

práv a svobod (např. různé projevy extremismu),¹⁰⁵ tudíž jde často o výklad politických práv (svoboda projevu, shromažďování, sdružování).¹⁰⁶

Dané ustanovení je poměrně obecné a jeho používání není v judikatuře ESLP zcela konzistentní. Pokud ESLP čl. 17 aplikuje (srov. rozhodnutí o přijatelnosti stížnosti ve věcech *Garaudy proti Francii*, 2003, *Norwood proti Spojenému království*, 2004 či *Witzsch proti Německu*, 2005), neprovádí testování toho, zda zásahem do chráněného práva nedošlo k jeho porušení zkoumáním zákonného základu, legitimního cíle a nezbytnosti omezení, ale s odkazem na zneužití práva stížnost odmítne.

Podobné ustanovení zakazující zneužití základních práv Listina nezakotvuje.

3. Omezování základních práv a soudní přezkum omezení

3.1. Omezování relativních práv jako jejich pojmový znak

U relativních práv je klíčovou otázkou hledání jejich hranic (limitů, mezí), resp. strukturování úvah o tom, jak posuzovat, zda omezení toho kterého práva bude ještě ústavně souladné (resp. v souladu s příslušnou lidskoprávní mezinárodní smlouvou) a kdy již naopak protiústavní (resp. v rozporu s příslušnou lidskoprávní mezinárodní smlouvou) nebude. V českém kontextu lze hovořit stručně jen o protiústavnosti vzhledem k tomu, že mezinárodní smlouvy o lidských právech pojímá Ústavní soud jako součást českého ústavního pořádku (srov. nález Pl. ÚS 36/01). Otázka dodržení mezinárodní smlouvy o lidských právech je tedy vždy zároveň otázkou dodržení ústavního pořádku, tudíž pod pojem ústavnosti či protiústavnosti můžeme v českém kontextu řadit též soulad či nesoulad s mezinárodními lidskoprávními smlouvami.

Jak bylo řečeno, relativní práva je nutno z povahy věci omezit vždy tam, kdy kolidují s jiným základním právem či veřejným statkem. Uplatněním

¹⁰⁵ K čl. 17 Úmluvy srov. HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin. *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, s. 458–461 či Van DIJK, Pieter et al. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4th ed., Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006, s. 1083–1092.

¹⁰⁶ K aplikaci čl. 17 v souvislosti s politickými právy srov. KEANE, David. *Attacking hate speech under article 17 of the European Convention on Human Rights*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, č. 4, 2007, s. 641–663. K aplikaci čl. 17 v kontextu zásahů do činnosti politických stran srov. KOSAŘ, David. *Judikatura ESLP v oblasti rozpouštění politických stran*, *Jurisprudence*, č. 7, 2009, zejm. s. 36–38.

jednoho práva často dochází k omezení jiného, přičemž je nutno tato práva poměřovat a vhodně vyvážit. Při omezení práva dochází k **zásahu** do tohoto práva (např. vzetí do vazby je zásahem do osobní svobody). Je-li právo omezeno v rámci přípustných ústavních mezí, jde o ústavně souladný zásah, resp. ústavně souladné omezení daného práva (např. vzetí do vazby odpovídá zákonným důvodům a bylo nařízeno soudcem). Je-li právo omezeno již nad ústavně přípustnou mez, představuje daný zásah zároveň **porušení** tohoto práva (např. vzetí do vazby nenařídil soud, nebo neexistovaly zákonné důvody pro vzetí do vazby).

3.2. Pravidla pro omezování základních práv

Omezení základních práv je zpravidla předvídáno v příslušném lidsko-právním katalogu (Listině, Úmluvě či dalších mezinárodních smlouvách). Daný katalog též může obsahovat určitá pravidla, podle nichž je posuzováno, zda při omezení nebylo omezované právo porušeno, zda tedy nebyly při omezení konkrétního práva překročeny přípustné limity.

Ne vždy je však u konkrétního základního práva výslovně zmíněna, resp. připuštěna možnost jeho omezení. Jak bylo již uvedeno, k omezení může dojít fakticky tím, že se dostanou dvě či více základních práv nebo svobod do vzájemné kolize. V případě střetu práv je z povahy věci nutno dát některému z nich přednost a tím zároveň v nezbytné míře omezit právo kolidující. Posuzování toho, které právo převáží, pak náleží orgánům aplikujícím právo, zejména soudům.

V Listině lze nalézt několik obecných pravidel, která je nutno při omezování základních práv dodržet:

a) **zákonný základ omezení**

Podle čl. 4 odst. 2 Listiny platí, že „meze základních práv a svobod mohou být za podmínek stanovených Listinou upraveny pouze zákonem“. Omezení základního práva tedy nemůže mít svůj původ v podzákonném právním předpise (nařízení, vyhláška), ale v zákonu (aktu moci zákonodárné).

b) **rovnost při omezování**

Když už zákon omezení určitého práva připouští, je nutno při omezení zachovávat princip rovnosti. Čl. 4 odst. 3 Listiny tak stanoví, že „zákonná omezení základních práv a svobod musí platit stejně pro všechny případy, které splňují stanovené podmínky“.

c) **šetření podstaty a smyslu omezovaného práva**

Podle čl. 4 odst. 4 věty první Listiny platí, že „při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu“. Nelze tedy formou omezení některého základního práva toto právo fakticky anulovat či popřít. Obecně je však poměrně obtížné předem vymežit onu nedotknutelnou podstatu a smysl každého z práv a ani ve vědecké obci není jasná shoda na tom, co onu podstatu a smysl každého práva tvoří.¹⁰⁷

d) **zákaz zneužití omezení**

Čl. 4 odst. 4 věta druhá Listiny uvádí, že „taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.“ Podobně podle čl. 18 Úmluvy platí, že „omezení, jež tato Úmluva připouští pro uvedená práva a svobody, nesmí být využívána k jinému účelu než k tomu, pro který byla určena“. Zákaz zneužívat předvídaná omezení (tedy požadavek adresovaný primárně veřejné moci při tvorbě a zejména aplikaci práva) je nutno odlišit od zákazu zneužití samotných práv, který je adresován nositelům těchto práv (srov. výše).

Na mnoha místech pak Listina v souvislosti s konkrétními právy konkretizuje, že omezení musí

- 1) být stanoveno **zákonem**,
- 2) sledovat **legitimní cíl** (ochranu jiného základního práva či veřejného statku),
- 3) být v **demokratické společnosti nezbytné**.

K porušení příslušného práva může dojít nesplněním kterékoli ze tří výše uvedených podmínek, a to v uvedeném pořadí, tj. pro absenci zákonného základu omezení, absenci legitimního cíle, či absenci nezbytnosti zásahu.

Legitimními cíli jsou např. veřejná bezpečnost, veřejný pořádek, ochrana práv jiných, mravnost, veřejné zdraví apod. Výčet těchto legitimních cílů se u jednotlivých práv liší.

¹⁰⁷ K problematice podstaty a smyslu (tzv. esenciálního obsahu) omezovaných práv srov. TOMOSZEK, Maxim. Esenciální obsah základních práv jako součást podstatných náležitostí demokratického právního státu, *Jurisprudence*, č. 2, 2015, s. 3–15.

Na řadě míst však v Listině výčet legitimních cílů absentuje, ačkoli Listina omezení příslušného práva předvídá (např. čl. 6 – právo na život, čl. 7 odst. 1 – nedotknutelnost osoby a jejího soukromí či čl. 13 – důvěrnost komunikace). Z uvedeného nelze dovodit, že omezení nemusí žádný legitimní cíl sledovat a může být tudíž svévolné, pouze je nutno dovodit existenci legitimních cílů omezení z existence buď jiných ústavně garantovaných práv, nebo z ústavně chráněných veřejných statků. Svévolné omezení základního práva, tedy takové, které žádný legitimní cíl nesleduje a je tedy bezdůvodné, bude vždy protiústavní.

U některých práv, ačkoli nejde o práva absolutní, pak není zmíněna nejen existence legitimních cílů omezení, ale dokonce ani sama možnost omezení těchto práv (v Listině např. čl. 15 odst. 2 – svoboda vědeckého bádání a umělecké tvorby či řada ustanovení týkajících se spravedlivého procesu). Opět platí výše uvedené, že k omezení může dojít na základě kolize s jinými základními právy či ústavně chráněnými veřejnými statky a tato kolize se bude posuzovat principem proporcionality (srov. níže).

Stejný test, jako výše uvedený (zákon, legitimní cíl, nezbytnost), nalezneme též u řady článků v Úmluvě, typicky v čl. 8–11 (právo na soukromí, svoboda vyznání, svoboda projevu a právo sdružovací a shromažďovací) či v čl. 2 odst. 2 Dodatkového protokolu č. 4 (svoboda pohybu). V řadě dalších článků Úmluvy či dodatkových protokolů je uvedena struktura testu v určitých aspektech odlišná.

Evropský soud pro lidská práva posuzuje splnění uvedených tří kroků v rámci tzv. **pětistupňového testu**,¹⁰⁸ v rámci kterého je postupně zjišťováno, zda

- 1) případ **spadá pod rozsah** některého z článků Úmluvy,
- 2) došlo k **zásahu** orgánu veřejné moci do příslušného práva,
- 3) byl zásah **zákonný** („prescribed by law“),
- 4) sledoval některý z **legitimních cílů**,
- 5) byl **nezbytný** v demokratické společnosti.

Nejčastějším předmětem sporů a diskusí je otázka splnění poslední podmínky přípustnosti zásahu do základních práv, a to podmínky nezbytnosti zásahu. ESLP zpravidla pro nezbytnost zásahu vyžaduje „naléhavou společenskou potřebu“ zásahu s tím, že zásah musí být „přiměřený sledo-

¹⁰⁸ HARRIS, David, O'BOYLE, Michael, WARBRICK, Colin. Law of the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Oxford University Press, 2009, s. 360.

vanému účelu“ a jeho důvody musejí být „relevantní a dostačující“. V podstatě jde o snahu vyvážit zájem na ochraně omezovaného základních práva na straně jedné a kolidujícího legitimního cíle na straně druhé.

K posouzení toho, zda je daný zásah přiměřený sledovanému účelu, resp. k vzájemnému vyvažování kolidujících práv či ústavních hodnot je často používán tzv. test proporcionality formulující konkrétní algoritmus postupných argumentačních kroků (srov. dále). ESLP však nějaký podobný standardizovaný a ustálený test proporcionality nepoužívá,¹⁰⁹ jde spíše o doménu ústavních soudů, přičemž však ani Ústavní soud ČR nepoužívá test proporcionality vždy a zcela shodně (srov. dále).

Poněkud odlišná situace nastává v případě **pozitivních závazků** (srov. část I., kap. 6.), kdy porušení práva nespočívá v zásahu orgánu veřejné moci (tedy v porušení negativního závazku nezasahovat), nýbrž v tom, že stát nesplnil nějakou svou povinnost, která je pojmána jako povinnost lidskoprávní, tedy pozitivní závazek, který lze z existence tohoto základního práva dovozovat. Koncepce pozitivních závazků je postupně rozvíjena judikaturou ESLP,¹¹⁰ přičemž algoritmus přezkumu je pak poměrně jednoduchý (nikoli však vždy zcela předvídatelný), kdy se výkladem dovodí, zda konkrétní ustanovení Úmluvy zakotvuje též určitý pozitivní závazek, a zda jej stát splnil.

Při posuzování toho, zda lze po státu určitou lidskoprávní činnost či aktivitu požadovat, se pak hledá „spravedlivá rovnováha“ („fair balance“) mezi zájmy jednotlivce a zájmy (či možnostmi) smluvního státu. Výsledek tohoto vyvážení je pak definování rozsahu příslušného chráněného práva ve vztahu k povinnostem státu. Pokud stát tuto povinnost nesplnil, dochází k porušení daného práva. Neaplikuje se zde tedy výše uvedený pětistupňový test, nýbrž se zjišťuje, zda případ spadá pod rozsah některého z článků Úmluvy, zda z něj lze zároveň dovodit určitý pozitivní závazek (tedy jaký je rozsah lidskoprávního závazku) a zda byl tento závazek příslušným státem naplněn.

Z pohledu vnitrostátního, tedy z hlediska řízení o ústavní stížnosti před Ústavním soudem, platí, že ústavní stížnost lze podat proti zásahu orgánu veřejné moci do ústavně zaručených práv, tudíž je nutno se vždy v souvislosti s konkrétním zásahem ptát, zda

¹⁰⁹ Srov. blíže též KOSAŘ, David, Základní principy výkladu a aplikace Úmluvy..., s. 79–81.

¹¹⁰ Srov. AKANDJI-KOMBE, Jean-François. Positive obligations under the European Convention on Human Rights, Human rights handbooks, No. 7, Council of Europe, 2007.

- šlo o zásah orgánu veřejné moci,
- šlo o zásah do sféry chráněné základním právem,
- došlo zásahem k porušení práva (tj. zda byl zásah stanoven zákonem, sledoval legitimní cíl a byl v demokratické společnosti nezbytný).

K tomu je nutno dodat, že „zásahem“ nemusí být pouze rozhodnutí, ale i jakýkoli faktický úkon, přičemž pod jiný zásah spadá též nečinnost (např. průtahy v soudním řízení). Zásah je však vždy možno napadnout teprve po vyčerpání všech přípustných prostředků nápravy. Zásahem však není „výsledek legislativní činnosti“ (srov. usnesení I. ÚS 92/94), tedy např. samotný zákon či podzákonný předpis (srov. k tomu blíže řízení o ústavní stížnosti dále v části III., kap. 1.3.). Není tedy možno ústavní stížností napadnout tvrzené nesplnění pozitivního závazku státu spočívajícího v tom, že určitý právní předpis nezní tak, jak by dle stěžovatele znít měl. V opačném případě by jakýkoli právní předpis mohl být napaden každým jednotlivcem s tvrzením, že je tímto předpisem „zasahováno“ do jeho ústavně zaručených práv.

Jinou věcí je pak **řízení o kontrole právních předpisů**, kde se uplatňuje objektivněprávní funkce základních práv, přičemž Listina či konkrétní lidskoprávní mezinárodní smlouva (jakožto součást ústavního pořádku) slouží jako objektivně právní kritérium pro posouzení ústavnosti napadeného právního předpisu. Zde pak může Ústavní soud dojít nejen k závěru, že konkrétní právní předpis či jeho jednotlivé ustanovení je protiústavní, ale dokonce též k tomu, že protiústavní je absence určité právní úpravy, byť jde spíše o výjimečné situace. Stát pak svou protiústavní nečinností nenaplnuje svůj konkrétní pozitivní lidskoprávní závazek spočívající v povinnosti přijmout konkrétní právní úpravu.¹¹¹

¹¹¹ Pokud jde o protiústavní mlčení zákonodárce, šlo v praxi Ústavní soudu typicky o nálezy týkající se absence právní úpravy regulace nájemného a absence právní úpravy církevních restitucí. Ústavní soud konstatoval protiústavnost absence určitého právního předpisu přímo ve výroku svého rozhodnutí. V otázce tzv. regulovaného nájemného Ústavní soud ve výroku nálezu Pl. ÚS 20/05 uvedl, že „dlouhodobá nečinnost Parlamentu ČR spočívající v nepřijetí zvláštního právního předpisu vymezujícího případy, ve kterých je pronajímatel oprávněn jednostranně zvýšit nájemné, úhradu za plnění poskytovanou s užíváním bytu a změnit další podmínky nájemní smlouvy, je protiústavní a porušuje čl. 4 odst. 3, čl. 4 odst. 4 a čl. 11 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 odst. 1 Dodatkového protokolu č. 1 k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod“. V otázce církevních restitucí (resp. blokování dispozice s majetkem do doby, než dojde k církevním restitucím) Ústavní soud ve výroku nálezu Pl. ÚS 9/07 uvedl, že „dlouhodobá nečinnost Parlamentu ČR spočívající v nepřijetí

Zde je patrný rozdíl mezi řízením před ESLP a Ústavním soudem (srov. podrobně část III.). ESLP se zabývá pouze individuálními stížnostmi a v rámci nich (v témže řízení) může též posoudit lidskoprávní konformitu určitého právního předpisu. Zpravidla půjde o absenci či nedostatečnost právní úpravy v souvislosti s nesplněním pozitivního závazku státu, zcela výjimečně též může být sám předpis považován za zásah do práva u tzv. potenciální oběti, vůči které sice ještě nedošlo k aplikaci určitého právního předpisu, ovšem v důsledky hrozby trestního stíhání plynoucí z uvedeného předpisu byl jednotlivec nucen změnit své chování (srov. posuzování trestnosti homosexuálních styků ve věci *Dudgeon proti Spojenému království*, 1981).

Ústavní soud může o souladu právního předpisu s ústavním pořádkem rozhodovat jak nezávisle na konkrétním sporu (tzv. abstraktní kontrola právních předpisů), tak v souvislosti s ním (tzv. konkrétní kontrola právních předpisů), kdy návrhovatelem může být též sám stěžovatel, který podal ústavní stížnost proti individuálnímu zásahu do svých základních práv. Oním zásahem však není, jak bylo shora připomenuto, právní předpis sám,¹¹² nýbrž až jeho aplikace, popř. i nečinnost tam, kde měl být určitý akt vydán či uskutečněn. Teprve v souvislosti s existencí tohoto zásahu může stěžovatel vedle onoho zásahu napadnout též příslušný právní předpis (akcesorita návrhu o kontrole právního předpisu), o čemž se vede odlišné řízení.

Naopak v řízení před ESLP spadá vše výše uvedené do jednoho řízení a tedy jednoho posuzování toho, zda smluvní stát neporušil individuální subjektivní lidské právo garantované Úmluvou. Bude tak velmi záležet na zdrženlivosti, resp. aktivismu ESLP, do jaké míry si absenci kompetence abstraktní kontroly souladu vnitrostátních předpisů s Úmluvou nenahradí širokým výkladem obsahu či spíše dosahu subjektivních lidských práv (zejména pak pozitivních závazků z nich plynoucích) kladoucích nároky

zvláštního právního předpisu, který by vypořádal historický majetek církví a náboženských společností, je protiústavní a porušuje čl. 1 Ústavy České republiky, čl. 11 odst. 1 a 4, čl. 15 odst. 1 a čl. 16 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod a čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod“.

¹¹² Teoreticky si lze představit výjimku, kdy zásahem, proti kterému by bylo možno podat ústavní stížnost, bude „individuální zákon“ (např. rozsudek či vzetí do vazby ve formě zákona), což je však poměrně extrémní a v právním státě obtížně představitelná situace. Výjimku obdobnou „potenciální oběti“ před ESLP, kdy by jednotlivec přímo napadal zákon (byť obecný) s tvrzením, že zasahuje do jeho individuálních práv, ÚS neformuloval.

těž na vnitrostátní legislativu. Při rozlišování pozitivních a negativních závazků však ESLP zcela jednotnou koncepci nemá, neboť navzdory jejich rétorickému rozlišování jasně v mnoha případech deklaruje, že jejich hranice nejsou způsobilé přesné definice (např. *Broniowski proti Polsku*, 2004, § 144) a dokonce zmiňuje používání stejného algoritmu přezkumu jak u porušení pozitivních, tak negativních závazků (*Evansová proti Spojenému království*, 2007, § 75).

3.3. Požadavek vyššího standardu ochrany

Využití nástrojů pro omezení základních práv daných Listinou nesmí nikdy vést k intenzivnějšímu zásahu do omezovaného práva, než připouští mezinárodní smlouva. Totéž platí i naopak, tudíž aplikací mezinárodní smlouvy nelze zasáhnout do konkrétního práva více, než připouští Listina.

Zatímco ESLP aplikuje standardy ochrany nastavené Úmluvou a postupně vykládané v judikatuře ESLP, musí Ústavní soud aplikovat **jak standardy českého ústavního pořádku** (zejména Listiny), **tak standardy zakotvené Úmluvou** a vyložené ESLP.

U podmínky **zákonného základu omezení** tak platí, že Listina hovoří o mezích upravených „zákonem“, Úmluva používá dikce „prescribed by law“. ESLP připouští, že nemusí jít vždy o „zákon“ ve formálním slova smyslu (tj. může jít o podzákonný předpis či judikaturu soudů), musí však jít o pramen práva, který je předvídatelný, jasný a přístupný. Požadavek Listiny je tak v tomto ohledu přísnější – musí jít o pramen práva se silou zákona¹¹³ (popř. silou vyšší). Při zásazích do základních práv je tak nutno aplikovat přísnější standard zakotvený Listinou a vyžadovat formální zákonný základ omezení.¹¹⁴ Zákon však navíc musí splňovat též materiální požadavky vyžadované ESLP, tedy jasnost, předvídatelnost a přístupnost. Tudíž i v situaci, kdy omezení bude učiněno formálně zákonem, nemusí být ještě splněny kvalitativní požadavky na „prescribed by law“ vyžadované ESLP, bude-li např. zákon natolik nesrozumitelný či nejasný, že nebude možno předvídat, jaké povinnosti jsou jednotlivcům ukládány.

¹¹³ Podmínku omezení „zákonem“ vyžadovanou Listinou tak bude splňovat i zákonné opatření Senátu vydané dle čl. 33 Ústavy.

¹¹⁴ K diskusi o dostatečném zákonném základu pro zásah do tělesné integrity ve formě povinného očkování srov. nálezní Pl. ÚS 19/14 (akceptující dostatečný zákonný základ zásahu) a odlišné stanovisko soudkyně K. Šimáčkové k tomuto nálezu (popírající dostatečný zákonný základ zásahu).

U podmínky existence konkrétního **legitimního cíle**, který je zásahem sledován, je nutno upozornit na místy odlišnou formulaci legitimních cílů stanovených v Listině i Úmluvě při omezování stejného základního práva (srov. např. čl. 10 odst. 2 Úmluvy a čl. 17 odst. 4 Listiny). Použití konkrétního legitimního cíle zakotveného Listinou či Úmluvou pro omezení příslušného základního práva je tak možné pouze tehdy, pokud dovedíme existenci stejného legitimního cíle též v druhém dokumentu. Nelze tedy jednat v souladu s Úmluvou a zároveň porušit Listinu, nebo naopak. Existence legitimního cíle omezení musí vždy obstát jak z hlediska Listiny, tak z hlediska Úmluvy. Při snaze o výklad souladný s Listinou i Úmluvou nelze ryze mechanicky srovnávat počet uvedených legitimních cílů či jejich přesné jazykové vyjádření, ale hledat účel a smysl předvídaných limitů příslušného základního práva.

U **nezbytnosti zásahu**, tedy při konkrétním vyvažování mezi zasaženým základním právem a cílem, který je tímto zásahem sledován, je pak nutno splnit požadavky jak judikatury ESLP, tak judikatury ÚS. Pokud by tedy např. stanovila judikatura obou soudů odlišně přísné podmínky pro omezení osobní svobody, je nutno aplikovat podmínky přísnější, tedy pro subjekt, jehož práva byla omezena, výhodnější. Rozhodovací praxe ESLP a ÚS by se však v tomto ohledu příliš lišit neměla. ÚS přizpůsobuje svou rozhodovací praxi aktuálnímu výkladu lidskoprávních kolizí ze strany ESLP, v opačném případě by mohlo dojít k porušení Úmluvy ze strany ČR, pokud by ÚS konkrétní Úmluvou zaručené právo dostatečně nechránil (srov. též níže kap. 3.4.2. v souvislosti s odlišnými standardy přezkumu před ÚS a ESLP).

3.4. Standardy (intenzity) přezkumu ústavnosti

3.4.1. Proporcionalita jako příkaz k optimalizaci

O principu proporcionality Listina ani Úmluva výslovně nehovoří a zakotvuje pouze obecná pravidla pro omezování základních práv a svobod (srov. výše). Stejně tak mezinárodní lidskoprávní dokumenty většinou výslovně o principu proporcionality nehovoří, byť z jejich díkce je zpravidla patrné, že k určitému poměřování, resp. hledání rovnováhy mezi chráněným právem či mezi chráněným právem a určitým veřejným statkem musí docházet. Již Všeobecná deklarace lidských práv v čl. 29 odst. 2 uvádí, že *„každý je při výkonu svých práv a svobod podroben jen takovým omezením, která stanoví zákon výhradně za tím účelem, aby bylo zajištěno uznávání*

a zachování práv a svobod ostatních a vyhověno spravedlivým požadavkům morálky, veřejného pořádku a obecného blaha v demokratické společnosti“. Z dikce deklarace je zřejmé, že omezení musí sledovat určitý účel (legitimní cíl) spočívající v zachování práv ostatních, což nezbytně bude vyžadovat vážení, resp. poměřování mezi kolidujícími právy. Totéž platí, pokud jde o omezení práv v zájmu vyhovění „spravedlivým požadavkům“ morálky, veřejného pořádku a obecného blaha.

Metoda proporcionality jakožto metoda pro poměřování kolidujících práv mezi sebou či práva a veřejného statku byla formulována a rozpracována soudní praxí a je již standardně uplatňována jak na úrovni národních soudů (zejména ústavních soudů), tak na úrovni mezinárodních soudních institucí (ESLP, Soudní dvůr EU), byť ne vždy ve stejné podobě a vždy důsledně.¹¹⁵

Výslovně se pak zmínka o proporcionalitě objevuje až v Listině základních práv EU, která v čl. 52 odst. 1 uvádí, že „každé omezení v uplatňování práv a svobod uznaných touto Listinou musí být stanoveno zákonem a musí být přitom chráněna jejich podstata. V souladu se zásadou proporcionality („*Verhältnismäßigkeit, proportionality, proportionnalité*“) lze omezení uplatnit jen tehdy, jsou-li nezbytná a odpovídají-li účelům sledujícím obecný zájem uznaný Unií nebo potřebě chránit práva a svobody druhých“.

Princip proporcionality v podstatě spočívá v nalezení optimálního vztahu mezi kolidujícími ústavně chráněnými hodnotami, ať již jde o kolizi dvou základních práv (např. vlastnické právo versus právo na soukromí) či o kolizi základního práva s určitým veřejným statkem (např. svoboda projevu versus ochrana mravnosti). Např. instalace kamerového systému na dům v zájmu ochrany vlastnictví může zasahovat právo na soukromí osob pohybujících se v blízkosti domu, omezení vysílání určitých pořadů před 22. hodinou v zájmu ochrany mravnosti nedospělých osob zasahuje do svobody projevu. Domovní prohlídka nutná v zájmu zajištění věcí pro trestní řízení (tj. pro veřejnou bezpečnost) zasahuje do práva na domovní svobodu atd.

¹¹⁵ K principu proporcionality podrobně srov. HOLLÄNDER, Pavel. Ústavněprávní argumentace, ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu ČR, Linde 2003, s. 20 an., ALEXI, Robert. Theorie der Grundrechte, Suhrkamp Verlag KG, Baden-Baden, 1994, s. 100 an., BARAK, Aharon. Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Cambridge University Press, 2012 či ONDŘEJEK, Pavel. Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod, Leges, 2012.

Jednotlivá kolidující práva či veřejné statky je potřeba nejen vzájemně vhodně vyvážit, ale zároveň minimalizovat možný zásah do každého z nich, tedy zajistit maximum možného uplatnění každé z obou kolidujících hodnot (resp. každého z práv).

Právě pro nalezení optimálního vztahu obou kolidujících hodnot (práv) byl postupně rozpracován princip proporcionality, který spočívá v postupném posouzení těchto kritérií:

- a) **vhodnost (způsobilost)**,
- b) **potřebnost**,
- c) **přiměřenost** (proporcionalitu) v užším slova smyslu (vážení kolidujících hodnot).

Je tedy potřeba posoudit, zda

- a) je možno dosáhnout stanoveného cíle (ochranu jiného základního práva či veřejného statku) právě daným zvoleným prostředkem (vhodnost, způsobilost prostředku), např. zda lze telefonním odposlechem odhalit trestnou činnost pachatele;
- b) pokud ano, je nutno dále posoudit, zda není možno tohoto cíle ve stejné či obdobné míře dosáhnout též jinak (jiným prostředkem) bez zásahu do omezovaného práva či alespoň při nižší intenzitě zásahu do omezovaného práva (potřebnost právě tohoto omezujícího prostředku), např. zda bylo nutno použít telefonního odposlechu a zda nebylo možno stejné informace zjistit i jinou formou méně invazivní vůči soukromí dotčené osoby;
- c) zda zvolený prostředek, v případě, že je shledán vhodným i potřebným, je ve vztahu ke sledovanému cíli přiměřený, proporcionalní (samotné hodnotové vyvažování kolidujících hodnot).

Jak bylo výše uvedeno, mají relativní práva povahu principů uplatnitelných do určité míry. Stejně tak kolidující legitimní cíle, které jsou omezováním základních práv sledovány (např. bezpečnost, veřejný pořádek, mravnost atd.), mají podobu principů. Samotné hodnotové vyvažování těchto kolidujících principů (např. soukromí versus bezpečnost) je založeno (při určitém zjednodušení) na úvaze, že čím více je zasahováno do principu jednoho (např. soukromí), tím větší důležitost musí mít princip druhý (např. bezpečnost). Princip přiměřenosti (v užším smyslu) tedy směřuje k tomu, že *„újma na základním právu nesmí být nepřiměřená ve vztahu k zamýšlenému cíli, tj. opatření omezující základní lidská práva a svobody*

nesmějí, jde-li o kolizi základního práva či svobody s veřejným zájmem, svými negativními důsledky přesahovat pozitiva, která představuje veřejný zájem na těchto opatřeních“ (např. Pl. ÚS 3/02, Pl. ÚS 38/04, Pl. ÚS 8/06 aj.). Jinak řečeno, má-li být do určitého práva (např. soukromí) zasaženo velmi intenzivně, musí být též velmi silný zájem na ochraně kolidujícího legitimního cíle (např. bezpečnosti).

Ústavní soud ČR poprvé princip proporcionality při poměrování kolidujících práv a svobod rozpracoval v nálezu týkajícím se ústavnosti části trestního řádu zakotvující institut utajeného (anonymního) svědka (Pl. ÚS 4/94), tedy při posouzení, zda zavedení institutu anonymního svědka do trestního řádu neporušuje právo na spravedlivý proces osoby, proti níž anonymní svědek vypovídá. Při použití institutu utajeného svědka je možno v trestním procesu vyslechnout před soudem osobu, jejíž identita je v zájmu jejího bezpečí utajena, vypovídá tedy za pomoci technických prostředků znemožňujících identifikaci. Tím je však zasaženo do práva na spravedlivý proces obžalovaného, který nemá možnost např. zpochybnit věrohodnost svědka poukázáním na jeho minulost, jinou trestnou činnost apod.

Ústavní soud vymezil (a na konkrétní posouzení ústavnosti institutu anonymního svědka aplikoval) princip proporcionality následovně:

„Při posuzování možnosti omezení základního práva či svobody ve prospěch jiného základního práva resp. svobody lze stanovit tyto podmínky, za jejichž splnění má prioritu jedno základní právo či svoboda:

První podmínkou je jejich vzájemné poměrování, druhou je požadavek šetření podstaty a smyslu omezovaného základního práva resp. svobody (čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod). Vzájemné poměrování ve vzájemné kolizi stojících základních práv a svobod spočívá v následujících kritériích:

Prvním je kritérium vhodnosti, tj. odpověď na otázku, zdali institut, omezující určité základní právo, umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (ochranu jiného základního práva). V daném případě lze přisvědčit zákonodárci, že institut anonymního svědka umožňuje dosáhnout cíl, tj. zabezpečit ochranu nedotknutelnosti jeho osoby.

Druhým kritériem poměrování základních práv a svobod je kritérium potřebnosti, spočívající v porovnávání legislativního prostředku, omezujícího základní právo resp. svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod. Odpověď na splnění kritéria potřebnosti v daném případě není jednoznačná: stát kromě legislativní konstrukce, umožňující anonymitu svědka, může k jeho ochraně

použít i jiné prostředky (např. využití anonymní výpovědi pouze jako kriminalistického prostředku pro další vyšetřování, poskytnutí ochrany svědkovi atd.).

Třetím kritériem je porovnání závažnosti obou v kolizi stojících základních práv. V posuzovaném případě jedním z nich je právo na řádný proces, zabezpečující právo na osobní svobodu, druhým je právo na osobní nedotknutelnost. Tato základní práva jsou *prima facie* rovnocenná. Porovnávání závažnosti v kolizi stojících základních práv (po splnění podmínky vhodnosti a potřebnosti) spočívá ve zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů. Empirickým argumentem lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva (v posuzovaném případě jde o nárůst případů vyhrožování a zastrasování svědků ze strany organizovaného zločinu). Systémový argument znamená zvažování smyslu a zařazení dotčeného základního práva či svobody v systému základních práv a svobod (právo na řádný proces je v této souvislosti součástí obecné institucionální ochrany základních práv a svobod). Kontextovým argumentem lze rozumět další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného (v daném případě možnost zneužití institutu anonymního svědka v trestním procesu). Hodnotový argument představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.“

Princip proporcionality však není samotným Ústavním soudem důsledně aplikován. Výše naznačená podrobná metodologie z iniciačního nálezu Pl. ÚS 4/94 není, zejména v části týkající se porovnání závažnosti obou kolidujících práv (zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů), prakticky uplatňována (resp. se v odůvodněních neodráží).

V judikatuře se postupně objevují různé přístupy.¹¹⁶ Princip proporcionality bývá v rozhodnutích Ústavního soudu zmiňován též jako „zákaz nadměrnosti zásahů do práv a svobod“. Např. v nálezu Pl. ÚS 34/09 Ústavní soud uvedl, že „při střetu dvou základních práv musí obecné soudy nejprve rozpoznat, která základní práva jednotlivých účastníků sporu jsou ve hře, a poté, s přihlédnutím ke všem rozhodným okolnostem daného případu, musí rozhodnout tak, aby, je-li to možné, zůstalo zachováno z obou základních práv co nejvíce, a není-li to možné, pak dát přednost tomu základ-

¹¹⁶ Srov. k tomu např. KOSAŘ, David. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR, č. 1, 2008, s. 3–19.

nímu právu, v jehož prospěch svědčí obecná idea spravedlnosti, resp. obecný princip“. K uvedenému lze dodat, že každé vyvažování v podstatě spočívá v tom, že zásahy do práv nemají být „nadměrné“, tj. intenzivnější, než je nezbytně nutné, což v důsledku znamená, že z obou kolidujících práv má být „zachováno co nejvíce“. Potud je uvedený závěr Ústavního soudu nesporný. Naopak odvolání se na „obecnou ideu spravedlnosti“ či „obecný princip“ jakožto kritéria pro závěrečné přiklonění se k některé z kolidujících hodnot se již pro svou obecnost a neurčitost v judikatuře ÚS neprosadilo, byť je nepochybné, že určitá představa spravedlivého řešení je přítomna v každém hodnotovém vyvažování.

V současné době tak ÚS nejčastěji po zvážení toho, zda je prostředek omezující základní právo vhodný (způsobilý) k dosažení stanoveného legitimního cíle a zda je zároveň potřebný (tj. zda nelze cíle dosáhnout jinak), aplikuje vážení kolidujících hodnot tím, že posuzuje, jak již bylo shora naznačeno, zda opatření (zásah) omezující základní lidská práva a svobody v zájmu ochrany jiných práv či určitých legitimních cílů svými negativními důsledky nepřesahuje pozitiva plynoucí z uvedeného opatření (zásahu). Velmi intenzivní zásah do práva vyžaduje velmi silný zájem na ochraně kolidujícího legitimního cíle, naopak pro ospravedlnění ne příliš silného zásahu postačí i nižší váha kolidujícího legitimního cíle.¹¹⁷

Předmětem diskusí u výše naznačeného testu proporcionality je jeho značně subjektivní povaha, resp. možnost subjektivní aplikace. Čím dále totiž v testu postupujeme po ose 1) vhodnost (způsobilost), 2) potřebnost, 3) přiměřenost v užším smyslu, tím více záleží na představách interpreta o spravedlivém řešení posuzovaného konfliktu práv či hodnot. Zatímco o tom, zda je určitý prostředek vůbec způsobilý dosáhnout určitého cíle, ještě může být shoda, již bude existovat poměrně dost názorů na to, zda je možno dosáhnout cíle též jinak. Zejména v případě posuzování právní úpravy jde o úvahy týkající se možných legislativních řešení, kterých

¹¹⁷ Uvedené úvahy vedou též ke snaze pojmout vážení téměř matematickým způsobem (tzv. Alexyho vážící formule) a přiřazovat intenzitě zásahu určitou „váhu“, podobně jako přiřazovat určitou „váhu“ kolidujícímu principu na škále lehký – střední – těžký. Srov. např. ALEXY, Robert. Rights and Liberties as Concepts. In: ROSENFELD, Michel, SAJÓ, Andras (eds.). The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, 2012, s. 294–297. V praxi však často nemusí být shoda ani na tom, zda zásah do určitého práva je lehký či střední, stejně tak jako na tom, jak závažný je sledovaný legitimní cíl. Uvedená snaha o přesný algoritmus postupu vážení blížící se „matematizaci“ právních úvah má přimět soudy k preciznější a strukturovanější argumentaci. V praxi však vzhledem ke složitosti těchto argumentačních postupů nejsou důsledně uplatňovány.

se zpravidla nabízí více. Hodnocení toho, zda jiná cesta ke stejnému cíli je méně invazivní, pokud jde o omezované právo, již bude nutně značně subjektivní a vyžadující dostatečný přehled o možných variantách řešení a jejich důsledcích. Tím spíše pak třetí krok spočívající v samotném vážení hodnot v konkrétním případě (např. soukromí versus bezpečnost). Navíc nemusí být v praxi zcela zřetelné rozlišení mezi druhým a třetím krokem v testu proporcionality, které někdy splývají, resp. jsou v některých případech obtížně odlišitelné.

Navzdory kritice však test proporcionality, resp. jeho aplikace zvyšuje tlak na určité elementární strukturování argumentace soudů při tvrzeném porušení základních práv. Jinak řečeno soudy nemohou jednoduše konstatovat, které právo (či veřejný statek) převáží, nýbrž se musí alespoň pokusit své závěry argumentačně podpořit v rámci předvídaného schématu argumentace, tj. tříkrokového testu proporcionality.

U všech omezení základních práv však jak ÚS, tak ESLP určité poměrování v kolizi stojících práv (či práva a veřejného statku) intuitivně provádí, ať již to v rozhodnutí uvede výslovně, nebo to lze pouze z rozhodnutí nepřímou dovést. Bez poměření kolidujících ústavních hodnot a upřednostnění jedné z nich totiž není možno (v případě relativních základních práv) spor rozhodnout.

3.4.2 Omezování práv obsažených v čl. 41 odst. 1 Listiny – test racionality

Vedle obecného testu proporcionality se v judikatuře Ústavního soudu postupně začaly objevovat další metody. První z nich souvisí s právy taxativně vyjmenovanými v čl. 41 odst. 1 Listiny, podle něhož se „*práv uvedených v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí*“. Uvedené ustanovení je v lidskoprávním katalogu poměrně specifické¹¹⁸ a přináší řadu interpretačních otázek ve vztahu k právům v daném ustanovení vyjmenovaným. Jde o některá hospodářská, sociální a kulturní práva, kde u řady z nich z povahy věci vyplývá nutnost bližší konkretizace zákony.

Specifičnost spočívá v tom, že jsou-li určitá práva právy základními (lidskými), není možno je zákonem provádět či specifikovat v tom smyslu, že by byla tato práva dána zákonodárci k dispozici, aby je naplnil konkrétním obsahem. Obsah základního práva musí být vždy vymezen bez vlivu

¹¹⁸ Obdobu má též Slovensko v čl. 51 Ústavy SR jakožto dědictví společné tradice federální Listiny z roku 1991, kterou ČR používá dodnes.

zákonodárce, resp. i proti jeho vůli. Zákonodárce pak může základní práva již jen omezovat, resp. nedostatečně zajišťovat. V opačném případě by již nešlo o základní lidská (tedy na zákonodárce nezávislá) práva. Při striktním výkladu čl. 41 odst. 1 Listiny by totiž při nečinnosti zákonodárce, tedy při absenci příslušného prováděcího zákona, daná práva vůbec neexistovala, resp. by nebylo možno se jich domáhat.

Jinak řečeno, zatímco u kategorie práv, která lze zákonem omezovat, platí, že pokud zákon nebude přijat, právo je neomezené (resp. omezené pouze existencí jiných práv či svobod), u kategorie práv podle čl. 41 odst. 1 by naopak mělo platit, že pokud konkretizující zákon nebude vydán, nebylo by možno se daného práva domáhat vůbec. Příslušná ustanovení Listiny by tak mohla představovat pouze záruky v rovině ústavního práva objektivního využitelné při kontrole právních předpisů, ovšem nezakládaly by žádné lidskoprávní subjektivní nároky.

Obecně však existuje shoda na tom, že určité jádro těchto práv musí být zachováno vždy, navzdory případné nečinnosti zákonodárce či při nedůsledném provedení (naplnění) těchto práv zákonodárcem. Spory se v praxi povedou o rozsah onoho ústavního jádra těchto práv, o potřebné míře aktivismu či zdrženlivosti Ústavního soudu při výkladu sociálních a hospodářských práv, jakož i o samotné povaze těchto práv.

Při určitém zjednodušení existují **dva základní přístupy** k právům obsaženým v čl. 41 odst. 1 Listiny:

1) Tím prvním je nepovažovat práva vymezená v čl. 41 odst. 1 za základní práva jakožto subjektivní lidskoprávní nároky, neboť základní práva není možno provádět (konkretizovat) obyčejným zákonem.¹¹⁹ Jde pak jen

¹¹⁹ Představitelkou tohoto přístupu je emeritní ústavní soudkyně E. Wagnerová, která k tomu uvádí: „S neskryvanou lítostí musím konstatovat, že základy chápání institutů ekonomických, sociálních a kulturních principů jako „práv“, zformulované ve zcela jiném politickém režimu, se v české právní vědě dodnes téměř nezměnily. A tento základ vlastně neopustila ani judikatura Ústavního soudu. Touto lamentací, a to je třeba zdůraznit, nemá ovšem být plédováno pro odstranění sociálních principů z agendy mezinárodněprávní resp. ústavněprávní. Tím méně je voláno po odstranění sociálních aspektů z judikatury mezinárodních soudních institucí a národních Ústavních soudů. Právě naopak. Uplatnění sociálních principů, i přes uznávání jejich nesmírné důležitosti, by však nemělo být zajišťováno skrze jejich označení za lidská práva, protože těmi, a to z důvodu své zcela odlišné struktury, prostě nejsou. Navzdory tomu může jít, a v řadě případů také jde, o velmi významné instituty, které jsou v mnoha případech vtěleny do domácích ústavních pořádků. A tam, kde se výslovná formulace těchto principů v domácích ústavních pořádcích nevyskytuje, je jejich přiměřené uplatňování či zohlednění zajišťováno skrze „sociální interpretaci“ lidských práv [...]“.

o (slovy Ústavního soudu) ústavní „soft law“ v podobě **principů objektivního ústavního práva, resp. ústavní institucionální záruky** (srov. nálezy II. ÚS 568/06, IV. ÚS 113/05 či IV. ÚS 8/05).

Jak uvedl Ústavní soud např. ve vztahu k právu na spravedlivou odměnu za práci (čl. 28 Listiny) v nálezu Pl. ÚS 17/10, „*v případě hospodářských a sociálních práv proto ústavní garance představují ústavně zaručenou ochranu institucí (zaměstnání, mzda, sociální zabezpečení, rodina, rodičovství atd.), nikoliv ochranu konkrétních veřejných subjektivních práv. Jako kritéria ústavního přezkumu mohou proto sloužit pouze tam, kde by zákonodárce ústavní ochranu těchto institucí zcela ignoroval či negoval. Totéž platí i ve vztahu k interpretaci zákonů obsahujících úpravu těchto institucí. Pokud obecné soudy takový zákon interpretují a aplikují, je jejich činnost z hlediska ústavního kontrolovatelná jen z pohledu možného výkonu libovůle, nikoliv však z pohledu samotného čl. 28 Listiny. Konkretizace hospodářských a sociálních práv náleží jen zákonodárci, nikoliv Ústavnímu soudu*“. Podle Ústavního soudu se pak hospodářská a sociální práva „*liší od klasických základních práv v tom, že neexistují jako a priori neomezená základní práva, která mohou být zákonodárcem omezována pouze z důvodů předvídaných v Listině, ale naopak zákonodárce jim dává příslušný obsah a rozsah*“.

2) Druhým přístupem je naopak práva vymezená v čl. 41 odst. 1 Listiny za **subjektivní základní práva** považovat (např. „**základní sociální práva**“), a prováděcí legislativu k těmto právům tudíž nepojímat jako provedení (konkretizaci) těchto práv, nýbrž jako jejich omezení. Zde pak již bezesbýtku platí, že na každé takovéto zákonné omezení lze vztáhnout obecné principy omezování základních práv zakotvených v úvodních ustanoveních Listiny. Stejně tak je tím zcela otevřena možnost jednotlivcům se ochrany těchto subjektivních sociálních práv před Ústavním soudem domáhat, navzdory dikci čl. 41 odst. 1 Listiny.¹²⁰

Ústavní soud není v přístupu zcela jednotný a navzdory názoru citovanému výše z nálezu Pl. ÚS 17/10 se objevují nálezy, ve kterých vyhověl i individuálním ústavním stížnostem napadajícím zásah do práv v režimu čl. 41 odst. 1 jakožto subjektivních ústavních práv (srov. II. ÚS 348/04, II.

WAGNEROVÁ, Eliška. Všeobecná deklarace lidských práv jako milník mezi epochami, *Jurisprudence*, č. 5, 2009.

¹²⁰ Srov. též KRATOCHVÍL, Jan. Judikovatelnost sociálních práv: nějaké mezery?, *Právník*, č. 11, 2007, s. 1161–1188.

ÚS 377/04 či IV. ÚS 2427/12). V prvních dvou citovaných případech však šlo o spojení s tvrzeným porušením jiného práva mimo režim čl. 41 odst. 1 (konkrétně čl. 36 odst. 1, resp. čl. 38 odst. 2 Listiny). Teprve ve třetím z uvedených případů ÚS vyhověl stížnosti namítající samotné porušení čl. 26 Listiny, přičemž k limitům daným čl. 41 odst. 1 se blíže nevyjádřil.

K přístupu nahlízejícímu na práva v režimu čl. 41 odst. 1 Listiny jakožto na ústavní subjektivní práva se naopak explicitně přihlásil Nejvyšší správní soud, když v rozsudku 4 Ads 134/2014 mj. uvádí, že *„jakkoli se tedy u práv sociálních jedná o práva svým charakterem odlišná od základních práv či práv politických, nelze jim upírat povahu ústavně zaručených subjektivních veřejných práv. Jejich odlišný charakter se projevuje tím, že se jedná o pozitivní závazky státu (veřejné moci) k určitému plnění, ať již v podobě poskytování dávek či jako zde vybudování a financování zařízení poskytujících služby potřebné k zajištění základních životních podmínek zdravotně postižených občanů. [...] volnost při volbě způsobu naplnění sociálních práv je [...] limitována výše uvedenými kautelami respektování esenciální podstaty sociálních práv (vyjádřené požadavkem na rovnost v důstojnosti, srov. čl. 1 Listiny základních práv a svobod), nediskriminace a racionality (tj. obecný zákaz svévole). V tomto smyslu a rozsahu tedy jsou sociální práva veřejnými subjektivními právy i soudně vymahatelnými nároky vůči veřejné moci“.*

Navzdory odlišným přístupům existuje určitá shoda na tom, že specifčnost práv vymezených v čl. 41 odst. 1 Listiny je zohledněna **ve zdrženlivějším přístupu**, pokud jde o přezkum zákonů regulujících oblast práv v režimu čl. 41 odst. 1 Listiny. Tímto zdrženlivějším přístupem je zmíněný **test racionality**. I k tomuto přístupu však existují výhrady, podle nichž by i s právy v režimu čl. 41 odst. 1 Listiny mělo být zacházeno zcela shodně jako s jinými právy, tedy zkoumat zásahy optikou obecného testu proporcionality.¹²¹

Spor se v zásadě vede o to, zda z čl. 41 odst. 1 Listiny dovozovat určité relevantní závěry pro interpretaci tam vymezených práv (srov. výše), nebo jejich interpretaci provést bez ohledu na uvedené ustanovení, a lidskoprávně zpochybňovat samotnou koncepci čl. 41 odst. 1 Listiny.

Zde se kloníme k přístupu nahlízejícímu na záruky zakotvené v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny nejen jako na

¹²¹ Srov. např. MUSIL, Jan. Soudní ochrana sociálních práv. In: GERLOCH, Aleš, ŠTURMA, Pavel. Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století v českém, evropském a mezinárodním kontextu, Auditorium, 2011, s. 76–78.

institucionální záruky v rovině objektivního ústavního práva, ale též jako na garanci ústavních subjektivních práv (podrobně srov. část VII. týkající se sociálních práv).

Počátky formulování testu racionality lze nalézt v rozhodnutí Pl. ÚS 61/04, kde Ústavní soud posuzoval zákonnou úpravu práva na stávku, tedy práva zakotveného v čl. 27 odst. 4, které se nachází v režimu čl. 41 odst. 1 Listiny. Ústavní soud v této souvislosti uvedl, že „*stanovení konkrétních podmínek výkonu tohoto práva, resp. jeho mezí pak Listina svěřuje zákonodárci, jež přitom požívá poměrně široký prostor pro uvážení. Zákonodárce však nesmí postupovat svévolně, což znamená, že zákonodárce musí, s výše uvedenou výjimkou (čl. 44 Listiny – pozn. aut.), respektovat princip rovnosti a stanovit meze práva na stávku stejně pro všechny případy, které splňují stanovené podmínky (čl. 4 odst. 3 Listiny). Zákonodárce nesmí postupovat ani nerozumně. Vzhledem k čl. 41 odst. 1 Listiny nemusí být zákonná úprava práva na stávku v přísném vztahu proporcionality k cíli, který je regulací sledován, tj. nemusí jít o opatření v demokratické společnosti nezbytné, jako je tomu například u jiných práv, jichž se lze dovolávat přímo z Listiny. Testem ústavnosti v tomto smyslu projde taková zákonná úprava, u níž lze zjistit sledování nějakého legitimního cíle a která tak činí způsobem, jež si lze představit jako rozumný prostředek k jeho dosažení, byť nutně nemusí jít o prostředek nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší. Zákonodárce konečně musí šetřit podstatu a smysl práva na stávku (čl. 4 odst. 4 Listiny). Zákonem tedy například nelze právo na stávku zcela zakázat nebo je omezit vůči osobám v jiných profesích nebo činnostech, než které vyjmenovává čl. 44, resp. čl. 27 odst. 4 Listiny. Nelze ani stanovit takové podmínky pro výkon tohoto práva, jejichž splnění by reálně nebylo možné, takže by se garance práva na stávku stala pouhou iluzorní proklamací“.*

O formulaci konkrétního testu v podobě určitého algoritmu se pokusil Ústavní soud v rozhodnutí Pl. ÚS 1/08 ve věci poplatků ve zdravotnictví. Podle Ústavního soudu pro posouzení ústavní konformity zákonné úpravy týkající se práv vymezených v čl. 41 odst. 1 Listiny je nutno:

- 1) vymezit **smysl a podstatu** dotčeného práva (esenciální obsah daného práva),
- 2) zhodnotit, zda se zákon nedotýká samotné **existence** sociálního práva nebo jeho **skutečné realizace (esenciálního obsahu)**, pokud ano, je omezení posuzováno testem proporcionality,
- 3) posoudit, zda zákonná úprava sleduje **legitimní cíl**,

- 4) zvážit, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je **rozumný (racionální)**, byť **nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší**.

První dva kroky testu mají tedy rozhodnout, zda bude zákon přezkoumáván testem proporcionality (je-li zasažen esenciální obsah daného práva). Samotná nižší intenzita přezkumu (racionalita) je obsažena v bodě 4 uvedeného testu a použije se v případě, že dané právo je sice zasaženo, nikoli však jeho esenciální obsah (tedy jeho podstata a smysl).

Nižší standard přezkumu chce tedy vyjádřit, že zásah nemusí být „v demokratické společnosti nezbytný“ a nebude tak optikou testu proporcionality zkoumáno, zda je zvolené řešení optimální, tak jak je to vyžadováno u jiných práv, nýbrž postačí, že stanovený legitimní cíl lze daným zvoleným prostředkem rozumně dosáhnout, byť si lze představit řadu lepších či účinnějších řešení, jak daného cíle dosáhnout. Tím je ponechán zákonodárné moci (potažmo politické reprezentaci) poměrně široký prostor pro rozhodování o tom, které řešení upravující oblast hospodářských a sociálních práv bude zvoleno; postačí, bude-li shledáno z ústavního pohledu jako **racionální, nikoli nutně optimální**.

V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 17/10 Ústavní soud ilustrativně uvádí, že „*při úvaze o použitelnosti principu přiměřenosti (proporcionality) však nelze nevidět, že v praxi Ústavního soudu nemusí být vždy tento princip hlavním kritériem úvahy o ústavnosti toho kterého zákonného ustanovení. To proto, že princip proporcionality se uplatňuje zejména v oblasti lidských práv a základních svobod (hlava druhá Listiny); v oblasti práv hospodářských, sociálních a kulturních je však třeba přihlídnout právě k čl. 41 odst. 1 Listiny otevírajícímu široký prostor pro zákonodárce při volbě nejrůznějších řešení. Vzhledem k čl. 41 odst. 1 Listiny nemusí být zákonná úprava v přísném vztahu proporcionality k cíli, který je regulací sledován, tj. nemusí jít o opatření v demokratické společnosti nezbytné, jako je tomu například u jiných práv, jichž se lze dovolávat přímo z Listiny (srov. však např. čl. 27 odst. 1, 2 a 3 Listiny a práva tam uvedená, jež nejsou článkem 41 odst. 1 limitována). Testem ústavnosti v tomto smyslu projde taková zákonná úprava, u níž lze zjistit sledování nějakého legitimního cíle a která tak činí způsobem, jež si lze představit jako rozumný prostředek k jeho dosažení, byť nemusí jít o prostředek nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší [...]. Jinými slovy řečeno, ustanovení čl. 28 Listiny je tak primárně vydáno zákonodárci k tomu, aby je naplnil konkrétním obsahem“.*

Test racionality a zejména jeho nejednotná a nedůsledná aplikace v judikatuře Ústavního soudu je však předmětem diskusí, polemik a oprávněné kritiky.¹²² Test racionality totiž někdy není aplikován, ačkoli by podle judikatury Ústavního soudu aplikován být měl, jindy je sice v rozhodnutí zmíněn, ale fakticky je právní úprava zkoumána přísnějšími kritérii.

V této souvislosti je nutno rozlišovat mezi samotnou *intenzitou racionality* (umožňující zdrženlivost soudu) na straně jedné, která v zásadě nemusí způsobovat aplikační problémy, a mezi *testem racionality*, jakožto algoritmem složeným ze čtyř kroků uvedených výše, na straně druhé, který naopak vyvolává řadu aplikačních nejasností zejména při určování onoho „esenciálního obsahu“ dotčeného sociálního práva a tedy stanovení, zda bude zásah posuzován přísněji (intenzitou proporcionality jako příkazu k optimalizaci), nebo mírněji (intenzitou racionality – rozumnosti).

Existuje však též určité riziko zdrženlivějšího přístupu Ústavního soudu k právům vymezeným v čl. 41 odst. 1 Listiny, které může představovat situace, kdy je konkrétní právo zařazeno v Listině do specifického režimu čl. 41 odst. 1 Listiny, ale zároveň je dané právo zakotveno v Úmluvě jakožto lidské právo bez jakýchkoli specifických pravidel pro jeho omezování. Jinak řečeno, nelze vyloučit, že ESLP bude mít přísnější měřítko na zásah do konkrétního práva garantovaného Úmluvou, než Ústavní soud u týchž práv ovšem spadajících do režimu čl. 41 odst. 1 Listiny. V praxi může jít o právo na informace o stavu životního prostředí a přírodních zdrojů (čl. 35 odst. 2) s ohledem na čl. 10 Úmluvy (resp. i čl. 17 Listiny), právo na vzdělání (čl. 33) s ohledem na čl. 2 Dodatkového protokolu č. 1 k Úmluvě, právo na stávkou (čl. 27 odst. 4 Listiny), které ESLP dovozuje ze svobody sdružovací (čl. 11 Úmluvy), či dokonce rovnost manželských a nemanželských dětí (čl. 32 odst. 3) s ohledem na čl. 14 Úmluvy (či přímo čl. 1 a 3 Listiny).¹²³

¹²² Srov. ANTOŠ, Marek. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům: „nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší“?, *Jurisprudence*, č. 6, 2014, s. 3 an., ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu, *Jurisprudence*, č. 4, 2015, s. 21–29, VYHNÁNEK, Ladislav. Proporcionálně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 3, 2014, s. 203 an.

¹²³ Zařazení čl. 32 odst. 3 do režimu čl. 41 odst. 1 Listiny je však zřejmě důsledkem omylu a redakční chyby při zpracování návrhu Listiny. Srov. PAVLÍČEK, Václav a kol. Ústava a ústavní řád České republiky, komentář, 2. díl, Práva a svobody, Linde, 1999, s. 258. Tudíž nejen teleologicky, ale i historickým výkladem lze dospět k tomu, že vůle ústavodárce byla zřejmě jiná než podřadit právo na rovnost manželských a nemanželských dětí režimu práv, kterých se lze domáhat pouze v mezích zákona.

V uvedených případech je případný zdrženlivý přístup Ústavního soudu vždy nutno konfrontovat s judikaturou ESLP, aby nižší standard přezkumu použitý Ústavním soudem nevedl k porušení Úmluvy. V případě kolize je nutno aplikovat standard vyšší navzdory dikci čl. 41 odst. 1 Listiny, resp. z něho odvozeného testu racionality.¹²⁴

Jinou otázkou pak je, že v některých případech může standard přísnosti vyžadovaný ESLP díky sebeomezení ESLP v mnoha oblastech (zejm. pomocí doktríny margin of appreciation) odpovídat sníženým nárokům testu racionality.

3.4.3. Vyloučení extrémní disproporcionality

V judikatuře Ústavního soudu se ještě předtím, než Ústavní soud formuloval test racionality, začíná objevovat v souvislosti s otázkami **daní, poplatků či peněžních sankcí** další možná intenzita přezkumu nazvaná jako test vyloučení extrémní disproporcionality. Prvním takovým rozhodnutím je nález týkající se změn sazeb zákonného pojištění odpovědnosti zaměstnavatele za škodu Pl. ÚS 7/03, ve kterém Ústavní soud formuloval možnost odlišné (zdrženlivé) intenzity v rámci testu proporcionality a určitá základní východiska, z nichž tento zdrženlivý přezkum vychází. Vše pak ještě rozvedl v nálezu Pl. ÚS 29/08 již s názvem „test vyloučení extrémní disproporcionality“ jakožto modifikování obecného testu proporcionality.

Z obou rozhodnutí vyplývá, že z ústavního principu dělby moci (čl. 2 odst. 1 Ústavy), jakož i z ústavního vymezení zákonodárné moci (čl. 15 odst. 1 Ústavy) plyne pro zákonodárce široký prostor pro rozhodování o předmětu, míře a rozsahu daní, poplatků a peněžních sankcí. Zákonodárce přitom nese za důsledky tohoto rozhodování politickou odpovědnost (k tzv. politickým otázkám srov. níže).

Veřejnoprávní povinné peněžité plnění tak

- nesmí mít vůči majetkovému substrátu jednotlivce **škrtící (rdousící) účinek**, tedy nesmí mít ve svých důsledcích **konfiskační** dopady ve vztahu k majetkové podstatě jednotlivce (vyloučení extrémní disproporcionality),
- musí obstát z hlediska zásady **rovnosti**, tedy nesmí být diskriminační.

¹²⁴ K tomu aspektu srov. odlišné stanovisko soudkyně Kateřiny Šimáčkové k nálezu Pl. ÚS 16/14 týkajícího se práva na vzdělání v kontextu nepřijímání dětí do mateřských škol v důsledku nedostatečného očkování.

Z hlediska vyloučení extrémní disproporčnosti daně tak Ústavní soud nebude např. rozhodovat o tom, zda je vhodnější stanovit sazbu daně z příjmu ve výši 20 či 30 procent. To je předmětem politického boje, volebního klání a parlamentních diskusí. Může však konstatovat konfiskační účinky daně, bude-li její výše extrémní, např. 90 procent. Záviset bude též na typu daně. Např. daň z nemovitosti ve výši 50 procent by vedla k tomu, že daňový poplatník by za dva roky zaplatil státu daň ve výši ceny nemovitosti, což by představovalo zmíněné konfiskační dopady a tedy likvidaci majetkové podstaty, která má být zdaňována. Zde pak půjde o rdousící účinek daně vedoucí k protiústavnosti předmětné daně.

Z hlediska rovnosti není problémem samotná výše daně, ale nerovné vymezení subjektů, které jsou zdaněny, či obecně předmětu daně, popř. svévolného stanovení různých sazeb daně pro různé subjekty apod. Tedy např. daň ve zcela zanedbatelné výši nebude mít sice rdousící efekt z hlediska intenzity zásahu do majetkových práv; pokud však bude zákonem vymezeno, že daňovým poplatníkem této daně budou pouze osoby určité barvy pleti či určitého vyznání, půjde o porušení rovnosti.

Dodržení principu rovnosti, resp. zákazu diskriminace však není nutné formulovat jako integrální součást jakéhokoli testu přezkumu, neboť žádná právní regulace či jiné akty veřejné moci nesmějí být diskriminační, tj. požadavek rovnosti musí platit vždy. Součástí různých testů by tak mělo být spíše zvažování přísnosti přezkumu pro zdůvodnění samotného odlišného zacházení v různých situacích, resp. z různých důvodů (např. odlišná intenzita přezkumu při odlišném zacházení z důvodu rasy, na straně jedné, a z důvodu výslovně neuvedeného jako důvod zakázaného rozlišování, na straně druhé – srov. též část IV.).

Test vyloučení extrémní disproporcionality je v judikatuře Ústavního soudu zmiňován jako varianta testu proporcionality. Jindy jsou však podobné otázky řešeny testem racionality. Z uvedeného lze vysledovat dva možné názorové proudy v judikatuře ÚS, kdy

- 1) v jednom je test proporcionality vnímán jako univerzální test, který ovšem může mít dvě intenzity, a to a) příkaz k optimalizaci (tj. přísná intenzita hledající optimální vyvážení konkurujících zájmů) a b) vyloučení extrémní disproporcionality (tj. mírná intenzita vedoucí ke zdrženlivosti soudu a korigující jen extrémní nepřiměřenost), přičemž samotný test racionality je vnímán jako cizorodý prvek, který není potřebný;

- 2) ve druhém přístupu naopak není test proporcionality pojmán jako jediný univerzální test přezkumu (ať již uplatňovaný v jedné či dvou intenzitách), ale je vedle něj zaveden a aplikován další alternativní výše popsaný test racionality.

3.4.4. Intenzity přezkumu a dělba moci

Odlišné zacházení s některými právy je úzce provázáno s problematikou dělby moci, kdy v určitých oblastech naznačených výše v souvislosti s testem racionality a testem vyloučení extrémní disproportionality je možnost moci soudní korigovat výsledky činnosti moci zákonodárné nižší, resp. moc soudní (v podobě Ústavního soudu) obecně zdrženlivější.

Právo na „přiměřené“ zabezpečení ve stáří či při nezpůsobilosti k práci není na ústavní úrovni únosným způsobem soudně vynutitelné bez existence prováděcí zákonné úpravy, která onu přiměřenost zakotví a vymezí tak např. systém a výši starobních důchodů či invalidních důchodů. Podobně to platí u práva na „spravedlivou“ odměnu za práci či práva na „uspokojivé“ pracovní podmínky a řady dalších. Vymezení ústavních nároků jakožto práv na plnění (status positivus) pomocí velmi neurčitých pojmů je poměrně typické právě u sociálních práv. Stanovit na ústavní úrovni konkrétní podobu důchodového systému či systému různých sociálních dávek či pracovněprávních nároků (např. věk odchodu do důchodu, výše důchodu, míry pravidelné valorizace apod.) je jednak nereálné, jednak riskantní z hlediska možností a schopností státu svým povinnostem dostát, např. při změně ekonomické situace státu.

Podobně je zdrženlivý přístup moci soudní při **hodnocení tzv. veřejných politik** namísto v oblasti daňové či poplatkové, jak bylo uvedeno v souvislosti s testem vyloučení extrémní disproportionality. Jak uvedl Ústavní soud ve výše zmiňovaném nálezu Pl. ÚS 29/08, *„posuzování protiústavnosti daní z hlediska tří základních funkcí daní a daňového systému, a to funkce alokační, distribuční a stabilizační [...], náleží do kompetence demokraticky zvoleného zákonodárce. Pokud by k němu Ústavní soud přistoupil, vstupoval by do pole jednotlivých politik, jejichž racionalitu nelze z hlediska ústavnosti dost dobře hodnotit. Efektivitu daní Ústavní soud rovněž zpravidla nepřezkoumává s výhradou těch případů, kdy by neefektivita určité daně založila zřejmou nerovnost v daňovém zatížení jednotlivých tuzemců. Ústavnímu soudu přísluší jen přezkoumávat, zda daná daňová opatření nezasahují do ústavně garantovaného majetkového substrátu vlastníka, resp. zda je nelze považovat za bezdůvodně se přičící principu rovnosti, tj. za svévolná“*. Dále

Ústavní soud dodal, že „*nebude svým úsudkem o vhodnosti veřejných politik nahrazovat úsudek demokraticky zvoleného zákonodárce, který má ve sféře veřejných politik široké možnosti uvážení, a také za případný neúspěch zvoleného řešení nese politickou odpovědnost. Jinými slovy, zákonodárce může v daňové oblasti činit i neracionální kroky, což ovšem ještě není důvod k zásahu Ústavního soudu. Ten zasáhne až tehdy, dojde-li k omezení vlastnického práva v intenzitě tzv. rdousícího efektu anebo dojde-li k porušení principu rovnosti*“.

Stejně tak otázka „spravedlivé“ odměny, „uspokojivých“ podmínek, „přiměřeného“ zabezpečení, otázka koncepce školství, zdravotnictví, sociálních služeb atd. je z velké části otázkou **politického rozhodování**, otázkou trvalých politických bojů mezi pravicí a levicí, mezi liberálním a sociálním pojetím ekonomiky, mezi více liberálním či více sociálním státem. Spojenou nádobou (z hlediska možností financování řady nároků na stát) jsou nutně potom zmíněné otázky daňové, tedy nejen stanovení toho, jaké daně se v právním řádu zakotví, kdo bude jejich poplatníkem, ale též samotná výše té které daně.

Obecně jde o problematiku, jejíž řešení nemá být primárně svěřeno moci soudní, nýbrž moci zákonodárné. Jinak řečeno jde o téma pro programy politických stran, pro předvolební či povolební diskuse, pro politická vyjednávání, pro politické debaty v parlamentu. Jde tedy o otázky, které bývají označovány též jako otázky politické („political question“). V kontextu právních systémů, kde si vrcholné soudy mohou tzv. vybírat kauzy k projednání (typicky systém certiorari v USA), může být doktrína politických otázek důvodem pro neprojednání určitého případu. Tam, kde možnost selekce podání v této podobě neexistuje, bude doktrína politických otázek důvodem nikoli k nepřijetí věci (šlo by o *denegatio iustitiae*), nýbrž důvodem k určité míře zdrženlivosti soudů zakomponované právě v určitém nižším standardu pro přezkum ústavnosti. V judikatuře Ústavního soudu je tudíž pojem „politická otázka“ pojímán poněkud odlišně, než jak jej známe např. z praxe USA.

Pokud by bylo se všemi ústavně zaručenými právy zacházeno stejně (tj. legitimita zásahů by byla zkoumána testem proporcionality v podobě příkazu k optimalizaci), byly by soudy (zejm. Ústavní soud) postaveny před úkol nalézt optimální vyvážení konkurujících si zájmů či práv, což by v konečném důsledku mohlo vést k tomu, že moc soudní, nikoli moc zákonodárná, bude utvářet optimální model důchodového systému, veřejných financí, sociálního systému, optimální model školství, zdravotnictví, opti-

mální hospodářskou a daňovou politiku státu apod. (k soudnímu přezkumu sociálních práv srov. též část VII., kap. 5.). Nižší standard přezkumu, resp. zdrženlivost moci soudní, pokud jde o přezkum prováděcí legislativy k sociálním a hospodářským právům, resp. přezkum zásahů do těchto práv, stejně tak přezkum daňové a poplatkové legislativy je tedy nezbytným důsledkem principu dělby moci. Soudy tak mohou ohlídat pouze extrémní situace (typicky zda nedošlo k popření podstaty a smyslu určitého práva často spojené s konceptem lidské důstojnosti), nikoli hledat optimální uspořádání společenských vztahů. V opačném případě by nebylo ve volbách o co soupeřit.

Vývoj ukáže, zda se v judikatuře ÚS postupně etabluje jeden mírnější standard přezkumu, jakožto alternativa ke klasickému testu proporcionality (v podobě příkazu k optimalizaci), ať již bude tento standard používat kritérium racionality (tj. úprava musí být alespoň rozumná, byť ne nutně nejlepší či nejúčinnější), nebo vyloučení extrémní disproporcionality (tj. úprava nemusí být přiměřená, stačí, nebude-li extrémně nepřiměřená).

V případě zachování obou výše uvedených zdrženlivých standardů je nutno postupně v judikatuře Ústavního soudu nejen ujasnit rozdíl mezi nimi, ale zejména vymezit, ve vztahu ke kterým právům, popř. typům zásahů budou užívány, neboť ani v tomto zatím není jasná shoda.¹²⁵

3.5. Subsidiarita přezkumu zásahu do základních práv

3.5.1. Subsidiarita přezkumu ze strany Evropského soudu pro lidská práva – právo na účinný prostředek nápravy na vnitrostátní úrovni

Intervence ze strany ESLP ve vztahu k namítaným zásahům do Úmluvou zaručených práv by měla nastupovat vždy subsidiárně, tedy základní roli by při ochraně lidských práv měly hrát členské státy. Teprve při jejich selhání nastupuje přezkumný mechanismus ESLP.

Aby byl efektivně naplňován princip subsidiarity, je členským státům výslovně uložena povinnost zakotvit ve svém právním řádu procesní prostředky, kterými je možno se proti případnému porušení práv zakotvených

¹²⁵ Navzdory snaze formulovat test racionality jako obecný algoritmus přezkumu pro práva vymezená v čl. 41 odst. 1 Listiny je v některých nálezech ve vztahu k těmto právům aplikován test vyloučení extrémní disproporcionality. Srov. např. nálezy vztahující se k čl. 30 odst. 1 Listiny, kdy nález Pl. ÚS 54/10 používá test racionality, zatímco nález Pl. ÚS 8/07 test vyloučení extrémní disproporcionality. Jindy je naopak použit klasický přísný test proporcionality, ačkoli jde o právo v režimu čl. 41 odst. 1 (ve vztahu k čl. 26 Listiny jde o nálezy Pl. ÚS 38/04 a Pl. ÚS 35/08).