

Hrozí smrt soukromého práva?

Jan Hurdík* – Markéta Selucká**

Abstrakt: Jádrem úvahy v tomto článku jsou především systémové otázky soukromého práva a jeho schopnost čelit zásahům do jeho koherence. Autoři věnují pozornost významným rizikovým faktorům historické, doktrinní povahy i faktorům vyplývajícím ze současného praktického vývoje (soukromým) právem regulované reality i odpovídajícího vývoje samotného práva. Řešení vidí v návratu ke specifikaci kritéria vyjadřujícího podstatu a funkční potenciál základních typových přístupů k právní regulaci.

Klíčová slova: systém práva, dichotomie soukromé/veřejné právo, metoda právní regulace, horizontální působení základních práv, konstitucionalizace soukromého práva

Motto:

Ulpianus libro primo institutionum: – „[...] publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quedam publice utilia, quedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.“

(D., I. 1. 1. 2.)

Úvodem

„Evropou obchází strašidlo publicizace soukromého práva“ – takto by bylo možno shrnout signály, které se objevují v posledních desetiletích v různých souvislostech mezi právníky a naznačují, že v tradiční dichotomii veřejné/soukromé právo dochází k překonávání jejich standardní distinkce, jehož důsledky hrozí dopadnout především na – před staletími vybudovanou – autonomii soukromého práva.

Tento příspěvek se zabývá některými riziky, kterým je vystaven systém soukromého a veřejného práva, jak vyplývajícími z nových jevů právních, kterými je zejména evropské unijní právo, tak potřebou práva reagovat na jevy vyplývající ze změn společenské reality, a posuzuje, zda se s nimi tradiční systém soukromého a veřejného práva má možnost koncepčně vypořádat.

1. Kořeny soukromého práva, jeho utváření a vymezení

Motto v úvodu naznačuje historickou determinovanost soukromého práva jako systémové části právních řádů. Ačkoli je obecně přijímáno východisko práva spojující lidskou společnost imanentně s existencí práva,¹ soukromé právo se stává od svého zrodu v římském právu výrazem distinkce pozice jednotlivce od organizace veřejné moci a současně výrazem tvorby obecného institucionálního řešení této separace (k individuálnímu statusu jednotlivce se připojuje soukromé právo jako jeho majetková součást).²

* Prof. JUDr. Jan Hurdík, DrSc., katedra občanského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: jhurdik@law.muni.cz.

** Doc. JUDr. Markéta Selucká, Ph.D., děkanka Právnické fakulty Masarykovy univerzity. E-mail: marketa.selucka@law.muni.cz. Tento příspěvek byl zpracován s podporou a jako jeden z výstupů projektu č. APVV-14-0061 Rozšiřovanie sociálnej funkcie slovenského súkromného práva pri uplatňovaní zásad európskeho práva.

¹ „Ubi societas ubi ius.“

² K pramenům těchto závěrů srov. mj.: OSUCHOWSKI, V. (ed.). *Fontes Iuris Romani Antiqui Privati*. Kraków: Wydawnictwa Wydziału Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1947, s. 15 an.

Paradoxem římského soukromého práva je jeho utváření od partikulárních řešení k systému, který navíc nebyl důsledně a s historickým přesahem do budoucnosti vybudován v klasickém období, nýbrž až po kulminaci Římské říše jako antického státního útvaru a i v dalších vývojových obdobích se neustále vyvíjel. To je ostatně obecným rysem práva jako celku a umožňovalo v minulosti a umožňuje i v současnosti působit na vývoj stávajícího systému práva.

Nehledíc na období právního středověkého partikularismu, v němž byla hranice mezi veřejným a soukromým právem vedena nikoli podle tradičního Ulpianova kritéria, nýbrž podle povahy pramenů práva,³ pokračovatelé učení římského práva, od Ulpiana po Savignyho, nikdy distinkci mezi soukromým a veřejným právem nezpochybnili.⁴

Koneckonců se členění systému práva na právo soukromé a veřejné, nehledíc na dílčí modifikace,⁵ na některé doktríny popírající dualismus soukromé/veřejné právo a dílčí historická období prosazující toto popírání v praxi,⁶ všeobecně prosadilo do současnosti jako relativně pevná součást evropského právního myšlení a právní praxe.

Historicky spíše komplikujícím než synergicky působícím faktorem při konstituování dichotomie soukromého/veřejného práva byl soubor pramenů, na nichž se budovalo veřejné, respektive soukromé právo, jak se formoval v kontinentálním systému práva období modernity.⁷ Zatímco soukromé právo bylo, zcela zřetelně pak v moderní době, budováno v kontinentálním systému na kodexech soukromého práva, základem veřejného práva se staly prameny, tvořící dnes základ práva ústavního.⁸ Zatímco ovšem historicky byla spíše respektována, alespoň deklaratorně, distinkce mezi oběma skupinami pramenů, poslední desítiletí, zejména v oblasti justiční praxe EU, tyto difference stírá. Dopady této podoby horizontalizace jsou patrné i v národních právních řádech.⁹

Je svým způsobem paradoxní, že to byla právě základní (v tehdejší době především občanská) práva, která se v období modernity prezentovala jako jeden z rozhodujících důvodů pro odlišení soukromého a veřejného práva, neboť byla nástrojem vymezení pozice jednotlivce (občana) vůči veřejné moci.¹⁰ Svou současnou expanzí překračují hranice veřejného a soukromého práva a prosazují působení základních práv v soukromoprávních vztazích. Tím zpochybňují jedno z kritérií odůvodňujících dichotomii soukromé/veřejné právo a vytvářejí rizikovou situaci pro další existenci tohoto systému.

³ Za prameny práva veřejného byly považovány výsledky právtvorby panovníka, za prameny soukromého práva především prameny obyčejového práva a jejich sbírky. MALAURIE, Ph. – AYNES, L. *Cours de droit civil. Introduction à l'étude du droit par Ph. Malaurie*. Paris: Édition Cujas, 1991, s. 41–43.

⁴ Srov. WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2016, s. 134, včetně pozn. č. 12.

⁵ Srov. tzv. *Driftwirkung Doktrine* v praxi německého *Bundesverfassungsgericht* ve 2. pol. 20. stol. případně prosazování tzv. sociálního práva vedle práva soukromého a veřejného některými německými autory. Bliže např. BREHM, W. *Allgemeiner Teil des BGB*. 2. Auflage, 1994, s. 37. S. Walkila hovoří nejnověji o třetí systémové oblasti, quasi-veřejno-soukromé povaze práva. WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 200.

⁶ Bliže v části 3. tohoto příspěvku.

⁷ Systém angloamerického práva, ačkoli měl podobný vývoj a zdroje, byl ovlivněn odlišným společenským vývojem a formoval se do odlišné podoby, která nerozlišovala zcela striktně soukromé a veřejné právo. Srov. CARUSO, D. The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration. 3 *European Law Journal*. 1997, No. 1, s. 3–32, pozn. č. 4.

⁸ Jednu z citovaných výjimek tvoří francouzský *Code civil* (1804), který do svého textu zahrnul „ústavní“ principy liberálního společenského systému i soubor přirozených práv, a to přesto, že jeho přijetí předcházelo vyhlášení Deklarace práv člověka a občana (1789). Srov. WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 134, včetně pozn. č. 15.

⁹ Např. v podobě požadavků ústavní/evropsky konformního výkladu norem soukromého práva.

¹⁰ Z nejnovějších hodnocení viz např. WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 199.

2. Kritéria vymezující soukromé právo, faktory jeho koherence a základ teorií odlišení soukromého a veřejného práva

Právo jako celek, tedy ani soukromé právo není izolovaný normativní systém regulace společenského chování. Právo (soukromé) současně není založeno na sebeurčení, sebe-definici; je odrazem vnějších společenských determinant, jejichž struktura a role v právu slouží zároveň jako východisko pro kritéria, podle nichž byly formulovány teorie dualismu soukromého/veřejného práva. Soubor těchto determinant lze rámcově sumarizovat následovně:

- a) Společenské determinanty odlišení soukromého a veřejného práva pocházejí zejména z procesu utváření podoby modernity evropské společnosti. Geneticky vzato, moderní soukromé právo vzešlo z boje o společenskou emancipaci jednotlivce, člena daného společenského útvaru a jako reakce na předchozí společenské systémy, kterým zejména v Evropě dominoval absolutismus s centralizací moci v rukou panovníka (*L'état c'est moi* – Ludvík XIV.). Takto vzniklá situace podmínila průběh procesu utváření dichotomického systému soukromé–veřejné právo, jemuž dominovala aktivní role tvořící se občanské společnosti jako základu soukromého práva, zatímco veřejné moci přenechávala společnost část svých pozic, včetně paradigmatu o primátu občana vůči organizaci veřejné moci.
- b) Z právních determinant rozlišení soukromého a veřejného práva přichází v úvahu v první řadě charakteristika subjektu práva. Tu utváří zejména definice subjektu a jeho odlišení od objektu; individualizace subjektu jako nositele rozhodujících zájmů, kategorizace zájmů a intenzita jejich ochrany, relevantní konstrukce osoby a osobnosti jako nositele osobnostního statusu; rozsah a obsah této výbavy; zvláštní pozice majetkové složky osobnostního statusu, zejména vlastnictví. Z povahy subjektů jsou odvozována kritéria odlišení soukromého a veřejného práva, z nichž nezpochybňovaným základem postavení subjektu soukromého práva je autonomie vůle, která se ovšem přenáší, jsouc limitována souborem pravomocí a kompetencí jako základu pozice veřejnoprávního subjektu, i do oblasti veřejného práva, v nichž je vymezena jejich odrazem do pozice nositele výchozího soukromoprávního postavení, tj. účastníka veřejnoprávního vztahu. Z charakteru subjektu jsou odvozovány teorie odlišení soukromého a veřejného práva, označované jako teorie zájmová, teorie subjektů, organická, případně mocenská. Uvedená charakteristika sice sama o sobě není způsobilá vymezit dílčí vztahy jako soukromo- či veřejnoprávní, může však pomoci nalézt podstatu veřejného práva.¹¹
- c) Další determinantou je definice objektu soukromoprávní regulace, v tomto smyslu vnímatelného jako paradigma práva obecně, potažmo soukromého práva. Je jím normativní vzájemné chování subjektů, směřující k ovlivňování objektivně existujícího vnějšího světa a chování subjektů v něm. Zde se zřejmě nalézá jeden z neuralgických bodů charakteristiky zejména soukromého práva, kterým je proklamovaná, stejně tak jako často zpochybňovaná, rovnost mezi účastníky.¹² Z tohoto východiska se odvozují teorie odlišení soukromého a veřejného práva, které považují za základ soukromého práva rovnost subjektů. Rovněž toto východisko je nepochybně užitečným, nikoli však komplexním hlediskem odlišení soukromého a veřejného práva.¹³

¹¹ Srov. BREHM, W. *Allgemeiner Teil des BGB*, s. 33.

¹² Jde o složitou a rozsáhlou tematiku, přesahující rozměry a cíle tohoto příspěvku. Blíže např. HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 106–121.

- d) Přístup k nalezení kritéria odlišení soukromého a veřejného práva, založeného na povaze objektu, bývá označován jako formalistický. Spočívá ve formě jednání a jeho promítnutí do veřejné či soukromé sféry. Soukromé právo je podle něj založeno na formální rovnosti jednajících účastníků, kteří mají horizontální postavení, zatímco veřejné právo má vertikální orientaci, vycházející z výkonu veřejné moci jejího nositele vůči nositeli soukromé autonomie.¹⁴ Toto odlišení ovšem má svá rizika ve svých východiscích: rovnost subjektů jako základ soukromého práva není obecně akceptovaným principem.
- e) Poněvadž dosud nebylo dosaženo obecného přijetí diferenciačního kritéria (kritérií) vymezujících vzájemně soukromé a veřejné právo ani vyčerpávající definice pojmů „soukromé“ a „veřejné“,¹⁵ tato nezpůsobilost by mohla signalizovat, že takové skutečně objektivní a všeobecné kritérium ve skutečnosti neexistuje. Jsme přesvědčeni, že takové kritérium je známo. Nespočívá však v izolovaných, dílčích aspektech povahy soukromého a veřejného práva, nýbrž má komplexní povahu: Společenským základem soukromého práva ve funkcionálním smyslu je svobodné chování individua, jeho apriorní svoboda. Základem veřejného práva je organizace a výkon veřejné moci, jejíž jedním z úkolů je ochrana individuálních zájmů jednotlivců mj. prostřednictvím souboru práv jednotlivce vůči veřejné moci. Odtud, tj. z povahy fungování soukromého a veřejného práva při regulaci chování osob vzájemně a vůči nositelům veřejné moci s jejich výchozími pozicemi a *vice versa*, tj. z potenciálu a limitů nositelů veřejné moci při jejím uplatňování, můžeme odvodit teorii metody právní regulace, která představuje povahu pozic nositelů veřejné moci a individuální autonomie „v akci“ a která by mohla pomoci eliminovat rizika, ovlivňující existenci systému soukromé–veřejné právo. Rozlišení soukromého a veřejného práva v kontinentálním systému práva, založeném na psaném a kodifikovaném právu, spočívá ve způsobu uplatňování veřejné moci (zákonodárné, výkonné i soudní) na právní vztahy, tj. v metodě právní regulace. Toto kritérium je způsobilé eliminovat většinu rizikových prvků ostatních kritérií, učinit systém práva koherentnější a současně přesněji strukturovaný.¹⁶

3. Faktory způsobilé narušit koherenci a systémovou pozici soukromého práva

3.1 Hrozby historické

3.1.1 Období 19. a 20. století nebylo rozhodně naplněno bezvýhradnou akceptací a prosazováním dualismu soukromého a veřejného práva v právních systémech a právním myšlení Evropy. Vedle již zmíněného hledání vymezení vzájemné pozice zejména zdrojů ústavních základů práva a práva soukromého do vývoje zasáhly některé směry právního myšlení, které dichotomii soukromého a veřejného práva odmítaly. Zmiňována je zejména čistá teorie práva H. Kelsena, která kritizovala ideologický kontext odlišování soukromého a veřejného práva a prosazovala systematiku, opírající se o povýtce formálně právní konstrukce.

¹³ Srov. HURDÍK, J. – FIALA, J. – HRUŠÁKOVÁ, M. *Úvod do soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 13–16 a literatura tam citovaná.

¹⁴ SEMMELLES PRINCIPLES-MANN, C. The Public-Private Divide in European Union Law. In: NEERGAARD, U. – NIELSEN, R. (eds). *European Legal Method – In the Multi-Level EU Legal Order*. Copenhagen: DJOF Publishing, 2012, s. 187–188.

¹⁵ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 136.

¹⁶ Blíže viz dále v tomto příspěvku.

Citelný zásah do společenské reality významné části evropských zemí představovaly ideologie totalitních režimů 20. století. Jejich společným jmenovatelem se stalo potlačování role individua a jeho právního postavení ve prospěch deklarovaných společných cílů a hodnot. Propracovanější podobu dostala právní teorie marxismu, vycházející z Leninovy teze, dle níž v socialismu nic není soukromé, která následně vedla v řadě zemí tzv. reálného socialismu k odmítnutí systému soukromého a veřejného práva a jeho nahrazení systémem, jehož odvětví byla vymezena rolí určité skupiny společenských vztahů v procesu ekonomické reprodukce úhrnného společenského produktu.¹⁷

3.1.2 Další hrozbu bychom mohli charakterizovat historickou cestou, směřující od *iuris unum* k modernímu soukromému právu. Zdánlivá, nicméně staletí trvající přetržka, která dělila římské soukromé právo v jeho klasické, později v justiniánské podobě, od přijetí francouzského *Code civil* (1804) jako jednoho ze základních pilířů soukromého práva období modernity, byla ve skutečnosti naplněna kvasem, v němž se utvářely determinanty určující do značné míry podstatu, vnější podobu, ale i systémové zakotvení a vlastní systém soukromého práva v Evropě v její recentní realitě. Vedle formování základů novodobého soukromého práva v pracích glosátorů, postglosátorů, pandektistů a dalších procházel – v římském právu původně sekulární – základ soukromého práva konfrontací s jedním z nejvýznamnějších normativních pilířů středověké Evropy – kanonickým právem. Křesťanská církev západní Evropy se ujala dědictví antického Říma a zprostředkovala jej středověké Evropě¹⁸ i dalším historickým epochám,¹⁹ a to včetně podstatné části soukromého práva.

Vzhledem ke středověkému vztahu církve a světské moci, který má současnost tendenci vnímat zjednodušeně v institucionální podobě boje o investituru,²⁰ nevznikl ani ve středověku jediný právní systém vybudovaný na římském soukromém právu a křesťanském učení, zejména jeho mravním systému a zahrnující soukromé právo, jak je vnímáme dnes.²¹ Přesto se středověké křesťanské učení stalo nositelem mohutné tendence směřující k dosažení cíle v podobě *iuris unum*, tj. univerzality práva (především soukromého, které je této tendenci nejbližší).²²

Středověké tendence k *iuris unum* se po nástupu novověku počaly rozkládat: proces sekularizace soukromého práva usnadnily vedle změněné společenské situace²³ též některé novozákonní teze křesťanského učení, založené na oddělování vztahu člověka k Bohu a ke světské moci, na ponechání Bohu duchovního panství a duchovní lidské svobody a světské moci reálného života člověka.²⁴

¹⁷ Blíže např. WŁODYKA, S. Problem struktury prawa. *Państwo i prawo*. 1995, č. 4, s. 4 an.

¹⁸ Blíže srov. KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiská práva duševného vlastníctva*. Bratislava: Veda, 2013, s. 137 an. a literatura tam citovaná.

¹⁹ Srov. WOŁODKIEWICZ, W. *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*. Wrocław – Warszawa – Kraków – Gdańsk: Ossolineum, 1978, s. 37–39.

²⁰ Srov. KROPAJ, M. – PASTRŇÁKOVÁ, P. Cesta k francúzskej kodifikácii súkromného práva – sekulárne právo ako vhodná inšpirácia pre slovenské súkromné právo? In: BLAHO, P. – ŠVECOVÁ, A. (ed.). *Acta Universitatis Tyrnaviensis – Iuridica sv. VII. Ročenka Právnickej fakulty*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2010, s. 145–180.

²¹ KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiská práva duševného vlastníctva*, s. 142–143.

²² HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*, s. 25.

²³ Ze strany světské šlo i vliv humanismu a renesance, ze strany církevní mj. o odmítavý postoj reformované církve ke kanonickému právu. Srov. KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiská práva duševného vlastníctva*, s. 149, zejména cit. č. 893.

²⁴ Srov.: „Dejte Bohu, co je boží a císaři, co je císařovo.“

Je příznačné, že nejvýznamnější a nejdůslednější útok na funkcionální i institucionální propojení křesťanské, především mravní dimenze lidského života a právního rámce soukromého práva, který se uskutečnil na přelomu 18. a 19. století primárně ve Francii, měl několik zásadních dopadů na systém práva v Evropě: Jednak byl spojen se vznikem prvního uceleného kodifikovaného systému soukromého práva ve Francii přelomu 18. a 19. století. Přijetím *Code civil* v roce 1804 bylo dovršeno dlouhé historické období, jehož prvním mezníkem je vydání justiniánského díla v roce 476,²⁵ směřující k moderní podobě systému soukromého práva. Současně však došlo ke ztrátě křesťanského zdroje mravní dimenze soukromého práva a postavení soukromého práva, jakož i vazby soukromého a veřejného práva, se staly předmětem ataků zejména totalitních společenských systémů. To naznačuje otázku, zda právě v okolnostech a v podobě dobudování moderního systému soukromého a veřejného práva²⁶ nebyl skryt deficit tohoto řešení, který se v následujícím období projevil jako slabý článek takto zrozeného systému. Oddělení, institucionální i funkcionální, sekulárních věd o člověku a společnosti a sociálního učení církve, vedlo k oslabení a tříštění jejich dopadu na efektivitu práva, které se v sekulární podobě s nestabilním mravním základem stalo zranitelné vůči vnějším i vnitřním rizikům.

Posledně uvedené riziko lze považovat z hlediska koherence soukromého práva za zásadní. Má-li tvořit soukromé právo ucelený systém, musí mít především svůj základ v systému hodnotovém. Sekularizací soukromého práva, respektive vyčleněním křesťanského mravního systému a křesťanské sociální nauky ze systému soukromého práva pozbyl systém soukromého práva staletého základu, navíc, jak ukazují současné aktivity hlavy katolické církve,²⁷ způsobilého reagovat na naléhavé požadavky doby, a to i v globálním měřítku.²⁸ Současné sekularizované soukromé právo tak stále ještě hledá svůj univerzální hodnotový základ.²⁹

Uvedené ovšem neznamená rezignaci systému soukromého práva na budování hodnotového základu, neboť „[p]rávní pravidla sama o sobě nemohou být morální autoritou, která zajistí spravedlivé právo“.³⁰ „Děje se tak ovšem v kontinuálním procesu hledání obecných řešení v konfrontujících se časových a prostorových dimenzích evropské civilistiky i v hledání individuálních řešení ve vývoji národních a evropské judikatury.“³¹ Hodnoty, na nichž je budováno novodobé soukromé právo, se tak v průběhu posledních dvou století dotvářejí, mají své dílčí podoby a reagují partikulárními řešeními na pragmatické potřeby dané situace. Tím se vystavují rizikům nevyváženosti, ztráty komplexity a spíše než žulovým základem soukromoprávní regulace se mohou stát tekutými písky. Svého druhu nechtěného řešení se dostalo soukromému právu cestou konstitucionalizace soukromého práva procesy uplatňování práva EU (srov. dále), v jehož rámci již bylo rezignováno na možnou hodnotovou neutralitu soukromého práva a realitou se stala tato cesta jeho hodnotové saturace.³²

²⁵ Někteří autoři ovšem upozorňují na to, že potřeba systematiky římského práva je mnohem staršího data. Srov. WOŁODKIEWICZ, W. *Les origines romaines de la systématique du droit civil contemporain*, s. 6.

²⁶ Ke zdrojům této úvahy a k jejím dopadům srov. např. BAUMAN, Z. *Modernita a holokaust*. Vydání druhé. Praha: Sociologické nakladatelství, 2010, s. 330, HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství A. Čeněk, 2006, s. 67 an., srov. též KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiska práva duševního vlastnictví*, s. 162–163.

²⁷ Srov. encykliku papeže Františka *Laudato si'*. Praha: Nakladatelství Paulínky, 2015.

²⁸ Pohříchu tento rozměr právním systémům s jejich vazbami na státoprávní uspořádání citelně chybí.

²⁹ KROPAJ, M. *Právnofilozofická východiska práva duševního vlastnictví*, s. 162–163.

³⁰ HURDÍK, J. Zásady a generální klauzule občanského práva v evropské perspektivě. In: NOVOTNÁ, M. – JURČOVÁ, M. (eds). *Súkromné právo v európskej perspektíve*. Trnava: Právnická fakulta TU v Trnave, 2011, s. 68.

³¹ HURDÍK, J. Zásady a generální klauzule občanského práva v evropské perspektivě, s. 55.

³² WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 200.

3.2 Hrozby současné vnější

3.2.1 Deficit kritérií vymezení systému práva a definice soukromého práva

O tomto deficitu bylo pojednáno v rámci historických hrozeb systému soukromého a veřejného práva výše. Nutno jej zahrnout i mezi aktuální hrozby, neboť jde o problém přetrvávající do současnosti a navíc se vyhrocující spolu s tím, jak je systém soukromé–veřejné právo podroben atakům ze strany reálného vývoje práva psaného i práva „v akci“, zejména práva EU, všezahrnujících „lidskoprávních“ přístupů k právu, konstitucionalizace soukromého práva aj., jimž tento systém čelí bez vlastního neochvějně pevného doktrinárního, zejména systémového základu. Alespoň částečným řešením se ukazuje užití komplexní podoby kritéria metody právní regulace (viz výše a rovněž v závěru tohoto příspěvku).

3.2.2 Současná ztráta pozic veřejné moci, dominance soukromého sektoru, otázka existence „třetího sektoru“ v právu

Spolu se zhroucením bipolárního světa, definovaného západo-východním antagonismem, dochází k světovému procesu „privatizace“: Masivní privatizace státního majetku, prohlubující se ekonomická liberalizace, globalizace dosahující svých vrcholů a zahrnující všechny sféry života lidí, to vše vede k omezení potenciálu veřejné moci národních států ovlivňovat vývoj společnosti a individuů. Tento deficit usiluje kompenzovat na úrovni světového hráče Evropská unie se svou organizační a právní strukturou. To je na jedné straně zřejmě pozitivní jev, směřující k ochraně veřejné i soukromé sféry zemí EU; na druhé straně však vtahuje jak národní instituce, tak jednotlivce národních států – členů EU – do unijního regulatorního režimu. Jako významný nástroj této ochrany slouží základní práva. Rozhodovací praxe EU se odvolává nikoli na národní, nýbrž na unijní základní práva. Tak dochází k stírání odlišování národního a supranárodního práva a spolu s tím i rozdílu mezi veřejným a soukromým právem z pohledu EU. Naopak, soukromé právo se jeví jako vhodný prostor s prosazování dalšího procesu integrace EU.³³

Jak ukážeme v dalším bodu tohoto příspěvku, proces konstitucionalizace soukromého práva je nutno vnímat jako silný antisystémový (rozuměj systém soukromé – veřejné právo) soubor kroků, které se dostaly zřetelně mimo mantinely standardně či tradičně vnímaných relací „národní“ a „supranárodní“ a současně „veřejné“ – „soukromé“.

3.2.3 Konstitucionalizace, respektive publicizace soukromého práva a horizontalizace základních práv

Zdrojem procesu konstitucionalizace soukromého práva,³⁴ i když ne povýtce, přinejmenším nejsilněji působícím, je oblast evropských (zejména unijních) základních práv. Jde o efekt původně nechtěného: Smlouva o založení EU je ve všech svých normativních parametrech a účincích veřejnoprávní povahy. Navíc se soukromé právo v původních předpokladech jeví být z hlediska cílů evropské integrace nezajímavé a do značné míry irelevantní. Proto v dokumentech EU bylo rozlišení „veřejné“ a soukromé ponecháno mimo pozornost a v situaci, kdy se ukázala potřeba zaujmout stanovisko, byly tyto pojmy

³³ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 198–199.

³⁴ V této pasáži je zčásti čerpáno z článku HURDÍK, J. *Prolínání kategorií základních (ústavních) práv a zásad soukromého práva. Právnícké listy*. 2017, č. 2, zejména s. 24–26.

nahrazeny termíny „vertikální“ a „horizontální“ s argumentací zdůrazňující *sui generis* povahu práva EU.³⁵ V průběhu realizace projektu EU se nedostatek distinkce mezi soukromým a veřejným právem jako objekty právních aktivit EU ukazoval být vhodnou zástěrkou pro masivní rozšiřování faktického působení orgánů EU, ne vždy s respektem k primárnímu vymezení pravomocí EU. Oblasti soukromého práva, na které bylo možno vztáhnout unijní pravomoci (ochrana zaměstnanců, ochrana spotřebitele, odpovědnost za vady, právnícké osoby, všeobecné smluvní podmínky...), se staly jednou ze vstupních bran europeizace soukromého práva jako celku, přičemž druhou bránu otevřela masivní a sílící vlna odkazů na základní práva v soukromoprávních „evropských“ věcech.

Nový dech nabral proces konstitucionalizace soukromého práva díky projektu *Study Group for a European Civil Code*. Jeho výstup, Návrh společného referenčního rámce (DCFR)³⁶ se stal cvičným prostorem, v němž se střetly na (*quasi*)legislativní platformě soukromého práva pravidla a hodnoty „klasického“ soukromého práva s ústavními základními právy a vyvolaly novou potřebu řešit jejich vzájemnou koherentnost či spíše kompatibilitu. Návrh současně poskytl praktickou ukázkou obtíží, s nimiž se setkává proces konstitucionalizace soukromého práva v realitě.

Při prvním pohledu, ovlivněném mainstreamovým přístupem k roli a dopadům pausalního promítnutí základních práv v právním systému, se jeví jako akceptovatelné pojetí konstitucionalizace soukromého práva³⁷ jakožto předpokladu reflektování základních ústavních principů a základních práv ve všech odvětvích práva, včetně práva soukromého.³⁸ Už méně však lze souhlasit s pojetím, které primát soukromého práva nad právem veřejným, respektive základními právy, zakládá na pojetí soukromého práva jako na výrazu detailní artikulace ústavních práv.³⁹ Tento přístup má genetický i metodologický deficit. Základní práva se promítají do soukromého práva *ex post*, se zpožděním; to vytváří značně komplikované možnosti pro skutečně systémová a koherentní řešení této symbiózy. Příkladem je první vlna „socializace“ soukromého práva, která proběhla v evropských právních řádech ve druhé polovině 19. století a na přelomu 19. a 20. století a zanechala na podobě právních řádů následky koncepčně a systematicky srovnatelné s prosazením prétorského nalézání práva s jeho klíčovým nástrojem v podobě ekvity v římském právu klasického období.⁴⁰

DCFR, ačkoli je výslovně, dokonce primárně v názvu, označován jako soubor principů, provádí výčet základních principů nebo hodnot ve svém úvodu (*Introduction*), nikoli ve vlastním textu. V úvodu však neuvádí ani nezmiňuje základní/ústavní práva, nýbrž čtveřici hodnot, typických pro soukromé právo a jeho hodnoty a formulačně v podobě odpovídající metodologii soukromého práva (*freedom, security, justice and efficiency*). Současně zdůvodňuje nezařazení mezi tyto principy/hodnoty solidaritu a sociální odpovědnost

³⁵ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 198.

³⁶ VON BAR, Ch. – CLIVE, E. (eds). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Tome I–V*. Full Edition. Oxford: Oxford University Press, 2009.

³⁷ Srov. CHEREDNITCHENKO, O. O. The Constitutionalization of Contract Law: Something new under the Sun? *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, 8.1. (nestr.).

³⁸ Srov. COLLINS, H. The Constitutionalization of European Private Law. In: MICKLITZ, H.-W. (ed.). *The many Concepts of Social Justice in European Private Law*. Cheltenham, UK – Northampton, USA: Edward Elgar, 2011, s. 136.

³⁹ Srov. BARAK, A. Constitutional Human Rights and Private Law. In: FRIEDMANN, D. – BARAK-EREZ, D. (eds). *Human Rights in Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2001, s. 13.

⁴⁰ Naopak myšlenku podřízení soukromého práva základním právům formuluje O. O. Cherednitchenko: CHEREDNITCHENKO, O. O. Fundamental Rights and Private Law: A Relationship of Subordination or Complementarity? *Utrecht Law Review*. 2007, 3 (2), s. 1–25.

tím, že práce s nimi (tedy metodika) náleží nikoli soukromému, nýbrž veřejnému právu.⁴¹ Zvláštní význam má přístup tvůrců DCFR k systematickému zařazení lidských práv mezi hodnoty, na nichž spočívá DCFR. Lidská práva nejsou řazena mezi tyto principy a hodnoty, protože nepatří mezi podřízené principy, nýbrž mezi nadřazené principy.⁴² Tvůrci DCFR tedy vyšli z respektování odlišnosti zásad soukromého práva a základních ústavních práv, odlišují jejich soukromoprávní a veřejnoprávní povahu a podrobují je odlišné metodě aplikace a interpretace. Co však tvůrci DCFR nevzali v potaz, je odlišnost pojmu základní subjektivní práva, která jsou svou povahou primárně veřejnoprávní, a pojmu svoboda, která je základem a východiskem především soukromoprávní regulace. Obě kategorie se přitom liší nejen vnějšími znaky, nýbrž svým obsahem a vazbou na soukromé právo, která je u svobody bezprostřední a primární, což neplatí u většiny základních subjektivních práv. Z tohoto dílčího závěru tento příspěvek vychází v dalších úvahách o možnostech řešení překážek dostupnosti obou kategorií.

Z přehledu názorů vyvozuje H. Collins dílčí shrnutí závěrů o systematickém a funkčním kontextu konstitucionalizace soukromého práva: a) Při důsledném respektování tradičního odlišování soukromého a veřejného práva jsou zdroje pocházející z obou základních odvětví práva obtížně systematicky vzájemně propojitelné a soukromé právo není dostatečně připraveno přijímat do svého systému základní ústavní práva a principy. b) Naopak, akceptace koncepce jediné struktury pramenů práva vede k zahrnutí základních ústavních práv a principů do jediné vnitřně jednotného systému práva, zahrnujícího jak veřejné, tak soukromé právo.⁴³

Uvedené přístupy mají značný význam pro průchodnost procesu konstitucionalizace:

Zdá se, že mezi právníky se ukazují preference pro poněkud zjednodušený a méně sofistikovaný přístup založený na jednotné struktuře pramenů práva a překonávání hranic mezi soukromým a veřejným právem.⁴⁴

Podle našeho názoru však hranice mezi soukromým a veřejným právem nelze překonat pouhou silou vůle, bez hlubší argumentace. Důslednější a širší argumentace umožňuje nalézt cesty dalšího prosazení základních (ústavních) práv do soukromého práva při respektování základní struktury právního řádu. Při standardním, respektive tradičním respektování odlišností předmětu a metodiky soukromoprávní a veřejnoprávní regulace a odlišení zásad soukromého práva od základních ústavních práv a principů vidíme, že základní zásady soukromého práva působí v intencích metodiky soukromoprávní regulace, vyjádřené algoritmem základních hodnot svoboda – rovnost – vyváženost (ekvita, spravedlnost).⁴⁵ Naproti tomu základní ústavní práva si v sobě uchovávají svůj geneticky veřejnoprávní charakter. Tato odlišnost je však méně axiologická a více metodologicko-funkcionální. To vytváří prostor pro sblížení obou skupin, neboť jejich společný hodnotový základ umožňuje soustředit pozornost na metodologické přístupy (viz návrhy řešení v dalších částech tohoto příspěvku).

⁴¹ VON BAR, Ch. – CLIVE, E. (eds). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR). Tome I–V*. Full Edition, s. 16.

⁴² COLLINS, H. The Constitutionalization of European Private Law. In: MICKLITZ, H.-W. (ed.). *The many Concepts of social Justice in European Private Law*, s. 138.

⁴³ Uvedené shrnutí srov. ibidem, s. 140–141.

⁴⁴ Tento přístup má svou podporu ve vyslovených názorech německého Spolkového ústavního soudu: „[...] constitutional rights [...] embody an objective order of values, which applies to all areas of the law.“ [BVerfGE 39, 1(41)]; citováno dle Mattiase Kumma, který rovněž užil pro tento proces výrazu *total constitution*, který označuje za *genetic basis for the whole legal system* (KUMM, M. Who is afraid of the total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*. 2006, 7 (4), s. 341–370, zde s. 334.

⁴⁵ K tomu blíže HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*, s. 20–81, *Summary in English*, s. 182–189.

Konstitucionalizace soukromého práva je spojena s řadou průvodních jevů, z nichž některé jsou parametrické, některé však paradigmatické povahy. K posledně uvedeným patří, že proces vstupu základních práv do soukromého práva je jedním z faktorů stírání rozdílů mezi soukromým a veřejným právem.⁴⁶ To ovšem znamená rovněž překonání metodologie soukromoprávní a veřejnoprávní regulace, která tvoří základ difference obou základních odvětví práva, a tím ovlivněné podoby hodnot vystupujících v podobě základních práv a hodnot náležejících tradičně soukromému právu. Jeden ze směrů konstitucionalizace soukromého práva jde tedy cestou odstraňování bariér mezi soukromým a veřejným právem; druhý směr (který zastávají i autoři tohoto příspěvku) je v tomto ohledu výrazně rezervovanější a hledá prosazení cest konstitucionalizace soukromého práva alternativními řešeními. Při respektování tendence zachovat dichotomii soukromého a veřejného práva, odlišné podoby hodnot, na nichž jsou budovány, a jejich odlišné metodologie by bylo namísto uvažovat o tom, zda hodnoty, jejichž nositelem jsou základní/ústavní práva, svým vstupem do soukromoprávních vztahů v jejich horizontální podobě (tj. mezi nositeli preprávní svobodné pozice a dalších soukromoprávních hodnot) nemění svou právní povahu v souladu se soukromoprávní metodologií a soukromoprávním vyjádřením hodnot.

Posledně uvedené řešení má svou systémovou hodnotu: na jedné straně umožňuje realizovat proces konstitucionalizace soukromého práva v jeho podobách imanentních realitě a funkcionalitě soukromého práva a systémovému zařazení hodnot, principů, metodologie a institucionálních nástrojů soukromého práva, na druhé straně zachovává základní strukturu práva a strukturální i funkcionální koherentnost jeho základních odvětví. V tomto smyslu se může jednat o možné řešení problému integrity a soudržnosti doktrinního systému práva, na který upozornil H. Collins.⁴⁷

Proces konstitucionalizace soukromého práva však lze vnímat i z jiného úhlu a s jinými akcenty: Jak upozorňuje Sonya Walkila, konstitucionalizace, tradičně vnímaná jako ochrana jednotlivce proti (přímému uplatnění) veřejné moci, se v praktické politice a judikatorní praxi EU stává též a dokonce typicky prostředkem ochrany slabší strany⁴⁸ v nejrozličnějších konkrétních vztazích, jejichž účastníky však nejsou jednotlivci proti přímému uplatnění veřejné moci jejím nositelem, nýbrž obě strany jsou nositelé soukromoprávního statusu (spotřebitelské, zaměstnanecké aj. vztahy). „Silnější“ strana vztahu tu uplatňuje svou faktickou mocenskou pozici vůči straně „slabší“.⁴⁹

Logicky vzato, v této konstrukci je „něco špatné“: Z variant, které přicházejí v úvahu *prima facie*, jsou to dvě možnosti: Buď je ochrana slabší strany vztahu chybná ze své podstaty (*eo ipso*) či ze svého systémového a funkcionálního zakotvení, nebo je problém ve vymezení systémové distinkce veřejné–soukromé právo, případně obé. Podle našeho názoru, opírajícího se o teze v předchozích částech tohoto příspěvku, věnovaným kritériím odlišení soukromého a veřejného práva, obě situace dokáže „pokrýt“ užití teorie subordinace respektive mocenské, která posuzuje přítomnost či nepřítomnost mocenské převahy jedné strany vztahu nad druhou, avšak nedokáže zabránit erozi distinkce veřejné–soukromé právo v jeho klasické a *implicite* uplatňované podobě, když kritérium odlišení posouvá do centra oblasti vyhrazené nepochybně právu soukromému (oba účastníci jsou

⁴⁶ Srov. COLLINS, H. *The Constitutionalization of European Private Law*, s. 163–164.

⁴⁷ Srov. COLLINS, H. *The Constitutionalization of European Private Law*, s. 136.

⁴⁸ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 199.

⁴⁹ Z nejcitovanější judikatury SD EU: věc *Mangold* (C-144/04); věc *Kücükdeveci* (C-555/07).

nositeli soukromoprávního statusu). Naopak užití teorie subjektu tento nesystémový průnik veřejnoprávního prvku do soukromoprávní oblasti zachytit dokáže, když vychází z požadavku přítomnosti nositele veřejné moci ve veřejnoprávním vztahu. Ovšem zcela jednoznačně na podobnou situaci reaguje teorie metody právní regulace, která pro oblast veřejného práva předpokládá přímý výkon veřejné moci, zatímco v soukromém právu nositel veřejné moci, a současně tuto moc přímo vykonávající, není přítomen.

Na uvedené situaci se rovněž ukazuje význam odlišování hodnot a zásad soukromého práva, založených na soukromoprávním paradigmatu, od základních práv a svobod náležejících právu veřejnému. Jde o funkcionálně odlišné modalitty, jejichž uplatnění *promiscue* má zásadní systémové, by paradigmatické dopady. V popsané situaci, při užití teorie metody právní regulace, by ochrana slabší strany systémově připadla do oblasti zásad soukromého práva, nešlo by tedy ve skutečnosti o horizontalizaci základních práv (neboť o základní právo nejde), nýbrž o systémově korektní uplatnění zásady, kterou jako takovou – byť nejednotně a s významnou kritikou⁵⁰ – přijímá za svou soukromé právo. Další – ovšem hypotetickou – cestou řešení je připuštění „sociálního práva“⁵¹ do pozice třetího systémového souboru vedle veřejného a soukromého práva, založeného na nepřímém uplatnění veřejné moci cestou regulatorního omezení vzájemných pozic a právních aktivit mezi nositeli (původně) soukromoprávního statusu.

Situace v každém případě vyžaduje koncepční řešení, neboť příliv dalších základních práv, tvořících jeden z pilířů práva EU, bude zřejmě stále sílit,⁵² zejména přenesením těžišť do oblasti digitálních technologií⁵³ a využitím veškerého potenciálu Evropské úmluvy o lidských právech.

3.3 Hrozby současné vnitřní

3.3.1 Problém systémové koherence soukromého práva, otázka „obecného soukromého práva“ a „zvláštních soukromých práv“ a jejich systémové zařazení

Obecně můžeme konstatovat, že systémová koherence soukromého práva je narušována vlivy práva EU, které se snaží prosazovat partikulární ochranu specifických subjektů, ať už je to ochrana spotřebitele, ale i ochrana např. drobného podnikatele v závazkových vztazích. Přístup jednotlivých členských států stran transpozice práva EU do národního systému soukromého práva je různý: zpravidla bývají modelová řešení transponována do subsystému zvláštních soukromých práv, kvalita zákonodárného procesu se však v jednolitých členských státech liší a mnohdy dochází k tomu, že partikulární ochrana určitého subjektu či dílčí problém řešený konkrétní směrnicí je např. do civilních kodexů transponován zcela nesystematicky, což zcela narušuje systematiku soukromého práva jako celku.

Výrazným příkladem slouží právo ochrany spotřebitele: Ačkoli se spotřebitelské právo zrodilo jako soubor partikulárních zásahů do obecného konceptu smluvního práva, realizované projekty poslední doby přesvědčují, že si stále více osvojuje celý soubor obecných hodnot soukromého práva. Další budování systému práva ochrany spotřebitele, které vycházelo z práva partikulárních výjimek, je stále výrazněji konfrontováno se systémem

⁵⁰ Blíže HURDÍK, J. – LAVICKÝ, P. *Systém zásad soukromého práva*, s. 120–121.

⁵¹ Viz pozn. č. 5.

⁵² WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 201.

⁵³ Za všechna rozhodnutí Google (C-131/12).

soukromého práva a jeho hodnot jako celku a má tendenci k integraci obou systémů. Povaha a podstata hodnot a nástrojů spotřebitelského práva (zejména jejich původ v obecném arzenálu soukromoprávní regulace) tak současně vedou k úvaze, zda nás na další cestě dotváření spotřebitelského práva nečeká překročení hranic spotřebitelských vztahů (kde úprava posiluje spotřebu na vnitřním trhu) a proniknutí do obecné koncepce smluvních vztahů jako výraz posilování obecných hodnot, důvěry a poctivosti, které si zaslouží i vztahy nespotebitelské.

Z opačného pohledu je tak možno pozorovat obdobný jev: Zvláštní soukromá práva a modelová řešení obsažená v něm se vlivem praxe a aplikace posléze stávají obecnými modelovými řešeními, tj. mění se ze zvláštních soukromých práv na práva obecná a přeskupují se ze zvláštních částí do částí obecných.⁵⁴

Možná bychom trochu nadneseně mohli říci, že jde o jakousi tichou a pozvolnou revoluci v systému soukromého práva, jehož modelová řešení obecného charakteru platící stalet se vlivem práva EU podstatným a zásadním způsobem proměňují a narušují tak celou stavbu právního řádu a celistvost soukromého práva. Na druhou stranu je nutné si uvědomit, že právo spíše nepružně a pomalu reaguje na společenskou realitu, která se mění překotným způsobem, a to velmi silně i ve vymezení prostoru veřejného a soukromého.

Lehkomyslnost, s jakou je v současnosti nakládáno s tisíciletým systémovým základem evropských právních řádů, tj. se základním dualismem veřejné–soukromé právo, zarazí o to více, když zvážíme dopady těchto procesů a na ně navazujících možných řešení na další významné otázky systému práva: Jestliže otázka, zda ochrana slabší strany bude náležet systémově soukromému právu či nikoli, se významně promítla do vnitřního systému českého soukromého práva, v jehož rámci je pracovní právo považováno za součást soukromého práva, avšak tvořící subsystém, jehož zákonodárce – nesměle a v samém závěru civilního kodexu (zák. č. 89/2012 Sb.) – označil jako „zvláštní soukromé právo“,⁵⁵ zřetelně v kontrapozici k „obecnému soukromému právu“, regulovanému civilním kodexem. I v tomto přístupu se ovšem ukazují systémové pochybnosti zákonodárce, zda všechny oblasti soukromého práva, podřízené jako celek ochraně slabší strany, zařadit do kodexu či nikoli, respektive zda je výslovně nazvat – podobně jako mimo kodex stojící pracovní právo – „zvláštními soukromými právy“. Co je ovšem třeba ocenit, je postup zákonodárce, který svým přístupem klasifikoval oblasti ovládané prostřednictvím „*regulatory rules*“ bez váhání jako náležející kritériu soukromého práva.

4. Shrnutí vlivu rizikových faktorů na systém práva, ergo dichotomii soukromé/veřejné právo

Jak je zřejmé ze stručného přehledu podaného v tomto příspěvku, systémová dualita soukromé právo – veřejné právo v evropském kontinentálním systému práva, jakož i kritéria vzájemného vymezení obou dílčích systémů, potažmo vnitřní koherence soukromého práva jsou v současnosti podrobovány zkouškám, které mohou – při dalším nárůstu faktorů, které je evokují a při trvajícím deficitu jednotného názoru na kritéria členění

⁵⁴ Tento jev měl po určitou dobu i svou institucionální podobu, představovanou paralelní existencí a intenzivní spoluprací mezi dvěma pracovními skupinami, zaměřenými na tvorbu modelových řešení vývoje legislativy na úrovni EU: jedna k dosažení vyšší koherence spotřebitelského práva (*Acquis Group*), druhá na tvorbu evropského modelového práva smluvních závazků (*Study Group for a European Civil Code – SGECC*). Pozoruhodná je obsahová blízkost obou výstupů: *Acquis Principles* a Návrhu společného referenčního rámce (DCFR).

⁵⁵ § 3029 odst. 2.

soukromého a veřejného práva a přezíravém postoji k potřebě dokončit koncepční vymezení tohoto tisíciletého a nepochybně základního systematického třídění práva jako celku – vyvolat jeho další dekonstrukční efekt, který není fatálně historicky nezbytný, může však při nedostatku pozornosti a úsilí o řešení prohloubit celý soubor krizových jevů ve vývoji práva, jež jsou s ním pojmově i funkcionálně spjaty. Jde o jednu z hrozeb, která je ve hře při stávajícím vývoji, preferujícím pragmatické dílčí cíle práva a odsouvajícím do pozadí dobudování jejich koncepčního základu, jež se za konstelace okolností, které reálný vývoj přináší, mohou promítnout do ohrožení samotné existence veřejného a soukromého práva a jeho subsystémů.

Jakkoli je část popsanych vlivů vnějších, objektivně vzniklých a působících objektivně, ergo na pohled mimo možnosti práva je eliminovat, právní nauka by byla způsobila na jejich výzvy reagovat a nalézat řešení jejich dopadů v systému práva mnohem efektivněji a jednoznačněji, pokud by tato řešení mohla být založena na doktrínálně, respektive systematicky jasně narýsovaných a odůvodněných koncepčních východiscích.

Z konfrontace rizik pro současné soukromé právo a potenciálu práva k jeho řešení vyplynuly klíčové přístupy možných řešení. Deficity, které právo dokáže řešit, spočívají především v alespoň aproximativní shodě právnické obce na vzájemném vymezení soukromého a veřejného práva na základě všeobecně přijatého kritéria jejich rozlišení. To je základem pro zpřesnění definičního oboru soukromého práva i základem pro jeho funkcionální vymezení, které musí být u systému (na rozdíl od struktury) klíčový. V tomto smyslu se odkazy na definici soukromého práva musí především opírat o jeho funkcionální vymezení vůči právu veřejnému.

Při posouzení kritérií odlišení soukromého a veřejného práva se ukázalo trvalý podcenění potřeby specifikace kritéria, vyjadřujícího podstatu a funkční potenciál základních typových přístupů k právní regulaci. Historicky vzniklá kritéria, počínaje Ulpianovou teorií zájmovou až k teorii organické, kterou přijímá od počátku za svou český zákonodárce při rekodifikaci soukromého práva,⁵⁶ na která se stále autoři odvolávají, trpěla deficity jednostrannosti, nekomplexnosti a malé funkcionální efektivity. Významným pozitivním signálem jsou proto snahy o komplexní kritiku deficitů jednotlivých kritérií a jejich nahrazení kritérii, která nedostatky dosavadních minimalizují zaměřením pozornosti na klíčovou povahu právních vztahů mezi subjekty „v akci“.⁵⁷

Řešení je třeba hledat nikoli u subjektů či u vnějšího (mimoprávního) předmětu právní regulace, nýbrž v právní regulaci samé, v její podstatě a povaze, která v sobě integruje vlastnosti subjektů i mimoprávní cíle právní regulace. Za toto vnitřní, komplexně působící a funkcionálně orientované kritérium byla již ve druhé polovině 20. století označena metoda právního regulování.⁵⁸ Metoda právního regulování vyjadřuje (a) na jedné straně způsob a míru působení veřejné moci na právní režim utváření společenských vztahů, a současně (b) způsob a míru působení účastníků společenských vztahů na právní režim jejich utváření. V tomto smyslu se metoda veřejného práva zaměřuje na přímé uplatnění veřejné moci na utváření právních poměrů, zatímco metoda soukromoprávní uplatňuje veřejnou moc nepřímo a ponechává rozsáhlý prostor autonomii nositelů soukromoprávního statusu.⁵⁹

⁵⁶ ELIÁŠ, K. a kol. *Nový občanský zákoník s aktualizovanou důvodovou zprávou a rejstříkem*. Ostrava: Sagit, 2012, s. 57.

⁵⁷ WALKILA, S. *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, s. 136.

⁵⁸ MACUR, J. *Občanské právo procesní v systému práva*. Brno: UJEP, 1975, s. 108–109.

⁵⁹ Srov. též HURDÍK, J. – FIALA, J. – HRUŠÁKOVÁ, M. *Úvod do soukromého práva*, s. 18–23.

V uvedeném smyslu se rovněž ukazuje poměrně zřetelně průběh hranice mezi soukromým a veřejným právem na jednotlivých attributech, které standardně užívá veřejné, respektive soukromé právo: a) Subjekty soukromého práva jsou povýtce nositelé soukromoprávního statusu založeného na individuální autonomii a možnosti chovat se způsobem, který zákon nezakazuje; ve veřejném právu je nositel veřejné moci oprávněn a současně povinen ji přímo vykonávat jen v mezích svých pravomocí a příslušnosti; b) Proti mocenské pozici nositelů veřejné moci ve veřejném právu stojí nositel soukromoprávního statusu; v soukromém právu stojí proti sobě nositelé soukromoprávního statusu. Rovnost subjektů soukromého práva v soukromoprávních vztazích je předpokládána a je standardem, může však být limitována ochranou slabší strany. Systematickou podobu nabývá toto omezení ve vztazích, které tvoří tzv. zvláštní soukromá práva. c) Právním nástrojem realizace soukromoprávních vztahů je zásadně smlouva, právním nástrojem veřejnoprávních vztahů úřední rozhodnutí. d) Soukromé i veřejné právo užívají k prosazení svých cílů odlišného souboru sankcí: ve veřejném právu je cílem sankce jednostranná újma, v soukromém právu obnovení rovnováhy zúčastněných zájmů.⁶⁰

Je-li vymezení soukromého práva založeno na jednoznačných a funkcionálně efektivních kritériích, otevírá se tím výrazně přesněji vymezený prostor pro navazující eliminaci rizik hrozících soukromému právu. *Quod erat demonstrandum.*

⁶⁰ Srov. ibidem, s. 13.

Is the Existence of Private Law Threatened?

Jan Hurdík – Markéta Selucká

Abstract: The submitted paper focuses mainly on the questions of the system of private law and on its ability to resist the infringement of its coherence. The authors pay their attention to the significant risks of its historical and doctrinal nature and also to the risk arising from the contemporary developments not only in practice but also (regulated by private law) with the corresponding development of law itself. The solution can be seen in the return to the discussion about the criteria distinguishing between private and public law and expressing both the nature and functional potential of types of the approaches to the legal regulation.

Key words: system of laws, dichotomy of private/public law, method of legal regulation, horizontal effect of fundamental rights, constitutionalization of private law