterthanen zustehende Rechten und Pflichten begreist, wird in das allgemeine und besondere getheilt, nachdeme es entweder auf alle Staaten überhaupt, oder nur auf einen besonderen gebet.“ (§ 6 CMBC) Cit. podle *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis oder Neu Verbessert und Ergänzt Chur-Bayrisches Land-Recht*. München: Hof- und Landschaft- Buchdruckern, 1759, část první, kapitola druhá, stránky nečíslovány.

právo je vymezeno jako právo („zákon“), které se týká více jednání jednotlivců a jejich oprávnění než státu.²³⁵

6.2.1 Pruské vybočení z akademické tradice

Ambicemi tvůrců *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* byla kodifikace obsahující komplexní právní úpravu pro všechny vztahy, do nichž jednotlivci vstupují. Teoretická východiska připravovaného zákoníku vyložil Carl Gottlieb Svarez v tzv. *Kronprinzen-Vorträge*.²³⁶ V pruském Všeobecném zemském právu z roku 1794 bylo zvoleno takové pojetí normativní úpravy práv a povinností jednotlivce, které nerozlišuje a nekategorizuje soukromoprávní a veřejnoprávní aspekty jednotlivých právních vztahů. Vlastnictví, závazkové vztahy i propůjčená vrchnostenská oprávnění práva byly jednotně koncipovány jako „práva jednotlivce“ (*Rechte Privater*), přičemž tento pojem byl používán promiscue s termínem *Privatrechte* (soukromá práva). Představovaly jednotný právní institut pro jednotlivce vztahy s jinými jednotlivci i pro jeho právní postavení úřadům nebo panovníkovi. Vůči těm všem měly *Rechte Privater* zásadně požívat soudní ochrany v běžném soudním řízení. Bullinger uvádí, že takto jednotně pojímaný koncept subjektivních práv byl zastáván ještě v prvních desetiletích 19. století, a to v souvislosti s široce pojímanou přípustností jejich uplatnění v řádném soudním řízení.²³⁷

U Svareze je především třeba poukázat na odklon od tehdejší, v německé právní vědě převládající, koncepce soukromého práva vázaného na fikci *status naturalis*. Většina představitelů *usus moderni* v této době pojem soukromého práva spojovala s právem (přirozeným právem), které platí pro individuální vztahy uvažované mimo vliv a mimo rámec státu (tj. jako by stát neexistoval) – přičemž vztahy jakkoli související s existencí institucionalizovaných společenských svazků řadili do oblasti práva veřejného. Svarez toto

²³⁵ „Gesätz, welche nicht so viel den Staat selbst und den Nexum Reipublicae als die Privat-Handlungen und die Gerechtsamen betreffen, machen das Bürgerliche Recht (*Jus Privatum*) eigentlich aus.“ (§ 7). Tamtéž.

²³⁶ Jednalo se o přednášky, které v zimě 1791/1792 pronesl Svarez jakožto jeho vychovatel ke korunnímu princovi, budoucímu Friedrichu Wilhelmovi III. Tyto přednášky jsou publikovány in SVAREZ, Carl Gottlieb. *Vorträge über Recht und Staat*. Hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer. Köln: Westdt. Verl., 1960.

²³⁷ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 49.

rozlišování soukromého a veřejného práva založené na kritériu fikce přirozeného stavu opomíjí – jeho záměrem bylo kodifikovat reálná a vynutitelná pravidla skutečných vztahů ve společnosti.

Soukromé právo neboli občanské právo (*bürgerliches Recht*) – Svarez používá tyto pojmy promiscue – chápe jako veškeré zákonem stanovené právo upravující životní poměry občanů: nejen v jejich vzájemném vztahu, ale také ve vztahu ke společnosti, a tedy jako všestranně působící a nezbytným potřebám společnosti přizpůsobený řád (*Lebensordnung*).²³⁸ Z přirozeného stavu a přirozeného práva odvozuje jednak nezcizitelná práva člověka, která smějí být dotčena jedině v případě nouze, jednak přirozenou svobodu, které se jednotlivci vzdali – ovšem pouze v omezené míře, ohraničené účelem státu – při vstupu do občanské společnosti.²³⁹

Podle předmětu úpravy Svarez rozlišuje – vedle trestních předpisů a daňových předpisů – civilní předpisy (*Zivilgesetze*), upravující jednání poddaných týkající se jejich majetku a jiných soukromých práv, a policejní předpisy (*Polizeigesetze*), které určují, jak má každý upravit svá dovolená jednání a vykonávat svá práva, tak aby nevznikala škoda státu a spoluobčanům (např. zákaz rychlé jízdy ve městě, zákaz zastíňování pozemku souseda apod.).²⁴⁰ Vymezuje přitom poměrně přísné mantinely pro policejní předpisy: např. že stát jimi smí omezovat svobodu jednotlivce jen v míře, která je nezbytná pro zachování svobody a bezpečnosti všech.²⁴¹ Svarez předkládá obraz zásadně svobodného občanského života, chráněného státem, v jehož právních institutech je dosažena jednota mezi individuálními a společnými zájmy, působení vůči spoluobčanům a působení vůči

²³⁸ SVAREZ, Carl Gottlieb. *Vorträge über Recht und Staat*, str. 14, 374, 603 a násl. Cit podle BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 47.

²³⁹ Účelem státu je podle Svareze především ochrana práv občanů a zajištění svobodného výkonu jejich vůle. Opatření státu sloužící k zajištění blahobytu považuje za přípustná pouze při splnění striktně stanovených zákonných předpokladů.

²⁴⁰ SVAREZ, Carl Gottlieb. *Vorträge über Recht und Staat*, str. 230–231.

²⁴¹ SVAREZ, Carl Gottlieb. *Vorträge über Recht und Staat*, str. 486 a násl.

nositelům státní moci.²⁴² Současně je z jeho přístupu patrná snaha nevytvářet vědecké či legislativní konstrukce, jejichž reálná platnost bude omezená a podmíněná.

Usus modernus v dalším vývoji nenásledoval linii Svarezova způsobu přirozenoprávního myšlení, která došla legislativního vyjádření v pruském ALR, a přidržel se i nadále chápání soukromého práva v teoretické izolaci od existence státu.²⁴³ Takový přístup je velmi výrazně přítomen v rakouském občanském zákoníku z roku 1811, ale také v německé pandektistice, ačkoli ta k metodologické izolaci soukromého práva dospěla na základě jiných než přirozenoprávních argumentů.

6.2.2 Metodologicky čisté ABGB

Podle Franze von Zeillera spočívala úloha obecného soukromého práva a jeho vědy v popsání právních vztahů vznikajících mezi jednotlivci, které vyplývají ze zásad rozumu,²⁴⁴ pokud se abstrahuje od existence státu, státní moci a jejich nařízení. Ve státní společnosti pak mělo být toto „přirozené soukromé právo“ upevněno prostřednictvím pozitivního zákonodárství, jehož jádro mělo tvořit. Zeiller přitom předpokládá a připouští změny soukromého (tj. přirozeného) práva legislativní cestou.²⁴⁵

Z textu ABGB by mohl vzniknout dojem, že díky němu muselo dojít k zásadnímu zvratu v povaze společensko-právních vztahů mezi jednotlivci: v mnohém se podobá o něco staršímu *Code civil* a v obou lze identifikovat tytéž přirozenoprávní zásady promítající se do vzájemného postavení jeho adresátů – ačkoli v rakouském soustátí na rozdíl od Francie byla společnost dosud uspořádaná v systému feudalismu a poddanství. Na rozdíl od pruského ALR totiž do ABGB záměrně nebyla zahrnuta ustanovení o společenských

²⁴² BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 47.

²⁴³ Například Eduard Gans ve své rozsáhlé publikaci k pruskému zákonodárství, v níž *Allgemeines Landrecht* s jeho nedostatky doslova cupuje na kousky, kritizuje také chybějící metodické vyčlenění soukromého práva jako opominutí čehosi zcela nezbytného. GANS, Eduard. *Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung*. Berlin: Verlag von Duncker und Humboldt, 1830–1832, str. 99 a násl.

²⁴⁴ ZEILLER, Franz von. *Das Natürliche Privat-Recht*. 3. vydání. Wien: Karl Ferdinand Beck, 1819, str. 5.

²⁴⁵ ZEILLER, Franz von. *Das Natürliche Privat-Recht*, str. 38.

stavech, o monopolu státní moci, povinnostech občanů vůči státu, politických právech apod.²⁴⁶ Rakouský kodex se držel pojetí soukromého práva odpovídajícího fikci přirozeného stavu (*status naturalis*).²⁴⁷ Až na několik výjimek²⁴⁸ byla do něj zařazena zásadně taková právní pravidla, která vycházejí ze zásad vzájemné svobody a rovnosti subjektů daných vztahů. Důsledek této koncepce se promítá do představy soukromého práva prakticky dodnes.

Zásada svobody se zásadou rovnosti se v soukromém právu odráží především v tom, že žádný jednotlivec nemůže vnučovat svoji vůli druhému jednotlivci: není oprávněn jednostranně ukládat povinnosti jinému člověku ani jednostranně určovat jeho práva – nemůže o jeho právech nebo povinnostech rozhodovat. Pouze jeho jednostranná vůle k vzniku takového právního účinku nedostačuje. V horizontálních vztazích soukromého

²⁴⁶ Příčin absence takovýchto ustanovení v rakouském zákoníku existovalo několik. Nebyla to pouze snaha o právněvědecky dokonalé legislativní dílo soukromého práva v duchu zásad *Vernunftrechtslehre*. Paralelně s poslední fází kodifikačních prací na ABGB probíhaly přípravné práce na kodifikaci práva veřejného (ty ovšem nakonec nebyly realizovány v zákonodárném díle). Když myšlenka připravované kodifikace veřejného práva narazila na odpor, naskýtala se možnost, že některá veřejnoprávní ustanovení by bylo možné přičlenit k chystanému občanskému zákoníku. Ovšem k vydání občanského zákoníku, který měl zrušit dosavadní po staletí vytvářenou soukromoprávní úpravu, mělo dojít v prostředí státního zřízení fungujícího v duchu osvícenského absolutismu. Občanský zákoník měl být zákonodárným aktem císaře. Dovozuje se, že záměrem tvůrců občanského zákoníku mohlo být i eliminování rizika budoucích zásahů panovníka do soukromoprávního kodexu, k nimž by snadno mohlo dojít, pokud by k němu byla připojena veřejnoprávní část zahrnující pravidla náležející do oblasti politických předpisů, která byla v dobách absolutismu ze strany panovníka a jeho aparátu hojně obměňována. Vynětí soukromoprávních pravidel z dosavadní ochranné izolace právní vědy mohlo potenciálně způsobit, že bude ke změnám soukromoprávních předpisů napříště přistupováno stejným způsobem, jak tomu dosud bylo v oblasti předpisů politických. Blíže viz FILIP, Jan. *Občanský zákoník bez ústavy*, str. 104 a násl.

²⁴⁷ Podle této teorie panovala v původním, přirozeném stavu lidské společnosti svoboda jednotlivců a jejich vzájemná rovnost, vycházející z jejich identické přirozené podstaty. Právní věda ovlivněná doktrínou přirozeného práva přistoupila ke koncepci soukromého práva jako práva, které je v zásadě myslitelné i bez existence státu – které by mohlo platit i ve *statu naturali*. Tímto způsobem byly tedy myšlenky přirozené svobody a rovnosti přeneseny i do stavební kompozice soukromého práva a staly se jeho nosnými pilíři, z nichž vycházejí ostatní soukromoprávní zásady a pravidla.

²⁴⁸ Jednu z výjimek představuje zařazení úpravy rodinného práva. Zákoník také ojediněle reflektuje existenci státu a jeho vliv na soukromé právo i ve svých ustanoveních – takovým příkladem jsou např. pravidla o státním občanství (§ 28–32) nebo vyvlastnění (§ 365).

práva jsou tyto dvě zásady mnohdy natolik propojené, že by bylo jen velmi problematické posuzovat je vždy zcela odděleně.

Svoboda a rovnost subjektů soukromého práva se projevuje v zásadě autonomie vůle, nazývané také jako zásada individuální autonomie nebo zásada soukromé autonomie.²⁴⁹ Je na vůli každého jednotlivce, zda na sebe přijme vůči jinému subjektu nějakou povinnost, vůči komu se takto zaváže, v čem bude taková povinnost spočívat – tehdy hovoříme o autonomii smluvní. Obdobně se zásada autonomie vůle promítá i v tzv. vlastnické svobodě, tedy v obecném oprávnění vlastníka užívat předmět svého vlastnictví a nakládat s ním zcela dle své svobodné vůle (s výjimkou jednání zakázaných zákonem), přičemž důležitou součástí této svobody tvoří oprávnění vlastníka předmět svého vlastnictví zcizit.²⁵⁰ Konečně se zásada autonomie vůle jednotlivce uplatňuje ve svobodě pořídit o svém majetku pro případ smrti (při současném respektování zákonných omezení) – tedy ve svobodě testovací.

Faktem ovšem je, že pravidla a principy formulované v ABGB upravovaly pouze část vztahů mezi jednotlivci. Vertikální právní vztahy, které byly dány např. existencí poddanství a stavovskou příslušností, fungovaly nadále v nezměněném modu. Nicméně nejen ty. Autoři všeobecného občanského zákoníku vědomě a záměrně nevtáhli do kodexu pravidla vztahů mezi jednotlivci, v nichž se principy vzájemné svobody, rovnosti a autonomie vůle neuplatňovaly (s výjimkou rodinného práva). Je tak třeba podotknout, že je v něm v důsledku toho nutně zachycen jen dílčí aspekt mezilidských právních vztahů mezi jednotlivci na území jeho působnosti. Skutečné právní postavení adresátů norem

²⁴⁹ WINTR, Jan. *Říše principů*, str. 144.

²⁵⁰ Srov. znění § 354 ABGB: „Vlastnictví, jako právo posuzováno, jest oprávněním, s podstatou a užítky věci podle své vůle nakládati a každého jiného z toho vyloučiti.“ Podobně vymezuje vlastnickou svobodu i čl. 544 CC: „Vlastnictví je právo věci užívat a nakládat s ní nejsvrchovanějším způsobem, neužívá-li se jí způsobem zakázaným zákonem nebo nařízeními.“ Zásada smluvní autonomie a zásada vlastnické svobody hrály důležitou roli při rozvoji podnikání a přechodu k tržnímu hospodářství (kapitalismu). Doprovázela je při tom všeobecná svoboda nabývání vlastnictví (či méně přesně: právo na vlastnictví), která byla ve Francii zakotvena jakožto základní přirozené právo v Deklaraci práv člověka a občana (čl. 2), zatímco v Rakousku ji při absenci ústavní úpravy formulovalo ustanovení § 355 ABGB: „Všechny věci vůbec jsou předměty vlastnického práva a každý, koho zákony výslovně nevylučují, jest oprávněn nabývatí ho svým jménem sám nebo prostřednictvím jiné osoby.“

ABGB (občanů) vyplývalo z ustanovení tohoto kodexu ve spojení s ustanoveními dalších předpisů. V desítkách případů zákoník na takovou situaci výslovně odkazuje: používá formulaci jako „pokud politické předpisy nestanoví jinak“, „omezení stanoví politický předpis“ (*politische Gesetze, politische Verordnungen*),²⁵¹ popř. uvádí, že danou záležitost stanoví úřad (*politische Behörde*).²⁵² Počítá však i s tím, že určité vztahy budou upraveny i jinými než politickými předpisy. Lze tedy říci, že ABGB přineslo regulaci metodicky izolované škály vztahů mezi soukromými osobami, v nichž se uplatňují zmíněné přirozenoprávní principy.

Tak například vznik zaměstnaneckých vztahů byl upravený v občanském zákoníku tzv. námezdní smlouvou (*Lohnvertrag*; § 1151–1163 ABGB), která vycházela principu smluvní volnosti a rovnosti stran. Nicméně tato úprava se nedotýkala pracovních vztahů tzv. čeledě i některých dalších povolání: regulaci právních vztahů mezi těmito osobami a jejich „zaměstnavateli“, v nichž princip rovnosti a svobody ve značné míře absentoval, autoři ABGB do kodexu nezahrnuli. V § 1172 ABGB se přitom odkazuje na „zvláštní“ – tj. nikoli „politické“ – předpisy. Tato úprava byla pro čeledě obsažena v čeledních řádech.²⁵³ Na základě ní měli zaměstnavatelé mimo jiné právo zaměstnance tělesně trestat nebo prohledat jeho věci. Zaměstnané osoby měly povinnost chovat se uctivě a ponížene a vystupovat a oblékat se skromně a nenápadně.²⁵⁴ Např. podle čeledního řádu vydaného 1866 pro Čechy museli čeledníci jakékoli rozkazy, napomenutí a domluvy „pána“ (hospodáře) „uctivě a skromně vyslechnouti“. Neexistovala pracovní doba, být ve službě podle čeledního řádu znamenalo bydlet v domě zaměstnavatele a být neustále k dispozici, hospodář čeledi organizoval i volný čas. Zaměstnanci rovněž nesměli bez pána souhlasu

²⁵¹ Např. § 13, 27, 140, 761, 867, 1149, 1272 ABGB a řada dalších.

²⁵² Např. § 30, 413, 1059 1319, 1338 ABGB a další.

²⁵³ Čelední řády byly v našich zemích vydávány od pozdního středověku, a to s prakticky celozemskou působností.

²⁵⁴ BĚLINA, Miroslav a kol. *Pracovní právo*, str. 22.

mít uložené jakékoli své věci mimo dům, v němž sloužili.²⁵⁵ Tento výrazně patrimonální stav trval přitom až do roku 1919 a týkal se poměrně velkého počtu obyvatel.

O něco svobodnější byla úprava živnostenského řádu (zákon č. 227/1859 ř. z.), která se vztahovala např. na tovární dělníky. Ti sice na tom byli lépe, pokud šlo o volný čas a vůbec osobní svobodu v čase, kdy nevykonávali práci – ale ani tady nelze mluvit o proporcionalitě vzájemných práv soukromých jednotlivců. Zákonná úprava zůstala poplatná starým předpisům a zavazovala je k „věrnosti, poslušnosti a úctě“ k zaměstnavateli. Jedinou povinností zaměstnavatele vůči zaměstnancům bylo placení mzdy, jinak nebyl vůbec ničím omezen a mohl kdykoliv dělníky propustit. Kdyby však dělník bez zákonného důvodu předčasně ukončil pracovní poměr, mohl být nejen trestán (vedle pokuty i vězením až do tří měsíců), ale dokonce donucen k návratu do práce policejní asistencí.

Ostatně v právní úpravě vztahů v rodině, která byla obsažena v ustanoveních ABGB, byly zásady svobody a rovnosti prolomeny rovněž velmi výrazně. V původním znění rakouského kodexu měly vztahy v rodině výrazně vertikální podobu, členové rodiny podléhali „moci“ otce rodiny (otce dětí, manžela). Autoritativní moc ženatého muže, kterou disponoval jak vůči dětem, tak vůči manželce, tvořila nejen základ vztahů uvnitř rodiny samé, nýbrž zásadním způsobem ovlivňovala i obecné právní postavení takto podřízených osob. Manželka a děti měly povinnost zachovávat vůči otci rodiny poslušnost, on spravoval majetek dětí a zpravidla i majetek manželky.²⁵⁶ Řazení rodinného práva do téhož kodexu, v němž se jinak upravují právní vztahy s výrazně odlišným charakterem (věcná práva, závazky), lze podle mého názoru považovat za mechanický důsledek římskoprávní tradice v našem právu.

²⁵⁵ Ustanovení § 10 a § 15 čeledního řádu pro království České, vyjímajíc hlavní město Prahu (zákon č. 11/1866 z. z.).

²⁵⁶ Viz § 91–92, 141 a 147 a násl. ABGB. Ve Francii se dokonce vyžadoval souhlas manžela pro to, aby manželka mohla samostatně vystupovat před soudem. V tomto ohledu i porevoluční francouzská úprava setrvala v tradici rodinných vztahů „starého režimu“. Viz čl. 213–226, 375–379, 905 a 1421 a násl. CC.

Je tak potřeba mít na vědomí, že právní úprava vztahů mezi občany neměla podobu, jakou můžeme číst z ustanovení ABGB. Bylo by omylem pěstovat si představu, že od počátku 19. století existovalo po určitou něco jako ideální, metodologicky „čisté“ soukromé právo, které bylo teprve postupem následujícího zákonodárství zanášeno cizorodými „veřejnoprávními“ prvky. V rakouském občanském zákoníku lze spatřovat projev velké míry metodologické čistoty soukromého práva koncipovaného na fikci přirozeného stavu a z něj vycházejících zásad svobody a rovnosti. Ovšem této čistoty bylo dosaženo díky koncepčnímu opomíjení těch právních vztahů mezi adresáty jeho pravidel, které se do zvoleného pojetí zákoníku nehodily, a vyloučení jejich úpravy do jiných předpisů.

Novodobý pojem soukromého práva vznikal ve sféře akademických úvah, formovaných římskoprávní tradicí a racionalistickým přirozeným právem. Pojetí soukromého práva jako soustavy pravidel upravujících vztahy mezi jednotlivci, která abstrahují od existence státu a existujícího sociálního uspořádání, však nemělo potenciál vytvořit celkovou právní úpravu těchto vztahů, tak aby tato úprava představovala garantovanou, reálnou podobu práv jednotlivců.²⁵⁷ Nicméně takový přístup ani nebyl ambicemi většiny představitelů *usus modernus*. Můžeme uzavřít, že rakouský občanský zákoník připravil kvalitní základnu obecných zásad a pravidel právních vztahů mezi jednotlivci – tato základna však nejenom byla později prolamována jinými právními předpisy, kterými docházelo k deformaci obecně platných zásad ABGB, ale i od počátku byla k takovému prolamování koncipována.

Lze ještě upozornit na okolnost, že úprava rakouského občanského zákoníku neměla dispozitivní povahu a nebyla v ní zakotvena zásada legální licence (vše je dovoleno, co není zákonem zakázáno). Oba tyto prvky byly přítomné ve francouzské úpravě.²⁵⁸

²⁵⁷ Srov. BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 41.

²⁵⁸ Zásada legální licence byla formulována v čl. 5 Deklarace práv člověka a občana, dispozitivnost právní úpravy se dovozovala ze znění čl. 6 a 1134 CC. V čl. 6 byl negativním způsobem určen prostor pro soukromá ujednání jednotlivců: takové dohody nesměly být v rozporu se zákony, které se týkají veřejného pořádku a dobrých mravů. K tomu pak čl. 1134 udělil takovému ujednání mezi účastníky smlouvy účinek nejvyšší možné závaznosti – zaujímají v jejich vzájemném vztahu místo zákona.

6.2.3 Německá pandektistika: jiným směrem ke stejnému výsledku

S přístupem tvůrců rakouského občanského zákoníku k soukromému právu se v mnoha ohledech shodovaly závěry německé vědy soukromého práva – přesněji: historické právní školy, která se stala vůdčím proudem v německé civilistice. Tento proud právní vědy ve svých východiscích ostentativně vyhraňoval vůči přirozenoprávní koncepci univerzálního soukromého práva založeného na fikci přirozeného stavu. Proti přirozenoprávnímu pojetí předložil pohled na právo jako na spontánně vznikající produkt vývoje konkrétního národa. Ač z odlišných výchozích tezí, oba vědecké směry dospěly k velmi obdobnému vymezení obsahu soukromého práva a jeho zařazení v systému práva.

Základní argumentace historické právní školy byla zformulována v rámci „kodifikačního sporu“, který se rozpoutal na německé akademické půdě v době těsně následující po vydání moderních civilních kodexů ve Francii a Rakousku. Hlavními účastníky učené diskuze byli heidelberský civilista **Anton Friedrich Justus Thibaut** (1772–1840) a **Friedrich Carl von Savigny** (1779–1861), vedoucí katedry římského práva na univerzitě v Berlíně a vůdčí osobnost pozdější tzv. historické právní školy.²⁵⁹ Savigny myšlenku kodifikace soukromého práva vehementně odmítl a proti ní předložil ideu „národního ducha“ (*Volksggeist*), který představoval podle Savignyho skutečný zdroj soukromého práva. Tento argument proti myšlence kodifikace se následně stal programem nové právní školy i základem zcela nového pohledu na právo.²⁶⁰

²⁵⁹ Thibaut, který byl obdivovatelem francouzského *Code civil*, s nímž se obyvatelé některých německých zemí seznámili takřka „na vlastní kůži“ (Francouzi na územích dobytých při napoleonských válkách zaváděli francouzské právo), v roce 1814 publikoval stat' O nezbytnosti obecného občanského zákoníku v Německu (THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814). V ní Thibaut vyjádřil své přesvědčení o nezbytnosti kodifikace soukromého práva po vzoru *Code civil*, která by byla jednotná pro celé Německo (to bylo v té době politicky rozdrobené). Vůči Thibautovu přístupu vymezil svůj názor ještě v témže roce Savigny ve spise O povolání naší doby k zákonodárství a právní vědě (SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814). Svou koncepcí soukromého práva pak Savigny propracoval především v díle *System des heutigen Römischen Recht* (Systém dnešního římského práva), jehož sedm svazků vycházelo v letech 1840–1849.

²⁶⁰ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 115.

Svým přístupem k soukromému právu se Savigny stavěl do protipólu vůči racionalistické přirozenoprávní škole, která vyznávala tezi o rozumové poznatelnosti a určitelnosti práva postupnými kroky z přirozenoprávních zásad. Soukromé právo bylo v přirozenoprávní koncepci nazíráno pravidla vztahů mezi jednotlivci, která jsou odvozena z přirozených principů rozumu, a jsou proto obecně platná. Podstata existence takového soukromého práva byla zcela nezávislá na státu, a proto i v právní vědě bylo zkoumáno v metodické abstrakci od existence a vlivu státu. Savigny naproti tomu soukromé právo nazíral jako jedinečný výsledek dlouhodobého, samovolně probíhajícího historického vývoje národa. Za zdroj soukromého práva bylo podle něj třeba považovat nikoli abstraktní rozumové principy, nýbrž ducha konkrétního národa. Právo představovalo podle něj, podobně jako jazyk, atribut národního organismu. Bylo tedy zásadně nemožné postihnout je jakoukoli abstraktní racionální zákonitostí.²⁶¹ Jelikož soukromé právo představovalo výsledek stále probíhajícího spontánního vývoje, nemělo být podle Savignyho fixováno kodifikací. Zákonodárství mělo mít v oblasti soukromého práva pouze funkci doplňující. Pokud jde o zmiňovaný pojem *Volksgeist* jako zdroj soukromého práva, výraz „duchu národa“ Savigny překvapivě nenachází v obyčejovém právu, ale v tradici německé římskoprávní obecné právní vědy: vyjadřuje jej recipované římské právo, vědecky zpracované profesory práva pomocí obecných právních pojmů a institutů.

Savigny si dle svých slov – na rozdíl od přirozenoprávního přístupu metodické izolace soukromého práva od státu – všímal „nejrozmanitějšího“ vlivu státu jak na podobu soukromého práva, tak i na jeho samotnou existenci. Vztah národu, soukromého práva a státu vyjádřil takto: nositelem soukromého práva je národ, plně účinné je však soukromé právo, jehož neviditelná existence spočívá v překrývajících se pocitech, myšlení a mravech, teprve v činnosti soudů.²⁶² Nicméně, při vši deklarované vazbě na stát, i on veškeré modifikace soukromoprávních norem, které souvisely se společenským uspořádáním,

²⁶¹ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 116 a násl.; BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 42.

²⁶² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Erster Band. Berlin: Veit und Comp., 1840, str. 23 a násl.

metodicky vyloučil z oblasti soukromého práva a podřadil je právu veřejnému.²⁶³ Ve výsledku tedy ani Savigny, ač vystavěl svůj koncept soukromého práva na zcela odlišných ideových základech, zabýval se jen dílčími aspekty právních vztahů mezi jednotlivci.

Národ (*Volk*) vnímá Savigny v úzkém sepětí se státem: v národě – neviditelném přirozeném celku (*Naturganze*) – působí nezadržitelná vnitřní síla směřující k projevení jeho neviditelné jednoty ve viditelné a organické podobě; „tělesnou formou tohoto duchovního národního společenství je stát“.²⁶⁴ Vliv německého idealismu, zejména Georga Wilhelma Friedricha Hegela (1770–1831), je v jeho přístupu zřejmý. Podle Savignyho je právo úzce spjato s podstatou a charakterem národa: společně s národem se rozvíjí a odumírá, jakmile národ ztrácí svoji osobitost. Pozitivní právo žije v obecném, přirozeném vědomí národa, které je reprezentováno vědecky kultivovaným vědomím právníků.²⁶⁵

Výše uvedené Savignyho teze lze považovat za jádro nauky nového proudu v německé právní vědě soukromého práva – tzv. historické školy (*historische Rechtsschule* nebo také *geschichtliche Schule der Rechtswissenschaft*).²⁶⁶ Přestože ve svých počátcích byla historická škola právní vědy silně pod vlivem romantických idejí, velmi rychle přijala následně ve 2. polovině 19. století filozofické teze právního pozitivismu, který se jako převládající směr právního myšlení rozšířil v té době téměř po celé Evropě.

²⁶³ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 42.

²⁶⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*, str. 21–22.

²⁶⁵ Takové uchopení práva bylo na jednu stranu notně ovlivněno dobovým romantismem, na stranu druhou však nově přineslo velmi užitečný důraz na empirické nahlížení práva.

²⁶⁶ Jak naznačený přístup i název školy napovídá, pozornost jejích představitelů byla do velké míry obrácena k právní minulosti německého národa, která nyní nebyla považována za uzavřenou kapitolu doby již minulé, ale naopak za dosud aktivní činitel, ovlivňující podobu platného, živého práva. Jinými slovy, poznávání právní minulosti mělo umožnit lepší praktické poznání platného práva a přispět i k zdárnějšímu řešení otázek praktické právní politiky.

Zejména pandektistická větev historické školy²⁶⁷ se soustředila na co nejdokonalejší propracování soustavy obecných právních pojmů, k němuž dospívala uplatněním historicko-systematické metody – tato okolnost se odrazila i v označení *Bergiffsjurisprudenz* (pojmová právní věda), které se pro vědu pandektního práva také používalo.²⁶⁸ Cílem tohoto úsilí bylo vytvoření právní vědy, kterou by se překlenula absence jednotného právního řádu v Německu. Na druhou stranu se však německá pandektistika ve své snaze teoreticky vytvořit co nejdokonalejší obecné právní pojmy mnohdy vzdalovala skutečnému právnímu životu. Vědomě vylučovala ze svého zřetele aspekty právních vztahů vyplývající ze státního a společenského zřízení, nebrala do úvahy vliv ekonomického postavení subjektů. Takový individualistický přístup byl v souladu s dobovými liberálními představami. Nicméně paralelně probíhaly, zejména v důsledku průmyslové revoluce, výrazné změny ve společenských a hospodářských vztazích a v návaznosti na ně byla přijímána i nová zákonná úprava jednotlivých zvláštních oblastí lidských aktivit. Daňové zákonodárství, pracovněprávní ochrana žen a dětí, stavební právo a ochrana krajiny, vznik kartelů a monopolů, kterými byla významně omezována hospodářská soutěž – to vše představovalo dost významné faktory reálné podoby společensko-hospodářských vztahů mezi jednotlivci. Avšak k těmto změnám docházelo mimo oblast obecného soukromého práva, a tak přestože jimi reálně byly dotčeny či modifikovány instituty obecného soukromého práva (ku příkladu takovouto právní úpravou či ekonomickou skutečností docházelo k omezení soukromoprávní smluvní

²⁶⁷ Příslušníci historické školy se ve 30. letech 19. století rozdělili na dva samostatné směry, a to v důsledku odlišného přístupu k úloze, kterou sehrála v německém právním vývoji recepce římského práva. Romanisticky orientovaný směr vyzdvihoval přínos římskoprávní recepce a v ohniskem jeho bádání se stala justiniánská *Digesta* (Pandekty) – odtud byl nazýván právní vědou pandektního práva či zkráceně pandektistikou (*Pandektenwissenschaft*). Vedle Savignyho patřili k jeho nejvýznamnějším představitelům zakladatel pojmové jurisprudence **Georg Friedrich Puchta** (1798–1846) a **Bernhard Windscheid** (1817–1892), autor nejoblíbenější učebnice pandektního práva své doby a pozdější člen komise pro přípravu německého občanského zákoníku. Protějškem pandektistiky v častých vzájemných polemikách byl germanisticky orientovaný směr historickoprávní školy, který se ve svém studiu zaměřil na germánské právo a jeho vývoj v německých dějinách. URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 116 a násl. Blíže např. též SELTENREICH, Radim. *Dějiny vědy soukromého práva v Německu*, str. 8–44; WIEACKER, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, str. 348 a násl.

²⁶⁸ URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 118. Pandektistika například zavedla pojmy jako nárok, subjektivní právo, právní vztah apod.

svobody), zůstaly mimo zájem a pozornost vědy soukromého práva.²⁶⁹ V pandektistice se tak obecné soukromé právo se svými formálními pravidly, koncipovanými se záměrnou metodickou abstrakcí od státu, stalo jakýmsi základním normativním řádem právních vztahů mezi jednotlivci ve státě, záměrně apolitickým a imunním vůči mimoprávním jevům i legislativní činnosti. Na druhou stranu však právě pro tento vypjatý odstup od zákonodárství nijak nezaručoval platnost vědou formulovaných pravidel v konkrétním právním řádu – toto „profesorské právo“ neposkytovalo žádnou ochranu proti omezování např. vlastnické nebo smluvní svobody legislativními zásahy.²⁷⁰

Pokud tyto poněkud virtuální koncepce soukromého práva nahlédneme z jiného úhlu, než kterým své teorie vysvětlovali zastánci přirozenoprávního proudu *usus modernus* i představitelé pandektistiky, nabízí se otázka, zda obě skupiny apriorně nesledovaly jen to, aby si soukromé právo, tedy předmět jejich zkoumání, podrželo římskoprávní půdorys svého oboru. Digesta a především Instituce představovaly několik set let myšlenkové bohatství, ale do určité míry také hranice právní vědy (která byla v podstatě vědou soukromého práva). Studování právníci po staletí získávali vzdělání v civilním a kanonickém právu, přičemž naprosto převážnou část civilního oboru představovaly Instituce, Digesta a Codex. Právníci navíc prakticky ztotožňovali svou právní vědu s pojmem práva.²⁷¹ Ať to bylo záměrem, či mimovolným důsledkem, nelze zcela

²⁶⁹ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 43–44.

²⁷⁰ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 44. Praktické potřeby právního života překonaly ve druhé polovině 19. století doktrinální odpor historické školy vůči myšlence kodifikace. Už v roce 1863 byl vyhlášen v Sasku *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, který byl značně ovlivněný pandektistikou. Po politickém sjednocení Německa pak následovalo i rozhodnutí o přípravě celoněmecké kodifikace občanského práva, kterou měl být ukončen nevyhovující stávající právní partikularismus. Německý občanský zákoník, *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich* (BGB), byl schválen v roce 1896 a nabyl účinnosti od roku 1900. V jeho koncepci se výrazně promítla nauka pandektní vědy – jednak pokud jde o formální strukturu zákoníku, jednak i po stránce obsahové: soukromé právo zde bylo vymezeno pojmově dokonale, nicméně jako abstraktní systém oproštěný od všech dalších zřetelů, zejména zřetelů ke konkrétní společenské realitě. Úprava smluvního práva vycházela v podstatě výhradně z liberálních tezí 19. století a zcela opomíjela sociální hledisko – takový ideový přístup však byl už v době přijetí zákoníku minulostí. URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého*, str. 123. Podrobně viz SELTENREICH, Radim. *Dějiny vědy soukromého práva v Německu*, str. 59–73.

²⁷¹ Připomeňme si, že např. Kreittmayrovy Poznámky k bavorskému občanskému zákoníku dokonce oficiálně nabyly sílu zákona – a to se pohybuje prakticky v době vzniku ABGB a Code civil. Z mnoha

přehlédnout, že ačkoli *Vernunftrecht* a *Volksgeist* stály jako ideový základ soukromého práva proti sobě, obě tato dogmata posloužila svým zastáncům k témuž výsledku: ke konzervaci stavu, kdy bylo soukromé právo vymezeno na základně existujících římskoprávních učebnic a pro jeho obsahové určení nebylo třeba vydávat se mimo vyšlapané cesty tradice.

6.2.4 Opuštění metodické izolace

Obrat v pojetí soukromého práva znamenaly požadavky na upuštění od dosavadní metodické izolace obecného soukromého práva, které v souvislosti s přípravou německého občanského zákoníku vyslovili představitel germanistické větve německé historické školy **Otto von Gierke** (1841–1921) a vídeňský profesor civilního práva procesního **Anton Menger** (1841–1906).²⁷² Oba vyzývali k přechodu k takovému pojetí soukromého práva, které by se namísto abstraktní koncepce právních vztahů jednotlivců bez zřetele k existenci státu obrátilo k reálné úpravě osobních a hospodářských vztahů občana ve státě.

Gierke zastával pozici konzervativního kolektivismu, který se vymezoval proti formalistickému individualismu. Občanský zákoník podle jeho přesvědčení neměl vycházet z principu abstraktní rovnosti před zákonem, ale měl garantovat právní pozici jednotlivce v relaci k jeho postavení ve společnosti. Podle Gierkeho bylo vhodné zohlednit skutečnost, že každý člověk má své místo ve společnosti, a to od rodiny až po stát. V určitých odvětvích soukromého práva tedy mělo platit, že pohlaví, osobní stav, státní

jiných příkladů lze uvést synonymické chápání veřejného práva a vědy veřejného práva ještě v dílech Jiřího Pražáka na samém konci 19. století. Takové chápání mělo po dlouhá staletí poměrně reálný základ, neboť právní věda právo (správná, spravedlivá řešení situací) nalézala a znala. Ztotožňování vědeckého oboru s předmětem jeho zkoumání přitom tradičně nebylo výjimečné.

²⁷² Otto von Gierke tak učinil ve své přednášce nazvané *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts* (Sociální úloha soukromého práva), kterou v roce 1889 pronesl před Vídeňskou právníckou společností. V témže roce a roce následujícím publikoval časopisecky svůj příspěvek *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* (Občanské právo a nemajetné třídy) Anton Menger. Blíže viz REPGEN, Tilman. *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts: Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

příslušnost, vyznání apod. budou tvořit relevantní kritérium distribuce práv a povinností.²⁷³ Oba autoři se stavěli kriticky zejména k myšlence striktní formální rovnosti před právem, která nezohledňovala sociální a ekonomickou nerovnost ve společnosti (zejména v závazkových právních vztazích).²⁷⁴

6.3 Koncepce právního státu

V koncepci právního státu jsou koncentrovány charakteristické rysy vztahu státu (a jeho orgánů) vůči jednotlivcům. Lze ji považovat za výsledek spojení přirozenoprávní nauky, liberalismu a pozitivismu. Prvotním legislativním vyjádřením této koncepce bylo vytvoření zákonné úpravy, která v úplném rozsahu a přesným způsobem vymezuje existenci, pravomoc, působnost a způsob činnosti státních orgánů, přičemž prostřednictvím svých orgánů měl stát současně zajišťovat dodržování práva všemi subjekty.

Zárodky úvah o právním státě lze vysledovat už v antické řecké filosofii a jejich novodobý počátek je třeba hledat v anglickém státně-politickém vývoji 17. století.²⁷⁵ Klasická nauka o právním státě se však zformovala v kontinentálním i angloamerickém právním systému až v průběhu 19. století.²⁷⁶ Lze konstatovat, že rozvinula některé z postulátů

²⁷³ SOBEK, Tomáš: Nenápadná propaganda z Plzně. 2010. Dostupné z <http://jinepravo.blogspot.cz/2010/08/tomas-sobek-nenapadna-propaganda-z.html>.

²⁷⁴ SELTENREICH, Radim. *Dějiny vědy soukromého práva v Německu*, str. 69.

²⁷⁵ Nicméně za základní kámen anglického vývoje bývá považována Magna Charta Libertatum, konkrétně její čl. 39: „Žádný svobodný at' není zatčen ani uvězněn ani zbaven (pozemkového) majetku ani prohlášen za psance ani poslán do vyhnanství nebo jakkoliv zbaven svého postavení žádným jiným způsobem ani proti němu nebudeme postupovat silou... jinak než bez zákonného rozsudku jemu na roveň postavených peerů nebo podle práva země.“ Cit. podle KUKLÍK, Jan, SELTENREICH, Radim. *Dějiny angloamerického práva*, str. 213.

²⁷⁶ Angloamerická doktrína „*rule of law*“ (vláda práva) je historicky starší. Od francouzského „*l'état de droit*“ a německého pojmu „*Rechtsstaat*“ odlišuje především absencí výlučné role zákona při svazování státu právem, naopak v ní zaujímají důležité místo soudy a soudcovská tvorba práva (zdůrazněna je role nezávislého soudce), reflektující literaturu a obyčeje. Takto její hlavní zásady formuloval britský ústavní teoretik **Albert Venn Dicey** (1835–1922): Nikdo nesmí být trestán ani nemůže právoplatně utrpět újmu na svém těle či statcích vyjma případů, kdy se dopustil určitého protiprávního aktu a bylo to prokázáno obecným právním způsobem před obecnými soudy země. Nikdo není nad právem, ale každý bez rozdílu

konstitucionalismu do širší škály konsekvencí. Mezi hlavní teze ústavního hnutí patřil požadavek omezení dosud nekontrolované moci panovníka, popř. dalších nejvyšších orgánů státu, psanou ústavou. V právním státě pak měl stát zajišťovat dodržování práva a sám (tedy všechny orgány) měl nadto jednat výlučně na základě práva a v souladu s právem – státní moc měla být vázána právem. Působení práva mělo být rozšířeno i na oblast vztahů mezi člověkem a veřejnou mocí. Přeměňováním těchto vztahů z ryze faktických na právní člověk vystoupil ze své role poddaného a nabyl postavení občana.²⁷⁷

Filosofické základy právního státu jsou zjevně přirozenoprávního původu. Týká se to zejména výchozího pohledu na účel státu, který německy píšící autoři zabývající se doktrínou právního státu přejali z nauky Immanuela Kanta (objevuje se však částečně již v pracích dřívějších autorů právní vědy ovlivněné přirozenoprávním učením): totiž že hlavním úkolem státu je vytvářet, upravovat a potvrzovat právo. Vedle tohoto ideového zdroje se však nelze ubránit také připuštění možnosti vlivu myšlenek Velké francouzské revoluce, byť se k tomuto ideovému odkazu německy píšící autoři při formování koncepce právního státu otevřeně nehlásili.

Zásadní úlohu sehrál ve formování klasického pojetí právního státu právní pozitivismus, který se rozšířil v průběhu 19. století ve většině zemí evropského kontinentu: svým důrazem na úlohu zákona ztotožňoval právo se zákonem. V pozitivistickém myšlení byl právní stát chápán jako synonymum legality. Kritéria právního státu splňoval takový stát,

(tedy včetně orgánů veřejné moci) je podroben obecnému právu království a podléhá jurisdikci obecných soudů. Obecné principy ústavy jsou spíše výsledkem soudních rozhodnutí určujících práva soukromých osob v jednotlivých případech před soudem. (Dicey Albert Venn: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10. vydání, Macmillan and Company Ltd, London 1959, str. 188, 193 a 195. Cit. podle KINDLOVÁ, Miluše. Koncept vlády práva (Rule of Law) v kontextu parlamentní suverenity ve Spojeném království. In JIRÁSKOVÁ, Věra, SUCHÁNEK, Radovan. *Pocta prof. JUDr. Václavu Panlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám. Praha: Linde Praha, 2004*, str. 391–392).

²⁷⁷ Srov. HENDRYCH, Dušan a kol. *Správní právo*. 5. vydání. Praha: Beck, 2003, str. 592.

v němž existovala a naplňovala se exaktní pravidla pro činnost státních orgánů, stanovená zákonem.²⁷⁸

Myšlenka právního státu v německy mluvících zemích vycházela z odmítnutí feudálního modelu tzv. policejního státu (*Polizeystaat*).²⁷⁹ Označení „policejní stát“ odpovídalo absolutistickému státnímu zřízení, v němž je panovníkova moc omezena pouze účelem. Tento účel byl sice formulován: bylo jím blaho poddaných – ovšem nalezení a vymezení obsahu tohoto pojmu bylo ponecháno na panovníkovi.²⁸⁰ Na jedné straně policejní stát nebyl lhostejný vůči poddaným a poskytoval jim – vítanou či ne zcela vítanou – péči. Na druhé straně se vyznačoval absencí omezení stanovených pro činnost košatého byrokratického aparátu, který hlava státu používala při výkonu své moci a mnohotvárné péči o obyvatelstvo: existence správních orgánů nespočívala na právním základě a ani činnost jednotlivých úřadů a úředníků nebyla regulována právní úpravou.²⁸¹ Právní úprava limitující činnost jednotlivých vykonatelů veřejné správy víceméně neexistovala ani v předchozích dobách. Nicméně v procesu koncentrace moci do rukou absolutistického panovníka se postupně přesouval výkon téměř veškeré veřejné správy do sféry panovníkova byrokratického aparátu, který na rozdíl od předchozího vývoje už nebyl kontrolován stavy.

²⁷⁸ GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 190–191.

²⁷⁹ Ten vznikl v čase osvěcenského absolutismu, i když jeho zárodky lze sledovat v době mnohem starší (existence pojmu „*gute Polizei*“, který se užíval k vyjádření dobře vykonávané vrchnostenské péče, je doložená již v 15. století a v téže době vznikají také nějrůznější policejní řády).

²⁸⁰ Srov. též výše zmíněná stanoviska Samuela Pufendorfa k úloze a limitům panovnícké moci a státu.

²⁸¹ V tomto ohledu lze polemizovat, jakou povahu měly tzv. politické předpisy, které existenci a činnost státních úřadů upravovaly. Přikláním se k tomu, že spíše než o právní předpisy šlo spíše o období současných interních instrukcí exekutivy. Až do roku 1790 tyto předpisy nebyly publikovány. Od roku 1637 do 1790 vycházely pouze „sumární extrakty generálií, patentů a nařízení“. Až poté byla zavedena jejich úřední publikace v tzv. sbírce zákonů politických (*Politische Gesetzsammlung*). Vedle ní existovala sbírka „řádých“ právních předpisů, tzv. sbírka zákonů justičních (*Justizgesetzsammlung*) – což byly předpisy upravující právní vztahy, ve kterých rozhodovaly soudy. PRAŽÁK, Jirí. *Rakouské právo veřejné. Díl 2, Právo správní. Část 1, Všeobecná část práva správního*. Praha: Nákladem Jednoty právnické, 1905, str. 4 a násl.

Není bez zajímavosti, že až do první poloviny 19. století se s kritikou modelu policejního státu neseťkáváme. Teprve v této době, a to v důsledku užívání represivních opatření vůči liberálním a demokratickým tendencím, začal být policejní stát vnímán jako apriorně neblahé zřízení, v němž dochází k nekontrolovanému zneužívání státní moci.

Zejména ve svých počátcích spočívala koncepce právního státu – coby opozita policejního státu – jednak na uplatnění principu legality, jednak na požadavcích tzv. minimálního státu, které zformulovala politická doktrína liberalismu. Stát měl občanům poskytovat a garantovat individuální svobodu a zasahovat do ní v minimální možné míře, zpravidla jen v případě porušení zákonem stanovených pravidel. Právnímu státu byla připisována role ochránce práva, který garantoval dodržování práva ze strany soukromých osob a který sám rovněž zachovával zákony. Tyto zákony přitom sice byly tvořeny státní mocí, avšak zákonem (ústavou) stanoveným způsobem, ústavně k tomu pověřenými orgány.²⁸²

O rozšíření pojmu právního státu se v německy mluvících zemích zasloužil v první řadě státovědec **Robert von Mohl** (1799–1875) svým dvousvazkovým dílem *Německá policejní věda podle zásad právního státu* (*Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*) z let 1832–1833.²⁸³ Hlavní postuláty zformuloval už ve svém dřívějším díle *Státní právo Království Württembergu*.²⁸⁴ Apriorní úloha právního státu podle Mohlova přesvědčení měla spočívat především v zajištění ochrany proti neoprávněným zásahům do práv občanů. Právní stát, jak uváděl, má jednak povinnost

²⁸² Srov. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 191.

²⁸³ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800–1914*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992, str. 248.

²⁸⁴ MOHL, Robert von. *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*. Tübingen: Heinrich Laupp, 1829, str. 328 a násl. Nicméně Mohl se zde například sice vyslovuje pro soudní ochranu práv jednotlivců i vůči státu v případech, kdy stát jednal v dotčeném právním vztahu v postavení soukromého jednotlivce, dosud však nepřipouští soudní ochranu práv jednotlivců vůči zásahům státní správy v případě, kdy jednala vůči občanům ze své mocenské pozice – v těchto případech považuje za náležité projednání záležitosti nadřízeným správním úřadem. K nezbytnosti existence správního soudnictví se přiklonil až ve svých pozdějších dílech.

chránit vlastnictví a oprávněně nabytá práva svých občanů proti zásahům a neoprávněným nárokům ze strany jiných soukromých osob, jednak se sám musí takovýchto zásahů zdržet.

Robert von Mohl nebyl prvním, kdo zahrnul *Rechtsstaat* do svých publikovaných úvah – už před ním se koncepcí právního státu zaobírali někteří liberálně smýšlející autoři jako např. **Karl von Rotteck** (1775–1840)²⁸⁵ nebo **Johann Christoph von Aretin** (1773–1824).²⁸⁶ Křesťanské pojetí právního státu předložil **Friedrich Julius Stahl** (1802–1861) v druhém vydání druhého svazku své *Filosofie práva* (v prvním vydání z let 1833–1837 se ještě právnímu státu nevěnoval).²⁸⁷ Svou formulací právního státu učinil tuto doktrínu přijatelnou i pro konzervativně smýšlející, v důsledku čehož bývá považován za jednoho ze zakladatelů nauky moderního právního státu.²⁸⁸ Idea právního státu byla poměrně všeobecně přijata a dále rozvíjena – zhruba od poloviny 19. století výklad o právním státě tvořil obvyklou součást rozsáhlejších děl pojednávajících o veřejném (zpravidla státním) právu.²⁸⁹

Požadavek, aby stát nejen zajišťoval dodržování práva, ale i sám ve svých jednotlivých orgánech (tj. i úřednicích) v souladu s právem jednal, se promítl zejména ve vzniku právní úpravy upravující organizaci a činnost nejrůznějších orgánů státní správy – tedy správního

²⁸⁵ ROTTECK, Karl von. *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, vyd. Gebrüder Frandh, Stuttgart 1829.

²⁸⁶ ARETIN, Johann Christoph von. *Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie*. Altenburg: Literatur Comptoir, 1824. Druhý svazek vyšel za autorského přispění Karla von Rottecka až po Aretinově smrti.

²⁸⁷ STAHL, Friedrich Julius. *Die Philosophie des Rechts. Zweiter Band: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, 2. vydání. Heidelberg: Verlag der akademischen Buchhandlung von J. C. B. Mohr, 1845.

²⁸⁸ Blíže viz STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800–1914*, str. 278.

²⁸⁹ Jsou to např. následující publikace: MOHL, Robert von. *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*. Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, 1855–1858 (3 svazky). GERBER, Karl Friedrich von. *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*. Leipzig: Verlag von Bernard Tauchnitz, 1865. LABAND, Paul. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Tübingen: Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, 1876–1882 (3 svazky). MEYER, Georg. *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1878. JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Verlag von O. Häring, 1900.

práva. Existence správního práva představovala jádro klasického liberálního pojetí právního státu.

V druhé polovině 19. století se úvahy o právním státě a správním právu soustředily zejména na požadavek soudní kontroly veřejné správy, tedy správního soudnictví. **Otto Bähr** (1817–1895) již v roce 1864 zahrnuje mezi atributy právního státu také soudní přezkum správních aktů.²⁹⁰ Správní soudnictví považuje za nezbytnou součást právního státu i **Rudolf von Gneist** (1816–1895).²⁹¹

Je nezbytné dodat, že popsaná legalistická koncepce právního státu (tzv. formální pojetí právního státu) byla ve druhé polovině 20. století doplněna o další požadavky: spolu s původním principem vázanosti orgánů veřejné moci právem tvoří základní atributy právního státu v jeho tzv. materiálním pojetí demokratický charakter státu a ochrana lidských práv. Tato okolnost souvisí s novodobou zkušeností s totalitními režimy, v nichž byly formální struktura státu a právo zneužity k destrukci demokracie a systematickému potlačování lidských práv.

Současné pojetí právního státu klade důraz na demokratickou povahu tvorby státní moci, kdy se vedle principu většiny uplatňuje respektování práv menšin a dbá na zajištění trvalé pluralitní soutěže veřejných sil. Zachování demokratického charakteru má posilovat dělbu moci ve státě, a to nejen na horizontální, ale i na vertikální úrovni a prostřednictvím decentralizace veřejné moci do samospráv.

6.4 Správní právo

Ke zrodu správního práva došlo relativně spontánním vývojem v porevoluční Francii v důsledku úsilí o podřízení rozsáhlé správní reglementace právním pravidlům a racionální

²⁹⁰ BÄHR, Otto. *Der Rechtsstaat: Eine publicistische Skizze*. Kassel und Göttingen: Georg H. Wigand, 1864, zejména str. 60 a násl.

²⁹¹ GNEIST, Rudolf von. *Der Rechtsstaat*. Berlin: Julius Springer, 1872 (2. vydání z roku 1879 již mělo správní soudnictví i v názvu, který zněl *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*).

kontrole. Teoretickým východiskem zde bylo uplatnění zásady dělby moci. Vnitřní kontrola správy byla svěřena v nejvyšším stupni Státní radě (*Conseil d'État*), která svou rozhodovací a kontrolní činností postupně vytvořila soubor pravidel stojících mimo obecné právo (*droit commun*), která pomáhala nastolit spravedlnost ve vztazích, které se vymykaly pravidlům občanského práva.²⁹² Francouzské správní právo (*droit administratif*) velmi výrazně ovlivnilo vznik a pojetí správního práva v ostatních státech, zejména v Německu a zemích rakouské monarchie.

Správní právo svou podstatou úzce souviselo s ideou právního státu a lze říci, že bylo jejím doprovodným jevem. Za absolutní monarchie byly akty správních orgánů chápány jako nástroj víceméně ničím neomezené nařizovací a rozkazovací moci panovníka, přičemž jimi dotčený jednotlivec neměl moc reálných možností bránit se proti eventuální zvlí a zneužití pravomoci (určitou výjimku představovala kompetence Říšského komorního soudu při rozhodování sporů proti říšsky bezprostředním). Vznikem právních předpisů pro činnost orgánů státní správy, navazujících na zavedení ústavy, se stát ve svých orgánech výkoné moci podřídil jednak závazným právním pravidlům (byť je sám vytváří), jednak zásadám spravedlnosti a obecného prospěchu.²⁹³

Paralelně s postupným vznikem právní úpravy, která regulovala činnost výkoné moci ve státě, se konstituoval i obor správního práva v rámci publicistiky. V mnohém ohledu tento obor navázal na policejní vědu (*Polizeywissenschaft*), disciplínu, která byla pěstována v zemích římsko-německé říše od 17. století za účelem zefektivnění veřejné správy prostřednictvím náležitého vzdělávání budoucích úředníků.²⁹⁴ Policejní věda byla ovšem

²⁹² BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 51 a násl.; HENDRYCH, Dušan a kol. *Správní právo*, str. 16 a násl.

²⁹³ KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*, str. 334.

²⁹⁴ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 372 a násl. Jako první byly zřízeny současně dvě zvláštní katedry „pro ekonomii, policejní a kamerální vědy“ v roce 1727 na dvou nejvýznamnějších pruských univerzitách – v Halle a ve Frankfurtu nad Odrou. Brzy tento postup následoval na ostatních univerzitách. V Praze byla zřízena samostatná katedra v roce 1763, která byla roku 1784 následně přičleněna k právnické fakultě, čímž se zároveň „politické vědy“ staly součástí právnického studia. Blíže viz MIKULE, Vladimír. *Správní právo v českých zemích (curriculum vitae)*. In

na míle vzdálena našemu pojetí správního práva a metodologicky neměla prakticky moc společného ani s tehdejší vědou (soukromého) práva. Zahrnovala nauky rozmanitých oblastí, které mohli erudovaní úředníci upotřebit při výkonu svého povolání: státní (ústavní) právo, teorii národního hospodářství, finanční vědu, matematickou statistiku, politickou geografii, zemědělské a lesnické hospodářství, veterinární lékařství a nejrůznější technické obory.²⁹⁵ Z policejní vědy se pak na sklonku 18. století vyčlenil obor policejního práva (*Polizeirecht*), který byl bezprostředním předchůdcem správního práva (*Verwaltungsrecht*, resp. *Administrativrecht*).²⁹⁶

Ovšem výklad norem *iuris publici* byl v předcházející době doménou absolutistického vládce, nepříslušelo do něj zasahovat, tím méně panovníkův výklad zpochybňovat. Kritériem vztahů podle tohoto práva bylo obecné blaho (*bonum commune*). U vědního oboru zabývajícího se nově vznikajícím správním právem bylo tedy klíčovou otázkou, zda si podrží dosavadní nejuristické pozorování příslušné právní úpravy z uctivé vzdálenosti, nebo začne s pravidly správního práva zacházet stejnou metodou, jaký používala právní věda pro pravidla soukromého práva. Tato okolnost byla zcela zásadní pro interpretaci, a především aplikaci předpisů správního práva. Vzhledem k tomu, že převážil posledně jmenovaný přístup, stala se věda správního práva právní disciplínou – a předpisy upravující činnost státních orgánů byly interpretovány a aplikovány jako ostatní právní předpisy.

V německy mluvících zemích byl průkopníkem moderního správního práva po francouzském vzoru a s ním související vědy správního práva Robert von Mohl, a to svým již výše zmíněným dílem *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*. V nauce správního práva má však zásadnější význam osmisvazkové dílo *Verwaltungslehre* (Správní nauka) publikované postupně v letech 1865–1886, jehož autorem je **Lorenz von Stein** (1815–1890). Stein měl v úmyslu touto prací vytvořit

Právnická fakulta Univerzity Karlovy 1348–1998. *Jubilejní sborník*, Praha: Právnická fakulta UK, 1998, str. 85. Francouzským protějškem policejní vědy byla kameralistika, v pozdější době se však oba pojmy používaly promiscue, až převážilo označení policejní věda.

²⁹⁵ FILIP, Jan. *Občanský zákoník bez ústavy*, str. 100.

²⁹⁶ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800–1914*, str. 229 a násl.

„pandekty politické vědy“, které by se staly základem celého veřejného práva.²⁹⁷ Velkým přínosem pro vývoj správního práva, zejména pokud jde o formování základních pojmů v nově se vytvářející vědě, pak byla práce německého administrativisty **Otta Mayera** (1846–1924), a to zejména jeho dvousvazkové *Deutsches Verwaltungsrecht* z let 1895–1896. Mayer také vyjádřil úzký vzájemný vztah správního práva a právního státu: stát, který pro svou správu nemá zákon a institut správního aktu, není právním státem;²⁹⁸ právní stát je státem dobrého správního práva (*woblgeordnetes Verwaltungsrecht*).²⁹⁹

V rakouské monarchii se publikace ke státnímu nebo správnímu právu objevují až v době po vydání říjnového diplomu (tj. po roce 1860), přičemž soustavnější výklady začínají vznikat až v 80. letech 19. století. Pečlivý přehled publikací sestavil ve své knize *Rakouské právo veřejné* **Jiří Pražák** (1846–1905).³⁰⁰

²⁹⁷ STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*, str. 390.

²⁹⁸ Mayer Otto: *Deutsches Verwaltungsrecht*, Svazek 1, 3. vydání, Verlag von Duncker & Humboldt, München und Leipzig 1924, str. 58 (cit. podle SCHMIDT-DE CALUWE, Reimund. *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*. Tübingen: Mohr & Siebeck, 1999, str. 70). Odtud pravděpodobně čerpal svou shodnou tezi o vztahu správního práva a právního (resp. na druhé straně policejního) státu **Adolf Merkl** (1890–1970). Vyslovil, že policejní stát je stát bez správního práva, v němž buď platí jediné pravidlo, totiž že správa má neomezenou moc, nebo platí více či méně hustá síť předpisů pro správní úřady sice závazných, jejichž dodržování se však poddaný nemůže právní cestou nijak domáhat (rozhodující je tu správními úřady jednostranně interpretovaný pojem obecného zájmu). Úřady v takovém zřízení jednájí podle příkazů panovníka, které bychom dnes mohli označit jako interní služební instrukce, z nichž poddaným neplynou žádná práva a které nelze považovat v přesném slova smyslu za právní předpisy. MIKULE, Vladimír. *Správní právo v českých zemích (curriculum vitae)*, str. 84.

²⁹⁹ Mayer Otto: cit. dílo, Svazek 1 str. 58 (cit. podle SCHMIDT-DE CALUWE, Reimund. *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers*: cit. dílo, str. 70).

³⁰⁰ PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo veřejné. Díl 1, Právo ústavní. Část první, Ústava obecní*, str. 37 a násl. Rozvoj tohoto oboru byl znemožněn státem řízenou organizací univerzitní výuky práva. Místa vyučujícího státního práva byla zrušena studijním řádem pro právnické fakulty z roku 1791. Náplň výuky státního práva rozdobil do ostatních předmětů. Předepisoval, aby napříště profesor práva přirozeného a trestního přednášel také o německém státním právu, profesor statistiky měl vykládat o ústavě a správních úřadech rakouských dědičných zemí. Dále profesor politických věd měl vyučovat nejdůležitější nařízení vydaná pro obor politické správy. Na pražské právnické fakultě byla v roce 1792 řízena mimořádná stolice českého státního práva. Rigorózní řád pražské právnické fakulty z roku 1810, který platil až do roku 1872 uvádí, že předmětem jedné ze zkoušek bude vedle politických věd také „nauka politických zákonů“ – což je jediná zkouška, která zhruba souvisela s oblastí veřejného práva. Studijní řád fakulty z roku 1855 rovněž zmiňuje nově předmět „nauky zákonů správních“; oblast práva ústavního však spadala v té době stále ještě do předmětu statistiky. Teprve

Klíčovým obsahovým zaměřením správního práva a jeho vědy byla právní úprava činnosti státních orgánů při výkonu vrchnostenské moci státu (*imperia*). Jak už bylo uvedeno výše, v poslední třetině 19. století se úkoly státu, a tedy i úkoly státní správy, rozšířily o oblast tzv. pečovatelské správy – v této oblasti orgány veřejné moci uplatňují státní moc vůči subjektům práva v míře podstatně nižší nebo v některých vztazích dokonce vůbec. Z hlediska formování novodobého práva je však stěžejní především okolnost, že výkon vrchnostenské (nařizovací) moci státními orgány (resp. výkonu jakékoli veřejné moci ze strany orgánů veřejné moci) byl podřízen zákonným pravidlům a s těmito pravidly se začalo zacházet stejnými metodami jako s pravidly soukromého práva.

6.5 Správní soudnictví

Dovršení vývoje správního práva pod vlivem doktríny právního státu představovalo zavedení správního soudnictví. Nástroj ochrany subjektivních práv – totiž nalézání práva nezávislým orgánem – byl rozšířen i na vztahy mezi veřejnou mocí a občanem. Teprve tímto okamžikem došlo k tomu, že se oprávnění osob ve vztazích ke správním úřadům stala skutečnými subjektivními právy – rozsahem ochrany, a tedy formální i materiální podstatou, srovnatelnými se subjektivními právy vznikajícími v soukromoprávních vztazích.

Základy správního soudnictví byly na evropském kontinentě položeny ve Francii, záhy po Velké francouzské revoluci. Roku 1799 byla zřízena Státní rada (*Conseil d'État*), které byla

rigorózní řád z roku 1872 se zmiňuje o všeobecném a rakouském právu státním jako o samostatných předmětech, z nichž se skládala rigorózní zkouška. PRAŽÁK, Jiří. *O úkolech vědy práva veřejného*. In Právnick 1892, str. 758 a násl. Pokud jde o několikrát zmíněný obor státního práva – neboli statistiku –, předmětem jehož zkoumání a výuky byla „státní ústava“ (*Staatsverfassung*), je potřeba podotknout, že se obsahově nekryl s dnešním oborem ústavního práva. Klasickou prací z oboru statistiky byla kniha už výše zmíněného **Gottfrieda Achenwalla** *Staatsverfassung der Europäischen Reiche im Grundrisse* (Státní ústava evropských zemí v základních rysech): je v ní podán přehled státního uspořádání, v rámci nějž autor zmiňuje státní orgány, obyvatelstvo, rozlohu, půdu, podnebí, vojenskou sílu, náboženství, státní svátky atd. Z obsahového vymezení dnešních oborů statistika zahrnovala politickou geografii, etnografii, klimatologii, statistiku, politickou ekonomii a další. FILIP, Jan. *Obecný občanský zákoník a veřejné právo. Rakouská monarchie na cestě k modernímu státu*. In Hrušáková, Milana. *200 let ABGB. Od kodifikace k rekodifikaci českého občanského práva*. Praha: Leges, 2011, str. 36.

kromě jiných činností svěřena úloha výkonu kontroly veřejné správy. Formálně byla funkce Státní rady na poli správního soudnictví stanovena jako poradní – poskytovala dobrozdání, na základě nichž rozhodoval s definitivní platností panovník jako vrcholný představitel exekutivy; byl tedy zvolen způsob správního soudnictví, které je vykonáváno uvnitř výkonné moci. Fakticky však měla judikatura Státní rady stěžejní význam pro další vývoj francouzského správního soudnictví a správního práva vůbec a od roku 1872 se pak stala skutečným soudem, a to soudem nejvyšší instance, když bylo uzákoněno, že její rozhodnutí už nebudou nadále přezkoumávána hlavou státu.³⁰¹

Francouzský model správního soudnictví spočíval v tzv. vnitřní kontrole správy: přezkum správní činnosti byl vykonáván v nejvyšším stupni nezávislým orgánem, který však byl (a dodnes je) formálně součástí moci výkonné. Důvodem takto řešené kontroly veřejné správy byly ve Francii především specifické historické okolnosti: v justici stále převažovali stoupenci starého režimu, navíc do nedávného ústavního oddělení moci soudní od moci výkonné spadal do jejich pravomoci vedle soudnictví také výkon státní správy. Záměrem takto nastaveného modelu příslušnosti soudů a správy ve Francii bylo, aby napříště bylo zamezeno soudcům zasahovat do správní činnosti. Teoreticky-argumentačně se tento model kontroly opřel o zásadu dělby moci: pokud by soudy přezkoumávaly rozhodnutí správních orgánů, jednalo by se o ingerenci moci soudní do nezávislého výkonu pravomocí moci výkonné, což je v demokratickém státě ctícím zásadu dělby moci nepřijatelné.

V jednotlivých německých zemích a v Rakousku se správní soudnictví (*Verwaltungsrechtspflege*) začalo rozvíjet různorodým způsobem zhruba od poloviny 19. století v úzké souvislosti s formulováním a prosazováním idejí právního státu. V pojetí správního soudnictví zde sehrál stěžejní roli pojem veřejného subjektivního práva jakožto oprávnění občana vůči státu, který stejně jako koncepce právního státu vycházel z myšlenek politického liberalismu.³⁰² Z něj – jakožto paralely k soukromému

³⁰¹ K francouzskému správnímu soudnictví blíže viz HÁCHA, Emil. Správní soudnictví. In *Slovník veřejného práva československého*. Svazek IV. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1938, str. 592 a násl.

³⁰² HÁCHA, Emil. Správní soudnictví, str. 600. K veřejnému subjektivnímu právu uvádí v tomto výkladu Emil Hácha následující: „Pojem těchto veřejných subjektivních práv byl od počátku mlhavý, a ani když

subjektivnímu právu – plynul požadavek svěřit rozhodování sporů mezi občanem a státní správou nezávislým orgánům.

V Rakousku představoval mezník ve vývoji správního práva rok 1867, kdy byla v celkem šesti říšských zákonech vydána pro předlitavské země tzv. prosincová ústava. Vedle uplatnění zásady dělby moci a garancí „všeobecných práv státních občanů pro království a země zastoupené v Říšské radě“ položila základy správnímu soudnictví, když garantovala osobám, které budou dotčeny ve svých právech rozhodnutím nebo nařízením správního úřadu, možnost obrátit se se svým nárokem k správnímu soudnímu dvoru.³⁰³ Správní soudní dvůr (*Verwaltungsgerichtshof*), jehož zřízení prosincová ústava přislíbila, byl ustaven v roce 1876.³⁰⁴ Vedle správního soudnictví zakotvila prosincová ústava v tomtéž článku také možnost soudní ochrany („řádým pořadem práva“) v soukromoprávních záležitostech, o nichž rozhodoval správní úřad.³⁰⁵ Tento model převzala i poté i československá právní úprava.³⁰⁶

zmocnila se ho právní teorie, nedospěla k nepochybné konstrukci. To však nebránilo, aby stal se tvůrčím principem s účinky velmi blahodárnými. Neboť představa veřejných práv subjektivních osvědčila se jako prostředek ku zjednání rovnováhy mezi státním kolektivem a jednotlivým občanem.“

³⁰³ Článek 15 zákona č. 144/1867 ř. z., o soudcovské moci, zní: „Ve všech případech, kdy podle stávajících nebo v budoucnu vydaných zákonů rozhoduje správní úřad o vzájemně sporných nárocích soukromých osob, může ten, kdo byl tímto rozhodnutím poškozen ve svých soukromých právech, hledat nápravu vůči druhé straně řádým pořadem práva [*im ordentlichen Rechtswege*]. Pokud mimoto někdo tvrdí, že byl ve svých právech poškozen rozhodnutím nebo nařízením správního úřadu, může své nároky uplatnit před správním soudním dvorem ve veřejném ústním řízení proti zástupci správního úřadu. Případy, v nichž bude správní soudní dvůr rozhodovat, jeho složení a řízení před ním stanoví zvláštní zákon.“

³⁰⁴ Stalo se tak zákonem č. 36/1876 ř. z., o zřízení správního soudu.

³⁰⁵ Prosincová ústava také mezi dalšími formulovala princip oddělení soudnictví od správy (čl. 14 zákona č. 144/1867 ř. z.). Až do roku 1850 byly totiž patrimoniálními úřady vykonávány na dolním stupni jak správa, tak soudnictví. Uvedený ústavní princip byl realizován již dříve, v roce 1858, zákonem o zřízení „politických správních úřadů“. Poněkud kuriózní ovšem bylo, že nebyl vydán seznam agend pro vymezení jejich příslušnosti. Blíže viz PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*. Díl první. Praha: Knihárnice Františka Šimáčka, 1883, str. 37.

³⁰⁶ Ústavní listina z roku 1920 (zákon č. 121/1920 Sb.) obsahovala dvě značně široce formulovaná ustanovení týkající se správního soudnictví (§ 86 a 88), v nichž byl vyjádřen požadavek správního soudnictví – „budiž postaráno při správních úřadech o nejvydatnější ochranu práv a zájmů občanstva (správní soudnictví)“ – s tím, že v nejvyšší instanci má ochranu proti správním úřadům poskytovat soud složený z nezávislých soudců s celostátní působností. V § 105 odst. 1 pak ústava stanovila, že ve všech případech,

Významný administrativista Jiří Pražák ve své knize *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními* velmi detailně rozebírá mimo jiné vývoj správního soudnictví a ideová východiska jednotlivých přístupů.³⁰⁷ Pražák, jakožto současník a účastník tohoto právního vývoje, popisuje důvody, které vedly ke zvolení koncepce odděleného správního soudnictví. Z Pražákova výkladu vyplývá, že se řada odborných autorů vyslovovala pro to, aby přezkum právních aktů ve správním soudnictví byl svěřen soudům.³⁰⁸ K realizaci zmíněného přístupu však nakonec nedošlo, jelikož druhá skupina autorů, jejíž názor ohledně legislativního řešení nakonec převážil, spatřovala v kontrole zákonnosti činnosti správních orgánů prováděné soudy nepřípustnou ingerenci justice do exekutivy.³⁰⁹ Samostatná soustava tzv. správních soudů (nebo takový samostatný orgán) pro přezkum správních aktů byla považována za řešení, které dělbu moci nenarušuje, protože tato správní justice bude stát mimo soustavu obecných soudů. (Soudům měla zůstat příslušnost

ve kterých správní úřad rozhodl podle příslušného zákonného předpisu o soukromoprávních nárocích, může se strana dotčená tímto rozhodnutím domáhat těchto práv „pořadem práva“ – tedy u civilního soudu. Již zákonem č. 3/1918 Sb., o nejvyšším správním soudě a o řešení kompetenčních konfliktů, byl zřízen Nejvyšší správní soud, jehož příslušnost byla vymezena odkazem na předchozí rakouskou úpravu. V rámci Nejvyššího správního soudu byl ustaven i zvláštní senát, kterému bylo svěřeno vedle rozhodování o kompetenčních konfliktech mezi soudy a správními úřady také rozhodování o kompetenčních konfliktech mezi civilními soudy a Nejvyšším správním soudem. Jejich předmět tvořila otázka, zda vztah, o kterém rozhodoval správní úřad v napadeném rozhodnutí, je soukromoprávní (v těchto případech byla dána věcná příslušnost civilním soudům), nebo veřejnoprávní (pak byl příslušný Nejvyšší správní soud). Ústavní listina ani jiné zákony totiž neurčovaly, co je třeba rozumět pod „nároky soukromoprávními“, a ponechaly toto vymezení právě rozhodovací praxi zvláštního senátu. Rozhodnutí zvláštního senátu byla uveřejňována v Bohuslavově sbírce nálezů Nejvyššího správního soudu ve věcech administrativních. MIKULE, Vladimír. *Důvody a význam rozlišování mezi právem veřejným a právem soukromým*. In *Správní právo 1–2/2011*, str. 3. V období československé první republiky existovaly vedle civilních soudů, které rozhodovaly „v civilních právních věcech“, trestních soudů, příslušných „ve věcech trestních“ (viz § 95 ústavy z roku 1920) a Nejvyššího správního soudu ještě další „soudy práva veřejného“: volební soud, patentní soud, kartelový soud a někdy se sem řadily i soudy další. HENDRYCH, Dušan a kol. *Správní právo*, str. 600–601.

³⁰⁷ PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 1–40.

³⁰⁸ Ze jmen, která uvádí Pražák, vybírám ta, která jsou známá i z jiné česky psané literatury: Georg Friedrich Puchta, Carl Joseph Anton Mittermaier, Karl Georg von Wächter, Karl Salomo Zachariae a Heinrich Albert Zachariae. (Blíže viz PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 19–20.) Lorenz von Stein počítal s tím, že správní soudnictví bude vykonáváno soudy, ale požadoval, aby pro ně bylo upraveno zvláštní řízení. (PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 24.)

³⁰⁹ Mezi odpůrce správního soudnictví vykonávaného orgány justice patřili např. Robert von Mohl, Friedrich Julius Stahl, Karl von Rotteck, Georg von Weiler. (Blíže viz PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 22–26.)

výhradně v soukromoprávních věcech.) Z tohoto důvodu tedy prosincová ústava zavedla dvoukolejnost přezkumu správních aktů ve výše popsaném schématu. Jiří Pražák – stejně jako další autoři – považoval jak Správní soudní dvůr, tak rakouský ústavní soud nazvaný Říšský soud (*Reichsgericht*) za správní úřady, které jsou součástí správní soustavy a vykonávají vnitřní kontrolu správy.³¹⁰

Pražák byl ostatně přesvědčen, že jak soudy, tak správní orgány jsou pouze dvěma typy orgánů moci výkonné, jejichž soustavy by měly být vzájemně na sobě nezávislé. Neztotožňoval se s klasickou dělbou moci. Ve svém výkladu mimo jiné upozorňuje na skutečnost, že pravomoc soudů nespočívá jen v „konání spravedlnosti“ a zákon jim svěřuje i další činnosti, které s justicí jako složkou státní moci nemají tolik společného a naopak mají charakter výkonu státní správy.³¹¹

Na rozdíl od dílčího příležitostného přenesení kompetencí pro rozhodování soukromoprávních věcí na správní úřady se o podobném zákonném transferu správních kompetencí na soudy příliš nediskutovalo ani nediskutuje. Stejný přesah správní agendy do činnosti soudů můžeme vidět dnes např. na příkladě vedení veřejných rejstříků fyzických a právnických osob soudy (na základě zákona č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů) nebo na příkladě činnosti soudů na základě zákona č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních (příkladem lze uvést soudní úschovy, prohlášení člověka za nezvěstného, určení data smrti, povolení uzavřít manželství).

6.6 Základní práva

Ochrana základních práv představuje významnou součást soudobé koncepce právního státu. V souvislosti se základními právy a jejich katalogizací v předpisech ústavního práva se zpravidla zmiňuje, že tato práva byla původně vymezena na ochranu jednotlivců před

³¹⁰ PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 39.

³¹¹ Předkládá zajímavou argumentaci k tomuto závěru, poukazující ve velké míře na historické souvislosti. PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 4–5 a 32–38.

zásahy státu (jejich katalog je součástí ústavního práva, které je součástí veřejného práva) a teprve v posledních letech se přistupuje k rozšíření jejich působení i na horizontální (soukromoprávní) právní vztahy, přičemž správnost takového „rozšířeného“ přístupu bývá někdy relativizována. Případně se diskutuje, zda tato část ústavního pořádku je součástí veřejného práva, nebo stojí nad právem veřejným i soukromým.

České vnímání základních práv jako vymezení vztahu státu a jednotlivce má kořeny patrně v rakouské tradici, v níž vzhledem k politickým souvislostem zákonodárce základní práva promítal do legislativy s nechtí a restriktivně. Nicméně z textu francouzské Deklarace práv člověka a občana z roku 1789, tedy vůbec prvního katalogu základních práv v kontinentálním právním systému, který byl v podstatě vzorem všech iniciativ následujících soupisů lidských práv, je velmi zřetelná intence ochrany těchto práv jak před zásahy státu, tak před zásahy ostatních jednotlivců. V preambuli tohoto dokumentu se uvádí, že jsou v něm vyložena „přirozená, nezczitelná a posvátná práva člověka za tím účelem, aby tato Deklarace, neustále jsouc před očima všem členům lidské společnosti, uváděla jim stále na paměť jejich práva a jejich povinností“. V čl. 12 Deklarace je pak zmíněn vztah základních práv a veřejné moci: „Záruka práv člověka a občana vyžaduje existenci veřejné moci...“³¹² Francouzské vnímání základních lidských práv bylo tedy velmi široké (podrobnosti a pravděpodobné důvody tohoto postoje jsou popsány v předešlé kapitole věnované samostatně Deklaraci). V ostatních státech Evropy, vzhledem k míře, v jaké v nich dosud převládala feudálně-stavovská stratifikace společnosti, bylo pojetí občanských a politických práv přizpůsobeno místním politickým poměrům.

První katalog základních práv v našich zemích byl součástí prosincové ústavy (zákon č. 142/1867 ř. z.). Reálná platnost mnoha deklarovaných práv byla podmíněna prováděcí úpravou v zákonných předpisech a rovněž jejich soudní ochrana byla omezená. Takový

³¹² Vedle toho, vezmeme-li v úvahu základní tandem lidských práv, tedy princip svobody a rovnosti lidí, zásah do osobní svobody jednotlivce ze strany státu si sice představit lze (byť ve společnosti stavovské nerovnosti, v níž většina obyvatel byla ve svobodě omezena poddanstvím, zásahy státní správy do osobní svobody asi nepředstavovaly zrovna hlavní téma vedoucí k požadavku práva na svobodu), ale že by princip rovnosti byl primárně formulován vůči zásahům státu do sféry jednotlivců, se mi zdá nepravděpodobné.

způsob záruky základních práv byl ovšem typický pro demokratické ústavy přijímané na evropském kontinentu až do druhé světové války: ústava sama meze lidských práv neurčovala, pouze stanovila, že tyto meze (nebo „způsob výkonu“, „podmínky“ či „podrobnosti“) mají být určeny zákonem.³¹³

Takováto ústavní úprava základních práv byla částí německé literatury považována za „monology zákonodárce“, které v praxi nemají význam norem závazných pro rozhodování soudů a postup správních úřadů.³¹⁴ František Weyr připouštěl oprávněnost názoru – vzhledem k tomu, že československý ústavodárce připouštěl omezení základních práv zákonem nebo dokonce i jen na základě zákona –, že má prvorepublikový ústavní výčet občanských práv pouze „akademický význam“.³¹⁵

Od poloviny 20. století se v řadě evropských zemí uplatnil typ ústavní úpravy základních práv, který je posílil do pozice reálně chráněných a vynutitelných subjektivních práv. Moderní ústavy sice připouštějí omezení základních práv zákonem, zároveň však stanoví, v jakém smyslu nebo z jakých důvodů má zákon taková omezení stanovit. Kromě větší stability těchto práv je tak usnadněna i soudní kontrola ústavnosti zákonů.³¹⁶ Význam při

³¹³ BOGUSZAK, Jiří. Zásluhy a neúspěchy normativní teorie. In *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, str. 25. Ústavní listina Československé republiky (zákon č. 121/1920 Sb.) upravovala v hlavě páté individuální základní práva a v hlavě šesté práva národních, náboženských a rasových menšin. Ústavní listina volila prakticky stejný legislativní přístup ke garanci základních práv jako rakouská prosincová úprava. U řady základních práv připouštěla omezení zákonem, aniž však stanovila zákonodárci jakékoli hranice pro rozsah takových omezení. Ještě restriktivnější byl však model použitý u práva shromažďovacího a společovacího, kde bylo zákonu svěřeno pozitivní vymezení těchto práv. Prováděcí předpisy přitom pocházely nadále z rakouského právního řádu rakouského. Pozdější československé zákonodárství je pouze doplňovalo, v některých směrech částečně korigovalo. MALÝ, Karel a kol. *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*, str. 356 a násl.

³¹⁴ Takový přístup části německých autorů popisoval František Weyr, přičemž odkazoval na bližší popis této tendence Jiřím Pražákem. WEYR, František. *Soustava československého práva státního*. 2. vydání. Praha: Fr. Borový, 1924, str. 337 a násl.

³¹⁵ WEYR, František. *Soustava československého práva státního*, str. 340 a násl.

³¹⁶ BOGUSZAK, Jiří. Zásluhy a neúspěchy normativní teorie, str. 25.

ochraně lidských práv mají i mezinárodní smlouvy zakotvující jejich ochranu, které začaly být uzavírány od konce druhé světové války.

Nejde však pouze o ústavní zakotvení lidských práv a ochranu při jejich porušení prostřednictvím soudů, ústavního soudu, popř. Evropského soudu pro lidská práva, ale i o recentní sklony ke zdůrazňování jejich významu při interpretaci práva: není-li právní předpis jednoznačný, musí být vykládán ve prospěch základních práv.³¹⁷ Pro takové horizontální působení základních práv svědčí i znění čl. 4 Ústavy ČR, podle něž jsou základní práva a svobody „pod ochranou soudní moci“, ve spojení s čl. 87 odst. 1 písm. d), kde je zakotvena pravomoc Ústavního soudu k rozhodování o ústavní stížnosti „proti pravomocnému rozhodnutí a jinému zásahu orgánů veřejné moci do ústavně zaručených základních práv a svobod“. Pokud by působení základních práv mělo být zamýšleno pouze vůči státu, resp. orgánům veřejné moci, pak by čl. 4 byl v podstatě jen „monolog zákonodárce“, jehož provedení by spočívalo právě jen v čl. 87 odst. 1 písm. d).

V souvislosti s akceptací základních práv třetí generace (sociální, hospodářská a kulturní práva) a přijetí navazující legislativy zejména po druhé světové válce se u některých států hovoří nikoli o právním státě, ale o sociálně-právním státě.³¹⁸

³¹⁷ GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 194–205.

³¹⁸ Pokud jde o práva tzv. čtvrté generace, záměrně je ve výčtu výše v textu neuvádím, protože je z metodologického hlediska považuji za přepjaté užití konceptu katalogizace základních subjektivních práv. Tímto přístupem bychom za základní práva mohli postupně prohlásit jakékoli potenciální nároky, které jsou odvozené od úkolů státu definovaných aktuální politikou.

7. Paralelní dualismy soukromého a veřejného práva

Pojmy soukromého a veřejného práva se používají v novodobém právu s několika různými významovými obsahy. Takový jev není v právní terminologii výjimečný. Například pojem „ústavní právo“ lze rozumět jednak jako oblast práva vymezenou předmětem úpravy, jednak jako soustavu právních norem nejvyšší právní síly (přičemž jeden význam v určité míře souvisí s druhým). Podobně administrativisté někdy konstatují, že by bylo vhodnější terminologicky rozlišovat správní právo a právo správy, než užívat jediné označení „správní právo“ pro označení obojího.

Na rozdíl od právě uvedených příkladů se skutečnosti, že „soukromé právo“ a „veřejné právo“ skloňujeme s různými významy, nevěnuje adekvátní pozornost. Souvisí to možná s tím, že se jedná o pojmy duální – což činí okolnost, že oba mají více významových rovin, poněkud zastřenou. Ačkoli se k dualismu soukromého a veřejného práva vyjadřovala v průběhu vývoje novodobého práva velká řada autorů, právní věda se – až na výjimky, kterým nebylo dopřáno příliš sluchu³¹⁹ – nepozastavila nad tím, že dvojice pojmů soukromého práva a veřejného práva bývá jednotlivými účastníky odborného diskurzu používána v různých významech, aniž by se náležitě rozlišovalo, v jakém smyslu je v konkrétním případě daný pojem použit (a tedy s jakým obsahem je právě pojen).

Dualismus těchto pojmů tak vlastně existuje ve více vrstvách. Argumentace odpovídající určitému významovému obsahu pojmů soukromého a veřejného práva přitom není přiléhavá, a tedy relevantní pro jinou obsahovou variantu těchto pojmů. V praxi, včetně judikatury našich soudů, tak mnohdy dochází k zaměňování či směšování jednotlivých významů, což občas vede k absurdním závěrům nebo jednoduše nepřesným či nepravdivým tvrzením.

³¹⁹ Např. Jaromír Sedláček – blíže viz kapitolu věnovanou kritice dualismu soukromého a veřejného práva ryzí naukou právní. Okolnost, že náš zákonodárce neuzívá pojmy „soukromé právo“ a „veřejné právo“ v jednotném významu, zmiňují – nikoli ovšem kriticky – Melzer a Tégl (MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kolektiv. *Občanský zákoník: velký komentář*. Svazek I. Praha: Leges, 2013, str. 24).

Předkládám proto přehled dvojic významů pojmů soukromého a veřejného práva, které lze dosud v odborné diskuzi sledovat. Je třeba také dodat, že další obsahové varianty pojmů soukromého a veřejného práva, odlišné od níže popsaných, se objevují v angloamerické právní kultuře.³²⁰ V důsledku přítomnosti pojmů soukromého a veřejného práva v systému *common law* se lze také setkat s argumentací poukazující na užívání pojmů soukromého a veřejného práva i v angloamerické právní kultuře – což má patrně podpořit tezi o imanenci tohoto dualismu každému právu. Bez zřetele k obsahovému vymezení je však taková argumentace nepřijatelná. Pokud jsou odlišné jevy označovány stejným názvem, existence jednoho nijak nevypovídá o existenci druhého. Tím méně má pak vypovídací hodnotu existence rozlišování soukromé a veřejné sféry v obou právních systémech.

7.1 Dualismus z hlediska obecného předmětového odvětví

Instantní představa pojmu „soukromé právo“ se u českého právníka obvykle kryje se souborem právních odvětví, které zahrnuje v našich podmínkách právo občanské (včetně rodinného), obchodní a pracovní. Je to důsledek struktury právnické výuky. Primárně si pojem soukromého práva spojujeme s částí práva, k jejímuž vymezení došlo pedagogickou praxí – na základě obecnějšího předmětu právní úpravy (příčemž totéž platí i pro pojem práva veřejného).

V tomto vymezení pojmů soukromého a veřejného práva zcela ustupuje do pozadí povaha právních vztahů a další hlediska, která jsou relevantní, když tytéž pojmy používáme v jiných významech. S tímto členěním soukromého a veřejného práva nesouvisí tedy ani hodnotová náplň, ani technika právní úpravy – fungovalo za absolutismu i v parlamentní demokracii.

³²⁰ Některé doktrinální přístupy k obsahům pojmů soukromého a veřejného práva v systému *common law* popisuje např. Tomáš Sobek. SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, str. 453 a násl.

„Odvětový“ nebo „předmětový“ dualismus soukromého a veřejného práva, vycházející ze vzdělávacího systému, je přitom naší právní tradici vlastní – v průběhu právního vývoje se obsah obou pojmů mírně posouval, tak jak se měnila náplň výuky. Rozlišení soukromého a veřejného práva v tomto významovém obsahu nevyžaduje přesná kritéria a stejně tak nepředstavuje problém, pokud se jednotlivé součásti v určitém rozsahu překrývají.

Ačkoli se v tomto významu pojmy soukromého a veřejného práva používají jen jaksi rámcově, nijak zvlášť přesně – v podstatě nejde o nic víc než o zjednodušující schéma pro organizaci výuky –, je právě toto obsahové vymezení výrazně vtištěno do myšlení právníků. Tato skutečnost sama o sobě není problematická – komplikace však může nastat v případech, kdy skutečnosti platné pro toto svým způsobem zobecněné označení právních oborů budeme bezděčně předpokládat či požadovat pro jiné významy pojmů soukromého a veřejného práva (a naopak).

7.2 Dualismus založený na konceptu přirozeného stavu

Ačkoli tento dualismus soukromého a veřejného práva, který vytvořila právní věda pomocí racionalistické fikce přirozeného stavu, není už v odborném diskurzu výslovně zmiňován, lze pozorovat, že tato rovina pojmů soukromého a veřejného práva mnohdy výrazně ovlivňuje představy především o povaze soukromého práva. Vychází to do značné míry z podoby ABGB, který odrážel aspekt této varianty dualismu, a také z určitého mýtu o soukromém právu, který se v lokální právní vědě v souvislosti s tímto zákoníkem vytvořil.

Tato iusnaturalistická recyklace starších pojmů soukromého a veřejného práva byla podrobněji popsána v předchozích částech této práce. Bylo tedy už zmíněno, že kritérium *status naturalis* sice vedlo k formulování systému pravidel, v nichž se ve velké míře uplatňovaly zásady rovného postavení a dispoziční autonomie: tak jak by to bylo použitelné v předstátní společnosti bez komplikovaných sociálních diferenciací. Nicméně tento systém pravidel nepředstavoval ani neměl představovat finální podobu právního rámce vymezujícího postavení jednotlivce v novodobém státě. Jinými slovy: ani tvůrci ABGB nepočítali s tím, že by zákonná úprava vztahů mezi jednotlivci měla být omezena na ustanovení občanského zákoníku.

Považuji za vhodné ještě upozornit na to, že tento způsob použití pojmů soukromého a veřejného práva v podstatě nepřekročil hranice vědy soukromého práva – ačkoli bylo relativně dobře možné určit, zda určitá právní pravidla spadají do té, či oné kategorie práva (ponecháme-li stranou názory, že vedle soukromého a veřejného práva je ještě *ius mixtum*).³²¹ Následkem této kategorizace nedošlo např. k redistribuci oborové náplně mezi vědou soukromého práva a publicistikou, tak že by publicisté náhle rozšířili svůj zájem i na právní pravidla, která civilisté vyloučili ze soukromého práva jakožto veřejnoprávní.

Vymezení soukromého práva jako soustavy pravidel platných v teoretické abstrakci od státu sloužilo právní vědě soukromého práva především k vytyčení hlavních zásad soukromoprávních vztahů v souladu s přirozenoprávní hodnotovou orientací.³²² Pravidla veřejného práva měla v tomto dualistickém pojetí vůči pravidlům soukromého práva funkci komplementární. Veřejné právo doplňovalo pravidla soukromého práva, která byla pojímána jako obecně platná pro jakoukoli společnost a abstrahovaná od existence státu, o specifická pravidla související s konkrétním státním zřízením, přičemž mohlo pravidla soukromého práva také modifikovat.

Lze tedy, mimo jiné, považovat za metodologicky ne zcela správné, pokud se jakákoli ustanovení právních předpisů, která regulují vzájemné postavení jednotlivců, v současné době mechanicky hodnotí podle kritéria míry uplatnění zásad vzájemné formální rovnosti a autonomie vůle.

7.3 Dualismus v procesním právu

Paralelně k racionalistické dichotomii soukromého a veřejného práva se objevila v první polovině 19. století jiná obsahová varianta pojmů soukromého a veřejného práva, k níž

³²¹ Jednotliví zastánci racionalistického členění soukromého a práva se na určení zmíněných dvou oblastí práva – ačkoli používali totožné kritérium – ani přesně neshodovali. Vzhledem k tomu, že šlo o vědeckou kategorizaci, nebyl absolutní konsenzus ostatně nutný. Ničemu tak nepřekáželo, že si každý autor pod pojmy soukromého a veřejného práva nepředstavoval přesně totéž a že část autorů dokonce došla k závěru, že kromě těchto oblastí práva existují ještě nějaké další.

³²² Srov. BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 51.

došlo zavedením štěpení procesní příslušnosti k rozhodování sporů. Tento dualismus je přítomný i v našem současném právu.

Ústava Württemberského království z roku 1819 v § 95 garantovala občanům soudní ochranu pro případ porušení jejich práv aktem státní moci: soudní ochrana se slovy ústavy vztahovala na „soukromá práva založená zvláštním titulem“.³²³ V tomto ohledu nabýval tedy poměrně zásadní důležitosti způsob, jakým bude pojem „*auf einen besonderen Titel beruhenden Privatrechte*“ vykládán, protože ústava samotná se obsahovým vymezením „soukromých práv“ ani specifikací onoho „zvláštního titulu“ nezabývala.

Německá jurisprudenc se nepřiklonila k „pruskému“ přístupu širokého chápání soukromých práv jednotlivce (tedy synonymického chápání *Privatrechte* a *Rechte Privater*). Robert von Mohl ve svém díle *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg* tvrdil, že není pochyb, že se § 95 se vztahuje výlučně na ta práva, která se týkají vzájemných vztahů jednotlivců, jako je například kupní smlouva. Připustil žalobu vůči státu jen v případech soukromoprávních vztahů. Zcela vyloučil z dosahu soudní ochrany práva vznikající ve vztazích jednotlivců v jejich podřízeném postavení vůči státní moci – v případě jejich porušení bylo podle něj na místě hledat pomoc u správního úřadu. Nepříslušnost soudu v případech porušení veřejných práv jednotlivce podle Mohla vyplývala už z jejich samotného protikladného charakteru. Veřejná práva vymezoval jako všechna práva, která poddaným náleží z povahy jejich vztahů k státní moci – ať jim taková práva náleží kolektivně (jako např. náboženská svoboda), nebo individuálně (výsady).³²⁴ V následující právněvědecké diskuzi názor Mohla převážil.³²⁵

Tímto restriktivním výkladem však byla soudní ochrana práv jednotlivců zúžena oproti dosavadnímu rozsahu na „soukromá práva“. V návaznosti na to se musely soudy

³²³ Toto ustanovení § 95 württemberské ústavy zní následovně: „*Keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einen besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden.*“

³²⁴ MOHL, Robert von. *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, str. 328–332.

³²⁵ Podrobně viz PRAŽÁK, Jirí. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*.

vypořádat s nutností nalezení kritérií, podle nichž se sporné právní vztahy mohly klasifikovat jako soukromoprávní (pro něž byla dána soudní příslušnost), nebo veřejnoprávní (které soudnímu rozhodování nepodléhaly). Je zřejmé, že dosavadní rozlišování soukromého a veřejného práva podle přirozenoprávní metody bylo pro účely vymezení soudní příslušnosti nepoužitelné. Takto by totiž například spor z kupní smlouvy mezi dvěma jednotlivci, pokud by obsah kupní smlouvy byl dotčen cenovými předpisy, nemohl být rozhodován soudem – cenové předpisy podle racionalistické klasifikace jednoznačně nepatřily do oblasti soukromého práva. Rozdělení příslušnosti k rozhodování sporů tak vyžadovalo nalezení jiného, nového kritéria pro vymezení soukromého a veřejného práva (a v důsledku toho vlastně nový obsah těchto pojmů). Formule vytvořená pro tento účel badenským vrchním dvorským soudem posuzovala jako veřejnoprávní takové právní vztahy, které jakožto závislé výlučně na státu existují jedině díky státu.³²⁶ K podobnému vývoji došlo následně i v dalších zemích, a to včetně Pruska.

Důvodem, proč došlo k zavedení § 95 württemberské ústavy – a poté k obdobným úpravám i v dalších německých zemích – byla snaha panovníků omezit příslušnost soudů jen na soukromé vztahy, a tím vyloučit svou správní a zákonodárnou činnost ze sféry soudní kontroly. Tento krok souvisel se zánikem Svaté říše římské národa německého, k němuž došlo v roce 1806, a tedy i se zánikem říšského komorního soudu, který do té doby řešil žaloby poddaných proti říšsky bezprostředním zeměpánům. Část právní vědy se v návaznosti na tento stav pokoušela dovést stejné pravomoci, jaké měl zaniklý říšský komorní soud, napříště pro soudy jednotlivých německých zemí.³²⁷ Legislativní reakcí

³²⁶ „...als auf dem Staatsverband allein beruhend nur durch den Staat ihr dasein erhalten.“ Cit. podle BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 50.

³²⁷ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 51. Shodně PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 17 a násl. Pražák upozorňuje, že soudní ochrana byla dostupná pouze v případě porušení práva ze strany zeměpána – zatímco v případě porušení práva říšskou mocí uplatnění takového případu u soudu možné nebylo.

württemberského krále bylo ústavní vymezení kompetencí soudů, omezené na spory soukromého práva.³²⁸

Tento politicko-právní krok byl přitom argumentačně podepřen zásadou dělby moci. Odkazovalo se na Francii, kde byla zásada dělby státní moci provedena na evropském kontinentě v tu dobu nejdokonaleji a projevovala se v tomto ohledu jako zákaz ingerence soudní moci do výkonu veřejné správy. Jak už bylo popsáno, kontrola činnosti francouzských správních úřadů byla realizována v rámci výkonné moci. Záměrem takto nastaveného modelu příslušnosti soudů a správy ve Francii bylo, aby bylo zamezeno stoupcům starého režimu, kteří v justici tvořili většinu, zasahovat do správní činnosti, která ještě nedávno patřila do jejich pravomoci také.³²⁹ Použití totožného modelu, tj. vynětí činnosti státních úřadů z dohledu soudů, mělo ovšem v absolutistických státech jiné souvislosti.

Omezení působnosti soudů na oblast soukromých sporů mezi jednotlivci teoreticky prospívalo – kromě posílení mocenské pozice hlavy státu – také raně liberálním reformním snahám. Zavedení svobody podnikání nebo odstranění vrchnostenské správy znamenalo totiž v podstatě zásah do práv stávajících držitelů odpovídajících privilegií. Existovala obava, že pokud tato privilegia budou nahlížena dosavadním způsobem – tj. jako práva jednotlivce, jenž je jejich nositelem (*Rechte Privater*) – mohlo by dojít k tomu, že budou soudy společenské a ekonomické reformy brzdit tím, že budou odstraňovaným privilegiím poskytovat ochranu. Z tohoto důvodu např. Robert von Mohl nebo Karl von Rotteck radili privilegia k právům veřejným, a tedy vyňatým z působnosti soudní ochrany.³³⁰

³²⁸ Skutečností, na kterou upozorňuje Jiří Pražák, je také rozšíření agendy státní správy v průběhu 18. století, které s sebou neslo vznik soustavy správních úřadů vedle soudů. Tím došlo v určité míře k rozštěpení agendy, která byla dosud vykonávána jedním orgánem, mezi soudy a státní úřady. PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 10–11, 32.

³²⁹ Srov. HENDRYCH, Dušan a kol. *Správní právo*, str. 595.

³³⁰ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 52.

Vyčlenění soudní příslušnosti jen pro soukromoprávní spory a takto založené rozlišování soukromých a veřejných práv jednotlivců mělo tedy různé politické motivace – byla však pro ně společná snaha posílit pozici správního aparátu. Uvážíme-li tento záměr a jeho legislativní vyjádření v procesněprávním kritériu povahy právního vztahu, vidíme, že nově zavedená dichotomie soukromých a veřejných práv občanů se obsahově nekryje s dosavadním racionalistickým vymezením pojmů soukromého a veřejného práva, který *usus modernus* vystavěl na rozdíl mezi *status naturalis* a *status civilis* a neodpovídá ani tradičnímu akademickému římskoprávnímu půdorysu soukromého práva.

Tento procesní aspekt přispěl ke vzniku představy, že soukromé právo a veřejné právo mají představovat dvě oddělené a samostatné oblasti práva. Nyní prakticky poprvé získalo rozlišování soukromého a veřejného práva takovou funkci, u níž bylo nezbytné tyto pojmy – a jim odpovídající právní vztahy – jasně a úplně vymezit. Dosavadní rozlišování soukromého a veřejného práva právní vědou nevyžadovalo přesné oddělení těchto oblastí – šlo o kategorii právně teoretickou a mezi jednotlivými autory na vymezení pojmů soukromého a veřejného práva (a hranice mezi nimi) nepanovala absolutní shoda. Mnohdy byla vedle těchto dvou oblastí uznávána oblast práva smíšeného. Procesní funkce rozlišování soukromého a veřejného práva však vyžadovala nově klasifikaci sporného právního vztahu do jedné z uvedených dvou kategorií, aniž nadále umožňovala zařazovat určité právní oblasti do obou kategorií současně či je uvažovat mimo ně.

Na rozdíl od vědecké, popř. akademické diferenciací oblastí soukromého a veřejného práva je ohniskem procesněprávního rozlišování soukromého a veřejného práva povaha postavení subjektů v právním vztahu, který je nebo může být dotčený aktem státní (resp. veřejné) moci. Nejméně jedním z účastníků takového právního vztahu je vždy „jednotlivec“. Při hledání kritéria pro rozlišení soukromoprávního a veřejnoprávního vztahu a vymezení těchto pojmů ustupují do pozadí typy právních vztahů, kterých se soudní přezkum správních aktů netýká. V důsledku toho však argumentace, která je příhodná pro charakteristiku dotčené specifické skupiny právních vztahů, není automaticky použitelná i pro jiné právní vztahy. Její bezděčný transfer na úvahy o oblastech soukromého a veřejného práva (vymezených v jakémkoli jiném smyslu než v zúženém zkoumání vztahů, které mohou být dotčeny aktem veřejné moci) není z hlediska formální logiky správný. Totéž platí, a to především, i v opačném směru.

7.4 Dualismus v politické rétorice

Další variantu dualismu soukromého a veřejného práva bychom mohli nazvat jako rétorsko-politickou. Ačkoli se v tomto případě nejedná o rozlišování práva v přesném slova smyslu – z právních, popř. právnických pojmů soukromého a veřejného práva se stávají vlastně obrazná pojmenování – dochází k tomuto způsobu zacházení s pojmy soukromého a veřejného práva i ze strany právníků. U tohoto významového užití dochází k nejužší souvislosti soukromého a veřejného práva s pojmy soukromé a veřejné sféry nebo s pojmy soukromého a veřejného zájmu.

Možnost využití dvojice pojmů soukromého a veřejného práva jako nástroje sociální kritiky otevřel patrně Gustav Hugo. Ve své učebnici civilistiky³³¹ kritizuje soukromé právo jako v podstatě pochybný řád, který je založený na asociálním (*gemeinschaftsfremd*) a individuální zjištěním ovlivněném soukromém vlastnictví. Naproti tomu příznivě hodnotí veřejné právo jako řád obecného blaha a společného vlastnictví. Ve svých přepjatých výrocích, kterými apriorně mířil proti přirozenoprávnímu konceptu, posunul racionalistický pojem soukromého práva do představy společenského řádu dokonalého individualismu a proti ní kladl vizi společenského a právního řádu založeného na společném blahu (*bonum commune*).³³²

V přestřehných úvahách Huga je patrná teoretická izolace či rozštěpení jednotlivých právních pravidel a fikce samostatných řádů založených výhradně na pravidlech jedné či druhé oblasti. Vzhledem k tomu, že jeho záměrem bylo pokořit racionalistický přístup s jeho adorací přirozeného soukromého práva – a také vzhledem k tomu, že Hugo sám akceptoval existenci a platnost soukromého práva vedle práva veřejného – své výše popsané odsuzující teze o soukromém právu asi nemyslel zcela doslovně.

³³¹ Lehrbuch eines civilistischen Cursus, 1819.

³³² BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 54–55.

Nicméně z Hugových úvah se začalo odvozovat zkratkovité spojování pojmu soukromého práva se soukromou sférou, soukromým zájmem, soukromým vlastnictvím a prakticky z toho vzniklo ztotožňování soukromého práva se svobodou jednotlivce, které se zmiňovalo v politické rétorice. A také vnímání soukromého a veřejného práva jako protikladných pojmů. Takový přístup ve skutečnosti neměl nic společného s věcnou systematizací práva (byl zcela odtržený jak od kategorizace těchto dvou oblastí založené na přirozenoprávním konceptu *status naturalis*, tak od jejich rozlišování v rámci procesní dvoukolejnosti). Pouze promítal jiný, v podstatě nový a heterogenní, význam – hodnotovou orientaci – do existujících a užívaných pojmů soukromého a veřejného práva.

Ony dvě diskutované právní oblasti (ohledně jejichž vymezení navíc nepanovala doktrinální shoda) přitom samy o sobě ve skutečnosti vůbec nebyly způsobilé charakterizovat ani upravovat konkrétní právní a společenské uspořádání, s nímž byly v rámci naznačené politické diskuze spojovány. V podstatě se v rámci čistě politické argumentace začaly zveličovat určité aspekty soukromého práva a určité aspekty veřejného práva a byly proti sobě stavěny jako hodnoty, které identifikují tu či onu právní oblast, jsouce ve vzájemném rozporu. Takto tedy právnícké termíny soukromého a veřejného práva byly použity jako politické prapory – tím mám na mysli zjednodušené nástroje na úrovni sloganu nebo symbolu –, aniž byla na této úrovni užívání věnována pozornost jakémukoli minulému či současnému významu těchto pojmů.

Tato obsahová varianta pojmů soukromého a veřejného práva měla, resp. má, velmi málo společného s pozitivním právem i jakoukoli právně vědeckou koncepcí. Průnik takto užívaných pojmů soukromého a veřejného práva s jejich reálně, juristicky vymezenými protějšky je omezený jen na dílčí aspekty. Z právních, popř. právníckých pojmů soukromého a veřejného práva se totiž stávají pouhá obrazná pojmenování – metafory.³³³ Nicméně argumentačně tuto rovinu pojmů soukromého a veřejného práva používaly obě strany politického diskurzu poměrně intenzivně. Z počátku 19. století převládaly v rámci romantického pojetí národa a státu v Německu především tendence vyzdvihující veřejné

³³³ Jedná se o metaforu v širším smyslu tohoto slova: patrně, striktně vzato, představuje užívání pojmů „soukromé právo“ a „veřejné právo“ v tomto významu tzv. kontextovou metonymií.

právo, později pak, zejména v důsledku nezdarů revoluce v roce 1848 a poté znovu v důsledku nové ochranné legislativy je naopak vystřídaly inklinace k soukromému právu (do nichž se zkratkovitě koncentrovala představa sféry individuální svobody).³³⁴ Pojmy soukromého práva a veřejného práva v této úrovni diskuze mohou představovat dvě protikladné hodnoty.

U tohoto významového užití lze také relevantně poukazovat na souvislost soukromého práva se soukromou sférou a veřejného práva s veřejnou sférou, veřejným zájmem apod. Oproti případům, kdy jsou soukromé a veřejné právo skloňovány jako právní pojmy, je takový poukaz případný právě jen proto, že „soukromé právo“ a „veřejné právo“ jsou užity v přeneseném významu. Nicméně i v daném případě se lze tázat, jestli protiklad individualistického a kolektivistického hlediska lze užívat v souvislosti se sociálním jevem, jakým je právo a právní řád, „v nichž pojmově vězí prvek kolektivistický“.³³⁵

Pokusy o ztotožňování soukromého práva s právem chránícím sféru jednotlivce – oproti veřejnému právu, které je orientováno na obecný společenský prospěch – ovšem nevyhnutelně naráží na realitu pozitivního práva. Důležité prvky ochrany právního postavení občanů vyplývají tradičně ze správního, procesního a ústavního práva – tedy oblastí přiřazovaných k právu veřejnému.³³⁶

V popsaném smyslu přistupovala k pojům soukromého a veřejného také politická prohlášení socialistů.³³⁷ Na ně pak navázala i ideologie marxismu-leninismu. V právní vědě a v legislativě se později ideologický požadavek na odstranění dualismu soukromého a veřejného práva projevil ve snaze o koncepci „jednotného“ práva, následně vedoucí k členění práva do relativně samostatných odvětví vymezených předmětem právní

³³⁴ STOLLEIS, Michael: *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*, str. 57.

³³⁵ WEYR, František. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936, str. 181.

³³⁶ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 57.

³³⁷ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 54.

úpravy.³³⁸ Pro realizaci politických cílů komunistické ideologie nicméně bylo potlačování doktrinálního či legislativního rozlišování soukromého a veřejného práva v podstatě irrelevantní (totéž platí i pro nacistickou ideologii). Pokud se právní úprava vztahů mezi jednotlivci modifikuje tak, že v ní nebude promítnuta hodnotová orientace (principy) založená přirozenoprávní doktrínou (potlačení dispoziční autonomie, zavedení prvků nerovnosti), tato proměna obsahu právních vztahů neovlivní, že se tyto vztahy stále ještě dají klasifikovat jako soukromoprávní. Tyto aspekty ovšem přesahovaly rozlišovací schopnosti ideových vůdců obou zmíněných totalit, a tak – ostatně jako v mnoha dalších oblastech života – se realizovaly i kroky, které dokonce i z hlediska cílů, které si tyto ideologie samy vytyčily, byly bezdůvodné.

7.5 Absolutní dualismus vymezený subjekty práva

Zatímco dosud popsané varianty významových rovin pojmů soukromého a veřejného práva lze sledovat dodnes, přístup, který bude nastíněn dále, se v praxi nerealizoval. Některé recentní výroky v českém právním prostředí nicméně navozují zdání opaku.³³⁹

Šlo o pojetí, které po určitou dobu v 19. století zastávala částí autorů, a sice že státní právo a od něj se postupně oddělující správní právo musí vytvořit samostatný systém veřejného práva, který bude zcela oddělený od práva soukromého a na něm naprosto nezávislý – jako by existovaly ve státě paralelně dva autonomní právní řády. Takové oddělení veřejného práva jako něčeho bytostně odlišného od práva soukromého bylo důsledkem vnímání státu jako entity, která se svou podstatou odlišuje od všech ostatních lidských spojení (tento pohled na stát byl vzdálený přirozenoprávnímu pohledu, který stát vnímal pouze jako

³³⁸ Blíže viz ELIÁŠ, Karel. Racionalita zpochybňovaného: příspěvek k funkcionalitě právního dualismu, str. 15–22.

³³⁹ Srov. např. náleží Ústavního soudu ČR sp. zn. I. ÚS 429/01 ze dne 22. září 2004, opakovaně citovaný v další rozhodovací praxi českých soudů i odborné literatuře: „... je třeba připomenout, že v moderním právním pojetí již není hranice mezi právem veřejným a soukromým chápána tak ostře jako v době minulé, takže soukromoprávní prvky lze mnohdy vysledovat i v právním vztahu v zásadě veřejnoprávním a naopak.“ Podobně také např. ŠULÁKOVÁ, Martina. K aplikaci § 1 odst. 1 věty druhé ObčZ. *Právní rozhledy* 18/2016, str. 634: „Vztah veřejného a soukromého práva již dávno není vnímán jako antagonistické soupeření dvou na sobě nezávislých oblastí práva...“

jeden z mnoha stupňů společenských uskupení). V něm se projevoval vliv Hegela, který se bránil proti promítání soukromoprávních představ smlouvy nebo vlastnictví na stát, který byl podle něj neporovnatelný se všemi ostatními společenskými jednotkami.³⁴⁰

Z tohoto východiska mimo jiné vznikla idea, že činnost státu a jeho orgánů se má řídit výhradně pravidly zvláštního veřejného práva.³⁴¹ Takovým oddělením by mimo jiné odpadla potřeba posuzování, zda se v jednotlivém případě může řídit jednání státního orgánu obecnými pravidly soukromého práva, nebo je třeba aplikace či zavedení pravidel zvláštních.³⁴²

Začátek cesty k realizaci takového zcela autonomního veřejného práva vydláždil Otto Mayer ve své učebnici správního práva.³⁴³ Vytvořil soustavu zvláštních veřejnoprávních pojmů, které tvořily paralelní systém k soukromému právu. Mayer se stavěl jednak proti tomu, aby existovaly jakékoli právní instituty, které by byly společné pro soukromé i veřejné právo, ale odmítal dokonce jako nepřípustné i jakékoli použití analogie napříč těmito oblastmi.³⁴⁴ Schématické rozdělení práva na autonomní oblasti soukromého a veřejného práva vedlo však ve výsledku spíše k tomu, že se instituty převzaté ze soukromého práva nově pojmenovaly veřejnoprávním názvoslovím (smlouva – veřejnoprávní smlouva, právní úkon – správní akt atd.), a do pozadí ustoupila obsahová stránka veřejného práva – tj. zásady pro obsah veřejnoprávních pravidel a meze činnosti státních orgánů.³⁴⁵

Jak bylo už uvedeno, tento způsob oddělených normativních systémů soukromého a veřejného práva se v pozitivním právu neprosadil a víceméně vše zůstalo při původním

³⁴⁰ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 59–60.

³⁴¹ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 61.

³⁴² BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 62.

³⁴³ MAYER, Otto. *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 svazky; Duncker & Humblot, Svazek 1, Leipzig 1895. Svazek 2, Leipzig 1896.

³⁴⁴ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 64.

³⁴⁵ BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*, str. 64–65.

modelu, kdy soukromé právo představuje právo obecné a veřejné právo má vůči němu postavení práva zvláštního.

7.6 Kritika ryzí naukou právní

Rozlišování soukromého a veřejného práva kritizovala vídeňská škola ryzí nauky právní, jejímž hlavním představitelem byl **Hans Kelsen** (1881–1973), a ještě důsledněji brněnská škola normativní právní teorie.³⁴⁶ Škola normativní teorie usilovala o přísně vědecký přístup k právu, zaměřený na poznání pozitivního práva, který bude oprostěný od jakýchkoli ideologických či sociologických aspektů práva i přístupu *de lege ferenda*.³⁴⁷ Metodologický přístup normativistů byl čistým pozitivismem: přistupovali k právním normám výhradně formálně, s exaktností matematiků.

Nejuceleněji předložil kritiku dualismu soukromého a veřejného práva nejznámější představitel brněnské normativní školy **František Weyr** (1879–1951). Weyr poukazuje na to, že rozlišování soukromého a veřejného práva není důsledkem odpovídajícího stavu platného práva, nýbrž je produktem právní vědy, v němž „obráží se totiž téměř veškeré chyby a metodické poklesky nauky té“.³⁴⁸ Poměrně trefně poukazuje na fakt, že soudobé veřejné právo je výsledkem snahy o vtažení poměrů, které měly dříve ryze mocenskou povahu (oblast *imperia*), do sféry právní vědy. Rozlišování soukromého a veřejného práva pak představuje nedůslednost realizace tohoto kroku.³⁴⁹

³⁴⁶ Tyto dvě školy nebyly jedinými odpůrci většinového příklonu k akceptaci dualismu soukromého a veřejného práva. Takové tendence u některých autorů uvádí už Jiří Pražák – zmiňuje Josefa Scheina, který uvádí, že veškeré právo je státní a rozdíl mezi jednotlivými oblastmi spočívají pouze ve způsobu řízení. PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo veřejné. Díl 1, Právo ústavní. Část první, Ústava obecní*, str. 1.

³⁴⁷ WEYR, František. *Úvod do studia právní vědy (normativní teorie)*. Brno: Čsl. akademický spolek „Právnick“, 1946, str. 46 a násl. „Úkolem právní vědy, jež má pracovat normativní metodou, je zjišťovat, co má být podle pozitivního práva. Pomocí této metodologie se z právní vědy vylučuje vše, co nemá tento normativní význam.“ BOGUSZAK, Jiří. *Zásluhy a neúspěchy normativní teorie*, str. 22.

³⁴⁸ WEYR, František. *Teorie práva*, str. 179.

³⁴⁹ WEYR, František. *Teorie práva*, str. 184–185.

Poznamenává, že rozdíl mezi soukromým a veřejným právem sám o sobě z právního řádu nevyplývá – v tom smyslu, že poté, co se seznámíme s určitým právním řádem, bychom mohli být schopni tyto dvě oblasti identifikovat. Vzhledem k tomu, že se normativní teorie zabývala – na rozdíl od „tradiční“ právní vědy – jevy společnými všem právním řádům, dodává, že aby soukromé a veřejné právo bylo možné považovat za vlastní podstatě práva, musely by všechny právní řády vymezovat rozdíl mezi nimi stejně. Pokud tomu tak není, nejedná se o pojmy, které jsou spjaté s podstatou práva.³⁵⁰ To je vlastně základní teze normativistů. Weyr dodává, že pokud jsou dotčené pojmy v legislativě užívány, nelze z této skutečnosti vyvodit závěr o vhodnosti takového přístupu, především však může dojít k tomu, že pojmy soukromého a veřejného práva budou mít v každém právním řádu jiný význam nebo dokonce budou mít více významů v rámci jednoho právního řádu.³⁵¹ To, že ve Weyrově době reálná pluralita dualismů soukromého a veřejného práva existovala, bylo popsáno výše.

Weyr – podobně jako Kelsen³⁵² – rozdíl mezi soukromým a veřejným právem v určitém slova smyslu (i z pohledu normativní teorie) připouští, když konstatuje, že by bylo možné ztotožnit tento dualismus v tzv. dynamickém hledisku při normativním poznávání práva s ideou dvou druhů normotvorby, totiž heteronomní neboli autokratické a autonomní neboli demokratické.³⁵³ Jinými slovy: bylo by možné uvažovat o takovém dualismu soukromého a veřejného práva, který by byl založen na kritériu relevance vůle povinného subjektu pro vznik jeho právní povinnosti vůči oprávněnému subjektu v daném právním vztahu. Takový dualismus je vlastní každému právnímu řádu, a proto by byl i normativistického hlediska přípustný.³⁵⁴ Ze stejného hlediska pak předkládá věcnou kritiku

³⁵⁰ WEYR, František. *Teorie práva*, str. 179.

³⁵¹ WEYR, František. *Teorie práva*, str. 180.

³⁵² KELSEN, Hans. *Ryzí nauka právní: metoda a základní pojmy*. Brno-Praha: Orbis, 1933, str. 50–52.

³⁵³ K dynamickému hledisku blíže viz WEYR, František. *Teorie práva*, str. 48 a násl. K autonomním a heteronomním normám blíže viz WEYR, František. *Teorie práva*, str. 41 a násl. a 136 a násl.

³⁵⁴ Srov. WEYR, František. *Teorie práva*, str. 185–186. Weyr s takovou úvahou přichází v návaznosti na subordinanční teorii, která byla tehdy převažujícím kritériem pro rozlišování vztahů soukromého a veřejného práva.

tehdejších teorií vymezujících kritérium pro rozlišování soukromého a veřejného práva (zájmová, subordinační, organická).³⁵⁵

Pokud právní řád vychází z dualismu soukromého a veřejného práva, vznikají podle Weyra dva druhy interpretačních problémů. První souvisí s otázkou příslušnosti, druhý s otázkou, zda určitá ustanovení občanského zákoníku platí i pro poměry veřejnoprávní. V obou dvou případech jde přitom o zjišťování úmyslu zákonodárce, který není dostatečně vyjádřen v právní normě.³⁵⁶

Za překonané považovali rozlišování soukromého a veřejného práva také **František Rouček** (1891–1967) a **Jaromír Sedláček** (1885–1945) a spatřovali v něm pouze záležitost procesní příslušnosti, navíc záležitost již nevhodnou.³⁵⁷ Sedláček poukazoval na historické aspekty rozlišování soukromého a veřejného práva – přesněji řečeno, na určitý výsek těchto okolností, který se prosadil ve spojování soukromého práva se sférou svobody (jak bylo popsáno výše). Usuzuje, že tento dualismus už není důvodný, protože politické cíle, k jejichž dosažení byl tento dualismus nástrojem, už jsou realizovány: bylo dosaženo uznání sféry osoby jednotlivce a parlamentní demokracie. Pokud se bude na dualismu soukromého a veřejného práva nadále lpět, bude to spíše na překážku rozvoji lidských práv. Sedláček si také všiml toho, že se vnáší zmatek do rozlišování soukromého a veřejného práva v otázce soudní příslušnosti „tím, že se jednotliví spisovatelé dávají unášeti filosofickými konstrukcemi, které s tímto předpisem nesouvisí“.³⁵⁸ Jeho kritika

³⁵⁵ WEYR, František. *Teorie práva*, str. 180–184.

³⁵⁶ Weyr při tom zpochybňuje, zda lze při výkladu právních norem argumentovat úmyslem zákonodárce nebo dokonce úmyslem autora konkrétního ustanovení, zjištěného z mimoprávního pramene. WEYR, František. *Teorie práva*, str. 187–188.

³⁵⁷ ROUČEK, František, SEDLÁČEK, Jaromír. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Díl 1. Praha: Linhart, 1935, str. 39–40. SEDLÁČEK, Jaromír. *Občanské právo československé: všeobecné nauky*. Brno: Československý akademický spolek Právník, 1931, str. 51–53.

³⁵⁸ SEDLÁČEK, Jaromír. *Občanské právo československé*, str. 53.

dualismu soukromého a veřejného práva ovšem celkově není tak propracovaná a konzistentní jako Weyrův výklad.³⁵⁹

7.7 Kritéria rozlišování soukromého a veřejného práva

Novodobá kontinentální právní věda postupně zformulovala několik kritérií – teorií, podle nichž by mělo či mohlo být rozlišováno soukromé a veřejné právo.³⁶⁰ Jednoznačného kritéria, které by umožňovalo bezpochybné vymezení těchto pojmů, do dnešního dne nebylo dosaženo. Ve světle výše podaného nástinu vzájemně se lišících významů, s nimiž jsou tyto pojmy spojeny, je docela zřejmé, že takové kritérium nalezeno být ani objektivně nemohlo. Nalézt definiční kritérium, které bude způsobilé pro přesné vymezení hned několika párových jevů současně, patrně nelze. Lze si klást také otázku, zda je takové hledání – i užívání dotčených pojmů bez zřejmého významového kontextu – vůbec metodologicky správné.

Právní nauka se vcelku spokojuje se skutečností, že pozitivní právo tyto dva pojmy nevymezuje. Toto legislativní řešení se „tradičně“ považuje za samozřejmé. Např. Jiří Hoetzel k tomu v prvorepublikovém Slovníku veřejného práva československého uvádí: „Je přirozené, že právní řád sám nedává nám ex professo přímé odpovědi na celkovou otázku, co je podle něho právem soukromým a veřejným.“³⁶¹

³⁵⁹ Přehled Weyrových a Sedláčkových tezí předložil také administrativista ovlivněný normativní teorií **Jaroslav Pošváb** (1900–1984) in POŠVÁŘ, Jaroslav. *Obecné pojmy správního práva*. Brno: Československý akademický spolek Právník, 1946, str. 18–23.

³⁶⁰ Tyto teorie jsou v současné odborné literatuře mnohokrát popsány. Nepovažuji proto za přínosné, aby v této práci bylo opakováno to, co je poměrně vyčerpávajícím způsobem podáno jinde. Především odkazují na velmi detailní popis a rozbor jednotlivých teorií rozlišování soukromého a veřejného práva, který je obsažen v nedávno publikované disertační práci Martiny Šulákové. (ŠULÁKOVÁ, Martina. *Kompetenční spory mezi civilními a správními soudy* [online]. Brno, 2017 [cit. 2019-09-18]. Dostupné z: <<https://is.muni.cz/th/w0hwc/>>. Disertační práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta, str. 32–76). V této části práce se proto zaměřím pouze na aspekty jednotlivých klasifikačních kritérií, které považuji za nedostatečně reflektované českou justici a odbornou veřejností.

³⁶¹ HOETZEL, Jiří. Dualismus právní. In *Slovník veřejného práva československého*. Svazek I. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1929, str. 493.

V situaci, kdy je v textu zákona pouze pomocí těchto pojmů vymezována procesní příslušnost jednotlivých orgánů, lze se přinejmenším pozastavit nad konstatováním, že je takový legislativní stav „přirozený“. Pokud bychom za přirozený označovali jev, který je v platném právu přítomen zhruba sto (od württemberské ústavy), resp. padesát (od rakouské prosincové ústavy) let, aniž jej budeme podrobovat hodnotícímu soudu, pak Hoetzelovo tvrzení lze považovat za správné. Pokud bychom ovšem považovali za přirozené – spíše než přístup, který je opřený o tradici (navíc relativně krátkou) – legislativní řešení, které preferuje racionalitu a bere přiměřený ohled na potřeby aplikační praxe, pak bychom s citovaným názorem asi nemohli souhlasit.

Jak bylo naznačeno výše, úsilí právní teorie o nalezení jednoznačného kritéria pro odlišení soukromého a veřejného práva bylo důsledkem legislativního omezení soudní příslušnosti pouze na rozhodování soukromoprávních nároků (později na štěpení kompetencí mezi civilní a správní soudnictví). Kritérium používané dosud právní vědou (tedy římskoprávní půdorys soukromého práva nebo hledisko *status naturalis*) bylo pro potřeby procesního dualismu nepoužitelné – mimo jiné proto, že pojmy soukromého a veřejného práva byly nyní použity v zjevně odchylném významu. Nebylo možné se dostatečně opřít ani o Ulpianův výrok – a to ani v jeho plném znění, rozlišujícím přístupy ke studiu práva podle zájmu státu a zájmu jednotlivce, ani ve zkrácené a z kontextu vytržené podobě, která projev odlišnosti zájmů státu a zájmů jednotlivce doufala nalézt přímo v pravidlech platného práva. Právní věda k definování pojmů soukromého a veřejného práva pro účely rozdělení procesní příslušnosti formulovala tzv. subordinační teorii a tzv. organickou teorii, popř. teorii subjektů.

7.7.1 Subordinační teorie

Subordinační teorie používá k rozlišení soukromého a veřejného práva hledisko rovnosti, resp. nerovnosti subjektů právního vztahu. Bývá označována též jako teorie mocenská, teorie různé cennosti právních subjektů nebo teorie nadřízenosti a podřízenosti právních

subjektů.³⁶² O veřejné právo se má jednat tehdy, jsou-li subjekty právního vztahu ve vzájemném postavení nadřízenosti a podřízenosti; jsou-li subjekty v rovném postavení, jde o vztah práva soukromého. Tato teorie se opírá v první řadě o oprávnění veřejnoprávních subjektů (především správních orgánů státu) jednostranně upravovat práva a povinnosti jednotlivců prostřednictvím správních aktů. K tomu zmiňuje, že stát má – na rozdíl od soukromoprávních subjektů – právo autorealizace své vůle: pro exekuci správního aktu státní orgán nepotřebuje soudní rozhodnutí (které je naopak nezbytné pro výkon soukromého práva). Veřejné právo je tak vyjádřením nadřazenosti veřejné moci (v zákonem vymezených případech) vůči ostatním subjektům práva.³⁶³

Je zřetelné, že subordinační teorie zohledňuje pouze určitý typ právních vztahů, do kterých vstupují státní orgány – a to případy, kdy vykonávají vůči jednotlivcům *imperium* (nařizovací moc). Tento rys je nicméně poměrně logickým důsledkem účelu této teorie: jakkoli to v literatuře nebývá zmiňováno, cílem není vymezení veřejného práva jakožto právní oblasti (ani vymezení jiného obsahu tohoto mnohoznačného pojmu), nýbrž jen a pouze nalezení kritéria pro identifikaci výseku právních vztahů, které jsou založeny rozhodnutím exekutivy a nemají být přezkoumávány soudem. I proto je ostatně subordinační teorie zaměřena na subjektivní práva a povinnosti – resp. soukromoprávní a veřejnoprávní vztahy.

7.7.2 Teorie subjektů, organická teorie

Teorie subjektů se do velké míry podobá teorii subordinační, ale určuje množinu veřejnoprávních vztahů širěji. Právní vztahy diferencuje podle kritéria, zda může být účastníkem takového vztahu jakákoli osoba (pak se jedná o vztah soukromoprávní), nebo zda vždy alespoň jeden ze subjektů musí nutně být nositelem veřejné moci (což definuje vztah veřejnoprávní). Nahlíženo z hlediska objektivního práva jde o veřejné právo tehdy,

³⁶² Srov. např. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 116; HOETZEL, Jiří. Dualismus právní. In *Slovník veřejného práva československého*, str. 494; WEYR, František. *Teorie práva*, str.182 a násl.

³⁶³ BOGUSZAK, Jiří, ČAPEK, Jiří, GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. Praha: ASPI Publishing, 2001, str. 100.

pokud právní normy upravují práva a povinnosti orgánu veřejné moci výlučně pro jeho vlastnost nositele veřejné moci; v opačném případě se jedná o právo soukromé.

Teorie subjektů má několik variant, které se liší převážně v tom, zda je předmětem zkoumání povaha právního vztahu, nebo povaha právní normy.³⁶⁴ Někdy bývá k teorii subjektů řazena také tzv. organická teorie, popř. bývají tyto dvě teorie ztotožňovány. Jednotliví autoři se vzájemně při popisech teorie subjektů a organické teorie liší.³⁶⁵

Československá prvorepubliková literatura vymezuje organickou teorii odchylně od dnešních popisů teorie subjektů: kritériem je zde okolnost, zda se „právní subjekt ocitá v určitém právním poměru z důvodu svého členství v některém veřejném svazu“.³⁶⁶ Pokud v právním vztahu (poměru) vystupují subjekty nezávisle na svém členství ve veřejné korporaci, jedná se o vztah soukromoprávní. Pokud bychom striktně vycházeli z tohoto vyjádření, bylo by pro rozlišení soukromoprávního a veřejnoprávního vztahu zcela irelevantní, zda je v daném vztahu některý ze subjektů nositelem veřejné moci. V podstatě by primárním kritériem nebyly určité prvky právního vztahu, ale povaha „životního poměru“.³⁶⁷

³⁶⁴ Jedná se o tzv. starší teorii subjektů, modifikovanou teorii subjektů neboli teorii přiřazení (*Zuordnungstheorie*), modifikovanou teorii přiřazení a teorii zvláštního práva. V literatuře bývají vzájemně různě směřovány a zaměňovány.

³⁶⁵ Srov. např. MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18. vydání. München: Verlag C. H. Beck, 2011, str. 49 a násl.; GERLOCH, Aleš, TRYZNA, Jan. Dualismus soukromého a veřejného práva a nový občanský zákoník: k jednotě a diferenciaci práva. *Právník* 9/2014, str. 736; MELZER, Filip, TĚGL, Petr a kolektiv. *Občanský zákoník*, str. 33 a násl.; FIALA, Josef, HRUŠÁKOVÁ, Milana, HURDÍK, Jan. *Úvod do soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1997, str. 16 a násl.

³⁶⁶ HOETZEL, Jiří. Dualismus právní. In *Slovník veřejného práva československého*, str. 494. Na toto vymezení pravděpodobně navazuje ve své kritice i Weyr (srov. WEYR, František. *Teorie práva*, str.182 a násl.).

³⁶⁷ Na nedostatky takového vymezení upozorňoval už Jiří Pražák. (PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 88–89; PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo veřejné. Díl 1, Právo ústavní. Část první, Ústava obecní*, str. 2.)

7.7.3 Zájmová teorie

Výše popsané teorie rozlišování soukromého a veřejného práva vykazují zřejmou vazbu na užití těchto pojmů jako kritéria k rozlišení rozhodovací činnosti státních orgánů, která nemá být přezkoumávána soudy v civilním řízení. U teorie subjektů je současně patrný určitý přesah její použitelnosti i na právní vztahy, jichž se otázka dělby kompetence mezi správní a civilní soudnictví_{bezprostředně} netýká. Od těchto teorií se výrazně odchyluje tzv. teorie zájmová, jejíž formulace v doktríně uvedené teorie časově předcházela. Představuje parafrázi Ulpianova výroku: veřejné právo vymezuje jako právo stanovené v zájmu veřejném (zájem všech nebo alespoň více lidí)³⁶⁸ a soukromé právo jako to, které chrání zájmy jednotlivců. Na tomto způsobu vymezení soukromého a veřejného práva je – z hlediska novodobého práva – pozoruhodná okolnost, že nereflektuje realitu právního řádu (jakéhokoli).

Zájmová teorie ze své podstaty nemá vazbu na platné právo (a ani se o to nesnaží). Jedná se o transfer výroku autority do soudobé právní vědy, víceméně scholastickou metodou. Toutéž metodou lze hledat a i nalézt určité případy, v nichž dané kritérium bude možné shledat funkčním. Nicméně výsledkem tohoto postupu může být přinejlepším dílčí obhájení dané teze jako nikoli absolutně neplatné: nepomůže však k stanovení, co rozumět soukromým a veřejným právem.

František Weyr v rámci své kritiky zájmového kritéria výstižně podotýká, že právo je sociálním (společenským) jevem, a tedy všechna jeho pravidla jsou stanovena v zájmu společnosti (tj. v zájmu veřejném): „... kdo by chtěl vážně tvrdit, že např. obecný zákon občanský – tento prototyp soukromého práva – jest stanoven a platí pouze v zájmu jednotlivců a nikoliv v zájmu celku?“³⁶⁹ Nadnesenou myšlenku přesněji vyjadřuje Jiří

³⁶⁸ WEYR, František. *Teorie práva*, str.180.

³⁶⁹ WEYR, František. *Teorie práva*, str. 181. Nadto poukazuje i na fakt, že není možné jednoznačně a odlišit, zda je určité pravidlo stanoveno v soukromém, nebo veřejném zájmu. Hovoří-li se o obecně závazných právních normách, je jejich třídění podle zájmového kritéria vlastně nemožným. Tímtež argumentem Weyr ostatně vyvrací i aplikovatelnost organické teorie (resp. její vymezení, které bylo výše popsáno) – kterou považoval pouze za variantu zájmové teorie. Všechna práva a povinnosti vyplývají právním subjektům vždy jen z důvodu jejich členství v daném veřejném svazu, jinak by se na ně nevztahovala. Kritérium, zda určitá

Boguszak: „... na uplatnění individuálních (popříp. skupinových) zájmů v mezích soukromoprávní autonomie a na jejich právní ochraně je veřejný zájem z hlediska potřeb rozvoje společnosti.“³⁷⁰

Postavíme-li vedle sebe zájmovou teorii a jednotlivé významové varianty pojmů soukromého a veřejného práva, lze si všimnout, že její kritérium – totiž hledisko soukromého a veřejného zájmu – lze uplatnit snad jen při skloňování soukromého a veřejného práva jakožto obrazných pojmenování. Takovému významu těchto pojmů je hledisko soukromého a veřejného zájmu imanentní. Při snaze naroubovat zájmovou teorii na soukromé a veřejné právo v jakémkoli juristicky relevantním významu však nevyhnutelně narazíme. Vedle komplikace spočívající v potřebě vymezit abstraktní pojmy veřejného a soukromého zájmu – s čímž se judikatura a literatura dokáží vypořádat – nelze přehlednout kolizi tohoto kritéria s jakýmkoli relativně ustáleným obsahovým vnímáním těchto pojmů. Z tohoto důvodu lze mít za to, že by už mohlo dojít k překonání skrupulózního zmiňování této teorie v souvislosti s dualismem soukromého a veřejného práva: s užitím těchto pojmů v jejich novodobém juristickém smyslu zájmová teorie nesouvisí.³⁷¹

7.7.4 Hledání dalších kritérií – metoda právní regulace

Vedle výše uvedených teorií rozlišování soukromého a veřejného práva, kterým doktrína konzistentně věnuje svou pozornost a jejichž zmínění je notorickou náležitostí jakéhokoli

práva a povinnosti přísluší subjektu „jako takovému“, nebo z důvodu jeho členství veřejného svazu, považuje proto za liché.

³⁷⁰ BOGUSZAK, Jiří, ČAPEK, Jiří, GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 104.

³⁷¹ Přesto se však k zájmové teorii otevřeně hlásí i vrcholné orgány naší soudní soustavy (z posledních rozhodnutí např. usnesení zvláštního senátu čj. Konf 44/2017-7 ze dne 14. prosince 2017, usnesení Nejvyššího správního soudu čj. 1 Ads 159/2018-41 ze dne 9. srpna 2018, usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 5773/2016 ze dne 9. února 2017). Dochází tím vlastně k metodologicky chybnému směřování kategorií soukromého a veřejného zájmu s kategoriemi soukromého a veřejného práva. Mnohdy lze sledovat také argumentaci pomocí poukazů na historická „fakta“ ohledně soukromého a veřejného práva, které prakticky nelze označit za odpovídající objektivně poznané skutečnosti. Např. v usnesení zvláštního senátu čj. Konf 9/2004 ze dne 19. května 2005 se lze dočíst: „...rozsáhlá a složitá konstrukce dualismu práva veřejného a soukromého, jak byla budována již od dob klasické jurisprudence římské...“

pojednání na dané téma, byly formulovány i další pokusy o kategorické vymezení těchto pojmů. Hoetzel zmiňuje švýcarskou publikaci z roku 1904, v níž bylo popsáno dokonce 17 různých teorií tohoto členění a k tomu jejich různé kombinace.³⁷² V novější české literatuře bývá částí zmiňována jako kritérium k odlišení soukromého a veřejného práva také metoda právní regulace.³⁷³ Toto kritérium užívá velmi často současný Nejvyšší správní soud a také konfliktní senát,³⁷⁴ přičemž oba orgány prohlašují toto kritérium za nejspolehlivější pro rozlišení soukromého a veřejného práva.³⁷⁵

Hledisko metody (způsobu) právní regulace si všímá znaků, které jsou typické pro právní úpravu vztahů řazených do určitého právního odvětví. Nevztahuje se výhradně k členění práva na soukromé a veřejné, nicméně pro takto vymezené kategorie právních vztahů je také použitelné. Výsledkem tohoto přístupu je identifikace rysů, které se vyskytují typicky – tedy nikoli bezvýjimečně, nýbrž pouze jako jev obvyklý – v právní regulaci vztahů řazených do určitého odvětví. Ku příkladu tedy znaky, které se řadí k veřejnoprávní metodě regulace, nejsou identifikovány coby pojmové znaky veřejného práva (v jakémkoli smyslu tohoto pojmu), nýbrž jako znaky odpovídající převážně většině pozorovaných případů – ovšem pouze pokud jde o právní vztahy. Stranou pozornosti zcela zůstávají právní normy, které se právních vztahů bezprostředně netýkají.

Metodu právní regulace lze definovat jako „specifický způsob právního regulování vyjadřující povahu a míru účasti subjektů právního vztahu na formování jeho obsahu“³⁷⁶

³⁷² HOETZEL, Jiří. Dualismus právní. In *Slovník veřejného práva československého*, str. 493. Jedná se o disertační práci *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht: dargestellt im Prinzipie und in einigen Anwendungen mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechtes*, jejímž autorem je Jakob Holliger (Buchdruckerei J. Weiss, 1904)

³⁷³ Např. FIALA, Josef, HRUŠÁKOVÁ, Milana, HURDÍK, Jan. *Úvod do soukromého práva*, str. 18 a násl. Ke genezi zájmu o metodu právní regulace v české právní vědě blíže viz MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kolektiv. *Občanský zákoník*, str. 34–37.

³⁷⁴ Zvláštní senát zřízený zákonem č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů.

³⁷⁵ Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu čj. 4 As 47/2003-50 z 12. října 2004 a řada navazujících rozhodnutí téhož soudu; usnesení zvláštního senátu čj. Konf 81/2004-12 z 5. května 2005 a řada je citujících rozhodnutí téhož orgánu.

³⁷⁶ MACUR, Josef. *Občanské právo procesní v systému práva*. Brno: Univerzita J. E. Purkyně, 1975, str. 113.

neboli „právním řádem předvídaný způsob vzniku a utváření obsahu právních vztahů, posuzovaných z hlediska společenské aktivity samotných účastníků, kteří do těchto vztahů vstupují“.³⁷⁷ V důsledku tohoto přístupu právní věda identifikovala tedy i metody regulace, které jsou typické pro vztahy řazené do soukromého a do veřejného práva.

Soukromoprávní metoda regulace bývá spojována s dispoziční autonomií subjektů (zásada autonomie jednotlivce), což souvisí s úpravou daných vztahů dispozitivními normami (zásada dispozitivnosti právní úpravy). Zásada rovnosti mezi stranami se projevuje v tom, že práva a povinnosti vznikají účastníkům soukromoprávních vztahů na základě jejich právního jednání – žádný ze subjektů nemůže uložit druhému právní povinnost bez jeho souhlasu (tj. je nutný konsenzus stran). Spory mezi stranami ohledně existence jejich vzájemného právního vztahu a jeho obsahu rozhoduje třetí subjekt (zpravidla orgán veřejné moci), přičemž takové řízení je zahájeno na základě iniciativy některé ze stran (uplatňuje se dispoziční zásada). V případě soukromoprávního deliktu vzniká sekundární povinnost (sankce) přímo v důsledku protiprávního jednání nebo protiprávního stavu, přičemž tato sankce má povahu kompenzační (jejím účelem je obnovení původního stavu nebo kompenzace vzniklé újmy).³⁷⁸

Naproti tomu veřejnoprávní metoda regulace bývá charakterizována kogentními normami a nerovným postavením právních subjektů. Vzájemná nerovnost se projevuje typicky v tom, že jeden ze subjektů (orgán veřejné moci) je nadán pravomocí rozhodovat o právech a povinnostech druhého subjektu (jednotlivce). Veřejnoprávní vztah tak zpravidla vzniká (popř. mění se a zaniká) jednostranným právním aktem orgánu veřejné moci a účinky tohoto aktu nastávají obvykle nezávisle na vůli adresáta (tedy i proti jeho vůli). Nadto zákon individuálním právním aktům orgánů veřejné moci propůjčuje tzv. předpoklad

³⁷⁷ MACUR, Josef. *Občanské právo procesní v systému práva*, str. 118.

³⁷⁸ Srov. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 117; BOGUSZAK, Jiří, ČAPEK, Jiří, GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 101–104. Represivní povahy odškodňovacích sankcí v soukromoprávních vztazích opakovaně vyloučil v judikatuře Nejvyšší soud ČR (např. rozsudek sp. zn. 30 Cdo 3936/2010 ze dne 15. prosince 2011, rozsudek sp. zn. 30 Cdo 2434/2010 ze dne 6. srpna 2011, rozsudek sp. zn. 30 Cdo 1796/2011 ze dne 15. března 2012, rozsudek sp. zn. 30 Cdo 2469/2012 ze dne 24. dubna 2013, rozsudek 30 Cdo 3936/2010 ze dne 15. prosince 2011).

správnosti – pro jeho realizaci (exekuci) není zapotřebí dalšího rozhodnutí orgánu veřejné moci (soudu). Sankce za porušení veřejnoprávní povinnosti nebývá v předpisech koncipována jako ekvivalent ke způsobené újmě – plní především funkci represivní a preventivní a pro její vznik je zapotřebí konstitutivního aktu příslušného orgánu veřejné moci.³⁷⁹

V pojednáních o soukromoprávní a veřejnoprávní metodě regulace bývá připomínáno, že se jedná pouze o výčet typických znaků dané metody – tj. že uvedenými vlastnostmi není daná právní oblast definována. Pro tento metodologický přístup nelze metodu právní regulace relevantně užívat jako klasifikační (definiční) kritérium pojmů soukromého a veřejného práva (a to ani ve významu procesního kritéria). Ostatně takový účel nebyl vymezením soukromoprávní a veřejnoprávní metody regulace ani sledován. Porovnáme-li výše popsané soubory ideálních znaků obou těchto metod, jen se „jinými slovy opisuje mocenská teorie pro rozlišení práva soukromého a veřejného“.³⁸⁰

Jiná možnost užití metody právní regulace se ovšem otevře, pokud se spokojíme s tím, že pojmy soukromoprávního a veřejnoprávního vztahu není nutno definovat, ale postačí je moci typově přiřadit. Pro takový interpretační přístup slouží metoda právní regulace skutečně „nejspolehlivěji“, neboť prakticky vylučuje nemožnost subsumpce určitého skutkového stavu pod pojem soukromoprávního nebo veřejnoprávního vztahu. Ne prostřednictvím formování nového rozlišovacího kritéria, nýbrž poskytnutím určitého volného prostoru pro subjekt interpretace – díky možnosti argumentace tím, že nemusí být naplněny všechny znaky pro zařazení určitého jevu do té či oné skupiny. Nejedná se tak o nové kritérium, ale spíše o nový argument.

V souvislosti se soukromoprávní a veřejnoprávní metodou regulace se lze pozastavit ještě u jiného jevu: někdy je v našich úvahách patrná tendence rysy dané metody – nebo s nimi korespondující zásady úpravy soukromoprávních a veřejnoprávních vztahů – hodnotově

³⁷⁹ Srov. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 117–118; BOGUSZAK, Jiří, ČAPEK, Jiří, GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, str. 101–104.

³⁸⁰ MELZER, Filip, TĚGL, Petr a kolektiv. *Občanský zákoník*, str. 37.

absolutizovat. Jako by se zapomínalo, že výčet těchto znaků nebo zásad představuje empirickou metodou získanou množinu nejobvyklejších rozdílů v početně významných případech, nikoli souhrnné znaky ideální podoby právní úpravy daného typu.

Ku příkladu, argumentuje-li se zásadami rovnosti a autonomie jednotlivce jako zásadami vlastními soukromému právu, je vhodné nepouštět ze zřetele, že tyto zásady jsou příznačné pouze pro výseč soukromého práva, a to právo smluvní – v ostatních institutech se nepromítají v takové míře. Ve vyživovací povinnosti rodiče vůči dítěti není z těchto zásad přítomna ani jedna, ani druhá. Podobně se dá postupovat i s jinými znaky dané metody právní regulace (právo osob, úprava věcných práv nebo dědického práva je ve významné části kogentní atd.).

Pokud bychom výše vypočtené zásady soukromoprávní a veřejnoprávní metody regulace považovali za typické ve smyslu metodicky čistého a správného způsobu právní úpravy dané právní oblasti, vedlo by to nevyhnutelně k závěru, že např. rodinné právo není zcela typickou částí soukromého práva. V této souvislosti se také nabízí otázka, proč by právě smluvní právo mělo představovat „typicky soukromoprávní“ oblast právních vztahů. Je metoda regulace smluvního práva v něčem „sukromoprávnější“ než úprava deliktů odpovědnosti v soukromoprávních vztazích nebo rodinného práva? Domnívám se, že naše vnímání může být v tomto ohledu mimoděk zformováno skrze výuku³⁸¹ tradicí, zahrnující recepci římského práva. Smluvní právo totiž představovalo oblast *iuris privati* – tedy recipovaného římského práva –, která nejvýznamněji ovlivnila podobu evropského kontinentálního práva a která představovala jádro studia.³⁸²

Je-li užit pojem „sukromoprávní vztah“, zpravidla naším prvním konkretizačním počinem je obraz smluvního vztahu mezi dvěma fyzickými osobami, které uzavřely

³⁸¹ Je docela dobře možné, že se jedná o dopad prosté numerické převahy do této podoby zjednodušených „typických příkladů“ soukromého práva na naše vědomí.

³⁸² Jak bylo detailněji popsáno v předchozích částech této práce, recipované římské právo bylo uplatňováno především pro rozvíjející se zbožně-peněžní vztahy, pro jejichž jednotlivé situace stávající právo neznalo odpovídající řešení. Připomeňme také, že např. manželské právo bylo po dlouhou dobu novověkého právního vývoje součástí nikoli práva civilního, nýbrž kanonického.

smlouvu, jejíž zákonná úprava odpovídá právě výše popsané metodě soukromoprávní regulace. Tyto osoby si přitom mimoděk představujeme, pokud jde o jejich vzájemné vyjednávací možnosti (a tedy mimoprávní aspekt), zhruba v rovnovážném postavení. Sotva se najde právník, kterého při pojmu „soukromoprávní vztah“ napadne jako první něco takového, jako je vyživovací povinnost, vztah majoritního a minoritních akcionářů nebo úvěrová smlouva mezi bankou a spotřebitelem. Příklady uvedené v předchozí větě spíše naši ideu soukromého práva modifikují až kdesi v jejich okrajích.

Onen vzorec soukromoprávního vztahu, který se nám zpravidla vybaví, ovšem nepředstavuje „průměrný model“ z oblasti soukromého práva. Obdobně, veřejnoprávní vztah vzniklý na základě individuálního správního aktu, kterým správní úřad uložil jedinci pokutu, nemá povahu mediánu škály veřejnoprávních vztahů.

Pokud bychom seřadili všechny myslitelné typy právních vztahů v našem právu podle kritéria, v jaké míře se v nich uplatňují jednotlivé prvky soukromoprávní a veřejnoprávní metody regulace, vznikl by výčet tvořící velmi diferenciovanou škálu vztahů seřazených mezi dvěma póly. Pól soukromoprávní metody regulace by se tedy vyznačoval absolutně přítomnými zásadami formální rovnosti, dispoziční autonomie stran a dispozitivnosti právní úpravy. Protipól veřejnoprávní metody regulace by představovaly vzorce právních vztahů, které by plně odpovídaly zásadám kogentnosti právní úpravy, heteronomie a subordinace. Zmiňovaný „typický“ soukromoprávní vztah bychom na této škále našli zcela na kraji, na pólu rovnosti, autonomie a dispozitivnosti. Od něj směrem k protilehlému pólu by byla odstupňovaná celá řada dalších modelů soukromoprávních vztahů – vyznačovaly by se postupně slábnoucí mírou dispozitivnosti úpravy, autonomie vůle, formální rovnosti nebo jejich kombinace. Totéž od protilehlého pólu by platilo pro veřejnoprávní vztahy. Takto seřazené by soukromoprávní a veřejnoprávní vztahy byly v průměru orientovány k jednomu pólu, ale nestála by na jedné straně skupina soukromoprávních vztahů a na druhé straně skupina veřejnoprávních vztahů. Na uvažované stupnici by byly v určité míře promíseny, spíše se tak dá mluvit o houstnutí jedné či druhé kategorie vztahů směrem k jednomu či druhému pólu.

Vrátíme-li se zpět k výše zmíněnému „klasickému“ vzorci smluvního vztahu dvou osob, který je pojen s pojmem soukromoprávního vztahu: na uvažované stupnici vztahů podle

metody právní regulace představuje bod, v němž se zásady rovnosti, autonomie vůle a dispozitivnosti uplatňují v nejvyšší možné míře. Jedná se o krajní variantu, žádná formálně dokonalejší možnost už neexistuje. Není to tedy „obvyklý“ soukromoprávní vztah *de lege lata*, nýbrž ideální model z formálního hlediska. S důsledným vědomím této okolnosti je tedy třeba k soukromoprávní a veřejnoprávní metodě regulace (popř. i k obdobně vymezeným zásadám soukromého a veřejného práva) přistupovat. Rozlišování metod právní regulace má nicméně uplatnění při úvahách *de lege ferenda* – tj. v právní politice, kde může plnit roli určitého korektivu z hlediska základních principů či indikátoru míry efektivity či vhodnosti použití určité metody k docílení zamýšleného účelu (v návaznosti na již existující zkušenosti).

V současném přístupu k pojmům „soukromé právo“ a „veřejné právo“, kdy je stále patrná snaha o nalezení kritéria, které by definovalo jejich vzájemný rozdíl, lze do velké míry stále rozeznat metodu, jakou středověcí právníci uplatňovali při studiu římského práva. Tyto pojmy však nemají povahu božské entity, která existuje v nezměněném modu a jejíž podoba a vlastnosti mají být odhalovány studiem v úctě posvátné. Praktický zákonodárce s těmito pojmy už dávno nakládá jinak, než aby k nim právní věda ještě stále mohla vzhlížet jako k autoritě a doufat, že se jednoho dne stupeň poznání stane natolik dostatečným, aby mohl být tento objekt úcty definován. Domnívám se, že důležitou premisou metodologicky správného uchopení pojmů soukromého a veřejného práva a vymezení rozdílu mezi nimi je uvědomění si okolnosti, že jednoznačný pojem „soukromé právo“ neexistuje, jednoznačný pojem „veřejné právo“ neexistuje a této skutečnosti odpovídá i pluralita jejich dualismů.³⁸³

³⁸³ Na tuto okolnost ostatně upozorňoval už František Weyr: „Jiným problémem, a to v podstatě interpretačním, resp. obsahu práva se týkajícím, bylo by zjišťování, co si ten či onen empirický zákonodárce, užívaje obrátů „veřejné“ a „soukromé právo“, nebo „veřejnoprávní“ a „soukromoprávní“ představoval. S tohoto hlediska pak arcit' může býti celá řada pojmů veřejného a soukromého práva vedle sebe, tedy pro každý empirický právní řád zvlášť, ba pro každou normu toho kterého empirického právního řádu může platiti jiný.“ WEYR, František. *Teorie práva*, str. 180.

8. Význam dualismu soukromého a veřejného práva

V souvislosti s výše podaným výkladem o různých obsahových variantách pojmů soukromého a veřejného práva je na místě vymezit, s jakým obsahem současná právní věda tyto pojmy vlastně spojuje. Už bylo vysvětleno, že se v odborné diskuzi zpravidla nevěnuje pozornost odlišnosti mezi jednotlivými významovými variantami pojmů soukromého a veřejného práva. Zároveň se k těmto pojmům přistupuje způsobem, jako by jejich obsah byl obecně uznávaný – nikdo sice nebyl schopen formulovat přesná definiční kritéria, ale vlastně všichni víme, co tyto pojmy označují. Zahrnujeme totiž do nich všechny významy, které s těmito pojmy byly „tradičně“ pojeny, jako by se tímto způsobem mapoval obsah jediného jevu-pojmu.

Z recentní odborné literatury a judikatury lze usuzovat, že dominuje tendence vnímat dualismus soukromého a veřejného práva z hlediska procesního kritéria pro soudní přezkum správních aktů. (Je to bezprostřední důsledek dvoukolejného správního soudnictví a s tím spojené rozhodovací praxe, která jednak už jen prostým objemem materie, jednak použitou argumentací a stanovisky ovlivňuje doktrínu.) Primárně je pozornost obrácena k subjektivním právům a povinnostem v právních vztazích – tedy k rozdílu v povaze právních vztahů, v rámci nichž dochází nebo naopak nedochází k výkonu státní moci vůči jiným subjektům práva, a skrze ně k rozdílu v právních normách, které tyto vztahy upravují. (S tímto významovým obsahem mimo jiné koreluje subordinační i organická teorie a také hledisko metody právní regulace.) Ovšem bez ohledu na strukturu právních norem, vzájemné postavení subjektů nebo další aspekty se paralelně zcela zjevně projevuje sklon spojovat s pojmem veřejného práva „tradiční“ veřejnoprávní předmětová odvětví (správní právo, ústavní právo, popř. i trestní právo) a se soukromým právem ztotožňovat především právo občanské. Souběžně se tedy uplatňuje předmětově-odvětvové kritérium. Podobně lze sledovat tendenci považovat za „veřejnoprávní“ takové právní vztahy a normy, které se týkají „veřejné sféry“ – tedy např. právní pravidla, která se týkají veřejnoprávních korporací, nebo taková, která výslovně zmiňují či patrně sledují nějaký „veřejný“ zájem.

Touto nezáměrnou syntézou se nevyhnutelně dospívá k „pojmu“, jehož jednotlivé obsahové vlastnosti z velké části vzájemně korespondují (jinak by ani nemohlo dojít

k tomu, že jsou bezděčně ztotožňovány), zčásti jsou však natolik heterogenní, že neumožňují jednoznačné vymezení takového „pojmu“. Následkem je existence obtížně podřaditelných případů nebo názory o určitém přechodovém pásmu mezi oběma oblastmi, popř. oblastech smíšených. Kompozitní povaha takto nahlíženého soukromého práva a veřejného práva se také řeší úvahou, že je vhodné s těmito pojmy nakládat jako s pojmy typovými.³⁸⁴ Typový pojem – na rozdíl od klasifikačních pojmů (neboli pojmů v užším slova smyslu) – není exaktně definován pomocí souhrnu znaků, ale pouze popsán výčtem znaků: tyto znaky přitom nemusí být splněny vždy všechny, postačí, že se v konkrétním případě vyskytují v dostatečném počtu a míře.³⁸⁵

Ideji chápání soukromého a veřejného práva jako typových pojmů se velmi blíží už zmíněné hledisko metod právní regulace, které vlastně identifikuje typové jevy soukromoprávní a veřejnoprávní metody regulace. Metoda právní regulace sleduje ovšem právní pravidla upravující vznik, změnu, zánik a formování obsahu právních vztahů. Stranou její pozornosti zůstávají normy, které na právní vztahy nemají bezprostřední vazbu. Nicméně současná kompozitní koncepce pojmů soukromého a veřejného práva sleduje rozlišování oblastí, vztahů a norem atd. v celém právním řádu, strukturované do kategorií „soukromoprávní“ a „veřejnoprávní“.

8.1 Dualismus soukromého a veřejného práva jako garance hodnot?

Členění práva na soukromé a veřejné může být využito jako způsob systematizace právního řádu při normotvorbě a v souvislosti s tím i při interpretaci a aplikaci práva. Právní norma je plně poznatelná pouze v kontextu systému právního řádu. Je tedy na

³⁸⁴ Tento přístup, pocházející od Franze Bydliňského (*Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*) je blíže popsán např. in ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. K dualismu soukromého a veřejného v latinsko-křesťanské civilizaci. In GERLOCH, Aleš, ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, str. 60 a násl.

³⁸⁵ MELZER, Filip, TĚGL, Petr a kolektiv. *Občanský zákoník*, str. 38.

zákonodárci, jakým způsobem bude systém práva, a tedy vzájemné vazby mezi právními normami, vytvářet – přičemž tak může činit výslovně i nevýslovně.

Socialistické právo se pokoušelo vytvořit systematiku práva na základě užšího předmětového vymezení tím, že pro každou takovou oblast měla platit v podstatě autonomní soustava zákonných a podzákonných předpisů soustředěná k příslušnému odvětvovému kodexu (zákoník práce, hospodářský zákoník, občanský zákoník atd.). Ještě dříve, v 19. století, se projevovaly obdobné snahy, jejichž cílem bylo vytvoření zcela autonomního systému veřejného práva, tak aby se vyloučila potřeba subsidiární platnosti soukromého práva nebo použití analogie. Lze shrnout, že popsané přístupy k rozdělení právního řádu do samostatných a na sobě vzájemně zcela nezávislých subsystémů se ukázaly jako přinejmenším krajně nepraktické řešení, kladoucí na normotvůrce nároky, kterým bylo možné v potřebném rozsahu jen obtížně vyhovět, a od těchto pokusů se upustilo. V současném právním řádu České republiky plní občanský zákoník roli obecného právního základu pro soukromoprávní i veřejnoprávní vztahy, s tím, že pro vztahy veřejného práva se použije subsidiárně tehdy, neobsahují-li jiné zákonné předpisy zvláštní veřejnoprávní úpravu. Uvádí se tedy, že mezi soukromým a veřejným právem je vztah obecného a zvláštního práva.³⁸⁶ Nicméně totéž v podstatě platí i uvnitř „soukromého práva“, kde se uplatňuje tentýž vztah speciality a subsidiarity pro zvláštní úpravu některých soukromoprávních vztahů a občanský zákoník (např. pro pracovněprávní vztahy, úpravu obchodních korporací apod.).

Dualismus soukromého a veřejného práva je částí odborné literatury považován za výraz ochrany hodnot, na nichž spočívá právní řád v právním státě. Jako by rozlišování soukromého a veřejného práva představovalo garanci široké autonomie jednotlivců, provázané s jejich vzájemnou rovností, a garanci vázanosti státní nebo jiné veřejné moci zákonem. Toto členění práva dokonce bývá dáváno do přímé souvislosti s ústavním principem enumerativnosti právních pretenzí pro uplatňování veřejné moci a ústavním

³⁸⁶ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 153/2005 ze dne 29. ledna 2009. Též viz GERLOCH, Aleš, TRYZNA, Jan. Dualismus soukromého a veřejného práva a nový občanský zákoník, str. 743. Podle Melzera a Tégl je ovšem občanský zákoník „použitelný i pro veřejnoprávní poměry“ zásadně jen cestou analogie. MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kolektiv. *Občanský zákoník*, str. 39.

principem legální licence.³⁸⁷ Oba zmíněné principy jsou v našem ústavním pořádku vyjádřeny dvakrát, a to jednak v čl. 2 odst. 3 a 4 Ústavy, jednak v čl. 2 odst. 2 a 3 Listiny základních práv a svobod.³⁸⁸

V předcházejících částech této práce, věnovaných původu a vývoji pojmů soukromého a veřejného práva na straně jedné a ideovým východiskům novodobého práva na straně druhé, byly popsány okolnosti, které mají – podle mého názoru – značný význam pro posouzení úlohy dualismu soukromého a veřejného práva jako zdroje či uchovatele hodnot, na nichž spočívá novodobé právo. Je možno sledovat, že pojmy soukromého a veřejného práva se v naší právní tradici skloňovaly např. i v době feudálního absolutismu, kdy se ve společensko-právním uspořádání projevovala apriorní nerovnost osob, povaha výkonu vrchnostenské moci nad jedincem neodpovídala adjektivu „veřejná“, státní moc nebyla odvozována od občanů dané země a výkon státní moci nebyl omezen „zezdola“ (tj. demokraticky) vytvořenými mantinely.

Soukromé a veřejné právo v tomto prostředí měly odlišný obsah: soukromé právo bylo soustředěno na římskoprávní tradici a pohybovalo se na hranici práva a právní vědy, veřejné právo označovalo – zhruba řečeno – okruh pravidel, která se týkala výkonu státní moci. S tímto „veřejným právem“ se přitom zacházelo zcela odlišně než s právem soukromým. Respektovala se jeho nedotknutelnost ze strany těch, kteří nejsou nadáni příslušnou mocí, a nepovažovalo se za nezbytné a v podstatě ani žádoucí, aby byla všechna jeho pravidla obecně známa. V dotčených částech této práce byly zmíněny i případy, kdy

³⁸⁷ Takto to uvádějí – mezi mnoha jinými autory – např. Melzer s Téglem, podle nichž se v těchto dvou ústavních principech „projevuje relevance rozlišení soukromého a veřejného práva“. MELZER, Filip, TÉGL, Petr a kolektiv. *Občanský zákoník*, str. 40.

³⁸⁸ Takto formuluje princip enumerativnosti právních pretenzí pro uplatňování veřejné moci čl. 2 odst. 3 Ústavy (ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů): „Státní moc slouží všem občanům a lze ji uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon.“ Takto tentýž princip vymezuje Listina (usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky) v čl. 2 odst. 2 následovně: „Státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví.“ Princip legální licence je v čl. 2 odst. 4 Ústavy vysloven takto: „Každý občan může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“ Čl. 2 odst. 3 Listiny jej formuluje širěji: „Každý může činit, co není zákonem zakázáno, a nikdo nesmí být nucen činit, co zákon neukládá.“

bylo římskoprávní rozlišení soukromého a veřejného práva několikrát obratně využito jako argument k prosazení politických cílů, které neměly s dnešní hodnotovou orientací práva v demokratických zemích nic společného. Ostatně lze se domnívat, že právě dřívější využití dichotomie *iuris publici a iuris privati* v politickém boji obrátilo k těmto pojmům širší pozornost právníků, která se následně využila při formování novodobého práva.

Vedle nástinu vývoje římskoprávních pojmů soukromého a veřejného práva v naší právní tradici byl výše v této práci vysvětlen také původ základních principů, na nichž spočívá novodobé právo. Konstitucionalismus, idea přirozených práv člověka a koncepce právního státu s demokratickým způsobem tvorby státní moci mají hodnotový zdroj v racionalistickém přirozenoprávním myšlení a osvícenství. Odvození státní moci od suverenity lidu, vázanost státní moci právem a akceptace přirozených práv každého člověka (především svobody a rovnosti) se následně v kontinentální právní kultuře promítly do jednotlivých zásad a pravidel novodobého soukromého a veřejného práva. Za jádro jejich právního vyjádření lze považovat výše zmíněný princip enumerativnosti právních pretenzí pro uplatňování veřejné moci a princip legální licence pro působení jednotlivců, které jsou oba v našem právním řádu zakotveny v Ústavě i Listině.³⁸⁹

Oba zmíněné principy se však v jednotlivých právních pravidlech a zásadách nepromítají v důsledku rozlišování soukromého a veřejného práva, ale naopak: aktuální povaha pravidel a zásad soukromého práva a aktuální povaha pravidel a zásad veřejného práva jsou důsledkem aplikace těchto principů. Uvedené principy – jakož i další principy vycházející z hodnot, k nimž se naše společnost hlásí (mravní rovnost lidí, důraz na autonomii jednotlivce a jeho svobodu a demokratický způsob tvorby a výkonu státní moci) – lze uplatňovat i bez rozlišování soukromého a veřejného práva, nakolik jsou explicitně stanoveny v Ústavě a Listině. Ze samotné existence či akceptace dualismu soukromého a veřejného práva však tyto hodnoty nelze dovodit.

³⁸⁹ Zatímco princip enumerativnosti právních pretenzí reguluje působení státních orgánů pouze při uplatňování veřejné moci, princip legální licence vymezuje sféru svobody jednotlivců jak v soukromoprávních, tak ve veřejnoprávních vztazích, neboť široce garantuje jednotlivci svobodu a autonomii jeho vůle vůči působení jakýchkoli jiných subjektů.

Soukromé právo a veřejné právo jako oblasti práva mohou mít, striktně vzato, takovou podobu a obsah, jakou jim normotvůrce určí. Nejsou samy o sobě zdroji hodnot, ačkoli je lze použít jakožto nositele hodnot. Tímto způsobem se ostatně postupovalo v době zrodu novodobého práva, kdy nebylo politicky možné prosadit např. autonomii jednotlivce a vzájemnou rovnost osob výslovnou deklarací příslušného obecného právního principu, nicméně bylo možné dílčím způsobem promítnout tyto hodnoty do právního řádu např. pomocí systému zásad soukromého práva – s odkazem na uctívanou římskoprávní tradici a s ní korelující racionalisticky zdůvodněná „přirozená“ pravidla.

Nicméně náš recentní právní řád výslovnou reflexi dualismu soukromého a veřejného práva pro prosazení hodnot, na nichž je založen, nepotřebuje. Záleží tak v každém jednotlivém případě na posouzení, v jaké míře bude normativní použití těchto pojmů efektivní ve vztahu k účelu, který je danou právní úpravou sledován, a ve zhodnocení, zda je využití příslušného pojmu v normativním textu optimálním legislativním řešením. Absence výslovné reflexe rozlišování soukromého a veřejného práva v textech právních předpisů nevyklučuje možnost uplatňovat takovýto dualistický přístup v systematické normotvorby, v právní vědě a právní politice. Naopak jsou v takovém případě otevřenější dveře kritickému zhodnocení či revizi takového přístupu, který by zejména s ohledem na neujasněnou mnohoznačnost pojmů soukromého a veřejného práva mohl být na místě.

V současné době se na dualismus soukromého a veřejného práva zákonodárce odkazuje jednak v souvislosti se štěpením soudní příslušnosti pro přezkum správních aktů, jednak při stanovení nové zásady o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného.

8.2 Funkce dualismu soukromého a veřejného práva ve správním soudnictví

V současném právním řádu České republiky je právo na přezkum rozhodnutí správních orgánů uznáno za základní právo a na ústavní úrovni je vyjádřeno v čl. 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod: „Kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového

rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak. Z pravomoci soudu však nesmí být vyloučeno přezkoumávání rozhodnutí týkajících se základních práv a svobod podle Listiny.“

Z formulace citovaného ustanovení je zřejmé, že otázka přípustnosti přezkumu rozhodnutí exekutivy soudu z hlediska dělby státní moci je v podstatě *passé* a v soudním přezkumu správních rozhodnutí už není spatřována nepřijatelná nadřazenost justice vůči moci výkonné. Tomuto východisku odpovídá i struktura orgánů moci výkonné a soudní v Ústavě ČR, která Nejvyšší správní soud uvádí v rámci výčtu soustavy soudů (čl. 91) a existenci správních soudů jakožto zvláštního typu státního orgánu, začleněného rámcově buď do justice, nebo do exekutivy, nepředvíдалa. Tento přístup je konformní s čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod,³⁹⁰ kterou je náš stát vázán: Úmluva vedle splnění dalších podmínek vyžaduje, aby při přezkumu správních rozhodnutí rozhodoval nezávislý, nestranný a zákonem zřízený soud.³⁹¹

Ačkoli Ústava České republiky dvojí režim soudní ochrany pro případy, v nichž správní orgány rozhodují o veřejnoprávních věcech a kdy rozhodují o věcech soukromoprávních, nepředvíдалa, byl v našem právu tento model znovu zaveden reformou správního soudnictví v roce 2002.³⁹² Krajské soudy a Nejvyšší správní soud poskytují ve správním

³⁹⁰ Úmluva je vyhlášena pod č. 209/1992 Sb. Dotčené ustanovení má toto znění: „Každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem, zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu.“ Evropský soud pro lidská práva (ESLP) přitom nepodal abstraktní definici pojmu „občanská práva a závazky“, a proto se vychází z jednotlivých rozhodnutí tohoto soudu, podle kterých je pod tento pojem třeba zařadit široký okruh práv včetně těch, která jsou v našem právu považována veřejná. Srov. náleží Ústavního soudu č. 276/2001 Sb.

³⁹¹ Pojem „soud“ se v judikatuře ESLP vykládá dostatečně široce, takže jsou pod něj subsumovány i orgány správního soudnictví, které jsou z ústavního aspektu jednotlivých zemí zařazeny do moci výkonné – kritérium představují předpoklady ustavení a způsobu rozhodování dotčeného orgánu, které jsou vypočteny v čl. 6 odst. 1 Úmluvy.

³⁹² Tato reforma byla uskutečněna především zákonem č. 150/2002 Sb., soudním řádem správním, zákonem č. 151/2002 Sb., a zákonem č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů. Do té doby bylo správní soudnictví realizováno pouze způsobem, který nevyhovoval požadavkům judikatury ESLP k čl. 6 odst. 1 Úmluvy – především nebyl do té doby naplněn požadavek ESLP, aby rozhodnutí správního orgánu podléhalo kontrole soudu, který bude rozhodovat v tzv. plné jurisdikci (tj. nebude přezkoumávat správní rozhodnutí pouze z hlediska zákonnosti, nýbrž i co do skutkového stavu). Blíže viz náleží Ústavního

soudnictví ochranu „veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob“³⁹³ podle soudního řádu správního (SŘS). V případech, kdy správní orgán rozhodl „o sporu nebo jiné právní věci, která vyplývá ze vztahů soukromého práva“,³⁹⁴ lze navrhnout projednání této věci v občanském soudním řízení podle části páté občanského soudního řádu (OSŘ). Zákodárce tak svěřil nalézání kritéria pro určení příslušnosti soudů správních nebo civilních judikatuře.³⁹⁵

Poněkud zavádějící jsou prohlášení hodnotící současný model jako návrat k zásadám rakouské prosincové ústavy (nebo první republiky), kdy se rovněž uplatňoval princip, který v soukromoprávních věcech vylučoval věcnou příslušnost správních soudů.³⁹⁶ V první řadě prosincová ústava správní soudnictví prakticky nově zaváděla: zakládala novou oblast soudního přezkumu, která do té doby nebyla řešena. Jednalo se o nově vzniklá práva jednotlivců na soudní přezkum správních rozhodnutí i v těch záležitostech, které neměly soukromoprávní povahu (zatímco rozhodnutí v soukromoprávních věcech – tak jako dosud – rozhodovaly i nadále obecné soudy). Nešlo tedy o rozštěpení dosavadních pravomocí obecných soudů a už vůbec ne o vyčlenění soukromoprávních záležitostí z příslušnosti správních soudů. Dále – a to hraje snad ještě větší roli – prosincová ústava svěřila soudní přezkum správních rozhodnutí ve veřejnoprávních věcech zvláštnímu orgánu (Nejvyššímu správnímu soudu) z důvodu tehdejší představy o nepřípustnosti zásahů soudní moci do nezávislého výkonu exekutivní moci. Účelem rakouské

soudu č. 276/2001 Sb., kterým byla zrušeno tehdejší znění části páté občanského soudního řádu, která dosud upravovala soudní přezkum správních aktů.

³⁹³ § 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů.

³⁹⁴ § 244 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů. Do rekonstrukce soukromého práva byla příslušnost soudů k přezkumu rozhodnutí správního orgánu v režimu občanského soudního řádu vymezena v § 244 OSŘ pomocí formulace „o sporu nebo jiné právní věci, která vyplývá z občanskoprávních, pracovních, rodinných a obchodních vztahů“.

³⁹⁵ ZAVŘELOVÁ, Jitka. Dualismus práva v rozhodování zvláštního senátu. *Správní právo*, 1–2/2011, str. 25.

³⁹⁶ Podobná prohlášení se opírají o odůvodnění usnesení Vrchního soudu v Praze čj. 6 A 86/2000-17 ze dne 31. října 2000 (SJS 736/2001), usnesení Vrchního soudu v Praze čj. 6 A 66/2000-9 ze dne 31. srpna 2000 (SJS 698/2000) nebo usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. 5 A 124/2001 ze dne 30. října 2001 (dotčená rozsáhlá pasáž odůvodnění je všech uvedených rozhodnutích identická).

dvoukolejnosti bylo zamezení vlivu soudů na politická rozhodnutí státních orgánů – což ostatně v 19. století představovalo jádro celého tématu správního soudnictví i v německých zemích a ve Francii. Pouze v případech, kdy exekutivní orgán rozhodoval o věci soukromoprávní, nebyl přezkum ze strany řádných soudů považován za ingerenci justice nevhodně narušující princip dělby moci.

Ideová východiska koncepce správního soudnictví stojícího mimo sféru justice, která ovlivnila prosincovou ústavu i na ni bezprostředně navazující prvorepublikovou úpravu, ovšem už v současné době nejsou aktuální. Naopak trendem, který lze pozorovat od poloviny 20. století, je připuštění soudní kontroly zásahů moci výkonné do práv jednotlivců.³⁹⁷ Akceptaci tohoto pojetí českým ústavodárcem lze dovozovat z čl. 91, 92 a v určité míře i 87 odst. 2 Ústavy ČR. Přesto náš zákonodárce zvolil dualistický model soudního přezkumu správních rozhodnutí, tedy dva druhy soudního řízení. Nicméně tento dualismus je uplatňován v rámci jediné soudní soustavy, pouze v nejvyšším stupni rozhoduje jeden typ sporů Nejvyšší soud a druhý typ sporů Nejvyšší správní soud. I Nejvyšší správní soud je ovšem rovněž součástí moci soudní – jinými slovy, téma dělby moci zde nehraje roli). Kritérium příslušnosti soudu (či pouze senátu daného soudu) je dáno výše zmíněnými ustanoveními § 2 SŘS a § 244 OSŘ: tj. soukromoprávní nebo veřejnoprávní povahou vztahu, o němž bylo rozhodnuto orgánem veřejné moci (zjednodušeně řečeno). Kompetenční spory mezi soudy v občanském soudním řízení a soudy ve správním soudnictví rozhoduje zvláštní senát složený ze tří soudců Nejvyššího soudu a stejného počtu soudců Nejvyššího správního soudu.³⁹⁸

S ohledem na to, že správnímu soudnictví v ČR a dualismu soukromého a veřejného práva v judikatuře zvláštního senátu i Nejvyššího správního soudu je v odborné literatuře

³⁹⁷ Určitou oporu poskytují už čl. 8 a 10 Všeobecné deklarace lidských práv, blíže se pak tento trend projevuje v čl. 6 Úmluvy a související judikatuře ESLP.

³⁹⁸ Zvláštní senát je zřízen zákonem č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů.

věnována dostatečná pozornost,³⁹⁹ zmíním pouze určité aspekty, které považuji za hodné zvláštní pozornosti.

Jak bylo uvedeno, náš právní řád svěřuje přezkum rozhodnutí správních orgánů v celém rozsahu soudům. Jediný typ státních orgánů, tedy obecné soudy, přezkoumává jakákoli správní rozhodnutí, přičemž podle kritéria soukromoprávní/veřejnoprávní povahy věci, o níž správní orgán rozhodl, je spor projednáván buďto v občanském soudním řízení, nebo podle soudního řádu správního. V případě kompetenčního sporu se, řečeno s určitým zjednodušením, řeší tedy v podstatě to, v jakém procesním režimu bude orgán soudní moci daný spor projednávat. Přesto se však české legislativní řešení kompetenčních sporů vyznačuje vyšším stupněm kompetenčního purismu než např. francouzská úprava – ve Francii se přitom rozhoduje, zda je k přezkumu správního rozhodnutí příslušná exekutiva, nebo justice.

Naše úprava vychází z toho, že rozhodnutí o nepřislušnosti soudem vydaným v jednom typu řízení nezavazuje soud příslušný v druhém typu řízení. V případě kompetenčního sporu se věc postupuje zvláštnímu senátu, což znamená pro účastníky řízení průtahy a pro všechny zúčastněné náklady. Stejná problematika je přitom například v Německu řešena tak, že soud je povinen vyslovit svoji příslušnost nebo nepřislušnost ve věci a toto rozhodnutí je závazné pro ostatní soudy.⁴⁰⁰ Ve Francii, není-li kompetenční spor rozhodnut v zákonem stanovené lhůtě, která činí nejvýše šest měsíců, může spor rozhodnout ten orgán, u kterého věc napadla.⁴⁰¹

Zvláštní, až neurotický purismus, vycházející z vypjatého rozlišování soukromého a veřejného práva, se v našem správním soudnictví projevuje i v zásadě striktního oddělování přezkoumávaných výroků podle povahy právního vztahu: na základě této

³⁹⁹ Např. ZAVŘELOVÁ, Jitka. Dualismus práva v rozhodování zvláštního senátu, str. 11–26; především však nedávno publikovaná disertační práce, která tuto problematiku zpracovává velmi detailně: ŠULÁKOVÁ, Martina. *Kompetenční spory mezi civilními a správními soudy*.

⁴⁰⁰ ŠULÁKOVÁ, Martina. *Kompetenční spory mezi civilními a správními soudy*, str. 116.

⁴⁰¹ Blíže viz ŠULÁKOVÁ, Martina. *Kompetenční spory mezi civilními a správními soudy*, str. 127.

zásady totiž nároky, které jsou založené jediným správním rozhodnutím a věcně související, nesdílejí pro účely správního soudnictví povahu nároku hlavního, nýbrž se posuzují samostatně. Rozhodne-li tak správní orgán např. o úplatném zřízení věcného břemene vlastníka pozemku ve prospěch vlastníka sousední stavby, bude se část rozhodnutí týkající se zřízení věcného břemene přezkoumávat podle soudního řádu správního, zatímco k přezkumu části rozhodnutí určující výši peněžité náhrady bude příslušný soud v občanském soudním řízení.⁴⁰² Tento přístup rovněž není obecně zastáván v ostatních evropských státech s tradicí správního soudnictví.

Domnívám se, že by bylo vhodné kriticky zhodnotit, zda náš model správního soudnictví, založený na úzkostlivé diferenciaci soukromoprávních a veřejnoprávních vztahů, prospívá těm, k jejichž ochraně je zřízen. Současné legislativní pojetí ve spojení s rozhodovací praxí týkající se dualismu soukromého a veřejného práva podle mého názoru vykazuje spíše znaky neurózy než racionálního řešení soudní ochrany vůči nezákonným rozhodnutím správních orgánů.

Nicméně jedná se navíc o neurózu nedůslednou. V důsledku evropské legislativy kupříkladu Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS) v případě zjištění dohody narušující hospodářskou soutěž⁴⁰³ ve svém rozhodnutí konstatuje tuto skutečnost, zakáže stranám takové dohody její plnění a zpravidla též uloží pokutu. V takovémto typickém rozhodnutí ÚOHS jsou – mám za to, že bez jakýchkoli pochybností – spojeny výroky rozhodující v soukromoprávní věci (deklaratorní rozhodnutí o neplatnosti smlouvy mezi soutěžiteli, konstitutivní zákaz jejího plnění) a výroky o vzniku veřejnoprávní povinnosti

⁴⁰² Viz § 28 odst. 1 zákona č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění), ve znění pozdějších předpisů. Tento předpis převzal právní názor vyjádřený již dříve Nejvyšším správním soudem (usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu čj. 4 As 47/2003-50 z 12. října 2004) a zvláštním senátem (usnesení zvláštního senátu čj. Konf 81/2004-12 z 5. května 2005).

⁴⁰³ Zakázané dohody definuje § 3 až 5 zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů.

(pokuta). Přesto se v české praxi taková rozhodnutí přezkoumávají jako celek ve správním soudnictví.

S ohledem na skutečnost, že komunitární předpisy obecně neřeší aspekt soukromého a veřejného práva, lze do budoucna očekávat spíše rostoucí trend v tomto způsobu rozhodování správních orgánů. Současně, vidíme-li, jak dobře funguje soudní přezkum rozhodnutí ÚOHS ve správním soudnictví (byť vlastně zčásti probíhá „protizákonně“), ještě více se nabízí otázka revize dosavadního přístupu k dualismu soukromého a veřejného práva v oblasti soudního přezkumu správních aktů a možnosti zavedení takového řešení, které nebude komplikovat přístup k právní ochraně a bude racionalizovat činnost soudů. To ovšem vyžaduje umírnění obsedantní představy o nezbytnosti všudypřítomného zdůrazňování rozdílu mezi soukromým a veřejným právem.

8.3 Dualismus soukromého a veřejného práva v novém občanském zákoníku

Druhým legislativním počinem, který v právním řádu ČR uplatnil explicitní normativní rozlišování soukromého a veřejného práva jako aplikační kritérium, je zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (OZ). Ustanovení jeho § 1 odst. 1 podává v první větě kvazivymezení soukromého práva a v druhé větě zakotvuje pravidlo o nezávislosti uplatňování soukromého práva na právu veřejném: „Ustanovení právního řádu upravující vzájemná práva a povinnosti osob vytvářejí ve svém souhrnu soukromé právo. Uplatňování soukromého práva je nezávislé na uplatňování práva veřejného.“

S první větou dotčeného paragrafu se odborná literatura vypořádala relativně bez problémů. Lze v podstatě konstatovat shodu autorů na tom, že zákonné vymezení pojmu soukromého práva nepředstavuje jeho definici a význam tohoto ustanovení bude v aplikační praxi zanedbatelný.⁴⁰⁴ Ostatně v tomto ohledu se do určité míry jedná o

⁴⁰⁴ Nejvýraznější kritiku předkládají pravděpodobně Irena Pelikánová a Robert Pelikán, kteří podrobně analyzují jednotlivé formulační nedostatky daného ustanovení. In ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. Svazek I. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014, str. 9–12. Ostatně i důvodová zpráva k novému občanskému zákoníku uvádí, že záměrem není podat „vědeckou definici

navázání na tradici – aniž se tím chce hodnotit toto navázání jako vhodné – rakouského obecného zákoníku občanského, který v § 1 obsahoval obdobné vymezení občanského práva, jehož formulace byla rovněž kritizována pro nepřesnost a omezenou aplikovatelnost.⁴⁰⁵

Druhá věta § 1 odst. 1 OZ vyvolala a pravděpodobně ještě vyvolá podstatně větší nejasnosti.⁴⁰⁶ Důvodová zpráva uvádí, že formulací zásady nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného má občanský zákoník „výslovně vyjádřit dualitu soukromého a veřejného práva“,⁴⁰⁷ přičemž se odvolává to, že dílčí projevy této zásady je již možné v právním řádu pozorovat.

Předně se lze pozastavit nad jevem, který není pro současný občanský zákoník ničím výjimečným, nicméně neměl by se snad stát standardem naší legislativní praxe: a sice že důvodová zpráva nebo dodatečná výkladová stanoviska autora zákonného textu komentují a vysvětlují dané ustanovení způsobem, který se poměrně výrazně rozchází se samotnou formulací dotčené právní normy. Důvodová zpráva konstatuje, že zásada nezávislého uplatňování soukromého práva na právu veřejném nevyklučuje výjimky z takového pravidla, které ovšem musí být stanovené výslovnou zákonnou úpravou. Karel Eliáš v návaznosti na vzniklou odbornou diskuzi šel ještě dále a shrnul, že výše citovanému ustanovení § 1 věta druhá máme rozumět následovně: „Soukromé právo [...] interpretujeme a aplikujeme nezávisle na ustanoveních práva veřejného. Ovšem i tu platí zásada *lex specialis derogat generali*, tudíž nejsou vyloučeny nutkavé důvody justifikující

soukromého práva“ (zvláštní část, k § 1). Lze si klást otázku, zda je racionální a prospěšné vkládat takováto ne-pravidla, která mají formální strukturu legální definice, do právních předpisů.

⁴⁰⁵ PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*, str. 87; ROUČEK, František, SEDLÁČEK, Jaromír. *Komentář ke československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*, str. 67.

⁴⁰⁶ Srov. GERLOCH, Aleš, TRYZNA, Jan. Dualismus soukromého a veřejného práva a nový občanský zákoník; ELIÁŠ, Karel. K justifikaci pravidla o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného. *Právník* 11/2014, str. 1007–1033; komentář k § 1 in ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář*, ŠULÁKOVÁ, Martina. K aplikaci § 1 odst. 1 věty druhé ObčZ.

⁴⁰⁷ Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, zvláštní část, k § 1.

odchytku od pravidla, a pravidlo samotné tedy působí jako zásada, nikoli jako bezvýjimečný kategorický imperativ.⁴⁰⁸

Pokud jde o výslovné poukazy zákonodárce (tj. v normativním textu) na dualismus soukromého a veřejného práva v právním řádu, lze mít za to, že takový postup je odůvodnitelný, je-li přinejmenším podstatná část právních předpisů koncipována na tomto systémovém základě. Ani v takovém případě však není výslovné zmiňování takového členění nutné – ledaže má zvláštní normativní význam. Vyzdvihuje-li zákonodárce rozlišování soukromého a veřejného práva (ale mohla by to být jakákoli jiná kategorizace právních norem), aniž tím reflektuje takovou vnitřní systematiku právního řádu *de lege lata*, vytváří tím potenciál pro jeho vnitřní rozpornost a pro vyvolání následků, které nebyly zamýšleny.

Za ustanovením § 1 odst. 1 věty druhé patrně stál záměr zamezit případům, kdy soudy vykládaly § 39 občanského zákoníku z roku 1964⁴⁰⁹ striktně a spojovaly s porušením jakéhokoli zákonného ustanovení neplatnost daného právního úkonu. Důvodová zpráva se v tomto kontextu výslovně odvolává na § 3a obchodního zákoníku, který redukoval příliš široký dopad obecného pravidla občanského zákoníku o absolutní neplatnosti způsobené rozporem se zákonem.⁴¹⁰ Naznačuje to i výčet soudních rozhodnutí, na které upozorňuje autor dotčeného zákonného ustanovení.⁴¹¹

Lze si ovšem klást otázku, zda je zvolený legislativní nástroj (tedy zavedení pravidla o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného) způsobilým

⁴⁰⁸ ELIÁŠ, Karel. K justifikaci pravidla o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného, str. 1009.

⁴⁰⁹ „Neplatný je právní úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu nebo jej obchází anebo se přiči dobrým mravům.“ (§ 39 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů)

⁴¹⁰ „Povaha nebo platnost právního úkonu není dotčena tím, že určité osobě je zakázáno podnikat nebo že nemá oprávnění k podnikání...“ (§ 3a zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů)

⁴¹¹ ELIÁŠ, Karel. Racionalita zpochybňovaného: příspěvek k funkcionalitě právního dualismu, str. 33–34.

k dosažení zvoleného cíle. Problém předchozí interpretační či rozhodovací praxe nesouvisel s nedostatečným rozlišováním soukromého a veřejného práva, ale – podle mého soudu – s nevhodně stanoveným zákonným pravidlem o neplatnosti právního úkonu (právního jednání) vyvolané rozporom se zákonem.⁴¹² Lze připomenout, že neplatnost nájemních smluv (kterou Eliáš uvádí jako příklad) nebyla soudy judikována pouze pro rozporu s veřejnoprávními předpisy, z důvodu chybějícího kolaudačního rozhodnutí.⁴¹³ Řada smluv o nájmu byla soudy shledána absolutně neplatnými z důvodu, že neobsahovaly ujednání o předmětu podnikání v pronajatých prostorách, čímž byly v rozporu se zákonem o nájmu a podnájmu nebytových prostor (č. 116/1990 Sb.) – tedy předpisem či pravidlem „soukromoprávním“.

Nová úprava neplatnosti právních jednání je obsažena v § 574–588 OZ. Neplatné je přitom „právní jednání, které odporuje zákonu, pokud to smysl a účel zákona vyžaduje“ (§ 580). V tomto ohledu by tedy mělo být zamezeno automatickým závěrům o neplatnosti právního jednání z důvodu rozporu s jakýmkoli právním zákonným pravidlem – ať bude judikaturou klasifikováno jako soukromoprávní, nebo veřejnoprávní – a soudy by měly vždy individuálně posuzovat a zvažovat v konkrétním případě smysl a účel daného zákona (přesněji řečeno dané právní normy).

Vyvstává tak otázka, jakých dalších případů se bude § 1 odst. 1 věta druhá OZ týkat. A právě na těchto případech by se důvodnost dotčeného ustanovení měla testovat. Mezi řadou příkladů z praxe, které Karel Eliáš zmiňuje v souvislosti s dotčenou zásadou, patří i § 4 zákona o omezení plateb v hotovosti (č. 254/2004 Sb.). Podle něj lze provést platbu přesahující zákonem stanovený limit (nyní 270.000 Kč) pouze bezhotovostně a příjemce platby nesmí takovou platbu přijmout, jestliže nebyla provedena bezhotovostně. S odkazem na § 1 odst. 1 větu druhou OZ dovozuje, že v případě provedení nadlimitní

⁴¹² Toto právní pravidlo je nepochybně tradiční (a vlastní právním řádům kontinentální právní kultury). Nicméně s ohledem na zkušenosti nejméně posledních desetiletí nelze mít za to, že náš zákonodárce vždy konkrétně zamýšlí způsobit zavedením určité normativní úpravy všechny právní následky, které jsou s její formálně důslednou aplikací nevyhnutelně spojeny.

⁴¹³ Této situaci nyní nový občanský zákoník předchází v § 2236 odst. 2. Systematicky jde ovšem pravděpodobně o nadbytečné ustanovení vzhledem k existenci § 1 odst. 1 věty druhé.

transakce v hotovosti dojde sice k veřejnoprávnímu deliktu, ale v režimu soukromého práva dojde ke splnění dluhu a zániku dlužnickovy povinnosti platit.⁴¹⁴ Předpokladem je zde pravděpodobně vyhodnocení daného zákonného pravidla jako veřejnoprávního. Pokud by nastala situace, že se dlužník bude snažit ve sjednanou dobu plnit věřiteli nadlimitní platbu v hotovosti, avšak věřitel takové plnění s poukazem na zákon o omezení plateb v hotovosti bude odmítat přijmout, skutečně by se jednalo v takovém případě o výjimku z jinak obvykle platné zásady nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného podle § 1 odst. 1 věty druhé OZ?

Domnívám se, že zavedení ne zcela jasné polopropustné bariéry mezi soukromým a veřejným právem (občanský zákoník nestanoví nic o nezávislosti uplatňování veřejného práva na uplatňování práva soukromého) v § 1 OZ nepředstavuje nezbytné ani žádoucí legislativní řešení. V první řadě vyvolává snad až zbytečně mnoho interpretačních nejasností, jejichž řešení bude na judikatuře. Kromě pojmů soukromého a veřejného práva bude nezbytné zafixovat rozhodovací praxí význam slova „uplatňování“, které občanský zákoník používá nonkonformně vůči dosavadní legislativě. Stejně jako zákon o omezení plateb hotovosti, tak i řada dalších předpisů, které vycházejí z evropské legislativy (nejen přímo platných nařízení, ale právě i transponovaných směrnic), žádným způsobem nereflktují rozlišování soukromého a veřejného práva. Lze si přinejmenším klást otázku, zda zvláště vůči těmto typům právních předpisů § 1 odst. 1 věta druhá OZ nevygeneruje další sadu nalézací činnosti českých soudů, zaměřené na vymezení pojmů soukromého a veřejného práva.

V porovnání s tímto legislativním řešením se jeví jako podstatně pragmatičtější ponechat rozlišování soukromého a veřejného práva sféře právní vědy s tím, že judikatura se takové systematizace práva může dovolávat, shledá-li to účelným a především interpretačně relevantním. V takovém případě lze mimo jiné řešit posuzovat kolizní

⁴¹⁴ ELIÁŠ, Karel. K justifikaci pravidla o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného, str. 1022. Tímto způsobem rozhodl i Nejvyšší soud v usnesení sp. zn. 32 Cdo 498/2015 ze dne 20. července 2015 a v usnesení sp. zn. 22 Cdo 2508/2015 ze dne 17. února 2017.

případy podle principu speciality veřejnoprávních (či jiných) zákonných předpisů vůči ustanovením občanského zákoníku jako obecného práva.⁴¹⁵

8.4 Změny v novodobém právu

Se soukromoprávní a veřejnoprávní metodou regulace – nebo spíše s hodnocením popsaných modelů jako správných metod pro regulaci soukromoprávních a veřejnoprávních vztahů – souvisí témata privatizace veřejného práva a publicizace soukromého práva⁴¹⁶ (někdy též označované souhrnně jako hybridizace práva).⁴¹⁷

Privatizace veřejného práva bývá spatřována jednak v tom, že „do veřejnoprávních předpisů pronikají a zabydlují se tam instituty, jejichž doménou bylo dříve či ještě donedávna právo soukromé“.⁴¹⁸ Vedle toho bývá tímto způsobem označován proces přenášení činností, které byly dosud typickou činností exekutivy v rámci výkonu vrchnostenské správy, na soukromé subjekty.⁴¹⁹

Publicizací soukromého práva bývají také označovány dva typy změn v legislativě. Ten první spočívá v postupu, kdy se k dosažení určitého účelu zvolí zavedení nové právní úpravy, která stanoví povinnosti jednotlivce primárně vůči státu – zatímco dosavadní úprava sledující tentýž účel obsahovala normy upravující vzájemné povinnosti mezi jednotlivci. Tímto způsobem mohou být stávající normy buď doplněny, nebo zcela

⁴¹⁵ Vzájemný poměr práva soukromého a veřejného jako vztah obecného a zvláštního práva uznává i Nejvyšší správní soud – srov. rozsudek sp. zn. 2 Afs 153/2005 ze dne 29. ledna 2009.

⁴¹⁶ Viz např. VEDRAL, Josef. Některé případy používání soukromoprávních institutů ve veřejném právu. *Správní právo* 1–2/2011, str. 27–59. Srov. též nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/2000 ze dne 10. ledna 2001: „Dochází k častějšímu a užšímu prolínání, kombinaci i vzájemnému intenzivnímu ovlivňování prvků soukromoprávních a veřejnoprávních.“

⁴¹⁷ Např. MARŠÁLEK, Pavel. Je tradiční právní dualismus v kontinentálním právu na odpis? In GERLOCH, Aleš, ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, str. 45.

⁴¹⁸ VEDRAL, Josef. Některé případy používání soukromoprávních institutů ve veřejném právu, str. 27.

⁴¹⁹ Srov. MARŠÁLEK, Pavel. Je tradiční právní dualismus v kontinentálním právu na odpis?, str. 46.

nahrazeny.⁴²⁰ Druhý jev, který bývá označován jako publicizace soukromého práva, představuje legislativní tendence spočívající ve vnášení „prvků veřejného práva“ do soukromoprávní úpravy – nezavádí se tedy nové povinnosti jednotlivců vůči státu, nýbrž se pomocí prvků „veřejnoprávní metody“ regulují vztahy mezi jednotlivci. Je tak například omezována smluvní svoboda stran ohledně obsahu vzájemných práv a povinností v rámci jejich smluvně založeného právního vztahu – zpravidla stanovením zákonných limitů nebo zákazů ve vztahu k určitým ujednáním za použití kogentních norem.⁴²¹ Tento proces v zákonodárství je částí odborné veřejnosti vnímán jako mírně či více znepokojující legislativní trend poslední doby, který odporuje tradičnímu přístupu k soukromému právu a podobně. Komentáře v tomto duchu se přitom píšou už po dobu ne kratší než století a čtvrt.⁴²²

Lze sledovat, že příčina kritiky publicizace soukromého práva je mnohdy založena na idealizované představě „typické“ nebo „klasické“ právní úpravy soukromoprávního vztahu, která v plné míře odpovídá výše popsané soukromoprávní metodě regulace. V předchozích kapitolách této práce už bylo popsáno, že takto „metodicky čisté“ soukromé právo mělo své místo v právní vědě (zejména v koncepci soukromého práva založené na výchozí fikci *status naturalis*), ovšem i samotní autoři této koncepce akceptovali a předjímalí skutečnost, že v reálném světě budou tato pravidla doplňována a modifikována dalšími normami reflektujícími specifika dané společenské situace.

Principy novodobého práva vycházejí z přirozenoprávní ideje morální rovnosti osob. Na přelomu 18. a 19. století se pro naplnění této ideje se považovalo za dostatečné řešení zrovnoprávnění osob odstraněním privilegií a zaručení široké míry dispoziční autonomie

⁴²⁰ Srov. např. důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, zvláštní část, k § 1.

⁴²¹ Klasickými příklady je např. pracovněprávní zákonodárství nebo spotřebitelské právo, které chrání tu ze stran, která je v důsledku ekonomické nerovnováhy zpravidla ve výrazně slabším postavení.

⁴²² Jako příklad lze uvést rektorskou přednášku Jiřího Pražáka z roku 1892. PRAŽÁK, Jiří. O úkolech vědy práva veřejného. *Právník* 1892, str. 757–764.

v jejich vzájemných vztazích (tedy právní rovnost a rovná svoboda jednotlivců). Vycházelo se z předpokladu, že k dosažení společenské rovnosti postačuje odstranění dosavadní právní nerovnosti. Lze říci, že konstrukce pozitivněprávní úpravy založená na těchto zásadách vyjadřovala veřejný zájem společnosti, odpovídající tehdejšími objektivním podmínkám a především míře zkušeností a znalostí s působením takové úpravy na společenské vztahy. Naše současné znalosti zahrnují poznatky o společenských a ekonomických důsledcích téměř neomezené smluvní svobody a tomu odpovídá i její omezení pozitivním právem, pokud jde např. o podmínky výkonu zaměstnanecké práce, širokou odpovědnost výrobce, regulaci spojování soutěžitelů a nespočet dalších případů.

Připomeňme, že dnešní právo v naší geografické oblasti poskytuje obecně jednotlivcům míru dispoziční autonomie, která je v porovnání s předchozími staletími nebývalá. Současně jsme ovšem svědky ztráty efektivity tradičních mimoprávních normativních systémů společenského chování (morálka, náboženství, společenský tlak uvnitř menší komunity). Působení těchto mimoprávních systémů však stálo jako předpoklad pro koncepci široké míry svobody, všeobecně garantované jednotlivcům v novodobé společnosti. Představovalo-li právo minimum morálky, dá se dnes konstatovat, že zbývá jako jediný jakž takž efektivní nástroj regulace chování poměrně velké části společnosti. Vedle toho ovšem technologický vývoj vytváří nové a nové možnosti realizace jednatelce v jeho osobním životě a podnikatelské činnosti.

Dnešní společensko-ekonomická situace, determinovaná – vedle vlivu globalizace ekonomiky a existence soukromých podnikatelských subjektů či skupin s obrovskou koncentrací ekonomické moci – především digitalizací (včetně informačních a komunikačních sítí) a vrcholně sofistikovanými a téměř neregulovanými marketingovými technikami, představuje pro právo jakousi obdobu průmyslové revoluce (dost možná, že tento přírůstek je ještě velmi mírný).⁴²³ Dochází k ne zcela snadno pozorovatelnému znesvobodňování jednotlivců ze strany jiných jednotlivců –např. prostřednictvím ztráty

⁴²³ Jan Hurdík se jako jeden z prvních českých autorů věnoval popisu specifik současné éry etapy sociálně-ekonomického vývoje. Viz především HURDÍK, Jan. *Osoba a její soukromoprávní postavení v měnícím se světě*, str. 37–45.

soukromí na straně jedné a účelového (komerčně využitelného a využívaného) sběru dat o osobách na straně druhé nebo prostřednictvím (právě s oním sběrem dat souvisejícího) propracovaného ovlivňování jednotlivce při jeho rozhodování v soukromém i politickém životě. Tento proces – a stupeň přiměřenosti a dostatečnosti existující právní úpravy v jednotlivých zemích – bývá přirovnáván např. k situaci, kdy evropští kolonizátoři vtrhli na nově objevené území a nebyli svázáni ničím s výjimkou vlastní morálky.⁴²⁴ Naše více či méně vědomé a dobrovolné odevzdávání částí osobní svobody výměnou za přístup k informačním a komunikačním sítím nebo technologickým usnadněním může také připomínat raná stadia feudalizace, kdy vazal část svobody směňoval se seniorem za příslib poskytnutí ochrany.

Synergie slábnutí vlivu dosavadních mimoprávních společenských norem a relativně snadno dostupných, stále nově vznikajících technologických nástrojů má za následek vznik podmínek, ve kterých lze snadno zneužít technologicko-ekonomickou převahu na úkor ostatních jednotlivců. Nebude-li právo reagovat na změny ve struktuře a hodnotové orientaci sociálně-ekonomických vztahů, může nastat situace, kdy se společensko-ekonomická realita a právní regulace ocitnou v pozici navzájem se mýjejících systémů.⁴²⁵ Zatím nebylo nalezeno efektivnější řešení než určité zásahy do svobody jednotlivce při výkonu některých jeho činností – typicky při provozování podnikatelské činnosti – prostřednictvím kogentní zákonné úpravy. Na jednu stranu takové zákonodárství omezuje široce koncipovanou svobodu jednotlivců v určitých typech chování – na druhou stranu ovšem nelze nevidět, že toto omezení svobody jedněch jim zabraňuje ve znesvobodňování druhých v nejrůznějších formách mimoprávními prostředky.⁴²⁶

V žádném případě nemá být toto konstatování bezbřehým souhlasem s dosti nekontrolovaným růstem objemu právní regulace v našem právním řádu. Ani nelze

⁴²⁴ Viz např. rozhovor s analytikem Christopherem Wylieem: <https://video.aktualne.cz/dvtv/facebook-je-jako-kolonizatori-lide-z-firmy-mi-vyhrozovali-a/r~86416d68620611e9a305ac1f6b220ee8/>.

⁴²⁵ HURDÍK, Jan. *Osoba a její soukromoprávní postavení v měnícím se světě*, str. 27.

⁴²⁶ „Rovnost postavení účastníků soukromoprávních vztahů nemůže však sama o sobě vyloučit stát z možnosti (nebo dokonce povinnosti) zákonem do soukromoprávního vztahu zasáhnout.“ (Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/2000 ze dne 10. ledna 2001.)

odhlížet od toho, že zákonodárce ne vždy produkuje obsahově dokonalé normativní texty, iniciované vysoce morální pohnutkou např. k ochraně jednotlivců před potenciálním zneužívajícím jednáním ze strany jiných jednotlivců. Záměrem je pouze poukázat na to, že hodnoty svobody a rovnosti jednotlivců nejsou v současné společnosti dosažitelné (pokud kdy byly) lpěním na zachování mechanické rovnosti stran v právních vztazích a nejširší možné míry svobody. Argumentace korespondující s poukazem na prolamování zásad vyjádřených v soukromoprávní a veřejnoprávní metodě regulace proto nemůže být sama o sobě přílehlavá ve vztahu k míře souladu nebo odklonu právních předpisů od základních hodnot svobody a rovnosti.

Závěr

V souvislosti s dualismem soukromého a veřejného práva se notoricky opakují určitá tvrzení, jejichž pravdivost a relevanci se tato práce pokusila ověřit. Jednak jsou to teze, které hledají oporu pro rozlišování soukromého a veřejného práva v historických skutečnostech. Dále se jedná o prohlášení, která odlišování takto označených právních oblastí považují za nástroj garance ochrany svobody jednotlivců a právních mantinelů pro působení veřejné moci. Právní věda a judikatura také trvale řeší otázku vymezení této dvojice pojmů a hledání kritérií pro jejich vzájemné rozlišení.

Předně je v naší právní tradici nadhodnocován původní význam rozlišování soukromého a veřejného práva v systému římského práva. Tyto pojmy se do našeho právního myšlení dostaly v důsledku recepcí římského práva. Při poukazu na římskoprávní tradici tohoto dualismu se zpravidla cituje Ulpianův výrok o dvou přístupech ke studiu práva, veřejném a soukromém. Důvod, proč se cituje právě tento výrok, však nespočívá v tom, že by Ulpianovo vyjádření rozdílu mezi soukromým a veřejným právem bylo z římskoprávních vymezení nejvýstižnější nebo nejúplnější (popravdě z tohoto výroku nejsme zcela s to zjistit, co pojmy *ius publicum* a *ius privatum* vlastně označovaly). Tkví v tom, že zmíněná Ulpianova semidefinice je jediným výrokem-fragmentem k tomuto tématu v dochovaných římskoprávních pramenech. Nezachoval se navíc v autentickém zdroji, ale pouze jako citát v rámci iustiniánských kodifikací.⁴²⁷

Význam pojmů *ius publicum* a *ius privatum* v autentickém římském právu – bez nánosů recepcí a bez deformací podstatně pozdějšími politickými ideály – se začal v širším rozsahu kriticky zkoumat a hodnotit ve 20. století. Výsledkem těchto výzkumů je ku příkladu zhodnocení, že v případě zmíněných pojmů a jejich vzájemného vymezení se jedná jen o případ *kvazirecepce* římského práva – tj. že naše představa o recepci tohoto

⁴²⁷ Vedle Ulpianova výroku lze nalézt v Digestech pouze několik kusých zmínek pojmu *ius publicum*, které se vzácně a poněkud nahodile objevují v rámci výkladů o některých právních institutech. Jednotlivé výroky zahrnující pojem „veřejné právo“ však nejsou vzájemně kompatibilní.

dualismu nemá dostatečnou oporu v odkazovaném zdroji – římském právu. V souvislosti s vývojem chápání pojmů soukromého a veřejného práva v pozdější evropské tradici je z právněvědeckého hlediska nejzajímavější přínos francouzské školy právních humanistů (*mos gallicus*),⁴²⁸ která se vyznačovala systematickým přístupem k právu a také historicko-kritickým přístupem k římskoprávním pramenům. Uchopení pojmů *ius publicum* a *ius privatum* jednotlivými příslušníky této školy je totiž se zmíněnými závěry moderního výzkumu kongruentní.

Mainstream evropské recepcí římského práva, který představovala tradice italských škol (*mos italicus*) – na území římsko-německé říše se pro něj vžil název *usus modernus pandectarum* – si poměrně dlouho pojmů *ius publicum* a *ius privatum* vůbec nevšímal. Pro tento směr, který opanoval drtivou většinu univerzit, byly charakteristické dva rysy metodologického přístupu k právu: vysoká míra kazuističnosti a nekritické studium iustiniánských kodifikací (*Corpus iuris civilis*). K římskoprávním textům – ovšem v jejich zpracování italskou školou komentátorů – tito právníci vzhlíželi jako k autoritě, nezrušitelné pravdě, kterou je třeba poznávat a vykládat, nikoli přezkoumávat.

Pojem soukromého práva, nakolik se jeho obsahovému vymezení vůbec věnovali, ztotožňovali tito právníci s rámcem iustiniánských Institucí (*Institutiones*) – učebnice, kterou se po dlouhá staletí zahajovala právnícká studia. Termín *ius publicum* se v tomto prostředí objevil poprvé v souvislosti s tím, že právníkům v římsko-německé říši začaly být zhruba od 16. století svěřovány různé funkce ve státní či městské správě – nicméně tehdejší univerzitní výuka práva se omezovala na římské „soukromé“ právo. Pozvolna se proto začalo uvažovat a do praxe prosazovat vyčlenění římskoprávních a na ně navazujících pravidel, která se vztahovala k fungování státu, do samostatných přednášek a knih, přičemž tento obor byl označen jako *ius publicum*. (Pokud se tedy používaly pojmy

⁴²⁸ Tato římskoprávní „škola“ vznikla v 16. století ve Francii, avšak zůstala záležitostí úzkého okruhu velmi vzdělaných učenců a ve své době právní praxi významně nezasáhla.

soukromého a veřejného práva, dělo se tak pro přehlednější uspořádání studované materie nebo pro jiné účely výuky.)

Teprve nábožensko-mocenské konflikty v 16. a 17. století ve římskoněmecké říši přispěly k tomu, že se využily akademické pojmy *ius privatum* a *ius publicum*, aby se jako veřejné právo označila a oddělila oblast pravidel, která se týkala uspořádání státu. Účelem bylo vyčlenit toto *ius publicum* od ostatního práva, a zabránit tím aplikaci těch antických římskoprávních pravidel, která by posílila mocenské postavení říšského císaře. *Ius publicum* v tomto pojetí přitom bylo značně vzdáleno našemu dnešnímu chápání práva jakožto státem uznaných obecně závazných pravidel – organizace a výkon státní moci bývaly po římském vzoru označovány za oblast *arcanae imperii* – státního tajemství, do nějž se panovníkovi nemá nikdo vměšovat.

Výrazný moment ve vývoji pojmů soukromého a veřejného práva představuje vliv racionalismu a rozumově pojatého přirozeného práva (*Vernunftrecht*). Racionalistické přirozené právo používalo jako výchozí bod pro své úvahy fiktivní představu přirozeného stavu (*status naturalis*), který existoval před vznikem státu, a dovozovalo, že v tomto stavu panovala rovnost a svoboda všech jednotlivců. Z fikce společenské smlouvy se pak odvozovala existence státu, a tedy i legitimita státní moci. Vlivem tohoto filosofického směru na německou právní vědu došlo k propojení římskoprávních pojmů soukromého a veřejného práva s kategorií přirozeného stavu. *Ius privatum* bylo v právní vědě nově koncipováno jako souhrn právních vztahů, které nemají bezpodmínečnou vazbu na existenci státu a jsou myslitelné i ve *statu naturali*. *Ius publicum* v této teorii představovalo souhrn právních pravidel, která byla odvozena z přirozenoprávních principů pro soužití lidí ve státě, popř. jiné formě institucionálního společenského zřízení (*status civilis*).

Toto uchopení pojmů soukromého a veřejného práva ovlivnilo ve značné míře obsah některých přirozenoprávních kodifikací soukromého práva – především francouzský *Code civil* a rakouské ABGB. Nicméně nelze říci, že by toto pojetí dokázalo zcela vykročit ze sféry právní vědy soukromého práva. Jednak tímto teoretickým přístupem zůstala nedotčena publicistika – publicisté se nadále věnovali svým tématům chodu státu, politické geografie, etnografie, statistiky a dalších oblastí, které budoucí úředník mohl potřebovat pro zvládnutí své práce, a rozhodně nerozšířili svůj zájem i na právní pravidla, která

civilisté vyloučili ze svého nového pojetí soukromého práva jakožto „veřejnoprávní“. Nad to se přirozenoprávní přístup k pojmům soukromého a veřejného práva nepodařilo – s výjimkou zmíněných kodifikací – prosadit do platného práva.

ABGB tak vlastně představuje regulaci metodicky izolované sféry vztahů mezi soukromými osobami, v nichž se uplatňují přirozenoprávní principy vzájemné svobody, rovnosti a autonomie vůle (s výjimkou rodinného práva). V důsledku toho ovšem tento zákoník upravoval pouze část vztahů mezi jednotlivci. Skutečné právní postavení adresátů norem ABGB (všech občanů státu) vyplývalo z ustanovení tohoto kodexu teprve ve spojení s dalšími předpisy. V desítkách případů zákoník na takovou situaci výslovně odkazuje, když uvádí, že odchylnou úpravu mohou stanovit „politické“ i jiné předpisy nebo úřad. Mylná by tedy byla představa, že od počátku 19. století existovalo po určitou něco jako ideální, metodologicky „čisté“ soukromé právo, které bylo teprve postupem následujícího zákonodárství zanášeno cizorodými „veřejnoprávními“ prvky. Metodologické čistoty ABGB bylo dosaženo díky koncepčnímu opomíjení těch právních vztahů, které se do zvoleného pojetí zákoníku – koncipovaného na zásadách svobody a rovnosti – nehodily, a vyloučení jejich úpravy do jiných předpisů.⁴²⁹

Zásadní předěl ve společenském i právním vývoji pak představuje obrat od feudálního absolutismu k novodobému společenskému uspořádání. Pro toto společenské uspořádání je příznačnou v první řadě formálně horizontální povaha vztahů mezi jednotlivci – což lze jinak formulovat jako společnost založenou na principu vzájemné formální rovnosti a svobody mezi jejími členy. Jedním dechem je pak nutno doplnit druhý, neméně podstatný charakteristický atribut dotčeného zřízení: konstituční základ organizace a výkonu demokraticky utvářené státní moci. Ideový základ tohoto uspořádání tvoří – vedle již zmíněného racionálně pojatého přirozeného práva – ideje osvícenství a humanismu.

⁴²⁹ Právní úprava vztahů mezi občany předlitavských zemí tedy neměla podobu, jakou můžeme číst z ustanovení ABGB. Kromě např. existence poddanství, stavovské stratifikace společnosti nebo svázanosti podnikání cechy to byly např. zaměstnanecké nebo čelední vztahy, ve kterých se projevovala velmi výrazná nerovnost v právech a povinnostech stran. Podrobněji jsou tyto skutečnosti popsány v bodu 6.2.2 této práce.

Osvícenské a humanistické nazírání občanů jako aktivních státo tvorných činitelů, nikoli pasivních objektů státní moci, se projevilo v postupném prosazení principů demokratického státního zřízení s omezením veřejné moci a zajištěním práv a svobod jednotlivce, formulovaných v idejích konstitucionalismu a právního státu. Spojení tohoto hodnotového základu a právního pozitivismu vyústilo v pojetí, podle něž organizace a výkon veřejné moci mají podléhat normativní regulaci téže jakosti, jaká upravuje právní vztahy mezi jednotlivci – tedy právu. Stát má prostřednictvím svých orgánů vykonávat moc výlučně na základě zákona.

Směrem k naplnění těchto idejí se tedy někde rychleji (Francie), někde pozvolna (Rakousko) revidovalo dosavadní pojetí regulace činnosti státních orgánů včetně úřednického aparátu. Po francouzském vzoru se formovalo i v ostatních evropských zemích správní právo, spjaté s ideou právního státu. Dověšení jeho vývoje lze pak spatřovat v zavedení správního soudnictví. Nástroj ochrany subjektivních práv – totiž nalézání práva nezávislým orgánem – byl rozšířen i na vztahy mezi veřejnou mocí a občanem. Oprávnění osob ve vztazích ke správním úřadům tím nabyla povahu skutečných subjektivních práv, formálně a materiálně srovnatelných se subjektivními právy vznikajícími v jiných právních vztazích.⁴³⁰ Z tohoto hlediska lze říci, že dualismus soukromého a veřejného práva v dnešním chápání těchto pojmů má svůj počátek až v 19. století, neboť předešlé *ius publicum* se s naším současným chápáním pojmu práva nekrylo.

Otázka soudního přezkumu úředních rozhodnutí v německém prostředí výrazným způsobem ovlivnila budoucí chápání a funkci pojmů soukromého a veřejného práva. Opět došlo k využití těchto již známých pojmů jako nástroje k prosazení politického cíle a opět byl při tom obsah pojmů soukromého a veřejného práva pozměněn. Za účelem zabránění zásahů justice do výkonu správy se totiž působnost soudů legislativně výslovně omezila na

⁴³⁰ Už Franz von Zeiller ve svém komentáři k ABGB považoval vynutitelnost právní normy za její přirozenou vlastnost: právo, které by nemohlo být prosazeno, by nebylo právem. ZEILLER, Franz von. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*, str. 110. Stejným směrem uvažovali o více než sto let později představitelé německé ústavní vědy, když označili ústavní zakotvení občanských práv a svobod za monology zákonodárce, neboť v tehdejší právu Výmarské republiky chyběly právní nástroje, které by umožňovaly jejich porušení soudně postihnout. WEYR, František. *Soustava československého práva státního*, str. 337 a násl.

„soukromá práva“. Dosavadní klasifikace soukromého a veřejného práva podle výukového rozdělení nebo podle přirozenoprávní metody byly pro účely takového vymezení soudní příslušnosti nepoužitelné. Procesní funkce rozlišování soukromého a veřejného práva současně vyžadovala klasifikaci sporného právního vztahu do jedné z uvedených dvou kategorií, aniž umožňovala řadit určité právní oblasti do obou kategorií současně či je uvažovat mimo ně. Tento procesní aspekt také přispěl ke vzniku představy, že soukromé právo a veřejné právo mají představovat dvě oddělené a samostatné oblasti práva.

Potud lze sledovat nejvýznamnější mezníky ve vývoji pojmů soukromého a veřejného práva v kontinentální právní tradici. Jak je vidět, do koncepcí těchto pojmů se promítaly různé politické a ideologické vlivy, které někdy korelovaly s hodnotovou orientací našeho právního řádu, jindy s ní ovšem vůbec nesouvisely či šly proti ní.

Lze si klást otázku, do jaké míry je podoba našeho právního řádu ovlivněna rozlišováním soukromého a veřejného práva a do jaké míry je důsledkem působení jiných vlivů. Princip enumerativnosti právních pretenzí pro výkon veřejné moci a princip legální licence pro působení jednotlivců lze považovat za ústřední pravidla, v nichž právo realizuje hodnoty, k nimž se naše společnost hlásí: mravní rovnost lidí, důraz na autonomii jednotlivce a jeho svobodu a demokratický způsob tvorby a výkonu státní moci. Zmíněné principy jsou oba v našem právním řádu zakotveny Ústavou (resp. Ústavou i Listinou). Proto se tedy musí promítat do podoby právní regulace výkonu veřejné moci a právní úpravy jednání jednotlivců. V případě, že se rozlišuje soukromé a veřejné právo, korelují tyto principy se zásadami uvedených právních oblastí. Rezignace na dualismus soukromého a veřejného práva však sama o sobě tyto principy a jejich působení neruší. Hodnotovým zdrojem těchto principů totiž není členění práva na veřejné a soukromé, nýbrž ideové působení racionalistického přirozeného práva, humanismu a osvícenství.

Pokud jde o samotné pojmy soukromého a veřejného práva, mám za to, že v důsledku historického vývoje jejich užívání, jak byl nastíněn výše, v současné době dochází k jejich užívání s různým obsahem. Domnívám se, že se jedná již o dvojici mnohoznačných pojmů. Právě jejich kompozitní charakter považuji za příčinu okolnosti, že dodnes nedošlo k „nalezení“ kritéria, které by je dostatečně rozlišovalo či vymezovalo. Zahrnujeme do

nich totiž všechny významy, které s těmito pojmy byly „tradičně“ pojeny, jako by se tímto způsobem mapoval obsah jediného jevu-pojmu.

Tento – podle mého názoru metodologicky nesprávný – přístup k pojmům soukromého a veřejného práva není však omezen na působení v právní vědě, ale má dopad i do praktické aplikace práva. Náš právní řád používá pojmy soukromé právo a veřejné právo jako kritérium k rozlišení příslušnosti soudů ve správním soudnictví, přičemž tyto pojmy nevymezuje, a přenechává tak řešení kompetenčního dělení rozhodovací praxi soudů. V důsledku ne zcela jasného kritéria tak v praxi dochází ke vzniku zbytečných sporných otázek ohledně příslušnosti soudů ve správním soudnictví nebo v souvislosti s tím dokonce k situaci, kdy právní vztah vyhodnocovaný soudy dlouhodobě jako soukromoprávní je náhle překvalifikován na veřejnoprávní. Náš model dělby příslušnosti navíc vychází sice z právní tradice, jeho ideologický základ (nepřípustnost vlivu soudní soustavy na nezávislý výkon státní správy) však už byl v mezitímním vývoji překonán.

Druhým legislativním počinem, který v českém právním řádu uplatnil explicitní normativní rozlišování soukromého a veřejného práva jako aplikační kritérium, je nový občanský zákoník. Jím zavedená zásada o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného vyvolala řadu interpretačních nejasností a v kontextu současně zavedené nové úpravy neplatnosti právních jednání lze klást otázku ohledně reálné potřeby její platnosti.

Absence výslovné reflexe rozlišování soukromého a veřejného práva v textech právních předpisů nevyklučuje možnost uplatňovat dotčený dualistický přístup v systematické normotvorby, v právní vědě a právní politice. Naopak jsou v takovém případě otevřenější dveře kritické revizi současného pojetí pojmů soukromého a veřejného práva, které by zejména s ohledem na jejich neujasněnou mnohoznačnost mohly být na místě.

Seznam použitých zdrojů

1. Seznam použité literatury

ACHENWALL, Gottfried. *Ius naturale. Pars posterior.* 4. vydání. Göttingen: Victor Bossiegel, 1759

ADAMOVIČ, Karolína. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě: přehled vybraných otázek.* Praha: Beck, 2000

ADAMOVIČ, Karolína. Zamyšlení nad právem veřejným a soukromým. *Právnické* 12/1994. Str. 1083–1087

ALTHUSIUS, Johannes. *Dicaelogicae libri tres. Totum & universum jus, quo utimur, methodice complectentes.* Editio secunda priori correctio. Prostant Francofurti: apud Haeredes Christophori Corvini, 1649

BÄHR, Otto. *Der Rechtsstaat: Eine publicistische Skizze.* Kassel und Göttingen: Georg H. Wigand, 1864

BALÍK, Stanislav a kol. *Texty ke studiu obecných dějin státu a práva III.,* Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1972

BARTOŠEK, Milan. *Encyklopedie římského práva.* 2. přepracované vydání. Praha: Academia, 1994

BĚLINA, Miroslav a kol. *Pracovní právo.* 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007

BOEHMER, Justus Henning. *Introductio in ius publicum universale.* 3. vydání. Halle-Magdeburg: Orphanotropheum, 1755

BOGUSZAK, Jiří. Zásluhy a neúspěchy normativní teorie. In *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení.* Brno: Masarykova univerzita, 2003. Str. 22–27

BOGUSZAK, Jiří, ČAPEK, Jiří, GERLOCH, Aleš. *Teorie práva.* Praha: ASPI Publishing, 2001

BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht: Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung.* Stuttgart–Berlin–Köln–Mainz: W. Kohlhammer Verlag, 1968

CICERO, Marcus Tullius. *De oratore.* Für den Schulgebrauch. Leipzig: B. G. Teubner, 1859

- CICERO, Marcus Tullius. *Scripta quae manserunt omnia*. Recognovit Reinholdus Klotz. Leipzig: B. G. Teubner, 1851
- CICERO, Marcus Tullius. *Partitiones oratoriae*. Piderit Karl Wilhelm. Leipzig: B. G. Teubner, 1867
- Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis oder Neu Verbessert und Ergänzt Chur-Bayrisches Land-Recht*. München: Hof- und Landschaft- Buchdruckern, 1759
- Corpus iuris civilis: Text und Übersetzung*. Band I. Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 1997
- DONELLUS, Hugo: *Opera omnia: commentariorum de iure civili*. Tomus primus. Cum notis Osualdi Hilligeri. Florentiae 1840
- EISENHARDT, Ulrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*. 4. vydání. München: C. H. Beck, 2004
- ELIÁŠ, Karel. *K justifikaci pravidla o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného*. Právník 11/2014. Str. 1007–1033
- FIALA, Josef, HRUŠÁKOVÁ, Milana, HURDÍK, Jan. *Úvod do soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1997
- FILIP, Jan. *Občanský zákoník bez ústavy (ke 200. výročí ABGB)*. *Časopis pro právní vědu a praxi* 2/2011. Str. 99–108
- FILIP, Jan. *Obecný občanský zákoník a veřejné právo. Rakouská monarchie na cestě k modernímu státu*. In Hrušáková, Milana. *200 let ABGB. Od kodifikace k rekodifikaci českého občanského práva*. Praha: Leges, 2011. Str. 35–63
- GANS, Eduard. *Beiträge zur Revision der preußischen Gesetzgebung*. Berlin: Verlag von Duncker und Humboldt, 1830–1832
- GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 2. vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001
- GERLOCH, Aleš, TRYZNA, Jan. *Dualismus soukromého a veřejného práva a nový občanský zákoník: k jednotě a diferenciaci práva*. *Právník* 9/2014. Str. 730–745
- GERLOCH, Aleš, ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna. *Soukromé a veřejné v kontextu institucionálních a normativních proměn práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017
- HENDRYCH, Dušan a kol. *Správní právo*. 5. vydání. Praha: Beck, 2003
- HENDRYCH, Dušan. *Správní věda – teorie veřejné správy*. Praha: ASPI Publishing 2003

HOFFMANN-RIEM, Wilfgang, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (ed.). *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnungen*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996

HURDÍK, Jan. *Osoba a její soukromoprávní postavení v měnícím se světě*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2004

Iustiniani institutiones. Praha: Karolinum, 2010. Fontes iuris Romani

JÁNOŠÍKOVÁ, Petra, KNOLL, Vilém, STARÝ Marek. Napoleonské éra a kodifikace. In KOTULÁN Jaroslav, UHLÍŘ Dušan (ed.). *Evropa 1805: sborník prací V. mezinárodního napoleonského kongresu konaného v budově veřejného ochránce práv*. Brno: Česká napoleonská společnost se sídlem v Brně, 2006

KANT, Immanuel. *Werke in sechs Bänden*. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Band IV – Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie. Wiesbaden: Insel-Verlag, 1956

KELSEN, Hans. *Ryzí nauka právní: metoda a základní pojmy*. Brno-Praha: Orbis, 1933

KELSEN, Hans. *Základy obecné teorie státní*. Brno: Barvič & Novotný, 1926

KINDL, Vladimír. Kdo vlastně patřil k brněnské škole normativní teorie? (malé zamyšlení nad bibliografií brněnské školy ryzí nauky právní a jejím využitím k právněhistorickému studiu). *Právněhistorické studie*. 44/2. Praha: Karolinum, 2015. Str. 108–115

KINDLOVÁ, Miluše. Koncept vlády práva (Rule of Law) v kontextu parlamentní suverenity ve Spojeném království. In JIRÁSKOVÁ, Věra, SUCHÁNEK, Radovan. *Pocta prof. JUDr. Václavu Pavlíčkovi, CSc. k 70. narozeninám*. Praha: Linde Praha, 2004

KOLEKTIV AUTORŮ PRÁVNICKÉ FAKULTY UK. *Dějiny evropského kontinentálního práva*. 2. vydání. Praha: Linde Praha, 2004

KREITZMAYR, Wiguläus Xaver Aloys von. *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum bavaricum civilem*. München: Johann Jacob Vötter, 1758

KRSKOVÁ, Alexandra. *Dějiny evropského politického a právního myšlení*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003

KUKLÍK, Jan, SELTENREICH, Radim. *Dějiny angloamerického práva*. 2. vydání. Praha: Nakladatelství Leges, 2011

Laband Paul: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Erster Band, Akademische Buchhandlung von J. C. B. Mohr, Freiburg und Leipzig 1895

- LIMNAEUS IENENSI, Johannes. *Tomus primus iuris publici imperii romano-germanici*. 3. vydání. Argentorati: Fridericus Spoor, 1657
- MACUR, Josef. *Občanské právo procesní v systému práva*. Brno: Univerzita J. E. Purkyně, 1975
- MÄHRLE, Wolfgang. *Academia Norica: Wissenschaft und Bildung an der Nürnbergen Hohen Schule in Altdorf (1575–1623)*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2000
- MALÝ, Karel a kol. *Dějiny českého a československého práva do roku 1945*. 4. vydání. Praha: Nakladatelství Leges, 2010
- MARŠÁLEK, Pavel. Brnovská normativná teória práva. In GERLOCH, Aleš. *Proměny právního řádu v České republice a v Ruské federaci: sborník z mezinárodní konference*. Beroun: Eva Rozkotová – IFEC, 2008. Str. 89–97
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 18. vydání. München: Verlag C. H. Beck, 2011
- MELZER, Filip, TĚGL, Petr a kolektiv. *Občanský zákoník: velký komentář*. Svazek I. Praha: Leges, 2013
- MIKULE, Vladimír. Důvody a význam rozlišování mezi právem veřejným a právem soukromým. *Správní právo* 1–2/2011. Str. 2–10
- MIKULE, Vladimír. Správní právo v českých zemích (curriculum vitae). In Právnická fakulta Univerzity Karlovy 1348–1998. *Jubilejní sborník*, Praha: Právnická fakulta UK, 1998. Str. 84–98
- MOHL, Robert von. *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*. Tübingen: Heinrich Laupp, 1829
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O duchu zákonů*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003
- OLDENDORP, Johannes: *Iuris naturalis gentium et civilis εισαγωγή*. Antverpiae: Antonius Goinus, 1539
- Ottův slovník naučný*. Pátý díl. Praha: J. Otto, 1892
- Ottův slovník naučný*. 15. díl. Fotoreprint. Praha: Paseka, 1999
- PEKÁREK, Milan. K problematice dualismu práva soukromého a veřejného. *Právník* 9–10/1991. Str. 794–797

- POŠVÁŘ, Jaroslav. *Obecné pojmy správního práva*. Brno: Československý akademický spolek Právnický, 1946
- PRAŽÁK, Jiří. O úkolech vědy práva veřejného. *Právník* 1892. Str. 757–764
- PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo veřejné. Díl 1, Právo ústavní. Část první, Ústava obecní*. Praha: nákladem Jednoty právnické, 1895
- PRAŽÁK, Jiří. *Rakouské právo veřejné. Díl 2, Právo správní. Část 1, Všeobecná část práva správního*. Praha: Nákladem Jednoty právnické, 1905
- PRAŽÁK, Jiří. *Spory o příslušnost mezi soudy a úřady správními*. Díl první. Praha: Knihotiskárna Františka Šimáčka, 1883
- PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*. Lund: Adam Junghans, 1672
- REPGEN, Tilman. *Die Soziale Aufgabe des Privatrechts: Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001
- Rotteck Karl von, Welcker Karl: *Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften, Sechster Band*, Verlag von Johann Friedrich Hammerich, Altona 1838
- ROUČEK, František, SEDLÁČEK, Jaromír. *Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi*. Díl 1. Praha: Linhart, 1935
- SANDERS, Thomas Collett: *The Institutes of Justinian: with English introduction, translation, and notes*. West Strand: J. W. Parker and Son, 1853
- SATURNÍK, Theodor. *Dějiny veřejného práva ve střední Evropě: nástin přednášek*. Sešit I. Praha: vlastním nákladem, 1935
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. Erster Band. Berlin: Veit und Comp., 1840
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814
- SCHNABEL, Georg Norbert. *Geschichte der Juridischen Fakultät an der vereinigten Carl-Ferdinandeischen Hochschule zu Prag*. Praha: Straschiripka, 1827
- SCHULZE, Hermann. *System des deutschen Staatsrechts Einleitung in das deutsche Staatsrecht*. Svazek 1. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1865

- SCOTT, Samuel P.: *The Civil Law*. Svazek II. Cincinnati: The Central Trust Company, 1932
- SEDLÁČEK, Jaromír. *Občanské právo československé: všeobecné nauky*. Brno: Československý akademický spolek Právnický, 1931
- SELTENREICH, Radim. *Dějiny vědy soukromého práva v Německu: od počátku 19. století do konce druhé světové války*. Praha: Vodnář, 1998
- SELTENREICH, Radim. *Právní humanismus jako výraz evropského právního vývoje*. Praha: Karolinum, 1996
- SCHMIDT-DE CALUWE, Reimund. *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Meyers*. Tübingen: Mohr & Siebeck, 1999
- Schulze Hermann: *System des deutschen Staatsrechts Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, Svazek 1, Breitkopf & Härtel, Leipzig 1865
- SKŘEJPEK, Michal. *Digesta seu pandactae*. Tomus I, Fragmenta lecta. Praha: Univerzita Karlova v Praze, nakladatelství Karolinum, 2015
- SKŘEJPEK, Michal. Elasticita hranic mezi ius publicum a ius privatum v římském právu. In HANDRLICA, Jakub (ed.). *Veřejné právo a právo soukromé: aktuální tendence a výzvy veřejnoprávní úpravy plynoucí z problematiky právního dualismu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2014. Str. 15–24
- SKŘEJPEK, Michal. Ius privatum – ius publicum, vzájemné vztahy a souvislosti. *Acta Universitatis Carolinae. Iuridica* 2–3/1992. Str. 35–164.
- SKŘEJPEK, Michal. *Poodkryté tváře římského práva: příspěvek k aplikaci „Principů“ E. F. Smidaka*. Praha: Havlíček Brain Team, 2006
- Slovník veřejného práva československého*. Svazek I. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1929
- Slovník veřejného práva československého*. Svazek IV. Brno: Polygrafia – Rudolf M. Rohrer, 1938
- SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011
- SOMMER, Otakar. *Prameny soukromého práva římského*. Praha: nákladem vlastním, 1932
- STEIN, Peter. *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003

- STOBBE, Otto. *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*. Zweite Abtheilung, Braunschweig: C. A. Schwetschke und Sohn, 1864
- STOBBE, Otto. *Herman Conring, der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte*. Rede beim Antritt des Rectorats der Universität Breslau am 15. October 1869 gehalten. Berlin: Verlag von Wilhelm Hertz, 1870
- STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band 1600–1800*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1988
- STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band 1800–1914*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992
- SVAREZ, Carl Gottlieb. *Vorträge über Recht und Staat*. Hrsg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer. Köln: Westdt. Verl., 1960
- ŠULÁKOVÁ, Martina. K aplikaci § 1 odst. 1 věty druhé ObčZ. *Právní rozhledy* 18/2016. Str. 634–638
- ŠVESTKA, Jiří, DVOŘÁK, Jan, FIALA, Josef a kol. *Občanský zákoník. Komentář*. Svazek I. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2014
- The Digest of Justinian*. Translation edited by Alan Watson. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814
- TRÖSTER, Petr a kol. *Právo sociálního zabezpečení*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005
- URFUS, Valentin. *Historické základy novodobého práva soukromého: římskoprávní dědictví a soukromé právo kontinentální Evropy*. Praha: Beck/SEVT, 1994
- URFUS, Valentin. *Římskoprávní vzdělanost a její vklad do vývoje státoprávních představ: od středověku do konce feudalismu*. Brno: Univerzita J. E. Purkyně, 1978
- URFUS, Valentin, SKŘEJPEK, Michal, KINCL Jaromír. *Římské právo*. 2. dopl. a přeprac. vyd., Praha: Beck, 1995
- VEDRAL, Josef. Některé případy používání soukromoprávních institutů ve veřejném právu. *Správní právo* 1–2/2011. Str. 27–59
- WEYR, František. *Soustava československého práva státního*. 2. vydání. Praha: Fr. Borový, 1924

WEYR, František. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936

WEYR, František. *Úvod do studia právního (normativní teorie)*. Brno: Čsl. akademický spolek „Právník“, 1946

WIEACKER, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. výtisk 2. vydání z roku 1967. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1996

WINTR, Jan. *Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006

ZAVŘELOVÁ, Jitka. Dualismus práva v rozhodování zvláštního senátu. *Správní právo* 1–2/2011. Str. 11–26

ZEILLER, Franz von. *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*. Erster Band. Wien und Triest: Geistingers Verlagshandlung, 1811

ZEILLER, Franz. *Das Natürliche Privat-Recht*. 3. vydání. Wien: Karl Ferdinand Beck, 1819

2. Seznam použitých internetových zdrojů

SOBEK, Tomáš: Nenápadná propaganda z Plzně. 2010. Dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.cz/2010/08/tomas-sobek-nenapadna-propaganda-z.html>>

ŠULÁKOVÁ, Martina. *Kompetenční spory mezi civilními a správními soudy* [online]. Brno, 2017 [cit. 2019-09-18]. Dostupné z: <<https://is.muni.cz/th/w0hwc/>>

3. Seznam použitých právních předpisů

Zákon č. 121/1920 Sb., Ústavní listina Československé republiky

Zákon č. 3/1918 Sb., o nejvyšším správním soudě a o řešení kompetenčních konfliktů, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Sdělení č. 209/1992 Sb. o sjednání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Protokolů na tuto Úmluvu navazujících

Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů

Usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky

Zákon č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže), ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 131/2002 Sb., o rozhodování některých kompetenčních sporů, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění), ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů, ve znění pozdějších předpisů

4. Seznam použité judikatury

Nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 33/2000 ze dne 10. ledna 2001

Nález Ústavního soudu č. 276/2001 Sb. ze dne 27. června 2001

Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 429/01 ze dne 22. září 2004

Usnesení Vrchního soudu v Praze čj. 6 A 86/2000-17 ze dne 31. října 2000

Usnesení Vrchního soudu v Praze čj. 6 A 66/2000-9 ze dne 31. srpna 2000

Usnesení Vrchního soudu v Praze sp. zn. 5 A 124/2001 ze dne 30. října 2001

Usnesení Nejvyššího správního soudu čj. 4 As 47/2003-50 ze dne 12. října 2004

Usnesení zvláštního senátu čj. Konf 81/2004-12 ze dne 5. května 2005

Usnesení zvláštního senátu čj. Konf 9/2004 ze dne 19. května 2005

Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 32 Cdo 498/2015 ze dne 20. července 2015

Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 5773/2016 ze dne 9. února 2017

Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 2508/2015 ze dne 17. února 2017

Usnesení zvláštního senátu čj. Konf 44/2017-7 ze dne 14. prosince 2017

Usnesení Nejvyššího správního soudu čj. 1 Ads 159/2018-41 ze dne 9. srpna 2018

5. Seznam ostatních zdrojů

Rozhovor s analytikem Christopherem Wyliem. Dostupné z:

<<https://video.aktualne.cz/dvtv/facebook-je-jako-kolonizatori-lide-z-firmy-mi-vyhrozovali-a/r~86416d68620611e9a305ac1f6b220ee8>>

Vztah soukromého a veřejného práva: minulost a současnost

Abstrakt

Disertační práce se zabývá dualismem soukromého a veřejného práva od doby římského práva po současnost. Zaměřuje se na vývoj obsahu těchto pojmů v historickém kontextu. Na základě zkoumání primárních římskoprávních pramenů poukazuje na výrazný rozdíl mezi rozlišováním soukromého a veřejného práva v římském právu a pozdější dezinterpretací tohoto fenoménu. Všímá si přístupu právní vědy k pojmům soukromého a veřejného práva v průběhu jednotlivých fází recepce římského práva a poukazuje na jednotlivé politické okolnosti, které vedly k využití římskoprávní dvojice pojmů *ius publicum* a *ius privatum* a které také posouvaly obsah těchto pojmů. Práce srovnává hlavní rozdíly mezi novodobou společností a dřívějším společenským uspořádáním, zejména pokud jde o společensko-právní strukturu vztahů. Popisuje novověké ideové zdroje hodnot, na nichž spočívá novodobá společnost, a sleduje promítání těchto hodnot do novodobých právních řádů. Konstitucionalismus, důraz na zákon jako psaný pramen práva, koncept přirozených práv člověka a koncept právního státu se v kontinentální právní kultuře promítly do pojetí soukromého a veřejného práva. Pojmy soukromého a veřejného práva jsou přitom v novodobém právu užívány s odlišným významem než v dřívější době – navíc lze sledovat, že se užívají paralelně v několika významech. Tato práce se zaměřuje na jednotlivé významové varianty pojmů soukromého a veřejného práva a v jejich obsahové pluralitě shledává příčinu nemožnosti vymezení kritéria pro jejich rozlišování. Kriticky hodnotí užívání těchto pojmů v právních předpisech, kdy je jejich obsahové vymezení přenecháno judikatuře. Poukazuje na okolnost, že rozlišování soukromého a veřejného práva souvisí s hodnotami, na nichž spočívá náš právní řád, avšak tento právní dualismus není však nezbytným předpokladem pro rozlišování soukromé a veřejné sféry. Vázanost veřejné moci zákonem a široká autonomie a rovnost jednotlivců jsou součástí ústavně zakotvených pravidel a neodvozují se z dualismu soukromého a veřejného práva.

Klíčová slova: soukromé právo, veřejné právo, právní dualismus

Relationship Between Private and Public Law: Past and Present

Abstract

This dissertation addresses the dualism of private and public law from Roman times to the present. It focuses on developments in the content of these concepts in a historical context. The dissertation examines primary sources from Roman law and highlights the significant difference between the distinction between private and public law in Roman law and later misinterpretations of the same. Particular attention is paid to the approach legal science takes to private and public law through the various phases of reception of Roman law, noting the political circumstances that led to the use of the dual concepts of *ius publicum* and *ius privatum* from Roman law as well as the change in content of those concepts. The dissertation compares the main differences between modern society and the earlier social system, especially with reference to the socio-legal structure of relationships. It describes the modern ideological sources of values on which modern society is based and traces the ways these values are reflected in modern legal systems. Constitutionalism, emphasis on the legal code as the written source of law, the concept of natural rights, and the concept of the legal state (*Rechtsstaat*) all made their mark on private and public law in continental legal culture. The concepts of private and public law are used in modern law with different meanings than in former times, and even in several different meanings existing in parallel. This dissertation focuses on the individual differences in meaning of the concepts of private and public law, finding in their plurality of content the cause of the impossibility of defining the criteria for distinguishing between them. It undertakes a critical assessment of the use of these concepts in legal regulations where their definitions are left to jurisprudence. The dissertation also notes that the distinction between private and public law is connected with the values on which the Czech legal system is based, although this legal dualism is not a prerequisite for distinguishing between the private and public sphere. The idea that public authority is bound by law and the wide autonomy and equality of individuals form part of the rules encoded in the constitution and are not derived from the dualism of private and public law.

Klíčová slova: private law, public law, legal dualism