

O veřejném zájmu v právu (obecná úvodní úvaha)

LUBOŠ TICHÝ*

About the public interest in law

Summary: The article first defines the concept of interest, which plays a significant role according to interest jurisprudence, value jurisprudence and Roscoe Pound's determination. It then defines the notion of public interest, considers it as a measure of the justification of a legal norm and part of its purpose. It is the result of an assessment of the various relevant interests and is an essential part of the legal order. It analyses the method of its determination in both normative and application practice. Finally, it finds that this method is underestimated in the Czech Republic, especially in the normative process.

Keywords: Jurisprudence of interest; private and individual interest; public interest; forms of public interest; evaluation; comparing; balancing; proportionality principal; theory of competence; delegation of public interest

1. Úvod

Účelem tohoto příspěvku je stručným způsobem postihnout kategorii veřejného zájmu v její komplexnosti. Za úkol si klade její vymezení, zejména vymezení jejího obsahu, vznikání a uskutečňování. Poznání, k němuž tento příspěvek dospěje v teoretické části (ad 2), aplikují na dva příklady v praktické části (ad 3). Jedná se tak o skromný podnět k diskusi o fenoménu veřejného zájmu v české právní nauce.

Veřejný zájem je jako pojem v právních předpisech a právní praxi hojně užíván. Například v českém právním řádu jeho výskyt činil více než 4500 výslovně uvedených případů ve 228 předpisech.¹ Tomu ovšem neodpovídá pozornost, kterou mu věnuje právní nauka. Nepříliš početná díla postihující tento pojem – ať již obecně, či v určitém kontextu – pocházejí především z pera autorů soustředujících se na veřejné právo.² Tito autoři se ovšem nezabývají podstatou veřejného zájmu, kterým je samotný zájem, jehož je veřejný zájem jen jeho určitým druhem.³

Zájem je však základem jedné z nejvýznamnějších právních teorií (doktrín) – školy zájmové jurisprudence, jež patří společně s hodnotovou jurisprudencí a školou právního realismu do rodiny sociologizujících právních směrů, které svým způsobem navazují na účelovou jurisprudenci R. Jheringa. Představitelé těchto směrů se omezují na oblast práva soukromého, pojem veřejného zájmu však leží mimo jejich pozornost.

Jde tak o určitý paradox.

Úkol tohoto příspěvku spočívá proto i ve skloubení poznatků obou těchto navzájem izolovaných proudů – nauky veřejného a soukromého práva, neboť v tom lze spatřovat nejen naprosto logický přístup, ale především možnost metodologického obohacení. Kategorie zájmu a veřejného zájmu totiž prostupují všechna odvětví práva.

Nakonec ještě nutná poznámka. Výše vymezené téma bylo zpracováno v přípustném rozsahu. Proto jsou myšlenky tohoto příspěvku vměstnány do víceméně určitého katalogu, jenž by si zasloužil důkladnějšího odůvodnění.

* Autor působí jako vedoucí centra právní komparatistiky PF UK. E-mail: tichy@prf.cuni.cz. Příspěvek je přepracovanou, podstatně rozšířenou a na českého čtenáře orientovanou verzí jedné kapitoly autora ve sborníku TICHÝ, L., POTACS, M. (eds.). *Public Interest in Law*. Cambridge, Antwerp, Chicago: Intersentia 2021, str. 25 a násl.

¹ Viz Aspi z 1. 12. 2021.

² Viz dále někteří nejvýznamnější zahraniční autoři v oblasti práva ústavního a správního.

³ Česká soudobá literatura není výjimkou. Např. ve standardních dílech, jakými jsou učebnice či rozsáhlejší monografie z práva ústavního a správního, nenajdeme mnohdy ani zmínku o veřejném zájmu. Poněkud jiný obraz poskytuje nauka životního prostředí [viz např. VOMÁČKA, V., et al. (eds.). *Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář*. Praha: C. H. Beck 2017, VIČAROVÁ HEFNEROVÁ, H. *Ochrana veřejného zájmu v řízení o žalobě proti rozhodnutí správního orgánu*. Praha: Leges 2018] a komentářová literatura k soudnímu řádu správnímu [např. POTĚŠIL, L., et al. (eds.). *Soudní řád správní. Komentář*. Praha: Leges 2014, či JEMELKA, L. *Soudní řád správní. Komentář*. Praha: C. H. Beck 2013]. V právu soukromém stojí za pozornost příspěvek K. Eliáše, v němž se autor problematice veřejného zájmu též věnuje (viz ELIÁŠ, K. K justifikaci pravidla o nezávislosti uplatňování soukromého práva na uplatňování práva veřejného. *Právník*, 2014, č. 11).

Jsem však přesvědčen o tom, že jako podnět k diskursu o této v české právní literatuře velmi zřídka zpracované problematice je zvolený formát postačující.

2. Teoretická část

2.1 Základy. Zájmová jurisprudence a jiné teorie

2.1.1 Člověk a jeho zájem. Soukromý, individuální zájem jedince

Zájem je imanentní součástí lidského bytí. Jde o volní vztah člověka k určitému objektu s cílem uspokojení dané potřeby. Každému zájmu je vlastní určitý cíl (účel). Jedná se primárně o individuální zájem lidské bytosti, jíž je vlastní egoismus. Naopak cizí je tomuto vztahu v jeho primární, základní podobě ohled na třetí, a proto ani jakýsi normativní solidarismus ve smyslu Jheringa nepřichází v úvahu.

Vztah subjektu k objektu slouží k bližšímu vymezení zájmu a jeho odlišení od jiných pojmů, jakými jsou například hodnota, dobro apod., i když ty mohou být součástí, a dokonce charakteristickým rysem zájmu. Zájem je ve svém základu subjektivní. V jeho primární podobě jde o individuálně psychický fenomén.⁴ Tak lze zájem odlišit od pojmu „dobro“, který lze definovat jako objektivní potřebu, tedy potřebu toho, co je objektivně a nikoliv subjektivně individuálně žádoucí, a tedy to, co Wolff označuje jako „pravý zájem“ (*wahres Interesse*).⁵

Je zřejmé, že existuje bezpočet individuálních zájmů. Můžeme je klasifikovat podle různých kritérií, např. a) podle předmětu zájmu, b) podle počtu subjektů zájmu, c) podle sociální stratifikace jejich subjektů, d) podle územně politického uspořádání atd.⁶

Na určitém stupni vývoje společnosti se stává k jejímu dalšímu přežití nutností dělba práce. Vzniká nutnost organizace společnosti na základě určitých pravidel. Organizace

předpokládá řád, a tedy i soubor pravidel, jež jsou určitou mocí vynucována. Vzniká právo, právní norma, pravidlo, jehož základem a obsahem je veřejný zájem jakožto objektivní kategorie.⁷

2.1.2 Zájem jako základ veřejného zájmu, veřejný zájem a účel právní normy

Veřejný zájem není jen právní pojem; jeho základ – zájem – je mnohodimenzionální. I proto se mnozí autoři⁸ vyhýbají jeho definici. Základ k vymezení veřejného zájmu je třeba hledat v pojmu „zájem“, který je středobodem zájmové jurisprudence, jež používá tohoto pojmu v nejšířším smyslu.⁹ Jejich poznatků je ovšem třeba využít nejen při výkladu a aplikaci práva, kde leží hlavní zájem P. Hecka a jeho následovníků, ale i v samotném pojmosloví a zejména normotvorbě. Zájem může mít nejen materiální, ale i morální, etický, religiózní a další aspekt. Slova „zájem“ se používá pro každé přání, bez ohledu na jeho druh. Specifikum zájmové jurisprudence spočívá tedy v zásadním úsilí spatřovat v předstávě o právu působení těchto přání, neboť tvorba práva je formována empiricky právě na jejich základě. Pomocí zájmů hledá zájmová jurisprudence účel zákona.¹⁰ Každá jednotlivá právní norma řeší určitý konflikt zájmů, a je tedy výsledkem střetu zájmů sledujících různé účely¹¹ (viz 2.1.1).

Zákonodárce vytváří právo k určitému účelu, který určuje jeho obsah. Všechny právní normy mají podle Jheringa za účel „zajištění životních podmínek společnosti“.¹² Jeho metoda účelu nahrazuje formální logické metody subsumpce předchozí Begriffsjurisprudenz vyvažujícím hodnocením veškeré empirie, resp. skutkového stavu a v něm obsažených zájmů podle určitých hodnotových měřítek.¹³ V tomto smyslu lze uvažovat o účelu jako o motivu (důvodu) přijetí právní normy zákonodárcem, který má pro soudce význam v její interpretaci, tedy v objasňování jejího obsahu a smyslu.¹⁴ Toto učení je potvrzováno

⁴ Viz DÜRIG, G. *Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“*. München 1949, str. 5, který správně uvádí, že zájem znamená vztah subjektu k objektu zájmu. Veřejný zájem nelze kvalifikovat ani jako soubor soukromých zájmů, ani jako protiklad soukromého zájmu.

⁵ WOLFF, A. J. *Verwaltungsrecht I*. 8. vyd. München: C. H. Beck 1971, str. 158.

⁶ Významná je analýza střetu národního veřejného zájmu a nadnárodního veřejného zájmu ve Francii a Evropské unii. K tomu srov. MEHLI, R. *Intérêt général et droit de l'Union européenne – Réflexions cursives sur une notion „indéfinissable“*. *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur du Professeur D. Truchet*. Daloz, 2015.

⁷ Viz k tomu SCHUBERT, G. *The public interest, a critique of the theory of a political concept*. Illinois, 1960.

⁸ Viz LUHMANN, N. *Der Staat I*, 1962, str. 375, který přirovnává snahu o definici pojmu veřejný zájem k pokusu o zdolání severní stěny Eigeru bez horolezecké výbavy.

⁹ HECK, P. *Das Problem der Rechtsgewinnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1912, str. 30.

¹⁰ VOGENAUER, S. *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, str. 215.

¹¹ Příkladem řešení kolize (a tedy stanovením účelu zákona, resp. veřejného zájmu) mezi veřejným zájmem a zájmem soukromým vybraných osob (veřejných funkcionářů) je zákon č. 159/2006 Sb. o střetu zájmů.

¹² Von JHERING, R. *Der Zweck im Recht*. 1. sv. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1893, str. 462.

¹³ Viz též KAUFMANN, A., HASSEMER, W., NEUMANN, U. (eds.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg: C. F. Müller, 7. vyd. 2004, str. 120.

¹⁴ HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, str. 84.

poznatky R. Pounda,¹⁵ jenž pojem zájmu přebírá nejen od Benthama, nýbrž především od Jheringa, a podle něhož mají být právní normy analyzovány na základě svého obsahu, neboť vycházejí ze společenských zájmů.

Účel právní normy, který podle Jheringa¹⁶ představuje hybatele veškerého práva, je ztělesněním veřejného zájmu. Ten je v ní obsažen, i když není výslovně vyjádřen.¹⁷ Výslovné vyjádření veřejného zájmu znamená pouze konkrétní pokyn zákonodárce (normotvůrce) a zdůraznění povinnosti aplikátora brát veřejný zájem v úvahu. Jako součást právní normy je veřejný zájem předmětem výkladu, při němž hraje úlohu kromě jeho výslovného vyjádření i jeho další klasifikace, jako např. „důležitý“ apod. (viz i 2.2.1).

2.1.3 Veřejný zájem a právní norma

Původ právní normy, a tedy její vlastní „causa“, spočívá v hodnotových představách (viz 2.2.2), jež jsou základem zájmu. Zákonodárce je přitom ovlivňován zejména tzv. organizovanými zájmy různých (zájmových) skupin (*pressure groups*). Právní pravidla jsou tak výsledkem řešení konkurence zájmů, jež jsou mnohdy protichůdné.¹⁸

Není rozhodující, že daná (konkrétní) právní norma slouží na ochranu soukromých zájmů, zájmů jednotlivce. Protože má normativní povahu, je ochrana zájmu jednotlivce zájmem veřejným.

Jak již naznačeno shora (2.1.2), veřejný zájem hraje roli nejen v normotvorbě, ale i při uskutečňování práva. V obou situacích je třeba rozlišovat otázky pravomoci (oprávnění) k určování toho, co se považuje za veřejný zájem, a otázky, kdo autoritativně stanoví veřejný zájem v dané věci, na straně jedné a otázky metodologie zjišťování veřejného zájmu na straně druhé. Pro autoritativní identifikaci veřejného zájmu existuje v moderních společnostech státní monopol (resp. monopol nadstátní organizace, jakou je např. EU) ve

smyslu kompetenční teorie, podle níž je dána pravomoc státních či veřejných orgánů legislativní, výkonné a soudní moci (viz dále 2.3). Otázka metodologie identifikace veřejného zájmu se týká výběru kritérií (měřítek, standardů) a postupů, na jejichž základě se určuje, co veřejný zájem představuje, resp. co je ve veřejném zájmu (viz 2.2–2.4).

2.2 Pojem veřejného zájmu a teorie hodnocení (poměřování a vyvažování)

2.2.1 Veřejný zájem a jeho funkce

Veřejný zájem lze vymezit jako ideální, abstraktní kategorii, měřítko ospravedlnění právní normy. Je výsledkem hodnocení (poměřování a vyvažování) jednotlivých relevantních zájmů (viz 2.2.2). Veřejný zájem je pevnou, nezbytnou součástí právního řádu.¹⁹ Spočívá v jeho samotné podstatě.²⁰ Jeho normativní síla je rozdílná. Veřejný zájem je konkretizován s ohledem na relevantní oblast regulace a působnost dané právní normy. Jakožto normativní znak skutkové podstaty právní normy může být vyjádření (výraz) veřejného zájmu nástrojem rozdílné legislativní techniky.

Intenzitu veřejného zájmu vyjadřuje normotvůrce tím, že jednak jej explicitně do právní normy zařazuje, jednak do textu právní normy vkládá navíc různé přívlasky, například slovo „naléhavý“ ve smyslu naléhavý veřejný zájem.²¹

Porozumění právní normě²² znamená uvědomění si jejího účelu – veřejného zájmu. Veřejný zájem právní normy by měl být zřejmý i z přípravných legislativních prací a jejich kontextu včetně relevantních publikací.²³ Při používání normy je proto třeba analyzovat veškeré relevantní materiály.²⁴

Přijetí právní normy je výsledkem řešení konfliktu jednotlivých, mnohdy veskrze protichůdných zájmů (2.2.2).²⁵ Na rozdíl od Coinga²⁶ lze soudit, že i zdánlivě „neutrální“

¹⁵ POUND, R. *Outlines of Lectures on Jurisprudence*. 5. vyd. Harvard University Press, Cambridge MA 1943, str. 9.

¹⁶ Von JHERING, R. *Der Kampf um's Recht*. 23. vyd. Wien 1946, str. 20, 46.

¹⁷ V určitém období vývoje zákonodárství byl veřejný zájem (normativně) v některých významnějších zákonech přímo zakotven. Tak tomu bylo u některých významnějších právních úprav, jako např. v § 1 zákona č. 101/1963 Sb., o právních vztazích v mezinárodním obchodním styku (ZMO), nebo v již též zrušeném zákoně č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním (§ 1), či v ještě stále platném § 1 občanského soudního řádu, zákona č. 99/1963 Sb. Je však třeba uznat, že obsahem těchto úvodních ustanovení byl především popis věcné působnosti uvedených kodexů.

¹⁸ Von JHERING, R. *Der Kampf um das Recht*. 23. vyd. Wien 1946, str. 20, 46.

¹⁹ HÄBERLE, P. *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*. Bad Homburg, 1970, str. 718.

²⁰ Viz k tomu náleží Ústavního soudu Pl. ÚS 21/17 z 12. 2. 2019, podle něhož je veřejný zájem chápán v širším smyslu jako zájem obecně prospěšný či ochraňující. Je považován za nutný předpoklad úvah o prvotní mocenské regulaci společenských vztahů zákonem.

²¹ V každém právním řádu se výraz „veřejný zájem“ vyskytuje často s přívlasky jako obecný, významný, převažující, silný nebo naléhavý (KLEIN, W. *Zum Begriff des öffentlichen Interesses*. Münster, 1969, str. 10).

²² WESTERMANN, H. *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung und Zivilrecht*. Münster: Verlag Aschendorff 1955, str. 158.

²³ O druzích přípravných materiálů a jejich významu viz mj. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 6. vyd. Bern: Stämpfli Verlag, str. 164 a násl.

²⁴ Viz známý výrok Hecka o tom, že „právní normě plně neporozumíme, pokud nepoznáme, že se jedná o výsledek poměřování a vyvažování zájmů, nebo jde o legislativní zmetek“ (HECK, P. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen, 1932, str. 107).

²⁵ Zde podle Holländera vede přímá myšlenková linie od P. Hecka ke Gustavu Radbruchovi, viz HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, str. 92.

²⁶ COING, H. *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*. JZ 1951, str. 483.

ustanovení, jako například zákonná definice, je řešením konfliktu.²⁷ Konflikt zájmů se neprojevuje vždy zřetelně. Nejvýraznější je zpravidla tam, kde existuje dlouhodobý hodnotový rozpor.

Hodnocení (viz 2.2.2) rozdílných relevantních zájmů je otázkou jejich poměrování a vyvažování²⁸ na základě určitých kritérií (měřítek). Jde o postup, který rozvinula a aplikovala hodnotová jurisprudenc (Wertungsjurisprudenz) reprezentovaná především jménem Harryho Westermanna.²⁹ Kritérii pro hodnocení (poměrování a vyvažování, viz 2.2.2 níže) by měly být hodnoty ústavního pořádku včetně zejména základních lidských práv, zásady, jimiž má být či je daný kodex či zákon a konečně i daný právní institut ovládán. Jde tedy o promítání těchto hodnot do normativní roviny jednotlivých zákonů či jednotlivých právních norem.³⁰ Důkladná analýza a její odůvodnění, zejména ospravedlnění jejího výsledku, se předpokládá.

2.2.2 Proces hodnocení zájmů.

Poměrování a vyvažování

Poměrování a vyvažování relevantních zájmů je myšlenkovým pochodem při tvorbě a výkladu právní normy. Je proto třeba vysvětlit podstatu těchto pojmů. Poměrováním rozumím volbu v úvahu přicházejících zájmů a jejich kvalifikaci jako zájmů veřejných (viz 2.2.1). Vyvažování znamená adaptaci identifikovaných veřejných zájmů za situace jejich paralelního uplatnění (využití) při formování účelu právní normy, a to jak v procesu normotvorby, tak při jeho aplikaci. V následujícím se soustředím na oblast normotvorby, zatímco oblastí aplikace práva se zabývám v části 2.6.

Poměrování znamená, že normotvůrce by měl provést analýzu společenských vztahů v oblasti, jež zamýšlí upravit právem. Tento proces by měl zahrnovat následující etapy: a) identifikaci existujících zájmů³¹ na základě empirického výzkumu; b) poměrování relevantních veřejných i soukromých zájmů; c) volbu veřejných zájmů relevantních v daném případě.³²

Nelze vyloučit, že tato analýza může ústít v „přerod“ existujících soukromých zájmů jejich kvalifikací jako zájmů veřejných. Soukromý zájem a jeho předmět se tak mění. Soukromý zájem přestává být zájmem jedince či organizovaných skupin.

Druhý proces určování relevantního veřejného zájmu normotvůrcem znamená vyvažování (poměrování) relevantních paralelně existujících veřejných zájmů metodou proporcionality (2.2.3) s přihlédnutím zejména k míře jejich významnosti, existujícímu kontextu a k možnosti jiného uspokojivého řešení.³³

2.2.3 Metoda proporcionality a hodnotový systém

Při hodnocení relevantních zájmů by měla mít klíčovou úlohu metoda proporcionality.³⁴ Význam této metody spočívá ve srovnávání významu dvou či více veličin – zájmů. Ve veřejném právu jde o hodnocení zájmu státu a zájmu občana, zejména základních lidských práv, v právu soukromém se srovnávají typicky, ale nikoliv výlučně, zájmy rovnoprávných subjektů. V zásadě však lze pro celý právní řád převzít tři hlediska srovnávání: hlediska potřebnosti, vhodnosti a přiměřenosti, jež tvoří obsah této metody, a to tak, jak je rozpracovala veřejnoprávní, zvláště ústavněprávní nauka a judikatura při vymezování principu proporcionality.

²⁷ Ohledně střetu veřejného a soukromého zájmu viz HOROWITZ, M. J. The history of the public/private distinction. *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, str. 1423 a násl.

²⁸ Není rozhodující, zda při poměrování hodnotíme (oceňujeme) jednotlivé zájmy známkami či počtem bodů nebo relativním vyjádřením jako větší, zvláště vysoký apod. (viz též DREIER, J. *Die normative Steuerung der planerischen Abwägung*. Berlin 1995, str. 77).

²⁹ WESTERMANN, H. *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung und Zivilrecht*. Münster: Verlag Aschendorff 1955, str. 158.

³⁰ HÄBERLE, P. Öffentliches Interesse als juristisches Problem, str. 721.

³¹ Podle GRIFFITHA, S., Griffith, The Ethical Foundations of the Public Interest, [In Friedrich, CJ (ed.). *The Public Interest*. Nomos/Atherton Press New York, 1962, str. 14–25] jsou pro hodnocení významu jednotlivých zájmů nakonec rozhodující zájmy spotřebitelů spíše než zájmy podnikatelů, prospěch budoucích generací než současné poměry a nepochybně svoboda před regulací či vynucováním.

³² Ve svém nálezu Pl. ÚS 17/10 z 28. 6. 2011 při poměrování veřejných zájmů došel český Ústavní soud k tomu, že intenzita (váha) veřejného zájmu na nezávislosti státních zástupců není tak silná jako zájem na nezávislosti soudců, a proto ani snížení platu státních zástupců není tak velkým ohrožením tohoto veřejného zájmu.

³³ Ve svém nálezu I. ÚS 353/04 Ústavní soud dovodil, že je zapotřebí, aby při vyvažování dvou základních práv ocitajících se ve střetu zůstalo zachováno z obou základních práv co nejvíce, a není-li to možné, je třeba dát přednost tomu základnímu právu, v jehož prospěch svědčí obecná idea spravedlnosti, resp. obecný princip.

³⁴ Od metody proporcionality je třeba odlišovat zásadu (princip) proporcionality, která byla vyvinuta v německé judikatuře a nauce v oblasti veřejného, zejména ústavního práva (viz pionýrskou práci R. KRAUSSE, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für Notwendigkeit des mittels im Verwaltungsrecht*. Hamburg, 1955, a rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu BVerfGE 7,377, 405 a násl. – tzv. rozsudek ve věci lékárna). Je považována za ústavněprávní princip německého právního řádu, jehož význam překračuje tyto hranice. Byla převzata ústavními, resp. nejvyššími soudy celé řady států včetně České republiky (viz nálezy Ústavního soudu, počínaje nálezem Pl. ÚS 4/94 přes nález Pl. ÚS 15/96 až po nález Pl. ÚS 41/02 a celou řadu dalších) a jako základní zásada unijního práva zakotvená v čl. 5 SEU, v Protokolu č. 2 o zásadách o používání zásad subsidiarity a proporcionality, stala se v čl. 52 odst. 2 (spíše v odst. 1) součástí Listiny základních práv EU. Česká nauka se převážně zajímá o problematiku proporcionality jako principu v oblasti práva veřejného, zejména ústavního. V této oblasti je třeba vyzdvihnout práce Holländera (HOLLÄNDER, P. *Filozofie práva*. Pízeň: Aleš Čeněk, 2006, a to zejména při aplikaci ústavy, str.160 an.), práci Ondřejka (ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012), která má význam i obecně metodologický, ale zejména se zabývá významem přiměřenosti jako první zásady v oblasti základních práv, práci Wintra (WINTR, J. *Říše principů*. Praha: Karolinum, 2006) a z poslední doby Červínka (ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi ústavního soudu*. Praha: Leges, 2021) v oblasti veřejného práva, zejména práva ústavního.

Na rozdíl od používání proporcionality jakožto ústavněprávního principu volím jiné pořadí těchto hledisek. Uvedená tři hlediska chápu totiž ve smyslu pojednání Aristotela o rozumnosti (*phronésis* či *frónesis*) v šesté knize Etiky Níkomachovy.³⁵ V aristotelovském smyslu ztělesňuje proporcionalita (přiměřenost) myšlenku správné míry. Proto je předně třeba se ptát, jakého cíle je třeba dosáhnout, a podle toho zjišťovat potřebnost určitého zájmu, tedy míru intenzity každého z relevantních zájmů, které přicházejí v úvahu, jejich vzájemným poměřováním.

Je-li kladně zodpovězena tato otázka, je třeba se zabývat problémem vhodnosti prostředků sloužících naplnění zvolených zájmů. Relevantní je vhodnost příslušných opatření k dosažení cíle sledovaného veřejným zájmem, zejména v souvislosti s otázkou jejich efektivity. Je zapotřebí zjišťovat vztah mezi prostředky, jež uskutečňování zájmů předpokládá, a účelem, jehož se má dosáhnout. Rozhodující je přitom odpověď na otázku přínosů a ztrát každého z možných řešení, která každý ze srovnávaných zájmů sleduje. Zatímco měřítko vhodnosti a přiměřenosti jsou nástrojem k řešení konfliktů s jinými, často zcela protichůdnými i veřejnými zájmy, měřítko potřebnosti vyjadřuje jejich absolutní hodnotu. Určuje, do jaké míry je veřejný zájem, a tedy účel zamýšlené právní normy (zákonu atd.) schopen uspokojit potřebu regulace společenských vztahů, neboli do jaké míry se její účel naplní.

Vhodnost vypovídá též o tom, do jaké míry je daný zájem v souladu či v rozporu se svým právním okolím. Rozhodující je míra negativních následků včetně těch vyvolaných prostředky jeho realizace a nákladů na jejich řešení.

Konečně na základě proporcionality lze zjistit míru souladu daného veřejného zájmu zejména s hodnotami ústavního pořádku, a to s ohledem na cíl (výsledek) sledovaný veřejným zájmem. Obecně platí, že negativa, jež plynou z veřejného zájmu, nesmějí převážit pozitivní následky, které veřejný zájem sleduje. Přitom záleží na míře intenzity veřejného zájmu a stupni uspokojení dané potřeby a jejím významu. Tímto procesem lze zpravidla dospět ke kompromisnímu řešení spočívajícímu ve

vytvoření jednoty konkurujících veřejných zájmů, a nikoliv preferenci jednoho z nich a vyloučení ostatních.

Hodnocení, a to jak ve stadiu poměřování, tak i vyvažování, předpokládá přiřazování hodnot k jednotlivým zájmům. Hodnotový systém, jenž je základem zejména ústavního pořádku, včetně především Listiny základních práv, zahrnující hodnoty spravedlnosti a právní jistoty, je základem veřejného zájmu. Jeho součástí nejsou osobní či skupinové druhy těchto hodnot, ale hodnoty uznané státem jako celospolečenské. Radbruch³⁶ je na rozdíl od individuálních a nadindividuálních nazývá transpersonálními. Prostupují všechny oblasti práva, včetně práva soukromého,³⁷ neboť jsou právním základem např. smluvní autonomie nebo svobody podnikání či účinné hospodářské soutěže, a slouží v první řadě jako obecná hodnotící kritéria. Hodnoty jsou konečné účely a současně jsou i měřítkem hodnocení účelu normy, resp. veřejného zájmu.³⁸

2.3 Kompetenční teorie, objektivizace a delegace veřejného zájmu

Základem kompetenční teorie je monopol státu autoritativně stanovit, co veřejný zájem je, resp. co je ve veřejném zájmu. Ve stadiu normotvorby je relevantní autorizace veřejného zájmu především parlamentem, ale i orgány výkonné moci. Ve smyslu dotváření práva mají tuto pravomoc i nejvyšší soudní orgány. Vedle legislativní moci náleží relativně samostatné postavení při tvorbě veřejného zájmu i moci výkonné. To se projevuje v samotném zákonodárném procesu, neboť je to moc výkonná, která nejen předkládá většinu zákonných návrhů, ale má relativně samostatné postavení i v oblasti sekundárního zákonodárství. Při uskutečňování práva to jsou orgány moci výkonné (správní orgány), a především soudy.

V procesu vymezování veřejného zájmu a jeho inkorporace do jeho normativní podoby v právní normě dochází k jeho objektivizaci (viz též 2.1.2). Zájem jednotlivce je nepochybně především jeho osobním, a tedy subjektivním projevem vůle. I ve skupinovém zájmu lze totiž spatřovat především jeho subjektivní zaměření. Ve stadiu promítání zájmů do normativní podoby však již nelze veřejný zájem

³⁵ ARISTOTELES. *Etika Níkomachova*. Praha: Petr Rezek, 1996 (přeložil A. Kříž).

³⁶ RADBUCH, G. *Rechtsphilosophie*. 2. vyd. Heidelberg: C. F. Müller, 2003, str. 56.

³⁷ Wieacker (Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956 in WIEACKER, F. *Ausgewählte Schriften*, sv. II, 1983, str. 41) považuje za součást hodnotového základu soukromého práva obecně uznané „pravidlo“ *ordre public*, uznané zásady dobré víry, jako např. *zákaz venire contra factum proprium* aj., i zkušenost soudcovského stavu. Ze současné literatury viz STÜRNER, M. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

³⁸ Obdobně J. BOGUSZAK, in Boguszak, J., Čapek, J., Gerloch, A. *Teorie práva*. 2. vyd. Praha: ASPI 2004, str. 274.

považovat za subjektivní projev vůle,³⁹ neboť právě typicky v zákonodárném procesu, i když je projevem konkrétních osob (zejména poslanců), by při vyvažování veřejných zájmů měla být rozhodující objektivní hlediska.

Na rozdíl od Schlinka⁴⁰ je třeba zastávat názor souladný s míněním Uerpmana,⁴¹ že veřejný zájem je měřítkem nejen tvorby, ale též uskutečňování právní normy. Zatímco v případě tvorby právní normy je rozhodující stanovisko jejího tvůrce, tj. především parlamentu, ale v celé řadě případů i správního orgánu, při uskutečňování právní normy jsou příslušnými instancemi soudy a správní orgány (viz 2.6). Jestliže zákonodárce výslovným způsobem zakotví do právní normy pojem „veřejný zájem“, znamená to, že aplikující subjekt je povinen specifickým způsobem s ohledem na obecné i konkrétní okolnosti případu brát v úvahu relevantní faktory představující veřejný zájem a tak jej konkretizovat pomocí jeho delegace.⁴²

2.4 Přímá a zastupitelská demokracie. Jejich význam pro tvorbu veřejného zájmu

Ke zjištění veřejného zájmu je třeba použít většinový princip. Jen ve výjimečných případech se lze setkat s jednomyslností, a tedy s uskutečněním rousseauovského obecného zájmu. Většinový princip tedy představuje objektivní měřítko zjištění veřejného zájmu.

Na první pohled se metoda zjišťování většiny prostřednictvím referenda, a tedy přímé demokracie, jeví jako adekvátní způsob dosahování veřejného zájmu. Vůle lidu se totiž stává bezprostředním pramenem vzniku obecného dobra. Avšak samotný pojem veřejného zájmu je natolik složitý, že jeho tvorba přímým hlasováním je nejen nesprávnou metodou, nýbrž dokonce způsobem, jak dosáhnout velmi pochybných výsledků. Na všelidové hlasování totiž nelze klást ty nároky, které je možné uspokojit ve formě zastupitelské demokracie. Pojem veřejného zájmu tak nepředstavuje institut přímé demokracie, který by odkazoval na skutečné zájmy nebo mínění většiny obyvatelstva.⁴³

Vůle většiny se v zastupitelské demokracii uplatňuje velmi zprostředkovaně a pojem vůle lidu je třeba vykládat s určitou kritickou rezervou. Z hlediska formování veřejného zájmu v zákonodárném procesu je možné do určité míry souhlasit s Fr. Bydlinským⁴⁴ v tom, že formální zákonodárce (parlament) se mnohdy na koncepci v základních otázkách, a tedy na vyjádření veřejného zájmu v zákoně, vůbec nepodílí, neboť to jsou právní experti, kteří návrh vytvářejí a kteří jsou jeho skutečnými tvůrci.

2.5 Normotvorný proces v zastupitelské demokracii a veřejný zájem: na příkladu České republiky

2.5.1 Legislativní procedura a její omezené možnosti

Empirická rešerše by měla být první etapou u každého legislativního procesu – jeho právní fází. Ta začíná již vládním prohlášením a pokračuje sestavením legislativního plánu (plánu legislativních prací) a vlastním legislativním procesem, který předpokládá návrh zákona s odůvodněním, jenž předkládá především příslušné ministerstvo. V průběhu dalších fází spočívajících v diskusi na základě připomínek státních orgánů a doporučení Legislativní rady vlády jakožto jejího poradního orgánu složeného převážně z akademiků by pak v konečné fázi v rozpravách, ve výborech a plénu obou komor parlamentu měl být veřejný zájem, resp. účel právní úpravy formulován. Na první pohled se jedná o rozsáhlou proceduru zahrnující značný počet relativně samostatných aktérů vybavených určitým znalostním potenciálem nejen v oblasti práva. Možnosti empirického výzkumu jsou mnohdy omezené a v důsledku toho pro zjištění veřejného zájmu jak z hlediska potřeby dané úpravy, tak jeho formulace někdy neúplné. Určité nedostatky, velmi stručně řečeno, spočívají v nedokonalém empirickém zjišťování a zkoumání informací o potřebě právní úpravy v jejich socioekonomickém a politickém hodnocení.⁴⁵

³⁹ Jinak např. UERPMAN, R. *Das öffentliche Interesse*, str. 268–269.

⁴⁰ SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker/Humboldt 1976, str. 29.

⁴¹ UERPMAN, R. *Das öffentliche Interesse*, str. 276.

⁴² Viz k tomu náleží českého Ústavního soudu III. ÚS 455/03 z 25. 1. 2005, podle něhož musí být veřejný zájem vykládán v souvislosti s konkrétním právním předpisem v individuálním případě.

⁴³ UERPMAN, R. *Das öffentliche Interesse*, str. 317.

⁴⁴ BYDLINSKI, Fr. *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*. In Doralt, P. (ed.), *Brünnner Vorträge* Nr. 1. Wien: Wirtschaftsuniversität, 1995, str. 21, 22.

⁴⁵ Příkladem je návrh zákona o hromadné žalobě, při jehož přípravě se navrhovatel – Ministerstvo spravedlnosti – dostatečně nezabývalo veřejným zájmem na potřebě takovéto úpravy, nezkoumalo potenciál žalobců – především spotřebitelských organizací, neprovádělo srovnávací výzkum a ani se nezabývalo financováním hromadné žaloby (viz Sněmovní tisk 775, resp. 776 Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR o návrhu zákona o hromadném řízení).

2.5.2 Nedostatek veřejné odborné diskuse
Zkušenost juristiků německého jazyka svědčí o nezastupitelné roli akademické obce v legislativním procesu, a to jak ve stadiu zjišťování potřebnosti dané úpravy, a tedy veřejného zájmu na jiné či nové úpravě, tak ve vlastním zákonodárném procesu: názor akademiků, kteří by měli být zárukou nestranného, věcného hodnocení daných problémů, je totiž základem transparentního přístupu k formování veřejného zájmu (účelu zákona). Jak ukazuje i dlouholetá tradice, mají klíčový význam právnícké sjezdy,⁴⁶ které formulují konkrétní legislativní změny na základě velmi důkladných posudků, jejichž autory jsou nejpřednější akademičtí představitelé. V českém prostředí je ovšem význam akademické obce a jejích názorů omezen v důsledku nerosvnatelně slabšího postavení a podcenění jejího potenciálu jakožto nezávislého subjektu legislativního procesu a klíčového faktoru právní kultury. Příčinou je podfinancování akademické oblasti včetně ohodnocení jejích představitelů.

2.6 Veřejný zájem v soudnictví a veřejné správě

2.6.1 Obecně

Veřejný zájem hraje specifickou úlohu jako základ a současně rámec soudcovské úlohy i správního uvážení. Přestože Heckova zájmová jurisprudencí se svojí maximou, kterou lze označit jako přemýšlivá poslušnost („denkendes Gehorsam“),⁴⁷ snažila omezit prostor pro úvahu soudce (resp. správní uvážení), uznávala dotváření práva soudcem jakožto „služebním partnerem“ (*dienender Partner*) zákonodárce. I Heck považoval zájmovou jurisprudenci za teleologickou jurisprudenci.⁴⁸ Kromě přísně empirické metody zjišťování veřejného zájmu na základě všech relevantních okolností při vzniku právní normy je proto třeba používat i teleologická kritéria,⁴⁹ která plynou z imanentního smyslu práva jako celku či určitého kodexu nebo právního institutu. Hodnotová jurisprudencí (*Wertungsjurisprudenz*)⁵⁰ usiluje o vyplnění prostoru uvážení

hodnotami, jež je soudce povinen dovozovat především z účelu zákona. Tyto hodnoty jsou kritériem měření zájmů, ale i zcela výjimečně korektivem úmyslu zákonodárce, který takové hodnoty při tvorbě právní normy nebral v úvahu. Soudce by tedy měl vycházet z řešení zájmového konfliktu v zákoně, a tedy zjišťovat jeho účel, resp. účel rozhodné právní normy, a na jeho základě řešit konflikt zájmů v konkrétní situaci. Mělo by však platit, že hodnocení konkurujících zájmů ústí do formulace veřejného zájmu provedené zákonodárcem je pro aplikátora závazné. Teprve na jeho základě je možné korigovat nedostatečnosti ve formulaci textu zákona.⁵¹ Úkolem soudce je i vyplnit mezeru v zákoně, dojde-li k závěru, že existují hodnoty, na základě kterých by tak měl učinit. Soudce tak může učinit jen tehdy, jestliže jej k tomu nutí nevyhnutelná nedokonalost zákonné úpravy, a je proto přípustné vyplnit zákonnou mezeru, resp. provést soudcovský výklad právní normy. Jinak řečeno, soudce, respektive správní úředník, je vázán hodnotovými soudy zákonodárce. Jeho vlastní hodnocení přichází v úvahu pouze subsidiárně při jejich konkretizaci na daný případ. Přínos hodnotových soudů⁵² prostřednictvím veřejného zájmu jako výslednice konfliktu zájmů při jeho tvorbě je v procesu aplikace třeba konfrontovat s hodnotami v procesu konkretizace účelu zákona v daném případě.⁵³ V aplikační praxi nejde jen o hledání veřejného zájmu v okolnostech každého případu, jak to interpretuje např. i Evropský soud pro lidská práva,⁵⁴ nýbrž především o reflektování účelu, a tedy veřejného zájmu vyjádřeného relevantní právní normou.

Důležitou otázkou je posuzování veřejného zájmu, resp. účelu zákona z hlediska času historickou a teleologickou metodou výkladu.⁵⁵ Jedná se o problém střetu tzv. subjektivní metody, která vychází z chápání veřejného zájmu (účelu) prostřednictvím historického zákonodárce, tedy z hlediska *ex tunc*, s objektivní metodou, která veřejný zájem vykládá z perspektivy doby výkladu (*ex nunc*). Mám za to, že nelze považovat subjektivní a objektivní

⁴⁶ Srov. k tomu TICHÝ, L. Doporučuje se obnovení právníckých sjezdů. *Bulletin advokacie*, 2020, č. 7–8, str. 85–92.

⁴⁷ HECK, P. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, AcP 112 (1914), str. 16 a násl., 56 a Auer, M. *Methodenkritik und Interessenjurisprudenz*, Philipp Heck, zum 150. Geburtstag, ZEuP 2008.

⁴⁸ HECK, P. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, str. 28.

⁴⁹ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6. vyd. München: C. H. Beck, 1991, str. 122.

⁵⁰ Viz Westermann, v pozn. 20, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster 1955, str. 14 a násl.

⁵¹ Viz HECK, P. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, AcP 112 (1914), str. 1–313, *passim*.

⁵² COQ, V. *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*. Paris: L'Harmattan, 2015, s metodologickým úvodem na str. 17 a násl.

⁵³ Blíže k tomu viz např. KRÁMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 6. vyd. Bern: Stämpfli Verlag, 2019, str. 171 a násl.

⁵⁴ Viz jeho rozhodnutí z 8. 11. 2016, č. 18030/11.

⁵⁵ K hodnotové základně zájmů patřily podle Hecka spravedlnost, poctivost a právní jistota (HECK, P. *Begriffsbildung und Jurisprudenz*, 1932, str. 37, 40 a násl.). Přínosem zájmové jurisprudencí je též o hodnocení skutkového stavu (faktických společenských vztahů) axiologickou metodou na základě veřejného zájmu (HECK, P., *ibidem*, str. 28 a násl.).

výklad za protichůdné alternativy. Obě výkladové metody obsahují totiž relevantní dílčí aspekty. Žádná z nich není sama o sobě správná či nesprávná. Historický subjektivní výklad je nezbytným prvním krokem každého výkladu. Primárně je proto třeba zjistit účel (veřejný zájem) právní normy v době jejího přijetí. Poté je třeba zvážit, zda se po přijetí právní normy předmět úpravy a hodnotové představy změnil tak, že chápání veřejného zájmu, a tedy účel normy musejí být modifikováni. Podstatné je, že interpret by měl brát v úvahu okolnost, že jednotlivá právní norma je součástí koherentního systému hodnot, který má ovšem své hranice.

2.6.2 Uskutečňování veřejného zájmu v soudnictví

Na rozdíl od rozhodovací praxe správních orgánů má soud podstatně širší prostor k uvážení zejména v oblasti soukromého práva. To se mimo jiné projevuje v tzv. vyzařování základních lidských práv do jeho rozhodnutí.⁵⁶ Na rozdíl od některých zahraničních jurisdikcí jsou české soudy oprávněny základní práva aplikovat přímo.

2.6.3 Význam veřejného zájmu ve veřejné správě při tvorbě a uskutečňování právní normy

Veřejná správa je vázána účelem svých funkcí, a tedy především respektováním a podporou veřejného zájmu. Jednání ve veřejném zájmu patří k pojmovým znakům veřejné správy a je základem její existence. I interdisciplinární pojem veřejného zájmu obsahuje správněprávní dimenzi.⁵⁷

2.6.3.1 Státní správa jako normotvůrce

O klíčové roli vlády, resp. ministerstev při přípravě zákonů byla shora řeč. Exekutiva je však výlučným normotvůrcem v oblasti sekundárních právních norem, tedy nařízení a vyhlášek.

Na první pohled je určitým paradoxem, že součástí sekundárních pramenů práva je i jejich odůvodnění, zatímco v případě zákonů (primárních právních pramenů) důvodová zpráva součástí právních norem není a mnohdy je s jejich zněním v rozporu. Tento stav lze vysvětlit rozdílem mezi normotvůrcem zákona (zákonodárcem, parlamentem) a postavením orgánů výkonu moci (např. vlády, ministerstva, státního úřadu apod.).

2.6.3.2 Správní rozhodování

Jednání veřejné správy ve veřejném zájmu představuje charakteristický rys této činnosti. Správní uvážení znamená vázanost orgánu veřejné správy veřejným zájmem. Ten představuje jak základ oprávnění pro veřejnoprávní činnost, tak i její meze.⁵⁸

Základní otázkou je aplikace zákonem stanovených podmínek pro vydání rozhodnutí. Tyto podmínky jsou obvykle výrazem jednotlivých veřejných zájmů, jež ve svém souhrnu představují veřejný zájem jako kompromis: výsledek procesu poměřování a vyvažování. Problém spočívá jednak v zahrnutí všech relevantních faktorů, jednak zejména v kvantifikaci (poměřování) jejich významu, a dále v jejich vyvážení s ohledem na konkrétní případ. Zde, obdobně jako u soudního rozhodování, se uplatňuje proces konkretizace veřejného zájmu: je nutno vymezit veřejný zájem v konkrétním smyslu, jenž je zákonodárcem uveden a stanoven jako účel sloužící pro posouzení podstatných podmínek pro rozhodnutí v konkrétní věci (viz též delegace veřejného zájmu – 2.3). Součástí rozhodovací praxe je též hodnocení intenzity veřejného zájmu (viz 2.2.1), v některých případech výslovně uvedeného v právním předpise i s určitým přívlastkem (např. „naléhavý“).⁵⁹

3. Praktická část

3.1 Úvod

Shora nastíněný model fungování veřejného zájmu se pokusím následně demonstrovat na dvou příkladech. Analyzuji vznikání (tvorbu) dvou relevantních institutů (částí) občanského zákoníku přijatého v roce 2012 (v účinnosti od 1. 1. 2014) a rozebírám možnosti jejich výkladu a aplikace. V prvním případě se jedná o úpravu tradiční oblasti, totiž náhrady imateriální škody, jež je svým způsobem převratná. V druhém případě jde o transpozici (transplantát) „québeckého trustu“, totiž fiducie z občanského zákoníku kanadské provincie Québec z roku 1991.

3.2 Náhrada imateriální škody (odpovědnost za nemajetkovou újmu)

3.2.1 Popis problému

Nové pojetí náhrady imateriální škody spočívá předně v širokém vymezení této kategorie,

⁵⁶ Viz zejména praxi německého Spolkového Ústavního soudu (BVerfG) a Ústavního soudu ČR.

⁵⁷ STOBER, R., KLUTH, W. *Verwaltungsrecht*. 15. vyd. Mnichov 2014, § 29 Das öffentliche Interesse, str. 323.

⁵⁸ KLUTH, W. In Stober, Kluth, *Verwaltungsrecht I*. München: C. H. Beck, 3. vyd. 2015, str. 323, 324.

⁵⁹ Viz nálezy Ústavního soudu Pl. ÚS 17/10 z 28. 6. 2011 ad 2.2.1 a úvahy o intenzitě veřejného zájmu a jejím zjišťování (viz též 2.1.2 a 2.2.1).

jak je upravena v celé řadě speciálních ustanovení občanského zákoníku. Pět z těchto ustanovení (§ 2951 odst. 2 a § 2956–2959), jež se týkají náhrady újmy na základních (tzv. přirozených) právech člověka, zejména při ublížení na zdraví a při usmrcení, tvoří systematický soubor v rámci obecné úpravy deliktního práva. Tři další předpisy (§ 2969 odst. 2, § 2971 a § 2988) se nacházejí ve speciální části deliktního práva. Čtvrté ustanovení (§ 2543 odst. 1) je součástí úpravy smluvního práva. Výslovně je upravena zejména náhrada za duševní bolest (duševní útrapy) a naprosto obtížně vymezitelnou kategorií je „další nemajetková újma“, jakási Pandořina skříňka zahrnující jakékoliv další, jinak zákonem nepostižené imateriální škody.

V kontrastu k těmto změnám stojí obecná omezující klauzule v § 2894 odst. 2: „Nebyla-li povinnost odčinit jinému nemajetkovou újmu výslovně ujednána, postihuje škůdce, jen stanoví-li to zvláště zákon“, která na rozdíl od náhrady majetkové škody připouští náhradu škody na základních (přirozených) právech (právních statcích) vlastně jen ve výslovně uvedených případech, a tak v obecné rovině *prima vista* náhradu nemajetkové újmy vůči náhradě majetkové škody v zásadní otázce nahraditelnosti diskriminuje.

3.2.2 Analýza. Relevantní zájmy a veřejný zájem

Zjišťovat ideové zázemí nové úpravy náhrady nemajetkové újmy, a tedy provádět zájmovou analýzu, je obtížné. Jediným relevantním dokumentem o tvorbě této úpravy je totiž důvodová zpráva (viz dále), neboť zápis z jednání Komise pro tvorbu občanského zákoníku není k dispozici a protokoly z rozprav v Parlamentu ČR (ve výborech a v plénu) o dané problematice nepodávají žádné svědectví, neboť nebyla předmětem diskuse.⁶⁰

Z důvodové zprávy plyne („Nemajetková újma má však být odčiněna v některých zvláštních případech, a to buď tehdy, není-li náhrada majetkové újmy vůbec možná, anebo tehdy, odporovalo-li by přiznání poškozenému náhrady jen majetkové újmy obecně uznávaným zásadám spravedlnosti.“), že veřejný zájem (účel zákona, resp. úmysl zákonodárce) spočíval v omezení náhrady nemajetkové újmy pod úroveň újmy majetkové, dokonce ve formě jakéhosi zcela výjimečného

dobrodiní. Tento názor našel výraz pouze v obecné shora uvedené omezující klauzuli (viz shora § 2894 odst. 2 OZ), jež je s ohledem na konkrétní zákonnou úpravu použitelná snad jen jako *ultima ratio*, a tedy jako nejzazší hranice výše náhrady stanovené na základě velmi flexibilní a k poškozenému přátelské úpravy.

Pro vymezení veřejného zájmu pro stanovení náhradové povinnosti (odpovědnosti) je třeba vzít v úvahu základní koncept deliktní odpovědnosti, postavení (práva) poškozeného a škůdce, zájem na právním smíru a zájem představitelů systému zdravotního pojištění. Veřejný zájem u deliktní odpovědnosti spočívá v její základní funkci poskytnout spravedlivé odškodnění újem způsobených právem kvalifikovanou skutečností (jednáním či událostí). Zájem na prevenci ve formě sankce, odvety, odstrašení či trestu je sekundární. Rozhodující úlohu mají tedy chráněné zájmy, jejichž ochrana závisí na jejich povaze. Platí, že čím větší je jejich hodnota a očividnost, tím rozsáhlejší je jejich ochrana. Nejvyšší stupeň ochrany požívají život, tělesná a duševní integrita, lidská důstojnost a svoboda. Rozsáhlá ochrana je zaručena majetkovým právům, i když jejich ochrana může být omezená.⁶¹

3.2.3 Hodnocení

Veřejný zájem v úpravě občanského zákoníku je výslednicí hodnocení veřejných zájmů. V konkrétní úpravě odpovědnosti za imateriální újmu došlo k jednostrannému posílení ochrany zdraví a života, jako se již stalo mimo jiné při posuzování priorit v nadnárodních systémech,⁶² a to nikoliv na úkor ochrany zájmů majetkových. Významně byla posílena práva sekundárních obětí v případech zejména tzv. šokových škod. K uvedenému posunu dochází na úkor škůdce a jeho pojišťovny, a to i jako výraz preventivní funkce deliktní odpovědnosti. V tomto ohledu jde o významné vítězství zájmů poškozeného při poměrování se zájmy škůdce.

Ve výsledku je tak zřejmé, že zákonodárce respektoval výše uvedené veřejné zájmy. Nedochozí proto k diskriminaci⁶³ náhrady imateriální újmy vůči náhradě majetkové škody, resp. odpovědnosti za imateriální újmu. Relativně neurčité výrazy ustanovení § 2956 (náhrada při újmě na přirozených právech člověka) umožňují jejich výklad způsobem, jenž

⁶⁰ Srov. např. rozpravu pléna Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR dne 8. 6. 2011, Sněmovní tisk 362 o vládním návrhu občanského zákoníku.

⁶¹ Viz čl. 2:101 a 2:102 Principles of European Tort Law (PETL).

⁶² Viz např. Principles of European Tort Law (PETL).

⁶³ Blíže k diskriminaci postavení poškozeného na přirozených právech viz TICHÝ, L. Ke čtyřem základním otázkám nemajetkové újmy. *Právník*, 2020, č. 8, str. 618 a násl.

význam obecné omezující klauzule v § 2894 odst. 2 první věta činí zanedbatelným.

3.3 Svěřenský fond (česká fiducie) a koncept vlastnictví

3.3.1 Popis problému

Svěřenský fond není svým účelem první institut tohoto druhu a účelu v českém právním řádu, neboť ten již plnila nadace. Svěřenský fond byl vzdor rozšířené úpravě nadace a zakotvení nadačního fondu v občanském zákoníku do tohoto kodexu z velké části doslova transplantován z občanského zákoníku kanadské provincie Québec (čl. 1260 an. CCQ, § 1448 an. českého OZ). Relevantní pro vlastní analýzu fungování tohoto institutu je jeho samotná existence v zemi jeho původu. Charakteristickým rysem a původcem dalších problémů při aplikaci québecké fiducie je koncepce tzv. nezávislého vlastnictví k vyčleněnému majetku, tedy majetku bez vlastníka, a absence právní subjektivity této entity. Základem tohoto konstruktů je idea P. Lepaulla z roku 1932,⁶⁴ kterou její autor již v roce 1952 zavrhl⁶⁵ a která byla a je dodnes v samotném Québecu předmětem bouřlivých kontroverzí a byla québeckým zákonodárcem akceptována vzdor významnému odporu akademické obce.⁶⁶

Proto bylo zapotřebí obdobně jako v Québecu⁶⁷ i v České republice⁶⁸ fingovat subjektivitu v celé řadě správních předpisů (zejména daňových). Obdobně si počínal kanadský zákonodárce v této otázce i v rámci insolvenčního práva. Fiducie ve státě svého původu je praktikována pod vlivem angloamerické kultury trustu. Proto mohou být využívány výhody plynoucí z velmi flexibilního konceptu správy cizího majetku, jenž se fiducí realizuje, přičemž ale právně kulturní zkušenost brání jeho zneužívání.⁶⁹ Jinak je tomu ovšem v České republice. Příležitost ke zneužití tohoto právního institutu představují například okolnosti, že české právo výslovně nezakazuje zakladateli spravovat majetek do fiducie vložený (přičemž nezná tzv. *blind trust*), nemezuje jeho práva ovlivňovat činnost správce

včetně práva jej odvolat, a dále skutečnost velmi omezeného soudního dohledu, neboť soud může zrušit fiducii jen z „technických důvodů“. Toho využil mj. jeden předseda vlády České republiky k tomu, aby vložением svých podniků do fiducie maskoval svůj konflikt zájmů jako nejvýznamnější příjemce dotací z kohezních fondů EU v ČR.

3.3.2 Veřejný zájem

Zjišťovat veřejný zájem v právním předpise znamená hodnotit veškeré relevantní informace k jeho vzniku, a tedy hodnocení zájmů v legislativním procesu. Těchto dostupných informací však existuje pramálo. Z důvodové zprávy plyne, že „na doporučení Legislativní rady vlády byl do osnovy zařazen návrh ustanovení o správě cizího majetku a svěřenských fondech i fiducie cestou zásadního obsahového převzetí analogických pasáží z québeckého občanského zákoníku“. Důvody tohoto doporučení známy nejsou, chybějí i další podklady, jako např. protokoly Komise pro tvorbu občanského zákoníku. V parlamentu při přijímání celého občanského zákoníku nebyla problematika fiducie předmětem rozprav. Ústní „dějepravou“ lze zjistit některé indicie vedoucí k možným důvodům přijetí tohoto transplantátu. Mohla to být návštěva úředníků québeckého ministerstva spravedlnosti, které pořídilo překlad CCQ, z něhož byla převzata i některá další ustanovení mimo fiducie. Podstatná je okolnost, že k přijetí došlo bez jakékoliv důkladnější analýzy québecké úpravy; chyběl i třeba jen uvozuující popis významu fiducie. První analýzy touto úpravou se zabývající byly publikovány až po zakotvení fiducie v platném občanském zákoníku.

Míra veřejného zájmu na přijetí fiducie v českém právu byla velmi nízká. Kromě možnosti uplatnění „české Treuhand“ dotvářením platného občanského práva po vzoru německé kautelární jurisprudence byla potřeba správy majetku v České republice velmi dobře uspokojena kromě rozsáhlé nové úpravy nadace i zakotvením nadačního fondu. Fiducie je tak jen rozšířením možností investora nad sotva srovnatelnou míru. I vzdor tak

⁶⁴ LEPAULLE, P. *Traité théorique et pratique des trusts*. Paris 1932, str. 31.

⁶⁵ LEPAULLE, P. *La Notion de „trust“ et ses applications dans les divers systèmes juridiques*. In Actes du congrès international de droit privé tenu à Rome, sv. 2. Unification of Law (1951) 197, 207, cit. podle POPOVICI, A. *Trusting patrimonies*. In Valsan, R. (Hg.), *Trusts and Patrimonies*, 2015, str. 215. Například CANTIN CUMYN, M. *La fiducie du Québec, un modèle imitable?* In *Trust et fiducie: concurrents ou complément?*, Genève 2007, str. 83, 88–89.

⁶⁶ Např. MACDONALD, R. A. *Reconceiving the Symbols of Property: Universalities Interest and Other Heresies*. 39 McGill. J. (1994), str. 761. Srov. CANTIN CUMYN, M. *La fiducie, un nouveau sujet de droit?* In Beaulne, J. (ed.), *Mélanges Ernest Caparros*. Montréal 2002, str. 131–142.

⁶⁷ BOHÉMIER, A. *Application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité – à la fiducie du Code civil du Québec* (studie vyžádaná Ministerstvem spravedlnosti Kanady předložena v únoru 2001), str. 137.

⁶⁸ Viz § 1 odst. 2 písm. i) zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, § 21f odst. 1 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, a § 65a odst. 3 zákona č. 304/2013 Sb., o veřejných rejstřících právnických a fyzických osob a o evidenci svěřenských fondů.

⁶⁹ TICHÝ, L. *Vlastnictví bez vlastníka v českém svěřenském fondu*. *Bulletin advokacie*, 2020, č. 3, str. 22 a násl.

nízkému veřejnému zájmu došlo k uzákonění neprobádané úpravy, neboť neexistoval protichůdný veřejný zájem, ačkoliv se transponuje sporný institut vlastnictví bez vlastníka,⁷⁰ jehož „stopový výskyt“ mizí, jak o tom svědčí opuštění hereditas iacens v Rakousku, která získala právní subjektivitu.

3.3.3 Řešení problémů

Řešení vzniklých problémů je příležitostí pro použití objektivního historického výkladu a aplikaci teleologické redukce, i když poněkud extravagantním způsobem. Správa fiducie může sotva fungovat, jestliže ji má vykonávat správce na účet fiducie, která nemá právní subjektivitu. Věřitelé se v insolvenčním řízení nemohou domáhat svých práv, neboť insolvenční právo lze použít jen tehdy, náleží-li konkurzní podstata právnímu subjektu. Tím fiducie není. Soud nemůže vykonávat kontrolu nad zneužíváním fiducie, neboť k tomu nemá pravomoc.

Veřejný zájem a účel fiducie nelze proto zjišťovat z hlediska historického zákonodárce. Lze však konstatovat, že veřejný zájem na úpravě fiducie, nota bene její transpozicí z quebeckého občanského zákoníku, prakticky neexistoval. Je proto při aplikaci její české úpravy třeba vzít v potaz současný veřejný zájem, jenž spočívá ve fungování právního řádu podle jeho základních zásad respektujícího mimo jiné dobrou víru a princip rovnosti. Obdobně jako v zemi jejího původu je třeba i českou fiducii vykládat jako právní subjekt a rozšířit pravomoc soudu k řízení *ex officio* o zrušení fiducie pro případ jejího zneužití.

4. Shrnutí

1. Pojem veřejného zájmu je analyzován s využitím poznatků několika metod: zájmové jurisprudence, Jheringova učení o účelu práva a hodnotové jurisprudence, které se vesměs soustřeďují na oblast práva soukromého; dále na základě přínosu veřejnoprávní nauky, jež se zaměřuje specificky

na význam veřejného zájmu, zejména práva ústavního a správního.

2. Veřejný zájem je imanentním obsahovým základem každé právní normy. Představuje jeho účel. Je výsledkem poměrování a vyvažování relevantních zájmů na základě metody proporcionality. Veřejný zájem znamená jednak model, resp. ideál nejvyšší míry abstrakce, jednak výsledek hodnotícího procesu, a tedy zpravidla kompromis mezi několika konkurujícími i veřejnými zájmy. Měřítkem (hlediskem) při hodnocení jednotlivých zájmů jako zájmů veřejných a při hodnocení veřejných zájmů navzájem by měly být základní hodnoty ústavního pořádku včetně základních lidských práv, zásady, jimiž je daný zákon či kodex ovládán, a konečně v případě právního institutu jeho účel.
3. Při formování veřejného zájmu jakožto účelu zákona v procesu vznikání právní normy lze rozeznávat dvě stadia. V prvním se zjišťuje veřejný zájem na vzniku nové úpravy, provádí hodnocení životních poměrů a potřeba jejich úpravy (poměrování); druhé stadium zahrnuje vlastní formulace veřejného zájmu vyvažováním rozhodujících paralelně existujících veřejných zájmů. V procesu formování veřejného zájmu je třeba respektovat míru významnosti jednotlivých zájmů při reflektování možnosti jiného uspokojivého řešení za použití metody proporcionality.
4. Soudce a veřejná správa jsou vázáni – i když v rozdílné míře – hodnotovými soudy zákonodárce při formulaci účelu právní normy, jenž je výrazem veřejného zájmu. Veřejný zájem obsažený v příslušné právní normě je třeba konfrontovat s hodnotami v daném případě. Mnohdy přitom hraje úlohu historická a teleologická metoda výkladu veřejného zájmu v době jeho vzniku, který je základem dalšího hodnocení. Jestliže se však hodnotové představy ve srovnání s těmi v době aplikace právní normy mění, je třeba její účel modifikovat.

⁷⁰ Viz k tomu příspěvek Pihery a Ronovské (PIHERA, V., a RONOVSÁ, K. K některým mýtům a omylům o svěřenských fondech. *Bulletin advokacie*, 2020, 7–8, str. 44 a násl.), hájící jednostranně platnou úpravu a reakci Tichého a Troupa [K základním otázkám svěřenského fondu (reakce na kritiku), *Bulletin advokacie*, 2022, č. 1–2], poukazující na nedokonalou transpozici zahraničního právního institutu bez ohledu na veřejný zájem české právní úpravy, v jejímž kontextu tak vznikají poruchy.