



Ratio Publica

Časopis o právní filosofii
a ústavní teorii



2021

Ratio Publica

číslo 1/2021, ročník I.

Časopis Ratio Publica je oborově zaměřené recenzované periodikum, které publikuje původní vědecké texty zejména z analytické právní a politické filosofie, teorie práva, právní etiky a ústavní teorie. Všechny publikované texty prochází oboustranně anonymním recenzním řízením, v němž jsou hodnoceny z hlediska svého tematického vymezení, odborného a metodologického zázemí, struktury, jazykové a stylistické složky.

Redakční rada

Předseda: JUDr. Martin Hapla, Ph.D.

Členové: Mgr. et Mgr. Jiří Baroš, Ph.D.; JUDr. Zdeněk Červínek, Ph.D.; doc. Mgr. Pavel Dufek, Ph.D.; doc. Mgr. Marek Káčer, Ph.D.; doc. JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D.; JUDr. Michal Šejvl, Ph.D.

Redakce

Výkonný redaktor: Mgr. Bc. Linda Tvrdíková

Korektura: Mgr. Bc. Linda Tvrdíková, Mgr. Bc. John A. Gealfow

Sazba: Michael Šopík

Kontakt na redakci: redakce@ratiopublica.cz

Čas a místo vydání: červenec 2021, Brno

Evidenční číslo periodického tisku: MK ČR E 24124

ISSN: 2787-9550 (print), 2787-9569 (online)

Vydavatel: **Nugis Finem Publishing, s.r.o.**

IČ: 07516541

sídlo: Botanická 785/9, 602 00 Brno



Úvodem

Když jsem před lety začal organizovat konferenci Weyrovy dny právní teorie, rozhodl jsem se ji tematicky zaměřit na spojení filosofie práva a ústavní teorie. Propojení těchto oborů přitom nebylo náhodné. Právě ústavní právo se svými širokými formulacemi a hodnotově založenými koncepty je z jednotlivých právních odvětví snad nejvíce otevřeno filosofickým úvahám a morální argumentaci. Čas mne jen utvrdil v tom, že jde o spojení užitečné a plodné. Tím spíš mne vždy překvapovalo, že tyto obory nejsou v tuzemském prostředí zastoupeny vlastním časopisem, který by byl věnován výlučně jim. O to více mě těší, že se tato situace nyní mění.

Jaké jsou ambice časopisu Ratio Publica, jehož první číslo se vám právě dostalo do rukou? Trochu o nich napoví již jeho samotný název, který znamená veřejný rozum. Ten samozřejmě odkazuje nejen ke stejnojmennému konceptu, který dnes hýbe politickou filosofií. Zdůrazňuje také, jak důležitá je veřejná diskuze, která se drží racionálních pravidel a argumentů. Její podpora je jedním z klíčových cílů tohoto časopisu. Má se přitom jednat o diskuzi obsáhlou a důkladnou, čemuž odpovídá i stanovený rozsah textů jeho jednotlivých rubrik. Má přispět k prohloubení dosavadních zkoumání, jakož i k otevření nových témat a přístupů. Má být diskuzí teoretickou a nikoli pouhým komentováním judikatury nebo právní úpravy, případně řešením problémů právní praxe. Teorie má mít ambici praxi sdělit něco podstatného, ale neměla by jí být vytěsněna na okraj.

Uvedené ideje odráží i volba tematického zaměření prvního čísla časopisu, které se soustředí na problematiku proporcionality. Ta patří stejnou měrou do právní filosofie i do ústavního práva. Je již tématem tradičním, ale zároveň takovým, které skýtá stále nové podněty. Je v něm možno klást si mnoho teoretických otázek, které ovšem mají i nesporný význam pro právní praxi. Mimo jiné i proto věřím, že zde obsažené texty mají potenciál oslovit v našem prostředí řadu čtenářů a poskytnout jim nejen inspirativní podnět. Jako předseda redakční rady časopisu rád slibuji, že o totéž bude usilovat každé jeho budoucí číslo.



JUDr. Martin Hapla, Ph.D.
předseda redakční rady

Ratio Publica

No. 1/2021, Volume I.

Ratio Publica is an academical peer-reviewed journal publishing original scientific texts (mainly) from areas of analytic legal and political philosophy, legal theory, legal ethics and constitutional theory. All texts published in the journal are subjected to a double-blind peer-review and evaluated from the perspective of their research scope, methodological and scientific background, structure and adherence to stylistic rules.

Editorial Board

Chairman: JUDr. Martin Hapla, Ph.D.

Members: Mgr. et Mgr. Jiří Baroš, Ph.D.; JUDr. Zdeněk Červínek, Ph.D.; doc. Mgr. Pavel Dufek, Ph.D.; doc. Mgr. Marek Káčer, Ph.D.; doc. JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.; doc. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D.; JUDr. Michal Šejvl, Ph.D.

Editorial Staff

Editor-in-Chief: Mgr. Bc. Linda Tvrdíková

Proofreading: Mgr. Bc. Linda Tvrdíková, Mgr. Bc. John A. Gealfow

Print designer: Michael Šopík

Contact email: **editor@ratiopublica.cz**

Time and place of print: July 2021, Brno, Czech Republic

Print registration number: **MK ČR E 24124**

ISSN: **2787-9550** (print), **2787-9569** (online)

Publisher: **Nugis Finem Publishing, s.r.o.**

CIN: 07516541

based in: Botanická 785/9, 602 00 Brno, Czech Republic



Obsah

Stat'

Matthias Klatt: Poměrování práv a zájmů. K Schauerově asymetrické tezi	6–29
Zdeněk Červínek: Kritérium potřeby v judikatuře Ústavního soudu	30–59
Tomáš Lalík: Vyvažovanie – nesúmerateľnosť, racionalita a tragédia	60–79

Recenzní esej

Pavel Ondřejek: Proporcionalita mezi teorií a praxí. Recenzní esej na knihu Z. Červínka – Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu	80–96
---	-------



Stat'

Poměrování práv a zájmů. K Schauerově asymetrické tezi.

Matthias Klatt

Matthias Klatt působí jako profesor na Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen (Institute of the Foundations of Law), Universität Graz. Ve svém výzkumu se soustředí na filosofii a teorii práva, jakož i na ústavní právo. Je autorem či spoluautorem několika monografií (např. Making the Law Explicit: the Normativity of Legal Argumentation; The Constitutional Structure of Proportionality) a desítek článků v odborných časopisech.

Následující text je překladem původní verze článku KLATT, Matthias. Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 41, Iss. 2, 2021, s. 321–347. Autor srdečně děkuje Martinu Haplovi za zprostředkování možnosti otisknout tento text v časopisu Ratio Publica a současně také Zdeňku Červínkovi za jeho překlad do češtiny.

Abstrakt

Frederick Schauer nedávno uvedl, že poslední krok testu proporcionality, kritérium poměrování, podléhá značné asymetrii. Ačkoli můžeme vzájemně poměřovat zájmy, nemůžeme takto poměřovat práva, jelikož bychom je tím připravili o jejich specifickou normativní povahu. Pokud by takováto asymetrie skutečně existovala, aplikovatelnost kritéria poměrování by byla významně omezena. V tomto článku analyzuji právě zmíněnou Schauerovu asymetrickou tezi, její přednosti a také slabiny. Následně ukazuji, jak je možné myšlenky, na nichž se tato teze zakládá, vyložit v kontextu koncepce poměrování formulované v rámci Teorie principů. Závěrem Schauerovu tezi odmítám. Můj článek totiž potvrzuje, že aplikace metody proporcionality v sobě zahrnuje poměrování práv a zájmů.

Klíčová slova: proporcionalita, poměrování, základní práva, zájmy, pojetí práv jako trumfů, teorie principů.

Abstract

Fred Schauer has argued that the last step of the proportionality test, balancing, is subject to a significant asymmetry. While we could balance interests against each other, we could not do so with rights, lest we destroy the special normative status of rights. If this asymmetry exists, the applicability of balancing would be significantly limited. I analyse the asymmetry thesis and discuss its merits and weaknesses. I then demonstrate how we can accommodate the rationale behind Schauer's thesis within principles theory's account of balancing. I thus, ultimately, reject Schauer's thesis. My article confirms that proportionality adjudication includes the balancing of rights and interests.

Keywords: proportionality analysis, balancing, constitutional rights, interests, rights as trumps, principles theory.

Úvod

Poslední krok testu proporcionality, kritérium poměrování, je ostře kritizovanou metodou lidsko-právní argumentace. Celosvětový a triumfální úspěch proporcionality z ní učinil jeden ze základních prvků obecného ústavního práva.¹ Kritici přesto rozporují celou řadu jejích aspektů, především pak těch, které se váží k jejímu poslednímu kroku. Na rozdíl od těchto kritiků, tvrdím, že proporcionality představuje nejlepší způsob, jak strukturovat proces ospravedlnění v rámci argumentace základními právy při současném zachování nejvyšší možné míry racionality.² Proporcionalita se tudíž nestala dominantní technikou aplikace těchto práv na celém světě bezdůvodně.³

Frederick Schauer nyní přišel s novou kritikou. Zpochybnil široce sdílený přístup,⁴ který ztotožňuje aplikaci metody proporcionality s poměrováním. Tento přístup, jak tvrdí, vytváří „*umělou ekvivalenci*“.⁵ Tato ekvivalence je podle něj umělá, protože popírá přirozené rozdíly mezi právy a zájmy. Tento argument označuji jako „*asymetrickou tezi*“.

V tomto článku chci zpochybnit platnost asymetrické teze. Přesněji řečeno, chci upozornit na její správné chápání, které se však od Schauerova přístupu výrazně liší. Nejprve tedy krátce zrekapituluji Schauerovu kritiku poměrování a rozpletu jednotlivé prvky utvářející jeho asymetrickou tezi (1. kapitola). Poté za pomoci koncepce poměrování zformované v rámci Teorie principů⁶ zanalyzuji jednotlivé přednosti a slabiny jím představené argumentace (2. kapitola). Nakonec prozkoumám i epistemologický rozměr asymetrické teze (3. kapitola) a předtím, než se dostanu k závěru, shrnu zjištění, k nimž jsem dospěl (4. kapitola).

¹ KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 1–3.

² Tamtéž, s. 167–171. KLATT, Matthias. Proportionality and Justification. In HERLIN-KARNELL, Ester. KLATT, Matthias Ester (eds), *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

³ To akcentuje např. Kai Möller, který považuje metodu proporcionality za jeden ze čtyř základních prvků svého Globálního modelu základních práv, viz MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 2, 13–15.

⁴ ALEX, Robert. The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2017, Vol. 37, Issue 1. Citováno dne 20. 1. 2017. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/37/1/31/2669583>; BARAK, Aharon. 'Proportionality and Principled Balancing'. *Law and Ethics of Human Rights*. 2010, Vol. 4, Issue 1. Citováno dne 20. 1. 2017. Dostupné online na: <https://philpapers.org/rec/BARPAP-5>; KLATT, Matthias, MEISTER, Moritz. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I•CON controversy. *I•CON*. 2012, Vol. 10, No. 3. Citováno dne 20. 1. 2017. Dostupné online na: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30063.pdf>.

⁵ SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In HUSCROFT, Grant. MILLER, Bradley W. WEBBER, Grégoire C. N. (eds). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 174.

⁶ Poznámka překladatele: Teorie principů představuje strukturální teorii základních práv zformulovanou německým právním teoretikem a filosofem Robertem Alexym a jeho následovníky. Tento myšlenkový proud bývá někdy také označován jako tzv. Kielská škola. Podrobněji k tomuto označení a k pracím příslušníků této školy viz např. JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing—Its Strengths and Weaknesses. In KLATT, Matthias (ed). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 152, marg. č. 2.

1. Schauerova kritika poměřování

Schauer popisuje asymetrii mezi právy a zájmy pomocí čtyř výroků (1) a dvou typových případů kolizí (2). Svou asymetrickou tezi pak také doplňuje další – tzv. restriktivní – tezí (3).

1.1 Čtyři výroky charakterizující asymetrickou tezi

Čtyři Schauerovy výroky, jež formují jeho asymetrickou tezi, znějí následovně:

(1) Daný stupeň omezení práva se považuje za závažnější újmu, než jakou by představoval stejný stupeň snížení míry naplnění veřejného zájmu.

(2) „Práva mají větší hodnotu než zájmy, které nejsou chráněny jako práva (*non-rights-protected interests*)“.⁷

(3) „Pokud ale na jedné straně rovnice bude stát právo, pak platí *presumpce ve prospěch tohoto práva, anebo (což je víceméně totéž) ty, kteří chtějí toto právo omezit, bude tížit důkazní břemeno* [...]“.⁸

(4) Jak práva na svobodu, tak i na rovnost mohou být omezena, avšak lze tak učinit pouze tehdy, pokud bude důvod pro omezení „*důvodem mimořádné síly*“.⁹

Asymetrie mezi právy a zájmy, jak byla právě popsána, brání tomu, abychom mohli ztotožnit proporcionalitu s poměřováním, jelikož toto ztotožnění „*bortí*“ a „*přehlíží*“ tyto zásadní odlišnosti, které mezi nimi jsou.¹⁰

Dříve než se budu podrobně věnovat Schauerově argumentaci, jíž tuto asymetrii zdůvodňuje, je třeba učinit dvě doplňující poznámky. Zaprvé, první z uvedených výroků jsem drobně přeformuloval. V původní podobě zní takto: „[D]aný stupeň omezení svobody projevu je považován za závažnější újmu, než jakou by představoval stejný stupeň snížení míry ochrany veřejného pořádku“.¹¹ Moje upravená verze se od té původní liší pouze v jednom aspektu. Moje verze lépe vystihuje podstatu teoretické úvahy, kterou chce Schauer vyjádřit. Jeho hlavní myšlenka se nevztahuje specificky ke svobodě projevu, nýbrž k právům a zájmům obecně.

Za druhé, výrok (2) může znít, jako kdyby Schauer vycházel z kantovského nebo deontologického vnímání práv, na rozdíl od konsekvencionalistických nebo utilitaristických teorií. Na jiném místě svého textu však explicitně zdůrazňuje, že tento výrok (2) k takovým závěrům nesměruje. Naopak, jeho myšlenka, že práva mají větší hodnotu než zájmy

⁷ Tamtéž, s. 177.

⁸ SCHAUER. *Proportionality*..., s. 178.

⁹ Tamtéž, s. 176.

¹⁰ Tamtéž, s. 177 a 178.

¹¹ Tamtéž, s. 176.

nechráněné právy, je, pokud jde o teorii, která by tuto vyšší hodnotu měla zdůvodnit, neutrální.¹²

1.2 Dva typové případy kolizí

Pro to, aby Schauer vysvětlil důsledky asymetrie mezi právy a zájmy, rozlišuje dva typové případy kolizí. V prvním typovém případě se jedná o vzájemnou kolizi dvou zájmů. V druhém typovém případě se naopak střetává právo se zájmem. Rád bych dodal, že z analytického hlediska existuje i třetí varianta, a to případ kolize mezi dvěma právy. Schauer sice existenci této varianty uznává,¹³ ale nijak podrobně se jí nezabývá. Její nezohlednění považuji za zásadní nedostatek jeho argumentace, k němuž se vrátím podrobněji níže.

Příkladem prvního typu konfliktu je pro Schauera situace zákonodárce, který uvažuje nad možným zvýšením nejvyšší povolené rychlosti na dálnicích. Zde proti sobě stojí dva zájmy: zájem na předcházení úmrtím a zraněním způsobených dopravními nehodami na straně jedné, a zájem na minimalizaci nákladů ve smyslu ekonomické účinnosti na straně druhé. Zákonodárce tak musí zvážit klady a zápory různých alternativ pro určení nejvyšší dovolené rychlosti.

Čistě „hypoteticky“ pak Schauer dále v rámci své argumentace předpokládá, že existuje nikoli neomezitelné (*non-absolute*) právo na rychlou jízdu, zatímco zájem na předcházení úmrtím a zraněním způsobených dopravními nehodami nadále zůstává zájmem, který není chráněn právem (*non-rights-protected interest*). I za těchto okolností však může být právo na rychlou jízdu omezeno zájmem na předcházení negativním následkům dopravních nehod. To plyne z faktu, že předmětné právo není ze své podstaty neomezitelné. Nicméně, a to je Schauerova hlavní myšlenka, síla protichůdného zájmu musí být větší, než byla v prvním případě. Jedině skrze tento požadavek bude náležitě reflektována odlišnost, že nyní se jedná o právo na rychlou jízdu (druhý případ), a nikoli o pouhý zájem (případ první). Teorie tedy musí vzít náležitě do úvahy, že pro to, aby bylo právo převáženo, „[jsou zapotřebí] *silnější důkazy, anebo pádnější argumenty než v případě, na který právo nedopadá*“.¹⁴

Tento obecný závěr vystupuje podle Schauera ještě zřetelněji v případě druhého typového případu kolize. Zde je právo umístěno na druhé misce vah. Zájem na rychlé jízdě je pouhým zájmem, zatímco proti němu stojí právo na předcházení následkům dopravních nehod. Schauer tvrdí, že v tomto případě

byla daná míra zvýšení rizika více škodlivá než daná míra snížení efektivity, a tudíž argumenty a důkazy nezbytné pro to, abychom byli nuceni toto riziko podstoupit, by musely být silnější než argumenty a důkazy, které by postačovaly pro uložení takové povinnosti v případě, který by nebyl kryt právem na předcházení takových rizik.¹⁵

Tato varianta má opět poukázat na existenci asymetrie mezi právy a zájmy.

¹² Tamtéž, s. 177, poznámka pod čarou č. 16.

¹³ Tamtéž, s. 177.

¹⁴ Tamtéž, s. 175.

¹⁵ Tamtéž.

1.3 Schauerova restriktivní teze

Schauer vede jeho výklad předmětné asymetrie k dalšímu závěru. Příklad týkající se nejvyšší dovolené rychlosti na dálnici vytvořil proto, aby ospravedlnil své tvrzení, že aplikace poměrování je vhodná především v prvním typu kolizí. Schauer je konkrétně toho názoru, že poměrování je vhodnou metodou pouze pro situace, kdy jsou ve hře dva zájmy, které nemají povahu základních práv. Jakmile však na scénu vstoupí právo, je jakékoli použití poměrování „klamné“. Pokud by měl Schauer pravdu, poměrování by bylo vhodnou metodou pouze pro zákonodárce a ústavodárce, kteří poměřují politické zájmy, které ještě nepožívají žádný právní status. Byla by tudíž nevhodná pro všechny orgány veřejné moci, jejichž činnost se pohybuje v mezích určených právním řádem, především pro veřejnou správu a soudy. Tuto tezi o omezeném rozsahu působnosti kritéria poměrování označují „*restriktivní teze*“.

Stručně řečeno, Schauerova argumentace se skládá ze dvou kroků: Práva a zájmy jsou ve své podstatě asymetrické (asymetrická teze). Kritérium poměrování tuto asymetrii ignoruje, a tudíž by jeho použití mělo být omezeno pouze na řešení konfliktů mezi zájmy, jež nejsou chráněny jako základní práva (restriktivní teze).

V následující části bych chtěl demonstrovat, že asymetrická teze je správná, byť v odlišném smyslu, než jak ji podává Schauer, a že restriktivní teze je mylná. Obě tato tvrzení dále zdůvodním za pomoci dosud nejpropracovanější koncepce poměrování, té, která byla vypracována v rámci Teorie principů.

2. K Teorii principů

Hlubší myšlenková východiska své asymetrické a restriktivní teze Schauer zmiňuje pouze zběžně: „*Práva mají různou sílu*“.¹⁶ To je nepochybně pravda. Nabízí se tedy otázka, jak může koncepce poměrování zformovaná v rámci Teorie principů tuto variabilitu vysvětlit. Uvedená otázka bude ústředním problémem, z něhož bude vycházet má následující rekonstrukce Schauerovy argumentace. Nejprve upozorním na omezenou relevanci jeho asymetrické teze (2.1). Poté ukáži, že zdánlivá neslučitelnost *trumfování* (*trumping*) s poměrováním, z níž Schauerovy teze vychází, může být do jisté míry překonána (2.2). Ve třetí části pak vyložím některé základní prvky tvořící tzv. vážící formuli (2.3), které následně využiji k rekonstrukci výroků formujících Schauerovu asymetrickou tezi (2.4).

2.1 K omezenému významu Schauerovy asymetrické teze

Nyní bych chtěl upozornit na určité limity Schauerova příkladu týkajícího se stanovení nejvyšší povolené rychlosti. Ten je závislý na dvou explicitních předpokladech, a to konkrétně že „*neexistuje ani právo na ekonomickou efektivitu, a ani právo nebýt obětí dopravní nehody*“.¹⁷ Poté „*hypoteticky*“ předpokládá, co by se dělo, kdyby skutečně právo na rychlou jízdu existovalo, a dále tvrdí, že

¹⁶ Tamtéž, s. 174.

¹⁷ Tamtéž, s. 175.

právo jezdit rychlostí šedesát mil za hodinu bude moci být pro svou nikoli-absolutní povahu omezeno nebo převáženo, ale síla důkazů či argumentů nezbytných k tomu, aby v konkrétním případě bylo toto právo převáženo by musela být silnější než u důkazů a argumentů, které by stačily pro převážení pouhého *zájmu* jezdit rychlostí šedesát mil za hodinu, pokud by tedy tento zájem nebyl chápán či chráněn jako právo.¹⁸

Očima Středoevropana se však Schauerův argument jeví jako obtížně pochopitelný. Ve většině právních systémů ochrany základních práv by totiž byly oba výše zmíněné předpoklady v rozporu s realitou. Vezměme si například německou ústavu, která v čl. 2 odst. 1 Základního zákona zakotvuje obecné právo na svobodu jednotlivce, z něhož plyne právo dělat či nedělat to, co se komu líbí.¹⁹ Pod ochranu obecného práva na svobodu jednotlivce spadají i takové všední věci jako např. *prima facie* práva jezdit na koni po veřejných lesích²⁰ nebo krmit holuby na náměstích.²¹ Zahrnuje tedy také *prima facie* právo na rychlou jízdu. Pokud jde o právo nebýt obětí dopravních nehod, toto je kryto pozitivním závazkem státu přijmout dostatečnou právní úpravu aktivit, s nimiž jsou spojena závažná rizika pro život a zdraví, který plyne z čl. 2 odst. 2 Základního zákona. Zákonodárce tedy nemá zcela volnou úvahu, zda bude chránit životy a zdraví lidí před závažnými následky dopravních nehod. Nositelé práv se tak mohou dovolávat, aby byla přijata dostatečná ochranná opatření, a to navzdory tomu, že zákonodárce v tomto směru požívá širokou diskreci co do volby prostředků k dosažení sledovaného cíle.²²

Právní řády se často snaží vyvarovat právě takových mezer v ochraně poskytované jednotlivci základními právy, jež zmiňuje Schauerův příklad. Dopředu počítají s širokou působností práv tak, aby maximalizovaly *prima facie* ochranu jednotlivce.²³ Případně přijímají katalogy práv, které obsahují dlouhé, vyčerpávající výčty skutkových podstat chráněných práv. Tím zaručují, že jimi bude kryto prakticky jakékoli jednání jednotlivce. Anebo, což je třetí možnost, právní řády zakotvují obecná práva na svobodu a rovnost. Tato obecná práva fungují jako pohotovostní práva a záloha pro případ, že by určité jednání nespadlo pod rozsah některého z úžeji formulovaných práv. V žádném z těchto případů však Schauerovy předpoklady neplatí.

V důsledku uvedeného se Schauerovo rozlišování mezi dvěma typovými případy kolizí rozplývá. Téměř všechny zájmy budou totiž spadat pod rozsah ochrany nějakého práva. První typový příklad kolize (zájem vs. zájem) se tedy automaticky promění v kolizi druhého

¹⁸ Tamtéž.

¹⁹ Ustanovení čl. 2 odst. 1 Základního zákona stanoví: „Každý má právo na svobodný rozvoj své osobnosti, pokud tím neporušuje práva druhých a nepřekračuje ústavní řád nebo pravidla mravnosti.“ Srovnej ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 223–259. RIVERS, Julian. *A theory of constitutional rights and the British constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. xii–xliv.

²⁰ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 28. 5. 1993, BVerfGE 39, 1, odst. 88 a 203.

²¹ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 3. 6. 1980, BVerfGE 54, 143.

²² Srovnej KLATT, Matthias. Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. *Heidelberg Journal of International Law*. 2011, Vol. 71, No. 4, s. 681.

²³ K různým výhodám široce vnímaného rozsahu působnosti základních práv a velkorysému přístupu k jejich vymezení viz KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *Proportionality...*, s. 687, 700–702. MEISTER, Moritz. *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, s. 58–127.

typu (právo vs. zájem). Tím se odlišnost mezi oběma typy kolizí hroutí. Z tohoto důvodu hned zkraje prohlašuji, že Schauerova asymetrická teze má pouze omezený význam.

2.2 Spojení trumfování s poměřováním

Ten, kdo by Schauerův přístup obhajoval, by sice mohl uznat uvedené spojení, avšak stále by mohl trvat na tom, že přinejmenším na straně zájmu státu stojí entita (*entity*), která není chráněna základními právy. To je právě situace, jež má společně s výše zmíněným výrokem (2) zdůvodnit platnost asymetrické teze. Nicméně taková odpověď se zcela míjí s podstatou věci. Pro správné uchopení poměřování není v konečném důsledku podstatné, zda něco spadá pod rozsah práva, anebo pod rozsah veřejného zájmu. Naopak, ve skutečnosti záleží, na jaké úrovni v hierarchii norem jsou tyto dvě právní entity umístěny.²⁴ Poměřování je tak možné pouze mezi entitami, které v rámci hierarchie norem požívají stejný status. Pokud by postavení dvou soupeřících entit v hierarchii norem bylo odlišné, dojde v souladu s prastarým pravidlem *lex superior derogat legi inferiori* ke vzniku trumfového efektu (*trumping effect*): norma vyššího stupně přebije (*trump*) normu nižšího stupně. K tomuto trumfování dochází bez jakéhokoli poměřování a bez ohledu na to, která z těchto dvou norem má povahu práva, a která je naopak veřejným zájmem.

Pokud bychom toto trumfování napříč různými úrovněmi hierarchie norem popřeli, tak by jistě kritici poměřování měli pravdu. Ústavou chráněná práva by tudíž mohla být převážena i méně závažnými zájmy, které by vůbec nepožívaly ústavní ochrany.²⁵ Pak bychom opravdu základní práva zbavili jejich normativní síly a naplnili bychom tak obavy, které tvoří základ Schauerovy teze.

Nicméně, teorie proporcionality, resp. poměřování takovou pozici nezastává. Naopak, tento účinek spojený s vnímáním základních práv jako trumfů akceptuje a potvrzuje. Nazval jsem ho *prvním zákonem trumfování* (*the first law of trumping*): Základní práva vždy přebijí (*trump*) všechny ostatní zájmy kromě zájmů, které taktéž požívají ochrany na ústavní úrovni.²⁶ Zájmy, které ochrany na ústavní úrovni nepožívají, jsou z poměřování s ústavními právy striktně vyloučeny. Vzhledem k tomu, že teorie poměřování je schopna zahrnout

²⁴ K hierarchii norem viz KLATT, Matthias. The Legitimacy of Constitution-Conform Interpretation. In HERLIN-KARNELL, Ester. KLATT, Matthias (eds), *Constitutionalism Justified...*, část III. B.

²⁵ Srovnej KLATT, MEISTER. *Proportionality...*, s. 689; nebo KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 17.

²⁶ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 23 a 27; KLATT, MEISTER. *Proportionality...*, 690; ALEX. *The Absolute...*, s. 185; BOROWSKI, Martin. Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Legisprudence*. 2007, Vol. 1, Issue 2, s. 197 a 213.

některé účinky spojené s koncepcí vnímající základní práva jako trumfy,²⁷ je Schauerovo kategorické odmítnutí²⁸ jejich možného spojení předčasné.

Přesto musíme uznat, že tento aspekt působení práv jako trumfů není ani příliš obtížně splnitelnou podmínkou, ani příliš aktivním filtrem, který by chránil práva před tím, aby byla poměřována s veřejnými zájmy. Naše moderní ústavy s sebou většinou nenesou jen prakticky všeobíhající síť práv – vykazují stejnou hojnost i na straně veřejných zájmů. Ústavy chrání sociální zabezpečení i národní bezpečnost, stejně jako udržitelný rozvoj a demokracii. V tomto kontextu je důležité si uvědomit, že všechny tyto veřejné zájmy požívají ústavní ochrany zrovna tak, jako základní práva. Jsou tedy – pokud jde o jejich normativní zdroj v rámci právního řádu – na stejné hierarchické úrovni jako základní práva. Orgány veřejné moci budou tudíž téměř vždy moci úspěšně tvrdit, že veřejný zájem, který při omezování základního práva sledují, má rovněž ústavní status. To platí tím spíš, budeme-li rozlišovat mezi ústavním statutem prvního a druhého stupně.²⁹ Princip má ústavní status prvního stupně, pokud jeho platnost nezávisí na legislativním rozhodnutí. Jeho ústavní status tak plyne přímo z rozhodnutí ústavodárce zařadit ho do výčtu ústavních principů.

Naopak, princip má ústavní status druhého stupně, jestliže se jeho platnost odvíjí od rozhodnutí zákonodárce. Pokud by takové rozhodnutí sledovalo kolektivní cíl, který by nebyl explicitně uveden ve výčtu ústavních principů prvního stupně, vedlo by k přijetí normy s běžným statutem. Jejím přijetím by však přesto byl vytvořen ústavní princip druhého stupně, který by byl způsobilý do jisté míry základní práva omezit. Východiskem této pravomoci zákonodárné moci přijímat ústavní principy druhého stupně je fakt, že v ústavních demokraciích je v kompetenci zákonodárce, aby se sám rozhodl o naplnění, jakých kolektivních cílů či účelů bude svou činností usilovat. Mnohá ustanovení ústav, která zakotvují základní práva, ponechávají množinu možných důvodů pro omezení těchto práv otevřenou. Tato otevřenost vede k určitému typu strukturální diskrece zákonodárce, která se nazývá diskrecí při určování cílů.³⁰ Zákonodárce si může zvolit cíle ospravedlňující omezení základních práv, a pokud si zvolí tyto cíle formou přijetí běžného zákona, vytvoří tím ústavní princip druhého stupně. Realizuje tím svou zákonodárnou moc omezovat základní práva skrze naplňování politických cílů v podobě ústavních principů druhého stupně. Výsledkem je ústavně-zprostředkované omezení základních práv, tj. omezení, k jehož provedení je zákonodárce ústavou zmocněn.³¹

Pro ilustraci si uveďme následující příklad: Německý Spolkový ústavní soud akceptoval diskreci zákonodárce při určování svých cílů a z ní vzešlý ústavní princip chránící „zachovávání a podporování ručních prací a řemesel“. Tento princip není explicitně zakotven

²⁷ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 26–29.

²⁸ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 177 poznámka pod čarou č. 18. Nebo DA SILVA, Virgílio A. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2011, Vol. 31, Issue 2, s. 273, 281–282. Dostupné online na: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/early/2011/03/17/ojls.gqr004.abstract>.

²⁹ ALEXY. *A Theory...*, s. 81.

³⁰ Tamtéž, s. 395–396.

³¹ Tamtéž, s. 189.

v ústavě, *per se*, jako tzv. absolutní veřejný zájem. Není „obecně uznávaným veřejným zájmem, jehož existence by byla nezávislá na aktuální politické situaci ve společnosti (tak jako zájem na ochraně veřejného zdraví).“³² Nejde tudíž o cíl, který by byl zákonodárce povinen sledovat.

Přesto však bude vhodným kandidátem na to být tzv. relativním veřejným zájmem. Relativní veřejný zájem je takový veřejný zájem, který si může zákonodárce legitimně zvolit s ohledem na „specifické hospodářské, sociální a politické ideje a cíle“, o jejichž naplnění zrovna v daný moment usiluje.³³ Navíc, pokud se tak zákonodárce rozhodne, může za předpokladu, že budou splněny ostatní podmínky, zejména ty, které plynou z testu proporcionality, skrze tento ústavní princip druhého stupně omezit základní práva.

Ústavní principy druhého stupně tedy můžeme připočíst k ústavním principům prvního stupně. Pak bude ještě pravděpodobnější, že prakticky vždy narazíme na situaci, kdy kolidující veřejný zájem bude též požívat ústavní ochrany.

Přesto, by mohl Schauer odpovědět, že nic z toho, co bylo uvedeno, nevyvrací jeho obavy, že poměrování ignoruje specifickou normativní sílu základních práv. Mnoho z výše uvedeného by jej pravděpodobně utvrdilo v jeho obavách, že asymetrie mezi právy a zájmy by byla pozvednutím veřejných zájmů na ústavní úroveň setřena. S takovou odpovědí by se Schauer zařadil do tábora tradičních kritiků proporcionality, kteří tvrdí, že základní práva v kontextu poměrování a metody proporcionality „nepožívají žádné speciální normativní síly jako *trumfy*“ a jsou devalvovány na pouhé „*rétorické kudrlinky*“.³⁴

Nejostřeji tuto námitku vyjádřil Tsakyrakis:

Při [...] poměrování nemůže existovat žádný koncept přednosti základních práv před jinými relevantními hledisky (*considerations*). Zájmy jednotlivců chráněné základními právy se totiž nalézají na miskách vah bok po boku s jakýmkoli jinými zájmy jednotlivce či veřejné moci.

Z tohoto důvodu mají zájmy většiny tendenci převažovat nad zájmy jednotlivce a menšin.³⁵

Konečně, i tato obava jistě stojí za Schauerovými argumenty. Teorie poměrování tedy musí vzhledem k této kritice prokázat, že je schopná poskytnout základním právům důslednou ochranu, a to i když připouští, aby byla poměřována s jinými ústavně chráněnými hodnotami. Teorie poměrování musí jasně určit, jak může uchopit Schauerovu hlavní myšlenku, že „*práva mají větší hodnotu než zájmy, které nejsou právy chráněny*“.³⁶ V následujících pasážích bych chtěl tyto úvahy demonstrovat za pomoci vážící formule.

³² Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 17. 6. 1961, BVerfGE 13, 97, (*Handwerksordnung*), odst. 23.

³³ Tamtéž.

³⁴ BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 171.

³⁵ TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*. 2009, Vol. 7, Issue 3, s. 468, 471. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/7/3/468/703178?login=true>.

³⁶ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 177.

2.3 Vážíci formule

Struktura poměrování byla podrobně rozpracována do podoby konkrétního vzorce, tzv. vážíci formule, kterou poprvé představil Alexy v doslovu k anglickému vydání jeho knihy *Teorie základních práv* (*A Theory of Constitutional Rights*).³⁷ Výchozí podoba vážíci formule zní následovně:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i}{G_j \cdot I_j}$$

Vzorec č. 1: Výchozí podoba vážíci formule

Tato formule demonstruje poměrování dvou kolidujících principů, P_i a P_j . Proměnná představující výsledek dělení, $G_{i,j}$, vyjadřuje konkrétní váhu P_i ve vztahu k P_j . Proměnné G_i a G_j představují abstraktní váhy P_i a P_j . Abstraktní váha principu je váha, kterou má princip vzhledem k ostatním principům, avšak bez ohledu na okolnosti konkrétního případu. Abstraktní váhy kolidujících principů se někdy vzájemně liší. Takto je například možné tvrdit, že právo na život má vyšší abstraktní váhu než právo vlastnické.³⁸

Nicméně, poměrně často bývají abstraktní váhy kolidujících základních práv stejné. Tím se navzájem vyruší a nemají žádný vliv na určení hodnoty $G_{i,j}$. Výsledná hodnota $G_{i,j}$ pak bude záviset pouze na I_i a I_j , což těmto proměnným propůjčuje mimořádný význam. Proměnná I_i představuje intenzitu zásahu do principu P_i . Proměnná I_j pak znamená důležitost naplnění kolidujícího principu P_j . I_i a I_j jsou ze své podstaty konkrétními proměnnými, protože jak intenzita zásahu do P_i , tak i důležitost naplnění P_j budou vždy kontextuálně podmíněné. To činí poměrování principů i jeho výsledek závislými na okolnostech konkrétního případu.

V návaznosti na ustálenou rozhodovací praxi mnoha ústavních soudů používá *Teorie principů* triadickou škálu, na níž kategorizuje čtyři proměnné I_i , I_j , G_i a G_j . Jednotlivé stupně této škály lze označit jako lehký (l), střední (s) a závažný (z). Tyto hodnoty mohou být zastoupeny čísly 2⁰, 2¹, 2². Tato čísla představují nekontinuální geometrickou posloupnost.³⁹

Důsledky plynoucí z výsledku předmětného kvocientu určují tři pravidla.⁴⁰ Zaprvé, pokud $G_{i,j}$ bude mít hodnotu vyšší než 1, pak je v tomto případě třeba dát přednost principu P_i . Zadruhé, pokud $G_{i,j}$ bude mít hodnotu nižší než 1, vznikne povinnost upřednostnit princip P_j . Zatřetí, pokud $G_{i,j}$ bude mít hodnotu 1, dojde k patu. V takovém případě ústava nevyžaduje, aby byla dána přednost některému z těchto principů. Oba interpretační závěry, jak o přednosti P_i , tak i o přednosti P_j jsou ústavně konformní. V patových situacích je tudíž třeba zavést meta-pravidlo, které teprve určí výsledek konkrétního případu. Mnoho právních řádů v takových situacích ponechává zákonodárci strukturální diskreci. Zákonodárce tak může upřednostnit

³⁷ ALEXY, *A Theory...*, s. 408–410; ALEXY, Robert. The Weight Formula. In STELMACH, Jerzy. BROŹEK, Bartosz. ZALUSKI, Wojciech (eds). *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the economic analysis of law*. Krakow: Jagiellonian University Press, 2007.

³⁸ KLATT, MEISTER. *A Constitutional Structure...*, s. 11.

³⁹ ALEXY. *The Weight...*, s. 20–26.

⁴⁰ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 13.

kterýkoli z obou kolidujících principů. Ústavní soud do takového rozhodnutí zákonodárce nebude zasahovat, bez ohledu na to, který z principů zákonodárce upřednostnil. Samozřejmě, je možné uvažovat o zavedení odlišných meta-pravidel, což však bude záviset na tom, jak právní řád přistupuje k dělbě rozhodovacích a kontrolních kompetencí.

Aby byl schopen zohlednit dopady epistemické spolehlivosti na výsledek poměrování, Alexy do své vážící formule již od počátku zahrnul více proměnných.⁴¹ Proměnné S_i a S_j označují míru epistemické spolehlivosti premis užitých při poměrování ve vztahu k oběma kolidujícím principům. Je však třeba rozlišovat mezi empirickými a normativními premisami, a tudíž i mezi příslušnými proměnnými. Něco může být velmi spolehlivé, pokud jde o skutkovou stránku věci, ale přesto velmi nespolehlivé s ohledem na svou normativní dimenzi, anebo naopak. Systematicky vzato, můžeme vzájemně kombinovat libovolnou míru nejistoty empirické s libovolnou mírou nejistoty normativní. Abychom byli schopni tyto rozdíly uchopit, navrhli jsme spolu se Schmidtem, že je třeba rozdělit proměnné S na S^e , označující spolehlivost empirických předpokladů, a S^n , označující spolehlivost normativních předpokladů.⁴² Tato modifikace je patrná ze vzorce č. 2.

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{G_j \cdot I_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n}$$

Vzorec č. 2: Vážící formule rozlišující míru spolehlivosti empirických a normativních premis

Pro proměnné S používáme triadickou spolehlivostní stupnici.⁴³ Její stupně jsou: spolehlivý či jistý (j), plausibilní (p), a nespolehlivý (n). Číselné hodnoty, které lze přiřadit všem spolehlivostním proměnným, jsou $j = 2^0$, $p = 2^{-1}$, $n = 2^{-2}$. Pokud bude míra spolehlivosti vysoká, substantivní hodnoty ve vážící formuli nebudou dotčeny. Pokud však míra spolehlivosti klesne pod hodnotu „jistý“, oslabí se způsoblost substantivních hodnot G_x a I_x ovlivnit výsledek poměrování. Velmi nízká míra epistemické spolehlivosti povede k významnému

⁴¹ ALEXY, A. *Theory...*, s. 419, poznámka pod čarou č. 97; ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In JICKELI, Joachim. KREUTZ, Peter. REUTER, Dieter (eds). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. De Gruyter, 2003, s. 789–790; ALEXY, *The Weight...*, s. 24–25.

⁴² KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*. Mohr Siebeck, 2010, s. 51–52. KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic Discretion in Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*. 2012, Vol. 10, No. 1, s. 69 a 91. Citováno dne 27. 5. 2012. Dostupné online na: <http://icon.oxfordjournals.org/content/10/1/69.full.pdf#page=1&view=FitH>. KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. A discricionariade epistemica no direito constitucional: Trad. Fausto Santo de Moraes. In DE MORAIS, Fausto S. BORTOLOTTI, José C. K. (eds). *Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais*. Lumen Juris Editoria, 2016; KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 132. PULIDO, Carlos B. On Alexy's Weight Formula. In MENÉDEZ, Agustín J. ERIKSEN, Erik O. (eds). *Arguing Fundamental Rights*. Law and Philosophy Library vol 77. Springer, 2006, s. 109. BADENHOP, Johannes. *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Nomos, 2010, s. 366–367.

⁴³ KLATT, SCHMIDT. *Spielräume...*, s. 76. Srovnej ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*. 2014, Vol. 12, Issue 3, s. 511 a 515. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>. ALEXY, Robert. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, Issue 3, s. 871, 874. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/16/3/871/5165840?login=true>.

oslabení těchto hodnot. Například závažný, ale velmi nejistý zásah ($G_i = I_i \times S_i = 4 \times \frac{1}{4} = 1$) dosáhne stejného výsledku jako pouze lehký zásah, který však s jistotou nastane ($G_i = I_i \times S_i = 1 \times 1 = 1$).

2.4 Rekonstrukce Schauerových výroků

Vážíci formule nám umožňuje v Schauerových výrocích odhalit některé rozpory a analyticky je přeformulovat do přesnější podoby.

(a) Výrok první

První z výroků charakterizujících Schauerovu asymetrickou tezi je již na první pohled nejasný:

(1) Daný stupeň omezení práva se považuje za závažnější újmu, než jakou by představoval stejný stupeň snížení míry naplnění veřejného zájmu.

Jak může být daný stupeň omezení práva „závažnější“ než „stejný stupeň“ snížení míry naplnění veřejného zájmu? To zní jako protimluv. Buď je zásah do práva „závažnější“ než důležitost principu, který tento zásah ospravedlňuje – pak ovšem posledně uvedený princip nemůže být „stejněho stupně“ jako stupeň omezení předmětného práva. Anebo důležitost principu ospravedlňujícího zásah do základního práva dosahuje „stejněho stupně“ jako omezení práva. Avšak to potom posledně jmenovaný nemůže být „závažnější“ než ten první, ledaže by Schauer chtěl navrhnout, abychom práva a jiné ústavní principy poměřovali na různých vahách. Použitím dvou různých měřítek bychom opravdu překonali výše uvedenou rozporuplnost výroku (1). Současně bychom tím ale zcela opustili ideu poměrování, neboť poměrování stojí na předpokladu, že na obě miský vah aplikujeme stejná měřítka.

Schauerův výrok však začne dávat smysl, až tehdy, když jej vyložíme prizmatem Teorií principů formulované dichotomie rozlišující mezi abstraktními a konkrétními vahami principů.⁴⁴ To, co Schauer označuje jako „stupeň omezení práva“, chápeme jako konkrétní váhu omezovaného principu (I_i). To, co Schauer označuje jako „stupeň snížení míry naplnění veřejného zájmu“, můžeme potom chápat jako konkrétní váhu, resp. důležitost naplnění, veřejného zájmu (I_j). To nám umožňuje provést následující rekonstrukci Schauerova výroku: Daný stupeň omezení práva, *který je spojen* s vyšší abstraktní vahou práva, může dosáhnout větší míry rezistence vůči omezením (a být v tomto smyslu „závažnější“) než stejný stupeň snížení míry naplnění veřejného zájmu, *který je spojen* s nižší abstraktní vahou veřejného zájmu.⁴⁵

⁴⁴ K roli, jakou při poměrování zastává abstraktní váha principu, viz KLATT, Matthias. An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay. *International Journal of Constitutional Law*. 2014, Vol. 12, Issue 4, s. 892–894. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/12/4/891/648398>.

⁴⁵ Termín „míra rezistence vůči omezením“ byl až dosud používán pouze pro označení součinu hodnot konkrétní váhy a příslušné míry spolehlivosti předpokladů, viz KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 118. Nicméně, nyní navrhuji, aby tento termín byl také používán pro označení součinu hodnot konkrétní a abstraktní váhy principů.

Předpokládejme, že dojde k následující kolizi: Dojde ke středně závažnému zásahu ($I_i = s = 2$) do práva P_i , které má vysokou abstraktní váhu ($G_i = z = 4$). Na druhou misku vah umístíme ústavně chráněný veřejný zájem P_j se střední abstraktní vahou ($G_j = s = 2$), přičemž důležitost důvodů svědčících v jeho prospěch je také střední ($I_j = s = 2$). Ponecháme-li stranou, že mohou nastat určité problémy s mírou spolehlivosti premis, tak poměrování kolidujících hodnot bude probíhat následovně:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i}{G_j \cdot I_j} = \frac{z \cdot s}{s \cdot s} = \frac{4 \cdot 2}{2 \cdot 2} = 2$$

Vzorec č. 3: Vážící formule zachycující způsobilost k omezení a míru rezistence

Tato rekonstrukce pomáhá překonat rozporuplnost Shauerova výroku (1). Proměnné I_i a I_j mají, jak výrok předpokládá, „stejný stupeň“, a to konkrétně *střední*. Přesto, vzhledem k zohlednění odlišných abstraktních vah principů, které svědčí ve prospěch práva P_i , míra rezistence práva vůči omezením získává vyšší hodnotu – újma, kterou s sebou nese jeho omezení, je tedy „závažnější“, jak vyplývá ze Schauerova výroku.

Vyjádříme-li totéž v obecnější rovině: Pojmy „daný stupeň“ a „stejný stupeň“ ve výroku (1) odkazují ke konkrétním vahám kolidujících principů. Naopak, pojem „závažnější újma“ odkazuje na míru rezistence práva vůči omezením, jeho schopnost obstát v kolizi s jinými ústavně chráněnými hodnotami. Posledně uvedený pojem v sobě kombinuje hodnoty konkrétní a abstraktní váhy práva a porovnává je se způsobilostí veřejného zájmu právo omezit. Budeme-li výrok (1) chápat tímto způsobem, překonáme tím jeho vnitřní rozpornost. A co je ještě důležitější, teorie poměrování jej může bez potíží inkorporovat.

(b) Výrok druhý

Diferenciace mezi abstraktními a konkrétními vahami principů, která v Schauerově argumentaci absentuje, je rovněž klíčem k pochopení jeho výroku (2). Výrok (2) uvádí, že „*práva mají větší hodnotu než zájmy, které nejsou chráněny jako práva (non-rights-protected interests)*“. Tento aspekt údajné asymetrie mezi právy a zájmy můžeme rekonstruovat tak, že všem právům přiřadíme vyšší abstraktní váhu než ostatním ústavním principům. Aby bylo jasno, tento mechanismus nezaručí, že práva vždy definitivně přebijí (*trump*) protichůdné veřejné zájmy. Na rozdíl od Rawlsova⁴⁶ lexikálního uspořádání (*serial* či *lexical ordering*), které vždy přiznává absolutní váhu (přednost) tomu z kolidujících principů, který je v pořadí uveden dříve, přiznáním vyšší abstraktní váhy základním právům jim poskytuje v rámci poměrování rozhodující náskok (*a winning margin*) před veřejnými zájmy. Tento náskok může být vyrovnán, anebo dokonce překonán vyššími hodnotami ostatních proměnných na straně kolidujícího principu. Postup, který navrhuji k objasnění Schauerova výroku (2), zakládá „*prima facie trumfování*“, které je třeba odlišit od „*definitivního trumfování*“. Uvedené

⁴⁶ RAWLS, John. *A theory of justice*. Clarendon Press, 1972, s. 43. RAWLS, John. *Political liberalism*. The John Dewey essays in philosophy vol. 4. Columbia University Press, 1993, s. 296.

úvahy se řídí *druhým zákonem trumfování*:⁴⁷ Čím vyšší abstraktní váhu princip má, tím spíše přebije (*trumps*) protichůdné principy. Nyní si povšimněme, že jak první, tak i druhý zákon trumfování nám jasně ukazují, že údajné nepřátelství mezi trumfováním a poměřováním není tak nesmiřitelné, jak se někdy tvrdí. Nejde totiž o to, zda právě trumfování či poměřování představuje správné pojetí argumentace základními právy, nýbrž jak naložit s trumfováním v rámci poměřování.⁴⁸

(c) Výrok třetí

Přejdeme-li k Schauerově výroku (3), pak stejný postup, který jsem právě popsal, může také pomoci s uchopením Schauerovy „*presumpce ve prospěch práva*“⁴⁹ pomocí Teorie principů. Tuto presumpci tedy můžeme také rekonstruovat skrze to, že právu přiznáme vyšší abstraktní váhu než veřejnému zájmu, tak jak je to uvedeno výše ve vzorci č. 3. Právu P_i je přiznána vyšší abstraktní váha ($G_i = z$) než s ním kolidujícímu veřejnému zájmu P_j ($G_j = s$), a proto vstupuje do poměřování s rozhodujícím náskokem. Právě tento rozhodující náskok utváří Schauerovu *presumpci ve prospěch práva*.

V každém případě asymetrická teze nijak nepřispívá k rekonstrukci třetího typu kolizí, který je obecně Schauerem opomenut, konkrétně jde o příklad kolize mezi dvěma právy. Zde musíme poukázat na odlišnost od ostatních dvou typových případů kolizí, v nichž vždy alespoň na jedné straně vystupuje veřejný zájem. Třetí typový případ však vůbec nenaplnuje předpoklad Schauerova výroku (3): Práva zde nejsou pouze „*na jedné straně rovnice*“, nýbrž na obou stranách. Koncept „*presumpce ve prospěch práva*“ před zájmem, který není chráněn jako právo, v takové situaci není použitelný, ledaže bychom základní práva uspořádali hierarchicky. Pomineme-li však tuto možnost, Schauerova *presumpce „ve prospěch práva“* by platila pro obě strany rovnice, čímž by se neutralizovala. K takové neutralizaci dochází často. Dochází k ní všude tam, kde ústavní právo připouští horizontální působení základních práv. Základní práva prozařují celým právním řádem, jak uvádí ve svém slavném rozhodnutí *Lüth* německý Spolkový ústavní soud.⁵⁰ Vezmeme-li v úvahu, že jde o standardní situaci, tak asymetrická teze by se tak jako tak aplikovala pouze v omezeném rozsahu.⁵¹

(d) Výrok čtvrtý

Ve výroku (4) své asymetrické teze se Schauer dožaduje toho, aby pro omezení jak práv na svobodu, tak i na rovnost byl potřeba „*důvod mimořádné síly*“.⁵² Tento výrok přináší následující problém: Schauer neuvádí, jak přesně bychom měli v konkrétním případě určit,

⁴⁷ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 29; KLATT, MEISTER. *Proportionality...*, s. 690.

⁴⁸ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 28.

⁴⁹ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 178.

⁵⁰ Pro podrobnější komentář k rozhodnutí ve věci *Lüth* a k doktríně prozařování základních práv právním řádem viz KLATT. *The Legitimacy...*, část III B

⁵¹ Tamtéž, část III. 1.

⁵² SCHAUER. *Proportionality...*, s. 176.

zda má konkrétní důvod „*mimořádnou*“ sílu pro to, aby ospravedlnil omezení práva. Dokonce ani nedává žádné vodítko pro určení, kdy případně bude důvod takovou „*mimořádnou*“ sílu postrádat, takže nebude moci omezení základního práva ospravedlnit. Chtěl bych tedy konstatovat, že předmětný výrok neslouží ani tolik jako argument proti poměřování práv, ale spíše ukazuje, že poměřování je způsob, který tento problém vyřeší.

Musíme pouze vyložit Schauerovo pojetí „*síly*“ tak, že se odkazuje ke konkrétní váze principu, a pojetí toho, co je „*mimořádné*“, zase tak, že dopadá na vztah mezi dvěma konkrétními vahami kolidujících principů. Například veřejný zájem se střední konkrétní vahou bude mít dostatečnou sílu (a v tomto smyslu se bude jednat o sílu „*mimořádnou*“), aby omezil právo s lehkou konkrétní vahou. Nebude však mít dostatečnou sílu (a v tomto smyslu bude mít pouze sílu „*řádnou*“) na to, aby omezil právo se závažnou konkrétní vahou. Teorie poměřování poskytuje přehršel možností, jak uchopit vztahy síly mezi právy a jinými ústavními principy. Navíc je to nejlepší způsob, jak určit, zda je Schauerův požadavek „*mimořádné síly*“ naplněn.

Předtím je však ještě třeba učinit jednu poznámku. Konkrétně, že technicky je sice možné přisoudit všem základním právům vyšší abstraktní hodnotu než všem ostatním ústavním principům, což ale neznamená, že je to též ospravedlnitelné. Koneckonců v ústavním textu není ani náznak toho, že by ústava sama v tomto směru mezi abstraktními vahami nějak diferencovala. Jak přesně bychom mohli ospravedlnit např. závěr, že svoboda shromažďování má mít vyšší abstraktní váhu než ústavní princip demokracie? Nebo že princip právního státu má nižší abstraktní váhu než právo vlastnické? Netvrdím, že takové odlišnosti v abstraktních vahách skutečně existují. Ve skutečnosti jsem v tomto ohledu spíše skeptický.⁵³ Raději bych chtěl učinit následující závěr: Vyjdeme-li z předpokladu, že by odlišné určení abstraktních vah jednotlivých principů mohlo být racionálně zdůvodněno, teorie poměřování je schopná jej snadno uchopit. Ve svém důsledku tedy ta část asymetrické teze, kterou zachycuje výrok (4), vůbec nesměruje proti pojetí poměřování plynoucímu z Teorie principů.

3. Epistemologická dimenze věci

Dosud jsem zcela opomíjel jednu zcela odlišnou dimenzi Schauerovy asymetrické teze. Jeho výrok (3) klade naroveň již zmíněnou presumpci ve prospěch práva s „*důkazním břemenem, které tíží ty, jež chtějí právo omezit*“. Schauer zde také tvrdí, že toto břemeno je „*víceméně totéž*“ jako již uvedená presumce ve prospěch práva.⁵⁴ Tyto poznámky můžeme v zásadě interpretovat třemi různými způsoby.

⁵³ Má skepse směřuje především vůči rozlišování v abstraktních vahách mezi základními právy a veřejnými zájmy a nikoli toliko vůči rozlišování v rámci množiny základních práv. Ve skutečnosti uznávám, že je možné přiznat vyšší abstraktní váhu právu na lidskou důstojnost, nižší abstraktní váhu obecnému právu na svobodu jednotlivce a standardní abstraktní váhu všem ostatním základním právům.

⁵⁴ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 178.

3.1 První interpretace

První interpretace spojuje Schauerův argument „*důkazním břemenem*“ s faktory epistemické spolehlivosti předpokladů v rámci vážící formule. V tomto směru si musíme dát pozor a nezaměňovat epistemologické otázky s otázkami substantivními. Teorie principů, na rozdíl od Schauera, rozlišuje mezi otázkami váhy jako takové a otázkou míry epistemické spolehlivosti premis, na nichž je hodnocení otázek váhy založeno. Ani v náznaku však nelze tvrdit, že by se mohlo jednat „*víceméně o totéž*“. Takto můžeme např. v souladu se Schauerovou presumpcí chtít pro základní práva použít vyšší abstraktní váhu, současně ale budeme muset uznat, že pokud jde o míru epistemické spolehlivosti, tak tento výrok je pouze plausibilní ($S_i = p$).⁵⁵ Případně, jako další příklad nám může posloužit střední abstraktní váha veřejného zájmu, u níž však budeme moci tvrdit, že jsme si tímto hodnocením epistemicky velmi jistí ($S_j = j$).

Proto je důležité si uvědomit, že faktory epistemické spolehlivosti je třeba vzít v úvahu na obou stranách rovnice, a jak ukazuje vážící formule, která zahrnuje epistemické proměnné jak v čitateli, tak i ve jmenovateli, není možné uložit určité břemeno epistemické spolehlivosti pouze orgánu veřejné moci a současně zcela ignorovat míru epistemické spolehlivosti, ať už byla vysoká či nízká, na straně nositele práv. V opačném případě by mohla nastat následující situace: Předpokládejme, že je spíše nejisté ($S_i = n = 2^{-2}$), zda došlo např. ke středně intenzivnímu zásahu do práva ($I_i = s = 2$). Zároveň je plausibilní ($S_j = p = 2^{-1}$), že konkrétní váha veřejného zájmu, který toto právo omezuje, je závažná ($I_j = z = 4$). I za těchto podmínek by stále ještě mohlo právo nad veřejným zájmem převážet. Nezohledníme-li S_i při současném zohlednění S_j , nastane pat. Tato patová situace přitom umožňuje dát přednost P_i . Naproti tomu k jasné přednosti P_j by došlo tehdy, když bychom zohlednili i S_i .

Kromě toho míra epistemické spolehlivosti se může lišit ve vztahu k oběma hodnotám položeným na „misky vah“. V tomto ohledu vůbec k asymetrii nedochází. Kolidujícím principům totiž přiznáme přesně takovou míru epistemické spolehlivosti, jaká odpovídá epistemologické situaci daného případu. Toto označuji jako „*teze o epistemologické symetrii*“.

Z toho plyne, že Schauerovu asymetrii důkazního břemene nemůžeme interpretovat tímto způsobem. Není totiž možné říci, že u práva postačí i nespolehlivá míra určení substantivních premis, ačkoli u veřejného zájmu budeme pro tyto účely vyžadovat vysokou míru spolehlivosti. Pokud měl Schauer na mysli právě takovou asymetrii, bylo by povinností teorie poměrování se jeho pozici postavit. Co dostačuje či nikoli, tj. účinek odlišné míry spolehlivosti premis, bude vždy záviset na všech hodnotách promítnutých ve vážící formuli a jejich vzájemném posouzení. Jisté, Schauerova asymetrie, dle níž má břemeno tvrzení tížít veřejný zájem, může v závislosti na hodnotách ostatních proměnných v některých případech skutečně vyvstat. Mohou existovat případy, v nichž proměnné G a I vzaté samostatně, tj. aniž bychom vůbec posoudili pravděpodobnost, s níž nastanou, povedou k závěru o přednosti P_i . Pak S_j musí být vyšší než S_i , proto, aby seisky vah převážily ve prospěch veřejného zájmu. Je tomu tak, jelikož jen velmi vysoká míra spolehlivosti předpokladů svědčících principu P_j by mohla v tomto případě zvrátit závěr o přednosti práva, a to navíc jen za předpokladu, že míra spolehlivosti předpokladů svědčící P_i by byla nižší. Tento mechanismus by mohl

⁵⁵ Pro zjednodušení zde dále nerozlišuji mezi spolehlivostí empirických (Se) a normativních (Sn) premis.

být označen jako „*důkazní břemeno*“ tížící veřejný zájem. Ti, kdo budou chtít přistoupit k omezení základního práva, budou tedy muset dosáhnout vyšší míry spolehlivosti jejich premis než nositel práv, přesně tak, jak to vyžaduje Schauerův výrok (3). Dokonce bychom mohli v souladu se Schauerovým výrokem (4) zařadit tuto situaci k těm, u nichž důvod svědčící ve prospěch realizace veřejného zájmu musí mít „*mimořádnou sílu*“. To znamená, že bychom mohli Schauerem užitý pojem „*mimořádné síly*“ interpretovat spíše epistemicky než substantivně.

Nicméně opakuji, že toto je pouze jedna z mnoha možných konstelací. Navíc bude odvislá od toho, jaké hodnoty budou vykazovat ostatní proměnné v rámci vážící formule, v konečném důsledku je tudíž také podmíněná. Schauerova asymetrická teze si však osobuje mnohem širší platnost.

Z uvedeného tedy vyplývá, že Schauerovu asymetrickou tezi nelze, kromě případů, které budou podobné tomu, který jsem zrovna uvedl, v rámci Teorie principů vysvětlit? Výše představené úvahy jsou podmíněné tím, že Schauerovo „*důkazní břemeno*“ tížící veřejný zájem interpretujeme tak, že souvisí s epistemickou spolehlivostí. Důkazní břemeno v tomto smyslu bude existovat pouze tehdy, pokud pro to, aby seisky vah naklonily ve prospěch veřejného zájmu, bude muset být hodnota S_j větší než S_i . Možná však, že jiný způsob interpretace Schauerova výroku může ještě pomoci jeho pozici obhájit.

3.2 Druhá interpretace

Druhá interpretace přichází do úvahy, když se zamyslíme nad Schauerovým příkladem týkajícím se stanovení nejvyšší povolené rychlosti na dálnicích. Tento příklad můžeme rekonstruovat pomocí vážící formule následovně: Proměnná P_i zde reprezentuje právo na rychlou jízdu. Proměnná P_j bude potom reprezentovat ústavní závazek veřejné moci chránit jednotlivce před nebezpečím způsobeným zběsilými libertariány řítícími se po silnicích hyper-rychlostí. Jak můžeme u těchto principů určit hodnoty abstraktní váhy? Předpokládejme, že právo na rychlou jízdu není chráněno specifickým právem, např. právem na svobodnou volbu povolání nebo hospodářskými právy, ale pouze obecným právem na svobodu jednotlivce.⁵⁶ Obecnému právu na svobodu můžeme přiřadit lehkou abstraktní váhu tak, aby odrážela její povahu subsidiárního, záložního práva ($G_i = I$).⁵⁷ Toto hodnocení by se dalo započítat do Schauerovy úvahy, že rychlá jízda by mohla být chráněna jako pouhý zájem (*non-rights-protected interest*), avšak nikoli jako právo. Skrze zakotvení obecného práva na svobodu dává právní řád najevo svůj štědrý přístup ve vztahu k tomu, jakým jednáním poskytuje ochranu skrze základní práva. Přesto skrze snížení hodnoty jeho abstraktní váhy, bude reflektovat skutečnost, že předmětné jednání by se již mohlo nacházet, tak říkajíc, na samotné hraně mezi právem a pouhým zájmem. Naopak, pozitivní závazek státu chránit jednotlivce před závažným nebezpečím pro jejich zdraví plyne z práva na ochranu tělesné integrity, specifického to liberálního práva se střední abstraktní vahou ($G_j = s$).

⁵⁶ K obecnému právu na svobodu viz část III. 1 výše.

⁵⁷ Odkazuji na poznámku 53 výše.

Určení hodnot konkrétních vah jednotlivých principů bude vždy záviset na okolnostech konkrétního případu. Předpokládejme, že řidič jede opravdu velmi rychle, řekněme 100 mil za hodinu, a to čistě pro vlastní potěšení, aniž by pro to měl nějaké zvláštní důvody (stav nouze, ekonomický zájem, atd.). Zásah do jeho práva stanovením nejvyšší povolené rychlosti na 50 mil za hodinu, jež ho bude omezovat po podstatnou, ale nikoli po celou část trasy, kterou absolvuje každý den, bude středně intenzivní ($I_i = s$).

Dále předpokládejme, že se řidič po dálnici řítí vysokou rychlostí. Představuje tak velmi vysoké riziko vzniku závažné dopravní nehody, do níž bude zahrnuto vícero osob. Způsobí tak nebezpečí vzniku těch nejtěžších zranění, která si lze představit, protože právě na této části dálnice často dochází k dopravním nehodám. Důležitost důvodů svědčících ve prospěch naplnění závazku na předcházení takovýmto nehodám skrze stanovení nejvyšší povolené rychlosti je tedy vysoká ($I_j = z$). Z poměrování těchto dvou principů tedy vzejde závěr o přednosti P_j , jak názorně ukazuje vzorec č. 4:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i}{G_j \cdot I_j} = \frac{l \cdot s}{s \cdot z} = \frac{1 \cdot 2}{2 \cdot 4} = \frac{1}{4}$$

Vzorec č. 4: Vážící formule pro příklad stanovení nejvyšší povolené rychlosti

Nyní směřuji k tomu, že: Abychom mohli do rekonstrukce tohoto příkladu zapojit též míru epistemické pravděpodobnosti, pak hodnoty, které připišeme proměnným S_i a S_j , budeme muset ospravedlnit skrze další (externí) argumentaci.⁵⁸ A právě zde vstupuje do hry druhá interpretace Schauerova argumentu důkazním břemenem: Pokud jde o právo na rychlou jízdu, tak tomu – alespoň pokud jde o spolehlivost empirických předpokladů – svědčí vysoká míra spolehlivosti ($S_i^e = j$).⁵⁹ Můžeme například změřit čas, o nějž se řidiči, který dojíždí do práce autem, jeho cesta prodlouží vlivem zavedení rychlostního omezení. Zatímco míře spolehlivosti předpokladů na straně veřejného zájmu na předcházení dopravním nehodám můžeme připsat pouze hodnotu plausibilní, protože toto hodnocení bude nutně vycházet pouze z hypotetických úvah ($S_j^e = p$).

$$G_{i,j} = \frac{G \cdot I_i \cdot S_i^e}{G_j \cdot I_j \cdot S_j^e} = \frac{l \cdot s \cdot c}{s \cdot z \cdot p} = \frac{1 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 2^{-1}} = \frac{1}{2}$$

Vzorec č. 5: Vážící formule s faktory spolehlivosti empirických a normativních premis

Ze srovnání vzorců č. 4 a 5 plyne následující závěr: Přiřazením rozdílných hodnot míry epistemické spolehlivosti předpokladů oslabujeme pozici veřejného zájmu. Přestože výsledek poměrování zobrazený ve vzorci č. 5 nadále ospravedlňuje závěr o přednosti P_j , tento závěr již zdaleka není tak jednoznačný, jako ve vzorci č. 4. V závislosti na hodnotách ostatních

⁵⁸ K zásadním a často opomíjenému rozdílu mezi interním a externím ospravedlněním viz KLATT, MEISTER. *Proportionality...*, s. 693–695.

⁵⁹ Pro účely mé argumentace zde předpokládám, že míra spolehlivosti normativních předpokladů v tomto případě nehraje roli, proměnné S_i^n a S_j^n tedy nebude třeba ve výpočtu zohledňovat.

proměnných pak bude pro orgán veřejné moci obtížnější udržet misky vah nakloněné ve prospěch veřejného zájmu. Nadto, právě tento důsledek představuje to, co by se dalo Schauerovými slovy popsat jako „*důkazní břemeno*“ tížící orgán veřejné moci.

Opusťme nyní příklad týkající se stanovení nejvyšší povolené rychlosti a zaměřme se na obecnější úvahu. Zde je třeba si povšimnout toho, že k takovýmto rozdílům v míře spolehlivosti předpokladů bude v případě typu kolize, jež hraje v Schauerově argumentaci ústřední roli, a to kolize práva a veřejného zájmu, docházet poměrně často. Pozice práva totiž bývá často ukotvena v současnosti, nebo dokonce v minulosti, pokud nositel práva tvrdí, že jeho práva byla v minulosti porušena. To, že se pohybujeme v přítomnosti, anebo v minulosti, znamená, že skutkové okolnosti případu, dopady zásahu na právem chráněné jednání, jsou relativně jasné, anebo alespoň snadno zjistitelné. Naproti tomu ochrana veřejného zájmu často směřuje do budoucnosti: Orgán veřejné moci zasahuje do práva proto, aby v budoucnu dosáhl určitého žádoucího stavu věcí. Podle Schauera tíží břemeno argumentace orgán veřejné moci, který tvrdí, že chrání veřejný zájem. Tento postoj může jednoduše vystihnout fakt, že právo v mnoha případech vstupuje do poměrování s něčím, co by se dalo nazvat „*epistemickým náskokem*“. Asymetrie, kterou má Schauer zřejmě se svým „*důkazním břemenem*“ na mysli, tak může pramenit z této asymetrie v míře epistemické spolehlivosti předpokladů.

V rámci této druhé interpretace pak argument důkazním břemenem není ničím jiným než zkratkou označující naše intuitivní vnímání zmíněného epistemického náskoku na straně práva. Tato intuice však může a nemusí být správná. Abychom zjistili, zda skutečně nějaký epistemický náskok na straně práva existuje, a jaký přesně je jeho vliv na poměrování, musíme se tak jako tak podrobně poměrováním zabývat. Používáním zkratk, tak jako Schauer, se podrobné analýze poměrování nevyvarujeme.

3.3 Třetí interpretace

Třetí možný způsob interpretace se zabývá účelem na podkladě Schauerova argumentu „*důkazním břemenem*“. Tento účel pravděpodobně spočívá v tom, že v případě kolize práva a veřejného zájmu musí orgán veřejné moci „*argumentovat lépe*“ nebo „*prokázat více*“ než nositel práva. Tento argument však stojí v přímém rozporu s mou „*tezí o epistemologické symetrii*“, ledaže bychom Schauerův argument interpretovali tak, že jeho argument důkazním břemenem se vůbec nemusí týkat epistemické spolehlivosti. Na místo toho se může odkazovat na základní mechanismus kritéria poměrování: Tím, že určíme konkrétní váhu práva, stanovíme tak automaticky ekvivalent v podobě důkazního břemene pro veřejný zájem. Orgán veřejné moci pak musí prokázat, že hodnota veřejného zájmu je vyšší než hodnoty svědčící ve prospěch práva. Ve prospěch tohoto výkladu svědčí to, že Schauer opakovaně hovoří o „*síle důkazů nebo argumentů*“.⁶⁰ Tento výklad je navíc v souladu s mou „*tezí o epistemologické symetrii*“ - ve skutečnosti se ani epistemologické spolehlivosti netýká.

Pokud je toto skutečně jádrem Schauerovy myšlenky týkající se důkazního břemena, pak je nesporně pravdivá. Nepřináší však nic nového s ohledem na již existující teorii. Není totiž

⁶⁰ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 175.

ničím jiným, než jen zkratkou pro první zákon poměrování: Čím vyšší je stupeň nenaplnění nebo újmy způsobené principu P_p , tím větší musí být důležitost naplnění principu P_p .⁶¹

Kromě toho, ve vztahu ke třetímu způsobu interpretace Schauerova argumentu „*důkazním břemenem*“, musíme vyjasnit jedno zásadní nepochopení. V pozdější části svého článku se Schauer vrací ke své asymetrické tezi a konstatuje, že:

samotná skutečnost, že argumentace je vedena jedním, a nikoli druhým směrem, odhaluje proces poměrování. Soudy obvykle neříkají, že snížení míry ochrany veřejného pořádku nemůže být větší než nezbytné vzhledem k cíli, jímž je realizace svobody projevu, ale soudy naopak říkají, že omezení svobody projevu nemůže být větší než nezbytné vzhledem k cíli, jímž je ochrana veřejného pořádku. Tato asymetrie odhaluje, že se zde uplatňuje určitá presumpce, a to že důkazní břemeno tíží ty, kteří by chtěli omezit svobodu projevu, a nikoli však ty, kteří by ohrožovali veřejný pořádek [...].⁶²

Teorie principů musí tento postoj odmítnout. Především Schauerova úvaha o „*jednosměrné*“ povaze poměrování opět nebere v potaz třetí typový případ kolizí, kolizí mezi dvěma základními právy. V takovém případě jeho úvaha nepochybně neobstojí. Za druhé, to, co soudy „*obvykle říkají*“ může platit z hlediska empirického popisu.

Z analytického hlediska však vůbec nezáleží, který z obou kolidujících principů bude umístěn, na jakou miskou vah. Na každou kolizi mezi právy a jinými ústavními principy můžeme nahlížet ze dvou perspektiv, z pozice nositele práva a z pozice orgánu veřejné moci. Navíc, její výsledek, tj. vztah podmíněné přednosti mezi oběma protichůdnými principy, nemůže záviset na tom, zda právo nebo veřejný zájem umístíme do čitatele, resp. do jmenovatele. V tomto smyslu neexistuje žádná asymetrie, nýbrž úplná analytická symetrie. Poměrování není jednosměrná, nýbrž obousměrná činnost. Schauer tudíž z těchto důvodů nemůže dovodit žádné zvláštní důkazní břemeno.

Opusťte nyní Schauerovu perspektivu zaměřenou na soudy a zkusme se na věc podívat očima úředníka veřejné správy. Ten ví, že musí respektovat základní práva. Přesto by chtěl přistoupit k jejich určitému omezení z důvodu realizace nějaké veřejné hodnoty, jíž je, jakožto ústavním principem, také vázán. Při zvažování různých regulatorních nástrojů, které by mohl zavést, se bude ptát: „*Je tento nástroj dostatečně šetrný k omezovanému právu?*“ stejně jako „*Je tento nástroj dostatečný pro naplnění veřejného zájmu?*“ Ve skutečnosti se může stát, že bude mezi těmito otázkami tékat tam a zpět. Vzhledem k tomu, že práva jsou pro něj závazná ve stejné míře jako ostatní ústavní principy, má tedy právní povinnost zohlednit obě perspektivy. A to já označuji jako symetrii.

Schauer jde však ještě dál a tvrdí, že asymetrie je „*strukturální, a nikoli substantivní otázkou*“.⁶³ Tento způsob odtržení poměrování práv a zájmů od substantivních hodnot, které jsou ve hře, je však nepřesvědčivý. Schauerova asymetrie je strukturální pouze co do stanovení přednosti ústavních principů před principy, které nejsou chráněny na ústavní úrovni, jež plyne z hierarchie norem – a tato hierarchie nevyžaduje, a ani nepřipouští aplikaci

⁶¹ ALEX, *A Theory...*, s. 102. KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 10.

⁶² SCHAUER. *Proportionality...*, s. 180.

⁶³ Tamtéž.

poměrování. Nicméně, jestliže jsme již prokázali, že na obou miskách vah se nacházejí ústavně chráněné principy, pak se již substantivním otázkám nelze vyhnout.⁶⁴ Navíc, není to ani na škodu. Jestliže se totiž můžeme spolehnout na to, že za předpokladu, že naše argumenty, jimiž je podepřeno určení hodnot ve vážící formuli, jsou dostatečně kvalitní, pak bude jak právům, tak ostatním ústavním principům přiznána právě ta váha, jakou skutečně v daném případě nesou. Ze samotné struktury práv a poměrování žádný závěr o přednosti jako takové neplyne. Avšak v tom rozsahu, v jakém substantivní argumenty ospravedlňují závěr o přednosti práv, je struktura poměrování neobyčejně dobře přizpůsobena k tomu, aby jej vyložila s maximální možnou mírou srozumitelnosti a transparentnosti. To je vše, co potřebujeme, abychom učinili za dost morálním a právním závazkům chránit práva a zajistit jim ve společnosti i v právní praxi místo, které si zaslouží.

4. Výsledky

V rámci první interpretace můžeme Schauerovo „*důkazní břemeno*“ vztáhnout k faktorům epistemické spolehlivosti v rámci poměrování. Moje analýza však zdůraznila existenci epistemologické symetrie mezi právy a zájmy, která je se Schauerem tvrzenou asymetrií důkazního břemene v rozporu. Uznávám, že v praxi se mohou objevit případy, v nichž taková asymetrie může vzniknout. Konkrétně se objeví tehdy, když ostatní proměnné budou mít takovou váhu, že pro to, aby se misky vah převážily na stranu veřejného zájmu, bude S_j muset mít vyšší hodnotu než S_i .

Nicméně tento mechanismus je kontextuálně podmíněný. V rámci druhé interpretace Schauerův výrok představuje pouze zkratku označující naši intuici, že práva často vstupují do poměrování s epistemickým náskokem, neboť se snáze sbírají fakta o v minulosti proběhlých, anebo v současnosti existujících zásazích do práv než o budoucích vlivech na míru naplnění veřejného zájmu. Třetí interpretace přitom otázky epistemické spolehlivosti zcela opouští. Dává Schauerův argument do souvislosti s nejzákladnějšími zákonitostmi poměrování: Orgán veřejné moci musí prokázat, že veřejný zájem má větší váhu než právo. Jeho argument ovšem pouze parafrázuje první zákon poměrování.

Ve výsledku nezáleží na tom, kterou z těchto tří interpretací se budeme řídit, Schauerův argument důkazním břemenem vždy buď odkazuje k otázkám, které jsou kontextuálně podmíněné, anebo jinými slovy popisuje charakteristické znaky poměrování, které jsou již nedílnou součástí koncepce poměrování vytvořené v rámci Teorie principů. Dospěl jsem proto k závěru, že argument „*důkazním břemenem*“ nedokazuje to, co chce Schauer prokázat, totiž asymetrii mezi právy a zájmy, která by svědčila proti zahrnutí poměrování do struktury metody proporcionality. Naopak, potvrzuje symetrii mezi nimi a je zcela v souladu s prvním zákonem poměrování.

⁶⁴Podobný argument jsem uplatnil též vůči Tremblayho úlevné tezi, k tomu viz KLATT. *An Egalitarian Defense...*, s. 897–899.

Závěr

V tomto článku jsem se zabýval tezí o asymetrii, která podle Schauera existuje mezi ústavními právy a veřejnými zájmy. Aplikací kritéria poměrování v rámci struktury metody proporcionality by, jak tvrdí Schauer, byla tato asymetrie zcela popřena a zhroutila by se. V důsledku toho Schauer přichází se svou restriktivní tezí, dle níž musíme aplikaci poměrování omezit pouze na konflikty mezi zájmy, které nejsou chráněny jako práva (*non-rights-protected interests*). Pro poměrování tedy není v rámci metody proporcionality místo.

Asymetrickou tezi jsem zrekonstruoval pomocí čtyř výroků. Všechny tyto výroky zachycují různé aspekty spojené se Schauerovým výchozím předpokladem, a to že práva mají větší hodnotu než zájmy, které nejsou chráněny jako práva.

Poté jsem využil koncepci poměrování, která se zformovala v rámci Teorie principů, abych mohl Schauerovu argumentaci podrobně zanalyzovat. Od počátku mi přitom bylo zřejmé, že dosah jeho argumentace je hned ve dvou důležitých ohledech omezen. Za prvé, většina moderních ústav štědře chrání celou paletu práv i veřejných zájmů jakožto ústavních principů, takže Schauerovo rozlišování mezi dvěma typovými případy kolizí se hrouť. Za druhé, Schauerova argumentace nebere vůbec v úvahu často se vyskytující případy kolizí dvou práv. Pokud jde o kolize mezi právy a zájmy, zdůraznil jsem, jak důležité je ctít hierarchii norem. To mě přivedlo k mým dvěma zákonům trumfování, které do poměrování vnášejí prvky charakterizující působení práv jako trumfů.

Za pomoci vážící formule jsem následně diskutoval čtyři Schauerovy výroky charakterizující jeho asymetrickou tezi. Moje analýza, na rozdíl od Schauera, odhalila, že všechny čtyři výroky potvrzují koncepci poměrování zformovanou v rámci Teorie principů. Sofistikované nástroje Teorie principů, především pak rozlišení mezi konkrétními a abstraktními vahami principů, nejenže plně vyhovují všem čtyřem Schauerovým výrokům, ale také pomáhají objasnit některé rozpory a nejasnosti plynoucí z jeho asymetrické teze.

Dále jsem se zaměřil na Schauerův argument „*důkazním břemenem*“, který debatu posunul do úplně jiné dimenze. V rozporu s tím, co tento autor tvrdí, jsem trval na klíčovém významu odlišení otázek epistemologických a substantivních. Prozkoumal jsem tři různé interpretace jeho tvrzení, že asymetrie mezi právy a zájmy vyžaduje uložení důkazního břemene těm, kteří chtějí základní právo omezit. Moje analýza ukázala, že jeho argument buď odkazuje k otázkám, které jsou kontextuálně podmíněné, anebo že popisuje charakteristické znaky poměrování, které jsou však nedílnou součástí teorie poměrování.

Asymetrická teze je tudíž pravdivá, byť ve zcela jiném smyslu, než jak tvrdí Schauer. Je správná, jelikož rozdíly mezi abstraktními a konkrétními vahami, stejně jako mezi faktory epistemické spolehlivosti, mohou skutečně způsobit mezi právy a zájmy určitou asymetrii. Vznik těchto účinků však bude zcela závislý na okolnostech konkrétních případů. Nejlepší způsob, jak vše uvedené uchopit, představuje vážící formule. Teorie poměrování nám poskytuje komplexní a diferencované nástroje k tomu, abychom mohli nalézt spravedlivou rovnováhu mezi právy a veřejnými zájmy při vědomí všech symetrií a asymetrií mezi různými substantivními a epistemickými aspekty poměrování.

V důsledku tohoto chápání asymetrické teze však musíme druhou Schauerovu tezi, podle níž aplikace poměrování musí být omezena pouze na kolize mezi zájmy, odmítnout. Z toho pak zase plyne, že názorová pozice, která ztotožňuje aplikaci proporcionality s poměřováním, zůstává Schauerovou kritikou netknuta.⁶⁵

⁶⁵ Další argumenty pro podporu tohoto závěru předkládám v mém textu: KLATT. *Proportionality and Justification*, který je citován výše v poznámce pod čarou č. 2.



Stat'

Kritérium potřeby v judikatuře Ústavního soudu

Zdeněk Červínek

Autor je odborným asistentem Katedry ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci, kde vyučuje kurzy základních práv a také institucionálního ústavního práva. V minulosti též působil na Ústavním soudě jako analytik, poradce či asistent soudce. Ve své publikační činnosti se věnuje především otázkám spojeným s řešením kolizí základních práv a jiných ústavně chráněných hodnot, tj. především metodě proporcionality a jiným standardům přezkumu ústavnosti. Na toto téma publikoval již řadu studií v odborném tisku. Své bádání na tomto poli shrnuje v monografii s názvem Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu, která vyjde v srpnu tohoto roku v nakladatelství Leges. Text vznikl s podporou GA ČR, konkrétně projektu s názvem Metoda proporcionality: Na cestě za „optimálním“ vymezením její působnosti, reg. č. projektu: 21-23668S; ID CEP: GA21-23668S.

Abstrakt

Metoda proporcionality v současné době představuje výchozí metodu pro přezkum právních aktů omezujících základní práva. Tento text se podrobně věnuje jednomu z jeho dílčích kroků, kritériu potřebnosti. Navzdory tomu, že hlavní pozornost odborné veřejnosti se upíná ke kritériu poměrování, nelze přehlédnout, že kritérium potřebnosti má zcela zásadní význam pro nastavení intenzity soudního přezkumu ústavnosti, která se může pohybovat na škále mezi úplnou rezignací na efektivní kontrolu ústavnosti až po bezbřehý soudní aktivizmus. Hlavním cílem tohoto textu je tedy právě snaha o nalezení správného nastavení kritéria potřebnosti. Výchoziskem pro zkoumání kritéria potřebnosti je rozhodovací praxe Ústavního soudu ČR, v níž lze nalézt hned několik přístupů k tomuto kritériu. Tyto přístupy jsou zde podrobeny kritické analýze, vzájemnému srovnání a jsou zasazeny do kontextu existující odborné literatury. Na tomto základě jsou pak formulovány normativní závěry o tom, jak by mělo být kritérium potřebnosti nastaveno, aby bylo účinným prostředkem kontroly ústavnosti, a aby se nestalo nástrojem soudcovského aktivizmu.

Klíčová slova: proporcionalita, kritérium nezbytnosti, přezkum ústavnosti, Ústavní soud ČR.

Abstract

Proportionality represents the basic methodological approach towards a constitutional rights adjudication. This paper focuses on one of its sub-tests, the necessity test. Notwithstanding that the necessity test has been evading the spotlight of the academic literature, it plays an essential role for the setting of an intensity of constitutional review (on one hand, too lenient setting could hamper effectiveness of the constitutional review and, on the other hand, too stringent setting could excessively enhance the judicial activism). The main goal of this paper is to find the proper content and setting of the necessity test. The starting point of the paper is a critical analysis of the decision-making practice of the Czech Constitutional Court in which we can find several concurring ways in defining the necessity test. These variations are mutually compared and set in the context of the existing academic literature. From this comparison normative conclusions on how to properly set the necessity test are drawn.

Keywords: proportionality analysis, necessity test, constitutional review, Czech constitutional court.

Úvod

Metoda proporcionality v současné době představuje výchozí metodu pro přezkum právních aktů omezujících základní práva.¹ Aplikují ji soudy prakticky po celém světě, Česká republika v tomto směru není výjimkou. V praxi našeho Ústavního soudu (dále jen „ÚS“) se tato metoda usadila již poměrně záhy po jeho konstituování, konkrétně již v první polovině devadesátých let.²

Metoda (test) proporcionality se tradičně skládá ze čtyř dílčích kritérií, jež musí přezkoumávaný akt veřejné moci splnit, aby jej bylo možné považovat za ústavně-konformní. Jedná se o kritéria legitimacy, vhodnosti, potřebnosti a poměřování (proporcionalita v úzkém slova smyslu). Kritérium legitimacy se pídí po tom, zda přezkoumávaný právní akt (opatření) sleduje ústavně konformní cíl (ochranu jiného základního práva či veřejného zájmu). Kritérium vhodnosti pak zkoumá, zda je přezkoumávané opatření (prostředky zvolené orgány veřejné moci) vůbec způsobilé toho cíle dosáhnout. V rámci kritéria potřebnosti pak právní akt obстоjí pouze tehdy, jestliže neexistují alternativní prostředky, které by byly způsobilé dosáhnout sledovaného legitimního cíle a které by současně byly šetrnější k omezovanému základnímu právu (omezovaly by jej v menší míře, anebo vůbec). Konečně, poslední překážkou, kterou musí přezkoumávaný právní akt „přeskočit“ je kritérium poměřování. Právě kritérium poměřování bývá označováno za „srdce“ metody proporcionality.³ Soudy v něm posuzují kolidující ústavní hodnoty v jejich vzájemné relaci. Zkoumají přitom, zda napadený právní akt (opatření) neměl disproporční dopady do sféry chráněné základními právy jednotlivce. Jinými slovy, zda existuje přiměřený vztah mezi újmou způsobenou omezovanému základnímu právu a důležitostí důvodů svědčících ve prospěch opatření toto právo omezující.⁴

Vzhledem k tomu, že za srdce metody proporcionality bývá považováno kritérium poměřování, tak právě jemu bývá v odborné literatuře věnována zdaleka největší pozornost. Doktrína v tomto směru reflektuje judikturní praxi, v níž jsou nejčastěji prahová kritéria vnímána tak, že pouze umetají cestu kritériu poměřování. Jinými slovy, tato pouze zkoumají, zda v konkrétním případě existuje skutečná kolize mezi ústavními hodnotami a hlavní argumentační snahy soudů jsou soustředěny do kritéria poměřování.⁵

¹ Ke geografickému rozšiřování proporcionality viz např. BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 175–210. STONE SWEET, Alec. MATHEWS, Jud. Proportionality, Judicial Review, and Global Constitutionalism. In BONGIOVANNI, G. SARTOR, G. VALENTINI, Ch. (eds.). *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, s. 173–214.

² Viz např. paradigmatický nálezn Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

³ BARAK. *Proportionality...*, s. 338–339.

⁴ ČERVÍNEK, Zdeněk. Proporcionalita. In SOBEK, Tomáš. HAPLA, Martin a kol. *Filosofie práva*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2020, s. 374–379.

⁵ GRIMM, Dieter. *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, s. 388. Výše popsany přístup je v teorii označován jako *bottom-heavy* koncepce proporcionality. Jejím opakem je tzv. *top-heavy* koncepce, která naopak klade důraz na úvodní kroky metody proporcionality. RÉAUME, Denis. *Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality*. *University of Oxford Legal Research Paper Series*, 2009, Paper No 26/2009, s. 7–13.

Kritérium potřeby, kterému je věnován tento článek, tak často stojí poněkud stranou zájmu odborné literatury. Jak se přitom budu snažit ukázat, tak kritérium potřeby má z hlediska přezkumu ústavnosti zcela zásadní význam. Jeho konkrétní nastavení má totiž zcela zásadní význam především z hlediska celkové intenzity soudního přezkumu ústavnosti aktů veřejné moci, které se může pohybovat na škále mezi úplnou rezignací na efektivní kontrolu ústavnosti až po bezbřehý soudní aktivismus.

Hlavním cílem tohoto článku je podrobněji přiblížit kritérium potřeby, jeho jednotlivé koncepce, resp. přístupy, jakými může být konkrétně uchopeno, a také je mezi sebou srovnat, ukázat, jaké s sebou nesou pozitiva a negativa. Můj přístup však není pouze právně-teoretický. Naopak, východiskem pro obecnější (teoretické) úvahy je mi vždy judikturní praxe ÚS. Text, který následuje, má tedy současně poskytnout kritickou reflexy judikatury ÚS. Obě složky – teoretická i praktická – se přitom v následujícím textu navzájem prolínají, doplňují a posouvají kupředu. Prostřednictvím této mezihry bych chtěl dospět k závěru o tom, jak by mělo být kritérium potřeby ideálně nastaveno, aby se vyhnulo oběma výše naznačeným extrémním pozicím, tj. aby nebylo ani přehnaně aktivistické a ani přehnaně zdrženlivé.

1. Obecně ke kritériu potřeby

V úvodu jsem naznačil, že metoda proporcionality se skládá ze sekvence kroků, které musí přezkoumávaný právní akt splnit, aby jej bylo možné považovat za ústavně konformní. I když tedy přezkoumávaný právní akt projde testy legitimacy a vhodnosti, tak to ještě zdaleka neznamená, že už „má vyhráno“. Pravidlem totiž bude, že veřejná moc bude mít k dispozici celou paletu prostředků či opatření,⁶ které budou způsobilé dosáhnout sledovaného cíle, a mezi nimiž mohou být též opatření, která budou k právům jednotlivce šetrnější než opatření zvolená přezkoumávaným aktem. V takovém případě pak veřejná moc nemá žádný rozumný důvod k tomu, aby zvolila „drastičtější“ prostředky k realizaci svých cílů, jestliže šetrnější alternativy budou způsobilé tyto cíle naplnit ve stejném nebo obdobném rozsahu. Přezkoumávané opatření pak v takovém případě nebude možné považovat za nezbytné.⁷

Právě k detekování takovýchto přespříliš tíživých opatření má sloužit kritérium potřeby.⁸ Podle tohoto kritéria je opatření přijatelné pouze tehdy, pokud neexistuje jiné, které by bylo způsobilé dosáhnout sledovaného legitimního cíle, avšak zároveň by bylo šetrnější k dotčenému základnímu právu. Orgány veřejné moci tudíž musí zvolit takové z jim dostupných opatření, které jde-li o regulaci určité lidské činnosti, působí co nejmenší újmu

⁶ Tyto pojmy budu dále používat pro zjednodušení jako synonyma.

⁷ SCHLINK, Bernhard. Proportionality (1). In ROSENFELD, M. SAJÓ, A. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 724. BRADY, Alan D. P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 55.

⁸ V německé doktríně se toto kritérium nazývá „*Erforderlichkeit*“, v angličtině se pak užívají termíny „*necessity*“, „*minimum impair stage*“ či „*least-restrictive-means test*“.

jednotlivci na jeho právech, a jde-li o opatření přinášející jednotlivci nějaký užitek, pak toto musí působit co nejmenší újmu společnosti jako celku.⁹

Kritérium potřebnosti tedy předpokládá existenci plurality stejně vhodných prostředků k dosažení sledovaného cíle. V jeho rámci pak dochází k jejich vzájemnému srovnání a posouzení, zda je některý z nich šetrnější k omezovanému základnímu právu než přezkoumávané opatření.¹⁰ Kritérium potřebnosti je tedy aplikovatelné pouze v případech, v nichž existuje několik alternativních opatření způsobilých k dosažení sledovaného cíle. V tomto směru je tedy třeba mít za to, že absentuje-li volba mezi reálnými a způsobilými alternativami, pak otázka existence šetrnějších opatření nemůže vůbec vyvstat.¹¹ Test potřebnosti by v takové situaci byl tedy splněn. Möller v podobném duchu dodává, že ani varianta úplné absence zásahu, která by nebyla založena na jiném opatření způsobilém dosáhnout sledovaného cíle, nemůže být považována za relevantní alternativu.¹²

Kritérium potřebnosti vychází z předpokladu, že cíl sledovaný přezkoumávaným aktem veřejné moci byl shledán legitimním a zvolený prostředek je způsobilý svého cíle dosáhnout. Jedinou relevantní otázkou v tomto kroku tudíž je, zda neexistují alternativní prostředky, které by byly šetrnější k omezovanému právu. Kritérium potřebnosti tak optimalizuje potenciál vyřešení konfliktu mezi ústavně chráněnými hodnotami. Tato optimalizace bývá připodobňována k ekonomické doktríně tzv. Paretova optima. Řešení kolize dvou ústavně chráněných hodnot lze podle této koncepce považovat za optimální pouze tehdy, jestliže by zlepšení pozice jedné strany mohlo být provedeno pouze na úkor strany druhé.¹³ Jinými slovy řečeno, přezkoumávané opatření je skutečně potřebné, jestliže neexistuje alternativní opatření, které by mohlo zlepšit pozici jednotlivce, jehož práva jsou dotčena přezkoumávaným opatřením, aniž by se zároveň snížila míra naplnění kolidující ústavně chráněné hodnoty (sledovaného cíle). Naopak, pokud by existovalo alternativní opatření, které by bylo způsobilé naplnit sledovaný cíl ve stejné míře a zároveň by bylo šetrnější k omezovanému právu, pak by pozice jednotlivce garantovaná jeho základním právem mohla být zlepšena bez jakékoli újmy pro hodnotu, jejíž naplnění je napadeným opatřením sledováno. Kritérium potřebnosti má zabránit právě takovým (nikoli nezbytným) obětem na základních právech.¹⁴

⁹ EMILIOU, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*. London: Kluwer Law International, 1996, s. 29.

¹⁰ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 196.

¹¹ EMILIOU. *The Principle of Proportionality in European Law*, s. 29. Obdobně též GERARDS, Janneke. How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights. *ICON*, 2013, roč. 11, č. 2, s. 484. BARAK. *Proportionality...*, s. 321 a 323.

¹² MÖLLER. *The Global Model...*, s. 196.

¹³ ALEX, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 399. BARAK. *Proportionality*, s. 320. RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review. *The Cambridge Law Journal*, 2006, roč. 65, č. 1, s. 198. SCHLINK. *Proportionality (1)*, s. 724. STONE SWEET-MATHEWS. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, s. 95. K Paretově teorii z pohledu politické filosofie pak viz SHAPIRO, Ian. *Morální základy politiky*. Praha: Karolinum, 2003, s. 35–59. Srov. též SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení: Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 513–514.

¹⁴ ALEX. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 399.

Kritérium potřeby bývá tradičně popisováno – stejně jako kritérium vhodnosti – jako skutkový či empirický test, neboť zahrnuje zkoumání existence alternativních opatření a volbu mezi nimi.¹⁵ V tomto směru bývá přehlíženo, že argumentace v rámci tohoto kroku je nutně substantivní a také kvalitativní, vyžaduje tudíž také – byť v omezené míře oproti kritériu poměrování¹⁶ – hodnotové úsudky. Z výše již podrobněji naznačeného obsahu kritéria potřeby lze dovodit, že se skládá ze dvou základních prvků. Prvním je stanovení míry naplnění legitimního cíle, který je sledován přezkoumávaným právním aktem. Druhým je pak posouzení míry dotčení omezovaného základního práva ze strany přezkoumávaného opatření ve srovnání s dostupnými alternativami.¹⁷ Oba prvky přitom vyžadují hodnotový úsudek. Tento však není tak komplexní jako v případě poměrování.

Určení míry naplnění sledovaného cíle je především určeno úvahou rozhodujícího orgánu veřejné moci, přičemž jde o to, aby alternativní prostředky byly způsobilé tohoto cíle dosáhnout zhruba ve stejné míře.¹⁸ Není tedy úkolem ÚS, aby skrze kritérium potřeby diktoval ostatním orgánům veřejné moci, v jaké míře je třeba naplnit jimi sledovaný cíl. Jestliže bude alternativní opatření sice šetrnější k základním právům, avšak nebude dosahovat sledovaný cíl ve stejné nebo podobné míře, pak přezkoumávané opatření bez problémů projde kritériem potřeby. Ke stejnému závěru je třeba dojít též v případech, že alternativní opatření s sebou ponese jiné významné negativní externality, např. výrazné zvýšení nákladů veřejných rozpočtů¹⁹ či omezení základních práv třetích osob.²⁰ Takovéto alternativy nebudou s přezkoumávaným opatřením srovnatelné, resp. nebudou k němu představovat reálnou alternativu. Právě otázka míry naplnění sledovaného cíle a vymezení okruhu reálných alternativ způsobilých jej naplnit je předmětem zkoumání prvního aspektu kritéria potřeby.

¹⁵ KUMM, Mattias. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement In PAVLAKOS, G. (ed). *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 137. BRADY. *Proportionality and Deference...*, s. 55–56. GERARDS. *How to improve the necessity test*, s. 483.

¹⁶ Schlink tvrdí, že se jedná pouze o „jednoduchý“ hodnotový úsudek. SCHLINK. *Proportionality (1)*, s. 724.

¹⁷ EMILIOU. *The Principle of Proportionality in European Law*, s. 30. BARAK. *Proportionality...*, s. 323. BRADY. *Proportionality and Deference...*, s. 56. BILCHITZ, David. Necessity and Proportionality: Towards A Balanced Approach? In LAZARUS, L., McCRUDDEN, C., BOWLES, N. (eds). *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*. Oxford: Hart Publishing, 2014, s. 60.

¹⁸ ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 398. Jak se pokusím dále ukázat, tak často tradovaný požadavek zcela stejné efektivity naplnění sledovaného cíle různými opatřeními je pouhou chimérou, neboť mezi (být) dvěma alternativními opatřeními bude vždy alespoň drobný rozdíl v míře jejich způsobilosti naplnit sledovaný cíl.

¹⁹ Viz např. nález sp. zn. Pl. ÚS 27/16, bod 97.

²⁰ ALEXY. *A Theory of Constitutional Rights*, s. s. 400–401. ALEXY, Robert. Proportionality and Rationality. In JACKSON, V. C., TUSHNET, M. (eds.) *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 15, marg. č. 7. BARAK. *Proportionality...*, s. 324. MÖLLER. *The Global Model*, s. 194–196. BUMKE, Christian. VOßKUHLE, Andreas. *German Constitutional Law. Introduction, Cases, and Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 62–63. Z judikatury ÚS viz např. nález sp. zn. Pl. ÚS 33/15, bod 72.

V rámci druhého aspektu se pak soudy zaměřují na to, zda jsou alternativní opatření – vzato čistě z perspektivy dotčeného jednotlivce – šetrnější k omezovaným základním právům.²¹ Po té, co soud určí (alespoň přibližnou) míru naplnění sledovaného legitimního cíle, k němuž směřovalo přezkoumávané rozhodnutí, tak již jediné, na čem záleží, je intenzita omezení základního práva.

V tomto směru je však třeba podotknout, že ačkoli kritérium potřebnosti vyžaduje hodnotové úsudky a substantivní argumentaci, tak důležitost sledovaného cíle ani relativní váha omezovaného základního práva nehrají v rámci tohoto kritéria žádnou roli. Tato otázka je – stejně jako zkoumání závažnosti pozitiv a negativ předmětného opatření – rezervována až pro poslední krok přezkumu, poměrování. Je tudíž třeba mít opět za to, že kritérium potřebnosti je prahové kritérium. Nic se v něm neváží.²²

2. Abstraktní vymezení kritéria potřebnosti v praxi ÚS

2.1 Pozitivní vymezení kritéria potřebnosti

Kritérium potřebnosti bývá v praxi ÚS nazýváno různými termíny. Předně nejčastěji používaným je již uvedený termín „*potřebnost*“. Dále lze v praxi vysledovat též pojmy jako „*nezbytnost*“,²³ „*šetrnost*“,²⁴ „*subsidiarita*“²⁵ či „*účelnost*“.²⁶ Zapomenout nesmím ani na termín „*minimalizace zásahu*“, jehož význam byl sice v rané judikatuře obestřen „*aurou neznáma*“, avšak po obsahové stránce bylo toto kritérium mj. aplikováno též jako kritérium potřebnosti.²⁷ Uvedené pojmy ÚS používá jako synonyma, a to i v rámci jednoho rozhodnutí.

Pokud se posuneme od sémantického vyjádření kritéria potřebnosti k jeho vymezení obsahovému, zjistíme, že v praxi ÚS se v zásadě vyskytují dva způsoby jeho vymezení. První z nich je typické pro ranou judikaturu týkající se metody proporcionality, další se pak začínají objevovat v judikatuře ÚS v průběhu druhé dekády nového tisíciletí.

²¹ SCHLINK: *Proportionality* (1), s. 724. GERARDS. *How to improve the necessity test...*, s. 485. BARAK. *Proportionality...*, s. 327. BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 58.

²² BARAK. *Proportionality...*, s. 338. GRIMM. *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, s. 390. PEARSON, Megan. *Proportionality, Equality Laws and Religion: Conflicts in England, Canada and the USA*. Abingdon: Routledge, 2017, s. 67. Pro opačný názor viz BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 58.

²³ Viz nálezy sp. zn. Pl. ÚS 40/08, bod 77; sp. zn. I. ÚS 668/15, bod 37; sp. zn. Pl. ÚS 2/17, bod 40; sp. zn. Pl. ÚS 18/17, bod 55. Zřídka se též lze setkat s označením tohoto kritéria jako s „*nutností*“. Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 26/94.

²⁴ Viz nálezy sp. zn. I. ÚS 695/06; sp. zn. Pl. ÚS 40/08, bod 77; sp. zn. Pl. ÚS 22/09, bod 37; sp. zn. Pl. ÚS 3/16, bod 75.

²⁵ Viz např. odlišné stanovisko soudců Holländera a Procházky k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 5/01; a nálezy sp. zn. III. ÚS 256/01; sp. zn. IV. ÚS 3102/08, bod 34.

²⁶ Viz nálezy sp. zn. Pl. ÚS 11/04; sp. zn. III. 309/16, bod 30.

²⁷ Viz především paradigmatický nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

Začněme tedy tradičním způsobem vymezení kritéria potřeby. Jeho základy – stejně jako celému testu proporcionality – položil ÚS již ve svém paradigmatickém případě sp. zn. Pl. ÚS 4/94. Zde ÚS konstatoval, že kritérium potřeby spočívá v porovnání „*legislativního prostředku, omezujícího základní právo resp. svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod.*“²⁸

Ústavní soud však závěry plynoucí z kritéria potřeby nepovažoval za konkluzivní – zřejmě vzhledem k jeho abstraktnímu vymezení, které omezil pouze na zkoumání toho, zda neexistuje alternativní opatření, které by vůbec základní práva neomezovalo – a nechal tak otázku jeho splnění či nesplnění otevřenou. Toto zkoumání proto následně doplnil (až po provedení kritéria poměrování) tzv. testem minimalizace zásahu, podle něhož bylo „*povinností zákonodárce hledat rovněž možnosti minimalizace [...] zásahu [do základního práva] a zakotvit tomu odpovídající nástroje.*“²⁹ Až v rámci tohoto kritéria pak ÚS posoudil existující alternativy a dospěl k závěru, že jsou zároveň šetrnější k omezovanému základnímu právu.

Ústavní soud tedy v nálezu ve věci Pl. ÚS 4/94 musel neúplné vymezení kritéria potřeby „suplovat“ testem minimalizace zásahu. Tento nedostatek odstranil již záhy v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 15/96. V něm obsah kritéria potřeby modifikoval tak, aby zahrnulo též otázku, zda alternativní opatření nejen že neomezují základní práva vůbec, avšak též v míře menší. Konkrétně jej vymezil následovně:

Druhým kritériem vzájemného zvažování základních práv a svobod je kritérium potřeby, spočívající v porovnávání legislativního prostředku omezujícího základní právo resp. svobodu s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod, resp. dotýkajícími se jich v menší intenzitě.³⁰

Raná judikatura ÚS byla typická poměrně výrazným kolísáním obsahu a struktury testu proporcionality, proto lze vysledovat též další způsoby vymezení kritéria potřeby. Pokud jde o abstraktní vymezení metody proporcionality, tak velmi často bývá ÚS citován v rámci tzv. obecných principů přezkumu nález sp. zn. Pl. ÚS 3/02.³¹ V tomto nálezu ÚS formuloval kritérium potřeby tak, že dle něj „*je povoleno použití pouze nejšetrnějšího - ve vztahu k dotčeným základním právům a svobodám - z více možných prostředků.*“³²

²⁸ Viz též např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 15/01; sp. zn. Pl. ÚS 42/04, bod 29; sp. zn. II. ÚS 1375/11, bod 45. Totožně pak, a to včetně zapojení testu minimalizace zásahu, ÚS postupoval v nálezu sp. zn. I. ÚS 3859/13.

²⁹ Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94.

³⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 15/96. Obdobný přístup pak ÚS zvolil v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 10/08, bod 124.

³¹ Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 3/02. Nutno říci, že tento úspěch je zasloužený, neboť tento nález je pravděpodobně nej kvalitnějším příkladem aplikace metody proporcionality v rané judikatuře ÚS. Netrpí totiž žádnými nedostatky typickými pro judikaturu ÚS v této době: není zmatený, nesrozumitelný, nepřehledný a proporcionality neaplikuje jako argument *per se*. Naopak, toto rozhodnutí lze hodnotit pouze kladně, a to jak po formální, tak i substantivní stránce.

³² Nález sp. zn. Pl. ÚS 3/02. Totožně viz též např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 38/04, bod 27; sp. zn. Pl. ÚS 7/09, bod 32; sp. zn. Pl. ÚS 24/10, bod 37; sp. zn. II. ÚS 1774/14; sp. zn. Pl. ÚS 15/16, bod 73.

Konečně, o dva roky později pak ÚS v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 41/02 opět vymezil kritérium potřeby poněkud odlišně:

Druhým krokem uplatnění principu proporcionality je posouzení jednoduchého práva hlediskem potřeby, jež sleduje analýzu plurality možných normativních prostředků ve vztahu k zamýšlenému účelu a jejich subsidiaritu z hlediska omezení ústavou chráněné hodnoty – základního práva nebo veřejného statku. Lze-li zákonodárcem sledovaného účelu dosáhnout alternativními normativními prostředky, je pak ústavně konformní ten, jenž danou ústavně chráněnou hodnotu omezuje v míře nejmenší.³³

Pro všechna tato vymezení kritéria potřeby je typické, že se soustředí především na to, zda sledovaného cíle nelze dosáhnout z hlediska dotčeného základního práva šetrnějšími či dokonce nejšetrnějšími prostředky. Tyto způsoby vymezení dále nazývám jako tradiční vymezení kritéria potřeby.

V recentní judikatuře (cca od roku 2015) však lze vysledovat odklon od těchto tradičních způsobů vymezení kritéria potřeby. Tato modifikace spočívá v tom, že nově judikatura ÚS začíná vyžadovat, aby navrhané alternativy k přezkoumávanému opatření byly stejně nebo alespoň obdobně efektivní z hlediska naplnění sledovaného účelu. Pilotním rozhodnutím v tomto směru byl nálezu sp. zn. I. ÚS 668/15,³⁴ v němž ÚS konstatoval, že v rámci kritéria potřeby je „*třeba zkoumat, zda sledovaného cíle [...] nebylo možno ve stejné či podobné míře dosáhnout jiným způsobem, který by zároveň ústavní právo stěžovatele omezoval v menší míře.*“³⁵ Obdobný přístup ÚS zvolil též v nálezu sp. zn. II. ÚS 443/16, v němž uvedl, že aby napadené opatření prošlo testem potřeby, tak „*nesmí existovat jiné než přezkoumávané opatření, které naplňuje sledovaný cíl v podobné míře, a je vůči dotčenému ústavně zaručenému právu šetrnější.*“³⁶

Projevy tohoto přístupu lze vysledovat též v navazující plenární judikatuře. Plénium však v této věci postupuje – řekněme – „od lesa“ a ne tak přímočaře jako výše citovaná senátní rozhodnutí. Plenární nálezy totiž v rámci abstraktního vymezení testu proporcionality často odkazují na tradiční vymezení kritéria potřeby, podle něhož kritérium potřeby orgánům veřejné moci dovoluje použití pouze nejšetrnějšího z více možných prostředků.³⁷ V rámci přezkumu samotného však již aplikují odlišně obsahově vymezené kritérium potřeby. V recentní praxi se pak v zásadě vyskytly dvě varianty. První v zásadě odpovídá výše uvedeným pilotním nálezům senátním, tj. ÚS v těchto rozhodnutích zkoumal,

zda zákonodárce nemohl zvolit řešení, které by bylo vůči [omezovanému základnímu právu] šetrnější. Takové šetrnější řešení by však současně muselo dosáhnout sledovaných legitimních cílů v téže či alespoň srovnatelné míře. Pokud by je naplňovalo jen částečně, pak

³³ Viz nálezu sp. zn. Pl. ÚS 41/02. Srov. též např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 2/06, bod 93; sp. zn. Pl. ÚS 51/06, bod 64; sp. zn. IV. ÚS 3102/08, bod 23; sp. zn. Pl. ÚS 9/07, body 31 a 39 an.; sp. zn. Pl. ÚS 22/09, bod 35; sp. zn. Pl. ÚS 2/06, bod 93.

³⁴ Nálezu sp. zn. I. ÚS 668/15. Vůbec první příklad aplikace takového přístupu je však pravděpodobně nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/06, bod 96.

³⁵ Nálezu sp. zn. I. ÚS 668/15, bod 33.

³⁶ Nálezu sp. zn. II. ÚS 443/16, body 29 a 41. Totožné viz nálezu sp. zn. II. ÚS 1837/16, bod 30.

³⁷ Nejčastěji je v těchto rozhodnutích citován výše odkazovaný nálezu sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

ho nelze považovat za reálnou alternativu, která by měla vést k závěru, že napadená právní úprava není nezbytná.³⁸

Podle druhého přístupu pak ÚS v rámci kritéria potřeby zkoumá, zda neexistovalo „[š]etrnější řešení, jež by současně bylo s to stejně efektivně dosáhnout sledovaného cíle“.³⁹

Jak jsem již výše uvedl, tak tyto formulace postupně nahrazují tradiční způsoby vymezení kritéria potřeby, avšak k jejich úplnému nahrazení dosud nedošlo.⁴⁰ Obě varianty tak spíše stojí vedle sebe. Je tudíž otázkou, zda je mezi těmito verzemi nějaký kvalitativní rozdíl. Je možné považovat některou z nich za lepší, než je ta druhá, nebo jsou v zásadě rovnocenné? Tutéž otázku si lze položit též ve vztahu ke dvěma modifikovaným variantám kritéria potřeby aplikovaným recentní judikaturou. Těmito otázkami se budu podrobně zabývat v následujících pasážích tohoto článku.

2.2 Negativní vymezení kritéria potřeby

Ještě předtím, než se pustím do podrobnější analýzy výše uvedených variant vymezení kritéria potřeby, bych chtěl doplnit jednu krátkou poznámku. Výše jsem shrnul, co si lze představit pod kritériem potřeby. Nyní bych chtěl říct, co jím není, resp. co jím být nemá. V tomto směru bych chtěl upozornit na skutečnost, že obsahem kritéria potřeby není – jak by se mohlo z jeho samotného označení zdát – odpověď na otázku, zda přezkoumávané opatření je „potřebné“ či „nezbytné“ ve smyslu toho, zda je podmínkou *sine qua non* realizace konkrétního cíle. Naopak, obsah tohoto kritéria se přiči běžnému jazykovému úzu a je vymezen autonomně.⁴¹ Obsahem tohoto testu je zkoumání toho, zda předmětného cíle nelze dosáhnout alternativním opatřením, které by bylo zároveň k omezovaným základním právům šetrnější.⁴²

Toto vymezení je i v praxi ÚS respektováno, avšak najde se i pár výjimek. Lze v zásadě nalézt dva typy případů. V prvním (a nutno podotknout, že v lepším) případě ÚS sice vymezí kritérium potřeby tak, že se jím táže po tom, zda je přezkoumávané opatření skutečně „potřebné“ či „nezbytné“, avšak následně v rámci samotného přezkumu pak také provede úvahu o tom, zda orgán veřejné moci neměl k dispozici jiná alternativní opatření, která by byla k omezovanému právu šetrnější.⁴³ Příčinu takového přístupu lze pravděpodobně hledat

³⁸ Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/17, bod 42. Totožné kritérium potřeby ÚS vymezil v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/17, bod 57. Obdobně pak ÚS postupoval též v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 27/16, bod 97, v němž požadoval, aby alternativní opatření bylo z hlediska naplnění sledovaného cíle „v zásadě rovnocenné“. Pro další významově podobné formulace viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 38/17, body 67, 124 a 132–133 a sp. zn. Pl. ÚS 10/17, body 69 a 107.

³⁹ Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 3/16, body 75, 85 a 88. Totožné nálezy sp. zn. Pl. ÚS 32/15, body 61–63; sp. zn. Pl. ÚS 6/17, body 131, 142–153 či sp. zn. Pl. ÚS 4/19 body 33 a 35. Totožné též senátní nález sp. zn. III. ÚS 309/16, bod 30.

⁴⁰ Tradiční vymezení kritéria lze totiž dohledat i v recentní judikatuře. Viz např. nálezy sp. zn. II. ÚS 164/15, bod 38 či sp. zn. Pl. ÚS 15/16, bod 73.

⁴¹ EMILIOU. *The Principle of Proportionality in European Law*, s. 29.

⁴² Tamtéž, s. 30.

⁴³ Viz např. nálezy sp. zn. I. ÚS 631/05, body 25–26; sp. zn. I. ÚS 202/06, body 17 a 18; sp. zn. I. ÚS 2859/09, bod 24.

v tom, že ÚS v konkrétním případě důsledně sleduje strukturu limitačních klauzulí v Listině nebo Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod, resp. s ohledem na existující judikaturu Evropského soudu pro lidská práva od něj převezme též jeho metodologii a podrobněji již nestrukturuje úvahy v rámci kritéria nezbytnosti v demokratické společnosti.⁴⁴ Jestliže však ÚS i přesto provede relevantní úvahu o potřebnosti, tak vůči takovému postupu nelze mít závažnějších námitek.

Nicméně v praxi se vyskytly i případy, v nichž ÚS vnímal kritérium potřebnosti tak, že jeho obsahem mělo skutečně být pouze zkoumání, zda je opatření „potřebné“ či „nezbytné“.⁴⁵ V těchto případech tak ÚS zcela devalvoval celý přezkum v rámci tohoto kritéria, neboť se omezil pouze na lakonické konstatování, že opatření bylo skutečně potřebné, resp. nezbytné.⁴⁶ Takový přístup je zjevně nesprávný a je tudíž třeba jej hned zkraje odmítnout. Tím spíše nelze považovat za přijatelný přístup, kdy ÚS v rámci kritéria potřebnosti v zásadě zkoumal „*nutnost*“ či „*potřebnost*“ přezkoumávaného opatření a na tomto základě jej zrušil, aniž by přitom explicitně označil existující alternativy a posoudil jejich účelnost z hlediska naplnění sledovaného cíle a šetrnosti k základním právům.⁴⁷

3. Tradiční vymezení kritéria potřebnosti a rizika s ním spojená

Výše jsem uvedl, že v judikatuře ÚS je kritérium potřebnosti tradičně vymezováno tak, že podle něj „*je povoleno použití pouze nejšetrnějšího - ve vztahu k dotčeným základním právům a svobodám - z více možných prostředků.*“⁴⁸

Toto pojetí potřebnosti bylo však podrobeno silné doktrinární kritice. Vzato striktně podle jeho abstraktního vymezení totiž neponechává prakticky žádnou diskreci pro rozhodující orgány veřejné moci. Potenciálně tak koliduje s principem dělby moci.⁴⁹ V tomto směru lze odkázat na slavný výrok amerického soudce Blackmuna, podle něhož by soudce „*byl vskutku nenápaditý, jestliže by prakticky v jakékoli situaci nebyl schopen přijít na jiné o trochu*

⁴⁴ Viz např. nález sp. zn. II. ÚS 1375/11, bod 45. Ke srovnání kritérií potřebnosti a nezbytnosti v demokratické společnosti viz např. GERARDS. *How to improve the necessity test...*, s. 481–484. CHRISTOFFERSEN, Jonas. *Fair balance: proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, s. 112.

⁴⁵ Nález sp. zn. Pl. ÚS 5/03; sp. zn. Pl. ÚS 43/05, bod 55; sp. zn. I. ÚS 202/06, body 17–18; sp. zn. Pl. ÚS 40/08, bod 77; sp. zn. Pl. ÚS 22/09, bod 37. V zásadě se jedná o nálezy spíše z rané judikatury, v níž se doktrína proporcionality v judikatuře ÚS stále utvářela. Nicméně, i v relativně recentní judikatuře existují příklady takového přístupu. Viz např. nález sp. zn. Pl. ÚS 24/14, bod 53.

⁴⁶ Tamtéž.

⁴⁷ Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 51/06, body 61–65. Tento přístup je o to více zarážející, že zde ÚS vyšel ze standardního vymezení kritéria potřebnosti, které jej mělo vést k explicitnímu označení alternativ a posouzení jejich šetrnosti k omezenému právu, avšak v rámci samotného přezkumu se omezil již jen na zkoumání, zda napadené opatření bylo „nutné“, resp. „potřebné“. Tento nedostatek se pak snažil napravit soudce Güntler ve svém odlišném stanovisku, kde tato alternativní opatření alespoň příkladmo uvedl.

⁴⁸ Zde jsem již z „*plurality*“ obsahově totožných vymezení kritéria potřebnosti v rané judikatuře zvolil pouze jedině, a to podle vlivného nálezu sp. zn. Pl. ÚS 3/02.

⁴⁹ BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 44.

méně ‚drastické‘ nebo o trochu méně ‚restriktivní‘ opatření umožňující mu hlasovat pro zrušení zákona“.⁵⁰

V obdobném duchu se nese též výtka Wojciecha Sadurského. Sadurski konkrétně namítá, že důsledná aplikace takto vymezeného kritéria potřeby má pro přezkoumávaná opatření fatální důsledky.⁵¹ V teoretické rovině totiž aplikace takto striktně nastaveného kritéria potřeby musí vždy nevyhnutelně vést ke zrušení napadeného opatření omezujícího základní práva, neboť vždy lze plausibilně uvažovat o alternativních opatřeních, která jsou způsobilá dosáhnout sledovaného legitimního cíle, a která základní práva neomezují vůbec nebo v menší míře či např. omezují nějaké méně významné právo.⁵² Takovýto přístup k potřebnosti však Sadurski považuje za „pedantský“ a ve své podstatě za zbytečný. Nebere totiž vůbec na zřetel míru, s níž je naplněn sledovaný cíl. Je tedy na místě jej v tomto směru modifikovat.⁵³

Nyní se podívejme, zda je tato kritika oprávněná a zda dopadá také na praxi ÚS. To však ze samotného abstraktního vymezení kritéria potřeby nezjistíme, podívejme se tedy, jak bylo v praxi ÚS aplikováno.

Za příklad aplikace tradičního vymezení kritéria potřeby si vezmeme nálezný sp. zn. Pl. ÚS 9/07, v němž ÚS přezkoumával ústavnost ustanovení § 29 zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, jímž byla „blokována“ možnost převodu znárodněného církevního majetku ve vlastnictví státu a třetích osob (především obcí) až do přijetí tzv. zákona o církevních restitucích. Toto ustanovení mělo skrze sankci absolutní neplatnosti bránit převodu blokováného majetku a zajistit tak účel církevních restitucí a možné budoucí narovnání vztahu církve a státu (především pak navrácení předmětného majetku skrze tzv. naturální restituci).⁵⁴ Jak je obecně známo, tak zákonodárce byl s přijetím zákona o církevních restitucích dlouhodobě nečinný, čímž udržoval všechny dotčené subjekty ve stavu právní nejistoty.

Ústavní soud v rámci kritéria potřeby předně podotkl, že v obecné rovině je především na zákonodárci, jakým způsobem bude při nápravě křivd postupovat (tj. zda zvolí naturální či relutární formu restituce či jejich kombinaci), s ohledem na dosavadní restituční zákonodárství považoval právě naturální restituci za primární prostředek napravení křivd minulého režimu.⁵⁵ Měl přitom za to, že:

v obecné rovině je myslitelnou alternativou k naturální restituci [...] např. finanční kompenzace majetku (relutární restituce), který by neblokováno (odblokováno) zůstal

⁵⁰ *Illinois State Board of Elections v Socialist Workers Party et al*, 440 US 173, 188-189 (1979).

⁵¹ Odkazuje přitom na slavný výrok Geralda Guntera o aplikaci amerického „*strict scrutiny*“, podle něhož je tento test striktní po teoretické stránce, avšak jeho aplikace má pro přezkoumávané opatření fatální důsledky („*strict in theory and fatal in fact*“). Citováno dle WINKLER, Adam, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*. *Vanderbilt Law Review*, roč. 59, 2006, s. 795.

⁵² SADURSKI, Wojciech. *Rights Before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. 2. vyd. Dordrecht: Springer, 2014, s. 390–391.

⁵³ Tamtéž, s. 391.

⁵⁴ Nálezný sp. zn. Pl. ÚS 38/04, bod 38–39.

⁵⁵ Nálezný sp. zn. Pl. ÚS 9/07, bod 40.

v konečném vlastnictví státu (resp. dalších subjektů). Tuto úvahu - která by teoreticky mohla znamenat mírnější zásah do existujících majetkových vztahů, ovšem možná též pouze zdánlivě - se Ústavní soud necítí povolán rozvinout s ohledem na to, že by se dostal na pole vyhrazené zákonodárci - zvláště v otázkách politických a ekonomických. Restituce relutární totiž přináší odlišný typ zátěže pro státní rozpočet (majetkové postavení státu), přičemž není v tomto ohledu úkolem Ústavního soudu vhodnost poměru restitučních metod posuzovat. V tomto smyslu, je-li naturální restituce (v určitém v budoucnu stanoveném rozsahu v kombinaci s dalšími metodami) legitimním cílem zákonodárce, nepředstavuje zajištění dotčeného majetku ustanovením § 29 zákona o půdě zásah nad rámec nezbytnosti. Ústavní soud nemůže vlastní úvahou zákonodárci určité poměry mezi metodami naturální a relutární restituce nařizovat.⁵⁶

Ústavní soud následně uzavřel, že s ohledem na další negativní externality dostupného alternativního prostředku způsobilého naplnit sledovaný legitimní cíl (významné výdaje veřejných rozpočtů v případě relutární restituce) jej proto nebylo možné považovat za mírnější prostředek než blokaci dotčeného majetku. Tím spíše, že konečné rozhodnutí o vypořádání majetkových krivd státu vůči církvím mělo být teprve učiněno, přičemž volba vhodné metody měla také záviset na budoucím ekonomickém i politickém uvážení zákonodárce.⁵⁷

Podle rozebraného případu by se mohlo zdát, že obavy z aktivistické aplikace kritéria potřeby byly zcela zbytečné, neboť i v případech, které mají poměrně výrazný politický nádech (restituce, resp. vypořádání krivd minulosti s dalekosáhlými dopady pro veřejné rozpočty) ÚS postupoval umírněně a citlivě. Navzdory abstraktnímu vymezení kritéria potřeby ÚS do svého přezkumu také implicitně zapojil zkoumání stejné či obdobné míry naplnění sledovaného legitimního cíle, které mu umožnilo srovnat účinky napadeného opatření s dostupnými alternativami. Čistě na základě tohoto a dalších obdobných případů by se dalo konstatovat, že tradiční vymezení kritéria potřeby generuje uspokojivé výsledky.

Neukvapme se však, výše uvedené obavy v nás opět rozdmýchá aplikace kritéria potřeby v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 44/13. Tímto nálezem ÚS zrušil části ustanovení § 6i odst. 1 a § 6i odst. 2 zákona č. 311/2006 Sb., o pohonných hmotách a čerpacích stanicích pohonných hmot a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění zákona č. 234/2013 Sb., pro jejich rozpor s právem na podnikání garantovaným čl. 26 Listiny. Tato ustanovení stanovila požadavek na zaplacení kauce 20 000 000 Kč všem distributorům pohonných hmot, která měla být při zániku či zrušení registrace distributora tomuto buď vrácena jako přeplatek, anebo použita jako garance splnění daňových, poplatkových či jiných finančních závazků distributora vůči státu.⁵⁸

Ústavní soud nejprve konstatoval, že napadená ustanovení měla „omezit vznik a zneužívání účelově založených společností, které hrají zásadní roli ve všech známých deliktech na trhu s pohonnými hmotami“,⁵⁹ přičemž byl přesvědčen, že také byla způsobilá tohoto cíle

⁵⁶ Tamtéž, bod 42.

⁵⁷ Tamtéž, bod 43.

⁵⁸ Viz znění napadených ustanovení citované v bodu 10 nálezu.

⁵⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 44/13, bod 20.

dosáhnout.⁶⁰ Za klíčový však ÚS považoval „výsledek třetího kroku [sic!] testu racionality, tj. právě zda neexistují alternativní způsoby dosažení cíle, jejichž využití by učinilo zásah do základního práva méně intenzivní, popř. jej zcela vyloučilo. Ústavní soud dospěl k závěru, že [napadená kauce] v tomto kroku testu proporcionality neobstojí.“⁶¹ Odkázal se přitom na pilotní nález sp. zn. Pl. ÚS 3/02, v němž dovedl protiústavnost pokut likvidačního charakteru, tj. že „pokuta natolik přesáhne možné výnosy, že se podnikatelská činnost v podstatě stává ‚bezúčelnou‘ (tj. směřující pouze k úhradě uložené pokuty po značné časové období).“⁶² Tyto závěry pak podle ÚS bylo možné (sic!) vztáhnout i na projednávaný případ ustanovení zakládajících jednotnou (rozuměj nediferencovanou) kauci pro všechny distributory bez rozdílu. Na základě těchto úvah pak dospěl k závěru, že:

způsob stanovení jednotné kauce [není možné považovat] za jediný možný, ba především ve vztahu ke všem distributorům pohonných hmot nejšetrnější. Kromě tohoto způsobu by totiž jinak přicházela v úvahu zejména varianta zákonné úpravy podmínek stanovení výše kauce, která by byla zákonodárcem rozumně odstupňována. Není přitom vyloučena ani varianta, že by kauce byla stanovena pouze pro ty distributory, kteří na trh pohonných hmot vstupují, a to na časově omezenou dobu. I proto, že napadená právní úprava může mít [sic!] tzv. rdousící efekt na menší distributory pohonných hmot, spočívající již například v samotné obtížnosti opatřit si požadovanou částku kauce, shledal ji Ústavní soud vedle uvedených alternativ zjevně za nejméně šetrnou ve vztahu k právu garantovanému čl. 26 Listiny.⁶³

Předně podotýkám, že zde není prostor pro vypořádání všech přešlapů, přehmatů a nekonzistentností,⁶⁴ kterých se ÚS v pouhých šesti odstavcích, jež argumentaci zakládající zrušení předmětných zákonných ustanovení věnoval.⁶⁵ Zaměřím se tedy pouze na aplikaci kritéria potřeby. Většina pléna dovedla protiústavnost napadené kauce z její paušální a nediferencované povahy, tato by tudíž mohla mít „rdousící efekt“ na menší distributory, kteří by nemuseli být schopni si obstarat požadovanou částku na zaplacení kauce.

⁶⁰ Tamtéž, bod 21.

⁶¹ Tamtéž, bod 22.

⁶² Tamtéž, bod 23.

⁶³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 44/13, bod 24.

⁶⁴ S ohledem na zaměření tohoto textu se lze pozastavit především nad nekonzistentností metodologickou. Ústavní soud tak v tomto nálezu vymezil metodu proporcionality, jakožto „test tří kroků spočívajících v posouzení legitimacy a nezbytnosti sledovaného cíle v demokratické společnosti, v posouzení racionality spojení mezi cílem a prostředky vybranými k jeho prosazení a konečně v posouzení toho, zda neexistují alternativní způsoby dosažení cíle, jejichž využití by učinilo zásah do základního práva méně intenzivní, popř. jej zcela vyloučilo.“ „Umně“ tedy přeházel jednotlivé kroky a vypustil kritérium poměrování. V rámci samotné argumentace pak tento test dále – avšak bez jakéhokoli vysvětlení – propojil s dalšími standardy přezkumu, které si ve své praxi vytvořil, a to testem racionality a testem vyloučením extrémní disproportionality, jehož podstatou je právě zkoumání onoho rdousícího efektu. Viz body 19, 22 a 24 nálezu. Pomímám přitom nedostatky skutkového a substantivního rázu. K těmto podrobněji viz odlišná stanoviska disentujících soudců, která podle mého názoru rozebrala stanovisko majority „na součástky“.

⁶⁵ Soudcem zpravodajem v této věci byl soudce Balík, který proslul svým voláním po „minimalizaci zásahu“ nikoli však ve smyslu optimalizace dvou ústavně chráněných hodnot, avšak ve smyslu zásahu do rozhodovací pravomoci jiných institucí a orgánů veřejné moci, tj. snahou o co největší sebeomezení ÚS v hospodářských a sociálních otázkách. Toto rozhodnutí tedy (přinejmenším) do značné míry zpochybňuje konzistentnost jeho přístupu.

Nejprve je třeba poukázat již na samotnou formulaci legitimního cíle, od něhož se posouzení potřeby odvíjí. Mám totiž za to, že většina pléna jej vymezila příliš úzce. Jak totiž plyne z vyjádření vlády citovaného soudci Suchánkem a Musilem v jejich disentu, tak předmětná kauce sledovala hned několik cílů a nikoli pouze snahu o omezení vzniku a zneužívání účelově zakládaných společností užívaných při daňových deliktech, jak uvádí majorita v odůvodnění nálezu. Zavedení předmětné kaucy tak mělo dále

omezit „černý trh“ s pohonnými hmotami, jehož rozsah je [...] „z dlouhodobého pohledu mimořádně velký a představuje nejen ohrožení fiskálních zájmů státu, ale také ohrožení zájmů spotřebitelů a s ohledem na organizovaný charakter trestné činnosti v této oblasti též riziko pro vnitřní pořádek a bezpečnost České republiky“. Legitimní součástí tohoto úsilí může být jistě i „snaha zajistit celnímu úřadu a jiným správcům daně možnost pomoci kaucí uhradit případné nedoplatky na sankcích a jiných peněžitých plněních souvisejících s činností distributora pohonných hmot“, resp. „snaha zajistit určitý minimální ekonomický standard subjektů podnikajících na trhu s pohonnými hmotami“, neboť podnikání v oblasti distribuce pohonných hmot je „s ohledem na zvýšenou možnost daňových úniků [...] značně náchylné na vznik černého trhu a na porušování právních předpisů“.⁶⁶

V tomto směru je třeba mít za to, že účelem zavedení kaucy byla předně regulace strategického sektoru hospodářství náchylného na vznik černého trhu a k daňovým únikům. Předmětná kauce tak měla mj. garantovat minimální ekonomickou kondici subjektů podnikajících v tomto strategickém sektoru hospodářství a zároveň zajistit správním orgánům (orgánům celní a daňové správy) možnost úhrady případných nedoplatek na daních, poplatcích a jiných peněžitých závazcích distributora vůči státu. Bohužel musím konstatovat, že alternativní opatření zmiňovaná majoritou ÚS (diferencovaná výše kaucy či zavedení kaucy pouze pro distributory, kteří nově vstupují na trh) k naplnění těchto cílů vůbec nesměřovala. Nelze je tudíž považovat za relevantní alternativu k přezkoumávanému opatření.

S tím souvisí též výše kaucy, neboť kauce ačkoli kryta výše uvedenými legitimními cíli, by stále mohla být stanovena „nešetrně“ ve vztahu k základním právům distributorů pohonných hmot. V tomto směru je však třeba odmítnout argument většiny ÚS stran tzv. rdousícího efektu napadené kaucy. Jednak tato otázka spadá pod kritérium poměrování, neměla být v rámci tohoto kritéria vůbec zkoumána. Zároveň lze ze skutkových okolností případu doplněných disentujícími soudci mít za to, že rdousící efekt nemohl být ani v náznaku naplněn. Stejně nepřípadný je odkaz na prejudikaturu týkající se pokut s likvidačními účinky, neboť předmětná kauce vůbec nemá sankční povahu a má být po skončení či zániku registrace a odečtení nesplacených daňových, poplatkových a jiných finančních závazků vůči státu distributorovi vrácena.⁶⁷

Pojďme však nyní k samotnému posouzení výše předmětné kaucy. Domnívám se, že ani v tomto případě nelze mít za to, že by byla stanovena nešetrně. V řízení totiž vyšlo najevo, že vláda, resp. Parlament se podrobně zabývaly stanovením výše kaucy, jejíž výše byla

⁶⁶ Odlišné stanovisko soudců Suchánka a Musila, bod 5.

⁶⁷ Viz odlišná stanoviska soudkyně Janů a soudců Suchánka a Musila.

stanovena s ohledem na výši možných daňových úniků,⁶⁸ strategickou povahu předmětné podnikatelské činnosti a také významnou finanční náročnost jejího provozování.⁶⁹ S ohledem na tyto okolnosti tudíž bylo třeba považovat výši předmětné kauce minimálně za snesitelnou, spíše však za zanedbatelnou.⁷⁰ Vláda a Parlament pak také zvažovaly alternativní opatření, a to včetně těch, která zmiňuje majoritní vótum, avšak měly za to, že tato nejsou stejně způsobilá k dosažení výše uvedeného legitimního cíle spočívajícího v předcházení daňovým únikům. Zároveň je třeba – jak jsem uvedl výše – mít za to, že napadená kauce sledovala vícero legitimních cílů, přičemž navrhované alternativní prostředky nebyly způsobilé některých z nich vůbec dosáhnout. V tomto směru lze tedy uzavřít, že předmětná kauce sice představovala plošné či paušální opatření regulující strategický sektor hospodářství, avšak byla kryta legitimními cíli. Toto opatření tudíž mělo v rámci kritéria potřeby obstát.

Z analýzy předmětného rozhodnutí mám tedy za to, že ÚS zde jasně potvrdil obavy o tom, že kritérium potřeby v jeho tradiční podobě umožňuje prakticky kdykoli zrušit přezkoumávaný akt veřejné moci, neboť vždy lze uvažovat o alternativních opatřeních, která budou šetrnější k omezovanému základnímu právu. V tomto případě je výsledek o to víc zarážející, neboť předmětné ustanovení bylo pečlivě zdůvodněno v důvodové zprávě a také vyjádření vlády, kdežto návrh skupiny senátorů na zrušení napadených ustanovení (soudě podle odlišných stanovisek i odůvodnění majority ÚS) neobsahoval prakticky žádnou relevantní argumentaci ani žádná reálná skutková tvrzení, jimiž by byla protiústavnost předmětné kauce zdůvodněna.⁷¹

Odlišný negativní efekt tradičního vymezení kritéria potřeby pak spočívá v tom, že jestliže si ÚS uvědomí přísnost jeho doslovného znění, pak jej to nutně musí vést k tomu, že takovýto přezkum nemůže téměř žádné opatření veřejné moci „přežít“. Neponechává jim totiž žádný prostor pro úvahu rozhodujícího orgánu veřejné moci a v zásadě umožňuje přijetí jediného ústavně konformního řešení. Toto zjištění pak ÚS nutně vedlo k *ad hoc* modifikacím své zavedené metodologie přezkumu ústavnosti. Konkrétně ÚS v případech, kdy se mu aplikace tradičního vymezení kritéria potřeby zdála příliš přísná, toto kritérium z přezkumu

⁶⁸ Z údajů vlády a Finanční správy ČR vyplynulo, že daňový únik pouze na neodvedené dani z přidané hodnoty na jedné cisterně představuje 190 000 Kč, jedna společnost si tímto způsobem na předmětnou kauci „vydělá“ za dva dny, resp. při standardním postupu realizovaném při daňových podvodech využívajícím vícero společností za cca 7 dní. Z těchto důvodů měla vláda za to, že kauce ve výši 20 000 000 Kč byla stanovena v nejmenší možné výši, aby byla způsobilá bránit daňovým podvodům. Viz odlišné stanovisko soudců Suchánka a Musila, bod 5.

⁶⁹ Zde lze opět odkázat na vyjádření vlády, která se mj. vyjádřila k významné finanční náročnosti provozované podnikatelské činnosti v tomto odvětví. Takto např. pouze nákup pohonných hmot „v nejmenší přijatelné transportovatelné jednotce, tedy jedné cisterně o objemu 32 tisíc litrů, stojí zhruba 850 000 Kč. V nákladnosti reálné obchodní činnosti distributora pohonných hmot je tedy kauce ve výši 20 000 000 Kč minimálně snesitelná, v mnoha případech pak zanedbatelná.“ Tamtéž.

⁷⁰ Tamtéž. Tato kauce není ani nijak disproporční ve srovnání s obdobnými garancemi uplatňovanými v odlišných strategických a vysoce regulovaných sektorech podnikatelské činnosti. Srov. např. podmínku pro udělení bankovní licence vyžadující základní kapitál tvořený peněžitými vklady v minimální výši 500 000 000 Kč. Viz též obdobnou podmínku pro založení družstevní záložny vyžadující složení částky alespoň 35 000 000 Kč, resp. pro udělení povolení k provozování veřejného zdravotního pojištění vyžadující kauci ve výši 100 000 000 Kč. Nutno též podotknout, že tyto podmínky nejsou nijak diferencovány podle velikosti podnikajícího subjektu. Tamtéž, bod 6.

⁷¹ Viz odlišná stanoviska soudkyně Janů a soudců Suchánka a Musila.

vypustil, neboť by jím přezkoumávané opatření nemohlo projít.⁷² V tomto směru lze odkázat např. na nález sp. zn. Pl. ÚS 8/09, v němž se ÚS zabýval přezkumem právní úpravy tzv. kompenzačních licencí pro provozování digitálního televizního vysílání. Vypuštění kritéria potřeby zde odůvodnil následovně:

Ústavní soud [neshledal] postup zákonodárce svévolným a napadenými ustanoveními sledovaný cíl, vedoucí k odvrácení možných negativních sociálně-ekonomických dopadů, považuje za legitimní. Prostředky, které byly zvoleny k dosažení tohoto cíle, se z toho pohledu jeví jako rozumné a přiměřené. Zkoumaný postup zákonodárce tedy za ústavně souladný považovat lze. Ústavní soud však připouští, že věc je velmi hraniční a za jiných okolností by mohlo podobné řešení již hranici ústavnosti překročit. Právě s ohledem na výše vyložené specifické okolnosti věci také Ústavní soud nepoměřoval dotčenou právní úpravu podrobným a zcela striktním třístupňovým testem principu proporcionality, jenž mj. předpokládá, že lze-li zákonodárcem sledovaného účelu dosáhnout alternativními normativními prostředky, je pak ústavně konformní ten, jenž ústavně chráněnou hodnotu omezuje v míře nejmenší. Ústavní soud nehodlá v této věci poučovat zákonodárce, jednajícího mj. pod časovým tlakem, o případných, teoreticky snad vhodnějších variantách řešení nastalé situace.⁷³

Tradiční vymezení kritéria potřeby může svým abstraktním vymezením budit dojem, že toto je přespříliš přísné a mohlo by tudíž v jednotlivých případech soudce svádět k účelovým modifikacím metodologie. Jednoduše řečeno, kritérium potřeby bude první „na odstřel“, bude-li soudce chtít návrh na zrušení aktu veřejné moci zamítnout. V tomto případě je třeba rázně uvedený přístup ÚS odmítnout, neboť tento si nemůže účelově, případ od případu modifikovat metodologii, kterou si sám zavedl, jen protože mu v konkrétním případě brání v dosažení předem intuitivně zformulovaného závěru. Jejím účelem je právě přesný opak, tj. vést soudce k tomu, aby transparentně vyložily své úvahy o ústavnosti přezkoumávaného aktu. Soudce by jí měl být veden k případné korekci svého intuitivně zformulovaného závěru, zjistí-li, že neodpovídá principiálním východiskům právním.

Jakkoli je třeba výše popsany přístup odmítnout, tak na straně druhé odkrývá zjištění jiné. Z výše analyzovaného přístupu ÚS totiž plyne, že tento byl motivován strukturálním nedostatkem kritéria potřeby, a to konkrétně jeho velmi striktní abstraktní formulací.

⁷² Prvními vlašťovkami daného přístupu byly nálezy týkající se zavádění systémů zemědělských kvót předcházejících našemu vstupu do Evropské unie, konkrétně přezkumu opatření tzv. mléčných a cukerných kvót. V této době měl ÚS ve své praxi vytvořen pouze jediný standard přezkumu ústavnosti, a to konkrétně klasický test proporcionality. Majorita v obou těchto případech ustoupila od aplikace kritéria potřeby, resp. testu proporcionality vůbec. V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 5/01 majorita ÚS sice metodu proporcionality aplikovala, avšak jak upozornili soudci Holländer a Procházka v jejich odlišném stanovisku, tak majorita z něj vypustila kritérium potřeby, jímž by přezkoumávané opatření podle jejich názoru nemohlo projít. V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 39/01, pak majorita zmínila metodu proporcionality pouze v rámci tzv. obecných principů přezkumu, avšak v rámci samotné argumentace jej neprovedla. Odkázala se pouze na tzv. *rational basis test* aplikovaný Nejvyšším soudem Spojených států, podle něhož postačuje „zběžné ověření, zda zavedené opatření může vést ke sledovanému cíli.“ I zde se disetující soudci ohradili proti *ad hoc* modifikaci metodologie ze strany majority. Srov. zejm. odlišné stanovisko soudkyně Wagnerové, která v tomto směru poukázala na to, že i Evropský soudní dvůr v obdobných případech metodu proporcionality aplikuje.

⁷³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 8/09, bod 59. K obdobnému postupu – byť bez explicitního „doznání“ – se ÚS uchýlil též ve věcech sp. zn. Pl. ÚS 25/07, bod 73 či sp. zn. Pl. ÚS 8/16, bod 66 an.

Toto vymezení totiž v zásadě připouští jediné ústavně konformní řešení konkrétní otázky, a to řešení, které je nejšetrnější z hlediska omezovaného základního práva. Vymezení kritéria potřeby, které jsem zde nazval tradičním, tak klade na orgány veřejné moci nesplnitelné požadavky a zároveň staví ÚS do role, která mu institucionálně nepřísluší. Výše popsaným přístupem tak ÚS v podstatě „hasil“ pouze následky (potenciální porušení principu dělby moci), avšak nikoli příčinu (nevhodně formulované kritérium potřeby). Ústavní soud se tak snažil napravit problém spočívající v nevhodné formulaci kritéria potřeby tím, že vůči zákonodárci zaujal zdrženlivé postavení a v zásadě tak buď zcela, anebo z části rezignoval na přezkum napadeného opatření, namísto aby odstranil příčinu tohoto neutěšeného stavu („racionalizoval“ přespříliš přísně formulované kritérium potřeby, tak aby na orgány veřejné moci – především pak na zákonodárce – nekladlo nereálné nároky).⁷⁴

Tyto úvahy se následně ve formalizované podobě promítly do metodologie ÚS dvěma způsoby. Předně konstrukcí dalších – od testu proporcionality odlišných – standardů přezkumu ústavnosti, které mají ÚS umožnit zaujmout zdrženlivější postavení vůči veřejné moci především v otázkách hospodářské a sociální politiky. Těmito jsou test vyloučení extrémní disproportionality, který ÚS užívá pro přezkum daní, poplatků, majetkových sankcí a dalších povinných plateb na základě zákona, a test racionality, který slouží pro přezkum ústavnosti omezení sociálních práv. Ze struktury obou testů ÚS explicitně kritérium potřeby vyloučil.⁷⁵ Druhým způsobem, který odráží výše uvedené úvahy, je obsahová modifikace samotného kritéria potřeby v rámci testu proporcionality, k níž došlo v recentní judikatuře, a které se budu věnovat v následující pasáži.

4. Modifikace kritéria potřeby

Jak jsem již výše uvedl, tak ÚS začal v recentní judikatuře postupně nahrazovat tradiční vymezení kritéria potřeby odlišnou formulací. Ústavní soud tak v rámci tohoto kritéria zkoumá, „zda k napadenému zásahu neexistovala alternativa, která by naplňovala sledovaný cíl v podobné míře a byla vůči dotčenému ústavně zaručenému právu šetrnější“,⁷⁶ resp. zda neexistovalo „[š]etrnější řešení, jež by současně bylo s to stejně efektivně dosáhnout sledovaného cíle“.⁷⁷

Obě uvedené formulace kritéria potřeby zjevně směřují týmž směrem. První formulace vyžaduje, aby alternativa naplnila sledovaný cíl ve stejné nebo podobné míře. Druhá formulace vyžaduje naplnění sledovaného cíle stejně efektivně. Obě se tedy pídí po míře, s níž je alternativní opatření schopno dosáhnout sledovaného cíle, avšak druhá formulace

⁷⁴ Pro obdobnou analýzu tradičního vymezení kritéria potřeby v komparativním pojetí srov. BILCHITZ. *Necessity and Proportionality*..., s. 48.

⁷⁵ K testu racionality viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 54/10 a k testu vyloučení extrémní disproportionality viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 29/08.

⁷⁶ Viz nálezy sp. zn. II. ÚS 443/16, body 29 a 41. Pro totožné vymezení viz též nálezy sp. zn. I. ÚS 668/15, bod 33; sp. zn. II. ÚS 1837/16, bod 30; sp. zn. Pl. ÚS 33/15, bod 72; sp. zn. Pl. ÚS 2/17, bod 42; sp. zn. Pl. ÚS 18/17, bod 57; sp. zn. Pl. ÚS 27/16, bod 97.

⁷⁷ Viz nálezy sp. zn. Pl. ÚS 3/16, body 75, 85 a 88. Totožně sp. zn. Pl. ÚS 32/15, body 61–63; sp. zn. Pl. ÚS 27/16, body 94 a 97; sp. zn. Pl. ÚS 18/17, body 55–57; sp. zn. Pl. ÚS 6/17, body 131, 142–153.

jde – jak se zdá – poněkud dál než ta první. Je tedy třeba posoudit, jestli je mezi nimi nějaký kvalitativní rozdíl. V následující pasáži se tedy podívám na to, co lze považovat za „stejně efektivní“ naplnění konkrétního cíle.

4.1 Modifikace kritéria potřeby spočívající v požadavku stejné efektivity naplnění sledovaného cíle

Formulace kritéria potřeby, která vyžaduje, aby alternativní opatření bylo též stejně efektivní při naplnění sledovaného cíle, vychází z formulace tohoto kritéria v praxi Spolkového ústavního soudu.⁷⁸ Analyticky a velmi podrobně jej pak ve svém díle rozpracoval především Aharon Barak. Podle Baraka se kritérium potřeby skládá ze dvou prvků. Tím prvním je existence alternativních prostředků, které jsou způsobilé naplnit účel přezkoumávaného zákona stejně nebo lépe než prostředky zvolené tímto zákonem. Druhým prvkem pak je, že tyto hypotetické alternativní prostředky omezují základní práva méně než přezkoumávaný zákon.⁷⁹ Tyto prvky pak Barak dále rozvádí:

První prvek testu potřeby se zabývá otázkou, zda alternativní opatření mohou naplnit účel zákona se stejnou mírou intenzity a efektivity jako opatření zvolená [přezkoumávaným] zákonem. Jestliže taková alternativa neexistuje, zákon je nezbytný a test potřeby je splněn. Alternativa [pak] existuje pouze tehdy, když [hypotetická] opatření naplňují zákonem sledovaný účel se stejnou mírou intenzity jako ta, zvolená přezkoumávaným zákonem. Vyžaduje se tudíž, aby alternativní opatření naplnila zákonem sledovaný účel kvantitativně, kvalitativně, a se stejnou pravděpodobností jako v případě opatření zvolených přezkoumávaným zákonem.⁸⁰

Vzhledem k tomu, že všechny výše uvedené faktory musí alternativní opatření naplnit stejně (nebo lépe) jako v případě přezkoumávaného opatření, tak kritérium potřeby podle Baraka předpokládá, že jedinou relevantní změnou, kterou by mělo alternativní opatření přinést je, že dotčené základní právo bude omezeno v menším rozsahu.⁸¹

Tato formulace s sebou však nese jedno velké riziko. Budeme-li totiž požadavek stejné efektivity vnímat příliš úzce, tak kritérium potřeby nebude mít v rámci přezkumu žádný rozumný smysl. Jestliže všechny výše uvedené faktory musí zvažovaná alternativa splnit ve stejné (nebo dokonce větší) míře jako přezkoumávané opatření, tak potom lze stěží uvažovat o tom, že by taková alternativa mohla vůbec existovat natožpak, aby ještě byla šetrnější k omezovanému právu. Aplikace takto formulovaného kritéria by nikdy nevedla k závěru o protiústavnosti napadeného aktu. Vždy je totiž možné tvrdit, že předložená alternativa je v některém z výše uvedených aspektů deficitní. V rámci přezkumu tak bude kritérium potřeby zbytečným.⁸²

⁷⁸ Viz např. EMILIOU. *The Principle of Proportionality in European Law*, s. 29–31. BUMKE – VOßKUHL. *German Constitutional Law...*, s. 62–64.

⁷⁹ BARAK. *Proportionality...*, s. 323.

⁸⁰ Tamtéž, s. 323–324.

⁸¹ Tamtéž, s. 325.

⁸² BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 50 a 53.

Abych ale Barakovu koncepci neodsoudil příliš rychle, uvedená striktní formulace kritéria potřebnosti, resp. požadavku stejné efektivity, je dále významně modifikována uvědomíme-li si, že cíl či účel sledovaný přezkoumávaným opatřením může být formulován odlišným způsobem, a především pak s různou mírou abstrakce. V tomto směru bude pak především míra abstraktnosti formulování legitimního cíle zcela zásadní význam pro účely posouzení otázky efektivity alternativních prostředků.⁸³ Barak konkrétně tvrdí, že „*čím vyšší je míra abstraktnosti účelu, tím pravděpodobnější je, že budou existovat alternativní prostředky, které budou omezovat základní právo v menší míře a které budou způsobilé naplnit cíl stejně efektivně. Naopak, čím nižší je míra abstraktnosti, tím těžší bude prokázat, že prostředky zvolené zákonodárcem nejsou potřebné.*“⁸⁴ S tímto závěrem nelze než souhlasit. Podívejme se však, jestli se může toto propojení nějak reálně promítnout do aplikace kritéria potřebnosti v konkrétních případech.

Podívejme se tedy nyní Barakovou optikou na známý příklad aplikace kritéria potřebnosti z praxe Spolkového ústavního soudu týkajícího se zákazu prodeje cukrovinek vyrobených z burizonů.⁸⁵ Tyto cukrovinky byly ochuceny kakaem, a byly tudíž zaměnitelné s výrobky čokoládovými. Několik výrobců cukroví napadlo předmětnou regulaci s tím, že porušuje jejich právo na podnikání. Spolkový ústavní soud měl sice za to, že předmětná regulace sledovala legitimní cíl ochrany spotřebitele před nekalými obchodními praktikami, konkrétně před záměnou náhražky za skutečný čokoládový výrobek, avšak dospěl k závěru, že tato neobstojí v rámci kritéria potřebnosti. Zákaz prodeje totiž považoval za „*nejinvasivnější prostředek, jaký si mohl představit*“ pro dosažení sledovaného cíle. Tohoto cíle bylo totiž zároveň možno „*dosáhnout stejně efektivně, avšak méně invazivně skrze požadavek náležitého označení výrobku.*“⁸⁶

David Bilchitz v tomto směru uvádí, že pokud bychom přijali Barakův striktní výklad požadavku stejné efektivity alternativních opatření, tak by bylo třeba považovat rozhodnutí Spolkového ústavního soudu za nesprávné, neboť by nemohl dojít k závěru o nedostatku kritéria potřebnosti.⁸⁷ Zákaz prodeje by totiž jistě byl efektivnějším prostředkem pro dosažení ochrany spotřebitele před nekalými obchodními praktikami a předcházení záměny jednoho produktu za druhý, než stanovení požadavku náležitého označení výrobku. Někteří spotřebitelé totiž nečtou etikety, jiní pak nemusí umět číst vůbec. V tomto směru tedy zjevně nešlo o stejnou míru naplnění sledovaného legitimního cíle a soud tak musel „snížit laťku“ míry jeho naplnění pro to, aby mohl konstatovat, že napadená regulace neprošla testem potřebnosti.⁸⁸

⁸³ BARAK. *Proportionality*, s. 331–333. Pro komentář Barakova přístupu viz BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 50 a 54–55. Viz též BUMKE – VOßKUHL. *German Constitutional Law...*, s. 62.

⁸⁴ BARAK. *Proportionality...*, s. 332.

⁸⁵ Viz rozhodnutí Spolkového ústavního soudu BVerfGE 53, 135. Pro anglický překlad relevantních pasáží citovaného rozhodnutí viz BUMKE–VOßKUHL. *German Constitutional Law...*, s. 397–399.

⁸⁶ Tamtéž, s. 63.

⁸⁷ BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 50.

⁸⁸ Tamtéž.

Ke stejnému závěru dospěl též v rámci své analýzy uvedeného případu Robert Alexy, který uvádí, že „*princip ochrany spotřebitele (P2) je zhruba stejně naplněn požadavkem náležitého označení (M1) jako v případě zákazu prodeje (M2). Z hlediska P2 je tedy nerozhodné, jestli bude přijato M1 nebo M2.*“⁸⁹ Z formulace užitá Alexym („*zhruba stejně*“) je patrné, že si uvědomuje, že oba prostředky nejsou zcela stejně efektivní, a že kompletní zákaz realizuje sledovaný účel ve větší míře než povinnost náležitého označení produktu. Implicitně tak připouští, že kritérium potřeby musí – má-li mít smysluplný obsah – obsahovat určitou míru flexibility, aby umožnilo srovnání více alternativních opatření.⁹⁰

V tomto směru lze tudíž souhlasit s Bilchitzem, který tvrdí, že požadavek stejné efektivity může v konečném důsledku učinit kritérium potřeby zcela zbytečným. Zároveň přitom otevírá prostor pro libovůli na straně soudu, neboť tento může variovat přísnost tohoto požadavku podle toho, jak se mu to bude hodit. Jestliže bude chtít, aby napadené opatření kritériem potřeby prošlo, tak zvolí přístup striktní. Naopak, bude-li chtít opatření zrušit, tak zvolí přístup flexibilnější.⁹¹ Bylo by tudíž lepší jasně vymezit obsah tohoto kritéria tak, aby bylo jasné patrné, co z něj plyne a jaké požadavky musí akty veřejné moci splnit.

Tyto závěry potvrzuje i hlubší pohled na případy analyzované Barakem, který mj. uvádí případ ochrany spotřebitele, který jsem právě rozebral. Barak přitom závěry Spolkového ústavního soudu nijak nerozporuje. Naopak jej považuje za pozitivní příklad aplikace kritéria potřeby.⁹² Nepřímo tak připouští, že požadavek stejné efektivity vyžaduje určitou flexibilitu.

Dalším případem, na který Barak velmi často odkazuje, je slavný případ *Beit Sourik*.⁹³ Nejvyšší soud Izraele v tomto případě rozhodoval o ústavnosti výstavby zdi mezi Izraelským a Palestinským územím, jež měla zajistit bezpečnost obyvatel Izraele před teroristickými útoky tím, že zabrání pronikání teroristů z Palestinských území.⁹⁴ Trasa, již byla zeď vedena, však odjímala obyvatelům Palestinských území, kteří se živí především jako zemědělci, přístup k jejich půdě. Podle zjištění soudu se tak výstavba zdi dotýkala životů více než 13 000 zemědělců, kterým odňala přístup k jejich půdě.⁹⁵ Navrhovatelé ve svém podání předložili soudu alternativní trasy, kudy mohla být zeď vedena, které by umožnily obyvatelům Palestinských území přístup na jejich pozemky a zároveň by byly způsobilé naplnit sledovaný cíl ve stejné míře. Soud však v rámci kritéria potřeby akceptoval stanovisko vojenského velitele stran (ne)efektivitě alternativních tras z hlediska naplnění sledovaného cíle. Kritérium potřeby měl tudíž za splněné.⁹⁶

⁸⁹ ALEXY. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 399.

⁹⁰ BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 50.

⁹¹ Tamtéž, s. 50–51.

⁹² BARAK. *Proportionality...*, s. 319.

⁹³ Rozhodnutí Nejvyššího soudu Izraele ve věci HJC 2056/04, *Beit Sourik Village Council v Government of Israel*.

⁹⁴ Tamtéž, bod 3.

⁹⁵ Tamtéž, bod 60.

⁹⁶ Tamtéž, bod 58.

Porušení práv obyvatel Palestinských území soud shledal až v rámci kritéria poměrování, avšak za pomoci argumentů, které spadají spíše pod kritérium potřeby. Soud sice konstatoval, že zásah není ve vztahu „*jakékoli rozumné proporce k újmě způsobené místním obyvatelům*“.⁹⁷ Nicméně dále uvedl, že rozdíl mezi předloženými alternativními variantami trasy, jimiž mohla být zeď vedena, a původní variantou přitom spočíval pouze v „*zanedbatelném*“ snížení naplnění sledovaného legitimního cíle na zajištění bezpečnosti občanů Izraele. Alternativní trasy však byly výrazně šetrnější k základním právům dotčených osob.⁹⁸

Rozhodnutí soudu⁹⁹ i Barakova analýza tohoto případu¹⁰⁰ pak evidentně vychází ze striktního požadavku stejné efektivity. Oba totiž sice dospěly k závěru o protiústavnosti předmětného opatření (trase, jíž byla zeď vedena, a která odjímala Palestincům přístup k jejich půdě), avšak tento závěr neučinily v rámci kritéria potřeby, nýbrž až v rámci kritéria poměrování.¹⁰¹ Tato situace je tedy – jakkoli to může znít směšně – v zásadě strukturálně stejná jako v případě výše rozebraného případu s cukrovinkami, avšak jeden případ je řešen v rámci kritéria potřeby, nicméně druhý v rámci kritéria poměrování. Z pozice strategie soudu je tento přístup tím spíše záražející, neboť právě kritérium poměrování bývá rozporováno jakožto subjektivistické a neobjektivní. Pokud by tedy chtěl soud – zvláště v tak delikátní věci jako je veřejná bezpečnost – projevit určitou míru sebeomezení, tak bych spíše chápal, že případ rozhodne v rámci kritéria potřeby, které bývá vnímáno jakožto objektivní, empirické kritérium.¹⁰² Zde se však spíše projevil Barakův rukopis a tendence všechny relevantní substantivní otázky rozhodnout v srdci metody proporcionality, kritériu poměrování.¹⁰³

Na Barakově interpretaci případu *Beit Sourik* je zároveň záražející, že ji nijak nepropojil s výše rozebranou doktrínou, podle níž by s rostoucí mírou abstrakce při formulaci legitimního cíle měl narůstat počet alternativních opatření, která přichází v úvahu. Jak naznačuje uvedené shrnutí případu, tak tato doktrína v Barakově případě striktní formulaci kritéria potřeby „*neztupila*“, byť legitimní cíl byl formulován se stejnou mírou abstrakce nebo snad dokonce ještě abstraktněji (zajištění bezpečnosti obyvatel Izraele před pronikáním teroristů) jako v případě případu týkajícího se zákazu cukrovin vyrobených z burizonů (ochranu spotřebitele před záměnou výrobků vyrobených z čokolády s jejich náhražkami), v němž srovnatelnost alternativ s přezkoumávaným opatřením (být implicitně) připustil.

⁹⁷ Tamtéž, bod 61.

⁹⁸ Tamtéž.

⁹⁹ Tamtéž, bod 58.

¹⁰⁰ BARAK. *Proportionality...*, s. 353–354. Není bez zajímavosti, že zpravodajem této věci byl sám Barak.

¹⁰¹ Navzdory uvedenému se však argumentace soudu, a také Baraka samotného, v rámci kritéria poměrování soustředila na posuzování alternativ a jejich dopadů na základní práva navrhovatelů, a v zásadě tak smísila kritéria potřeby a poměrování dohromady. Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu Izraele ve věci *HJC 2056/04, Beit Sourik Village Council v Government of Israel*, bod 61. Podrobný komentář k tomuto přístupu Nejvyššího soudu pak viz BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 56–57.

¹⁰² Oba tyto pohledy na kritérium potřeby i poměrování jsou však v zásadě stereotypní. Tento stereotyp ve vztahu ke kritériu potřeby např. nabourává větší pochopení jeho skutečného obsahu, tj. že se nejedná o čistě empirický test, avšak toto vyžaduje substantivní a kvalitativní argumentaci.

¹⁰³ BARAK. *Proportionality...*, s. 338–339.

Uvedené tedy v mých očích pouze potvrzuje možnost svévolné aplikace striktně zvoleného standardu stejné efektivity.

Požadavek stejné efektivity alternativních opatření se „uhnízdil“ též v praxi ÚS. Pojďme se tedy podívat, jak je ÚS aplikován. Především, že počet rozhodnutí, v nichž bylo toto vymezení kritéria potřebnosti dosud aplikováno, je velmi malý, proto je dosud obtížné provést nějakou generalizaci. Jako příklad tohoto přístupu si uveďme nálezy sp. zn. Pl. ÚS 3/16, v němž byla předmětem přezkumu ústavnost ustanovení § 3 odst. 4 věty druhé zákona č. 87/1995 Sb., o spořitelních a úvěrních družstvech, ve znění zákona č. 333/2014 Sb.

Novelou tohoto ustanovení provedenou zákonem č. 333/2014 Sb. do něj s účinností od 1. 7. 2015 vložila pasáž zakládající tzv. pravidlo desetinásobku, jehož důsledkem bylo mj. to, že jedna jedenáctina celkového objemu peněžních prostředků vložených do družstevních záložen nebyla pojištěna v rámci systému pojištění vkladů. Toto ustanovení mělo směřovat ke stabilizaci sektoru družstevních záložen skrze posílení finanční zainteresovanosti členů, resp. důslednější naplňování členského principu takovým způsobem, aby byli členové družstevní záložny motivováni ke skutečnému zájmu o jejich zdravé hospodaření.¹⁰⁴

Ústavní soud měl přitom za to, že předmětná regulace jistě byla ve veřejném zájmu, neboť sektor družstevních záložen dlouhodobě vykazoval znaky systémové nestability, která ve svém důsledku vyžadovala opakovaně „masivní“ plnění z Fondu pojištění vkladů. Zároveň též neúměrně zatěžovala dohledové kapacity České národní banky (dále jen „ČNB“).¹⁰⁵ Opatření spočívající v posílení členského principu je podle ÚS nejen způsobilé dosáhnout sledovaného legitimního cíle, ale zároveň opodstatňuje další existenci „*družstevních záložen jako specifických – a proto zvláštním právním předpisem regulovaných – úvěrových (nebankovních) institucí.*“¹⁰⁶ Má totiž jednak zdůraznit odlišné fungování družstevních záložen od bank a zároveň má předcházet vzniku škod způsobených nedůsledným hospodařením družstevních záložen, které by v konečném důsledku byl povinen hradit stát.¹⁰⁷

V rámci kritéria potřebnosti ÚS odmítl tvrzení stěžovatelky, že sledovaného cíle lze dosáhnout „*i jinými – méně invazivními – prostředky*“, konkrétně posílením dohledu ČNB nad segmentem družstevních záložen.¹⁰⁸ Tuto alternativu ÚS v rámci své argumentace posoudil – poněkud nesystematicky – již v rámci kritéria legitimacy. S odkazem na výroční zprávu ČNB přitom uvedl, že dohledu nad sektorem družstevních záložen je ze strany ČNB i přes jeho relativně malý tržní podíl (tvořící méně než 1 % trhu) „*věnována významná část [jejích] dohledových kapacit.*“¹⁰⁹ Další posílení dohledu ze strany ČNB tudíž ÚS nepovažoval za reálnou alternativu k přezkoumávanému opatření. Bez významného personálního

¹⁰⁴ Nález sp. zn. Pl. ÚS 3/16, bod 79.

¹⁰⁵ Tamtéž, bod 80.

¹⁰⁶ Tamtéž, bod 84.

¹⁰⁷ Tamtéž.

¹⁰⁸ Tamtéž, bod 87.

¹⁰⁹ Tamtéž, bod 78.

posílení ČNB a tím pádem také významnému navýšení jejího rozpočtu by totiž nemohlo mít žádný citelný dopad na stabilizaci sektoru družstevních záložen.¹¹⁰ Tato alternativa tudíž nemohla stejně efektivně naplnit zákonodárcem sledovaný cíl.

Vzhledem k tomu, že navrhovatelka neuvedla žádné další alternativní prostředky, ÚS se již dále pouze odkázal na zprávu RIA, z níž plyne, že před přijetím napadené novely zákonodárce zvažoval řadu parametrických variant posílení družstevního principu, včetně jejich pozitiv a negativ.¹¹¹

Napadené pravidlo přitom podle názoru Ústavního soudu nikterak „nevybočuje z řady“ v tom smyslu, že se jednotlivé varianty liší jak v pozitivních, tak v negativních důsledcích aplikace. Současně je zřejmé, že zákonodárce měl k dispozici i variantu zavedení pravidla „jeden člen rovná se jeden hlas“, již by prizmatem majetkových práv „větších členů“ družstevních záložen bylo namísto vnímat jako řešení s potenciálně citelnějším dopadem. Šetrnější řešení, jež by současně bylo s to stejně efektivně dosáhnout sledovaného cíle – prostřednictvím posílení členského principu – tedy podle Ústavního soudu nebylo k dispozici.¹¹²

Tento příklad jsem zvolil, protože je v zásadě „symptomatický“ pro případy, v nichž bylo dosud vymezení kritéria potřebnosti vyžadující, aby alternativní prostředky byly také stejně efektivní. Případy, které byly v praxi ÚS pomocí tohoto standardu rozhodovány, jsou totiž podobného ražení. Ve všech případech se v zásadě¹¹³ jednalo o situace, v nichž alternativní opatření ani zhruba nedosahovala stejné úrovně naplnění sledovaného cíle.¹¹⁴ Výše uvedené riziko, že by toto vymezení kritéria potřebnosti jej mohlo učinit nadbytečným, resp. že by mohlo vést k jeho svévolné aplikaci, se tudíž dosud v praxi ÚS neprokázala. Jak jsem však poukázal výše, počet případů, v nichž bylo takto vymezené kritériu potřebnosti aplikováno, je dosud tak malý, že se přičítá jakémukoli zobecnění. Platnost výše uvedených námitek tak zatím nelze ani potvrdit ani vyvrátit.¹¹⁵ Z výše provedené diskuse lze však mít za to, že minimálně latentně je toto riziko přítomno již v předmětném způsobu vymezení kritéria potřebnosti.

4.2 Modifikace kritéria potřebnosti spočívající v požadavku, aby alternativní opatření bylo způsobitelné naplnit sledovaný cíl alespoň v obdobné míře

Výše jsem již uvedl, že v recentní judikatuře se objevuje též obdobné, avšak poněkud odlišné vymezení kritéria potřebnosti. Podle tohoto vymezení je třeba zkoumat, „zda

¹¹⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 3/16, bod 81.

¹¹¹ Tamtéž, bod 88.

¹¹² Tamtéž.

¹¹³ Přezkoumávané akty byly v rámci takto vymezeného kritéria potřebnosti zrušeny jen v nálezech sp. zn. III. ÚS 309/16 a sp. zn. Pl. ÚS 4/19.

¹¹⁴ Viz rozhodnutí citovaná pod pozn. č. 39.

¹¹⁵ K těmto účelům nemůže posloužit ani náález ve věci nálezu sp. zn. Pl. ÚS 4/19 (bod 35). Excesivní aplikace kritéria potřebnosti, již se ÚS v tomto případě dopustil, totiž neměla původ v jeho abstraktní formulaci, nýbrž ve „zglajchšaltování“ normativních východisek přezkumu (ÚS dovodil zásah i porušení práv, která vůbec nebyla „ve hře“). Viz odlišné stanovisko soudce Filipa a také odlišná stanoviska soudkyně Tomkové a soudce Fenyka.

*k napadenému zásahu neexistovala alternativa, která by naplňovala sledovaný cíl v podobné míře a byla vůči dotčenému ústavně zaručenému právu šetrnější.*¹¹⁶ Toto vymezení však výše uvedeným námitkám předchází, protože nebazíruje na striktním požadavku stejné efektivity při naplnění sledovaného legitimního cíle. Pojďme se tedy podívat, jak bylo toto vymezení kritéria potřeby v praxi ÚS aplikováno.

Zde lze za příklad vzít nálezn sp. zn. II. ÚS 443/16,¹¹⁷ v němž ÚS rozhodoval o ústavní stížnosti absolventa magisterského studijního oboru právo na Jagellonské univerzitě v Krakově, kterému Ministerstvo školství, mládeže a tělovýchovy (dále jen „MŠMT“) osvědčilo, že jeho vzdělání bylo rovnocenné se vzděláním získaným v České republice. Česká advokátní komora (dále jen „ČAK“) jej však odmítla zapsat do seznamu koncipientů, neboť měla za to, že jeho vzdělání svým obsahem a rozsahem neodpovídalo obecnému vzdělání, které lze získat v oboru právo na vysoké škole v České republice. Stěžovateli nevyhověly ani obecné soudy, obrátil se proto na ÚS. Ústavní soud v rámci kritéria potřeby především zkoumal, zda:

k napadenému zásahu neexistovala alternativa, která by naplňovala sledovaný cíl v podobné míře a byla vůči dotčenému ústavně zaručenému právu šetrnější. Došel k závěru, že legitimní cíl výkonu advokacie vysoce kvalifikovanými osobami, které zajistí profesionální poskytování právních služeb, by byl v podobné míře naplněn, i pokud by stěžovatel byl do seznamu koncipientů zapsán. Při hodnocení, zda stěžovatelovo právnické vzdělání, které bylo uznáno za rovnocenné s českým ze strany MŠMT, odpovídá obsahem a rozsahem obecnému vzdělání, které lze získat v oboru právo na vysoké škole v České republice, se totiž ČAK a obecné soudy zaměřily pouze na znalosti několika vybraných předmětů.¹¹⁸

Ústavní soud pak rázně odmítl přístup ČAK a obecných soudů, které v rozporu s unijním právem hodnotily pouze znalosti, avšak vůbec nepřihlédly k dovednostem a praktickým zkušenostem stěžovatele. V tomto směru ÚS zdůraznil, že „*při neustálých změnách právního řádu a nikdy nekončících novelizacích legislativy jsou to [právě] dovednosti, nikoliv znalosti platného práva, co ve výbavě praktikujícího právníka přetrvává.*“¹¹⁹ Jejich přístup byl tudíž příliš zužující, neboť vůbec nepřihlédly k obecně vysoké úrovni právnického vzdělání v Polsku a především pak na samotné Jagellonské univerzitě, která je již dlouhodobě tamní nejlépe hodnocenou právnickou fakultou.¹²⁰ Nezohlednily ani bohatou postgraduální praxi stěžovatele, který v době rozhodování již několik let pracoval na pozici právníka české advokátní kanceláře, v níž fakticky vykonával práci advokátního koncipienta. Nic přitom nenasvědčovalo tomu, že by mu bylo jeho vzdělání na překážku, ba naopak. Ústavní soud také podotkl, že u jiných absolventů Jagellonské univerzity nevznikly pochybnosti o jejich

¹¹⁶ Viz judikaturu citovanou výše pod pozn. č. 34, 36 a 38.

¹¹⁷ Nález sp. zn. II. ÚS 443/16.

¹¹⁸ Tamtéž, bod 43.

¹¹⁹ Tamtéž, bod 44.

¹²⁰ Tamtéž, body 45 a 46.

kvalifikovanosti, přičemž tito byli ČAK na seznam koncipientů zapsáni a následně též složili advokátní zkoušky.¹²¹

Stěžejním argumentem však podle ÚS bylo, že:

advokát, který zaměstnává koncipienta [...], odpovídá jako školitel za to, že právní praxe koncipienta směřuje k získání znalostí a dovedností potřebných k výkonu advokacie. Osvojení si těchto znalostí a dovedností prezentuje advokátní koncipient při advokátní zkoušce [...]. Podle § 24 odst. 1 zákona o advokacii pak advokát odpovídá [...] i za škodu, kterou klientům způsobí jeho koncipient. Je proto primárně věcí advokáta, koho zaměstná jako advokátního koncipienta, pokud tento zaměstnanec splňuje předpoklady nutné pro výkon právní praxe. Podle Ústavního soudu nebylo i z tohoto úhlu pohledu nezbytné, aby ve snaze chránit kvalifikovanost a profesionalitu poskytovaných právních služeb ČAK zakročila již v momentě zápisu stěžovatele do seznamu koncipientů. ČAK ani po případném zápisu absolventa zahraniční právnické fakulty do seznamu koncipientů neztrácí kontrolu nad kvalitou poskytovaných právních služeb, kterou realizuje při advokátních zkouškách, a také dohledem nad dalším vzděláváním koncipientů a advokátů.¹²²

Napadený zásah tudíž neobstál v rámci kritéria potřebnosti, neboť existovalo alternativní opatření umožňující dosažení sledovaného legitimního cíle „v podobné míře“ a toto bylo zároveň šetrnější z hlediska omezovaného základního práva.¹²³ Česká advokátní komora tak měla zapsat stěžovatele do seznamu koncipientů, nechat ho vykonávat právní praxi na odpovědnost jeho školitele a vytvořit mu prostor, aby si pod jeho vedením a dohledem osvojil znalosti a zkušenosti potřebné k výkonu advokacie, které by následně prokázal u advokátní zkoušky.¹²⁴

Jak plyne z aplikace kritéria potřebnosti v předmětné věci, tak ÚS zde nebazíroval na striktním požadavku stejné efektivity. Spokojil se pouze s posouzením, zda alternativní prostředek (výkon povolání pod dohledem a na odpovědnost školitele a požadavek následného složení advokátní zkoušky pro účely přijetí do advokátního stavu) je způsobilý naplnit sledovaný cíl v podobné míře jako přezkoumávané opatření (odmítnutí zápisu stěžovatele na seznam koncipientů). Je přitom zjevné, že obě opatření nejsou zcela stejně efektivní. Paušální odeprání zápisu do seznamu koncipientů bude jistě důsledněji způsobilé zajištění toho, že advokacii budou vykonávat jen osoby s dostatečnou kvalifikací zajišťující profesionální výkon advokacie, než umožnění koncipientské praxe pod dohledem a na odpovědnost školitele doplněné následným přezkoušením při advokátní zkoušce. Takovéto paušální opatření však zároveň z přístupu k tomuto povolání vyloučí i ty, kteří dostatečnou odbornost mít budou.

Z obou výše popsaných konkurenčních způsobů vymezení kritéria potřebnosti považují právě poslední uvedený způsob za příhodnější. Tento totiž explicitně vyžaduje, aby alternativní opatření bylo způsobilé naplnit sledovaný cíl alespoň v podobné míře jako přezkoumávané

¹²¹ Tamtéž, bod 47. ČAK tento bod rozporovala pouze tvrzením, že k tomuto došlo vinou nesprávného postupu jejich zaměstnanců.

¹²² Nález sp. zn. II. ÚS 443/16, bod 48.

¹²³ Tamtéž, bod 49.

¹²⁴ Tamtéž.

opatření. Toto vymezení se tak účinně vyhýbá výše uvedené námitce vůči požadavku stejné efektivity, podle níž přílišné lpění na tomto požadavku může učinit kritérium potřeby v rámci přezkumu nadbytečným, neboť nebude způsobilé vyselektovat vůbec nic a veškeré otázky budou rozhodovány v rámci kritéria poměrování. Striktní požadavek stejné efektivity je zároveň náchylný ke svévolné aplikaci. Byť jsem výše konstatoval, že tato námitka se dosud v praxi ÚS neprojevila, tak mám za to, že je v požadavku stejné efektivity alternativních opatření latentně přítomna. Je tudíž lepší se jí předem vyhnout.

Právě explicitním vymezením požadavku, že alternativní opatření musí naplnit sledovaný legitimní cíl alespoň v obdobné míře, se ÚS této „pasti“ úspěšně vyhnul. Takto modifikované kritérium potřeby umožňuje jistou míru flexibility a tím také umožňuje srovnání přezkoumávaných prostředků s dostupnými a reálnými alternativami a jejich následné posouzení stran toho, která z nich je nejvíce šetrná k omezovanému základnímu právu. Lépe tak vystihuje podstatu věci, neboť jak plyne z výše provedené diskuse, tak striktní požadavek stejné efektivity je pouze chimérou. Alternativní opatření se budou vždy (alespoň v některých aspektech) lišit a nebudou nikdy způsobilá naplnit sledovaný cíl v totožné míře. Jak jsem již uvedl, v tomto směru je hodnocení ÚS nutně hodnotové a kvalitativní. Jedná se tedy spíše o hrubý odhad než o precizní kvantitativní měření. To umožňuje kritériu potřeby naplnit svůj účel, tj. vést ÚS k tomu, aby se podrobně zabýval tím, zda k přezkoumávanému opatření existují reálné alternativy a srovnal jejich dopady do sféry chráněné omezovaným základním právem.¹²⁵

Tuto podstatu kritéria potřeby – podle mého názoru – velmi dobře vystihla soudkyně Nejvyššího soudu Kanady McLachlin, podle níž

při posuzování, zda cíle sledovaného veřejnou mocí může být dosaženo jinými, méně drastickými prostředky, se soud nemůže omezit na to, zda by alternativa naplnila sledovaný cíl v *totožném* rozsahu nebo stupni jako napadené opatření. Jinými slovy, soud nemůže přijmout nereálně náročnou či konkrétní formulaci cíle veřejné moci, která by v podstatě učinila napadený zákon imunním vůči přezkumu v rámci kritéria [potřeby]. Požadavek existence „stejně efektivního“ alternativního opatření [tak] nesmí být doveden do nepraktického extrému. Tento [naopak] zahrnuje [zkoumání existence] alternativních opatření, která za jakýchkoli okolností poskytují dostatečnou ochranu cíli sledovanému veřejnou mocí [...]. Ačkoli je tedy třeba respektovat široký prostor pro uvážení orgánů veřejné moci při formulování jejich cílů, tento respekt nemůže být slepý ani absolutní. Test v rámci kritéria

¹²⁵ BILCHITZ. *Necessity and Proportionality...*, s. 46.

[potřebnosti] spočívá v tom, zda existuje alternativní, méně drastický prostředek, který bude způsobilý dosáhnout sledovaného cíle reálným a podstatným způsobem.¹²⁶

Kritérium potřebnosti tak nemá diktovat orgánům veřejné moci jediné správné řešení a ani vést ÚS k bezbřehému sebeomezení vůči úvahám rozhodujícího orgánu veřejné moci, nýbrž vyselektovat iracionální opatření (zabránit nikoli nezbytným obětem na základních právech).¹²⁷ Orgánům veřejné moci – především pak zákonodárci – je třeba ponechat široký prostor pro úvahu o tom, jaké cíle chce následovat a jaké k tomu zvolí prostředky. V rámci kritéria potřebnosti to konkrétně znamená to, že je především na rozhodujícím orgánu, aby si zvolil míru, s níž je sledovaný legitimní cíl nezbytně naplnit a opatření k tomu způsobilá. Tato volba totiž bude velmi často předmětem politického rozhodování.¹²⁸ Tato diskrece však není bezbřehá. Úkolem soudu v rámci kritéria potřebnosti je tudíž posoudit, zda existují alternativní opatření, která jsou reálně způsobilá tento cíl naplnit alespoň v obdobné míře jako přezkoumávané opatření. Jediným omezením v tomto smyslu je, že přezkoumávané opatření musí být nejšetrnější z hlediska omezovaných práv.

Závěr

V tomto článku jsem nejprve v obecné rovině představil obsah kritéria potřebnosti a jeho roli v rámci metody proporcionality, tak jak jsou chápány právní teorií. Následně jsem přiblížil způsoby, jakými na kritérium potřebnosti nahlíží ÚS. Dospěl jsem přitom k závěru, že v judikatuře ÚS lze v zásadě vysledovat tři způsoby jeho vymezení. Prvním je tzv. tradiční vymezení kritéria potřebnosti, které připouští použití pouze nejšetrnějšího – ve vztahu k dotčeným základním právům a svobodám – z více možných prostředků. Tento způsob vymezení kritéria s sebou nese potenciální riziko porušení principu dělby moci, neboť vždy lze plausibilně uvažovat o opatřeních, která budou k omezovanému základnímu právu šetrnější. To vedlo ÚS k postupné modifikaci kritéria potřebnosti.

V recentní praxi ÚS (počínaje rokem 2015) se postupně začaly prosazovat dva nové způsoby vymezení kritéria potřebnosti nahrazující jeho tradiční vymezení. Nově tak ÚS v rámci

¹²⁶ Rozhodnutí Nejvyššího soudu Kanady ve věci *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony* 2009 SCC 37, bod 55. Proti použití této pasáže by se dalo namítat, že Nejvyšší soud Kanady aplikuje kritérium odlišným způsobem a ta je tudíž jako vzor pro ÚS nevhodná. Skutečně, kritérium potřebnosti je v praxi Nejvyššího soudu Kanady aplikováno extenzivním způsobem, a tudíž v podstatě konzumuje ostatní kritéria, především pak kritérium poměrování. Citované rozhodnutí však představuje výjimku a soudkyně McLachlin se právě výše citovanou argumentací snažila strhnout vývoj doktríny proporcionality odlišným směrem a skrze užší definici kritéria potřebnosti vytvořit větší aplikační prostor pro kritérium poměrování. K tomu podrobněji viz HARDCASTLE, L. *Proportionality Analysis by the Canadian Supreme Court*. In KREMnitzER, M. STEINER, T. LANG, A. (eds.). *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, s. 181 an.

¹²⁷ ALEXy. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 399. KUMM, Matthias. *Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review*. In KLATT, Matthias (ed). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. New York: Oxford University Press, 2012, s. 209.

¹²⁸ RIVERS, Julian. *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*. In PAVLAKOS, G. (ed). *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 66. RIVERS. *Proportionality and Variable Intensity of Review*, s. 199–200. Z české literatury pak viz ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 104.

tohoto kritéria zkoumá, zda k napadenému opatření neexistovala alternativa, která by naplňovala sledovaný cíl v podobné míře a byla vůči dotčenému ústavně zaručenému právu šetrnější, resp. zda neexistovalo šetrnější řešení, jež by současně bylo způsobilé dosáhnout sledovaného cíle stejně efektivně.

Ačkoli oba tyto způsoby vymezení považují za krok správným směrem, tak nelze přehlížet jejich nedostatky. Hovořím předně o požadavku stejné efektivity alternativních opatření pro dosažení sledovaného cíle. Tento totiž může – striktně vzato – učinit přezkum v rámci kritéria zbytečným, neboť alternativní opatření k dosažení sledovaného cíle se budou vždy v zásadě poněkud lišit. Zároveň též otevírá dveře pro jeho svévolnou aplikaci. Kritérium potřeby totiž vyžaduje jistou míru flexibility, aby mohlo dojít ke srovnání reálně dostupných alternativních opatření k naplnění téhož cíle. Soudci tak v některých případech, jak potvrdila provedená komparativní analýza tohoto standardu, mohou přísný požadavek stejné efektivity rozvolnit, budou-li chtít napadené opatření zrušit. Budou-li jej naopak chtít „podržet“, tak budou důsledně trvat na striktním požadavku stejné efektivity, čímž jej učiní „bezzubým“.

Praxe ÚS však, zdá se, našla řešení uvedeného problému, je jím právě propojení kritéria potřeby s požadavkem, aby alternativní opatření byla způsobilá naplnit sledovaný cíl alespoň v podobné míře jako přezkoumávané opatření. Toto vymezení kritéria potřeby se dle mého názoru úspěšně vyhnulo oběma námitkám vůči ostatním vymezením kritéria potřeby (přílišný aktivizmus v případě tradičního vymezení kritéria potřeby, resp. přílišná zdrženlivost, resp. možnost svévolné aplikace v případě požadavku stejné efektivity alternativních opatření). Takto modifikované kritérium potřeby (přiznané) připouští jistou míru flexibility a tím také umožňuje srovnání přezkoumávaných prostředků s dostupnými a reálnými alternativami a jejich následné posouzení stran toho, která z nich je nejvíce šetrná k omezovanému základnímu právu. Tím také umožňuje kritériu potřeby naplnit svůj účel, tj. vést ÚS k tomu, aby se podrobně zabýval tím, zda k přezkoumávanému opatření existují reálné alternativy způsobilé naplnit sledovaný cíl a srovnal jejich dopady do sféry chráněné omezovaným základním právem.

Splněním kritéria potřeby však ještě přezkum ústavnosti nekončí. Přezkoumávaný akt může být stále protiústavní. Pokud bychom totiž ukončili přezkum kritériem potřeby, tak by naše úvaha o racionalitě přezkoumávaného opatření nebyla ještě úplná. Dosud jsme se totiž zabývali pouze mírou naplnění legitimního cíle a stupni omezení základního práva, avšak neposoudili jsme relativní závažnost těchto ústavních hodnot. Tyto jsme navíc posuzovali pouze izolovaně a bez ohledu na vzájemný poměr mezi nimi.

Dieter Grimm v tomto směru uvádí hypotetický příklad¹²⁹ zákona zakládajícího pravomoc policie zastřelit pachatele majetkové trestné činnosti (např. loupeže či krádeže), pokud by toto opatření představovalo jediný způsob, jak mu zabránit, aby po spáchání trestného činu uprchl.¹³⁰ Účelem předmětného opatření je ochrana vlastnictví jakožto důležité ústavně aprobované hodnoty. Zastřelení pachatele je jistě opatřením způsobilým tohoto

¹²⁹ Grimm sice hovoří o hypotetickém příkladu, avšak jde o případ reálný. Obdobnou věc již dříve rozhodoval Nejvyšší soud ve Spojených státech. Viz *Tennessee v. Garner*, 471 US 1 (1985).

¹³⁰ GRIMM. *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, s. 396.

cíle dosáhnout. Toto opatření zároveň splňuje také kritérium potřeby, neboť předmětný zákon jej připouští pouze v případech, kdy žádné jiné opatření není k dispozici. Kdybychom však přezkum ústavnosti ukončili již v rámci kritéria potřeby a nepokračovali bychom poměřováním, tak by se právu na život nedostalo ochrany, kterou zasluhuje.¹³¹

¹³¹ Tamtéž.



Stať

Vyvažovanie – nesúmerateľnosť, racionalita a tragédia

Tomáš Lalík

Autor je absolventem Právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě, kde v současnosti působí na Katedře ústavního práva jako docent. Absolvoval několik zahraničních pobytů a stáží. Ve své vědecké činnosti se zaměřuje zejména na problematiku ústavního soudnictví a lidských práv a svobod. Je držitelem několika cen za svoji publikační činnost, z nichž nejvýznamnějších je cena Karola Planka za rok 2011. Je předsedou Slovenskej asociácie ústavného práva a v roce 2016 byl zvolený Súdnu radou za ad hoc soudce Evropského soudu pro lidská práva. Působí jako přednášející na Justiční akademii.

Tento článek byl vypracovaný s podporou projektu VEGA č. 1/0585/21 „Obmedzovanie ľudských práv v riadnych a mimoriadnych situáciách.“

Abstrakt

Příspěvek se zabývá posledním subtestem v rámci testu proporcionality – vyvažováním z hlediska otázky (ne)souměřitelnosti. Z mnohých kritiků poměřování kolidujících hodnot si vybírá teorii Francisca J. Urbiny, kterou se snaží relativizovat tzv. pragmatickým přístupem k poměřování hodnot. Tento přístup zdůrazňuje pragmatický význam hodnot, což otázku potencionální souměřitelnosti transformuje do praktického diskurzu jakožto vhodného přístupu nejen k právu, ale i k vyvažování. Příspěvek zároveň rozebírá i porovnatelnost různých hodnot, kterou zabezpečuje kontext sporu a potřeba jeho konkrétního vyřešení.

Klíčová slova: vyvažování, nesouměřitelnost, Francisco J. Urbina, racionalita, pragmatismus

Abstract

The paper analyzes the challenge of incommensurability in the balancing test within the proportionality analysis. From many critics it chooses the theory proposed by Francisco J. Urbina. His theory is scrutinized by the pragmatist approach when resolving cases between different values. The approach underscores a pragmatic meaning of values what transforms the challenge of incommensurability into practical discourse thereby making the theory suitable both for law and balancing. The paper also outlines comparability of different values that is possible thanks to the context of a dispute and the need to resolve a particular case.

Keywords: balancing, incommensurability, Francisco J. Urbina, rationality, pragmatism

Úvod

Test proporcionality je kľúčovým konceptom nielen problematiky ľudských práv ale ústavného práva vôbec. S istým zveličením sa dá povedať, že podstata ústavného práva sa koncentruje práve v tomto teste, ktorý sa stal globálnym fenoménom. Jeho obsahom je limitácia výkonu verejnej moci ako aj ochrana rôznych ústavných hodnôt. Jadrom testu proporcionality je posledný subtest, ktorý sa označuje ako primeranosť v užšom význame, resp. vyvažovanie. Ten sa používa pri negatívnych ako aj pozitívnych záväzkoch štátu v oblasti ochrany ľudských práv a slobôd.

Používanie primeranosti v myslení *in genere* je oveľa staršie ako ústavné právo alebo problematika ľudských práv.¹ Primeranosť je úzko spojená s teóriou spravodlivosti Aristotela v rámci tzv. rozdeľovacej spravodlivosti, ktorá je založená na princípe proporcionality alebo pomeru.² V rámci tejto teórie spravodlivosti ide o vymernie alebo vypočítanie každému členovi spoločnosti časti všeobecného dobra a bremena podľa toho, koľko mu patrí. Hovoríme o spravodlivom podiele pomoci, privilégií alebo bremien. Už v tomto období sa objavil problém týkajúci sa rozdeľovacej spravodlivosti, ktorý pretrval do dnešných dní a ktorý čiastočne súvisí aj s témou článku: všetci súhlasia, že spravodlivé rozdelenie má byť realizované s ohľadom na určitú hodnotu, ale nie všetci hovoria o rovnakej hodnote.³

V súčasnom ústavnoprávnom diskurze sa pod proporcionalitou *sensu stricto* zisťuje, či zásah do ľudského práva v podobe obmedzenia bol primeraný (vyvážený) cieľu, ktorý sa obmedzením sleduje. Zo samotného testu nielenže nevieme zistiť, čo primeranosť znamená, ale ani to, ako (ne)rovnováhu hodnôt, ktoré sú v procese vyvažovania, zistiť. Určovanie primeranosti a rovnováhy predpokladá operáciu odmerania intenzity obmedzenia jedného záujmu (hodnoty) na úkor iného záujmu (hodnoty).

Idúc hlbšie do teórie práva, azda najvýznamnejšie vysvetlenie tohto testu pochádza z pera R. Alexyho, ktorý zaviedol pojem tzv. pravidla pomerovania (*Law of Balancing*) jednotlivých kolidujúcich princípov. V skratke pomerovanie znamená, že čím väčší stupeň neuspokojenia jedného princípu, tým väčšia musí byť dôležitosť uspokojenia druhého princípu.⁴ Uvedené znamená, že musí existovať väčšia výhoda z porušenia ľudského práva, ktorá sleduje verejný záujem, v porovnaní so stratou pre právo, ktoré musí ustúpiť. K tomu R. Alexy využíva tri úrovne váženia – stupeň porušenia ľudského práva, stupeň dôležitosti naplnenia verejného záujmu a nakoniec či dôležitosť naplnenia jedného princípu ospravedľuje obmedzenie dru-

¹ K zrodu a formovaniu primeranosti (miery) por. HOLLÄNDER, Pavel. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah a důsledky. *Právník*, 2016, č. 3, s. 261 an.

² ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: Rezek, 1996, s. 129.

³ Aristoteles píše, že demokrati hovoria o slobode, zástancovia oligarchie o majetku, aristokrati o etike atď.; por. TKACZ, Sławomir. *Rozumienie sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2003, s. 88.

⁴ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 102.

hého princípu.⁵ Podobnú ale nie identickú koncepciu posledného kroku testu proporcionality ponúka aj A. Barak, ktorý zdôrazňuje čistý zostatok kolízie dvoch hodnôt.⁶

Obe tieto koncepcie boli a sú predmetom rôznej kritiky. V tomto príspevku predstavím konkrétny druh kritiky, a to nesúmerateľnosť (nepomerovateľnosť) konfliktujúcich hodnôt v teste primeranosti. Jednou z ostatných kritických reflexií nepomerovateľnosti hodnôt je dizertačná práca Francisca J. Urbinu *A Critique of Proportionality and Balancing*, ktorej časť venovanú tejto otázke priblížim nižšie. Jej podstatou je odmietnutie vyvažovania *inter alia* z dôvodu, že kolidujúce hodnoty a záujmy nie sú vzájomne pomerovateľné, čo robí z testu proporcionality nesprávne riešenie otázky, ako pristupovať k obmedzeniu ľudských práv, ak tie sú v konflikte buď s verejným záujmom alebo s inými právami či slobodami. Jeho teória je predmetom analýzy v prvej časti článku.

Po krátkom predstavení prístupu F. Urbinu sa v druhej časti príspevku budem snažiť jeho tvrdenia a závery relativizovať pragmatickým prístupom k nepomerateľnosti. Aj keby sa naďalej kolidujúce hodnoty pri vyvažovaní považovali za nesúmerateľné, tak ich vzájomné porovnávanie je nielen možné, ale aj racionálne. Racionalita rozhodnutia sa odvíja od odôvodnenia a od kontextu. Nesúmerateľnosť sa tak nepremieta do nemožnosti komparácie jednotlivých hodnôt vzhľadom na kontext, v ktorom sa tieto hodnoty nachádzajú. Táto časť bude optimistická.

Tretia a záverečná časť je skôr pesimistická kvôli dvom dôvodom. Prvým je, že z právnického hľadiska v teste proporcionality strácame určitú jedinečnú hodnotu, ktorej právo neposkytne ochranu – nie všetky hodnoty je možné chrániť rovnako intenzívne za každých okolností. Druhý dôvod spočíva v tom, že subjekt, ktorý považuje hodnotu, o ktorú spor prebieha, za preňho kľúčovú a spor prehrá, spravidla nezostáva presvedčený o spravodlivosti svojej prehry, pretože argumentácia rozhodnutia o preferencii jednej hodnoty pred druhou je „len“ racionálna a teda nedostatočná, resp. spochybiteľná.

1. Francisco J. Urbina a nesúmerateľnosť

Čo je to vlastne pomerovateľnosť, resp. súmerateľnosť objektov/vecí? Tejto otázke sa okrem F. Urbinu venovalo viacero analýz pred ním. Podľa A. Sena dva rôzne objekty sú pomerovateľné, ak sú merateľné v spoločných jednotkách. Naopak, nesúmerateľnosť je prítomná, keď niekoľko rozmerov hodnoty nie je vzájomne redukovateľných.⁷ Redukovateľnosťou rozumieme zaobchádzanie s jedným objektom tak, ako by bol súčasťou druhého objektu. Podľa C. Sunsteina stav nepomerovateľnosti nastáva, keď relevantné veci nemôžu byť usporiadané

⁵ Tamtiež, s. 401. R. Alexy svoju teóriu ďalej rozviedol o tzv. vážiacu formulu v článku ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 2003, roč. 16, č. 4, s. 443 an. Ku kritike tejto formuly por. ČERVÍNEK, Zdeněk. Alexyho teória proporcionality: kritická reflexe. *Právnik*, 2020, č. 12, s. 917–922.

⁶ Čím dôležitejšie je zabrániť marginálnej ujme práva a vyššej pravdepodobnosti jeho porušenia, tým dôležitejší musí byť marginálny úžitok verejného záujmu, resp. iného práva, ktorý odôvodňuje toto obmedzenie. BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 11.

⁷ SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Londýn: Penguin Books, 2010, s. 240.

podľa jednej mierky bez toho, aby sme neporušili náš vážny úsudok o najlepšej povahe týchto vecí.⁸ Otázka, či môžu byť dve veci pomerovateľné, závisí na kritériu (vlastnosti), ktoré berieme do úvahy, keď dve veci porovnávame. Pomerovateľnosť nie je vlastnosť samotných alternatív, ale ich vlastnosť, ktorá robí ich porovnateľnosť možnou vo vzťahu k určitému spoločnému kritériu (vlastnosti).⁹

Podľa F. Urbinu námietka nesúmerateľnosti sa týka každej teórie alebo metódy, ktorá navrhuje možnosť pomerovať to, čo je v skutočnosti nepomerovateľné. Metóda finguje, že sa dá vybrať medzi alternatívami, ktoré naplňajú relevantnú vlastnosť v hre viac, menej alebo rovnako, keď sú tieto vlastnosti navzájom neredukovateľné a alternatívy sú usporiadané rozdielne podľa rozdielnych vlastností.¹⁰ Podstatou a obsahom námietky voči súmerateľnosti je nemožnosť kvantifikovať dve veci s ohľadom na X, keď X nie je vlastnosť, ktorou môžu byť tieto veci pomerovateľné kvantifikatívne. X nie je vlastnosť na základe ktorej je možné dospieť k záveru, že jedna vec je viac alebo menej X ako druhá vec, a to bez ohľadu na to, či existuje možnosť odmerať X.¹¹ Dve odlišné možnosti (hodnoty) nemôžu byť prepojené vzťahom založenom na kvantifikatívnom zhodnotení. Uvedené je centrálnym argumentom kritiky F. Urbinu k nesúmerateľnosti, ktorý ďalej rozvádza, špecifikuje a vyčleňuje z neho niektoré výnimky.

V niektorých prípadoch nesúmerateľnosti však podľa F. Urbinu neexistuje žiadne kritérium podľa ktorého sa dá rozhodnúť medzi viacerými možnosťami. Urbina nazýva tieto situácie nepomerovateľné – racionálne neurčité (existuje viac možností, z ktorých je racionálne si vybrať). Nehovorí však, že by nesúmerateľnosť bola bez akejkoľvek racionality. Práve naopak, aj pri dvoch nesúmerateľných možnostiach existujú rozumné dôvody, ktoré motivujú alebo nabádajú k výberu jednej možnosti, pričom ale nejde o rozhodujúce dôvody (*conclusive reasons*) – morálne princípy, ktoré sú v hre. Čo vytvára nesúmerateľnosť je, že kritériá, ktoré sa vzťahujú na rozhodnutie (výber alternatív), vyžadujú realizáciu rôznych neredukovateľných vecí, pričom každá vec je racionálne dôležitá, ale zároveň neredukovateľná vo vzťahu k druhej veci.¹² Neexistuje rozhodujúci dôvod pre výber alternatív na základe kvantitatívneho zhodnotenia, resp. podľa toho ktorá alternatíva naplňa viac relevantných vlastností.

Okrem nepomerovateľnosti – racionálnej neurčitosti, F. Urbina rozlišuje aj situáciu, keď ide o nepomerovateľnosť, ktorá je však racionálne determinovaná. Podáva príklad kúpy jedného z dvoch domov, z ktorých je jeden pekný a druhý je veľký, pričom cieľom kúpy je najlepší dom reprezentovaný kritériami krásy a veľkosti. V kontexte príkladu existuje sľub, že budúci kupujúci sľúbil svojej starej mame jeden z týchto domov kúpiť. Hoci ani jeden dom nesplňa kritériá pre najlepší dom, ktorý v skutočnosti kupujúci chce (krása a veľkosť), sľub starej mame je tým dôvodom, ktorý rozhodne o kúpe konkrétneho domu. Tento sľub je rozhodujúci dôvod, ktorý robí výber dvoch alternatív (hoci nepomerovateľných) rozumným. Aké-

⁸ SUNSTEIN, Cass. Incommensurability and Valuation in Law. *Michigan Law Review*, 1994, roč. 92, s. 796–799.

⁹ URBINA, Francisco. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 43.

¹⁰ Tamtiež, s. 46.

¹¹ Tamtiež, s. 40–41.

¹² Tamtiež, s. 45.

koľvek zrozumiteľné výhody vyplývajúce z vyradenej alternatívy však nie sú v skutočnosti pomerovateľné s rozhodujúcimi dôvodmi v prospech prijatej alternatívy. Kupujúci vlastne ani nemal na výber.¹³

Pomerovateľnosť nepomerovateľného je podľa F. Urbinu nezmyselná (ale nie iracionálna), čo dokumentuje na príklade, či veľa šťastia je viac ako priemerný objem modrej farby. Námitka nesúmerateľnosti odmieta každú metódu, ktorá sa snaží riešiť nepomerovateľné výbery, ak na ich porovnanie používa stupne, ktoré naplňajú rôzne neredukovateľné relevantné veci (*properties*) a berie takéto porovnanie ako rozhodujúci dôvod pre výber konkrétnej alternatívy. Týmto spôsobom sa porovnaniu pripisuje význam, ktorý nemá.

Takáto metóda porovnania je podľa F. Urbinu aj neodôvodnená. Pri výbere dvoch alternatív, kde relevantné kritériá pre výber je naplnenie vlastnosti X a vlastnosti Y, pričom jedna vec naplňa X veľa a druhá Y málo, to vedie ku výberu prvej veci z titulu väčšej realizácie X, čo predstavuje rozhodujúci dôvod. Ak sú vlastnosti vzájomne neredukovateľné, možnosti sú nepomerovateľné a je preto neracionálne vyberať medzi nimi tak, ako keby boli súmerateľné. Akékoľvek porovnanie neberie vážne rozdielnosť medzi X a Y.¹⁴

Urbina demonštratívne uvádza tri situácie, kedy pomerovanie prichádza do úvahy. Ide o (i) odkaz na predchádzajúci záväzok (ktorý keď existuje, tak robí výber dvoch odlišných alternatív pomerovateľný; kúpa domu sľúbeného starej mame); (ii) umelé pomerovanie (kde porovnanie dvoch alternatív nie je založené na ich nesúmerateľnosti ale na praxi, ktorá *nesúvisí* s morálnym výberom – hry, športy, testy) a nakoniec (iii) pomerovanie v peniazoch (porovnanie rôznych vecí v jedinej mierke).¹⁵

Vo svojej teórii F. Urbina (nadväzujúc na teóriu J. Finnisa) odmieta utilitarizmus z titulu neredukovateľnosti hodnoty voči iným hodnotám. Čokoľvek je dobré na realizácii jednej hodnoty, nie je rovnaké v realizácii inej hodnoty. Odmieta predstavu, že každá hodnota naplňa akúsi najvyššiu hodnotu, voči ktorej sú všetky hodnoty inštrumentálne, resp. že všetky hodnoty sú rôzne prejavy jedinej hodnoty. Dobro je situácia naplnenia rôznych hodnôt, ktoré nie sú vzájomne redukovateľné. Výsledkom je záver, že v jeho teórii hodnoty nemôžu byť inštrumentálne. F. Urbina uvádza aj príklad rôznych liekov, ktoré majú rôzne aktívne látky vytvárajúce rôzne účinky v našom organizme, čím prispievajú ku zdraviu. Aj keď je možné uviesť, že každý liek prispieva k ľudskému zdraviu (podobne ako každá hodnota k naplneniu dobra človeka), čo však neodmieta skutočnosť, že rôzne lieky majú rôzne aktívne látky a vytvárajú rôzne účinky v organizme, čím prispievajú odlišnými spôsobmi ku zdraviu pričom lieky nie sú vzájomne nahraditeľné. Podľa neho neexistuje spoločná vlastnosť, ktorou by boli všetky lieky rovnako hodnotné, ani neexistuje jediná zložka, prítomná vo všetkých liekoch, ktorá by prispievala ku zdraviu. Podobne aj rôzne hodnoty prispievajú k ľudskému dobru rôznym spôsobom neredukovateľným na spoločnú vlastnosť.¹⁶

¹³ Tamtiež, s. 44. Okrem týchto situácií F. Urbina uvádza aj možnosť pomerovateľnosti a racionálnej neurčitosti a nakoniec eventualitu pomerovateľnosti a racionálnej určitosti, ktoré však nie sú pre článok zaujímavé.

¹⁴ Tamtiež, s. 47.

¹⁵ Tamtiež, 49–52.

¹⁶ Tamtiež, s. 52–53.

F. Urbina napáda tretiu otázku z pravidla pomerovania R. Alexyho, ktorá sa pýta, či dôležitosť naplnenia jedného princípu (verejného záujmu) ospravedlňuje obmedzenie kolidujúceho práva. Podľa F. Urbinu je problém určenie priority, ktorá hodnota má dostať prednosť, pretože alternatívy nie sú pomerovateľné.¹⁷

Zaujímavý je vzťah F. Urbinu k porovnávaní nesúmerateľných alternatív. Kritizujúc V. da Silvu F. Urbina poukazuje na to, že keď sú dve alternatívy nesúmerateľné automaticky sú aj neporovnateľné s identickým argumentom, že neexistuje vlastnosť s ohľadom na ktorú by sme mohli urobiť rozumné porovnanie rôznych alternatív podľa kvantitatívnych kritérií.¹⁸

Okrem toho časť svojich myšlienok venuje aj falošnej súmerateľnosti. V rámci nej sa v diskurze buď uvádzajú „prípady“ pomerovania hodnôt, ktoré takými v skutočnosti nie sú¹⁹, resp. existujú príklady ilustrujúce pomerovanie nesúmerateľných hodnôt, pričom nejde o taký typ, voči ktorému smeruje námietka nesúmerateľnosti.

Z hľadiska príkladov, ktoré simulujú pomerovanie nesúmerateľných hodnôt je možné uviesť nasledovné kategórie. Prvou je súmerateľnosť s odkazom na konkrétny záväzok, ktorý umožňuje súmerateľnosť nepomerovateľných hodnôt vzhľadom na konkrétny záväzok, ale pomerovanie neprebíha medzi samotnými hodnotami, ktoré zostávajú nepomerovateľné, ale deje sa tak len vo vzťahu k záväzku. Ako príklad uvádza situáciu opísanú D. Lubanom o stredoškolskom športovcovi, ktorý sa neplánuje v živote zaoberať športom na profesionálnej úrovni. Pred ním stojí možnosť tvrdsieho tréningu a minimálneho zvýšenia výkonnosti. Zároveň by mu však tréning skomplikoval cestu za vzdelaním. Podľa F. Urbinu konkrétny záväzok (dokončenie vzdelania) robí výmer medzi dvoma alternatívami racionálny.

Druhým príkladom je tzv. vylepšovanie alternatív, kde jedna z dvoch nesúmerateľných alternatív zostáva vylepšovaná až do takej miery, že je racionálne preferovať jednu alternatívu na úkor druhej. F. Urbina to ilustruje na dvoch domoch, z ktorých jeden stále rastie až dosiahne takú veľkosť, že bude racionálne ho preferovať pred druhým, ktorého krása sa nemení. Aj napriek zdaniu o pomerovaní dvoch alternatív k nemu v skutočnosti neprichádza a hodnoty zostávajú nesúmerateľné.²⁰ Tretím príkladom je tzv. *value overflow*, kde (i) jedna alternatíva realizuje jednu hodnotu, druhá alternatíva rovnakú hodnotu, ale ešte niečo k nej dodáva navyše alebo (ii) kde síce existujú rozličné alternatívy realizujúce iné hodnoty, ale jedna z nich

¹⁷ Tamtiež, s. 55–56. Zaujímavé je, že F. Urbina uznáva, že pri vyvažovaní je možné určiť tak stupeň porušenia práva ako aj dôležitosť naplnenia verejného záujmu. Tým sa odlišuje od iných kritikov vyvažovania napr. od S. Tsakyrakis, ktorý kvantifikáciu hodnôt odmieta; por. TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights ? *I.CON*, 2010, roč. 7, č. 4, s. 475.

¹⁸ URBINA. *A Critique...*, s. 61, pozn. č. 40.

¹⁹ K príkladu da Silvu, že je možné obetovať časť svojej slobody a presťahovať sa do diktatúry za ženou svojho života a tak preferovať lásku, Urbina súhlasí, ale dodáva, že tento príklad sa presne týka výberu medzi nesúmerateľnými hodnotami (sloboda a láska); čokoľvek sa získa v láske, nenahradí to stratu slobody, nakoľko tieto hodnoty sú vzájomne neredukovateľné; tamtiež, s. 65.

²⁰ Tamtiež, s. 68.

realizuje aj hodnotu druhej alternatívy.²¹ Štvrtým príkladom je následná realizácia hodnoty, kde na základe plynutia času je možné naplniť obe vzájomne nesúmerateľné alternatívy v rovnakej miere (ale v odlišnom čase).²² A posledná situácia je preferencia jednej nepomerovateľnej alternatívy pred druhou, ktorá má len triviálne výhody (prakticky nerealizuje žiadnu hodnotu). Ak sa jedná o triviálne výhody, podľa F. Urbinu nejde o nesúmerateľnosť, pretože nezostáva v skutočnosti iná možnosť, ako si vybrať jednu alternatívu.²³

2. Pragmatizmus, racionalita a kontext komparácie

V tejto časti sa budem venovať najprv otázke nesúmerateľnosti konfliktujúcich hodnôt. Táto problematika je široko rozpracovaná vo všeobecnej filozofii. Pozornosť upriamim na teóriu, ktorú navrhla E. Andersonová a ktorá sa týka pragmatického prístupu k nepomerovateľnosti. Práve táto teória môže všeobecne akceptované závery o nepomerovateľnosti hodnôt relativizovať a navyše sa javí ako vhodná nielen pre „záchranu“ vyvažovania, ale najmä pre prepojenie ľudských práv s človekom, praktický rozmer práva (riešenie konfliktov) a test proporcionality (riešenie sporov o hodnoty).

Podľa E. Andersonovej obava z nesúmerateľnosti spôsobuje dva problémy pre racionálnu voľbu. Tá sa dá urobiť vtedy, ak si vieme vybrať lepšie alebo rovnako voči jednej hodnote, ktorá je rovnaká ako alternatíva. Podľa námietky nesúmerateľnosti, ak sú hodnoty nesúmerateľné, tak výber nie je racionálny, lebo jedna hodnota nie je redukovateľná na druhú hodnotu. To však podľa E. Andersonovej nevytvára problém, ak zabezpečíme pomerovateľnosť hodnôt vždy vtedy, keď si musíme medzi nimi vybrať, resp. keď sa s nimi stretujeme ako s možnosťami. Druhý problém nesúmerateľnosti je v tom, že štruktúra hodnôt je nezávislá od požiadaviek praktického rozumu.

Rozvíjajúc teóriu I. Kanta E. Andersonová navrhuje, že obe obavy sa dajú preklenúť tzv. pragmatickou teóriou. Jej obsahom je téza, že význam tvrdenia sa vyčerpáva praktickými dôsledkami. Hodnotové sudy sú tak úzko prepojené s praktickým diskurzom a štruktúra hodnôt je konštrukciou praktického rozumu. Podľa tejto teórie objekty nie sú pomerovateľné vtedy, keď neexistuje dôvod pre ich pomerovanie v praxi.²⁴

V tejto časti sa prikláňam k tým názorom, ktoré považujú úsudky o hodnotách za konštrukcie praktického myslenia, ktoré riadia praktický diskurz. Ide o pragmatický prístup k hodnotám, ktorý presahuje tradičnú dichotómiu antikognitivismu a kognitivismu. Zmysel diskurzu o hodnotách spočíva v praxi keď uvažujeme, čo máme robiť. Veci majú pre nás hod-

²¹ Príkladom je rozdelenie času študenta počas univerzitného štúdia. Prvou možnosťou je venovať čas len učeniu v izolácii. Druhá alternatíva ráta okrem učenia aj so sociálnym životom. Práve druhá možnosť, teda aj čas strávený s priateľmi, pomáha nepriamo naplňať aj hodnotu učenia (napr. zaujímavými diskusiami o učive, dozvedením sa o zaujímavých diskusiách, prednáškach atď.); tamtiež, s. 69–70.

²² K tomu podáva príklad dvoch alternatív - dopísanie básne proti kontemplácii západu slnka. Aj keď sú obe možnosti nesúmerateľné a každá naplňa inú hodnotu, je možné ich obe naplniť – dnes dopísať báseň a zajtra rozjímať prírodný úkaz. Konanie je racionálne určené; tamtiež, s. 70–71.

²³ Tamtiež, s. 72.

²⁴ ANDERSON, Elizabeth. Practical Reason and Incommensurable Goods. In Ruth Chang. *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, s. 90–91.

notu len vtedy, ak sa nás dotýkajú významným spôsobom, čím odôvodňovanie hodnotových súdov prebieha v praktickej činnosti. Je bez významu považovať objekty za dobré, keď voči nám nemajú žiadny vzťah.²⁵ Racionalita nie je nikdy len o prostriedkoch ale vždy o cieľoch. Každý cieľ, ku ktorému smeruje naše konanie, je spojený s určitými hodnotami.

Preklápajúc diskusiu na ľudskoprávnu úroveň sa dá spomenúť skutočnosť, že vznik kultúry ich ochrany po druhej svetovej vojne je spojený s chápaním ľudských práv ako vyjadrením prirodzenoprávnych hodnôt, ktoré sú späté s ľudskou bytosťou, jej dôstojnosťou ako aj univerzalitou práv a slobôd. S týmto argumentom je spojený aj pragmatický argument, ktorého obsahom je spojená integrálna ochrana ľudských práv. Tá znamená, že ľudské práva predstavujú jeden celok bez ohľadu na akési umelé delenia ľudských práv na rôzne kategórie (typicky osobné, politické a hospodárske, sociálne či kultúrne) alebo okamih ich historického „objavenia“ (podľa jednotlivých generácií práv).

Integrálna ochrana ľudských práv je dôležitá kvôli tomu, že ľudská bytosť má svoje potreby, ktoré sú predmetom ochrany v rôznych oblastiach života s cieľom zabezpečiť všestranný rozvoj jednotlivca vo sfére fyzickej, psychickej, morálnej a duchovnej. V rovnakom čase je katalóg ľudských práv neustále otvorený a dotváraný spravidla na úrovni orgánov aplikácie práva.

Aj keď jednotlivé práva majú svoje *ratio* a istú historickú genézu, so zreteľa nemôžeme strácať človeka, ktorý je cieľom ochrany práva ako takého, resp. jeho jednotlivých hodnôt. Práva a slobody sú previazané s človekom a sú voči nemu sekundárne; práva a slobody sa podriaďujú človeku. V konečnom dôsledku posledným argumentom existujúceho právneho poriadku, ktorý chráni hodnoty ľudských práv, nie sú tieto práva ale ľudská bytosť.²⁶

Z tohto pohľadu každá právna norma vyjadrujúca to-ktoré ľudské právo má síce hodnotu, ale nie je to hodnota vnútorná (*intrinsic*), ale hodnota vonkajšia (*extrinsic*). Rozdiel medzi týmito dvoma kategóriami je taký, že kým vnútorné hodnoty sú hodnotné samé o sebe, vonkajším hodnotám dáva ich význam externý faktor. Táto rozdielnosť sa týka aj odlišných úvah o odôvodnení. Kým odôvodnenie vnútorných hodnôt končí pri nich samotných, odôvodnenie vonkajších hodnôt vyžaduje ďalšie odôvodnenie. O vonkajšiu hodnotu ide vtedy, ak tá čerpá svoj racionálny status z niečoho iného ako zo seba.²⁷ Právne normy, ktoré vyjadrujú ľudské práva, slúžia pre dobro a šťastie jednotlivca – sú teda vonkajšie hodnoty. Pre ilustráciu uvediem príklad.

Jednou z kľúčových hodnôt ľudských práv je bezpochyby sloboda prejavu. Čo je účelom alebo cieľom tejto hodnoty? Cieľom je poskytnúť jednotlivcovi právnu ochranu verbálnych (ale aj neverbálnych) komunikátov. Nie je pri tom dôležité, či urobený prejav je vhodný alebo nevhodný, pekný, vulgárny, kontroverzný, hodnotný alebo nenávistný. Jednoducho *prima*

²⁵ BAGNOLI, Carla. Values. In BONGIOVANNI, Giorgio a kol. *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*. Dordrecht: Springer, 2018, s. 158 a tam cit. literatúra.

²⁶ Por. PIECHOWIAK, Marek. *Filozofia praw człowieka*. Lublin: Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 1999, s. 78.

²⁷ ANDERSON. *Practical Reason...*, s. 96.

facie si každý prejav zasluhuje ochranu, pretože sa týka človeka, ktorý ho realizuje.²⁸ Zakotvením slobody prejavu do ústavy nechráime prejav sám o sebe, ale chránime človeka, ktorý ten prejav robí, pretože považujeme za dôležité, aby sa ľudia mohli slobodne vyjadrovať. Právom poskytovaná ochrana slobody prejavu je len prostriedkom k ochrane sféry konania a existencie človeka (vyjadrovať sa). Hodnotu a význam slobode prejavu dáva jednotliviec.²⁹

Nejde mi o akúsi obhajobu utilitarizmu a redukciu ľudských práv do jediného „superpráva“ (dobro, šťastie). Ale skôr o vyjadrenie toho, že práva a slobody môžu byť vnímané ako externé hodnoty, ak prijmem ich pragmatický rozmer a prepojenie s človekom, čo z nich robí vhodný predmet vyvažovania.

Okrem ľudských práv navzájom môže stáť v konflikte s právom či slobodu aj verejný záujem. Identicky ako pri ľudských právach aj verejný záujem je externá hodnota, ktorá potrebuje pre svoje naplnenie ďalšie zdôvodnenie. Zdôvodnenie naliehavosti a významu verejného záujmu má rovnako pragmatický význam.

Hodnoty (ako ľudské práva či verejné záujmy) sa neredukujú ani nevyprázdňujú.³⁰ V normatívnom systéme je žiadúce, aby tieto hodnoty existovali v pluralite, čo však neznamená, že musia existovať v symbióze, resp. bez konfliktu medzi sebou. Tento čiastočný záver je umocnený konštatovaním, že úlohou práva je riešiť konflikty v spoločnosti a funkciou testu proporcionality je ponúknuť riešenia v prípadoch, v ktorých figurujú hodnoty (ľudské práva a prípadné verejné záujmy). Právo aj test proporcionality majú predovšetkým praktický význam. Dôležitý je výsledok – rozhodnutie prebiehajúceho konfliktu medzi nesúmerateľnými hodnotami. Práve naliehavosť vyriešenia konfliktu vytvára potrebu si vybrať jednu z dvoch ponúkajúcich sa možností, čím prichádza k porovnávaniu a analýze konfliktujúcich hodnôt. Ako uvidíme nižšie tento výber je racionálny, čo sa budem snažiť aj preukázať.

K záveru o nepomerovateľnosti hodnôt F. Urbina pridáva aj príklad o liekoch. Argumentom o nesúmerateľnosti v skratke je, že každý liek má iné účinné látky pre zdravie organizmu; lieky nemajú spoločné zložky prítomné vo všetkých liekoch, ktorými by prispievali ku zdraviu.

Uvádzaný príklad však podľa môjho názoru nie je úplne najsprávnejší. Častokrát sa lieky berú v rôznych kombináciách, keď podanie jedného lieku vylučuje podanie iného. Lekári, podobne ako sudcovia pri vyvažovaní, pri predpisovaní liekov musia zisťovať výhody, ktoré z lieku (liečby) pre pacienta plynú, skúmať prípadné nevýhody lieku a porovnávať tieto benefity so záťažou či negatívnymi dôsledkami pre iné časti alebo funkcie tela. Musia postupovať pragmaticky, aby zdravotný problém vyriešili. Niekedy je tento výber stupňa uspokojenia

²⁸ To však neznamená, že každému prejavu bude poskytnutá rovnaká miera ochrany. Pri svojom konštatovaní vychádzam z normatívneho stavu (napr. čl. 26 Ústavy SR), ktorý vyjadruje, čo má byť a rozsah slobody prejavu nijako nelimituje.

²⁹ Pri príklade so slobodou prejavu je možné spomenúť, že táto hodnota v sebe obsahuje niekoľko hodnôt (napr. autonómia jednotlivca, prostriedok hľadania pravdy atď.). Inými slovami, žiadne ľudské právo nie je jedinou hodnotou ale akýmsi „zhlukom“ partikulárnych hodnôt. Rôzna intenzita ochrany partikulárnych hodnôt v rámci slobody prejavu (napr. intenzívnejšia politického prejavu ako komerčného prejavu) naráža práve na nesúmerateľnosť.

³⁰ K tomu por. HOLLÄNDER, Pavel. Asymetrie základných práv a slobod a základných povinností. In Ivo POSPÍŠIL – Eliška WAGNEROVÁ (eds.): *Vladimír Klokocha. Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009, s. 53.

jenia a porušenia rôznych hodnôt jednoduchý: pri liečbe rakoviny chemoterapiou je otázka (straty) plodnosti jednotlivca sekundárna, pretože intenzita a závažnosť choroby prevažujú nad stratou plodnosti pacienta. V iných prípadoch je používanie liekov omnoho komplikovanejšie. Takým je aj očkovanie vakcínou proti vírusu COVID-19 od výrobcu AstraZeneca, kde podľa niektorých vyjadrení riziko tvorenia krvných zrazenín (a následných závažných zdravotných komplikácií napr. trombózy) je primerané benefitom, ktoré z očkovania proti vírusu plynú.³¹ Takže aj keď lieky bezpochyby majú rozličné aktívne látky, ktoré prispievajú k zdraviu jednotlivca rôznym spôsobom (podobne ako ľudské práva), ani tak nie je možné pri ich podávaní postupovať bez istého vyvažovania, aby sa stav pacienta zlepšil a naopak nezhoršil. Okrem diskrecie lekára aj lieky majú okrem pozitívnych aj negatívne účinky, ktoré treba zvažovať vzhľadom na konkrétny zdravotný stav pacienta.³²

F. Urbina pri konštatovaní, že hodnoty nemajú inštrumentálnu hodnotu, zostáva len v teoretickej oblasti. Avšak ako ukazuje prax (nielen pri liekoch a liečbe) pri ľudských právach, je nevyhnutné ich vzájomné porovnávanie (vrátane verejného záujmu) vzhľadom na kontext prípadu. Záverom je možné konštatovať, že otázka nesúmerateľnosti hodnôt pri vyvažovaní môže byť zodpovedaná aj kladne vzhľadom na praktický rozmer riešenia konfliktov medzi jednotlivými hodnotami a pragmatický prístup k ľudským právam a verejným záujmom. Test proporcionality ako konštrukcia predstavuje prostriedok riešenia sporov v spoločnosti, čím má najmä praktický rozmer.

Teraz sa pristavíme pri argumente F. Urbinu o tzv. nepomerovateľnosti, ktorá je charakterizovaná tzv. racionálnou neurčitostou. Ide o prípady konfliktných hodnôt, kde neexistujú žiadne racionálne kritériá, ako by sa mal vzniknutý konflikt vyriešiť. F. Urbina privoláva príklad dvoch domov, z ktorých kupujúci chce kúpiť ten najlepší, pričom rozhodnými kategóriami tejto vlastnosti sú krása a veľkosť. Jeden dom je však veľký, kým druhý je pekný. Podľa neho neexistuje racionálny argument, pre ktorý by bolo dobré jeden dom uprednostniť pred druhým. Situáciu považuje za nesúmerateľnú a zároveň racionálne neurčitú.³³

V tejto súvislosti je možné uviesť, že najvyššie súdne inštalácie sa v sporoch o ľudské práva (kde konfliktnou hodnotou môže byť aj verejný záujem) snažia v poslednom kroku vyvažovania uplatniť doplnujúce kritériá, ktoré majú pomôcť tento krok urobiť racionálnym. Akosi predpokladajú, že len formulácia pravidla vyvažovania nie je samá o sebe dostatočná.³⁴ Sudcovia chcú takýto výber urobiť aj s odkazom na iné kritériá, okrem tých, ktoré sú v strede záujmu posledného subtestu vyvažovania – veľkosť obmedzenia jedného záujmu musí byť primeraná veľkosti naplnenia druhého kolidujúceho záujmu.

Príkladom uvedeného môže byť judikatúra ESLP pri konflikte medzi slobodou prejavu a právom na súkromie. Od rozsudku Veľkej komory vo veci *Axel Springer AG c. SRN*,³⁵ ESLP

³¹ Napr. <https://www.ema.europa.eu/en/news/astrazenecas-covid-19-vaccine-benefits-risks-context> (2021-06-04).

³² Navyše spoločnou vlastnosťou liekov, ktorá umožňuje ich porovnanie a tým aj redukciu aj napriek rozdielnosti, je ochrana života a zdravia (za túto poznámku ďakujem anonymnému recenzentovi).

³³ URBINA. *A Critique...*, s. 41.

³⁴ Por. aj ČERVÍNEK. *Alexyho teoria...*, s. 909.

³⁵ Rozsudok Veľkej komory ESLP zo 7. februára 2012, sťažnosť č. 39954/08.

ustanovil sériu kritérií, ktoré majú „misky váh“ prevrátiť na jednu alebo druhú stranu pri vyvažovaní medzi slobodou prejavu a ochranou súkromia. Týmto doplňujúcimi kritériami sú: príspevok do verejnej debaty; verejná známosť osoby a čoho sa publikácia týka; predchádzajúce správanie sa dotknutej osoby; metóda získania informácia a jej pravdivosť; obsah, forma a dôsledky publikácie a nakoniec závažnosť sankcií.³⁶

Aj keď tieto kritériá favorizujú do istej miery slobodu prejavu, práve uvedené kritériá predstavujú rozhodujúce dôvody, pre ktoré nakoniec preváži jedna hodnota nad druhou. Na základe nich sa sudcom robí ľahšie rozhodnutie v prospech konkrétnej hodnoty, ktorá dostane prednosť. Osobitne pre ESLP je vo väčšine prípadov kľúčovým kritériom, či za realizáciu slobody prejavu bol uložený trest podľa noriem trestného práva. Dá sa povedať, že uloženie trestnej sankcie je vo väčšine prípadov zahrňajúcich slobodu prejavu tzv. *conclusive reason* pre záver o porušení tejto hodnoty.³⁷

Odhladnuc od iných kritérií, ktoré môžu pomôcť urobiť nesúmerateľnosť racionálne určiteľnou, môže byť nápomocné aj to, či obmedzenie práva zasahuje do samotnej podstaty (jadra) toho-ktorého práva. Orgán rozhodujúci o narušení musí najprv určiť, čo do jadra konkrétneho práva patrí, čo nemusí byť jednoduché.³⁸

Práve toto môžu byť rozhodujúce dôvody, o ktorých pojednáva F. Urbina, a ktoré robia nesúmerateľnosť racionálne určitou. V konečnom dôsledku tak otázka nepomerovateľnosti v podobe racionálnej neurčitosti, nemusí nastať nielen v spoločenskom živote ale ani v právnom prostredí.

Príkladom rozhodujúceho dôvodu, ktorý výber medzi hodnotami robí racionálnym, môže byť rozhodnutie dieťaťa sa venovať určitému druhu športu. Jednotlivé druhy športov nie sú medzi sebou pomerovateľné, pretože každý druh športu je relatívne odlišný od iných druhov (podobne ako ľudské práva) a spoločné majú to, že sú považované (ne)oficiálne ako druh športu (napr. džudo a vodné pólo). Ak si však moje dieťa vyberie určitý druh športu (napr. plávanie), tak môže ísť o konkluzívny dôvod pre mňa ako rodiča preferovať tento druh športu na úkor iných.

Závisí len na samotnom prístupe súdu, či iného orgánu aplikácie práva, ktorý môže uplatniť konkluzívny dôvod či dôvody pre záver o racionálnom výbere jednej alternatívy pred druhou. Dokonca si môžeme trúfnuť aj na silnejší argument, že v zásade každá *prima facie* nesúmerateľnosť racionálne neurčitá, sa môže premeniť na nesúmerateľnosť racionálne určitú. Hranica medzi týmito kategóriami je tak plynulá, pričom riešenie tejto (teoretickej) dilemy sa opätovne (ako celá otázka nesúmerateľnosti) uskutočňuje v praktickom diskurze a nie v teoretickom cvičení.

³⁶ Podobné kritériá vo vzťahu k slobode prejavu možno nájsť aj v judikatúre slovenského ústavného súdu od nálezu sp. zn. II. ÚS 152/08.

³⁷ V zásade len nenávisťný prejav alebo výzvy k násiliu môžu odôvodniť použitie sankcií trestného práva za urobený prejav; rozsudok Veľkej komory ESLP zo 17. decembra 2004, *Cumpănă a Mazăre v. Rumunsko*, sťažnosť č. 33348/96, bod 115.

³⁸ K niektorým problémom uchopenia rôznych prístupov k jadrú práva por. ŚLEDZINSKA-SIMON, Anna. *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*. Wrocław: Uniwersytet Wrocławski, 2019, s. 53–62.

Použitie konkluzívnych dôvodov sa však priamo netýka pomerovania hodnôt, ale kontextu prípadu, intenzity zásahu do práva, či naplnenia iného záujmu (hodnoty). Ich zistenie v konkrétnom prípade sa nakoniec premietne v rozhodnutí sporu, ktorý prebieha medzi hodnotami. Nie je nutné vážiť ujmu a prínos vzájomne kolidujúcich hodnôt, ale môžeme hodnotiť výhody a nevýhody, ktoré plynú z právnej úpravy alebo rozhodnutia pre jednotlivé hodnoty, ktoré sú v hre. Teda postupovať kvalitatívne. Ako dodáva F. Schauer, čím viac informácií sa nachádza v rozhodnutí, tým viac naplníme rozhodovací proces ktorého výsledkom je prijatie rozhodnutia *all-things-considered*.³⁹

Teraz sa pristavím pri dôsledkoch nepomerovateľnosti hodnôt v praktickom diskurze. Nesúmerateľnosť a nemožnosť porovnávať ľudské práva navzájom predstavuje problém pre legitimitu celého systému, ktorý si bez efektívnej ochrany ľudských práv nevieme predstaviť. V určitej fáze právneho vývoja je totiž nevyhnutné prijať rozhodnutie o pomere tých-ktorých ľudských práv ako hodnôt na dvoch základných úrovniach. Dôvodom je praktické uplatnenie jednotlivých práv v konflikte s inými právami či verejným záujmom. Ide o proces spresňovania pomeru hodnôt v jednotlivých situáciách. Už len z tohto základného predpokladu nevyhnutne vyplýva potreba istého porovnávania medzi právami (hodnotami) aj napriek relatívnemu tvrdeniu o ich nepomerovateľnosti.

Prvú úroveň predstavuje celá spoločnosť, kde túto úlohu pomerovania a porovnávania jednotlivých hodnôt uskutočňuje najčastejšie zákonodarca,⁴⁰ pretože ústavodarca (pôvodný alebo delegovaný) tak zo známych dôvodov nerobí.⁴¹ Typickým prípadom je formulácia trestných činov. Druhá úroveň je individuálna a tá sa týka konkrétnej situácie jednotlivca a spočíva na orgánoch aplikácie práva, aby rozhodli, ktorá hodnota dostane prednosť pri porovnávaní hodnôt. Predmetná úroveň je dôležitá, pretože sa týka perspektívy konkrétneho prípadu a konkrétneho jednotlivca.

Obe úrovne sú vzájomne prepojené a ovplyvňujú sa. Rozhodnutie na individuálnej úrovni má vplyv na všeobecnú úroveň a *vice versa*. Takýmto spôsobom sa zabezpečuje legitimita celého systému, preto ak by sme jednu úroveň z akýchkoľvek dôvodov vylúčili z určovania pomeru jednotlivých hodnôt (napr. z dôvodu nesúmerateľnosti či nepomerovateľnosti hodnôt, resp. ich absolútosti), tak by systém stratil podstatný prvok legitimacy.

³⁹ SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, roč. 4, č. 1, s. 39.

⁴⁰ Čo je zaujímavé, pomer niektorých hodnôt nie je možné určiť na abstraktnej všeobecnej úrovni. Takým prípadom je konflikt medzi právom na súkromie a slobodou prejavu. Netvrdím, že pomer hodnoty slobody prejavu ku kolidujúcim záujmom by sa na tejto úrovni nedal určiť nikdy, pretože v určitých okolnostiach aj zákonodarca tak robí. Príkladom nech sú napr. nenávistné trestné činy podľa § 422 či § 422d trestného zákona. Takýto pomer je skôr čiastkový a nie komplexný. Na druhej strane musím priznať, že aj kritériá vyvažovania medzi prejavom a súkromím sa netýkajú všetkých aspektov konfliktu slobody prejavu alebo práva na súkromie s inými hodnotami, ale sú len čiastkové, čo je možno spôsobené frekvenciou prípadov stretu týchto hodnôt.

⁴¹ Ako si všimá M. Rosenfeld ústava chráni mnohé koncepty (ústavné hodnoty), ale neobsahuje konkrétne koncepcie jednotlivých konceptov; ROSENFELD, Michel. Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. *Revue internationale de philosophie*, 2005, č. 3, s. 382–383 (kritizujúc tézu R. Dworkina o jedinej správnej odpovedi v ťažkých prípadoch).

Väčšina kritikov proporcionality a vyvažovania pléduje za deferenčnú úlohu súdov pri prejednávaní ľudskoprávných sporov.⁴² Do tohto zástupu sa svojou publikáciou zaradil aj F. Urbina, ktorý navrhuje model kategorizácie ľudských práv a konkrétnej špecifikácie najmä zo strany orgánov tvorby práva. Úloha súdov a sudcov by mala byť obmedzená len vydávanie rozhodnutí o tom, čo je spravodlivé na základe práva.⁴³ Právo by netvorili tým, že by určovali pomer jednotlivých kolidujúcich hodnôt, ale len konštatovali splnenie predpokladov, ktoré vo väčšine prípadov určil niekto iný (zákonodarca).⁴⁴

Paradoxne práve riešenie navrhované F. Urbinom, že primárne normotvorca by mal urobiť vyvažovanie špecifikáciou a kategorizáciou práv a slobôd voči iným hodnotám či medzi sebou navzájom, je najviac náchylné na námietku nesúmeriteľnosti. Dôvodom je, že takéto implicitné vyvažovanie naozaj prebieha medzi nesúmerateľnými hodnotami bez kontextu a navyše abstraktne (vo všeobecnej rovine). Nakoľko nepoznáme kontext, v ktorom jedna hodnota bude v kolízii s inou hodnotou, tieto hodnoty nemôžu mať akúsi dopredu predefinovateľnú váhu v nepodmienenej forme.⁴⁵ Tento prístup by neumožňoval flexibilitu riešenia konfliktov, ale len mechanickú subsumpciu, čo by nebolo správne ani realistické, pretože nie je možné dopredu odhadnúť všetky situácie, v ktorých by hodnoty boli medzi sebou v konflikte.

Navrhovaný model navyše znižuje úlohu a spoluzodpovednosť sudcov za ochranu ľudských práv. Tým prichádza aj k oslabovaniu individuálneho pilieru legitimacy, kde sám jednotlivec má možnosť spochybniť verejnomocenský akt, ktorý mu je určený, pričom arbitrom nie je politická moc ale nezávislý sudca. Výhodou vyvažovania a celkovo testu proporcionality v tomto kontexte je, že záujmy jednotlivca a záujmy iného jednotlivca (kolektívu) sa budú prejednávať otvorene, transparentne, racionálne a za účasti subjektov, ktorých sa spor týka.

V nasledujúcich riadkoch sa skúsím zamerať na kontext pomerovania dvoch hodnôt, ktoré sú v konflikte. Pomôžem si parafrázou sprofanovaného výroku bývalého sudcu Najvyššieho súdu USA A. Scaliu z konkurujúceho stanoviska vo veci *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enter., Inc.*, kde napísal, že vyvažovanie v rámci *commerce clause* je ako rozhodnúť, či je určitá čiara dlhšia ako iná skala ťažšia.⁴⁶ K takejto kritike sa uchyľuje aj F. Urbina na viacerých miestach svojej knihy, kde podáva podobné príklady.

Podľa M. Borowského sú však takéto príklady nesprávne, pretože skutočne neexistuje možnosť nájsť spoločný menovateľ pre váhu skaly a dĺžku čiary ani na ordinálnej (poradovej) ani na kardinálnej (intervalovej) škále. Ľudské práva a verejné záujmy sú podobné skôr jablkám

⁴² Por. napr. WEBBER, Grégoire. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁴³ URBINA. *A Critique...*, s. 215 an.

⁴⁴ Tamtiež, s. 230.

⁴⁵ SEN. *The Idea...*, s. 241–242.

⁴⁶ *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enter., Inc.*, 486 U.S. 893 (1988). Tento výrok, ako si všíma F. Schauer, zmiešava dve kritiky, ktoré sú odlišné – subjektivitu hodnotenia a nesúmerateľnosť; por. SCHAUER. *Balancing...*, s. 35, pozn. pod čiarou č. 4.

a hruškám a nie čiaram a kameňom, pretože obe patria do podobnej kategórie.⁴⁷ Sloboda prejavu a právo na súkromie patria do spoločnej kategórie ľudských práv podobne ako hrušky a jablká sú ovocím. Rovnako aj príklady pomerovania šťastia a modrej farby, jedného dračka a 33 rokov, či otázky, či je lepšie mať troch priateľov ako vedieť oceniť hudbu len v malom rozsahu, ktoré vo svojom diele uvádza F. Urbina, nie sú podobné s príkladmi práv a slobôd či konfliktujúcich hodnôt. Skôr ide o nezmyselné pokusy porovnávania niečoho, čo nepatrí do podobnej kategórie a nemôže mať spoločný kontext, ktorý by porovnanie umožňoval.⁴⁸

Uvediem príklad. V posledných rokoch som častým návštevníkom detských ihrísk. Na niektorých sú klasické pákové hojdačky. Často sa stáva, že moje deti ma volajú, aby som sa išiel s nimi hojdať. Vždy im odpoviem rovnako „nie“ s argumentom, že dospelou váhou by som mohol hojdačku pokaziť. Ako ústavný právnik v duchu pri tom postupujem vyvažovaním dvoch hodnôt, ktoré sú v hre a ktoré stoja proti sebe – radosť môjho dieťaťa v prípade spoločného hojdania sa na jednej strane a princíp, že na detskom ihrisku sa majú hrať deti.⁴⁹ Potencionálne hojdanie sa by mohlo následne priniesť sklamanie ostatných detí, ak by som hojdačku svojou váhou skutočne pokazil a oni by sa nemohli hojdať. Na jednej strane prípadnú radosť mojich detí pri spoločnom hojdaní označujem za nízku, ale určite nie triviálnu. Túto hodnotu pomerujem so značným smútkom všetkých ostatných detí, ktoré by sa chceli hojdať na hojdačke, ktorá sa pokazila, pretože princíp „detské ihrisko patrí deťom“ zostal porušený. Smútok by bol znásobený časom, do ktorého by mestská časť hojdačku opravila. Hodnoty radosti (šťastia) mojich detí nie sú súmerateľné s princípom „na detskom ihrisku sa dospelí nehrajú“ vrátane smútku iných detí nehojdať sa vôbec. Avšak v kontexte prípadu sa dajú porovnať a tým aj pomerovať na konkrétnu vlastnosť, ktorou je hojdanie sa na nízkej úrovni abstrakcie, detská hra na vyššej úrovni abstrakcie a záujem dieťaťa na tej najvyššej úrovni abstrakcie. V konečnom dôsledku tak porovnávanie medzi hojdaním sa s deťmi a pokazením hojdačky je možné vzhľadom na kontext, v ktorom prebieha.⁵⁰ Mám za to, že podobné porovnávanie a následne aj pomerovanie jedného záujmu na úkor iného záujmu môže fungovať aj vo vzťahu k ľudským právam.

Vyvažovanie hodnôt navzájom a teraz je irelevantné, či sa dá porušenie alebo naplnenie jednej hodnoty uviesť na kardinálnej alebo len na ordinálnej stupnici, sa realizuje v konkrétnych okolnostiach prípadu a nie na abstraktnej úrovni.⁵¹ A spor je nutné vyriešiť. Ako príklad môžem uviesť legislatívny zákaz návštev blízkych osôb v kolúznej väzbe pri obvinení z organizovaného zločinu. Na prvý pohľad sa dá konštatovať, že na jednej strane ide o závažný zásah do práva na súkromie a len nízke naplnenie verejného záujmu v boji proti organizovanému zločinu na druhej strane. Na abstraktnej úrovni ide o nesúmerateľné hodnoty, ktoré

⁴⁷ BOROWSKI, Martin. On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen. *German Law Journal*, 2013, roč. 14, s. 1410.

⁴⁸ K tomu aj SOBEK, Tomáš. Srovnávat nesrovnatelné. *Filosofie dnes*, 2017, roč. 9, č. 1, s. 20.

⁴⁹ Toto druhé môže byť formulované aj ako pravidlo, ale pre účely príkladu sa pridržam toho, že ide o princíp.

⁵⁰ Ako uvádza C. Sunstein hospodársky rast nie je pomerovateľný so znížením rasovej diskriminácie, ale je neracionálne odmietnuť zákaz rasovej diskriminácie vtedy, ak by to prinieslo hospodársky prepad alebo stagnáciu; SUNSTEIN. *Incommensurability...*, s. 811.

⁵¹ K tomu aj DA SILVA, Vergilio. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, roč. 31, č. 2, s. 286.

sú však z titulu konkrétnej právnej úpravy vo vzájomnom vzťahu. Prijatie právnej úpravy na jednej strane má umožniť efektívnejší boj proti organizovanému zločinu. Na druhej strane však zasahuje do súkromia či rodinného života obvinených osôb. Teda právna úprava založila kontextuálny vzťah medzi dvoma hodnotami alebo príčinou (boj proti organizovanému zločinu) a následkom (obmedzenie práva). Vyvažovanie porovnávaním stupňa naplnenia jednej hodnoty na úkor druhej hodnoty sa odohráva v kontexte veci berúc do úvahy snahu spor rozhodnúť. Rozhodnutie je tak pragmatické a preferenciu jednej hodnoty na úkor druhej je možné racionálne odôvodniť.

Ak by sme porovnávali zásah či naplnenie hodnôt len individuálne (uzavrete) bez kontextu, spor by sa vyriešiť nedal. Racionalita spočíva práve v kontexte – vo vzťahu medzi dvoma alternatívami, ktoré síce sledujú odlišné hodnoty, ale táto och odlišnosť ich nerobí nespôsobilými pre racionálne porovnanie.⁵²

Vzhľadom na kontext konkrétneho prípadu je možné racionálne rozhodnúť v prospech práva na súkromie. Nie je pri tom nutné dávať obe hodnoty do matematického vzorca. Na výsledok stačí zistenie, že jedna hodnota je naplnená viac ako druhá v kontexte prípadu. Racionálna voľba je funkciou kontextu, ktorý môže voľbu uľahčovať (alebo sťažovať) podobne ako existencia *conclusive reasons*.⁵³ Podľa C. Sunsteina výber medzi nepomerovateľnými hodnotami je aktom interpretácie, ktorá zahŕňa v sebe aj akt konštrukcie.⁵⁴

Racionálny úsudok je možné chápať aj vo filozofii ako miesto zhodnotenia normatívnych vzťahov medzi hodnotami. Táto stratégia opúšťa pohľad na súmerateľnosť a nesúmerateľnosť ako hypotézy povahy hodnôt, ale chápe ich ako konštitutívne akty hodnotenia. Následne nesúmerateľnosť nie je vlastnosťou hodnoty, ktorá bráni odôvodneniu, ale výsledok posúdenia komparatívneho určenia, ktoré vyjadruje a organizuje racionálnu voľbu. Súmerateľnosť je výsledkom úspešnej deliberácie. Nesúmerateľnosť je následne praktický problém, ktorý sa dá vyriešiť deliberáciou a nie ontologická vlastnosť hodnoty.⁵⁵

Je nepochybné, že významnú úlohu na hodnotenie či vyvažovanie má aj právo vo svojej normatívnej funkcii. Vytvorené právo môže nastavovať prístup, akým majú byť jednotlivé hodnoty posudzované. Normotvorca môže reagovať zeexplicitnením testu proporcionality a osobitne vyvažovania do právnej úpravy a tak tvarovať sociálnu realitu.⁵⁶ Príkladom

⁵² Por. aj keď v inom kontexte CHAPMAN, Bruce. Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument. *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, roč. 146, č. 5, s. 1506. Podobne argumentuje aj ONDŘEJJEK, Pavel. Poměrování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky. *Právnický*, 2016, č. 4, s. 362–363.

⁵³ Podobne argumentuje aj A. Sen, ktorý tvrdí, že prítomnosť *prima facie* nepomerovateľnosti len indikuje, že výber z dvoch (alebo viacerých) možností nebude triviálny (redukovateľný na tvrdenie, že niečoho je viac a druhého málo), ale to neznamena, že nebude možný; SEN. *The Idea...*, s. 241.

⁵⁴ SUNSTEIN. Incommensurability..., s. 857.

⁵⁵ BAGNOLI, Carla. Values. In BONGIOVANNI, Giorgio a kol. *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*. Dordrecht: Springer, 2018, s. 160–161.

⁵⁶ Napr. uvedené relativizuje F. Urbina, ktorý vychádza z toho, že test proporcionality a váženie nie sú inštitútmi založenými právnym textom; URBINA. *A Critique...* s. 73.

zhmotnenia môže byť napr. čl. 52 ods. 1 Charty základných práv EÚ.⁵⁷ Právo tak môže vytvárať vyvažovanie, ktoré sa potom stáva súčasťou spoločenského života.

F. Urbina ponecháva bokom námietku nesúmerateľnosti voči zákonodarcovi. Podľa neho súdna kontrola ústavnosti musí spĺňať vyššie nároky ako činnosť zákonodarcu, ktorý môže prijať mocenské rozhodnutie aj vtedy, ak je racionálne neurčené. Úloha súdov je však ambicióznejšia ako len rozhodnúť vec, ktorá je racionálne neurčitá. Podľa Urbina súdna kontrola ústavnosti posudzuje rozhodnutie zákonodarcu, či to nie je chybné. Súdny musia z tohto dôvodu spĺňať vyššie štandardy ako zákonodarca.⁵⁸

Nie je v tomto článku priestor na formulovanie vhodného nastavenia súdnej kontroly ústavnosti vrátane intenzity prieskumu. Vo vzťahu k zákonodarcovi je však dôležité poznamenať, že test proporcionality zo strany súdov sa nepoužíva len pri prieskume legislatívnej činnosti. Ak v právnom systéme existuje inštitúcia špecializovaného ústavného súdnictva, tak proporcionality či vyvažovanie sa budú aplikovať voči zákonodarcovi len v minimálnom počte prípadov. Vo väčšine prípadov sa test proporcionality používa v situáciách aplikácie práva, ktoré realizujú všeobecné súdy, správne orgány či iné orgány verejnej moci, pretože predstavuje vhodný model pre riešenie sporov, kde vystupujú ľudské práva.

Ako ďalší argument za pomerovanie hodnôt je možné uviesť súdnu prax. Z empirických výskumov vyplýva, že mnohé súdy nepoužívajú váženie podľa teórie R. Alexyho príliš často, ale skôr zdržanlivo a ojedinele. N. Petersen zistil, že nemecký Spolkový ústavný súd pri konštatovaní neústavnosti zákona používa váženie *à la* R. Alexy len v 15% prípadov, prakticky výlučne len pri trestnom práve, pričom 85% prípadov rozhodne podľa iných kritérií.⁵⁹ Iní vedci si všimli, že nedostatok primeranosti skonštatuje tento súd len vtedy, ak je to evidentné. Spolkový ústavný súd neskúma, či právna úprava je primeraná, ale či nie je *hrubo* neprimeraná.⁶⁰ Teda prinajmenšom Spolkový ústavný súd používa primeranosť deferenčne voči zákonodarcovi.

Aj keď to už celkom s témou článku bezprostredne nesúvisí, na dokreslenie je možné uviesť, že odporcovia vyvažovania v skutočnosti plédujú za menšiu mieru diskrecie pre súdy pri rozhodovaní. Vyvažovanie a celkovo test proporcionality, ktoré umožňujú širokú mieru voľnej úvahy pre súdy, nie sú pre odporcov proporcionality vhodnými konceptami riešenia sporov v spoločnosti. Už etapa analýzy dôležitosti cieľov je totiž úlohou zákonodarcu *par excellence*. Len zákonodarca by mal rozhodovať o cieľoch, ku ktorým právo smeruje alebo ktoré právo pomáha naplňovať. Po druhé, proporcionality medzi cieľmi a prostriedkami je otázkou zložitého hodnotenia v rámci empirických procesov (príčina-následok),

⁵⁷ „Akékoľvek obmedzenie výkonu práv a slobôd uznaných v tejto charte musí byť ustanovené zákonom a rešpektovať podstatu týchto práv a slobôd. Za predpokladu dodržiavania zásady proporcionality možno tieto práva a slobody obmedziť len vtedy, ak je to nevyhnutné a skutočne to zodpovedá cieľom všeobecného záujmu, ktoré sú uznané Úniou, alebo ak je to potrebné na ochranu práv a slobôd iných.“

⁵⁸ URBINA. *A Critique...*, s. 73.

⁵⁹ PETERSEN, Nils. Alexy and the “German” Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test. *German Law Journal*, 2020, roč. 21, s. 172.

⁶⁰ Por. STĘPKOWSKI, Aleksander. *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej*. Varšava: Liber, 2010, s. 200 a tam cit. nemecká doktrína.

čiže kategóriou hodnotenia, o ktorej sudcovia nemajú kompetenciu rozhodovať. Po tretie, test proporcionality vyjadruje myšlienku dôležitosti vzájomne súperiacich spoločenských záujmov, hodnôt a preferencií. Práve zákonodarcu, ktorý má demokratickú legitimitu, je podľa kritikov oprávnený k výkonu vyvažovania týchto priorit a zároveň realizuje optimálne kompromisy medzi súperiacimi preferenciami, záujmami a hodnotami, ktoré nie je možné maximálne realizovať.⁶¹

Asi najvýstižnejšie uvedené postrehol N. Petersen, ktorý si všimol, že diskusia ohľadom vyvažovania a proporcionality je najmä o rôznych koncepciách úlohy súdov v demokratickej spoločnosti. Vyvažovanie dáva sudcovi politickú moc, pretože hodnotí súťažiacie právne hodnoty. Čím sú slabšie obmedzenia konkrétnej metódy, tým viac sú rozhodnutia súdov kvalifikované ako politické akty.⁶²

3. Tragédia

A teraz pesimistickejšia časť príspevku, ktorá tvorí aj záver pojednania o primeranosti a vyvažovaní. Test proporcionality je novodobá a globálna forma riešenia sporov v spoločnosti o široko vykladaných ústavných právach a slobodách. Ako som sa snažil poukázať vyššie, tento test vrátane posledného subtestu je racionálny a teda aj odôvodnený. Test činí zadosť súčasnej koncepcii pluralizmu spoločenských hodnôt, kde všetky hodnoty požívajú *a priori* rovnakú abstraktnú ochranu a kde absolútna pravda neexistuje. Zároveň je test aj liberálnym prostriedkom riešenia hodnotových konfliktov, ktorý ľudské práva berie vážne. Vo väčšine prípadov poskytuje racionálnu a v zásade aj presvedčivú odpoveď na otázku, prečo konkrétna hodnota v spore nakoniec prevládla.

Ako to však býva, len jedna procesná strana môže spor vyhrať – jedna hodnota zostane uprednostnená na úkor druhej, jedno dobro je právom prioritizované na úkor druhého. Vyriešiť spor je prirodzene možné len tak, že sa v spore zaujme konkrétne hodnotové stanovisko. Spravidla pôjde o stanovisko liberálne, ktoré však nie je identické s neutralitou. Rozhodnutie by ideálne malo byť aj presvedčivé, pretože sa vyvažujú dve rovnocenné hodnoty a vtedy argumentácia, ktorá spĺňa kritérium presvedčivosti, je dôležitá pre legitimitu celej operácie.

Výsledok konkrétneho sporu v individuálnom rozmere však znamená, že pre porazenú stranu sa stráca vzťah a postoj k niečomu, čo táto osoba považuje za súčasť svojho (dobrého) života a čo si cení. V spoločenskom význame, keď v rámci abstraktnej kontroly ústavnosti ústavný súd posudzuje v teste proporcionality konflikt dvoch hodnôt, znovu prichádza k strate jednej významnej hodnoty, ktorej právo ochranu poskytnúť nemôže.⁶³

Problém však nastáva, ak osoba alebo verejnosť veria bezvýhradne hodnote, ktorú presadzujú aj súdnou cestou. Osobitne ide o prípady súvisiace s vlastnou identitou, autonómiou

⁶¹ Por. napr. kritiku u SADURSKI, W.: „Rozumność“: Między teorią prawa i filozofią polityczną. In Mirosław Wyrzykowski. *Rozumność rozumowań prawniczych*. Varšava: Zakład Graficzny UW, 2008, s. 23–24.

⁶² PETERSEN, Nils. How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones. Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German Law Journal*, 2013, roč. 14, č. 8, s. 1407–1408.

⁶³ Podobne aj SUNSTEIN. *Incommensurability...*, s. 859.

alebo dogmou, ktoré nemusia patriť výlučne do široko chápaného práva na súkromie, ale dotýkajú sa vierovyznania, svedomia, vzdelania, výkonu profesie, služby alebo zdravotnej starostlivosti.

Test proporcionality takéto radikálne stanovisko k hodnote uspokojiť nemôže. Nesúmerateľnosť hodnoty dostáva radikálnym postojom nový zmysel, ktorému v článku naznačené argumenty o racionalite, pragmatizme, kontexte či vonkajšom charaktere hodnôt (ľudských práv ale aj verejných záujmov) nestačia. Pre tieto osoby je neprijateľné uvažovať, že by ich hodnota mohla byť v konflikte s inými hodnotami. A už vôbec neprichádza do úvahy, že by bezvýhradne prijatej hodnote malo právo odprieť ochranu v konkrétnom prípade a nimi zastávaná hodnota by spor prehrala. V týchto prípadoch sú argumenty o vyvažovaní a jeho racionalite, pragmatizme, resp. presvedčivosti rozhodnutia pre osobu (ale aj verejnosť) bezvýznamné a zjavne nedostatočné, pretože pochybnosti a otázky ohľadom spravodlivosti práva zostávajú aj po rozhodnutí.⁶⁴

V takýchto prípadoch právo prostredníctvom testu proporcionality dáva odpoveď na konflikt hodnôt, ktorá porazenú stranu neuspokojuje a vytvára ilúziu akoby (právom a argumentáciou) vykonaná práca bola v skutočnosti zbytočná. Primeranosť je tak podobná bájnemu Sifyfovi ktorý po tom, čo vygúľal balvan na vrch kopca, ten sa mu skotúľal celkom dole a musí začať námahu od úplného začiatku. Tragédia testu je v tom, že ako mýtický grécky hrdina, aj my sa asi musíme s týmto osudom testu proporcionality zmieriť. Aspoň nateraz.

⁶⁴ Podobne aj keď trochu v odlišnom kontexte argumentuje aj T. Sobek, ktorý spomína nepreukázateľnosť objektívnej (správnej) odpovede pri zložitom spore; SOBEK. Srovnávat nesrovnatelné... s. 9.



Recenzní esej

Proporcionalita mezi teorií a praxí. Zdeněk Červínek – Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu

Pavel Ondřejek

Pavel Ondřejek je docentem teorie, filozofie a sociologie práva na katedře teorie práva a právních učení Právnické fakulty Univerzity Karlovy. Je autorem dvou monografií a dále autorem nebo spoluautorem více než 60 odborných článků, kapitol kolektivních monografií a sborníkových příspěvků věnovaných zejména otázkám teorie základních práv, proměn veřejného práva, systémových přístupů k právu a aplikace principu proporcionality. Publikoval mimo jiné v časopisech European Constitutional Law Review, European Public Law, Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej a Espaço Jurídico Journal of Law. Své práce pravidelně prezentuje na kongresech Mezinárodního sdružení pro právní a sociální filosofii (IVR).

Abstrakt

Článek reflektuje některé závěry knihy Zdeňka Červínka: *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. V první části recenzní eseje se rozvíjí teorie veřejných zájmů, kde je argumentováno ve prospěch teorie veřejného zájmu jakožto obecného zájmu, vycházející z koncepce Virginie Held. V druhé části je na rozdíl od knihy Zdeňka Červínka argumentováno proti inflační aplikaci základních práv. Závěrečná část pak naznačuje vztah racionality a proporcionality jakožto ústřední téma mnoha současných diskusí o poměrování základních práv v ústavním právu.

Klíčová slova: proporcionalita, legitimní cíle, veřejný zájem, vyloučené důvody, racionalita, inflace práv

Abstract

The article reflects some of the conclusions of Zdeněk Červíněk's book entitled *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu* [*The Method of Proportionality in the Practice of the Czech Constitutional Court*]. The first part of the review essay develops the theory of public interest, where it is argued in favour of the theory of public interest as common interest, based on the conception of Virginia Held. In the second part it is argued, unlike in Zdeněk Červíněk's book, against the inflationary application of fundamental rights. The final part suggests the relationship between rationality and proportionality as a central theme of many current debates on the balancing of fundamental rights in constitutional law.

Keywords: proportionality, legitimate aims, public interest, excluded reasons, rationality, rights inflation

Recenzovaná práce Zdeňka Červínka zaplňuje více chybějících míst v české odborné literatuře, okruh jejích čtenářů proto může být velmi široký. V první řadě již z názvu plyne, že hlavním tématem je test proporcionality,¹ který je podle autora „*lingua franca* ústavních soudů i akademiků zabývajících se základními právy po celém světě“² a „hlavní koncept současného ústavněprávního paradigmatu.“³ Cílem práce přitom není doktrinární analýza principu proporcionality, i když se o závěry řady současných autorů opírá, nýbrž analýza toho, jak český Ústavní soud test proporcionality používá. Zdeněk Červínek tak opouští, jak sám uvádí, „příjemné závětrí právní teorie“⁴, kde se pohybovali autoři dosud pojednávající o principu proporcionality v českém právu, a namísto toho se zaměřuje v první řadě na praktickou rovinu aplikace práva. Jak však vyplývá z následující recenzi eseje, kniha v žádném případě není chudá na teoretické závěry. Je tomu právě naopak, teorie tvoří velmi solidní základ celé knihy. Hned v úvodu musím zdůraznit, že autorem zvolený popis proporcionality mezi teorií a praxí považuji za nejlepší způsob, jak vysvětlit a zhodnotit aktuální rozhodovací činnost. Bylo to právě komplementární působení rozhodovací činnosti a právní doktríny, jež stálo nejen u zrodu testu proporcionality, ale provází tuto doktrínu ústavněprávní argumentace stále.

Podle jednoho z hlavních závěrů Zdeňka Červínka nenalezneme v dosavadní judikatuře Ústavního soudu zcela jednotný přístup, pokud jde o aplikaci principu proporcionality.⁵

¹ Zde považuji za důležité zmínit terminologickou poznámku, kterou kniha začíná: podle autora lze „termín „*princip proporcionality*“ vnímat jako obecný princip práva spočívající v tom, že mezi dvěma hodnotami má být nalezena přiměřená (spravedlivá) rovnováha. Termíny „*metoda proporcionality*“ či „*test proporcionality*“ pak lze považovat za její konkrétní vyjádření v podobě algoritmu (testu) aplikace základních práv, resp. přezkumu ústavnosti.“ Přestože autor dodává, že i Ústavní soud používá termíny „*princip proporcionality*“ nebo „*zásada proporcionality*“ jako synonymum pro výše uvedený algoritmus (test), pro přehlednost se v práci rozhodl pojem princip proporcionality nepoužívat a hovoří o metodě nebo testu proporcionality. ČERVÍNEK, Zdeněk. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha: Leges, 2021, s. 13. Takovýto přístup je samozřejmě možný a je také pravdou, že spojení princip proporcionality již není jediné pojmenování příslušného algoritmu nebo testu Ústavním soudem. Přesto se domnívám, že s termínem „princip proporcionality“ lze pracovat jako se synonymem autorem preferovaného „testu proporcionality“ nebo „metody proporcionality“. O samotné proporcionalitě nebo přiměřenosti lze pak hovořit jako o hodnotě v právu. Kromě ústředního tématu knihy, kterým je proporcionalita omezení základního práva se s proporcionalitou v právu setkáváme například u přiměřenosti trestu, přiměřenosti při nutné obraně, přiměřeném snížení náhrady škody apod. K různým kontextům proporcionality v právu srov. ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 23 a násl. Přiměřenost v podobě hledání míry věci lze pak na ještě vyšší úrovni abstrakce vnímat jako hodnotu vlastní správnému lidskému jednání.

² ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 241.

³ Tamtéž, s. 13. Tento názor není nijak ojedinělý, kanadští editoři ve sborníku o proporcionalitě a vládě práva poznamenávají, že o lidských právech v současnosti nelze hovořit bez poukazu na princip proporcionality (HUSCROFT, Grant, MILLER, Bradley, WEBBER, Grégoire. Introduction. In: HUSCROFT, Grant, MILLER, Bradley, WEBBER, Grégoire (eds.). *Proportionality and Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 1). Jiný kanadský autor David Beatty píše o proporcionalitě jako o významné součásti konstitucionalismu – BEATTY, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 159n.

⁴ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 19.

⁵ Tamtéž, s. 24. Ačkoliv se tento závěr jako hypotéza objevil v některých odborných textech týkajících se judikatury Ústavního soudu, Zdeněk Červínek je prvním autorem, který jej mohl potvrdit na základě podrobné empirické analýzy soudních rozhodnutí.

S ohledem na tuto skutečnost je recenzovaná kniha podle mého názoru důležitá zejména proto, že identifikuje klíčová rozhodnutí, která jsou často Ústavním soudem citována a z nichž vyplývá příklon k určité podobě metody proporcionality. Podrobnější zkoumání poměřování a proporcionality totiž ukazuje, že hovoří-li různí autoři o metodě proporcionality, testu proporcionality, principu proporcionality a podobně, vůbec není jisté, jestli tím myslí stejný způsob právní argumentace.⁶

Právě z toho důvodu může být kniha zajímavá i pro praktikující právníky. Argumentovat lidskými právy totiž v dnešní době vyžaduje osvojit si nemalé množství testů, které vytvořila doktrína a soudní praxe, mezi nimiž hraje test proporcionality významnou roli. Pokud ale nemáme normativní zakotvení algoritmu proporcionality v legislativě, nezbývá než se uchýlit k doktrinární analýze, a především k judikatuře, která strukturu a obsah testu proporcionality detailně přibližuje. Ostatně, jak vyplývá z nedávné české praxe, i když zákonodárce explicitně stanoví požadavek proporcionality v legislativě, jak se to nedávno stalo v tzv. pandemickém zákoně,⁷ omezuje se pouze na konstatování požadavku přiměřenosti zásahů do práv, aniž by konkrétní algoritmus testu v legislativě rozvinul. Princip proporcionality je tedy příkladem formativní role doktríny a judikatorní praxe na podobu závazných právních pravidel.⁸

Vrátím-li se k autorově dichotomii analytické studie o proporcionalitě, zůstávající v „příjemném závětrí právní teorie“, a na straně druhé empirické studie komentující reálnou soudní praxi, oba diskurzy jsou od sebe vzdáleny daleko méně, než by se na první pohled mohlo zdát. Přestože nalezneme práce o principu proporcionality, které jsou čistě myšlenkovými konstrukcemi, vůbec nezohledňujícími aplikační praxi,⁹ práce Zdeňka Červínka dokazuje, že oba přístupy k proporcionalitě (empirický a analytický) se mají podporovat a poskytovat si „potravu pro mysl, resp. podněty pro svůj další rozvoj.“¹⁰

I když by se tedy mohlo na první pohled zdát, že ústavní právníci a právní a političtí filozofové diskutují o metodě proporcionality jinak, úkolem právní vědy je právě nalézat souvislosti mezi jednotlivými pohledy a vytvářet plastičtější obraz principu proporcionality v právu.

⁶ HUSCROFT, Grant, MILLER, Bradley, WEBBER, Grégoire. *Introduction...*, s. 3 (Tito autoři s jistou mírou skepse hovoří o posunu od rozdílného porozumění testu proporcionality až ke škále různých principů proporcionality, které se souběžně aplikují). To dokládá i Zdeněk Červínek, když hovoří o dvojím přístupu k proporcionalitě: 1) proporcionalitě s těžištěm v závěrečných krocích (*bottom-heavy*) a 2) proporcionalitě s těžištěm v úvodních krocích (*top-heavy*) – viz ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 73. Některé z významných koncepcí proporcionality současných teoretiků (jakými jsou R. Alexy, M. Kumm anebo K. Möller) jsou v knize podrobněji rozebírány (ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 20–22, 154 a násl.).

⁷ Zákon č. 94/2021 Sb., o mimořádných opatřeních při epidemii onemocnění covid-19 a o změně některých souvisejících zákonů, ve svém § 3 odst. 2 stanoví povinnost v odůvodnění mimořádných opatření zohlednit mimo jiné „přiměřenost zásahu do práv a oprávněných zájmů právnických a fyzických osob“.

⁸ Karel Eliáš připomíná známou myšlenku Ernsta Rabela přirovnávající zákon ke kostře, kterou obaluje judikatura jako svalstvo a kterou protkává panující doktrína jako nervová soustava. (RABEL, Ernst. *Aufgabe und Notwendigkeit des Rechtsvergleichung*. München: Max Hueber, 1925, s. 4, cit. dle ELIÁŠ, Karel. Příspěvek ke kultuře a precedentnímu působení civilních soudních rozhodnutí a právních vět. In: DVOŘÁK, Jan, MACKOVÁ, Alena (eds.). *Pocita Aleně Winterové k 80. narozeninám*. Praha: Věšhrd, 2018, s. 73).

⁹ Např. PAVLAKOS, George. Obhajoba umírněné optimalizace: o struktuře principů jako interpersonálních důvodů. *Právník*, č. 10, 2017, s. 870–883.

¹⁰ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 24.

Tento obraz má být, jak se pokusím vysvětlit dále, ukotven v teorii konstitucionalismu a má být zkoumán v kontextu dalších teorií a doktrín, jakými jsou dělba moci, teorie základních práv, metodologie právní interpretace apod.

Cílem této recenzní eseje bude věnovat se několika aspektům metody proporcionality, které jsou v knize zdůrazněny. V první části se zaměřím na testování legitimního cíle právní úpravy s využitím teorie veřejného zájmu a doktríny vyloučených důvodů, následovat bude část o vztahu českého specifika metody proporcionality, kterým je vytváření diferencovaných testů, a inflačního způsobu aplikace základních práv, a konečně ve třetí části se zaměřím na vztah proporcionality a racionality, kde se pokusím ukázat, jak souvisí se všemi výše zmíněnými aspekty zkoumání proporcionality opatření zasahujících do individuálních práv. Ačkoliv se přímo nedotýkám empirické části práce, domnívám se, že teoretické upřesňování různých aspektů proporcionality je důležité pro praxi, protože na straně jedné je disproporcionalita přijatých opatření vnímána jako velmi silný argument jejich protiústavnosti, na straně druhé však hrozí riziko arbitrárního hodnocení proporcionality, které ve výsledku může tento důležitý způsob argumentace delegitimizovat.

1. Legitimní cíl, veřejný zájem a vyloučené důvody

Čtvrtá kapitola monografie je věnována tématu legitimních cílů v ústavním právu, jakožto prvnímu kroku zkoumání ústavnosti omezení základního práva. Zdeněk Červínek preferuje pohled na legitimitu jakožto úvodní krok testu proporcionality, který je v jeho pojetí testem složeným ze čtyř kroků. Důvodem má být fakt, že kritérium legitimacy „napomáhá jasně identifikovat ústavní hodnoty, které jsou „ve hře“, a Ústavní soud tak může snáze vymezit jejich kolizi před tím, než se pustí do zkoumání dalších kroků testu proporcionality.“¹¹

Otázku legitimního cíle autor správně chápe jako tzv. prahové kritérium, „tj. nic se zde neváží, nepoměruje, pouze se vyloučí cíle, které nemohou být považovány zjevně za racionální s ohledem na předmětné opatření či legitimní vzhledem k hodnotovému systému.“¹² Klíčovou otázkou, co je legitimním cílem, autor zodpovídá s odkazem na hodnotová východiska zakotvená v ústavním pořádku.¹³ Přitom se kloní k té variantě přezkumu legitimního cíle, u níž se přezkoumává pouze existence ústavně aprobovaného cíle, spočívajícího v ochraně základního práva nebo veřejného zájmu, nikoliv to, zda jsou tyto cíle „dostatečně závažné“.¹⁴ K tomu, abychom zjistili, které cíle jsou a které nejsou legitimní, slouží podle autora doktrína vyloučených důvodů. Zde se autor opírá zejména o práci Mattiase Kumma.

¹¹ Tamtéž, s. 51. V doktríně i v judikatuře Ústavního soudu existují dva pohledy na zkoumání legitimacy opatření omezujících základní práva (buď jde o samostatný test anebo úvodní krok testu proporcionality). Souhlasím se Zdeněkem Červínkem, že rozdíl v obou pojetích není zásadní, podle mého názoru žádá z obou výše zmiňovaných koncepcí nemá vliv na to, jak legitimitu těchto opatření zkoumáme.

¹² ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, str. 59.

¹³ Tamtéž.

¹⁴ Tamtéž, s. 76. Autor tento závěr ospravedlňuje tím, že pokud bychom již v rámci prvního kroku hodnotili míru závažnosti legitimního cíle, dostávali bychom se již v této fázi k poměrování základních práv a kolidujících hodnot (tedy k závěrečnému kroku testu proporcionality).

Kumm rozlišuje dvě skupiny vyloučených důvodů. První skupinu tvoří perfekcionistaistické důvody (příklad uváděný autorem je povinná modlitba při zahájení školní výuky s cílem podpořit křesťanský způsob života, přičemž takováto regulace je podle autora nelegitimní, protože stát nemůže vnucovat lidem správný způsob života).¹⁵ Druhá skupina vyloučených důvodů vychází z tradic, konvencí a preferencí většinové společnosti, které nejsou založeny na racionálních důvodech.¹⁶ Zdeněk Červínek v této souvislosti zmiňuje rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Lustig-Prean a Beckett proti Spojenému království*,¹⁷ v němž tento soud označil zákaz služby homosexuálů v britské armádě za nelegitimní, přičemž odmítl jako nepodložený argument národní bezpečnosti v podobě „ohrožení bojeschopnosti a operační efektivity“ britské armády.¹⁸

Domnívám se, že autorem vymezená koncepce legitimního cíle, jakožto širokého pole limitovaného doktrínou vyloučených důvodů, která se orientuje na situace vnucování morálních standardů nebo způsobu života ze strany státu, může jako kritérium legitimacy obstát jen částečně. Je-li legitimním důvodem omezení základních práv veřejný zájem, ochrana základních práv dalších osob a dále naplňování jiných ústavních hodnot, v první řadě si musíme položit otázku, jaký akt státu je aktem ve veřejném zájmu. Pokud by zákonodárce například přijal zákon o degresivním zdanění, který povede k tomu, že pro bohaté bude platit nižší daňová sazba, půjde jistě o demokratické rozhodnutí, stěž si však dovedu představit argumentaci obhajující veřejný zájem na takovéto úpravě. Tento hypotetický příklad lze postavit proti autorem zmiňovanému nálezu českého Ústavního soudu o zdanění církevních restitucí,¹⁹ kde se podle tohoto soudu jednalo o „faktické snížení dohodnuté finanční náhrady určené ke zmírnění majetkových křivd,“ nikoliv o daň v pravém slova smyslu.

Pokud bychom souhlasili s tím, že zneužití daňové legislativy je nelegitimní, bylo by naopak prosté demokratické rozhodnutí o daňové degresi pro nejbohatší legitimní? Takováto úprava by sice jen velmi vzdáleně zasahovala do individuálních práv,²⁰ přesto bychom ji mohli vnímat jako nespravedlivou. Avšak pokud by jediným kritériem posouzení legitimacy právní úpravy byla autorem rozebíraná doktrína vyloučených důvodů, okruh legitimních opatření by byl extrémně široký a úprava degresivního zdanění bohatých by mohla bez problémů obstát jako legitimní.

Naopak, když bychom chtěli tvrdit, že degresivní zdanění pro nejbohatší skupinu není ve veřejném zájmu, musíme hledat jiné kritérium vymezení pro úpravu, která je ve veřejném zájmu.²¹ Pokud jde o samotný pojem veřejného zájmu, opírám se o pojetí německého autora

¹⁵ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 79.

¹⁶ Tamtéž, s. 80.

¹⁷ Rozsudek ze dne 27. 9. 1999, stížnosti č. 31417/96 a 32377/96.

¹⁸ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 81.

¹⁹ Nález Ústavního soudu ze dne 1. října 2019, sp. zn. Pl. ÚS 5/19, ČERVÍNEK, Zdeněk. *Metoda proporcionality...*, s. 86.

²⁰ Mohli bychom například uvažovat o tom, že snížení příjmů státního rozpočtu povede ke snížení standardu sociálních práv.

²¹ V této části dále vycházím ze svého textu: ONDŘEJEK, Pavel. The Theoretical Basic of the Relationship between Fundamental Rights and Public Interests. In: TICHÝ, Luboš, POTACS, Michael (eds.). *Public Interest in Law*. Cambridge: Intersentia, 2021, s. 59–74.

Josefa Isensee, který popisuje veřejné zájmy v ústavním právu jako ideální statky, o něž lid, resp. státní společenství pečuje a usiluje.²² Existence veřejného zájmu je nutnou, ačkoliv ne dostatečnou podmínkou přípustnosti jednání státu, potažmo veřejné moci.²³ Veřejný zájem se tak dotýká veškerých úkolů státu, a jakožto legitimační prvek především ospravedlňuje takové jednání státu, které omezuje ústavně garantovaná práva jednotlivců, chápána na prepozitivním základě. Nejedná se však o jediný důvod omezení základních práv, protože ta mohou být limitována například i z důvodu kolize s jiným základním právem.²⁴

Složitější otázku, jak lze veřejný zájem identifikovat, odpovím s odkazem na koncepci veřejného zájmu jakožto obecného zájmu, rozpracovanou přední americkou filosofkou *Virginiiu Held*.²⁵ Níže se pokusím vysvětlit, že tato teorie oproti teorii veřejného zájmu jako převažujícího zájmu jednotlivců,²⁶ případně oproti jednotící koncepci veřejného zájmu,²⁷ dokáže lépe vysvětlit působení veřejných zájmů v ústavním právu.

Koncepce veřejného zájmu jakožto společného zájmu (*public interest as common interest*) se od koncepce jednotícího veřejného zájmu (*unitary public interest*) liší v tom, že připouští relevanci individuálních zájmů. Na rozdíl od pojetí převažujícího zájmu jednotlivců však nekonstruuje veřejný zájem jako sumu individuálních zájmů, nýbrž uznává i samostatnou kvalitu, kterou celek získává (jedná se o projev zásady, že celek je více než jen suma částí). Veřejným zájmem je podle této koncepce největší společný jmenovatel individuálních zájmů jednotlivců, tedy to, co je společné všem jednotlivcům majícím vlastní individuální zájmy.²⁸ *Virginia Held* zmiňuje typické příklady takovýchto společných zájmů: bezpečnost a ochrana jednotlivců, peněžní systém, nebo minimální standardy pro zajištění zdraví a blahobytu.²⁹

Jednotlivé teorie veřejného zájmu se liší především zdůvodněním ospravedlnění veřejného zájmu a poté vztahem veřejného zájmu k individuálním zájmům. Vezměme si výše zmiňovaný veřejný zájem na bezpečnosti, který se projevuje mimo jiné v zájmu na potrestání pachatelů

²² ISENSEE, Josef: Staatsaufgaben. In: ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IV. Aufgaben des Staates*. 3. vyd., Heidelberg: C. F. Müller, 2006, s. 119.

²³ *Ibid.* Isensee zde připomíná ustanovení čl. 5 odst. 2 švýcarské ústavy z 18. dubna 1999, které stanoví: „Jednání státu musí být ve veřejném zájmu...“

²⁴ HILLGRUBER, Christian. Grundrechtsschranken, ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band IX. Allgemeine Grundrechtslehren*. 3. vyd., Heidelberg: C. F. Müller, 2011, s. 1034.

²⁵ HELD, Virginia. *The Public Interest and Individual Interests*. New York, London: Basic Books Publishers, 1970.

²⁶ Na fundamentální otázku, jak můžeme zjistit, co je veřejný zájem, odpovídá předně koncepcí převažujícího veřejného zájmu jednotlivců ve společnosti (*preponderance conception of public interest*), že jde o sumu individuálních zájmů, projevujících se především jako většinový zájem – HELD. *The Public Interest and Individual Interests...*, s. 43.

²⁷ Jednotící (*unitary*) koncepcí veřejného zájmu označuje za primární zájem celku, který nemůže být v rozporu se zájmem jednotlivce náležejícího k tomuto celku. Viz HELD. *The Public Interest and Individual Interests...*, s. 45. Na rozdíl od předchozí teorie převažujícího veřejného zájmu jsou pro určení toho, co je ve veřejném zájmu, klíčové sdílené a kolektivní zájmy, nikoliv zájmy jednotlivců samotných. Viz McHARG, Aileen. Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Modern Law Review*, roč. 62, 1999, s. 674.

²⁸ Tamtéž, s. 676.

²⁹ HELD. *The Public Interest and Individual Interests...*, s. 99.

trestných činů. Vycházejme přitom z toho, že se tento veřejný zájem ocitá v konfliktu s individuálním zájmem pachatele trestného činu, aby on sám nebyl potrestán.³⁰ Zatímco zastánci teorie převažujícího veřejného zájmu by zřejmě argumentovali, že veřejný zájem na potrestání převáží nad zájmy jednotlivce čistě z důvodů počtu těch, kteří projevují zájem pachatele potrestat. Vždy je jich více než pachatelů, a proto je veřejný zájem v dané věci převažující.

Ani koncepce veřejného zájmu jakožto převažujícího zájmu jednotlivců však podle mého názoru v současném ústavním právu neobstojí, protože z hlediska soudobého pojetí dělby moci se setkáváme jak s většinovým principem, který je základní pro určování politické vůle ve státě, tak s protivětšinovým principem, který je typický pro garance menšin a jednotlivců s ohledem na ochranu jejich základních práv.³¹ Ochrana práv jednotlivců je totiž také veřejným zájmem, i když se tento zájem jednotlivců může ocitnout v rozporu s individuálními zájmy většiny dalších členů společnosti (například na základě nedávných výzkumů veřejného mínění v České republice by patrně zájem muslimské minority na postavení mešity v českém městě nemohl být vůbec prosazen, protože 80 % obyvatel se vyslovuje proti stavbě mešit ve svých městech).³² Čistým agregováním individuálních zájmů a ztotožněním této sumy zájmů se zájmem veřejným by tak menšina nikdy nedokázala prosadit vlastní zájmy.³³

Ztotožňovat veřejný zájem se zájmem většiny by tedy znamenalo, že ochrana individuálních zájmů a potažmo i práv by byla ve veřejném zájmu pouze za situace, že by tato ochrana současně byla v zájmu většiny. Zájmy menšin ohrožených v čistě demokratických procesech by tak veřejnými v pravém slova smyslu nebyly.³⁴

Vraťme se nyní k příkladu veřejného zájmu na potrestání pachatele trestných činů. Ke zhodnocení této koncepce z pohledu jednotící teorie veřejných zájmů se musíme opřít o silný veřejný zájem na ochraně bezpečnosti existující nezávisle na zájmech jednotlivců, který zaujímá v systému hodnot specifické místo. V takovém případě vlastně ani není rozhodné, jaké zájmy jednotlivci mají, a proto je třeba upozornit na možné riziko, odtržení veřejného zájmu od skutečných zájmů jednotlivců, v důsledku čehož půjde o svým způsobem

³⁰ McHARG. *Reconciling Human Rights and the Public Interest...*, s. 677.

³¹ K základům doktríny dělby moci, včetně diskusí o významu soudnictví viz vynikající práci Jana Kysely: KYSELA, Jan. *Dělba moci v kontextu věčného hledání dobré vlády*. Praha: Leges, 2019, s. 114 a násl.

³² Agentura Median. Vztah a znalosti Čechů k muslimské minoritě. *median.eu*, publikováno v červnu 2018, citováno dne 4. 6. 2021. Dostupné online na: http://www.median.eu/cs/wp-content/uploads/2018/07/Vztah_a_zanlosti_Cechu_k_muslimske_minorite_web.pdf.

³³ Předpokladem této úvahy je to, že většina bude prosazovat svůj bezprostřední zájem (tedy zájem nemít mešitu ve svém městě, nikoliv zájem vzdálenější spočívající například v zajištění ochrany individuálních zájmů). Vždy je třeba se soustředit na to, co všechno můžeme zahrnovat pod individuální zájem. Tato skutečnost často rovněž ovlivní výsledné nastavení individuálních a veřejných zájmů. Nezávisí však na tom, jaká teorie veřejného zájmu je aplikována. Jak například uvádí jeden z recenzentů tohoto textu, utilitaristický kalkul může zahrnovat celou řadu zájmů, které jednotlivci uznává. V této souvislosti lze ještě připomenout závěry Martina Haply o tom, že utilitarismus nestojí v protikladu ke koncepci lidských práv – HAPLA, Martin. *Utilitarismus a lidská práva. Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 3, 2020, s. 336.

³⁴ ONDŘEJKOVÁ, Jana. Ochrana menšin zranitelných v rámci demokratické normotvorby. *Jurisprudence*, č. 1, 2015, s. 10–14.

paternalistickou vizi vztahu jednotlivců a státu.³⁵ Pokud by to byl stát, jenž by stanovoval veřejný zájem, který orgán by byl legitimní k tomu, aby veřejný zájem stanovoval? Má se jednat o volený parlament nebo o nevolený soud?³⁶ Všechny tyto otázky naznačují, že střední cesta v podobě společného zájmu naznačuje možné řešení výše uvedených problémů.

Domnívám se, že adekvátní teorie poskytující nejlepší obraz vztahu zájmů jednotlivce a společnosti, pokud se tyto zájmy vztahují k fundamentálním hodnotám chráněným základními právy a svobodami, představuje teorie společného veřejného zájmu, reflektující kolize mezi zájmy jednotlivců a společnosti, přičemž společné zájmy nejsou ani apriorně dané, ani závislé na převažujících individuálních zájmech.³⁷ Zastánci teorie společného veřejného zájmu by při hledání odpovědi na otázku, zda je potrestání pachatelů trestných činů ve veřejném zájmu, museli argumentovat, že přes rozdílné zájmy jednotlivců a společnosti existuje zájem na bezpečnosti, který v obecné rovině zastává i pachatel trestného činu, anebo jej minimálně zastával do doby, než jemu samotnému hrozil trest. Metodologicky toto určení společného veřejného zájmu není nepodobné rawlsovskému rozhodování pod závojem nevědomí (*veil of ignorance*).³⁸

Přitom to, jaké jsou společné zájmy jednotlivců ve státě, neplyne pouze z aktuální politické vůle, přestože v řadě případů je většinový zájem, jehož výsledkem je politické rozhodnutí ve volených orgánech, reflexí společného zájmu. Projevy společného zájmu však lze nalézt i v expertním rozhodování vládou řízené části veřejné správy, soudním rozhodování anebo rozhodování nezávislých správních úřadů.

Je možné namítnout, že teorie společného veřejného zájmu v podobě největšího společného jmenovatele vede k velmi úzké koncepci veřejného zájmu, a tedy celá řada zájmů by díky tomuto pojetí mohla být opomínána. Souhlasím s tím, že každý projev veřejného zájmu by nebylo možné posoudit pouze s ohledem na teorii společného veřejného zájmu, jak ji popsala *Virginia Held*. Při stanovování toho, co je a co není pokryto teorií společného veřejného zájmu, můžeme dospět k určitým esenciálním a fundamentálním základům všech veřejných zájmů, které se konkretizují v další činnosti orgánů veřejné moci. Ty mohou esenciální složky veřejného zájmu konkretizovat, neměly by je však omezovat anebo opomíjet.³⁹ Tímto přístupem lze námitku o příliš úzkém vymezení veřejných zájmů na základě této koncepce odmítnout.

³⁵ McHARG. *Reconciling Human Rights and the Public Interest...*, s. 675.

³⁶ Na identifikaci veřejného zájmu se podílejí všechny složky veřejné moci – včetně soudů, a to přesto, že uznáváme soudcovskou nezávislost – ONDŘEJKOVÁ, Jana. *Vnější limity soudcovské interpretace a argumentace*. Praha: Leges, 2017, s. 110.

³⁷ Ke shodnému závěru ohledně teorie společného veřejného zájmu jakožto nejlepší teorii pro řešení kolizí individuálních práv a veřejných zájmů podle Evropské úmluvy o lidských právech viz McHARG. *Reconciling Human Rights and the Public Interest...*, s. 678.

³⁸ Zatímco v případě zájmu na ochraně života, a tedy trestnosti vraždy, bude patrně existovat shoda, jiná situace může nastat u držení rekreačních drog. Určité řešení tohoto problému nastíním níže v souvislosti s rozlišováním esenciální složky a dílčích součástí veřejného zájmu.

³⁹ Podobně se o rozdílech mezi „the interests of the public“, které jsou obecné a trvalé, a „particular actions or policies that are in the public interest at a particular time“ zmiňuje Theodore Benditt – viz BENDITT, Theodore M. *The Public Interest. Philosophy and Public Affairs*, roč. 2, č. 3, 1973, s. 394.

Poslední stručná poznámka v této části souvisí s výše uvedenou doktrínou vyloučených důvodů aplikovanou při přezkumu legitimacy rozhodnutí. Jedním z vyloučených důvodů podle Zdeňka Červínka, který v tomto ohledu vychází z práce Mattiase Kumma, je fakt, že se právní akt opírá o tradice, konvence a preference většinové společnosti, které nejsou založeny na racionálních důvodech.⁴⁰ Problém takového kritéria je ten, že argumentace, že určitý akt opírající se o tradici, konvenci nebo preferenci musí být doplněn kritériem negativního subjektivního hodnocení této tradice nebo konvence, na základě čehož daný akt označíme za neracionální. Zcela jistě ne každý akt vycházející z tradice jakožto významného materiálního pramene práva bychom mohli označit za neracionální, a tedy nelegitimní. Je například nelegitimní právní úprava manželství vycházející z tradice svazku jednoho muže a jedné ženy? Můžeme říci, že ano, protože z důvodu konvence omezuje práva osob stejného pohlaví, které by chtěly žít v manželství. Na druhou stranu se zdá, že takovýto výklad se poněkud vzpírá realitě, kdy zdaleka ne všechny státy manželství stejnopohlavních párů uznávají. Současně v řadě společenství neexistuje většinový konsenzus o tom, že právní úprava manželství jakožto svazku muže a ženy je nelegitimní.⁴¹ Co je a co není nelegitimní preference nebo tradice, a co tedy představuje vyloučený důvod pro omezení základních práv, může být předmětem neshody a také měnících se názorů ve společnosti, což je běžný jev v pluralitní společnosti.⁴² Konečně je otázkou, zda kritérium racionality tradiční úpravy je vhodné k vyvození důsledků v podobě vyloučených důvodů omezení základních práv. K tomu se podrobněji vrátím v třetí části recenzní esaje.

2. Diferenciace testu proporcionality, inflace a vymezování práv

Jednou z nejčastěji diskutovaných otázek v souvislosti s aplikací testu proporcionality v českém ústavním právu je problematika diferenciace tohoto testu, respektive vytváření alternativních testů Ústavním soudem.⁴³ Četné diskuse probíhají zejména o testu racionality,

⁴⁰ Srov. výše v této části.

⁴¹ K rozdílné argumentaci vybraných soudů k této otázce a vlivu veřejného mínění srov. KOZUBÍK, Jan, WINTR, Jan. Ústavní soudy a práva gayů a leseb – veřejné mínění jako determinant rozhodnutí soudů? *Jurisprudence*, č. 5, 2016, s. 34–47.

⁴² Právní reflexe společenského vývoje je koncepce živé ústavy, případně podobná doktrína „živého instrumentu“ aplikovaná při interpretaci Evropské úmluvy o ochraně lidských práv – srov. rozsudek Evropského soudu pro lidská práva *Tyrer proti Spojenému království* ze dne 25. dubna 1978 (stížnost č. 5856/72), odst. 31.

⁴³ Viz již článek D. Kosaře, kritizující nejasné rozlišování testů proporcionality a minimalizace zásahů do základních práv – KOSAŘ, David. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, č. 1, 2008, s. 3–19. Značná pozornost tomuto tématu je věnována i v knize Z. Červínka, zejména v její 8. kapitole věnované testům vyloučení extrémní disproporce a racionality (ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality*..., s. 205 an.).

kteřý Ústavní soud používá při přezkumu sociálních práv,⁴⁴ další variantou přezkumu je test vyloučení extrémní disproporce, který se používá při přezkumu ústavnosti daní, poplatků, ale také například sankcí.⁴⁵ Namísto otázky, jak aplikuje Ústavní soud tyto deferenční varianty testu proporcionality,⁴⁶ se zaměřím na otázku, jak souvisí důsledky používání většího množství testů a autorem popisované varianty inflačního způsobu aplikace základních práv.

Nejprve se zaměřím právě na inflační způsob aplikace základních práv. Ten je Zdeňkem Červínkem charakterizován tak, že „Ústavní soud se podrobněji nezabývá interpretací omezovaného základního práva, neboť z kontextu je zřejmé, že základní právo bylo omezeno, a celou svou „intelektuální kapacitu“ soustředí na přezkum ospravedlnitelnosti aktu veřejné moci v intencích metody proporcionality. Tento přístup však (navzdory svému označení) není třeba vnímat negativně. Je prostým důsledkem široké formulace a interpretace skutkových podstat zakotvujících základní práva.“⁴⁷ Na jiném místě v této souvislosti autor zdůrazňuje, že „prakticky každé omezení autonomních zájmů jednotlivce představuje zásah do nějakého jeho základního práva.“⁴⁸

Důsledků inflace práv, resp. inflační aplikace základních práv, je několik; některé přitom mohou posílit význam aplikace testu proporcionality, jiné naopak mohou oslabit autorem prosazovaný model aplikace základních práv. Jde zejména o přístup autora, částečně se opírající o díla Kaie Möllera a Mattiase Kumma, podle něhož princip proporcionality nemůže být jediným základem lidskoprávní argumentace, protože je potřeba argumentovat především

⁴⁴ Např. ANTOŠ, Marek. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům: „nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší? *Jurisprudence*, č. 6, 2014, s. 3–14, ANTOŠ, Marek. EET, kouření, hospodářská práva a jaderná tlačítka. *Jurisprudence*, č. 3, 2019, s. 1–5, ČERVÍNEK, Zdeněk. Poměřovat, anebo nepoměřovat sociální práva? K otázce, zda lze test racionality považovat za variantu na metodu proporcionality. *Jurisprudence*, č. 3, 2019, s. 15–27. ČERVÍNEK, Zdeněk. Proportionality or Rationality in Socio-Economic Rights Adjudication? Case Study of Czech Constitutional Court's Judgment in Compulsory Vaccination Case. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, č. 1, 2018, s. 86–102, GRINC, Jan, BLAŽKOVÁ, Kristina. Ústavní soud a zákonodárce v hospodářských a sociálních otázkách: ochrana ústavnosti, nebo přetahovaná o politice? *Jurisprudence*, č. 3, 2019, s. 6–15, KRATOCHVÍL, Jan. Test racionality: skutečně vhodný test pro sociální práva. *Právník*, č. 12, 2015, s. 1052–1074, MUSIL, Jan. Soudní ochrana sociálních práv. In: GERLOCH, Aleš, ŠTURMA, Pavel a kol. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011, s. 69–79, ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 164 a násl., VYHNÁNEK, Ladislav. Proporcionálně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 3, 2014, s. 203–221. WINTŘ, Jan. První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*, č. 5, 2008, s. 31–39. Na většinu z výše uvedených prací Zdeněk Červínek odkazuje a na řadě míst rovněž shrnuje shodné rysy a rozdíly v přístupech jednotlivých autorů.

⁴⁵ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality*..., s. 206 a násl.

⁴⁶ Názor, že se jedná o samostatné testy, je v české literatuře nejpodrobněji popsán právě v 8. kapitole monografie Zdeňka Červínka (ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality*..., s. 218, 235–236). Struktura obou výše zmíněných testů je odlišná oproti klasickému testu proporcionality. Důvodem jejich přijetí bylo to, že klasický test proporcionality je v pojetí Ústavního soudu poměrně přísný, zejména při testování kritéria potřeby, což není vhodná metoda přezkumu pro práva, jejichž naplňování je předmětem politických střetů (například ohledně výše daní, výše sankcí, úrovně zdravotní péče anebo systému sociálního zabezpečení).

⁴⁷ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality*..., s. 248.

⁴⁸ Tamtéž, s. 191. V tomto hodnocení se objevuje inspirace dílem Kaie Möllera.

morálními principy a zohlednit substantivní kvality základních práv v demokratickém právním státě.⁴⁹

Zhodnotme tedy nyní podrobněji inflační aplikaci základních práv z hlediska metody proporcionality. V prvé řadě takovýto přístup rozšiřuje věcný rozsah základního práva, z čehož vyplývá, že více situací je nutno řešit aplikací testu proporcionality. Například v závislosti na tom, co vše zahrneme pod pojem „projev“ chráněný na ústavní úrovni, bude třeba legitimizovat rozdílné množství opatření, která potenciálně mohou do různé široce vykládané svobody projevu zasáhnout.⁵⁰

Oproti tomu však stejný přístup může vést k tomu, že jedna skutečnost může být hodnocena jako dopadající do sféry několika základních práv. V této situaci se však otevírá další problém, a to jaký standard přezkumu použít. Půjde o situace, kdy je určitá regulace vnímána jako omezující různá práva, z nichž každé má odlišný standard přezkumu. Příkladem může být svoboda podnikání a ochrana vlastnického práva.⁵¹ V konečném důsledku by bylo možné tvrdit, že každá regulace omezující právo na podnikání zároveň omezuje vlastnické právo. Pokud bychom logicky aplikovali v případě tohoto „souběhu“ nejpřísnější kritérium přezkumu,⁵² nabízí se rovněž otázka, zda by nakonec inflační teorie nevedla k takovému zpřísnění přezkumu Ústavního soudu, který by byl z hlediska dělby moci obtížně přijatelný.

Dalším důsledkem inflační aplikace základních práv, který rovněž vnímám negativně, je změna vztahu mezi soustavou obecných soudů v České republice a Ústavním soudem. V této souvislosti lze jako východisko připomenout pevně ustálenou judikatorní praxi Ústavního soudu, podle níž se tento soud necítí být další soudní instancí ve sporech o právo, tedy další revizní instancí.⁵³ Důsledkem inflace práv je nebezpečí, že se Ústavní soud dostane do pozice poslední instance prakticky ve všech sporech. Pokud pojmáme aplikaci základních práv „inflačním“ způsobem, současně tím tvrdíme, že každý spor má lidskoprávní rozměr, a tedy každé subjektivní právo můžeme podřadit pod některé z ústavně chráněných základních práv. Tím také můžeme každý spor dovést až před Ústavní soud.

Řešení představující alternativu k inflační aplikaci základních práv je brát větší ohled na vymezování věcného rozsahu základních práv. Té se v české odborné literatuře podrobně věnoval Martin Madej ve své knize *Meze základních práv v České republice*,⁵⁴ který odlišuje

⁴⁹ Tato myšlenka je v knize rozvíjena na více místech: ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 21–22, 175, 203, 247.

⁵⁰ K měnícímu se přístupu Evropského soudu pro lidská práva k této otázce viz WAGNEROVÁ, Eliška in WAGNEROVÁ, Eliška, ŠIMÍČEK, Vojtěch, POSPÍŠIL, Ivo, LANGÁŠEK, Tomáš (eds.). *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 426.

⁵¹ Marek Antoň komentuje tuto situaci na příkladu nálezu týkajícího se elektronické evidence tržeb (EET) ze dne 12. prosince 2017, sp. zn. Pl. ÚS 26/16. Viz ANTOŠ. *EET, kouření, hospodářská práva a jaderná tlačítka...*, s. 3.

⁵² Tamtéž.

⁵³ Jedná se o ustálený názor, který se objevuje již v usnesení Ústavního soudu ze dne 29. září 1993, sp. zn. I. ÚS 53/93. Podle databáze NALUS existují dále stovky usnesení Ústavního soudu, kde je tato zásada zopakována.

⁵⁴ Je velká škoda, že přes velké množství citované české i zahraniční literatury právě citovaná kniha Martina Madeje (MADEJ, Martin. *Meze základních práv v České republice*. Praha: Leges, 2018) nebyla Zdeňkem Červínkem reflektována. Představuje zčásti opačný pohled na danou problematiku, který by autor mohl využít k ještě většímu propracování nebo upřesnění svého vlastního pojetí.

mezi vymezováním a omezováním práv: „Při vymezování (*Abgrenzung*) čili definování práv určujeme jejich skutkovou podstatu, tj. nositele, obsah a rozsah. Při omezení (*Begrenzung*) práv je jejich skutková podstata dána, my však takto daný koncept zužujeme.“⁵⁵

Vymezení v konkrétním případě samozřejmě neznamená, že by měl soud vyjádřit, co vše náleží do věcného rozsahu základního práva, tedy na jaké všechny situace dopadá. Jde při něm o posouzení a odůvodnění, zda s ohledem na dosavadní rozhodovací činnost spadá do věcného rozsahu příslušného základního práva situace, která je předmětem daného řízení.

Zdeněk Červínek dále správně upozorňuje na to, že prejudikatura může chybět. V takové situaci je zřejmé, že pozice soudů bude při vymezování základních práv spíše minimalistická. Naopak složitá síť prejudikatury umožní aplikovat ustálený standard přezkumu, který sice bude vycházet z poměřování dotčených práv anebo veřejných zájmů, ale současně i z již provedeného hodnocení relevantních faktorů v předchozích podobných případech.⁵⁶

Ostatně na více příkladech, které Zdeněk Červínek uvádí, zmiňuje jako dobrou praxi prvotní vymezení rozsahu základního práva, které se na daný případ vztahuje. Takovýto přístup Ústavnímu soudu umožnil, slovy autora, „přesně uchopit zájmy jednotlivců, které byly ve hře, a posoudit jejich důležitost v kontextu konkrétního případu. Výsledkem je pak velmi přesvědčivé odůvodnění, které vypořádává všechny relevantní argumenty.“⁵⁷

Konečně požadavek na vymezení obsahu základního práva je naprosto klíčový v situacích, kdy Ústavní soud aplikuje testy různé intenzity i různé struktury, a to v závislosti na kategorii nebo povaze dotčených práv.⁵⁸ Je to jediné vymezení věcného rozsahu práv, například v otázce, jaká situace spadá pod právo podnikat a jaká pod ochranu vlastnického práva podnikatele, co umožňuje stanovit, jaký standard přezkumu se má na danou situaci použít. Stranou v tuto chvíli nechávám samostatný problém, zda je použití více rozdílných testů přezkumu ústavnosti vhodné a potřebné.⁵⁹

Z výše uvedeného se tedy zdá, že existuje napětí mezi inflační aplikací základních práv a požadavkem na to, aby v každém jednotlivém případě byl zhodnocen význam základního práva, a tedy provedena substantivní argumentace základními právy, kterou autor považuje za „stejně důležitou, ne-li důležitější než formální strukturu argumentu.“⁶⁰ Domnívám se proto, že zhodnocení věcného rozsahu práva přispívá k transparentnější a přesvědčivější argumentaci, protože objasňuje, proč soud dané základní právo aplikoval, případně proč jiné právo na danou situaci neaplikoval.

⁵⁵ MADEJ. *Meze základních práv v České republice...*, s. 19–20.

⁵⁶ „V praxi Ústavního soudu se tak postupem času a s „houstnoucím lesem“ prejudikatury precizují pravidla, resp. faktory, která musí soudy zohlednit i při rozhodování obdobných případů. Příkladem takového přístupu je [...] linie judikatury vztahující se ke svobodě projevu. Ústavní soud tak sice přistupuje k poměřování, avšak v těchto věcech je již „les prejudikatury“ tak hustý, že přes jednotlivé „stromy“ není metodu proporcionality ani explicitní vážící úvahy vůbec vidět.“ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 202.

⁵⁷ Tamtéž, s. 248.

⁵⁸ K těmto testům viz výše odkazovanou kapitolu 8. knihy (ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 205–240).

⁵⁹ Ke kritice tvorby nových testů přezkumu ústavnosti zásahů do základních práv viz ONDŘEJEK. *Princip proporcionality...*, s. 169.

⁶⁰ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 177.

3. Racionalita a proporcionalita

Různé aspekty principu proporcionality, kterým jsem se v této recenzi eseji věnoval a které rozvíjejí myšlenky obsažené v knize Zdeňka Červínka, mezi sebou propojuje požadavek racionality přijatých opatření.⁶¹ Vazbu racionality a proporcionality vysvětluje Zdeněk Červínek následujícím způsobem: „Ústavní soudy ... střeží meze racionálního rozhodování orgánů veřejné moci, především pak zákonodárce. Tato koncepce plyne ze specifického pojetí liberální demokracie, podle níž všechna opatření orgánů veřejné moci omezující základní práva jednotlivce musí být racionálně ospravedlněna. Úkolem ústavních soudů při vyvažování základních práv a veřejných zájmů tedy není nalezení „jediné správné odpovědi“, nýbrž posouzení, zda zdůvodnění omezení základních práv lze označit za racionální.“⁶²

Nejen test proporcionality jako celek, ale i jeho jednotlivé složky, jsou podle Zdeňka Červínka založeny na hodnocení racionality aktů veřejné moci. Pokud jde o kritérium vhodnosti, to „testuje určitý druh racionality přezkoumávaných opatření, konkrétně jejich způsobilost naplnit sledované cíle.“⁶³ Cílem kritéria potřebnosti není „diktovat orgánům veřejné moci jediné správné řešení a ani vést Ústavní soud k bezbřehému sebeomezení vůči úvahám rozhodujícího orgánu veřejné moci, nýbrž vyselektovat iracionální opatření (zabránit nikoli nezbytným obětem na základních právech)“.⁶⁴ Konečně v rámci poměrování, „abychom mohli považovat často hodnotové závěry o přednosti konkrétního práva či veřejného zájmu učiněné v rámci kritéria poměrování za racionální, musí být tyto dále podloženy racionální argumentací“.⁶⁵

S racionalitou přezkumu omezení základních práv dále úzce souvisí test přezkumu sociálních práv – který sám Ústavní soud pojmenovává test racionality, protože jádrem přezkumu je argumentace, že přijatá opatření jsou racionální vzhledem ke sledovanému legitimnímu cíli. V zahraničí se s racionalitou setkáváme například v britské doktríně vyloučení iracionality (*unreasonableness doctrine*) při přezkumu správních aktů.⁶⁶ Ačkoliv struktura obou výše zmíněných testů je odlišná oproti testu proporcionality, v určitých ohledech jakožto deferenční model přezkumu přezkum proporcionality (v přísné podobě) nahrazují.

Užší spojení mezi proporcionalitou a racionalitou nalezneme také v právní doktríně. V první řadě jde o práce Roberta Alexyho, který v racionalitě proporcionality spojuje závěry prvních dvou monografií, tedy Teorie právní argumentace a Teorie základních práv.⁶⁷ Jeho teorii

⁶¹ V politické filosofii je tato racionalita spojována s legitimitou veřejné moci, s ideou veřejného rozumu a veřejného ospravedlnění – podrobněji srov. DUFEK, Pavel. Veřejný rozum a právo, In: SOBEK, Tomáš, HAPLA, Martin (eds.). *Filosofie práva*. Brno: Nugas Finem, 2020, s. 228.

⁶² ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 33.

⁶³ Tamtéž, s. 108.

⁶⁴ Tamtéž, s. 139–140.

⁶⁵ Tamtéž, s. 192.

⁶⁶ ONDŘEJEK. *Princip proporcionality...*, s. 181 an. Základním rozhodnutím v tomto ohledu je případ *Wednesbury – Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corp.* (1948) 1 KB 223.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

charakterizuje Matthias Klatt jako „institucionalizaci rozumu“, tedy zkoumání hlubokého a komplexního vztahu mezi právem a rozumem.⁶⁸ Racionalita podle Klattovy interpretace Alexyho teorie zdůvodňuje transformaci lidských práv do základních práv a dále například podporuje tezi o extrémní nespravedlnosti, která není právem.⁶⁹ Vedle toho jsou na základě racionality vedena pravidla právního diskurzu jako pravidla rozumu.⁷⁰ Racionalita se tedy projevuje ve vícero aspektech Alexyho díla, od jeho diskurzivní teorie, přes teorii základních práv až k popisu non-pozitivistického pojetí práva.⁷¹

Recentní vývoj rovněž ukazuje, že metoda proporcionality může být používána k přezkumu veřejného ospravedlnění a racionality přijatých opatření.⁷² Sám Zdeněk Červínek při charakterizování ústavního přezkumu uvádí, že „ústavní soudy střeží meze racionálního rozhodování orgánů veřejné moci, především pak zákonodárce.“⁷³ K tomu je třeba dodat, v souladu s tím, jak byl charakterizován vztah racionality a jednotlivých kroků testu proporcionality výše, že jde pouze o určité aspekty racionality, které lze přezkoumávat dílčími kroky testu proporcionality, jimiž je vhodnost, potřebnost a poměřování.

Naproti tomu přezkum racionality z širšího hlediska pomocí kritéria proporcionality, čímž rozumím využívání metody proporcionality k přezkumu toho, zda je právní úprava z pohledu soudu racionální, je podle mého názoru problematický. Je tomu tak proto, že požadavek racionality právní úpravy existuje v určitém napětí s legitimitou opřenu o vůli lidu, která se projevuje v politickém rozhodování a v kompromisech, které jsou s tím spojené.⁷⁴ V zastupitelské demokracii, kde je nejvýznamnější právní regulace výsledkem politické shody většiny v zastupitelském sboru, není nelegitimní, pokud je výsledek produktem politických kompromisů, které nutně nemusejí být racionální. Za tento deficit však nesou politickou odpovědnost ti zástupci, kteří s tímto kompromisem souhlasili.

Z výše uvedeného plyne, že je poměrně složité nalézt rovnováhu mezi požadavkem na racionální rozhodování podložené věcnými argumenty, které povede k efektivní a spravedlivé úpravě, na straně jedné, a rozhodování opírající se o podporu politické většiny. Důležitým limitem pro legislativní tvorbu práva je současně ochrana základních práv jednotlivců a menšin, kde právě kritérium proporcionality sehrává významnou roli.

⁶⁸ KLATT, Matthias. Robert Alexy's Philosophy of Law as System. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 19.

⁶⁹ Tamtéž, s. 24. K Alexyho propojení diskurzivní teorie a teorie základních práv srov. v české literatuře též HAPLA, Martin. Justifikace lidských práv a is-ought problém. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 28, č. 1, 2020, s. 48.

⁷⁰ KLATT. *Robert Alexy's Philosophy of Law as System...*, s. 24.

⁷¹ ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, roč. 16, č. 2, 2003, str. 131–140.

⁷² OLIVER-LALANA, A. D., MEßERSCHMIDT, Klaus. On the “Legisprudential Turn” in Constitutional Review: An Introduction. In: OLIVER-LALANA, A. D., MEßERSCHMIDT, Klaus (eds.). *Rational Lawmaking under Review. Legislation According to the German Federal Constitutional Court*. Cham: Springer, 2016, s. 3.

⁷³ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 33.

⁷⁴ DANN, Philipp. Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität. *Der Staat*, roč. 49, č. 4, 2010, s. 640.

Jak má být tedy nastaven vztah mezi proporcionalitou a racionalitou? Neproporcionální právní úpravu bychom mohli hodnotit jako neracionální. Podle mého názoru by však bylo chybou dovozovat opačný závěr, tedy že iracionální právní úprava (v širokém slova smyslu, tedy úprava, u níž nenalézáme rozumné důvody pro existenci) nikdy nemůže projít testem proporcionality. Kdyby tomu tak bylo, hlavním kritériem proporcionality by nebyla vhodnost, potřebnost a poměřování základních práv a veřejných zájmů, nýbrž abstraktně vymezená racionalita.

Racionalita v poměřování je tak především racionalitou v procesu právní argumentace, tedy v racionálním zdůvodnění jednotlivých kroků testu proporcionality. Přičemž úvahy o vhodnosti, potřebnosti a poměřování musejí být opřeny o rozumné argumenty, které jsou minimálně plausibilní. V tomto ohledu souhlasím se závěry Zdeňka Červínka o možnosti racionální argumentace v rámci poměřování, byť bez používání Alexyho vážící formule.⁷⁵

Šířeji vnímaná substantivní racionalita právní úpravy jakožto vágnější koncepce může souviset se zkoumáním její legitimacy. V rámci testu legitimacy právní úpravy, nikoliv v rámci testu proporcionality, můžeme zkoumat, jak jsem se pokusil blíže nastínit v části 1., zda je daná právní úprava ve veřejném zájmu, což zahrnuje substantivní identifikaci toho, co je společným veřejným zájmem, na němž se může společnost jako na racionální úpravě shodnout. Současně při zkoumání legitimacy sledujeme i to, zda některé důvody právní úpravy nemůžeme racionálně označit jako vyloučené.

Závěr

Cílem výše uvedených myšlenek je rozvinout, nikoliv polemizovat se závěry knihy Zdeňka Červínka. Jsou výrazem snahy o užší navázání teoretického diskurzu o proporcionalitě na praktické fungování této argumentační metody. Autorovi se povedlo velmi dobře zkombinovat teoretické základy s analýzou rozhodovací činnosti, ovšem vzhledem k zaměření knihy, které autor zvolil, se nebylo možné všem aspektům proporcionality věnovat.⁷⁶ Ostatně při současném rozbíhavém diskurzu ohledně proporcionality již podle mého názoru ani není možné vše pojmut do jednoho díla. Ačkoliv recenzní esej nemíří k empirické části práce, nemyslím si, že by byla „mimoběžná“ s hlavní linií argumentace v knize Zdeňka Červínka.

Znovu se tak vracím k úvodní myšlence o tom, že právo je praktická disciplína. Autor v knize velmi dobře ukazuje, jak praktická činnost právo proměňuje, ale zároveň i fakt, že teoretické zkoumání v právu není omezeno jen na analýzu právní praxe. Test proporcionality je metodou ústavněprávní argumentace, kterou můžeme sledovat v komparativní perspektivě, v dílech významných autorů z různých částí světa, a tento teoretický základ pak můžeme porovnat s tím, jak je metoda proporcionality aplikována u českých soudů. Autor v knize prokazuje vynikající teoretické znalosti (týkající se nejen principu proporcionality) a přistupuje k hodnocení rozhodovací činnosti s odstupem; není k rozhodovací praxi

⁷⁵ ČERVÍNEK. *Metoda proporcionality...*, s. 172.

⁷⁶ Nutno podotknout, že zvolil správně, protože ani monografií by nebylo možné seriózně pokrýt analýzu rozhodovací činnosti českého Ústavního soudu a zároveň rozvinout do hloubky teoretické diskuse o proporcionalitě.

českého Ústavního soudu ani přehnaně kritický, ani vychvalující. Monografii lze také číst jako fundovaný komentář k významným rozhodnutím Ústavního soudu, které se dotýkají poměrování základních práv a veřejných zájmů. Jsou v ní představena všechna klíčová rozhodnutí, která formovala současný pohled na proporcionalitu, ale také je poukázáno na řadu argumentačních nedokonalostí, které buď Ústavní soud sám v průběhu času napravil, anebo autor přináší důvody, proč je potřeba v budoucích rozhodnutích argumentovat přesvědčivěji.

Informace pro autory

Vážení čtenáři,

doufáme, že se Vám texty v našem časopise líbily a byly Vám přínosem či možnou inspirací. Budeme velice potěšeni, pokud se i Vy rozhodnete publikovat v našem časopise. Pokud budete mít připravený text, který byste u nás chtěli publikovat, můžete ho zaslat v elektronické podobě ve formátech .doc nebo .docx na e-mailovou adresu **redakce@ratiopublica.cz**.

Časopis vychází dvakrát ročně v tištěné a elektronické podobě. Řídí se přístupem open access. Texty přijímáme neustále. Redakční uzávěrka pro letní číslo je však 31. března a pro zimní číslo 30. září. Text musí být napsán v českém, slovenském nebo anglickém jazyce. Autor zasílá redakci jeho plnou i anonymizovanou verzi. Text musí obsahovat abstrakt a klíčová slova v anglickém jazyce a v jazyce rukopisu, v neanonymizované verzi také jméno autora, jeho příslušnost k instituci, e-mailový kontakt na něj a svůj medailonek. V medailonku se autor krátce představí (například u jaké instituce studuje či pracuje, jaká je jeho specializace, čemu se momentálně výzkumně věnuje apod.).

Časopis Ratio Publica je oborově zaměřené recenzované periodikum, které publikuje původní vědecké texty zejména z analytické právní a politické filosofie, právní etiky a ústavní teorie. Přijímáme texty do následujících sekcí:

1. Stať

Jedná se o původní, ucelený text, který prezentuje originální výsledky výzkumu a v předložené jazykové verzi doposud nebyl publikován. Řeší výzkumnou otázku, případně kriticky hodnotí a komentuje teorii jiného autora. Musí obsahovat poznámkový aparát, abstrakt i seznam klíčových slov. Nesmí mít pouze informativní nebo popularizační charakter. Doporučený rozsah článku činí 45.000 až 70.000 znaků včetně mezer.

2. Diskuzní příspěvek

Jedná se o dosud nepublikovaný, původní, ucelený text, který reaguje na text jiného autora, jenž byl publikován v časopise Ratio Publica. V předložené jazykové verzi nebyl doposud publikován. Diskuzní příspěvek se musí vymezovat vůči výzkumné otázce, způsobu jejího řešení, jakož i související argumentaci obsažené v textu, na který reaguje. Měl by čtenáři předkládat komplexní rozbor,

nesmí mít charakter pouhé glosy, komentáře, souboru dílčích poznámek. Musí obsahovat poznámkový aparát, abstrakt i seznam klíčových slov. Doporučený rozsah diskuzního příspěvku činí 30.000 až 70.000 znaků včetně mezer.

3. Recenzní esej

Jedná se o dosud nepublikovaný, původní, ucelený text, který prezentuje, komplexně rozebírá a kriticky hodnotí vědeckou monografii jiného autora. V předložené jazykové verzi nebyl dosud publikován. Nesmí mít charakter pouhého shrnutí obsahu monografie. Naopak většina recenzní eseje musí představovat polemiku s autorem monografie, případně její hodnocení. Musí obsahovat poznámkový aparát, abstrakt i seznam klíčových slov. Doporučený rozsah recenzní eseje činí 30.000 až 70.000 znaků včetně mezer.

Všechny texty musí být opatřeny citačním aparátem. Pro všechny autory, kteří chtějí publikovat svůj text v časopise Ratio Publica, je závazná citační norma, kterou naleznete na adrese www.iurium.cz/citace. Je na posouzení redakce a redakční rady, zda článek bude publikován. Jako podklad pro toto rozhodnutí slouží recenzní posudky, kdy každý text prochází oboustranně anonymním recenzním řízením. V recenzním řízení jsou texty hodnoceny z hlediska tematického vymezení, odborného a metodologického zázemí, struktury a je hodnocena rovněž jazyková a stylistická složka.

Více informací můžete nalézt na internetových stránkách www.ratiopublica.cz. Na těchto stránkách naleznete i publikační řád a zásady publikační etiky, se kterými je rovněž nutné se seznámit.

Děkujeme za Vaši přízeň a těšíme se na spolupráci!

Čtrnáct autorů. Jedna kniha.

Autorský kolektiv pod vedením Tomáše Sobka a Martina Haply byl specificky vybrán tak, aby každý z autorů napsal kapitolu o oblasti, které se dlouhodobě věnuje.

Výsledkem je kniha, která je v současnosti nejúplnějším a nejkomplexnějším pojednáním o právní filosofii na českém trhu.



Naleznete v akademických knihkupectvích a na našem e-shopu

publishing.nugisfinem.org



NUGIS FINEM
PUBLISHING