



Recenzní esej

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

Pavel Ondřejek

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

Abstrakt

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

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

Abstract

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Legitimní cíl, veřejný zájem a vyloučené důvody

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

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

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

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

¹³ Tamtéž.

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Tamtéž, s. 80.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁸ Tamtéž, s. 676.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Diferenciace testu proporcionality, inflace a vymezování práv

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

⁴⁰ Srov. výše v této části.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵² Tamtéž.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ Tamtéž, s. 248.

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

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

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

3. Racionalita a proporcionalita

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

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

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

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

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

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

⁶³ Tamtéž, s. 108.

⁶⁴ Tamtéž, s. 139–140.

⁶⁵ Tamtéž, s. 192.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Závěr

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

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

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

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

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