



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 popsaný 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 judikurní 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 ALEXY, 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 ALEXY. *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 (byť) 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 potřeby 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 zkrájat odmítnout. Tím spíše nelze považovat za přijatelný přístup, kdy ÚS v rámci kritéria potřeby 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 potřeby a rizika s ním spojená

Výše jsem uvedl, že v judikatuře ÚS je kritérium potřeby 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 potřeby bylo však podrobena 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 potřeby 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 potřeby, 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 potřeby 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 církvi 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 neblokován (odblokován) 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 kaucí, 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 kaucí, 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 kaucí 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 kaucí.

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 kauce 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 kauce 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 nedoplatků na daních, poplatcích a jiných peněžitých závazcích distributora vůči státu. Bohužel musím konstatovat, že alternativní opatření zmiňovaná majoritou ÚS (diferencovaná výše kauce či zavedení kauce 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 kauce, 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 kauce. 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 nepřipadný 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 kauce. 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 kauce, 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)efektivity 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 cukrovinek 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 nálezný 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, nalezla 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.