

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta

Zdeněk Červínek

Princip proporcionality v judikatuře Ústavního soudu ČR

Diplomová práce

Olomouc 2012

„Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma Princip proporcionality v judikatuře Ústavního soudu ČR vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.“

Ve Zlíně, dne 29.11. 2012

Zdeněk Červínek

Na tomto místě bych rád poděkoval všem mým blízkým za pomoc a podporu jak při studiu, tak při zpracování této diplomové práce, zvláště pak mému dědečkovi za pomoc s překlady.

„Nechceme žít pod vládou jiných lidí, ale pod vládou práva a řádu!“

Vojtěch Cepl: Vzkaz Vojtěcha Cepla

Obsah

1. Úvodem.....	6
2. Ospravedlňují zvláštnosti norem ústavního práva zvláštní metodologii jejich výkladu? 11	11
3. Právní principy-doktrinální cesta k principu proporcionality.....	13
3.1. Obecné poznámky k pojmu právního principu.....	13
3.2. Dworkinova teorie právních principů.....	14
3.2.1. Principy jako platné právo.....	14
3.2.2. Principy a politiky	15
3.2.3. Rozdíl pravidla v. principy-rozdíl logický.....	15
3.3. Alexyho teorie principů.....	18
3.3.1. Pravidla a principy jako variace na právní normu.....	18
3.3.2. Principy jsou příkazy k optimalizaci ve vztahu k právním a skutkovým možnostem. 18	18
3.3.3. Pravidla jako pevné body v rámci právního řádu.....	19
3.3.4. Rozdíl pravidla v. principy-rozdíl logický II.....	20
3.3.5. Prima facie rovnocennost mezi principy a politikami.....	22
3.4. Na závěr-Proč kritika Dworkinovy a Alexyho teorie neodůvodňuje jejich zavržení?	22
4. Doktrinální vymezení principu proporcionality.....	25
4.1. Princip proporcionality v díle Roberta Alexyho.....	25
4.1.1. Obecně o principu proporcionality a jeho spojení s teorií principů (základními právy a veřejnými zájmy).....	25
4.1.2. Paretovo optimum.....	26
4.1.3. Princip vhodnosti.....	26
4.1.4. Princip potřeby.....	27
4.1.5. Princip proporcionality v úzkém slova smyslu	28
4.1.6. Pořadí jednotlivých kroků v rámci principu proporcionality.....	32
4.2. Princip proporcionality v díle P. Holländera.....	33
4.3. Srovnání obou přístupů.....	35
5. Princip proporcionality v judikatuře Ústavního soudu ČR.....	36
6. Princip proporcionality jako příkaz k optimalizaci.....	38
6.1. Vývoj testu proporcionality v řízení o kontrole norem.....	38
6.1.1. Od Anonymního svědka až dodnes.....	38
6.1.2. Test minimalizace zásahu	42
6.2. Vývoj testu proporcionality v řízení o individuální ústavní stížnosti.....	44
6.2.1. První pokusy kontra ad hoc poměrování.....	44
6.2.2. Iniciativa soudkyně E. Wagnerové.....	45
6.2.3. Test proporcionality v aplikační praxi napříč senáty.....	48
6.3. Syntéza-Závěrem-(Pouze) pár kritických poznámek	52
7. Hledisko intenzity přezkumu jako kritérium pro dekonstrukci univerzální struktury a obsahu testu proporcionality	56
7.1. Příkaz k optimalizaci jako paradigma ústavního práva.....	56
7.2. Vývoj testu proporcionality v intenzitě vyloučení toliko extrémní disproportionality, aneb vede výjimka k modifikaci paradigmatu?.....	56
7.2.1. Jedna vlašťovka jaro nedělá.....	56
7.2.2. Modifikace paradigmatu-vytvoření dvojí intenzity testu proporcionality.....	61
7.2.3. Uplatnění doktríny self-restraint v rámci testu proporcionality.....	62
7.3. Test racionality.....	63
7.3.1. Specifika sociálních práv, resp. práv socioekonomických.....	63

7.3.2. Metodologie přezkumu sociálních práv–vývoj testu racionality.....	64
7.3.3. Problematické aspekty testu.....	67
8. Závěr.....	70
8.1. Univerzalita testu proporcionality co do struktury a obsahu	70
8.2. Modifikace paradigmatu směřující k vytvoření soustavy testů ústavnosti.....	71
8.3. Metodologické okénko, aneb předvídatelnost a transparentnost především.....	74
8.3.1. Teorie kontra praxe.....	74
8.3.2. Správné posouzení kolidujících hodnot jako podmínka sine qua non správného řešení	75
8.3.3. „Nechceme žít pod vládou jiných lidí, ale pod vládou práva a řádu!“.....	77
9. Použité zdroje.....	78
9.1. Monografie a odborné články.....	78
9.2. Judikatura.....	81
9.2.1. Judikatura Ústavního soudu ČR–nálezy plenární.....	81
9.2.2. Judikatura Ústavního soudu ČR–nálezy senátní.....	82
9.2.3. Judikatura Spolkového ústavního soudu SRN.....	83
9.3. Právní předpisy.....	83
9.4. Ostatní.....	84
10. Abstrakt a seznam klíčových slov.....	85
10.1. Abstrakt/Abstract.....	85
10.2. Klíčová slova/Key words.....	86

1. Úvodem

Má diplomová práce si v nejobecnější rovině bere za cíl popsat vývoj uplatnění principu proporcionality v judikatuře Ústavního soudu České republiky (dále též ÚS) od jeho počátků až do současnosti.

Princip proporcionality je jednou z hlavních argumentačních metod uplatňovaných ÚS při aplikaci ústavy. Soud jím řeší kolize základních práv¹ s jinými ústavně chráněnými hodnotami – jinými základními právy nebo veřejnými zájmy. Spočívá v nalezení přiměřené rovnováhy mezi zásahem do základního práva a intenzitou důležitosti svědčící ve prospěch kolidující ústavou aprobované hodnoty.

Princip proporcionality se vyvíjel paralelně dvěma cestami, judiciální a doktrinální.² Zvláštností je, že obě cesty dovozují existenci principu proporcionality z principu materiálního právního státu, ačkoli každá jiným způsobem. Cesta judiciální spočívala v rozhodovací praxi nově vznikajících evropských ústavních soudů (zejména Spolkového ústavního soudu SRN), které se musely po 2. světové válce vypořádat s novým paradigmatem ústavního práva-přímou aplikovatelností ústavy. Problematický aspekt teze o přímé aplikovatelnosti ústavy spočívá v samotné povaze ústavních norem typických svou obecností.³ Ústava zároveň konstituuje základní hodnotový řád společnosti, tyto hodnoty však nejsou bezrozporné a zhusta si v cílech, k nimž směřují, odporují. Ústavní soudy byly, pod tíhou těchto okolností, nuceny vyvinout nové instrumentarium interpretace ústavních norem.

1 V této práci používám souhrnného označení základní práva jak pro základní práva, která jsou zpravidla spojena s určitou procedurou uplatnění vůči veřejné moci (např. právo volební), tak svobody, představující určitý prostor chráněný veřejnou mocí „před zásahy z vnějšku“ (např. osobní svoboda). Podstatné není označení nýbrž obsah práva. Pro tuto práci je podstatná souhrnná charakteristika: jejich smyslem je chránit občana proti státu, představují objektivní hodnotový řád společný všem oblastem práva v souladu, s nímž je třeba interpretovat a aplikovat celý právní řád. Z toho důvodu můžeme oba pojmy zahrnout pod jeden společný pojem základních práv. FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V. *Zákon o Ústavním soudu. komentář*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007, s. 499. Pojem základní práva mimo jiné odpovídá termínu „*constitutional rights*“ užívaný R. Alexym, z jehož chápání principu proporcionality v této práci vycházíme. Srov. marg. č. 60.

2 HOLLÄNDER, Pavel. Zásada proporcionality: Jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh? Na příkladech veřejných dober a základních práv kolidujících s právem na soukromí. In: Šimíček, Vojtěch (ed.): *Právo na soukromí*. Brno: Masarykova univerzita, 2011. s. 22 an.

3 HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace: oblédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 9, 49 – 51.

Cesta doktrinální je úzce navázaná na právně ontologické úvahy o pojmu práva a právní normy. Začíná Dworkinovou polemikou⁴ s Hartovou teorií právního pozitivismu. Dworkin staví svou kritiku na tom, že kromě pravidel existují i jiné standardy právní, principy. Principy, stejně jako pravidla, jsou právní normou, nicméně normou zvláštní struktury nadané dimenzí závažnosti. Tato zvláštnost ospravedlňuje odlišný přístup k řešení kolizí principů od kolizí pravidel, a to jejich vzájemným poměřováním. Dworkin tedy přistoupil od úvah ontologických k úvahám právně gnoseologickým o tom, jakým způsobem právo nalézáme a interpretujeme.⁵

Na Dworkinovy myšlenky navazuje R. Alexy,⁶ který svou tezí, že „principy jsou příkazy k optimalizaci“ ovlivnil vývoj ústavního práva na celém světě. Alexyho přínos spočívá zejména v tom, že svou teorii principů ztotožnil s teorií základních práv, čímž učinil základní práva schopná poměřování⁷ metodou proporcionality. Alexy je zároveň autorem, který odstartoval světovou diskusi nad možností interpretace základních práv metodou proporcionality. Kromě mnoha následovníků má jeho teorie také mnoho odpůrců. Diskuse nad Alexyho teorií se vede v rovině právně filosofické a pro její postižení v této práci není dostatek prostoru. Uvedme pouze, že společným jmenovatelem námitek odpůrců je zejména subjektivismus poměřování a nízká míra právní jistoty plynoucí z aplikace principu proporcionality.⁸

Tyto výtky se více či méně linou celým mým textem, protože směřují k jádru principu proporcionality jako metodologie nalézání práva, a tedy, že jejím hlavním cílem je „zajištění předvídatelnosti soudcovského rozhodování a tím i omezení volné úvahy soudce při aplikaci práva.“⁹

V této práci se zaměřuji na podstatné úseky obou cest-jak doktrinální, tak judiciální, neboť problematika právní metodologie zřetelně ukazuje, jak důležitá je teorie práva pro právní praxi.

4 DWORKIN, Ronald, M. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenth, 2001.

5 MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 5 – 6.

6 ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

7 Domnívám se, že Dworkinově a Alexyho teorii by lépe „slušel“ překlad „vážení“ než „poměřování“. Česká terminologie bezvýjimečně používá v souvislosti s principem proporcionality termín „poměřování“, budu se tedy snažit tohoto úzu držet. Nicméně v některých pasážích mi přišlo vhodnější použít termínu „vážení“. Budu tedy tyto termíny používat jako synonyma.

8 Z kritiků uvedme zejména Jürgena Habermase, s nímž Alexy ve svých dílech často polemizuje. Podrobněji např. HOLLÄNDER, Pavel. Kolaps „soudcovského státu“: Běží odpočítávání? In HLOUŠEK, V., ŠIMÍČEK, V. (eds). *Dělba soudní moci v České republice*. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 16 an.

9 MELZER: *Metodologie nalézání práva.*, s. 9.

Nutno podotknout, že v České republice šel vývoj principu proporcionality dlouhou dobu pouze cestou vývoje judiciálního. Princip proporcionality se v České republice začal prosazovat díky aktivitě ÚS, který jej považuje za „nepřepsané ústavní pravidlo“.¹⁰ Toto pravidlo je implicitně v ústavním právu přítomné prostřednictvím principu materiálního právního státu a jím zakotveného primátu ochrany základních práv. Spočívá v příkazu, že zásahy do základních práv by měly být přiměřené okolnostem konkrétního případu a ostatním ústavně chráněným hodnotám. Toto pravidlo se v rozhodování ÚS projevuje ve formě konkrétního testu ústavnosti zásahů do základních práv.

Struktura testu proporcionality byla ÚS poprvé vymezena v kauze *Anonymní svědek*.¹¹ ÚS v tomto rozhodnutí vytvořil test spočívající v postupném testování kritérií vhodnosti, potřebnosti a poměrování, v jehož rámci se uplatňuje kromě vážící formule též test minimalizace zásahu do základních práv. Princip proporcionality se od nálezů v této věci stal jednou ze základních argumentačních metod používaných ÚS při přezkumu ústavnosti zásahů do základních práv.

Judiciální vývoj nebyl dlouho českou doktrínou vůbec reflektován. Světlymi výjimkami byly pouze práce P. Holländera¹² a D. Kosaře.¹³ Mé názory na problematiku principu proporcionality byly zpočátku formovány právě těmito pracemi a vyplývá z nich i uchopení této práce, neboť ta se ve své podstatě zaměřuje zejména na testování závěrů, k nimž oba autoři docházejí.

P. Holländer ve svém díle¹⁴ rozebírá základy doktrinárního i judiciálního utváření testu proporcionality, a to jak v České republice, tak v zahraničí (zejména ve SRN). Dochází k závěru, že test proporcionality v judikatuře ÚS se projevuje v podobě naznačené R. Alexym, tedy v intenzitě příkazu k optimalizaci. Toto pojetí principu proporcionality je natolik ustáleno, že představuje paradigma ústavního práva. Holländer se dále pozastavuje nad nálezem ve věci *Odpovědnosti zaměstnavatele za škodu*,¹⁵ v němž ÚS k řešení kolize základního práva a veřejného zájmu (též veřejného dobra) nepřistupoval metodou příkazu k optimalizaci, nýbrž aplikoval metodu proporcionality v intenzitě vyloučení toliko extrémní disproporcionality. ÚS tak

10 Nález Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 *Prezidentské veto*. Dále pouze *Prezidentské veto*.

11 Nález Ústavního soudu ze dne 12.10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94 *Anonymní svědek*. Dále pouze *Anonymní svědek*.

12 HOLLÄNDER: *Ústavněprávní argumentace*, s. 21 – 23 a 69 - 72. HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 1. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 139 an.

13 KOSAŘ, David. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, č. 1, s. 3 an.

14 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 139 an.

15 Nález ÚS ze dne 18.8. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 7/03 *Odpovědnost zaměstnavatele za škodu*.

implicitně opustil univerzalitu testu proporcionality spočívající v příkazu k optimalizaci. Otázkou tedy podle Holländera je, zda tato výjimka vede k modifikaci paradigmatu řešení kolizí základních práv a určité skupiny veřejných zájmů? Resp. zda toto rozhodnutí není pouhým excesem a tento přístup se v judikatuře ÚS neprosadí?

Dosud nejúplnějším zhodnocením judikatury ÚS týkající se principu proporcionality je článek D. Kosaře.¹⁶ Výchozím bodem jeho příspěvku je, že nedostatky v judikatuře ÚS vycházejí zejména z nedostatečné tenze mezi praxí ÚS a doktrínou, které se snaží svým příspěvkem dosáhnout. Kosař jako hlavní nedostatky judikatury ÚS označuje to, že:

- 1) ÚS aplikuje testy proporcionality v odlišné struktuře v řízení o kontrole norem a v řízení o (individuální) ústavní stížnosti.
- 2) zařazení testu minimalizace zásahu do základních práv a jeho funkce (obsah) v rámci testu proporcionality jsou nejasné.
- 3) v řízení o ústavní stížnosti chybí předvídatelná vážící formule. Soudem aplikovaná vážící formule spočívající v příkazu *in dubio pro iustitia* jako objektivní kritérium rozhodování neobstojí. Jako řešení tohoto problému Kosař doporučuje přijmout variaci na Alexyho vážící formuli v řízení o ústavní stížnosti a obecně navrhuje sjednocení testů pro oba typy řízení s modifikacemi odůvodněnými jejich zvláštnostmi.

Při zpracovávání této práce jsem byl nucen doplnit tyto hypotézy, neboť v judikatuře ÚS se objevil nový fenomén, a to tzv. test racionality,¹⁷ jímž ÚS testuje ústavnost zásahů do sociálních práv. Podíváme se tedy i na aplikaci tohoto testu a zejména jeho vztah k principu proporcionality.

K prověření těchto tezí jsem využil zejména metody analyticko-logické. Teoretická část, týkající se doktrinálního formování principu proporcionality je založena zejména na literatuře. V této pasáži jsem se snažil konfrontovat různé názory na teorii právních principů a v závěru formulovat názor vlastní (syntéza). Pasáž týkající se samotného teoretického vymezení principu proporcionality jsem pojal více dogmaticky, neboť rozsah práce neumožňuje hlouběji konfrontovat zejména dílo R. Alexyho s názory jeho kritiků. Výklad je proto zaměřen pouze na

16 KOSAŘ: *Kolize základních práv*, s. 3 an.

17 ONDŘEJEK, Pavel. Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv. *Jurisprudence*, 2012, roč. 21, č.1, s. 17 - 18.

dílo R. Alexyho a P. Holländera, kteří podle mého názoru mají největší vliv na formování metody principu proporcionality v České republice.

V kapitolách rozebírajících samotnou judikaturu ÚS, které jsou jádrem celé práce, jsem také uplatnil analytický přístup a na základě rozboru judikatury hledám odpovědi na výše položené otázky a případně označuji jiné problematické aspekty rozhodovací praxe ÚS.

Kromě metody analyticko-logické jsem v práci využil, byť v míře omezené, i přístup komparativní. Je jisté, že podoba principu proporcionality v ČR je silně ovlivněna jak německou teorií, tak praxí Spolkového ústavního soudu. Kromě jiného probleskuje v judikatuře týkající se zejména testu racionality i inspirace z praxe Nejvyššího soudu USA. V podstatných částech jsem se snažil vysvětlit i průměty těchto inspiračních zdrojů do rozhodovací praxe ÚS.

Závěrem bych rád poděkoval nakladatelství Leges, které mi umožnilo tuto práci obohatit o mnoho důležitých informací tím, že mi poskytlo publikaci P. Ondřejka týkající se principu proporcionality před dnem její oficiální publikace.¹⁸

18 ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, text měl vyjít počátkem listopadu 2012, citováno podle verze poskytnuté nakladatelství před oficiální publikací.

2. Ospravedlňují zvláštnosti norem ústavního práva zvláštní metodologii jejich výkladu?

Právní reflexe hrůz 2. světové války, kterým nezabránilo ani pozitivní zakotvení základních práv v ústavě Výmarské republiky, přinesla spolu s obrozením přirozenoprávního myšlení, i prosazení francouzských a amerických teorií o přímé závaznosti ústavních norem. V evropském prostředí byly tyto tendence ještě umocněny přijetím Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, která kromě katalogu základních práv zakotvuje i specifický mechanismus jejich ochrany. Prosazují se také nové demokratické instituce, ústavní soudy, zřízené za účelem aplikace ústavy.¹⁹ Ty jsou nutně konfrontovány s potřebou vhodné metodologie její interpretace a aplikace.²⁰ Nalezení této metodologie nutně předchází otázka, zda je „z pohledu interpretačních metod ústava totožná se zákonem anebo nikoli“?²¹ Tedy zda jsou na ústavu aplikovatelné klasické metody výkladu práva?

V české doktríně tyto otázky akcentuje zejména J. Filip,²² který se domnívá, že „[v]ýklad ústavy [...] by se měl řídit stejnými pravidly, jaká platí pro ostatní právní předpisy.“ Ústava je přeci jen zákonem (byť základním) a její vlastnosti nejsou dostatečným důvodem, proč bychom měli k jejímu výkladu *a priori* přistupovat odlišně.²³

Opačného názoru je P. Holländer, který české diskusi tlumočí názory E. Böckenfördeho. Böckenförde odmítá tezi o shodné povaze ústavy a zákona. Naopak konstatuje, že ústava je charakteristická svou obecností, neúplností a faktem, „že zejména v části zakotvující základní práva a svobody obsahuje toliko principy a nikoli normy“.²⁴

Klasická výkladová pravidla byla vyvíjena a uzpůsobena pouze výkladu pravidel, nikoli principů, jsou proto pro interpretaci a aplikaci norem ústavního práva nevhodná. Paradigma

19 HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace*, s. 50 – 51. HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*, s. 158 – 159.

20 HOLLÄNDER: *Ústavněprávní argumentace*, s. 49. HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 160.

21 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 159.

22 FILIP, Jan. *Ústavní právo české republiky. 1. Základní pojmy a instituty*. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2003, str. 302 an.

23 FILIP: *Ústavní právo české republiky*, s. 302 – 303.

24 Zapojíme-li tuto tezi do širších souvislostí, dojdeme k tzv. Böckenfördeho paradoxu. Proti konstatované neúplnosti až vágnosti ústavy stojí paradigma „přímé aplikovatelnosti ústavy, jež ale předpokládá existenci aplikace schopné normy.“ Na ústavní úrovni se tím posouvá řešení problému „napětí mezi principem denegationis iustitiae a mezi, z povahy věci plynoucí, neúplností psaného práva. HOLLÄNDER: *Ústavněprávní argumentace*, s. 9, 49. HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 160.

přímé aplikovatelnosti ústavy tedy dává vzniknout potřebě nové metodologie výkladu ústavního práva. Tuto potřebu, ryze praktickou, reflektovala jak právní praxe ústavních soudů, tak právní teorie. Vývoj nové metodologie řešení kolizí ústavně chráněných hodnot spočívající v principu proporcionality tedy probíhá na dvou frontách – judiciální a doktrinální.

3. Právní principy-doktrinální cesta k principu proporcionality

3.1. Obecné poznámky k pojmu právního principu

Pojem právního principu je pojmem obtížně definovatelným, byť právní praxí i doktrínou hojně užívaný.²⁵ Praxe ani doktrína, česká ani zahraniční, prozatím nedospěla ke konsenzu ve vymezení pojmu právní princip.²⁶

Pojednává-li se v odborné literatuře o právních principech, většinou se právní principy vymezují jako opak jiných standardů.²⁷ Doktrinální pojednání v tomto směru stíhá jak nejasnost vymezení jejich vzájemného vztahu, a to zejména k hodnotám,²⁸ tak nekonzistentní terminologie.²⁹ Nejčastěji se tak do vzájemného protikladu staví právní princip a právní norma³⁰ či pravidlo³¹.

Rozlišování mezi principy a normami či pravidly je ovlivněno chápáním pojmu právní norma v díle jednotlivých autorů. V dalším výkladu budeme sledovat pouze linii rozlišení principů a pravidel, která je pro nás relevantní z hlediska doktrinálního vymezení principu proporcionality.

V odborné literatuře se lze setkat též s rozlišením principů a zásad. Principy jsou „nejobecnější právní zásady stěžejní povahy“ charakterizující základ právního systému a utvářející strukturu práva. Právní principy jsou společné celému právnímu řádu. O zásadách můžeme říci

25 KÜHN, Zdeněk. Pojem a role právního principu. In BOGUSZAK, Jiří (ed). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 92.

26 BOGUSZAK, Jiří. Právní principy, hodnoty, finalita. In BOGUSZAK, Jiří (ed). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 23. Z pokusů o vymezení pojmu právní princip v české odborné literatuře uveďme zejména TRYZNA, Jan. *Právní principy a právní argumentace: k vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010, s. 165 an. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře*. 1. vydání. Praha: Karolinum, 2002, s. 136 – 137. KÜHN: *Pojem a role právního principu*. s. 92.

27 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 142.

28 Rozdíl mezi principy a hodnotami spočívá v deontologickém charakteru principů a axiologickém charakteru hodnot. ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 92. „Princip je vymezen znakem své logické struktury (tj. mětím, povinováním), hodnota pak obsahem (explicitním označením dobra).“ HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 142 – 143.

29 Namísto termínu princip se v odborné literatuře promiscue používá termínů hodnoty, cíle, zájmy, základní práva, formule či břemeno argumentace. Spolkový ústavní soud namísto pojmu princip používá pro změnu pojmy jako povinnost, potřeba, základní právo, nárok nebo zájem. ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 44 – 45, 50.-51.

30 GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2000, s. 20, 34 – 35.

31 ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 45. WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 80 – 81. DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 43 – 44. (máme na mysli jeho pojetí principu v širším slova smyslu – viz kapitola 3.2.2.).

totéž co o principech s jedinou výjimkou, zásady nejsou společné celému právnímu řádu, nýbrž se považují za „právní kánon odvětvový“.³²

3.2. Dworkinova teorie právních principů

3.2.1. Principy jako platné právo

Dworkin se na pozadí diskuse o pojmu práva snaží zformulovat kritiku vládnoucí teorie práva, teorie právního pozitivizmu,³³ v podobě prezentované H. L. A. Hartem. Kritiku zakládá na ideji individuálních práv, která je, lapidárně řečeno, založena na myšlence, že jednotlivci mohou být nadáni právy, „která předcházejí práva vytvořená jasně formulovanou legislativou“.³⁴

Dworkin analyzuje rozhodování soudů v tzv. obtížných případech (*hard cases*),³⁵ pro jejichž rozhodnutí pravidla chybí nebo jsou nejasná. Ve své argumentaci vycházejí ze standardů svými vlastnostmi odlišnými od právních pravidel, principů. A to i takových, které nejsou zakotveny ani psaným právem, ani obyčejovou normotvorbou či zobecněním doktríny.³⁶ Soud s principy nakládá a je jimi vázán jako platným právem. Soudce je povinen k těmto standardům přihlížet

32 PINZ, Jan. Právní principy, zásady a legis ratio. In BOGUSZAK, Jiří (ed). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 112 – 113.

33 Právní pozitivismus Dworkin definuje jako teorii, „podle níž jednotlivci mají zákonná práva, jen pokud tato práva byla vytvořena explicitními politickými rozhodnutími nebo explicitní společenskou praxí. Právo je v pozitivistickém chápání soubor platných právních pravidel stanovících vzorce chování státní mocí vynucovaného nebo naopak potíraného. Právní pravidla se odlišují od jiných společenských pravidel kvalifikovaným způsobem vzniku. Soubor těchto platných právních pravidel „obsah práva bezesbytku vyčerpává“. Tento model je doplněn institutem soudcovské diskrece, kdy soudci jsou při rozhodování obtížných případů oprávněni aplikovat i standardy mimoprávní. DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 13, 37 – 38, 53 an. Hart vymezuje formální kritérium, jednoduchý test, které umožňuje odlišit standardy právní od standardů mimoprávních, zejména morálky, toto kritérium nazývá pravidlo uznání (*rule of recognition*). HART, Herbert Lionel Adolphus. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2010, s. 107 an, 256 an.

34 DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 11.

35 J. Tryzna uvádí, že bychom mohli Dworkinově teorii vyčítat, že je pouhým „pokusem o nalezení metodologie pro převládající praxi.“ TRYZNA: *Právní principy a právní argumentace*, s. 140 marg. č. 301.

36 Tamtéž, s. 43, 96.; O. Weinberger odmítá Dworkinovo pojetí, v němž principy představují „přirozenoprávní determinanty rozhodnutí“. Tvrdí, že „v různých právních řádech platí různé zásady“, protože „uznání určitého principu je pozitivní rozhodnutí systému“ a zejména má-li soud rozhodovat na základě principů, „musí být prokázáno, že jsou platným právem“. WEINBERGER: *Norma a instituce*, s. 81.; WEINBERGER, Ota. Formální charakteristika právních a právně-politických principů. In BOGUSZAK, Jiří (ed). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 42.

a aplikovat je.^{37 38} Pojem práva se rozšiřuje oproti pozitivistické tezi, že právo je soubor platných právních pravidel, o principy. Aplikují-li soudci principy, jako závazné právní standardy, vynucují zákonná práva a povinnosti,³⁹ neboť i když neexistují na konkrétní případ aplikovatelná pravidla, soud se musí vyvarovat diskrece (zvláště) a musí rozhodnout po právu.

3.2.2. Principy a politiky

Pojem principu (*principle*) Dworkin chápe v dvojím slova smyslu.⁴⁰ V širším slova smyslu (druhově) označuje soubor standardů odlišných od právních pravidel, principů (v užším slova smyslu) a politik (*policy*). Politikou jest „standard, který vytyčuje cíl, jehož se má dosáhnout“. Politika může spočívat, kromě zlepšení kvality, také v udržení současné kvality (stavu) před změnou k horšímu. Politikou je „výrok, který popisuje cíl“ spočívající ve „zlepšení určité ekonomické, politické nebo sociální kvality společnosti,“⁴¹ například standard směřující ke snížení počtu autohavárií. Principem (v užším slova smyslu) je potom standard, který se má dodržovat proto, že to vyžaduje spravedlnost, slušnost nebo nějaká jiná dimenze morálky. Jinými slovy „principy jsou výroky, které popisují [jak individuální, tak kolektivní] práva.“ Takovým principem je například standard, že nikdo nesmí mít prospěch ze svého protiprávního jednání.⁴²

3.2.3. Rozdíl pravidla v. principy-rozdíl logický

Rozdíl mezi pravidly a principy je „rozdílem logickým“,⁴³ spočívajícím v povaze direktivy, kterou představují. „Pravidla je třeba [pokud jsou splněny subsumpční podmínky] aplikovat

37 DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 52, 59. Opominutí aplikace takto závazného standardu by jistě mělo za následek rozhodnutí nezákonné. Dalším „direktem“ Hartově teorii má být teze o existenci právních standardů mimo pravidla, principů, jež nelze ověřit jednotným testem právních standardů, pravidlem uznání. Právo tedy není pouhým souborem platných právních pravidel. DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 64 an.

38 Naopak Dworkin polemizuje s opačnou tezí, že principy nejsou závazné jako pravidla, nýbrž se aplikují jako standardy mimoprávními na základě soudcovské diskrece (aplikované ex post facto, retroaktivně). Tuto tezi odmítá a dokazuje, že soudy aplikují principy jako právo. DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 52 – 54.

39 Tamtéž, s. 53.

40 Tamtéž, s. 43.

41 Tamtéž, s. 44, 123.

42 Tamtéž.

43 Zde jsem dal přednost překladu P. Holländera, který po srovnání originálního anglického znění, německého a českého překladu dospívá k závěru, že toto slovní spojení lépe odpovídá Dworkinově tezi o logickém rozdílu mezi pravidly a principy. HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 144 marg. č. 302. Dworkin nebyl prvním autorem, který odlišuje pravidla od principů kritérii logickými. Před Dworkinem se této otázce, byť za pomoci jiných pojmů, věnoval Josef Esser. Nicméně Dworkin vložil toto členění do středu své kritiky právního pozitivismu. ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, 2000, roč. 13, č. 3, s. 294.

metodou všechno nebo nic.⁴⁴ Principy se neaplikují způsobem všechno nebo nic, nestanoví konkrétní právní důsledky, které nastanou po splnění subsumpčních podmínek.⁴⁵ Principy stanoví důvody, které ukazují určitým směrem, žádné konkrétní rozhodnutí ovšem nevyvolávají.⁴⁶ Principy takto hovoří ve prospěch určitého řešení případu,⁴⁷ nediktují konkrétní výsledek v tom smyslu, že by pro řešení případu byl rozhodný pouze jeden princip, který by převážil, a k ničemu jinému by se nepřihlíželo.⁴⁸

Odlíšnost pravidel a principů se především projevuje při řešení kolize mezi principy a konfliktem mezi pravidly.⁴⁹ Konflikt pravidel Dworkin řeší stanovením výjimky⁵⁰ z tohoto pravidla nebo prohlášením jednoho z pravidel za neplatné. Neplatnost se prohlašuje odkazem na jiná pravidla, která jsou „nad samotnými těmito pravidly“,⁵¹ nebo upřednostněním pravidla opírajícího se o důležitější princip.⁵²

Principy jsou, na rozdíl od pravidel, charakteristické dimenzí závažnosti resp. důležitosti či váhy (*weight*).⁵³ Tato dimenze se projevuje právě v případě kolize principů. Váha principu představuje schopnost principu obstát v kolizi s jiným principem.⁵⁴ Kolidují-li dva principy, převáží ten z nich, jehož relativní závažnost (závažnost v konkrétním případě) je větší.⁵⁵ Kolize se bude řešit vyvažováním proti sobě stojících principů. Nepřeváží-li princip v tomto případě, neznamená to však, že je neplatný (není součástí právního řádu), nýbrž je jen v konkrétním případě upozaděn a převážen principem jiným, principem v konkrétním případě více závažným.

44 DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 46.

45 Naopak např. konstatujeme-li existenci principu, že nikdo nesmí mít prospěch z vlastního protiprávního jednání, uznáváme zároveň, že tento princip neplatí vždy a bez výhrad. Příkladem o tom, že svým protiprávním jednáním může člověk získat prospěch budiž, vydržení práva (např. cesty) k cizímu pozemku. DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 47.

46 Tamtéž, s. 48.

47 Tamtéž.

48 Tamtéž, s. 59.

49 Tamtéž, s. 46.

50 Pak, budou – li dány subsumpční podmínky, nebude se pravidlo aplikovat, nýbrž se aplikuje výjimka. Čím úplnější bude výčet výjimek k pravidlu, tím přesnější a úplnější bude výrok o pravidlu. Tamtéž, s. 47.

51 Dworkin jako příklady takovýchto pravidel uvádí aplikační pravidla *lex superior derogat legi inferiori, lex specialis derogat legi generali, lex posterior derogat legi priori*. Tamtéž, s. 49.

52 Tamtéž.

53 DWORKIN: *Když se práva berou vážně*, s. 49.

54 Tamtéž, s. 125.

55 Pravidla tuto dimenzi postrádají. Dworkin hovoří o funkcionální důležitosti pravidel, kdy jedno pravidlo je důležitější než druhé, pokud při regulaci chování hraje důležitější roli. Což ovšem není to samé. Tamtéž, s. 49.

To nebrání, aby v jiném případě a za jiných okolností i tento princip převážil a stal se pro rozhodnutí určitého případu rozhodným. „Principy vychylují rozhodnutí jedním směrem, byť ne logicky nutně, a přežívají bez úhony, jestliže nepřeváží.“⁵⁶

Výše uvedené platí jak pro principy (v užším slova smyslu), tak pro politiky. Rozlišování na principy a politiky se promítá i v jejich závažnosti. Dworkinova teorie je teorií liberální, dává proto přednost principům (subjektivním právům) před politikami (společenskými cíly nebo veřejnými zájmy). Politiky mohou převážít principy pouze ve výjimečných případech silného veřejného zájmu.⁵⁷ Dworkin tento závěr odůvodňuje poukazem na princip dělby moci a zachování právní jistoty subjektů práv.

Argumentace principy se v obtížných případech, kdy zákonná úprava neexistuje nebo je neurčitá, snaží rekonstruovat práva, která implicitně svědčí ve prospěch některé ze stran sporu. Tato lépe odpovídá principu dělby moci a z něj plynoucímu požadavku na nepůvodnost a neoriginalitu soudcovského rozhodování. Jinými slovy, lépe odpovídá požadavku, že soudce nemá právo tvořit, nýbrž aplikovat pravidla, která vytvořil jiný k tomu povolaný orgán.⁵⁸ Dalším důvodem pro omezení argumentace politikami v soudcovském rozhodování je zmíněná právní jistota, resp. legitimní očekávání subjektů práv. Námitka proti rozhodnutím generovaným politikou spočívá v tom, že soud by se v první řadě měl snažit nalézt zákonná práva účastníků sporu, nikoli tvořit právo sám. Argumentace politikou naopak vede k vytvoření práv nových. Jistě budete souhlasit, že „by nebylo správné obětovat práva nevinného člověka ve jménu nějaké nové povinnosti, vytvořené dodatečně.“ Zdá se nesprávným, že bychom někomu majetek odebrali, abychom jej dali zase jinému „jen proto, aby se zvýšila celková ekonomická výkonnost.“⁵⁹

56 Tamtéž, s. 48.

57 Tamtéž, 123.

58 Tamtéž, 114 – 118.

59 Tamtéž, 117 – 118.

3.3. Alexyho teorie principů

3.3.1. Pravidla a principy jako variace na právní normu

Alexy navazuje na Dworkinovu teorii principů. V rámci množiny „ústavních norem“⁶⁰ rozlišuje pravidla a principy. Toto členění představuje „základní pilíř teorie základních práv“ a výchozí bod pro zodpovězení mnoha dalších otázek.⁶¹

Pravidla i principy jsou podmnožinami množiny právních norem, rozdíl mezi nimi je tedy rozdílem „mezi dvěma typy norem“. Obě mohou být vyjádřeny „za použití základních deontologických výrazů příkazu, dovolení a zákazu“. Představují důvody rozhodnutí o tom, co „má být“ (*ought – judgement*).⁶²

3.3.2. Principy jsou příkazy k optimalizaci ve vztahu k právním a skutkovým možnostem

„Principy jsou příkazy k optimalizaci“⁶³ ve vztahu k právním a skutkovým možnostem.“⁶⁴ Příkazují, aby „něco bylo realizováno v nejvyšším možném rozsahu“. Představují právní normy zvláštní struktury charakteristické tím, že „mohou být naplněny (*satisfied*) v různých stupních“.

60 Alexy vychází z předpokladu, že jestliže někdo tvrdí, že má právo (v tomto kontextu pojednává o základních právech (*constitutional rights*)), pak musí existovat i platná norma toto právo garantující. Takovými normami jsou ústavní normy či ústavněprávní normy (*constitutional right norms*), které svým rozsahem pojem základních práv přesahují. Ústavní normy spíše představují, byť Alexy svůj výklad upírá výhradně ke katalogu základních práv v Základním zákoně, množinu pramenů základních práv jako celku. Kromě těchto norem pojem ústavních norem obsahuje též tzv. odvozené ústavní normy (*derivative constitutional right norms*), které představují pravidlo formulované podle výsledku vážení principů, pod něž je možné subsumovat konkrétní případ a „jejichž odvození je možné správně ústavněprávně ospravedlnit.“ ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 19 – 20, 56.

61 Od tohoto členění Alexy odvozuje mnohé, teorii omezení práv, doktrínu konfliktů (*conflicts*) práv, roli základních práv v právním řádu, efekt horizontálního působení základních práv, dělbu pravomocí mezi ÚS a Parlament. Toto členění představuje též počáteční bod odpovědi na otázku existence možnosti a limitů logické argumentace (*rationality*) na poli základních práv. Toto pojetí zároveň otevírá dveře aplikaci deduktivních argumentačních metod na základní práva (*deductive reasoning*). ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 44 - 45.

62 Tamtéž, s. 45.

63 Termín příkaz je v této souvislosti myšlen v širokém slova smyslu, jako příkaz, dovolení a zákaz. Tamtéž, s. 47 marg. č. 23. Termín „optimalizace“ mimo jiné znamená „vyhledávání nejlepší možné varianty nějakého řízeného děje, rozhodnutí nebo postupu.“ KRAUS, Jiří a kol. *Nový akademický slovník cizích slov*. Praha: Academia, 2007, s. 574. O. Weinberger odmítá pojetí principů jako příkazů k optimalizaci. Podle jeho soudu principy představují „normativně stanovené hledisko právního hodnocení, ke kterému nutno hledět v hodnotící úvaze determinující právní rozhodnutí.“ WEINBERGER: *Formální charakteristika právních a právně-politických principů*, s. 40 – 41. Obdobně též BRÖSTL, Alexander. O pravidlech správaní a o princípech. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2009, roč. 17, č. 1, s. 48 a 50.

64 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 67.

Stupeň naplnění principu je odvislý jak od právních, tak od skutkových možností.⁶⁵ Principy v abstraktní rovině představují „ideální měti“ (*ideal Ought*),⁶⁶ postrádající na rozdíl od pravidel, v sobě prostředky určení rozsahu jejich aplikace v rámci právních a skutkových možností.⁶⁷ Principy přikazují, aby něco bylo realizováno v nejvyšším možném rozsahu. Brány samostatně, nikoliv v relaci k právním a skutkovým možnostem, představují principy příkazy k maximalizaci.⁶⁸ Ideální měti „nepředpokládá, že to co v ideální podobě má být, je též v plném rozsahu fakticky a právně možné“, nýbrž přikazuje, aby „to co má ideálně být“ bylo naplněno v nejvyšším možném rozsahu.⁶⁹

Prostor pro aplikaci principů vymezují právní a skutkové (faktické) možnosti. Právní možnosti realizace principu jsou vymezeny „protichůdnými principy a pravidly.“⁷⁰ Bude-li se princip aplikovat a v jakém rozsahu se dozvíme až vymezením vztahu podmíněné přednosti mezi principy, respektive až po uplatnění vážení.⁷¹ Uplatnění principu tedy do jisté míry závisí na principech ostatních, principech kolidujících, a až výsledek vážení určí, zda se princip uplatní a v jakém rozsahu. Tato vzájemná interakce mezi principy představuje přechod principu ze světa ideálního měti do světa měti reálného. Vztah mezi principy navzájem je vztahem konstitutivním.⁷²

Naopak skutkové možnosti představují limity fakticky možného chování adresátů, které bychom mohli vyjádřit větou: nemožné nezavazuje.

3.3.3. Pravidla jako pevné body v rámci právního řádu

Pravidla v kontrapozici k principům představují „normy, které jsou vždy buď splněny, nebo ne.“ Platné pravidlo za splnění subsumpčních podmínek „přikazuje konat přesně to, co říká, ani víc, ani méně,“ obsahuje „rozhodnutí o tom, co má nastat v rámci skutkových a právních možností.“⁷³ Pravidla v tomto směru obsahují „pevné body“ uvnitř právního řádu.⁷⁴ Skutková

65 ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 47.

66 Opakem ideálního měti je „měti reálné“ (*real Ought*) představované pravidly, a to i těmi odvozenými představujícími výsledky vážení. Tamtéž, s. 82. Pojem „měti“ vyjadřuje, že něco má být, je vyjádřením normativity. Opak „měti“ představuje „byti“ vyjadřující fakticitu. MELZER: *Metodologie nalézání práva*, s. 50 marg. č. 121.

67 ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 57. Prostředkem pro vymezení rozsahu a podmínek uplatnění pravidla je hypotéza. GERLOCH: *Teorie práva*, s. 38.

68 ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 51 marg. č. 37.

69 MELZER: *Metodologie nalézání práva*, s. 50.

70 ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 47.

71 Tamtéž, s. 82.

72 Tamtéž, s. 51 marg. č. 37.

73 ALEXYS: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 57.

74 Tamtéž, s. 48.

nemožnost působí neplatnost pravidla, je-li jednání požadované pravidlem možné, pak platí přesně to, co pravidlo požaduje.⁷⁵

3.3.4. Rozdíl pravidla v. principy-rozdíl logický II.

Alexy, stejně jako Dworkin, odmítá rozlišování pravidel a principů pomocí kritérií obsahových,⁷⁶ rozdíl mezi pravidly a principy je pro něj rozdílem logickým, spočívajícím v odlišném řešení jejich kolize. Členění norem na pravidla a principy není pouze otázkou stupně, nýbrž kvality. Tato teze o odlišení pravidel a principů umožňuje striktně oddělit oba typy norem (označuje se proto jako „striktní oddělovací teze“⁷⁷).⁷⁸

Rozdíl mezi pravidly a principy spočívá zejména v logicky odlišném řešení kolizí.⁷⁹ Společné pro oba typy konfliktů je, že „dvě normy, brané samostatně, vedou při aplikaci k vzájemně neslučitelným důsledkům, vedou tedy k dvěma vzájemně neslučitelným závěrům o tom, co je po právu (*legal ought – judgements*)“.⁸⁰ To, co je pro tyto konflikty rozdílné, je způsob jejich řešení.⁸⁰

Konflikt pravidel, podobně jako Dworkin, řeší Alexy buď stanovením výjimky z pravidla, nebo prohlášením jednoho z kolidujících pravidel za neplatné.⁸¹

75 Tamtéž, s. 57.

76 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 151. Nejběžnějším kritériem pro odlišení pravidel a principů představuje kritérium obecnosti, resp. stupně. Vedle něj existuje mnoho dalších kritérií zejména způsobilst normy přesně určit situace, v nichž bude aplikována, způsob jejího vzniku, zřetelnost hodnotícího obsahu, spojení s ideou práva nebo s vyšším právním předpisem, význam pro právní řád, fakt, že norma představuje důvody pravidel nebo je pravidlem samotným, představuje-li pravidlo argumentace či pravidlo chování. ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 45 – 46.

77 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 145.

78 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 47.

79 Tamtéž, s. 48. Stejně, jako u principů i v případě kolizí se terminologie značně liší. V německé odborné literatuře se objevuje též termín „konflikt norem“, Spolkový ústavní soud zase užívá termín „kolize norem“, „napětí“ v obou případech se tak děje bez rozlišení norem na pravidla a principy. Alexy (v překladu Juliana Riverse) používá termíny „*competing principles*“ a „*conflicts of norms*“. Podle jeho názoru tato terminologie lépe odpovídá vzájemnému vztahu konfliktů, v němž lze najít mnoho společného, existují podstatné rozdíly. ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 48 marg. č. 28, s. 51. Považujeme za vhodné převzít překlad této terminologie z textů již publikovaných, neboť chceme-li předejít zmatení, je třeba používat stejné pojmosloví, mluvíme-li o tomtéž. V dalším textu budeme překládat „*competing principles*“ jako „kolize principů“ či jejich „konkurence“, naopak „*conflicts of norms*“ jako „konflikt norem“ či „normativní spor“. Obecným pojmem, zastřešujícím oba dva termíny nám bude „kolize“, „konflikt“ či „spor“. HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 146- 148.

80 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 48- 49.

81 Tamtéž, s. 49.

Není-li možné řešit konflikt pravidel stanovením výjimky, je nutné prohlásit jedno z pravidel za neplatné a vyloučit jej z právního řádu.⁸² „Koncepce platnosti v právu nepřipouští stupně [platnosti].“ Pravidlo tedy buď „platí nebo neplatí“ (aplikuje se, řečeno Dworkinovou terminologií, způsobem „všechno nebo nic“).⁸³ Otázku, které pravidlo bude prohlášeno za neplatné, vyřešíme aplikací maxim jako *lex posterior derogat legi priori* nebo *lex specialis derogat legi generali* atd.⁸⁴

Alexy tvrdí, že Spolkový ústavní soud v mnoha případech řeší kolizi základních práv jako kolizi principů,⁸⁵ jako příklad mimo jiné uvádí rozhodnutí Spolkového ústavního soudu BVerfGE 51, 324. V této kauze soud rozhodoval o nezpůsobilosti obžalovaného být postaven před soud, protože mu reálně hrozilo, že stres pramenící ze soudního řízení by mu mohl přivodit mrtvici či zástavu srdce. Spolkový Ústavní soud tuto kauzu rozhodoval jako „napětí“ mezi povinnostmi státu na udržování řádně fungující trestní justice a zájmem obviněného spočívajícím v jeho ústavně garantovaných základních právech.⁸⁶ Toto „pnutí“ nemohl soud rozhodnout přiznáním absolutní přednosti jednomu z principů, „ani jeden z těchto principů [totiž] nepožívá přednosti per se“. Soud řešil kolizi pomocí vážení (*by balancing the conflicting interests*). V meritu soud rozhodoval o tom, který z proti sobě stojících principů požívajících stejné důležitosti v abstraktní rovině má větší váhu v konkrétním případě při snaze zachovat maximum z obou principů.⁸⁷

Kolidují-li dva principy, neurčí se výsledek ani stanovením výjimky, ani určením neplatnosti, nýbrž jeden z kolidujících principů musí převážet nad druhým. „Principy mají různou váhu v různých případech a princip, který je na základě skutkových okolností případu významnější [má větší váhu], má přednost.“ Principy musí být konfrontovány s faktickými a právními možnostmi.⁸⁸ „Každý princip zvlášť vede k rozporným závěrům, což znamená, že každý omezuje právní možnosti naplnění druhého.“⁸⁹ Kolize principů se řeší vážením, jehož výsledek „spočívá v určení podmíněného vztahu přednosti mezi principy ve světle [skutkových]

82 Tamtéž.

83 Tamtéž.

84 Tamtéž. Jako příklad kolize pravidel uvádí kauzu řešenou pomocí ustanovení článku 31 Základního zákona, které stanoví, že Spolkové právo ruší právo spolkové země. Toto ustanovení je tak dalším kritériem pro určení neplatnosti pravidel. Tamtéž, s. 49 – 50.

85 V tomto místě bychom Alexymu mohli adresovat stejnou výtku jako J. Tryzna adresuje Dworkinovi, a to, že se snaží ve své teorii pouze nalézt ospravedlnění již zažitě praxe. Viz marg. č. 35.

86 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 50.

87 Tamtéž, s. 51.

88 Tamtéž.

89 Tamtéž.

okolností případu.⁹⁰ Vztah přednosti mezi principy považujeme za podmíněný, protože okolnosti konkrétního případu představují podmínky, za nichž jeden princip nabývá přednosti před jiným, což ovšem nevylučuje, aby „za jiných okolností byla otázka přednosti vyřešena opačně.“⁹¹

3.3.5. Prima facie rovnocennost mezi principy a politikami

Alexy odmítá Dworkinovo rozlišování politik a principů, ztotožňující princip s individuálním právem a politiku zase s veřejnými zájmy, a pod pojem principu zahrnuje jak veřejné zájmy či obecná dobra (politiky), tak základní práva (principy).⁹² Koncept principu „není ani nezbytné, ani vhodné vázat [...] ke konceptu individuálních práv.“ Principy i politiky mají totožnou logickou strukturu principu tak, jak jsme jej vymezili oproti logické struktuře pravidel.⁹³ Dworkinovo členění na principy a politiky tedy není nutné a pokud by na něm někdo i nadále trval, může se odehrát uvnitř širšího konceptu principu.⁹⁴ V Alexyho očích jsou základní práva a veřejné zájmy díky stejné struktuře schopné vzájemného poměrování a bez dalšího jsou *prima facie* rovnocenné.

3.4. Na závěr-Proč kritika Dworkinovy a Alexyho teorie neodůvodňuje jejich zavržení?

P. Holländer rozporuje Dworkinovu a Alexyho tezi o rozdílu pravidel a principů spočívajícím v „povaze logického sporu“.⁹⁵ Domnívá se, že tyto konflikty nelze vůbec vzájemně srovnávat, neboť jsou „předmětem rozdílných myšlenkových postupů“. Konflikt pravidel spočívá v rozporu dispozic dvou právních norem, tj. situace, když za splnění subsumpčních podmínek

90 Tamtéž, s. 52.

91 Tamtéž, s. 50 – 52. Určení vztahu podmíněné přednosti mezi principy můžeme schematicky vyjádřit takto: Na podkladě konkrétního skutkového stavu má princip A větší váhu než konkurující princip B, když existují dostatečné důvody pro předpoklad, že za okolností tohoto případu, princip A má přednost před principem B. Tamtéž s. 52. Podle Alexyho lze výsledek každého vážení vyjádřit podmínkovou větou, která představuje „odvozenou ústavní normu“, pod níž je možné případ subsumovat. Toto pravidlo nazývá „Zákonem kolidujících principů“ („*Law of Competing Principles*“): „Okolnosti, za nichž jeden princip má přednost před druhým, představují podmínky pravidla, které má stejné právní následky jako princip, který získal přednost.“ Tamtéž s. 54 – 56.

92 Podrobněji k tomuto členění viz kapitola 3.2.2..

93 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 66.

94 Tamtéž.

95 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 147.

dvou právních norem chování jejich adresátů je a není přikázáno“. Kolize principů naopak spočívá v rozporu subsumpčních podmínek obsažených v hypotézách právních norem.⁹⁶

Odpověď na tuto Holländerovu výhradu, podle mého názoru, spočívá v povaze principů jako „ideálního měří“ a vzájemného konstitutivního vztahu principů. Principy samy o sobě představují „ideální měří“, nejsou prozatím „vztaženy na hranice skutečného ani normativního světa“, neobsahují v sobě prostředky pro určení rozsahu jejich aplikace.⁹⁷ Jinými slovy řečeno, neobsahují konkrétní skutkovou podstatu a v úplnosti ani strukturální součásti právní normy⁹⁸ (zejména hypotézu a dispozici). Předem nelze zjistit situace, kdy mají být principy aplikovány. Jestli se princip bude aplikovat a v jakém rozsahu zjistíme až v případě kolize s jiným principem. Principy se mohou uplatnit pouze na úkor jiných principů,⁹⁹ principy jsou si navzájem limity uplatnění. Až výsledek vážení zpětně konstruuje „nikoli apriorní“ skutkovou podstatu principu,¹⁰⁰ a jednotlivé prvky logické struktury normy, pod níž je možné subsumovat pravidlo formulované na základě výsledků vážení. Samotné principy nejsou přímo způsobitelné k subsumpci.

101

Naopak pravidla jsou vyjádřena jasně danou skutkovou podstatou s vnitřní logickou strukturou (hypotéza, dispozice, sankce).¹⁰² Konflikt pravidel je, jak uvádí Holländer, konfliktem dvou dispozic, které uplatní-li se současně, vedou k rozporu. Principy tedy skutkovou podstatu *a priori* nemají, k rozhodnutí, který z kolidujících principů se má aplikovat a v jakém rozsahu se dochází až po jejich vzájemném poměřování. V konkrétním případě nebude výjimkou, přicházejí-li z hlediska aplikace v úvahu dva principy vedoucí k rozdílným důsledkům, z této situace ještě nelze dovozovat, že mají být aplikovány současně.¹⁰³ Kolize principů tedy není stejné povahy jako konflikt pravidel (normativní konflikt). Vhodnějším než oddělení principů od pravidel logikou sporu je rozdělení pomocí myšlenkové operace. Spočívá-li spor v existenci dvou norem s totožnými hypotézami (subsumpčními podmínkami) a odlišnými dispozicemi, jedná se o

96 Tamtéž, s. 150 – 151.

97 ALEXÝ: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 57.

98 MELZER: *Metodologie nalézáni práva*, s. 51.

99 ALEXÝ: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 102 marg. č. 218.

100 MELZER: *Metodologie nalézáni práva*, s. 51 – 52.

101 Tamtéž, s. 52.

102 GERLOCH: *Teorie práva*, s. 38.

103 MELZER: *Metodologie nalézáni práva*, s. 52 – 53.

pravidla. Naopak existují – li dvě normy aplikovatelné na konkrétní případ a zdánlivě „nejsou v logickém rozporu, avšak vedou k protichůdným závěrům“, jedná se o principy.¹⁰⁴

Druhou výtkou adresovanou logickému vymezení principů představuje „napětím mezi teoretickou koncepcí a praktickým právním myšlením, resp. jazykovým územ“.¹⁰⁵ Holländer uvádí, že principy v Alexyho pojetí jsou definovány „schopností poměrování“ a „svým aproximativním a nikoli absolutním charakterem“. Z těchto důvodů Alexy odjímá povahu principu některým standardům typicky jako principy chápaných, např. zásadě *nullum crimen sine lege*, a považuje je za pravidla.¹⁰⁶

S touto výtkou nelze než souhlasit. Alexy vskutku právní principy vymezuje odlišně od jazykového úzu. S tímto problémem vyvstává otázka nutnosti nalezení nového termínu pro standardy dosud nazývané jako právní principy ((synonymum k nim představuje pojem zásada) srov. např. § 2 trestního řádu či § 2 správního řádu).¹⁰⁷

Na základě výše zmíněných důvodů Holländer odmítá rozlišování pravidel a principů znaky logickými a za vhodné považuje návrat k tradičnímu pojetí principů.¹⁰⁸ Odejmutí povahy principů standardům podobným zásadě *nullum crimen sine lege* se jeví jako nevhodné, zejména z hlediska akceptace odbornou veřejností. Tato ani první uvedená výtka však nebrání přijetí Alexyho teorie aplikační praxí. Alexy uplatňuje svou teorii důsledně s rigorózností vlastní doktríně. Nicméně ani jedna z výše uvedených výtek nepředstavuje dostatečně závažný důvod pro její odmítnutí, samozřejmě po provedení nezbytně nutných modifikací (jako např. v případě zásady *nullum crimen sine lege*). Za vhodné tedy považujeme setrvat na Alexyho pojetí právních principů jako příkazů k optimalizaci. Toto pojetí vypovídá mnohé o povaze principů a dovolím si tvrdit, že je tou nejdůležitější součástí Alexyho teorie, vedle níž je členění norem na pravidla a principy problematikou spíše marginální. Přijmeme-li tezi, že základní práva a veřejné zájmy jsou principy,¹⁰⁹ jejichž omezení se vždy, alespoň implicitně, řeší pomocí principu proporcionality,¹¹⁰ nepotřebujeme se již zabývat dalším členěním norem.

104 TRYZNA: *Právní principy a právní argumentace*, s. 152 – 153.

105 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 147.

106 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 146.

107 BOGUSZAK: *Právní principy, hodnoty, finalita*, s. 24.

108 Např. pojetí Canarisovo, podle něhož „principy jsou typické explicitním vyjádřením hodnotového obsahu“ či názor Larenzův uvádějící, že „principy jsou charakteristické morálním obsahem a vztahem k ideji práva.“

HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s.151.

109 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 65 – 66.

110 ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. *Ration Juris*, 2003, roč. 16, č. 4, s. 436.

4. Doktrinální vymezení principu proporcionality

4.1. Princip proporcionality v díle Roberta Alexyho

4.1.1. Obecně o principu proporcionality a jeho spojení s teorií principů (základními právy a veřejnými zájmy)

Obširně jsme pojednali o právních principech a jejich kolizích. Uvedli jsme také, že ústavní normy zakotvující základní práva mají strukturu principů, které představují příkazy k optimalizaci v relaci k právním a skutkovým možnostem. Mezi teorií principů a principem proporcionality existuje spojení, které je tak úzké, jak je to jen možné.¹¹¹ Toto spojení můžeme schematicky naznačit takto: Ústavní normy zakotvující základní práva a (implicitně též) veřejné zájmy mají strukturu principů. Kolize principů se vždy řeší jejich poměřováním, které je součástí komplexnějšího principu proporcionality. Princip proporcionality se tedy, ať už implicitně či explicitně, uplatní při každém přezkumu ústavnosti.¹¹²

Alexy dedukuje princip proporcionality z povahy principů jako příkazů k optimalizaci. Vztah mezi principy a principem proporcionality je vztahem ekvivalence.¹¹³ „Povaha principů [tedy] implikuje princip proporcionality a naopak.“ Tento deduktivní proces nám poskytuje „ospravedlnění principu proporcionality z ústavněprávních norem, v tom rozsahu pokud jsou principy.“¹¹⁴

O. Weinberger¹¹⁵ odmítá Alexyho pojetí principů jako příkazů k optimalizaci. Podle jeho soudu principy představují „hlediska optimalizace“. Optimalizace je výsledkem vážení, které se uplatňuje k zdůvodnění optimalizačního postoje. Principy podle Weinbergera nepřikazují optimalizaci, nýbrž jsou pouze relevantním kritériem vážení (a tím i optimalizační úvahy), které nemusí nutně být samy optimalizovány (zejména jsou-li převáženy principem jiným). Optimalizuje se tedy úvaha jako celek, nikoli nutně princip, který je úvahou zohledněn. Z hlediska teoretického se zdá být nerozhodné, zda příkaz k optimalizaci představují principy nebo optimalizační úvaha samotná. Tyto úvahy mají však praktické konsekvence zejména v případě, když ÚS nepovažuje principy za příkazy k optimalizaci.¹¹⁶

111 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 66.

112 ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. *Ration Juris*, 2003, roč. 16, č. 4, s. 436.

113 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 397.

114 Tamtéž, s. 66.

115 WEINBERGER: *Formální charakteristika právních a právně - politických principů*, s. 40 – 41. Obdobně též BRÖSTL:

O pravidlách správania a o princípoch, s. 48 a 50.

116 Viz kapitola 6.1.2..

Princip proporcionality se skládá ze tří komponent (sub–principů): vhodnosti (*suitability*), potřebnosti (*necessity*) přikazující použití nejméně omezujících prostředků) a proporcionality v úzkém slova smyslu (*proportionality in its narrow sense*) představující příkaz k vážení či poměřování (*balancing requirement*).¹¹⁷ Zvláštností je, že samotný princip proporcionality, i jeho komponenty, Alexy považuje za pravidlo, nikoli za princip. Dílčí komponenty se neváží s jinými principy, „otázkou spíše je, zdali jsou naplněny nebo ne a jejich nenaplnění znamená ilegalitu [protiústavnost zásahu].“¹¹⁸

4.1.2. Paretovo optimum

Princip proporcionality Alexy ospravedlňuje odkazem na ekonomickou teorii; shledává v něm tzv. Paretovo optimum. Paretovo optimum „je takový stav společnosti (z hlediska ekonomického), kdy žádný jedinec nebo skupina již nemůže dosáhnout lepšího postavení bez toho, že by se naopak postavení někoho jiného zhoršilo. Je to tedy jakýsi rovnovážný stav, kdy, pokud se někdo chce mít ještě lépe, než na tom je, může tak učinit jen na úkor někoho jiného.“¹¹⁹ Optima je tedy dosaženo, principy jsou optimalizovány, když již nelze dosáhnout zlepšení postavení jednoho principu, aniž by toto zlepšení nezpůsobilo újmu principu druhému.¹²⁰ Stav věcí (jak skutkový, tak právní) proto není optimalizován, je proto protiústavní, lze-li zlepšení postavení jednoho principu dosáhnout i bez újmy principu druhého.

4.1.3. Princip vhodnosti

Princip vhodnosti reprezentuje „požadavek obsažený v definici principů směřující k jejich realizaci v největším možném rozsahu vzhledem ke skutkovým možnostem.“¹²¹ V rámci kritéria vhodnosti soud posuzuje pouze okolnosti skutkové, a to vztah prostředků vzhledem k jimi sledovaným cílům. Prostředky musí být způsobilé k dosažení sledovaných cílů.¹²² Princip

117 Tamtéž, s. 66.

118 Tamtéž, s. 66-67 marg. č. 84.

119 Neznámý autor. *Paretovo optimum* [online].Wikipedie, poslední aktualizace 26. 6. 2012 [citováno 13.října 2010].

Dostupné na <http://cs.wikipedia.org/wiki/Paretovo_optimum>.

120 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 398. ALEXY, Robert. *The Construction of Constitutional Rights. Law & Ethics of Human Rights*, 2010, roč. 4, č. 1, s. 27 - 28.

121 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 397.

122 Tamtéž, s. 397 – 398. Kritérium vhodnosti Alexy ukazuje na případu, BVerfGE 19, 330, kdy holič nainstaloval ve svém holičství bez povolení správního úřadu automat na cigarety. Souhlas správního úřadu byl podmíněn složením odborné zkoušky způsobilosti obsluhovat přístroj. Úprava směřovala k ochraně spotřebitele před zdravotními a finančními riziky plynoucími z kouření. Odborná zkouška, jako prostředek k dosažení ochrany spotřebitele, byla tedy z hlediska principu vhodnosti posouzena jako nezpůsobilá k naplnění vytyčeného cíle

vhodnosti nesměruje k dosažení nejvyšší možné úrovně (vhodnosti). Představuje spíš negativní kritérium, třídí a vylučuje prostředky zcela nezpůsobivé k dosažení vytyčeného cíle, čímž vytváří rámec pro další kroky v rámci principu proporcionality.¹²³ Z hlediska vhodnosti není rozhodné, zda bylo cíle skutečně dosaženo, nýbrž zda by za normálních okolností bylo možno jej dosáhnout.¹²⁴

4.1.4. Princip potřebnosti

Princip potřebnosti¹²⁵ se též omezuje pouze na skutkové okolnosti případu, „vyžaduje, aby ze dvou stejně vhodných prostředků byl vybrán ten, který představuje méně intenzivní zásah [do ústavně chráněných hodnot].“¹²⁶ Je-li požadovaný cíl (ochrana spotřebitele) stejně dobře zajištěna dvěma prostředky (povinností řádně označit zboží a zákazem jeho prodeje). Je z hlediska sledovaného cíle nerozhodné, který z prostředků bude zvolen. Omezuje-li však použití jednoho z prostředků (zákazu prodeje) výrazněji realizaci jiné ústavně chráněné hodnoty (principu (svobody povolání resp. podnikání)), pak tato ústavně chráněná hodnota může být vzhledem ke skutkovým možnostem realizována ve větším rozsahu při zvolení méně zatěžujících prostředků (povinnost označit zboží). Optimalizace těchto kolidujících principů zakazuje použití závažnějších prostředků (zákazu prodeje).¹²⁷ Princip potřebnosti představuje „zákaz jiných než nezbytně

a zároveň bránila realizaci ústavně garantované svobody povolání. Tamtéž, s. 397 – 398.

123 Tamtéž.

124 ONDŘEJEK: *Princip proporcionality*, s. 101 – 102.

125 Potřebnost (*necessity*) je v díle některých autorů chápána též jako nezbytnost (*necessity*). Nezbytnost představuje požadavek k použití nejlepších možných prostředků k dosažení sledovaného cíle. Ve svých důsledcích tento požadavek znamená, že s objevením lepších či efektivnějších prostředků je třeba prohlásit stávající úpravu za protiústavní. Toto chápání kritéria potřebnosti velmi zužuje rozsah uvážení státních orgánů a zároveň přenáší na soud rozhodování mnohých otázek politických. Na opačné straně stupnice se zase bude kritérium potřebnosti setkávat s kritériem vyloučení extrémní disproporcionality, zapovídající pouze přijetí „zcela excesivní a příliš omezující úpravy.“ Toto pojetí naopak ponechává státním orgánům poměrně široké uvážení. Kategorizace mezi uvedenými variantami bude spočívat v míře intenzity soudního přezkumu, o níž pojednáváme jinde. ONDŘEJEK: *Princip proporcionality*, s. 104 – 105.

126 ALEXEY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 398. Princip potřebnosti Alexy ilustruje na příkladu BverfGE 53, 135, kdy Spolkové Ministerstvo mládeže, rodiny a zdraví zakázalo prodej čokoládových cukrovinek obsahujících značné množství burizonů, nešlo tudíž o skutečný čokoládový výrobek. Cílem regulace bylo ochránit spotřebitele od nákupu cukroví vydávaného za čokoládové, ačkoliv čokoládové nebylo. Zákaz prodeje byl sice způsobilý k dosažení ochrany spotřebitele, jenže je třeba říci, že existoval i jiný, stejně vhodný a zároveň méně rušivý prostředek k dosažení sledovaného cíle, a to přesnější označení výrobku. Tamtéž, s. 397 – 398.

127 Tamtéž, s. 398 – 399.

nutných obětí na základních právech.“¹²⁸ Jinými slovy představuje požadavek k dosažení požadovaného cíle prostředky co nejméně omezujícími ústavně chráněné hodnoty.

W. Sadurski tomuto pojetí principu potřebnosti vyčítá, že toto teoretické vymezení kritéria potřebnosti umožňuje soudům vždy dojít k závěru o protiústavnosti zásahu. Jelikož téměř vždy je možné uvažovat „jiné prostředky, které neomezují právo (nebo jej omezují v menším rozsahu nebo omezují základní právo požívající menší důležitosti) a zároveň dosahují stejného cíle jako prostředek, který je podroben přezkumu.“¹²⁹

4.1.5. Princip proporcionality v úzkém slova smyslu

Princip proporcionality v úzkém slova smyslu vychází z teze, že „principy jsou příkazy k optimalizaci ve vztahu k právním možnostem“, které jsou určeny zejména kolidujícími principy.¹³⁰ V tomto stádiu rozhodování se soud bude zabývat pouze zkoumáním okolností právních.

Kolize principů se řeší jejich poměřováním, jehož výsledkem je závěr o vztahu podmíněné přednosti mezi principy.¹³¹ Má-li být závěr o podmíněné přednosti jednoho principu před druhým racionálně ospravedlněn, musíme oddělit duševní proces vedoucí k výroku o přednosti od samotného ospravedlnění (*justification model*).¹³² „Vážení principů je racionální potud, pokud výrok o přednosti, k němuž směřuje, může být racionálně odůvodněn.“¹³³

Princip proporcionality v úzkém slova smyslu může být vyjádřen jako pravidlo ospravedlňující závěr o vztahu podmíněné přednosti. Alexy toto pravidlo nazývá Zákon vážení (*Law of Balancing*) a zní následovně: „Čím větší je stupeň nenaplnění nebo újmy způsobené jednomu principu, tím větší musí být důležitost nebo naplnění principu druhého.“¹³⁴ Vychází z předpokladu, že kolidující principy mohou být naplněny pouze na úkor druhého principu.¹³⁵

128 Tamtéž, s. 399.

129 SADURSKI, WOJCIECH. *Rights Before Courts : A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht : Springer, 2005, s. 268 – 269.

130 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 401.

131 Tamtéž, s. 100.

132 Tamtéž, s. 100 – 101.

133 Tamtéž, s. 101. Pokud by se vážení skládalo opravdu pouze z výroku o podmíněné přednosti jednoho principu před druhým (*decision-taking model*), pak by opravdu nešlo o racionální proces. „Určení podmíněné přednosti by bylo úplně intuitivní. Osoba provádějící vážení by mohla sledovat své vlastní domněnky, a bylo by nemožné mluvit o správném nebo špatném vážení zájmů.“ Tamtéž, s. 100.

134 Tamtéž, s. 102.

135 Tamtéž, s. 102 marg. č. 218.

Přípustný stupeň nenaplnění principu nebo újmy mu způsobené závisí na významu naplnění principu druhého.¹³⁶ Identifikuje prvky významné pro vážení (výroky o stupních porušení a důležitosti jednotlivých principů) a určuje, jaký vztah musí nastat mezi nimi, aby odůvodnil vztah přednosti.¹³⁷ „Zákon vážení sám o sobě neposkytuje standard, podle něhož by bylo možno definitivně rozhodnout v konkrétním případě, ale model vážení jako celek nám poskytuje kritérium, protože spojuje Zákon vážení s obecnou teorií racionální právní argumentace (*rational legal argumentation*).¹³⁸ Zákon vážení nám říká, co má být racionálně ospravedlněno.“ Argumenty pro podepření těchto výroků však nemají nic společného s vážením.¹³⁹

Vážení můžeme rozložit do tří kroků: první určuje stupeň nenaplnění či porušení prvního principu, v druhém kroku se určí důležitost naplnění kolidujícího principu a krok třetí určuje, zda důležitost na naplnění druhého principu ospravedlňuje porušení principu prvního.¹⁴⁰ Vážení bude racionální procedurou potud, pokud lze určit racionální závěry o intenzitě zásahu, stupni důležitosti a jejich vzájemném vztahu.¹⁴¹ „Vážením nelze dospět k racionálním závěrům v každém případě, nicméně rozsah případů, kdy výsledek vážení je racionálně ospravedlnitelný je natolik zajímavý, aby ospravedlnil vážení jako metodu.“¹⁴²

Závěry o intenzitě zásahu a stupních důležitosti, představují předmět hodnocení a z hlediska Zákona vážení stupeň nenaplnění či újmy jednoho principu a naopak důležitost naplnění druhého, můžeme uspořádat v tří stupňovou škálu.¹⁴³ ¹⁴⁴ Škála nemusí být nutně

136 Tamtéž, s. 102.

137 Tamtéž, s. 105.

138 Tamtéž, s. 107.

139 Tamtéž, s. 105 – 107.

140 Tamtéž, s. 401.

141 Tamtéž.

142 Tamtéž, s. 402.

143 ALEXY: *On Balancing and Subsumption*, s. 440 – 442. Z komparativního hlediska můžeme konstatovat, že právě tato třístupňová škála je využívána mnoha ústavními soudy světa pro určení intenzity zásahu do základních práv. Citováno z poznámek z přednášky Prof. Alexyho konané 15. října 2012 v Praze.

144 Škálu je možné racionálně určit jak v případech, jejichž předmětem jsou kvantifikovatelné faktory vyjádřitelné cenou (například ušlý zisk), tak i na případech imateriálních statků jako např. osobnostní práva nebo svoboda projevu. Příkladem nám budiž Alexym uváděná kauza *Titanic* (BverfGE 86,1 (11)). „Celostátní satirický časopis *Titanic*, označil ochrnutého důstojníka v záloze povoláného do aktivní služby jako „rozeného [ve smyslu rodného příjmení] Vraha“ a v dalším vydání časopisu jako „kripla“. Obecný soud přisoudil důstojníkovi odškodnění ve výši 12 000 německých marek. Výši odškodnění považoval Spolkový ústavní soud jako „vážný“ zásah do svobody projevu“, který by mohl v důsledku ovlivnit povahu dalších čísel časopisu ve smyslu omezení intenzity její satiry. Označení „rozený Vrah“ v kontextu satirického obsahu časopisu soud nepovažoval za protiprávní zásah do

třístupňová, může se sestávat minimálně ze dvou stupňů, přičemž horní hranice omezena nijak není. Podmínkou ovšem je, že počet stupňů na stupnici nesmí být příliš vysoký. Jednotlivé stupně označme „lehký“ („malý“ či „slabý“), „střední“, „závažný“ („vysoký“ nebo „silný“).¹⁴⁵

Vážení může být vyjádřeno deduktivním schématem, podle něhož bude probíhat, a jehož prostřednictvím je možno se dobrat výsledku vážení, tzv. vážící formulí.¹⁴⁶ Nejjednodušší schéma vážící formule představuje vzorec:

$$W_{i,j} = I_i / I_j \quad 147$$

Konkrétní váha prvního principu ($W_{i,j}$; tj. váha principu garantujícího svobodu projevu) je váhou relativní, určenou v relaci k okolnostem konkrétního případu. Je určena podílem intenzity

osobnostních práv. Zásah do osobnostních práv byl svou intenzitou pouze „střední“ či pouze „lehký“, jemuž odpovídá „střední“ či pouze „nízká“ důležitost ochrany důstojníkovi osobnosti. Aby mohlo být důstojníkovi přiznáno odškodné, znamenající „vážený“ zásah do svobody projevu, muselo by se jednat přinejmenším o „závažný“ zásah do osobnostních práv. Tento zásah neodůvodňoval přiznání odškodného ve výši, v jaké bylo přiznáno. Postupme dále, označení ochrnutého důstojníka za „kripla“ bylo podle mínění soudu „závažným“ porušením jeho osobnostních práv. Důležitost ochrany osobnosti je tudíž velká. Označení ochrnuté osoby za „kripla“ je podle mínění soudu „ponižujícím“ a vyjadřuje „nedostatek respektu“. V souladu se Zákonem vážení „vážený zásah do svobody projevu“ je v rozporu s velkou důležitostí ochrany osobnosti. ALEXY: *On Balancing and Subsumption*, s. 437 – 439.

145 ALEXY: *On Balancing and Subsumption*, s. 440.

146 Použití deduktivních metod je „vážení vlastní“ a Alexy ji jako jedinou spojuje s „konceptem správnosti.“ Formální deduktivní struktura tak poskytuje vážení „interní ospravedlnění“. Vážící formule je schématem analogickým k subsumpční formuli, užívané při aplikaci práva metodou subsumpce, konstruované pomocí výrokové, predikátové a deontické logiky. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation. International Journal of Constitutional Law* [online], 2005, vol. 3, no. 4 [cit. 14. října 2012], s. 575. Dostupné na: <[http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/\\$UBUG/repositorio/10320598_Alexy.pdf](http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/$UBUG/repositorio/10320598_Alexy.pdf)>. ALEXY: *On Balancing and Subsumption*, s. 433 – 435.

147 ALEXY: *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 575. Tato podoba vážící formule vychází z představy, že základní práva a veřejné zájmy jsou *prima facie* rovnocenné (mají stejnou váhu v abstraktní rovině, tedy bez kontextu konkrétního případu). Většina principů se, co se týče své abstraktní váhy, neliší, existují však výjimky (např. princip garantující právo na život má v abstraktní rovině větší váhu než většina ostatních principů). Pro případy, kdy se abstraktní váha principů liší, Alexy konstruuje složitější schéma vážící formule kalkulující i s hodnotami abstraktní váhy principů. Ústavní soud ČR a Spolkový ústavní soud však vycházejí z teze, že principy jsou *prima facie* rovnocenné, nebudeme proto tuto problematiku dále rozvádět. V podrobnostech viz ALEXY: *On Balancing and Subsumption*, s. 440 – 448.

zásahu do tohoto principu (Ii, principu zaručujícího svobodu projevu) a konkrétní důležitosti kolidujícího principu (Ij, ochrany osobnosti).¹⁴⁸

Intenzita zásahu i důležitost naplnění principu jsou vždy posuzovány ve vztahu ke konkrétnímu zásahu, představují konkrétní kvantitu.¹⁴⁹ Pro potřeby vážící formule naplníme pojmy třístupňové stupnice intenzity zásahu konkrétními hodnotami geometrické řady 2^0 , 2^1 , 2^2 , „lehký“ zásah představuje hodnotu 1, „střední“ zásah představuje hodnotu 2 a zásah „závažný“ hodnotu 4.¹⁵⁰

Vážící formule vyjadřuje, za jakých podmínek získá přednost ten který princip. Po vyhodnocení intenzity zásahu a stupně důležitosti a přiřazení jim konkrétních hodnot ze stupnice můžeme konstatovat následující: princip první (garantující svobodu projevu) získá přednost, jestliže výsledek dělení bude větší než 1. Princip druhý (reprezentující ochranu osobnosti) získá přednost v případě, že výsledek bude menší než jedna.¹⁵¹ Výrok označující ochrnutého důstojníka jako „kripla“, ve výsledku představuje „pat“, vyjádřený konkrétní vahou svobody projevu rovnající se 1. V patových situacích je rozhodnutí věcí diskrece soudu. V tomto případě Spolkový ústavní soud shledal označení „kripl“ jako protiústavní a přiznané odškodné jako přiměřené újmě utrpěné postiženým důstojníkem.¹⁵²

Vážící formule pouze konstruuje formální strukturu argumentu, kterou vyplňují konkrétní výroky a ty musí být dále racionálně ospravedlněny další argumentací. „Racionalita deduktivního schématu vážící formule [a tím i principu proporcionality] v podstatě závisí na otázce, zda spojuje premisy, které, opět, mohou být [racionálně] ospravedlněny.“¹⁵³ Racionalita výsledku vážení tedy spočívá v otázce, zda je možné racionálně odůvodnit vstupy vážící formule, konkrétní výroky ve vážící formulí reprezentované čísla. Příkladem takového výroku nám budiž následující věta: Veřejné označení těžce ochrnuté osoby satirickým časopisem za „kripla“ představuje „závažný“ zásah do jejich osobnostních práv.¹⁵⁴ Takovýto výrok, může být dále ospravedlněn¹⁵⁵ (nebo

148 ALEXÝ: *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 575 – 576.

149 ALEXÝ: *On Balancing and Subsumption*, s. 440.

150 ALEXÝ: *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 576.

151 Tamtéž, s. 576.

152 Tamtéž. ALEXÝ: *On Balancing and Subsumption*, s. 443.

153 ALEXÝ: *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 576.

154 Tamtéž, s. 576.

155 Ospravedlnění takového výroku lze podle Alexyho spatřovat v dalším deduktivním schématu, v diskursu.

Právě vážící formule představuje spojení diskursivní teorie a principu proporcionality, resp. vážení, určuje pořadí kroků v diskursu a vzájemné vztahy jednotlivých kroků. Tamtéž, s. 576 – 577. Více k Alexyho teorii diskursu viz

naopak popřen). Spolkový ústavní soud v kauze *Titanic* argumentuje tím, že označení ochrnutého důstojníka za „kripla“ pro něj bylo ponižující a neuctivé.¹⁵⁶

Podle Alexyho existují dvě základní operace při aplikaci práva, subsumpce a vážení (*balancing or weighing*). Proces subsumpce lze rozdělit na formální strukturu, kterou shrnuje v subsumpční formuli ovládané pravidly logiky, a argumentaci uváděnou interpretem při aplikaci práva.¹⁵⁷ K subsumpční formuli podle Alexyho existuje analogické schéma též pro vážení, vážící formule, fungující podle pravidel aritmetiky. Vážící formule představuje formální schéma vážení, jehož prostřednictvím je možné vydedukovat právní závěr o výsledku vážení.¹⁵⁸

4.1.6. Pořadí jednotlivých kroků v rámci principu proporcionality

Princip proporcionality představuje prostředek pro posouzení ústavnosti zásahů a omezení ústavou chráněných hodnot. Zásah je shledán protiústavním tehdy, není-li naplněn byt' i jen jediný komponent principu proporcionality.¹⁵⁹ Dílčí komponenty testu proporcionality tedy musí být splněny kumulativně. V praxi se vyskytují i případy, kdy soud ponechá jedno z kritérií nerozhodnuté. Opomenutí rozhodnutí jedné z komponent samo o sobě nepředstavuje *denegationis iustitiae*, přichází-li rozhodnutí v některém z následujících kroků (kroků obtížněji splnitelných).¹⁶⁰

Otázkou zůstává, zda pořadí jednotlivých kroků (komponent) principu proporcionality je uspořádáno náhodně či jestli i ono má své vlastní logické uspořádání, které se musí dodržovat? V této práci vycházíme z Alexyho teorie, která nám představuje obecné hledisko. V Alexyho pojetí je pořadí kroků následující: princip vhodnosti, potřeby a princip proporcionality v úzkém slova smyslu.

V souladu s výše uvedenými charakteristikami jednotlivých sub-principů můžeme úvahy soudu strukturovat asi takto. Princip vhodnosti posuzuje způsobilost zvolených prostředků k dosažení vytyčených cílů. V tomto stádiu se vyloučí jen absolutně nezpůsobilé prostředky a vytvoří se rámec pro posouzení v rámci dalších kroků. Kritérium potřeby nám umožňuje rozlišovat mezi způsobilými prostředky, nicméně otázka, jestli některá z alternativ má být vůbec vybrána není otázkou skutkovou, nýbrž právní, tedy otázkou vážení principů (proporcionality

ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 177 an. WEINBERGER: *Norma a instituce*, s. 182 – 183.

156 ALEXY: *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 577.

157 ALEXY: *On Balancing and Subsumption*, s. 433.

158 Tamtéž, s. 433.

159 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 66 marg. č. 84.

160 ONDŘEJEK: *Princip proporcionality*, s. 109.

v úzkém slova smyslu).¹⁶¹ Tedy princip potřebnosti musí být vždy posouzen před principem proporcionality v úzkém slova smyslu.¹⁶²

Pořadí principů tedy není nahodilé a je seřazeno „od kritéria, které lze nejsnáze splnit“, až po kritérium splnitelné nejobtížněji.¹⁶³ Soud zkoumá kritéria jedno po druhém, přičemž nesplnění jednoho kritéria již odůvodňuje závěr o protiústavnosti opatření, soud již v rámci přezkumu nepokračuje kroky dalšími. Pokračuje-li, činí tak již pouze v rámci *obiter dicta*.¹⁶⁴ Takový postup soudu je nadbytečný a z hlediska procesní ekonomie nevhodný.¹⁶⁵

4.2. Princip proporcionality v díle P. Holländera

Nejvýznamnějším, a dlouho také jediným, zástupcem české právní teorie, který se ve svém díle zabývá principem proporcionality¹⁶⁶ je P. Holländer. Přínos P. Holländera spočívá v tom, že ve svých textech zprostředkovává české odborné veřejnosti názory zahraniční právní vědy i praxe, zejména té německé, a přináší i vlastní pohled na zásadu proporcionality. Kromě toho, že je autorem mnoha teoretických textů, je zejména soudcem ÚS, na němž působí od jeho vzniku. Za dobu svého působení na ÚS se stal jeho vůdčí osobností a jako soudce zpravodaj je autorem mnoha jeho významných rozhodnutí.¹⁶⁷ Kvůli všem výše uvedeným důvodům nemůže být v této práci opomenut.

Ústavní normy (zejména ty zakotvující základní práva) mají strukturu principů, k jejichž aplikaci se spíše než metoda subsumpce hodí test proporcionality. Aplikace práva obecně nespočívá v pouhé subsumpci, nýbrž interpret téká mezi vyšší premisou, představující právní normu, a nižší premisou, představující skutkový stav, z nichž lze konečný závěr o tom, co je po

161 ALEXÝ: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 68.

162 Tamtéž.

163 ONDŘEJJEK: *Princip proporcionality*, s. 109.

164 TOMOSZEK, Maxim. Nezměnitelnost materiálního jádra ústavy jako řešení konfliktu ústavních hodnot. *Časopis pro právní vědu a praxi*. roč. 18, č.4, 2010, s. 329.

165 ONDŘEJJEK: *Princip proporcionality*, s. 110 – 111.

166 Z publikací týkajících se principu proporcionality srov. HOLLÄNDER, Pavel. Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezování právních principů. In BOGUZSAK, JIŘÍ (ed.). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999. Str. 7-21. Tentýž: *Ústavněprávní argumentace*, s. 49. Tentýž: *Filosofie práva*, s. 146-148. Tentýž: *Zásada proporcionality: jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh?*, s. 30 – 31. Tentýž: *Filipika proti redukcionizmu*. Bratislava: Kaligram, 2009, s. 139 an.

167 Za všechny např. nálezy ve věci *Anonymní svědek*, nálezy Ústavního soudu ze dne 21.3. 2002, sp. zn. III. ÚS 256/01 *Rekognice fotografiemi* (dále jen *Rekognice fotografiemi*) nebo nálezy Ústavního soudu ze dne 28.1. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 41/02 *Bezpečnostní prověrky advokátů* (dále jen *Bezpečnostní prověrky advokátů*).

právu odvodit.¹⁶⁸ V tomto postupu Holländer nevidí pouze „logický sylogismus“, nýbrž též konfrontaci světů bytí (jedinečného) a mětí (obecného). Jde o „kaskádu vzájemných korelací, přičemž obě strany fungují obdobně jako zoom-umožňující zaostření při vymezení relevantní oblasti skutkových zjištění (světa faktů) na straně jedné a skutkové podstaty relevantní normy (svět normativity) na straně druhé.“¹⁶⁹

Smysl interpretace norem ústavního práva podle Holländera spočívá v rekonstrukci účelů testem proporcionality.¹⁷⁰ Odpověď na otázku, jakým způsobem je možné účely implicitně či explicitně v právu přítomné z norem dovodit, ovšem test proporcionality nedává. Naopak otevírá dveře jiným výkladovým metodám.¹⁷¹ Interpretace ústavních norem tedy představuje „hermeneutický kruh (či spirálu), v němž se interpret myšlenkově pohybuje mezi normou jednoduchého práva, svým předporozuměním, empirickými zjištěními týkajícími se účelu normy [...] a ústavními principy.“¹⁷² Poměrování je pak duševním pohybem mezi rekonstruovanými účely přezkoumávané normy jednoduchého práva a v kolizi stojícími účely základních práv či veřejných zájmů. Rozhodujícím pro určení přednosti v rámci kritéria poměrování jsou hlediska empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů.¹⁷³ Zejména poslední teze ukazuje, jak velký vliv měl P. Holländer na formování doktríny proporcionality v judikatuře ÚS.

Zásada proporcionality je v Holländerově pojetí, „hermeneutickou strukturou, není ale kognitivním vzorcem.“ Její součástí je předporozumění interpreta a konkrétní a transparentní nárys odůvodnění závěru o „ústavnosti normy jednoduchého práva garantující jeden a omezující jiný ústavní princip.“¹⁷⁴ Zásada proporcionality také dokazuje, že mnohdy neexistují jediné definitivně objektivní odpovědi na právní otázky, zejména s poukazem na pluralitu ústavně aprobovaných principů, které nutně vzájemně kolidují.¹⁷⁵

Holländer vidí v testu proporcionality mimo jiné i stavidlo stupňující se dekonstrukci a fragmentaci právního řádu. Ty se projevují zejména silným legislativním optimismem

168 HOLLÄNDER: *Zásada proporcionality: jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh?*, s. 30 – 31.

169 Tamtéž, s. 32.

170 Tato myšlenka se objevuje též v judikatuře ÚS srov. nálezy v případech *Bezpečnostní prověrky advokátů* či *Rekognice fotografiemi*.

171 HOLLÄNDER: *Zásada proporcionality: jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh?*, s. 32.

172 Tamtéž, s. 32 - 33.

173 Tamtéž, s. 33. Srov. např. nález v kauze *Anonymní svědek*. Více v kapitole 6.1.1..

174 HOLLÄNDER: *Zásada proporcionality: jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh?*, s. 33.

175 Tamtéž, s. 3.4. a 4.2..

zákonodárce zvyšujícím nepřehlednost právního řádu jak pro právní veřejnost, tak zejména pro laiky.¹⁷⁶ Test proporcionality umožňuje za pomoci rekonstrukce účelů „postihnout celek“ mezilidských vztahů, které zákonodárce nemůže *a priori* uchopit. Obecnost až vágnost ústavních principů však nebrání nalézat právo i v obtížných případech, kdy neexistuje detailní právní úprava, kdy je tato nejasná nebo úplně chybí.

4.3. Srovnání obou přístupů

Holländer z Alexyho teorie vychází, ale také se vůči ní vymezuje¹⁷⁷ (srov. kapitolu pojednávající o právních principech). Princip proporcionality Holländer považuje za „hermeneutickou strukturu“ nikoliv „kognitivní vzorec.“ V tomto bodě zřejmě Holländer naráží na Alexyho pojetí vážící formule, kterou lze jako deduktivní schéma vyjádřit konkrétním vzorcem a pomocí proměnných dovést výsledek.

Podle mého názoru se Holländer zase tolik s Alexym nerozhází. Alexyho pojetí principu proporcionality také není ničím jiným než formální strukturou rozhodovacího procesu. Schéma vyjádřené vzorcem představuje pouze logický důkaz filozofického ospravedlnění testu proporcionality a jeho propojení s deduktivní metodou.

Prakticky je princip proporcionality určen třemi kritérii – vhodností, potřebností a poměřováním. V rámci kritéria poměřování se uplatní vážící formule v podobě zákona vážení a třístupňová škála k měření intenzity zásahu. Toto schéma také nepředstavuje kognitivní vzorec, nýbrž teprve musí být naplněno za pomoci jiných argumentačních metod a skutkových zjištění.

176 HOLLÄNDER: *Ústavněprávní argumentace*, s. 11 - 24. HOLLÄNDER: *Zásada proporcionality: jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh?*, s. 36.

177Srov. kapitoly 3.4. a

5. Princip proporcionality v judikatuře Ústavního soudu ČR

Princip proporcionality jako metodologický instrument aplikace principů není v ústavě zakotven. ÚS jej však považuje za moderní ústavní nepsané pravidlo vyplývající z principu materiálního právního státu,¹⁷⁸ kterým se řeší kolize základních práv.¹⁷⁹ Princip proporcionality podle slov ÚS představuje kritérium, „zda jednomu právu nebyla bezdůvodně dána přednost před právem druhým.“¹⁸⁰

Považujeme-li princip proporcionality za metodologický instrument aplikace principů, pak přicházíme k otázce univerzality principu proporcionality. ÚS by měl tedy aplikovat princip proporcionality všude tam, kde dochází k poměřování principů, základních práv a veřejných zájmů. Princip proporcionality má své uplatnění tedy ve všech typech řízení před ÚS. Řešení kolizí principů pomocí principu proporcionality se nejprve v judikatuře Ústavního soudu prosadilo v řízení o (abstraktní i konkrétní) kontrole norem, a až po určité době i v řízení o ústavní stížnosti. Výklad proto povedeme odděleně pro řízení o kontrole norem a řízení o ústavní stížnosti. Nebudeme rozlišovat mezi konkrétní a abstraktní kontrolou; pokud jde o aplikaci testu proporcionality, nečiní tak, co se struktury testu týče, ani ÚS.

Další úrovní univerzality testu proporcionality je fakt, že, jak jsme již výše uvedli, je právním pravidlem, a proto je závazný a platný jako právo. „Povinnost respektovat princip proporcionality se nevztahuje pouze na zákonodárce, ale též na orgány veřejné moci při jejich rozhodovací činnosti.“¹⁸¹ Princip proporcionality je tedy pro soud, ale i pro všechny orgány státu závazný a neaplikování testu proporcionality, resp. jeho nesprávná aplikace, má za následek protizákonnost, resp. protiústavnost aktu (abstraktního či konkrétního) veřejné moci.

Vedle tradičního uplatnění lidských práv ve vztazích mezi jednotlivcem a státem, v tzv. vertikálních vztazích, se rozvinula doktrína horizontálního působení lidských práv, tj. jejich

178 Nález Ústavního soudu ze dne 12. 4. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 43/93 *Trestný čin hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu*. Dále pouze nález ve věci *Trestný čin hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu*.

179 Nález ve věci *Prezidentské veto*. Srov. nález Ústavního soudu ze dne 01.03.2007, sp.zn. Pl.ÚS 8/06 *Základ pro výpočet odměny exekutora v případě dobrovolného plnění povinného po nařízení exekuce*.

180 Nález ÚS ze dne 1.12. 2005, sp.zn. II. ÚS 94/05 *Vztah proporcionality mezi právem na ochranu osobnosti a právem na svobodu projevu*.

181 Nález Ústavního soudu ze dne 25.01.2011, Pl.ÚS 15/10 *Kárné řízení funkcionářů NKÚ*.

působnost i ve vztazích mezi jednotlivci navzájem. Ta rozšiřuje působnost základních práv, a tím i principu proporcionality, na odvětví práva, kde dříve nepůsobily, zejm. práva soukromého.¹⁸²

Princip proporcionality jako příkaz k optimalizaci představuje metodologii k řešení kolizí principů, základních práv a veřejných zájmů. Z teoretického vymezení, výše uvedeného i prvotního přístupu ÚS, by se mohlo zdát, že jde o univerzální metodu aplikace práva, která nachází své uplatnění vždy, když mají právní normy strukturu principů. V následujících kapitolách budeme testovat, zda tomu tak skutečně je.

182 ONDŘEJEK: *Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv*, s. 13.

6. Princip proporcionality jako příkaz k optimalizaci

6.1. Vývoj testu proporcionality v řízení o kontrole norem

6.1.1. Od Anonymního svědka až dodnes

Pojednání o principu proporcionality v české literatuře¹⁸³ většinou začíná pojednáním o kauze *Anonymní svědek*. Ani toto nebude výjimkou, nicméně ÚS již na princip proporcionality odkázal ve své starší judikatuře. Princip proporcionality (zásada přiměřenosti), tedy „odpovídající přiměřená korelace mezi cílem a použitými prostředky“, byl poprvé ÚS aplikován v nálezu *Pl.ÚS 43/93*, ačkoli se prozatím nevyjádřil podrobněji k jeho struktuře.¹⁸⁴ ÚS zmíněným nálezem zrušil část § 102 trestního zákona co do části upravující trestný čin hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu, který svou neurčitou až vágní formulací umožňoval minulému režimu trestat osoby jemu nepohodlné.¹⁸⁵ Ústavní soud shledal, že skutková podstata nepřiměřeně zasahuje do svobody projevu garantované čl. 17 Listiny zejména proto, že nepředstavuje, s odkazem na jiná ustanovení trestního zákona chránících stejný objekt, opatření nezbytné k dosažení sledovaného cíle.¹⁸⁶

ÚS v citovaném nález dovedl existenci principu proporcionality z principu materiálního právního státu. Materiální právní stát kromě ochrany poskytované právům plynoucím z jednoduchého práva též garantuje a aktivně prosazuje ochranu práv základních. V řízení o kontrole norem tedy také „musí zvažovat nezbytnost a přiměřenost úpravy i z tohoto hlediska primátu základních práv a svobod.“¹⁸⁷ Omezení základních práv je citlivou otázkou každé společnosti, a proto je nutné taková omezení minimalizovat.¹⁸⁸ „Každý zákon obsahující příkazy a zákazy zasahuje do svobody jednotlivce a jeho základních práv, je třeba uvážit, zda a do jaké míry jsou příkazy zákona zřetelně a přesně definovány, ale také zda jsou svému účelu přiměřené, vhodné a potřebné.“¹⁸⁹

183 Srov. HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 162.

184 Nález ve věci *Trestný čin hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu*.

185 Tamtéž.

186 Tamtéž. ÚS v tomto rozhodnutí pod kritériem nezbytnosti označuje standardně označované kritérium potřebnosti.

187 Tamtéž.

188 Tamtéž.

189 Tamtéž. Srov. Alexy dovozuje princip proporcionality též z principu materiálního právního státu (*constitutional state*), resp. zprostředkovaně skrze podstatu základních práv. V materiálním právním státě jsou základní práva garantována ústavou. Pak každé vrchnostenské rozhodnutí, ať už normotvůrce nebo soudu týkající se svobody jednotlivce, představuje zásah do základních práv. Zásahy do základních práv jsou přípustné pouze, pokud jsou

V případě *Anonymní svědek* již ÚS podrobně vymezil strukturu testu proporcionality. V tomto případě ÚS posuzoval, zda institut anonymního svědka nepřiměřeně nezasahuje do práva na obhajobu a principu rovnosti účastníků jako komponentů práva na spravedlivý proces obžalovaného, garantovaného ústavním pořádkem (zejm. čl. 38 odst. 2 Listiny), když jej de facto zbavuje možnosti se kvalifikovaně vyjádřit k osobě svědka a jeho věrohodnosti.

Právo na spravedlivý proces je ústavou vymezeno jako právo nekvalifikované, neobsahující limitační klauzuli. ÚS tak stál před rozhodnutím, zda je možné omezit základní právo, jehož omezení ústava nepředpokládá. Kromě ústavou předpokládaných situací může dojít k omezení základních práv a svobod také v případě jejich vzájemné kolize. Jinými slovy, „základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody.“¹⁹⁰

V kauze *Anonymního svědka* kolidovalo právo na spravedlivý proces s právy, jež bychom mohli zobecnit jako práva na nedotknutelnost osoby svědka. Při posuzování možnosti omezení základních práv došel soud k závěru, že jedno z práv je upřednostněno před druhým za podmínky: 1) jejich vzájemného poměrování a 2) požadavku šetření podstaty a smyslu omezovaného základního práva (čl. 4 odst. 4 Listiny).

Podmínka poměrování, představující samotný test proporcionality, spočívá v posuzování kritérií vhodnosti, potřebnosti, porovnání závažnosti obou v kolizi stojících základních práv (princip proporcionality v úzkém slova smyslu). ÚS vtáhnul do struktury testu proporcionality nad rámec obecně uznávaných kritérií též požadavek minimalizace zásahu do základního práva (dále též test minimalizace zásahu).¹⁹¹

ospravedlněny. Ospravedlnit lze pouze zásahy přiměřené. Závěry o přiměřenosti zásahu vycházejí z vážení principů metodou principu proporcionality. ALEXEY: *On Balancing and Subsumption*, s. 436.

190 Nález ve věci *Anonymní svědek*. Tímto také ÚS položil základy dále rozvíjené doktríny imanentního omezení základních práv.

191 Nález ve věci *Anonymní svědek*.

Kritéria vhodnosti a potřebnosti¹⁹² jsou téměř totožná s kritérii principu proporcionality v díle R. Alexyho. Odkazujeme proto na kapitolu věnující se této problematice a podrobněji rozebereme pouze kritérium poměrování a test minimalizace zásahu do základního práva.

V rámci kritéria poměrování (principu proporcionality v užším smyslu) dochází k porovnání intenzity závažnosti kolidujících práv, která „jsou *prima facie* rovnocenná.“¹⁹³ Poměrování Soud provádí zvláštní vážící formulí. Tato vážící formule spočívá ve zvažování empirických, systémových, kontextových a 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.“¹⁹⁴

Je pravdou, že v podobě vymezené rozhodnutím v kauze *Anonymní svědek* ÚS vytvořil velmi komplexní a sofistikovaný test ústavnosti. Na druhou stranu bychom mohli říct, že si na sebe tzv. ušil bič, protože zejména kritérium vážící formule klade poměrně vysoké nároky na právní argumentaci. Z tohoto důvodu trpí aplikace vážící formule hned několika nedostatky:¹⁹⁵ 1) ÚS nevysvětlil, jakou mají jednotlivé argumenty váhu. 2) ÚS je v aplikaci vážící formule nedůsledný, prozatím nikdy nerozhodl o protiústavnosti zásahu pouze na základě této vážící formule.¹⁹⁶ 3)

192 Kritérium vhodnosti dává interpretovi „odpověď“ na otázku, zdali institut, omezující určité základní právo, umožňuje dosáhnout sledovaný cíl.“ Srov. např. náleze ve věci *Anonymní svědek* nebo *Prověrky advokátů*. Kritérium potřebnosti spočívá „v porovnávání legislativního prostředku omezujícího základní právo resp. svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod.“ Sleduje analýzu plurality možných normativních prostředků ve vztahu k zamýšlenému účelu a jejich subsidiaritu z hlediska omezení ústavou chráněné hodnoty - základního práva nebo veřejného statku. Lze-li zákonodárcem sledovaného účelu dosáhnout alternativními normativními prostředky, je pak ústavně konformní ten, jenž danou ústavně chráněnou hodnotu omezuje v míře nejmenší. Srov. náleze ve věci *Anonymní svědek*.

193 Náleze ve věci *Anonymní svědek*.

194 Tamtéž.

195 KOSAŘ: *Kolize základních práv*, s. 15.

196 Srov. náleze *Anonymní svědek*, v němž ÚS snad neúplněji posuzoval všechny argumenty vážící formule, aby rozhodl na základě porušení kritéria minimalizace zásahu.

ačkoli ÚS jednotlivé argumenty vážící formule obecně vymezil, jejich aplikace je značně subjektivní. Kromě výše uvedeného dodejme, že 4) liknavost v aplikaci této vážící formule spočívá také v reálném zvažování pouze některých argumentů v rámci vážící formule, tedy v neúplnosti její aplikace,¹⁹⁷ nebo pouhém formálním zmínění vážící formule bez jejího reálného uplatnění.¹⁹⁸

Ústavní soud zařadil do kritéria poměrování též kritérium minimalizace zásahu do základního práva, které provedl až po zhodnocení jednotlivých argumentů tvořících vážící formuli. V rámci tohoto kritéria dochází ke „zvažování využití právních institutů minimalizujících argumenty podložený zásah do jednoho z nich.“¹⁹⁹ Předmětem zkoumání je, zda zákonodárce před tím, než přijal úpravu omezující základní práva, využil „všech možností minimalizace zásahu do jednoho z nich.“²⁰⁰ Porušení kritéria minimalizace zásahu, neboli příkazu k optimalizaci, bylo důvodem, proč ÚS v této věci zrušil úpravu institutu anonymního svědka.²⁰¹

Struktura testu proporcionality se v judikatuře ÚS ustálila v podobě vymezené nálezem ve věci *Anonymního svědka*. Toto pojetí bylo dále precizováno podle Alexyho modelu. V kauze *Vojenské byty*²⁰² rozšířil ÚS aplikaci principu proporcionality kromě kolize základních práv (*Anonymní svědek*) i na případy kolize základních práv (práva vlastnického) s veřejnými zájmy (zabezpečení národní bezpečnosti, obrany země a veřejného pořádku). Toto rozhodnutí doplňuje výše zmíněnou teorii o imanentním omezení základních práv, „podle které základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody nebo veřejného statku.“²⁰³ Soud tak vtáhnul vedle základních práv i veřejné zájmy do rámce aplikace principem proporcionality (Alexy by zřejmě řekl, že ÚS přiznal veřejným statkům povahu principu).

Ačkoli ÚS konstantně aplikoval v rámci kritéria poměrování také test minimalizace zásahu, k jeho explicitnímu označení jako příkazu k optimalizaci došlo až v nálezem ve věci *Bezpečnostní prověrky advokátů*.

197 Srov. nález Ústavního soudu ze dne 17.2. 1999, sp. zn. Pl. ÚS 16/98 *Právo vlastnit zbraň* (dále pouze *Právo vlastnit zbraň*) v němž ÚS aplikoval pouze argumenty empirické, systémové a hodnotové.

198 Srov. nález ÚS ze dne 13.8. 2002, sp.zn. Pl.ÚS 3/02 *Minimální výše pokuty* (dále jen *Minimální výše pokuty*). nález Ústavního soudu ze dne 11.6. 2003, sp.zn. Pl.ÚS 40/02 *Kolektivní smlouvy* (dále jen *Kolektivní smlouvy*). nález *Bezpečnostní prověrky advokátů*.

199 Nález ve věci *Anonymní svědek*.

200 Tamtéž.

201 Tamtéž.

202 Nález Ústavního soudu ze dne 9.10. 1996, sp. zn. Pl. ÚS 15/96 *Vojenské byty* (dále jen *Vojenské byty*)

203 Srov. nález ve věci *Vojenské byty*. K imanentnímu omezení základních práv v recentní judikatuře srov. nález ÚS ze dne 13.11. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 43/10 *K procesní způsobilosti osob omezených na způsobilosti k právním úkonům*.

V nejnovější judikatuře dochází k výrazné změně. ÚS upustil od kritizované vážící formule aplikované v řízení o kontrole norem a nahradil ji vážící formulí novou. Podle nově vymezeného kritéria proporcionality v užším smyslu již soud nezkoumá čtyři výše uvedené argumenty ani kritérium minimalizace zásahu. Toto kritérium nově obecně vymezuje příkazem, že „újma na základním právu nesmí být nepřiměřená ve vztahu k zamýšlenému cíli“. Přičemž samotnou vážící formulí definuje takto: „[O]patření 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.“²⁰⁴ Nelze přehlédnout, že nově vymezená vážící formule se blíží Alexyho Zákonu vážení (vážící formulí), u níž čím intenzivnější je zásah do principu, tím intenzivnější musí být zájem na naplnění principu druhého, aby zásah ospravedlnil.²⁰⁵ Nedostatkem nové vážící formule je absence stupnice, na níž bychom mohli měřit míru intenzity zásahu a důležitosti kolidujících principů (resp. pozitiva a negativa opatření omezujících základní práva).

6.1.2. Test minimalizace zásahu

Test minimalizace zásahu aplikoval ÚS jak v řízení o kontrole norem,²⁰⁶ tak v řízení o ústavní stížnosti.²⁰⁷ Testem minimalizace zásahu zkoumá ÚS, zda bylo veřejnou mocí využito „všech možností minimalizace zásahu“ do základního práva či veřejného zájmu. Kritérium minimalizace zásahu ÚS dovodil z ustanovení čl. 4 odst. 4 Listiny, jelikož základních práv „musí být šetřeno nejenom při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod, nýbrž analogicky rovněž v případě jejich omezení v důsledku jejich vzájemné kolize.“²⁰⁸

204 Nález Ústavního soudu ze dne 25.01. 2011, Pl.ÚS 15/10 *Kárné řízení funkcionářů NKÚ*. Obdobně též nález Ústavního soudu ze dne 01.03. 2007, sp.zn. Pl.ÚS 8/06 *Základ pro výpočet odměny exekutora v případě dobrovolného plnění povinného po nařízení exekuce*. nález Ústavního soudu ze dne 4.5. 2010, sp. zn. Pl.ÚS 7/09 *K principu proporcionality při poměrování závažností vyplývajících z mezinárodního práva a právem na obhajobu*. nález Ústavního soudu ze dne 20.12. 2011, sp.zn. Pl.ÚS 24/11 *Přístup orgánů činných v trestním řízení k údajům o telekomunikačním provozu*; nález Ústavního soudu ze dne 7.9. 2010, sp.zn. Pl. ÚS 22/09 *K zákonnému omezení soudce zastupovat účastníky a další zúčastněné osoby v soudních a správních řízeních*. Toto pojetí má základ ve starší judikatuře, stejné vymezení vážící formule se již objevuje v nálezu ve věci *Minimální výše pokuty*, nicméně Soud ještě vychází z vážící formule složené ze čtyř argumentů (empirický, systémový, kontextový a hodnotový).

205 Srov. kapitolu. č. 4.1.5..

206 Nález ve věci *Anonymní svědek*.

207 Srov. např. nález Ústavního soudu ze dne 21.3. 2002, sp. zn. III. ÚS 256/01 *Rekognice fotografiemi* či nález Ústavního soudu ze dne 16.6. 2005, sp. zn. I. ÚS 353/04, *Výstavba rodinného domu*.

208 Nález ve věci *Anonymní svědek*.

Z počátku aplikaci testu minimalizace zásahu provázela nejasnost, v rámci kterého kritéria testu proporcionality se má aplikovat. Nebylo přitom zřejmé, v čem se odlišuje od kritéria potřeby a zda přináší nějaké nové kritérium přezkumu ústavnosti odlišné od komponentů testu proporcionality.²⁰⁹ Test minimalizace zásahu ÚS aplikoval jako součást kritéria potřeby,²¹⁰ poměrování,²¹¹ nebo též jako součást kritéria poměrování, avšak až po provedení poměrování.²¹²

Postupem času ÚS explicitně označil test minimalizace zásahu za příkaz k optimalizaci.²¹³ Jak jsme již výše uvedli, princip proporcionality vychází ze samotné podstaty principů jako příkazů k optimalizaci. Jednotlivé komponenty principu proporcionality představují příkazy k optimalizaci diferencované podle prvků, k nimž se vztahují. Tato kritéria vhodnosti a potřeby jsou vyjádřením příkazu k optimalizaci ve vztahu ke skutkovým možnostem a princip proporcionality v užším smyslu zase k možnostem právním. Lichou se v tomto kontextu jeví Weinbergerova námitka, že principy nejsou příkazy k optimalizaci, protože Alexy de facto dochází ke stejnému závěru jako on, a tudíž, že příkazem k optimalizaci je celá úvaha o podmíněné přednosti (proporcionalitě – optimalizační úvaha).

ÚS nepovažuje základní práva ani veřejná dobra za principy představující příkazy k optimalizaci. Musel proto zkonstruovat kritérium (test) minimalizace zásahu do základního

209 KOSAŘ, David. *Kolize základních práv*, s. 9 – 10.

210 Nález ve věci *Bezpečnostní prověrky advokátů*; *Rekognice fotografiemi* nebo *Právo vlastnit zbraň*.

211 Nález ve věci *Vojenské byty* či *Rekognice fotografiemi*.

212 Nález ve věci *Anonymní svědek* či *Kolektivní smlouvy*. V této souvislosti je třeba odmítnout názor D. Kosaře, který jako další variantu uvádí, že test minimalizace je v některých rozhodnutích aplikován jako test nezávislý na testu proporcionality a jako příklad uvádí právě dvě naposledy zmíněná rozhodnutí. Byť se jejich zařazení jeví nejasným, ÚS je vždy explicitně označil za součást kritéria poměrování.

213 Nález ve věci *Bezpečnostní prověrky advokátů*; náleze ze dne 14.7. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 34/04 *Platy soudců* či náleze ze dne 27.9. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 51/06 *Neziskové nemocnice*. D. Kosař vidí v testu minimalizace zásahu českou „mutací“ tzv. praktické konkordance (*praktische Konkordanz*). KOSAŘ: *Kolize základních práv*, s. 8. Praktická konkordance představovala v původním Hesseho pojetí „požadavek na dosažení maximálního účinku kolidujících práv a veřejných zájmů. V současné praxi Spolkového ústavního soudu je však aplikován pouze na kolize dvou základních práv, přesněji práv postrádajících limitační klauzuli, nikoliv na kolize základních práv s veřejnými zájmy. ONDŘEJJEK.: *Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv*., s. 14 - 15. Je možné, že původní pojetí testu minimalizace zásahu bylo touto teorií inspirováno, s poukazem na rozkolísanost jeho aplikace se to jeví dokonce pravděpodobným. Nicméně toto pojetí je třeba, v rozporu s názorem D. Kosaře, odmítnout, zejména kvůli explicitnímu označení testu minimalizace zásahu jako příkazu k optimalizaci a také kvůli faktu, že je aplikován i na konflikty základních práv s veřejnými zájmy (viz výše).

práva, v němž shledává postup příkazem k optimalizaci. Postrádal-li by princip proporcionality příkaz k optimalizaci, principy by ztratily svůj aproximativní charakter a metoda proporcionality by byla pouhým prostředkem k určení přednosti jednoho principu před druhým. Principy by se tudíž stejně jako pravidla aplikovaly způsobem „všechno nebo nic“.

Zřejmě explicitní označení principu proporcionality jako příkazu k optimalizaci vedlo k tomu, že recentnější judikatura již, mluví-li o struktuře testu proporcionality, nezahrnuje do ní kritérium minimalizace zásahu jako zvláštní kritérium.²¹⁴ Samotná (optimalizační) úvaha o přednosti jednoho principu před druhým jako výsledek poměrování představuje příkaz k optimalizaci, čímž činí nadbytečným kritérium minimalizace zásahu.

6.2. Vývoj testu proporcionality v řízení o individuální ústavní stížnosti

6.2.1. První pokusy kontra ad hoc poměrování

Na rozdíl od výše popsaného vývoje testu proporcionality v řízení o kontrole norem, který bychom mohli popsat jako poměrně harmonický a konzistentní, se v řízení o ústavní stížnosti neaplikuje test proporcionality zdaleka s takovou mírou konzistentnosti.

ÚS princip proporcionality v řízení o ústavní stížnosti poprvé komplexně aplikoval v kauze *Rekognice fotografiemi*²¹⁵. Strukturou jde o test téměř totožný s testem proporcionality tak, jak byl vymezen v případě Anonymního svědka pouze s výjimkou, že ÚS neaplikoval vážící formulí o čtyřech argumentech, nýbrž pouze v rámci kritéria poměrování posoudil kauzu testem minimalizace zásahu.²¹⁶ Nutno poukázat, že postup ÚS zvolený v kauze *Rekognice fotografiemi* je spíše výjimečný než typický, ÚS v této fázi vývoje testu proporcionality aplikoval všechny tři kritéria testu proporcionality v řízení o ústavní stížnosti spíše „povrchně nebo vůbec“. ÚS se v tomto typu řízení dlouhou dobu vyhýbal konstatování přímé kolize základních práv a veřejných

214 Nález Ústavního soudu ze dne 25.01. 2011, Pl.ÚS 15/10 *Kárné řízení funkcionářů NKÚ*. nález Ústavního soudu ze dne 01.03. 2007, sp.zn. Pl.ÚS 8/06 *Základ pro výpočet odměny exekutora v případě dobrovolného plnění povinného po nařízení exekuce*; nález Ústavního soudu ze dne 4.5. 2010, sp. zn. Pl.ÚS 7/09 *K principu proporcionality při poměrování závazků vyplyvajících z mezinárodního práva a právem na obhajobu*; nález Ústavního soudu ze dne 20.12. 2011, sp.zn. Pl.ÚS 24/11 *Přístup orgánů činných v trestním řízení k údajům o telekomunikačním provozu*.

215 Nález Ústavního soudu ze dne 21.3. 2002, sp. zn. III. ÚS 256/01 *Rekognice fotografiemi*. Soudcem zpravodajem byl v této věci P. Holländer. HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 162.

216 Tato skutečnost není již tak překvapivá ve světle závěrů D. Kosaře, podle něhož ÚS v řízení o ústavní stížnosti „ke zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů dosud nikdy nepřistoupil.“ KOSAR: *Kolize základních práv*, s. 8.

zájmů a obecně řečeno preferoval spíše *ad hoc* poměrování než aplikaci metody testu proporcionality.²¹⁷

Příkladem *ad hoc* poměrování nám budiž obecně známá kauza *Rejžek v. Vondráčková*.²¹⁸ ÚS v tomto případě posuzoval kolizi základního práva na ochranu osobnosti (čl. 10 Listiny) a svobody projevu (čl. 17 Listiny). Předmětem řízení byl kritický článek zabývající se poměry v české populární hudbě, zejména výrok, v němž kritik konstatuje, že za tzv. minulého režimu byla populární hudba politicky omezována a proniknout do ní mohly pouze osoby, které „měly ty správné kontakty“. Kritik v této souvislosti „upozornil na značnou personální kontinuitu s dobou před rokem 1990“. Právě tyto kontakty brání jiným zpěvačkám dostat se do popředí zájmu médií a s nadsázkou užil pojmu mafie. Po obsáhném rozboru skutkového stavu Soud konstatoval, že „[d]ůležitost v individuálním případě protichůdných práv a svobod je dána konkrétními okolnostmi věci, hierarchií společenských hodnot a ústavními základy právního řádu.“ ÚS následně uznal, že svoboda projevu a právo na ochranu osobnosti „stojí na stejné úrovni“ a je právě úlohou soudů, aby v konkrétním případě „zvážily, zda jednomu právu nebyla nedůvodně dána přednost před právem druhým.“ V případě *Rejžek v. Vondráčková* ÚS pouze učinil závěr o přednosti jednoho práva před druhým, aniž by aplikoval test proporcionality nebo jinou specifickou metodologii.

6.2.2. Iniciativa soudkyně E. Wagnerové

Nedlouho po nálezu ve věci *Rejžek v. Vondráčková* ÚS s takovou specifickou metodologií přichází v kauze *Výstavba rodinného domu*.²¹⁹ ÚS v tomto případě posuzoval kolizi práva vlastnického vedlejšího účastníka řízení a legitimního očekávání na nabytí vlastnického práva stěžovatele. Soud nově stanovil podmínky, za nichž přizná jednomu z kolidujících práv přednost před jiným. ÚS tedy přišel se specifickou vážící formulí (aniž by v rámci přezkumu bral v potaz kritéria vhodnosti a potřebnosti) spočívající v následujících krocích:

1) rozpoznat, která základní práva kolidují. 2) po přihlédnutí ke všem rozhodným okolnostem musí soud rozhodnout tak, aby bylo zachováno maximum z obou kolidujících práv. 3) není-li to možné, pak musí dát přednost tomu právu, jemuž svědčí obecná idea spravedlnosti, resp. obecný princip.

217 KOSAŘ: *Kolize základních práv*, s. 8.

218 Nález Ústavního soudu ze dne 15.3. 2005, sp. zn. I. ÚS 367/03, *Rejžek v. Vondráčková*. Dále pouze *Rejžek v. Vondráčková*. Soudcem zpravodajem byl v této kauze F. Duchoň.

219 Nález Ústavního soudu ze dne 16.6. 2005, sp. zn. I. ÚS 353/04, *Výstavba rodinného domu*. Dále jen *Výstavba rodinného domu*. Soudcem zpravodajem byla E. Wagnerová.

V rámci prvního kroku ÚS konstatoval kolizi práva vlastnického a legitimního očekávání. Toto kritérium není nadbytečným, jak by se na první pohled mohlo zdát, neboť to, že obecné soudy posuzovaly případ pouze z hlediska jednoho z kolidujících práv, bylo právě jedním z podstatných nedostatků jak tohoto rozhodnutí, tak i rozhodnutí ve věci *Rejžek v. Vondráčková*.

Druhý krok ve své argumentaci ÚS opomenul, což podle teoretického vymezení není překážkou, postoupí-li ÚS k přezkumu kritéria dalšího.

Nakonec ÚS došel k závěru, že je třeba dát přednost legitimnímu očekávání stěžovatele na nabytí vlastnického práva, jelikož vedlejší účastník se zavázal na stěžovatele vlastnické právo převést, svůj smluvní závazek však nesplnil. „Bylo by tedy v rozporu s obecnou ideou spravedlnosti, tj. s obecným principem *pacta sunt servanda*“ poskytnout ochranu vlastnickému právu, které stále svědčí vedlejšímu účastníku jen proto, že jej v rozporu se svým smluvním závazkem odmítl na stěžovatele převést.

Podle D. Kosáře lze této vážící formulí vytknout hned několik nedostatků:²²⁰

- 1) vážící formule neposkytuje řešení situace, kdy každému z kolidujících práv svědčí nějaký obecný princip, nebo kdy žádnému právu nesvědčí princip žádný.²²¹
- 2) kritérium spravedlnosti (*in dubio pro iustitia*) je velmi subjektivní a jako kritérium pro určení přednosti jedné ústavně chráněné hodnoty samo o sobě neobstojí. Považujeme též za problematické použití termínu „obecný princip“ ve vážící formulí. Jak jsme již výše uvedli, v české ani světové teorii ani praxi neexistuje konsenzus na vymezení pojmu právního principu.

Kromě výše uvedených námitek lze uvést ještě jednu, vycházíme-li z teze, že princip proporcionality představuje metodologii aplikace principů, pak každé základní právo či veřejný zájem jsou principem právním. To nás nutně vede k závěru, že instrumentarium zvolené ÚS nevypovídá ničeho o stanovení přednosti jednoho principu před druhým, jelikož pak už zbývá pouze kritérium spravedlnosti, které jsme jako krajně subjektivistické odmítli výše.

220 KOSAŘ: *Kolize základních práv*, s. 15 - 16.

221 K situaci, kdy ÚS pravděpodobně nebyl schopen nalézt obecný princip, který by svědčil ve prospěch některého z kolidujících základních práv došlo v kauze *Propadná zástava*. Soud prohlásil, že bude aplikovat výše uvedenou vážící formulí, v reálu tak však neučinil. První dva kroky bychom mohli ještě dovodit z odůvodnění nálezu. Nicméně krok třetí zůstal opomenut zcela. ÚS tak kauzu rozhodl na základě analýzy skutkového stavu a jednoduchého práva, vážící formulí fakticky neaplikoval. nálezu ÚS ze dne 8. 8. 2006, sp.zn. IV.ÚS 383/05 *Propadná zástava*. Dále pouze *Propadná zástava*. Soudcem zpravodajem byla E. Wagnerová.

Necelého půlroku po nálezu ve věci *Výstavba rodinného domu* se ÚS od této vážící formule odchýlil. V kauze *Omezení způsobilosti k právním úkonům*²²² konstatoval, že „[t]est principu proporcionality se odvíjí ve třech následujících krocích, které je třeba vztáhnout jak na zákon, který omezuje tato základní práva, tak na jeho interpretaci a aplikaci nacházející odraz ve vydání individuálního rozhodnutí:

- 1) Je sledovaný cíl legitimní? Je sledován a prosazován cíl nezbytný ve svobodné demokratické společnosti?
- 2) Je dáno racionální spojení mezi cílem a prostředky vybranými k jeho prosazení?
- 3) Existují alternativní způsoby dosažení cíle, jejichž využití by učinilo zásah do základního práva méně intenzivní, popř. jej zcela vyloučilo?“

ÚS se tedy vyjádřil pro univerzalitu testu proporcionality v řízeních o ústavní stížnosti o kontrole norem, což je jistě pozitivní zjištění. Jako záporné je nutno označit formulování nové struktury testu, která navíc mísí jednotlivá kritéria dohromady. Krok 1) v sobě mísí jednak prvky kritéria vhodnosti (otázka, zda je opatřením sledován legitimní cíl nutně předchází samotnému posouzení vhodnosti, protože základní práva mohou být omezena pouze na základě ústavně aprobovaných základních práv a veřejných zájmů) a též kritéria potřebnosti (nezbytnost sledovaného cíle). Prakticky doslovným vyjádřením kritéria potřebnosti je krok 3), v němž soud posuzuje existenci alternativních opatření zasahujících základní právo s menší intenzitou. Zcela tedy absentuje vážící formule a s ní i vztah principu proporcionality k přezkumu otázek právních, neboť kritéria vhodnosti a potřebnosti se váží výhradně ke kritériím skutkovým.

Tato odchylka je ještě zvláštější, jelikož v rozhodnutích časově následujících po rozhodnutí v kauze *Omezení způsobilosti k právním úkonům* se ÚS vrací zpět k aplikaci třístupňové vážící formule, kterou aplikuje poměrně konzistentně.²²³ V recentějších nálezech již ÚS důsledně dbá, aby byly naplněny a explicitně vyjádřeny všechna kritéria vážící formule; odůvodnění je také strukturováno tak, aby bylo možno jednotlivé oddíly a odstavce podřadit přímo jednotlivým krokům vážící formule.²²⁴ Uvedený posun v judikatuře zvyšuje přesvědčivost odůvodnění.

222 Nález ÚS ze dne 7.12. 2005, sp.zn. IV. ÚS 412/04 *Omezení způsobilosti k právním úkonům*. Dále pouze *Omezení způsobilosti k právním úkonům*. Soudcem zpravodajem byla E. Wagnerová.

223 Nález ÚS ze dne 8.8. 2006, sp.zn. IV.ÚS 383/05 *Propadlá zástava*. nález ÚS ze dne 7.9. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 34/09 *K povinnosti státu poskytnout ochranu vlastnickému právu*, body 20, 22, 27 a 28. nález ÚS ze dne 22.1. 2011, sp.zn. I. ÚS 2166/10 *K možnosti výjimečného prolomení blokace církevního majetku a ochraně vlastnictví*, body 16, 17 a 20. Soudcem zpravodajem všech tří řízení byla E. Wagnerová.

Výše představená třístupňová vážící formule ani specifická verze testu proporcionality na základě výše uvedených námitek neobstojí jako kritérium přezkumu ústavnosti. Navíc třístupňová vážící formule je spíše vhodnějším vyjádřením úlohy soudce v materiálním právním státě, než kritéria pro určení přednosti jedné ústavně chráněné hodnoty před druhou. Jak jsme již výše podotkli, idea materiálního právního státu vychází z primátu základních práv, která ovlivňují jak obsah právních norem, tak i jejich interpretaci a aplikaci. „Proto je úkolem soudce v podmínkách materiálního právního státu nalézt řešení, které by zajišťovalo maximální realizaci základních práv účastníků sporu a, není-li to možné, rozhodnout v souladu s obecnou ideou spravedlnosti, resp. dle obecného přirozenoprávního principu.“²²⁵ Tato idea spíše než o metodologii aplikace principů vypovídá o právních normách, blíží se Dworkinovu pojetí řešení tzv. *hard cases*. Situaci, kdy pravidla mlčí nebo jsou nejasná nezbavuje soud povinnosti nalézt právo a rozhodnout případ spravedlivě. K tomu soud využívá principy, které jsou též platným a aplikovatelným právem. To však ještě nevypovídá nic o tom, jak se takového cíle dobereme, což je otázkou metodologie. Výše rozebraná vážící formule spíše stanovuje cíl, jehož je třeba dosáhnout (spravedlivé rozhodnutí obtížného případu), než jak jej dosáhneme, což by mělo být pravým cílem metodologie. Domníváme se proto, že je třeba ji jako metodu odmítnout.

6.2.3. Test proporcionality v aplikační praxi napříč senáty

Postupně, po iniciativě soudkyně E.Wagnerové, která začala zhusta aplikovat princip proporcionality (resp. třístupňovou vážící formuli) i v řízení o ústavních stížnostech, se začínají „osmělovat“ i jiné senáty. Nutno podotknout, že se vydávají poněkud odlišným směrem než E.Wagnerová.

V nálezu ve věci *Vztahu proporcionality mezi právem na ochranu osobnosti a právem na svobodu projevu*²²⁶ opět ÚS (II. senát) posuzoval konflikt mezi svobodou projevu a právem na ochranu osobnosti. Po důkladné rekapitulaci skutkového stavu předchozího procesního postupu, podústavní úpravy a judikatury, ÚS přistoupil k samotnému testu proporcionality. ÚS však nepoužil žádný z výše uvedených testů, omezil se pouze na konstatování, že princip

224 Nález ÚS ze dne 7.9. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 34/09 *K povinnosti státu poskytnout ochranu vlastnickému právu*, body 20, 22, 27 a 28. nález ÚS ze dne 22.1. 2011, sp.zn. I. ÚS 2166/10 *K možnosti výjimečného prolomení blokáce církevního majetku a ochraně vlastnictví*, body 16, 17 a 20. Soudcem zpravodajem v obou řízeních byla E. Wagnerová.

225 Nález ÚS ze dne 22.1. 2011, sp.zn. I. ÚS 2166/10 *K možnosti výjimečného prolomení blokáce církevního majetku a ochraně vlastnictví*, bod 16.

226 Nález ÚS ze dne 1.12. 2005, sp.zn. II. ÚS 94/05 *Vztah proporcionality mezi právem na ochranu osobnosti a právem na svobodu projevu*. Soudcem zpravodajem byl S. Balík.

proporcionality soudu dává odpověď na otázku, „zda jednomu právu nebyla bezdůvodně dána přednost před právem druhým“. Soud explicitně vážení principů vůbec neprovedl. Z povahy principu proporcionality jako testu kaskádového typu a odůvodnění nálezu můžeme presumovat splnění kritéria vhodnosti. A implicitně dovodit, že jednání vedlejšího účastníka porušilo princip potřeby, neboť „[c]íle, jehož se žalovaný zřejmě snažil dosáhnout (uvést na pravou míru tvrzení stěžovatele týkající se jejich sporů, vyjádřit vlastní názor na tyto spory a jejich příčinu atd.), bylo jistě možno dosáhnout i bez použitých výrazů a urážek stěžovatele.“ Tedy sledovaného cíle (účelu) bylo možné dosáhnout i prostředky méně tíživými pro základní práva stěžovatele (subsidiárními).

P. Ondřejek tvrdí, že ÚS v tomto nálezu na princip proporcionality pouze odkázal, avšak dále se již nezabýval jeho strukturou.²²⁷ V tom je třeba s ním souhlasit, nicméně to neznamená, že jednotlivé kroky v rámci struktury neprovedl. Implicitně jsme dovodili, že ÚS přinejmenším implicitně provedl kroky vhodnosti a potřeby. Jednání vedlejšího účastníka porušilo kritérium potřeby, takže ÚS již nepostupoval dále k poměřování. ÚS tedy aplikoval test proporcionality ve struktuře totožné jako v řízení o kontrole norem, navíc metodologicky zcela správně. V tuto chvíli však vyvstává poměrně zajímavá otázka, a to do jaké míry musí ÚS na princip proporcionality v odůvodnění odkazovat?

V rámci recentnější rozhodovací praxe senátů o ústavních stížnostech lze vysledovat i tendence, které směřují nejen k rozšíření aplikace testu proporcionality i na řízení o ústavních stížnostech, nýbrž i k sjednocení struktury testu proporcionality v řízení o kontrole norem a ústavní stížnosti. V případě *Povinnost soudu odůvodnit předběžné opatření*²²⁸ provedl ÚS (IV. senát) přezkum ústavnosti rozhodnutí obecného soudu zasahujícího do stěžovatelčina práva na spravedlivý proces pomocí klasické tříšložkové struktury testu proporcionality. Manžel stěžovatelky podal návrh na vydání předběžného opatření podle § 76b o.s.ř., kterému obecný soud vyhověl a uložil stěžovatelce, aby se na dobu uvedenou v usnesení opustila dům, v němž spolu s manželem žila. V odůvodnění usnesení obecný soud uvedl pouze, že má tvrzení

227 ONDŘEJEK: *Princip proporcionality*, s. 160.

228 Nález ÚS ze dne 15.1. 2009, sp.zn. IV. ÚS 1554/08, *K povinnosti soudu odůvodnit rozhodnutí, kterým se zcela vyhovuje návrhu na předběžné opatření*, bod. 16. Soudcem zpravodajem byl M. Výborný. Skutkově téměř totožný případ řešil ÚS též v nálezu ze dne 3.9. 2009, sp.zn. III.ÚS 346/09 *K povinnosti soudu odůvodnit rozhodnutí, kterým se zcela vyhovuje návrhu na předběžné opatření II.*. Soudcem zpravodajem byl J. Mucha. Pozoruhodné je, že ÚS nepostupoval cestou subsumpce skutkového stavu pod precedent vytvořený nálezem dříve citovaným. ÚS pouze na dříve citované rozhodnutí odkázal a dále postoupil k aplikaci testu proporcionality ve stejné struktuře jako již dříve IV. senát, a v jehož rámci došel také ke stejným závěrům.

stěžovatele za prokázaná, a že v souladu s § 169 odst. 2 o.s.ř. a stanoviskem Nejvyššího soudu není podrobnější odůvodnění usnesení třeba. Soudem aplikovaný test má stejnou strukturu i obsah jako test aplikovaný v řízení o kontrole norem – vhodnost, potřebnost, proporcionalita v úzkém slova smyslu. ÚS shledal protiústavnost rozhodnutí na základě porušení kritéria vhodnosti, nedošel tedy až k poměřování, není nám tedy jasné, jakou by aplikoval vážící formuli, omezil se pouze na obecný popis kritéria proporcionality v úzkém smyslu, které „představuje metodologii vážení [...] v kolizi stojících ústavních hodnot.“

K podrobnějšímu vymezení vážící formule dospěl IV. senát v nálezu ve věci *Určení odměny soudního exekutora v případě dobrovolného plnění povinným*.²²⁹ ÚS uvádí, že v rámci kritéria proporcionality v úzkém smyslu posuzuje, „zda nedochází k přílišnému a nedůvodnému upřednostňování jednoho základního práva před právem jiným. Přitom musí platit, že čím intenzivnější zásah veřejná moc činí, tím silnější musí na tomto omezení existovat legitimní obecný zájem.“

Pojetí principu proporcionality v podobě třístupňového univerzálního testu ústavnosti potvrzuje IV. i ve svých dalších nálezech např. v nálezu ve věci *Volebního práva osob omezených či zbavených způsobilosti k právním úkonům*.²³⁰ Podle obecně rozšířené praxe obecných soudů, je-li osoba omezena nebo zbavena způsobilosti k právním úkonům, automaticky přichází i o právo volební, ačkoli v mnoha případech „neexistuje legitimní společenský zájem na omezení výkonu volebního práva.“ Toto omezení je v rozporu s principem proporcionality i s „maximou, podle níž zásahy do základních práv musejí odrážet specifika každého jednotlivého případu.“ Kromě potvrzení totožné struktury testu proporcionality jako v předchozích rozhodnutích, se IV. senát podrobněji zabýval kritériem potřebnosti. Podle tohoto kritéria musí být omezení základních práv „co možná nejvíce přizpůsobeno, resp. „šito na míru“ (*narrowly tailored*), legitimnímu cíli, jímž je zajištění racionálního elektorátu, a zda tohoto cíle nelze dosáhnout jinými, k základním právům šetrnějšími, prostředky.“

229 Nález ÚS ze dne 16.01. 2012, sp.zn. IV. ÚS 1881/11 *Určení odměny soudního exekutora v případě dobrovolného plnění povinným*, bod 28. Soudcem zpravodajem byl M. Výborný. Citovaná součást odůvodnění se již netýká řízení o ústavní stížnosti. Citovaný nález je společným rozhodnutím pro spojené řízení o ústavní stížnosti a současného návrhu na zrušení vyhlášky č. 484/2000 Sb. Jak jsme již výše uvedli, IV. senát ve svých rozhodnutích pléduje za univerzalitu testu proporcionality co do struktury jak pro řízení o kontrole norem, tak pro řízení o ústavních stížnostech. Z toho důvodu považujeme uvedenou vážící formuli aplikovatelnou i na řízení o ústavní stížnosti.

230 Nález ÚS ze dne 12.7. 2010, sp.zn. IV. ÚS 3102/08 *Volební právo osob omezených či zbavených způsobilosti k právním úkonům*, bod 23. Soudcem zpravodajem byl M. Výborný.

V nejnovější judikatuře aplikuje princip proporcionality též I. Senát ÚS. Ve věci *Otázky uložení ochranného léčení v ambulantní či ústavní formě*²³¹ napadla stěžovatelka trpící duševní poruchou rozhodnutí obecného soudu, kterým jí bylo nařízeno ochranné léčení v ústavní formě. ÚS kauzu posoudil jako kolizi mezi veřejným zájmem na ochraně společnosti před stěžovatelkou trpící duševní poruchou a osobní svobodou stěžovatelky. Obecný soud rozhodl o uložení ochranného léčení, protože neuvěřil stěžovatelčině slibu, že se podrobí léčbě injekční formou, kterou nejprve odmítala. Soud nejprve konstatoval, že institut ochranného léčení představuje, ostatně jako vazba či jakékoli jiné omezení základních práv, opatření subsidiární a je ho třeba užít pouze tehdy, je-li to nezbytně nutné. V opačném případě je třeba použít prostředků méně rušivých, tj. léčby injekční. Tímto soud implicitně naplnil kritérium potřeby a přistoupil k samotnému poměřování. V němž přistoupil k samotnému poměřování intenzity újmy kolidujícím ústavně chráněným hodnotám. „[R]iziko újmy na veřejném zájmu [...], pro které okresní soud nařídil ochranné léčení ve formě ústavní, není velké. To i proto, že okresní soud může-bezprostředně po případném budoucím odmítnutí stěžovatelky přijímat léky injekční formou-znovu rozhodovat o nařízení ochranného léčení ve formě ústavní.“ Kdežto ochranné léčení ve formě ústavní představuje závažný zásah do osobní svobody stěžovatelky. „Proto i z pohledu proporcionality-zvažování intenzity dotčení kolidujících hodnot-napadené usnesení okresního soudu neobstojí.“

ÚS opět pouze odkázal na princip proporcionality a k jeho struktuře se podrobněji nevyjádřil. První krok, kritérium vhodnosti, neprovedl Soud vůbec, zřejmě měl za to, že je dostatečně zřejmá způsobnost institutu ochranného léčení k dosažení sledovaného cíle. Kritérium potřeby již provedl podrobně a velmi kvalitně, nicméně bez výslovného označení, že jde o kritérium potřeby. V rámci kritéria proporcionality v úzkém smyslu aplikoval výše zmíněnou vážící formuli blížíci se vážící formuli aplikované v kauze *Určení odměny soudního exekutora v případě dobrovolného plnění povinným*. Ačkoli ÚS v tomto nálezu rezignoval na formální definice jednotlivých kroků v rámci testu proporcionality a provedl je pouze implicitně, odůvodnění je velmi přesvědčivé a konsistentní.

Dobry dojem z předchozího nálezu I. Senát ÚS kazí nejnovějším rozhodnutím v kauze *Porušení práv v důsledku nečinnosti soudu při rozhodování o nákladech exekuce*.²³² Soud v odůvodnění obsírně popsal skutkový stav, aby následně upozornil, že zásada proporcionality se má kromě

231 Nález ÚS ze dne 3.3. 2011, sp.zn. I. ÚS 3654/10 *K otázce uložení ochranného léčení v ambulantní či ústavní formě*.

Soudcem zpravodajem byl V. Güttler.

232 Nález ÚS ze dne 20.3. 2012, sp.zn. I.ÚS 660/09 *Porušení práva na spravedlivý proces a práva vlastnit majetek v důsledku nečinnosti soudu při rozhodování o nákladech exekuce*. Soudcem zpravodajem byl V. Güttler.

normotvorby uplatňovat „také při aplikaci práva,“ tedy zejména v rozhodovací praxi obecných soudů. Následně obecně odkázal ke klasické tříložkové struktuře principu proporcionality (vhodnosti, potřebnosti a principu proporcionality v užším smyslu), aby v rámci stejného odstavce konstatoval porušení „přínejmenším“ principu vhodnosti a proporcionality v užším smyslu.

V odůvodnění nálezu ÚS sice explicitně odkazuje na dílčí kroky testu proporcionality, ale prakticky jednotlivé kroky neprovedl, nebo jestli provedl, z odůvodnění rozhodnutí to nevyplývá. Zároveň konstatoval porušení kritéria vhodnosti a proporcionality v užším smyslu. Došel-li ÚS k závěru o protiústavnosti již v rámci kritéria vhodnosti, neměl posuzovat kritéria následující.

Takováto praxe ÚS bohužel není zřídka a nutno konstatovat, že jde napříč senáty. ÚS mnohdy obsírně rozebere skutkový stav i podústavní právo a v závěru odůvodnění se omezí na konstatování, zda akt aplikace práva vyhovuje nebo naopak nevyhovuje testu proporcionality. Činí tak bez jakéhokoli (rozuměj ani implicitního) posuzování jednotlivých kroků testu proporcionality.²³³

6.3. Syntéza-Závěrem-(Pouze) pár kritických poznámek

Princip proporcionality byl z počátku výlučně aplikován v řízení o kontrole norem (konkrétní i abstraktní). ÚS si v něm vytvořil velmi sofistikovaný test přezkumu ústavnosti. Tento test, spočívající ve třech kritériích – vhodnosti, potřebnosti a poměřování, je ÚS poměrně konstantně aplikován dodnes. Přes veškerou konzistenci v aplikaci se tomuto testu nevyhnulo jisté „dobrušování“. Judiciální praxe si uvědomila, že původní vážící formule při kontrole norem byla příliš složitým a pro aplikační praxi velmi obtížně použitelným kritériem a byla nahrazena vážící formulí podle Alexyho vzoru vážící pozitiva a negativa zásahu (míru intenzity zásahu a stupeň důležitosti) do určité ústavně chráněné hodnoty. Vývoj prodělal i test minimalizace zásahu, u něhož nebylo původně jasné, zda je součástí testu proporcionality-pokud ano, tak kterého jeho kritéria. Tuto problematiku nakonec vyřešil ÚS konstatováním, že test minimalizace zásahu představuje příkaz k optimalizaci. Kolísání praxe při aplikaci testu minimalizace zásahu poměrně jasně ukazuje tenzi mezi praxí a doktrínou. Test minimalizace byl zřejmě původně inspirován teorií praktické konkordance K. Hesseho v praxi uvedenou Spolkovým ústavním

233 Srov. nález ÚS ze dne 11.1. 2012, sp. zn. I.ÚS 451/11 *Povinnost vlastníka pozemní komunikace chránit vlastníky sousedících nemovitostí před hlukem z této komunikace*. Soudcem zpravodajem byla I. Janů. nález ÚS ze dne 31.5.2007, IV.ÚS 282/05 *K rozhodování obecných soudů o výši nájemného z bytu*. Soudcem zpravodajem byla M. Židlická.

soudem, kdežto recentnější judikatura jej považuje za příkaz k optimalizaci. Zejména rozhodování obtížných případů je široce otevřeno pronikání právní teorie.

Trvalo téměř sedm a půl roku od momentu, kdy ÚS poprvé komplexně vymezil strukturu testu proporcionality (kauza *Anonymní svědek*), než se ÚS poprvé „odhodlal“ k jeho užití také v řízení o ústavní stížnosti (kauza *Rekognice fotografiemi*). Rozhodnutí ve věci *Rekognice fotografiemi* bylo svým způsobem vzácné, neboť v řízení o ústavní stížnosti ÚS opět „sáhnul“ po aplikaci testu proporcionality až o další tři roky později v kauze *Výstavba rodinného domu*. V tomto případě již neaplikoval test strukturálně ani obsahově totožný s testem užívaným v řízení o kontrole norem, nýbrž aplikoval pouze specifickou třístupňovou vážící formuli spočívající v následujících krocích: 1) rozpoznat, která základní práva kolidují, 2) po přihlednutí ke všem rozhodným okolnostem musí soud rozhodnout tak, aby bylo zachováno maximum z obou kolidujících práv, 3) není-li to možné, pak musí dát přednost tomu právu, jemuž svědčí obecná idea spravedlnosti, resp. obecný princip.

Třístupňová vážící formule byla prvním pokusem o komplexnější uchopení principu proporcionality v řízení o ústavní stížnosti. Tato formule byla aplikována pouze v rozhodovací praxi I. a IV. senátu, navíc pouze v případech, kde soudcem zpravodajem byla E. Wagnerová. Vzhledem k tomu se domníváme, že s koncem funkčního období soudkyně E. Wagnerové, se vytratí z rozhodovací praxe i tato vážící formule.

V kauze *Omezení způsobilosti k právním úkonům* byl formulován (opět soudkyní E. Wagnerovou) zvláštní test proporcionality mísící kritéria vhodnosti a potřebnosti, ale zcela postrádající vážící formuli. Naopak výše zmíněná vážící formule byla konstantně aplikována bez jakékoli relace na „skutkové možnosti“ představované kritérii vhodnosti a potřebnosti. Spojení mezi těmito testy není, byť by se nabízelo, třeba hledat. Vzhledem k ustálenosti aplikace třístupňové vážící formule, jedinému zjištěnému případu aplikace testu naznačeného v kauze *Omezení způsobilosti k právním úkonům* a nekoncepčnosti vymezení jednotlivých kroků, mějme za to, že tento test byl pouhým „úletem“ v rámci jinak poměrně konstantní rozhodovací praxe soudkyně E. Wagnerové.

Rozhodovací praxe ostatních senátů reaguje na iniciativu soudkyně E. Wagnerové a na výzvy pléna²³⁴ k aplikaci principu proporcionality pozvolně. Nicméně i v jejich rozhodovací praxi se postupně prosazuje řešení kolize základních práv a veřejných zájmů pomocí testu proporcionality. Jde však o cestu jinou, než kterou se vydala E. Wagnerová, tato směřuje

234 Srov. náleze ve věci *Bezpečnostní prověrky advokátů*. náleze ze dne 27.9. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 51/06 *Neziskové nemocnice*.

k univerzalitě testu proporcionality nejen co do řízení, nýbrž i do struktury a obsahu jednotlivých kroků testu. Nutno podotknout, že test proporcionality v řízení o ústavní stížnosti ještě není zdaleka tak pevně ukotven jako v řízení o kontrole norem. Je tomu tak mimo jiné proto, že ne všechny senáty, resp. soudci zpravodajové, k testu proporcionality přistupují se stejným nadšením.

Můžeme tedy konstatovat, že v nejrecentnější judikatuře již ÚS aplikuje test proporcionality s totožnou strukturou i obsahem jednotlivých kroků pro oba typy řízení. Univerzalita testu nám umožňuje dokončit výklad společně pro oba typy řízení.

Nejčastějším nedostatkem, kterého se ÚS při aplikaci testu proporcionality v obou typech řízení dopouští je nerespektování jeho kaskádové povahy. Nesplnění byť i jediného kritéria v rámci testu proporcionality stačí k tomu, aby ÚS konstatoval protiústavnost zásahu do základních práv. Pohříchu praxe ÚS mnohdy po konstataci porušení jednoho z kritérií „pro úplnost“ postupuje i k přezkumu kritérií dalších.²³⁵ Jak jsme uvedli výše, tento přístup je nevhodný jak z hlediska přesvědčivosti, tak z hlediska procesní ekonomie.

Jednotlivá kritéria také musí být posuzována nejen ve správném pořadí, nýbrž také pokud možno odděleně; jejich slučování²³⁶ v odůvodnění je nepřipustné. Z každého kritéria testu proporcionality plyne jasný požadavek, který musí být vyplněn samotnou argumentací. Na požadavky jednotlivých kritérií testu proporcionality navazují závěry ÚS, zda bylo kritérium splněno či nikoli. Tyto závěry musí být podepřeny přesvědčivou, jasnou a transparentní argumentací.

Stejně problematickou se jeví situace, kdy ÚS odůvodňuje své závěry o ústavnosti pouhým rozbořením skutkového stavu a podústavních předpisů či judikatury. Své argumentační úvahy pak zakončí s tím, že akt zákonodárce či obecného soudu je či není v souladu s principem proporcionality, aniž by v předchozích částech odůvodnění provedl jakoukoli relevantní argumentaci směrem k dílčím komponentům testu proporcionality.

Tato práce vychází z Alexyho pojetí testu proporcionality, na něhož v České republice navazuje práce P. Holländera. V tomto pojetí test proporcionality představuje formální strukturu argumentu, není argumentem sám o sobě. Tato formální struktura je až následně naplněna

235 Nález ÚS ze dne 13.8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02 *Minimální výše pokuty*. nález ze dne 26.4.2005, Pl. ÚS 11/04 *Kolegium při Nejvyšším státním zastupitelství*. nález ze dne 14.7. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 34/04 *Platy soudců*. Nález Ústavního soudu ze dne 20.12. 2011, sp.zn. Pl.ÚS 24/11 *Přístup orgánů činných v trestním řízení k údajům o telekomunikačním provozu*.

236 Nález ze dne 11.6. 2003, sp.zn. Pl.ÚS 40/02 *Kolektivní smlouvy*. nález Ústavního soudu ze dne 25.01.2011, Pl.ÚS 15/10 *Kárné řízení funkcionářů NKÚ*.

konkrétním obsahem, a to jak skutkovým, tak právním. Není tomu tak, že by stačila pouhá argumentace testem proporcionality, naopak v rámci kritéria vážení se otvírá prostor pro uplatnění dalších argumentačních metod. Jednotlivá kritéria testu proporcionality pokládají otázky, ale odpovědi na ně dává sám ÚS. To, jakým způsobem budou odpovědi na otázky ohledně ústavnosti zásahů do základních práv přesvědčivé, závisí pouze na ÚS. Praxe, kterou jsme výše podrobili kritice, naopak přesvědčivost argumentace i rozhodnutí snižuje a působí spíše dojmem subjektivizmu než racionální argumentace. V krajních případech hraničí se soudní libovůlí a zavádají k názorům hodnotícím judikaturu ÚS slovy, že „odůvodnit se dá cokoliv“.²³⁷ Eufemisticky řečeno, taková praxe ÚS navozuje dojem, že ÚS namísto argumentace formulí vážící spíše „kouzlí“ formulí magickou.

Tato problematika souvisí s výše položenou otázkou, do jaké míry musí ÚS v odůvodnění odkazovat na strukturu testu proporcionality? Nebudeme se zabývat případy, kdy ÚS na test proporcionality pouze ukáže, přičemž jednotlivé kroky ani implicitně neprovede. Tyto situace jsou podle našeho zjevně excesivní a v judikatuře ÚS nemají místo. Naším cílem je praxe ÚS, kdy ÚS na test proporcionality pouze odkáže a jednotlivé kroky a k nim náležející argumentaci provádí implicitně bez jasného odkazu na konkrétní kritéria testu. Tato praxe není *a priori* špatná, ani, jak jsme se přesvědčili v kauze *Otázky uložení ochranného léčení v ambulantní či ústavní formě*, nesnižuje přesvědčivost rozhodnutí. ÚS si však může dovolit takto postupovat ve chvíli, kdy je struktura testu pevně ukotvena v konstantní judikatuře a nikoli v situaci, kdy struktura testu kolísá senát od senátu, resp. soudce od soudce. Přehlednosti argumentace, a tím i snazšímu podřazení argumentace pod jednotlivé kroky, prospívá i podrobnější strukturování odůvodnění rozhodnutí na odstavce či body. Toto strukturování se již ve velkém rozsahu prosadilo v řízení o kontrole norem, ale v řízení o ústavní stížnosti stále není pravidlem.

237 NĚMEČEK, Tomáš. Kdo je nejvlivnější právník II [online]. Lidové noviny, 25. 6. 2012 [cit. 11. 11. 2012].

Dostupné na <<http://eliskavagnerova.cz/ew-v-mediich/lidove-noviny-kdo-je-nejvlivnejsi-pravnik-ii/>>.

7. Hledisko intenzity přezkumu jako kritérium pro dekonstrukci univerzální struktury a obsahu testu proporcionality

7.1. Příkaz k optimalizaci jako paradigma ústavního práva

Řešení kolizí základních práv a veřejných zájmů testem proporcionality je v judikatuře ÚS hluboce zakořeněno. Struktura testu proporcionality spočívající v posuzování tří po sobě následujících kritérií, vhodnosti, potřebnosti a proporcionality v užším smyslu, jak jsme již výše naznačili, klade vysoké nároky na veřejnou moc. Směřuje k tomu, aby omezení základních práv byla, jako jev ve své podstatě nevhodný, nicméně nevyhnutelný, minimalizována a dotčená práva se mohla realizovat v nejvyšším možném rozsahu. Řečeno jinými slovy jsme právě popsali podstatu optimalizace jako výsledku, jehož má být dosaženo poměřováním.

Přisnost testu proporcionality vyplývá zejména z kritéria potřebnosti,²³⁸ které ÚS povětšinou chápe jako absolutní nezbytnost „použití pouze nejšetrnějšího – ve vztahu k dotčeným základním právům a svobodám – z více možných prostředků.“²³⁹ Řešení kolizí základních práv a veřejných zájmů testem proporcionality v intenzitě příkazu k optimalizaci představuje, založeno na výše provedené analýze judikatury ÚS i pramenů doktrinálních,²⁴⁰ paradigma ústavního práva.

7.2. Vývoj testu proporcionality v intenzitě vyloučení toliko extrémní disproportionality, aneb vede výjimka k modifikaci paradigmatu?

7.2.1. Jedna vlaštovka jaro nedělá...

ÚS je při přezkumu ústavnosti nucen zabývat se také mírou uvážení zákonodárce při stanovení úpravy omezující základní práva. Kritérium potřebnosti, resp. nezbytnosti, nedává zákonodárci velký prostor pro uvážení; ten musí vždy volit použití těch k základním právům nejšetrnějších z možných opatření. Toto pojetí dovedlo soud k úvahám, že v případě zákonné úpravy politik je zákonodárce *prima facie* nadán větší mírou uvážení než v případě úpravy základních práv.

ÚS se poprvé vydal cestou mírnější intenzity přezkumu zákonné úpravy politik v nálezu ve věci *Odpovědnosti zaměstnavatele za škodu*,²⁴¹ v němž ÚS na návrh skupiny senátorů rozhodoval o zrušení vyhlášky Ministerstva financí (dále jen MF) č. 487/2001 Sb. novelizující vyhlášku MF

238 Srov. výklad pod marg. č. 125.

239 Nález ÚS ze dne 13.8. 2002, sp.zn. Pl. ÚS 3/02 *Minimální výše pokuty*.

240 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 172.

241 Nález ÚS ze dne 18.8. 2004, sp.zn. Pl. ÚS 7/03 *Odpovědnost zaměstnavatele za škodu*.

č. 125/1993 Sb., kterou se stanoví podmínky a sazby zákonného pojištění odpovědnosti zaměstnavatele za škodu při pracovním úrazu nebo nemoci z povolání.

Navrhovatel shledal protiústavnost napadené vyhlášky, kromě porušení předepsaného postupu jejího přijetí, zejména pro rozpor „s ústavními principy rovnosti a proporcionality.“ MF k této námitce uvedlo, že výraznější zvýšení sazeb pojistného bylo nezbytné a bylo provedeno pouze u ekonomických činností dlouhodobě vykazujících „nejnepříznivější škodný průběh“. Zvýšení pojistného u nejrizikovějších činností bylo provedeno zejména z důvodu, že vyplacené pojistné plnění u těchto činností mnohonásobně přesáhlo vybrané pojistné „(v dobývání uhlí činilo v roce 2000 pojistné plnění 778,9 % zaplaceného pojistného, v dobývání uranu 509,0 % a v dobývání rud 118,6 %)“.

ÚS v citovaném rozhodnutí shrnul svou dosavadní judikaturu týkající se přezkumu povinných plateb,²⁴² na jejímž základě zformuloval základní kautely přezkumu ústavnosti zákonné úpravy daně, poplatku, peněžní sankce či jiné povinné zákonem stanovené platby:

- 1) na základě ústavního principu dělby moci (čl. 2 odst. 1 Ústavy) a ústavního vymezení moci zákonodárné (čl. 15 odst. 1 Ústavy) disponuje zákonodárce širokým prostorem pro uvážení, rozhoduje-li o předmětu, míře a rozsahu daní, poplatků a peněžních sankcí (dále též jen povinné platby. Za tyto svá rozhodnutí nese politickou odpovědnost.
- 2) daň nebo jiná povinná platba je „zásahem do majetkového substrátu, a tudíž i vlastnického práva povinného subjektu“. Ovšem abychom ji mohli považovat za protiústavní, musí být splněny i další podmínky:

242 Srov. náleží ÚS ze dne 12.4.1995, sp. zn. Pl.ÚS 12/94 *Zásady solidarity a ekvivalence v systémech sociálního zabezpečení* a náleží ÚS ze dne 13.8. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 3/02 *Minimální výše pokuty*.

1. Přezkum ústavnosti povinných plateb „zahrnuje posouzení z pohledu dodržení kautel plynoucích z ústavního principu rovnosti“²⁴³ a také (skrže porušení akcesorické rovnosti) z pohledu dotčení práva vlastnického.
2. Přezkum je „omezen na případy, v nichž hranice veřejnoprávního povinného peněžitého plnění jednotlivcem státu vůči majetkovému substrátu jednotlivce nabývá škrtícího (rdousícího) působení; jinými slovy vyjádřeno, má-li posuzovaná daň, poplatek, příp. peněžní sankce ve svých důsledcích konfiskační dopady ve vztahu k majetkové podstatě jednotlivce.“

Z metodologického hlediska zde ÚS formuloval výjimku ze stávajícího paradigmatu univerzality (struktury, obsahu a tím i intenzity) principu proporcionality při řešení kolizí základních práv (práva vlastnického a principu rovnosti) a veřejných zájmů (shromáždění dostatečných prostředků pro výplatu pojistného plnění).²⁴⁴ Paradigma řešení kolizí základních práv veřejných zájmů příkazem k optimalizaci ÚS modifikoval, když z klasické struktury principu proporcionality aplikoval pouze kritérium vhodnosti, které doplnil maximou vyloučení toliko extrémní disproportionality²⁴⁵ (kritérium proporcionality v užším smyslu v odlišné intenzitě).

P. Holländer naznačuje, že se ÚS pro vytváření tohoto testu inspiroval judičiální praxí německého Spolkového ústavního soudu.²⁴⁶ Spolkový ústavní soud vychází při přezkumu ústavnosti daní z následujících kautel:

- 1) zákonodárce je při úpravě daní zásadně nadán širokou mírou uvážení,
- 2) zákonná úprava musí být v souladu s principem rovnosti,
- 3) zásah do vlastnického práva, který představuje zdanění, je *a priori* v souladu s ústavou.

„Teprve rdousící účinek tvoří hranici povinnosti k peněžní platbě.“ Jinými slovy

243 A to jak rovnosti neakcesorické (určené „požadavkem vyloučení libovůle v postupu zákonodárce při odlišování skupin subjektů a jejich práv, tuto ÚS považuje za „všeobecnou rovnost před zákonem“), tak i akcesorické (tato je určena požadavkem ústavněprávní akceptovatelnosti hledisek odlišování, tj. nepřipustnosti dotčení některého ze základních práv a svobod odlišováním subjektů a práv ze strany zákonodárce. Akcesorická rovnost se vždy vztahuje ještě k jinému základnímu právu, spočívá v zákazu diskriminace při výkonu tohoto práva). Více k principu rovnosti v judikatuře ÚS srov. FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.: *Zákon o Ústavním soudu: komentář*, s. 427 – 428. WAGNEROVÁ, E. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 68 – 69. HOLLÄNDER, Pavel. Hlavní doktríny Ústavního soudu České republiky. In DANČÁK, B., ŠIMÍČEK, V. (eds). *Základní lidská práva a právní stát v judikatuře Ústavních soudů*. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2000, s. 21 an.

244 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 168 - 173.

245 Tamtéž, s. 171 - 173.

246 Tamtéž, s. 169 - 170.

Spolkový ÚS vychází ze zákazu nadměrného zdanění, které by se svým rdousícím účinkem rovnalo vyvlastnění.²⁴⁷

Přístup k řešení kolizí základních práv a určité skupiny veřejných zájmů, v nichž je zásadně třeba zákonodárci ponechat větší míru uvážení vyloučením extrémní disproportionality, není pouhou anomálií, nýbrž modifikací paradigmatu. Tento závěr je potvrzen i vývojem judikatury ÚS následující po rozhodnutí ve věci *Odpovědnosti zaměstnavatele za škodu*. V nálezu ve věci *Zrušení restituční tečky*²⁴⁸ ÚS posuzoval ústavnost zákonné úpravy dvouleté propadné lhůty pro uplatnění práva restituentů na vydání náhradního pozemku. ÚS v citovaném nálezu explicitně rozdělil strukturu testu proporcionality do dvou základních forem podle intenzity přezkumu:

- 1) Klasický třístupňový test proporcionality, který ÚS připodobnil k tzv. suspect classification uplatňované k přezkumu ústavnosti Nejvyšším soudem USA spočívající v přístupu příkazem k optimalizaci. Tímto testem posuzoval ÚS možnost ústavně neakceptovatelné nerovnosti dvou skupin subjektů, která by nastala zrušením podmínky dodržení lhůty pro uplatnění nároku pro její protiústavnost. Přičemž osobám, kterým již lhůta pro uplatnění nároku uplynula, a proto nemohli uplatnit svůj nárok, by ani zrušení lhůty nevrátilo možnost uplatnění nároku.
- 2) Test vyloučení toliko extrémní disproportionality, jehož ekvivalentem je podle názoru ÚS tzv. rational basis test též aplikovaný Nejvyšším soudem USA. Tímto testem ÚS posuzoval přiměřenost lhůty ve vztahu k časovému omezení uplatnitelnosti nároku a možné svévoli zákonodárce při stanovení lhůty.²⁴⁹

ÚS sice konstatoval, že bude provádět přezkum různých hledisek ústavnosti lhůty různými testy. Pohříchu se však omezil pouze na přiřazení kritérií k jednotlivým testům, avšak neprovedl zvláště argumentaci pro jednotlivé testy, argumentaci naopak spojil dohromady a provedl bez ohledu na strukturu jednotlivých testů.

Šanci k precizaci dosavadní judikatury týkající se testu proporcionality v intenzitě vyloučení toliko extrémní disproportionality dostal ÚS ve věci *Ústavnosti daně z převodu nemovitostí*.²⁵⁰ ÚS

247 Odstavce I. a II. odlišného stanoviska soudce Böckenfördeho k nálezu Spolkového ústavního soudu SRN ze dne 22.6. 1995, sp. zn. BVerfGE 93, 121 *Einheitswerte II*.

248 Nález ÚS ze dne 13.12. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 6/05 *Zrušení restituční tečky*.

249 Kritické zhodnocení tohoto označení viz KÜHN, Zdeněk. K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví. In JIRÁSKOVÁ, Věra, SUCHÁNEK, Radovan (eds). *Pocta Zdeňku Jičínskému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2009, s. 48.

250 Nález ÚS ze dne 21.4. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 29/08 *Ústavnost daně z převodu nemovitostí*. Je nutno podotknout, že podkladem pro toto rozhodnutí byl zejména velmi kvalitní návrh senátu Nejvyššího správního soudu. NSS navrhl modifikaci algoritmu přezkumu ústavnosti daně, poplatku, peněžité sankce či jiného povinného peněžitého

odmítl návrhy NSS na doplnění této varianty testu proporcionality o testy legitimacy a racionality inspirované americkým rational basis testem i ztotožnění této verze proporcionality s rational basis testem jako takovým provedeným nálezem ve věci *Zrušení restituční tečky*.

Rational basis testem přezkoumává americký Nejvyšší soud ústavnost nejrůznějšího spektra ústavně právních problémů,²⁵¹ mimo jiné též daní. Zákonná úprava tímto testem neprojde, je tedy protiústavní, „pouze za situace, kdy se mu klasifikace daňových subjektů a předmětu zdanění zdála arbitrární“. Jinými slovy, protiústavní je podle rational basis testu pouze taková zákonná úprava, která arbitrárně zakládá diskriminaci.²⁵² Následně se ÚS přiklonil zpět k přístupu německého Spolkového ústavního soudu, který zřejmě byl původním vzorem pro formování testu, a který je ve srovnání s přístupem americkým více intervenční.

ÚS se neodchýlil od své ustálené judikatury a daňovou úpravu podrobil testu proporcionality v intenzitě vyloučení toliko extrémní disproportionality „ve spojení s kritérii, která vyplývají z ústavního principu rovnosti.“ Právě kautely akcesorické a neakcesorické rovnosti, podle názoru ÚS, brání zjevné svévoli zákonodárce při stanovení daní. Tyto se částečně kryjí s NSS navrhovanými testy legitimacy a racionality, a to pouze v tom smyslu, že daň je obecnou zátěží tuzemských osob sloužící k financování státní politiky. Tato zátěž se diferencuje podle příjmů, majetku, anebo kupní síly povinných osob, přičemž přezkoumatelná je pouze ospravedlnitelnost této diferenciaci.²⁵³ Kritéria vhodnosti a potřeby (nezbytnosti) ÚS v zásadě ponechává „v diskreci demokraticky zvoleného zákonodárce potud, pokud dopad daně na osoby nemá rdousící efekt (není extrémně disproportionální) a dále neporuší princip akcesorické i neakcesorické rovnosti. Tyto ústavní nároky na právní úpravu daní dle názoru Ústavního soudu

plnění. Jako nedostatek testu proporcionality ve verzi spočívající ve vyloučení toliko extrémní disproportionality vidí NSS v absenci kritérií vhodnosti a potřeby, jejichž posouzení ponechává ÚS k úvaze zákonodárci, který za svá politická rozhodnutí nese také politickou odpovědnost. NSS doporučuje doplnit algoritmus přezkumu o testy legitimacy a racionality, přičemž ÚS by mohl rozhodnout o protiústavnosti daně a jiných povinných peněžitých plnění také tehdy, nebude-li založena na legitimních a racionálních důvodech. Jako vzor pro tento postup si NSS zvolil také rational basis test. Zejm. body 46 – 48 odůvodnění. Tento postup NSS hezky vystihuje, jaký by měl být vztah ÚS a obecných soudů. Tento vztah by neměl být vztahem nadřízeného a podřízeného, nýbrž by měl být vztahem, v němž obě složky soudní moci spolupracují ve snaze o maximální naplnění jejich společného cíle ochrany základních práv. Vztah mezi ÚS a obecnými soudy je tedy spíše dialogem mezi nimi než diktátem ÚS.

251 KÜHN: *K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví*, s. 57.

252 Nález ÚS ve věci *Ústavnost daně z převodu nemovitostí*, bod 48.

253 Tamtéž bod 49.

zcela zajišťují (v kontextu ústavního zmocnění uvalovat daně), aby přezkoumávaná ustanovení v případě, že v naznačeném testu obstojí, bylo možno označit za legitimní.²⁵⁴

7.2.2. Modifikace paradigmatu-vytvoření dvojí intenzity testu proporcionality

Test proporcionality v intenzitě spočívající ve vyloučení toliko extrémní disproporcionality spočívá pouze v kritériu poměrování, v jehož rámci se ÚS řídí též kautelami vyplývajícími z principu rovnosti. Jeho struktura byla „očistěna“ i o kritérium vhodnosti, které bylo původně také její součástí (srov. komentář k nálezu ve věci *Odpovědnosti zaměstnavatele za škodu*). Nadále kritéria vhodnosti a potřebnosti ponechává ÚS v diskreci zákonodárce. ÚS v rámci přezkumu politik tímto testem, v nichž je zákonodárce *prima facie* nadán větší mírou uvážení, plní roli pojistky chránící společnost před zvlášť zákonodárce a k přezkumu vhodnosti a zejména potřebnosti úpravy dochází pouze v minimální míře garantované vyloučením toliko extrémní disproporcionality a zákazu diskriminace.

Již několikrát jsme „naťukli“ otázku vymezení okruhu veřejných zájmů, jejichž kolize se bude řešit cestou vyloučení toliko extrémní disproporcionality. Nutno podotknout, že ÚS okruh těchto veřejných zájmů nijak obecně nespécifikoval. Spíše se vydal cestou judiciálního aposteriorního formulování výjimek z paradigmatu spočívajícího v řešení kolizí testem proporcionality v intenzitě příkaz k optimalizaci.²⁵⁵ I nadále zůstává apriorním přístupem k řešení kolizí základních práv a veřejných zájmů cesta příkazu k optimalizaci. Maxima příkazující vyloučení extrémní disproporcionality přichází v úvahu u kolizí základních práv (zejména práva vlastnického) s veřejnými zájmy, jejichž odrazem je zákonná úprava povinných plateb ve prospěch státu. Jak bude dále naznačeno, tato verze testu proporcionality dále přichází v úvahu i pro řešení kolizí „základních práv plynoucích z principu rovnosti s jinými právy, či veřejnými dobroty“²⁵⁶ dojde-li Soud k závěru, že bylo zasaženo do esenciálního jádra sociálního práva.

Přesné kritérium pro vymezení okruhu veřejných zájmů, jejichž kolize budou řešeny touto metodou, chybí. Bez dalšího za ně nelze považovat ani dělbu moci, byť jde o kritérium zásadní. Dalším kritériem může být též „povaha veřejného dobra, projevující se v jeho posuzování spíše formou demokratického rozhodování (jak je tomu u daní, poplatků, veřejných financí, rozpočtů, životního prostředí, zahraniční politiky, obrany apod.) anebo se projevující v jeho posuzování ve sféře tak demokratického, jakož i judiciálního rozhodování (např. veřejný pořádek).“²⁵⁷ V mnoha

254 Tamtéž.

255 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 172 - 173.

256 Nález ÚS ze dne 23.03.2010, Pl.ÚS 8/07 *Redukční hranice pro výpočet procentní výměry důchodu*.

257 HOLLÄNDER: *Zásada proporcionality: Jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh?*, s. 29.

případech kolizí základních práv a veřejných zájmů se intuitivně jeví vhodnějším postupovat metodou příkazu k optimalizaci.²⁵⁸ Vodítkem nám v obdobných případech budou precedenty a jejich odůvodnění, v nichž se ÚS rozhodl postupovat nebo naopak nepostupovat touto metodou.

Z výše citované judikatury ÚS vyplývá, že jako metoda pro přezkum ústavnosti zejména daní, poplatků, peněžitých sankcí a jiných zákonem stanovených povinných plateb se ustálil přístup metodou vyloučení toliko extrémní disproporcionality. Tento přístup je ustálen natolik, že zakládá modifikaci paradigmatu řešení kolizí základních práv a veřejných zájmů testem proporcionality. Struktura testu proporcionality se tedy rozpadá do dvou podob: 1) klasického třístupňového testu spočívajícího v příkazu k optimalizaci a 2) kritéria poměrování představující toliko vyloučení extrémní disproporcionality. Dělicí čára mezi těmito dvěma variantami spočívá v intenzitě, s jakou ÚS provádí přezkum zásahu do základních práv. Kritérium intenzity je úzce spojeno s mírou uvážení, kterou je nadán zákonodárce při přijímání úpravy omezující základní práva. Tento vztah by se dal vyjádřit takto: Čím větší je míra uvážení zákonodárce při úpravě mezi základních práv, tím menší bude míra intenzity přezkumu legislativy a naopak.

7.2.3. Uplatnění doktríny self-restraint v rámci testu proporcionality

Závěrem ještě uvedme, že zformulování mírnější verze testu proporcionality je projevem doktríny self-restraint v judikatuře ÚS. ÚS hodnotí mírněji akty zákonodárné moci v případech realizace politiky státu, a naopak přísněji, pokud jde o základní práva. Otázka sebeomezení ÚS spočívá též v posuzování přípustnosti některých argumentů v argumentaci ÚS. Ve výše zmíněné věci *Ústavnosti daně z převodu nemovitostí* byl ÚS konfrontován s návrhem, aby úpravu daně přezkoumal též z hlediska plnění jejich základních funkcí (alokační, distribuční a stabilizační), jejího postavení v daňovém systému a jejího souladu s jinými politikami (bytovou politikou státu).

ÚS přenechal posouzení úpravy daní z tohoto hlediska v kompetenci demokraticky zvolené většiny s konstatováním, že v této otázce neexistuje konsenzus ani v odborné literatuře. Je nepřijatelné, aby ÚS svým úsudkem ohledně veřejných politik nahrazoval úsudek demokraticky zvoleného zákonodárce, při jejichž úpravě disponuje velkou mírou diskrece a za něž nese politickou odpovědnost. „Jinými slovy, zákonodárce může v daňové oblasti činit i neracionální kroky, což ovšem ještě není důvod k zásahu Ústavního soudu.“ ÚS realizuje přezkum ústavnosti pouze v intenzitě vyloučení tzv. rdousícího efektu (extrémní disproporcionality) a kautel plynoucích z principu rovnosti (body 58 – 60).

258 HOLLÄNDER: *Filosofie práva*, s. 173.

Argumentace v těchto bodech parafrázuje Dworkinovu teorii, podle níž se principy členění na principy (v úzkém slova smyslu) a politiky. Argumentaci soudů, zejména z hlediska požadavku na co nejmenší originalitu soudního rozhodování ve smyslu tvorby práva, „sluší“ spíše argumentace principy (práva), kdežto argumentace politikami (cíle) je vlastní spíše zákonodárci.²⁵⁹ ÚS tak odmítl argumentaci jinými politikami a jejich vzájemnou souladností, která odpovídá spíše diskursu politickému; z hlediska principů (práv) byla úprava shledána ústavně konformní.

7.3. Test racionality

K dalšímu rozkladu paradigmatu řešení kolizí základních práv a veřejných zájmů testem proporcionality spočívajícím v příkazu k optimalizaci dochází při přezkumu sociálních práv.²⁶⁰ Lze jen souhlasit s názory, které tvrdí, že klasický test proporcionality je pro řešení kolizí sociálních práv nevhodný, protože neponechává zákonodárci dostatek prostoru pro realizaci jeho sociální politiky.²⁶¹ ÚS se ve vztahu k sociálním právům zřejmě snažil o dosažení ještě většího sebeomezení (self-restraint) než u testu spočívajícího ve vyloučení extrémní disproportionality. Byl nucen „pohlédnout se“ po jiném instrumentáriu, které by mu umožnilo transparentně přezkoumávat kolize sociálních práv.

7.3.1. Specifika sociálních práv, resp. práv socioekonomických

Sociální práva se výrazně liší od tzv. práv liberálních (práv občanských a politických – práv první generace), a to zejména tím, „že nemají bezpodmínečnou povahu a je možné se jich domáhat pouze v mezích zákonů“ (čl. 41 odst. 1 Listiny).²⁶² Realizace těchto práv je, na rozdíl od práv liberálních, „závislá zejména na ekonomické situaci státu“ a kromě jejich uznání

259 Srov. kapitola č. 3.2.3

260 J. Broz se v tomto směru neomezuje pouze na práva sociální, nýbrž odlišný přístup k interpretaci ztotožňuje s tzv. právy socioekonomickými – právy druhé generace (hospodářská, sociální a kulturní práva). BROZ, Jan. Princip proporcionality a socioekonomická práva. Lze poměřovat sociální práva s liberálními? In: WINTR, J. ANTOŠ, M. (eds.). *Sociální práva*. Praha: Leges, 2011, s. 62, marg. č. 2. ÚS prozatím, v alespoň mě známé judikatuře, test racionality aplikuje pouze pro přezkum sociálních práv, nicméně aplikace tohoto testu je založena na charakteristikách, které jsou společné pro všechna práva spadající do kategorie práv druhé generace. Není proto důvod měnit metodu pro případ interpretace zbývajících socioekonomických práv. Pojem sociálních práv můžeme klidně zaměnit za pojem práv socioekonomických.

261 Tento názor je projevem doktríny self-restraint představující leitmotiv výše citované judikatury týkající se sociálních práv. Z doktrinárních pramenů např. KÜHN: *K některým otázkám vyvolaným náležen Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví*, s. 49. ONDŘEJKA: *Princip proporcionality*, s. 162.

262 Nález ÚS ze dne 23.4. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 2/08 *Přezkum zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů - část týkající se sociálního zabezpečení*, bod 52.

se od státu vyžaduje také „konkrétní aktivita“ spočívající v určitém plnění. Tato plnění představují výdaje státního rozpočtu „a odpovědnost za tato plnění spočívá zcela na straně státu.“²⁶³ Zejména z těchto důvodů je zákonodárci ponechána široká míra uvážení při úpravě sociálních práv, jejichž prostřednictvím formuje sociální politiku státu. Nicméně ani uvážení zákonodárce není neomezené, meze jeho uvážení stanoví úprava sociálních práv v Listině. Akty zákonodárce proto nesmí ve svých důsledcích znamenat faktické popření sociálních práv garantovaných Listinou.²⁶⁴

7.3.2. Metodologie přezkumu sociálních práv–vývoj testu racionality

Uvedená specifika sociálních práv spolu se snahou o dosažení ještě větší míry sebeomezení než v případě testu vyloučení toliko extrémní disproportionality zřejmě motivovala ÚS k vytvoření odlišné metodologie přezkumu sociálních práv.²⁶⁵ ÚS tak namísto principu proporcionality postupuje testem racionality.²⁶⁶ Tento test byl ÚS zformulován podle testu americké provenience, tzv. rational basis testu.²⁶⁷

Test racionality byl poprvé ÚS aplikován v kauze *Podmínky vyhlášení stávky v kolektivním vyjednávání*.²⁶⁸ Podle názoru NSS, tlumočeném v nálezu *Ústavnost daně z převodu nemovitostí*, se test racionality objevuje již v dřívějších rozhodnutích ÚS.²⁶⁹ V tomto směru se stanoviskem NSS nesouhlasím, neboť v citovaných rozhodnutích ÚS provádí rozbor omezení vlastnického práva cenovou regulací a vychází přitom z judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále jen ESLP). Podle níž disponuje zákonodárce při stanovení omezení vlastnického práva ve prospěch veřejného zájmu (bytové politiky) širokým prostorem k úvaze. V rámci přezkumu ESLP zkoumá, zda existuje „rozumný (opodstatněný) vztah proporcionality mezi použitými prostředky a sledovanými cíli.“ ÚS v těchto rozhodnutích nepopisuje test racionality, nýbrž doktrínu margin

263 Tamtéž bod 53.

264 Tamtéž bod 56.

265 ONDŘEJJEK: *Princip proporcionality*, s. 164 - 165.

266 Alternativně se též používá názvů test rozumnosti (náleze ze dne 24.4. 2010, sp.zn. Pl. ÚS 54/10 *Karenční doba*, bod 48.) nebo test opodstatněnosti (BROŽ: *Princip proporcionality a socioekonomická práva*, s. 68 – 69.).

267 O rational basis testu jsem pojednal v předchozí kapitole. Toto pojednání považuji za dostačující našim potřebám.

268 Nález ÚS ze dne 5.10. 2006, sp.zn. Pl.ÚS 61/04 *Podmínky vyhlášení stávky v kolektivním vyjednávání*. KÜHN: *K některým otázkám vyvolaným náleze Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví*, s. 48.

269 Nález ÚS ze dne 30.10. 2002, sp. zn. Pl.ÚS 39/01 *Cukerné kvóty II*. Obdobně též náleze ÚS ze dne 21.06. 2000, sp. zn. Pl. ÚS 3/2000 *Vyhláška o cenové regulaci nájemného z bytu*.

of appreciation, jejímž prostřednictvím ESLP hledá ideální poměr mezi mírou uvážení zákonodárce a intenzitou přezkumu jeho aktů.²⁷⁰

Zpět k testu racionality-v kauze *Podmínky vyhlášení stávky v kolektivním vyjednávání* ÚS posuzoval ústavnost právní úpravy procedurálních podmínek zákonnosti stávky ve sporu o kolektivní smlouvu, které zřejmě právo na stávku omezují. Otázkou je, zda je toto omezení ústavou dovolené či nikoli. ÚS konstatoval, že zákonodárce „používá poměrně široký prostor pro uvážení“ pro stanovení podmínek realizace práva na stávku (bod 40). Ovšem ani v tomto případě „nesmí zákonodárce postupovat svévolně,“ musí respektovat princip rovnosti a jeho postup musí být rozumný.“ Nicméně „[v]zhledem 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“ (bod 41).

ÚS následně vymezil strukturu testu racionality, v jehož rámci dochází k přezkumu zákonné úpravy sociálních práv z hlediska následujících kritérií:

- 1) sleduje-li legitimní cíl,
- 2) představuje rozumný prostředek k dosažení stanoveného cíle, „byť nutně nemusí jít o prostředek nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší (bod 41),
- 3) omezení spočívající v zákonné úpravě musí šetřit podstatu a smysl přezkoumávaného základního práva tak (čl. 4 odst. 4 Listiny), aby se svou intenzitou nerovnilo faktickému popření existence těchto práv (bod. 42). P. Ondřejek do struktury testu racionality toto kritérium nezařazuje.²⁷¹ Podle mého názoru ale představuje negativní podmínku ústavnosti, když zákonodárci zakazuje derogaci sociálních práv.

Další krok ve vývoji testu racionality představuje přezkum ústavnosti zákona č. 261/2007 Sb. o stabilizaci veřejných rozpočtů. ÚS na základě návrhu skupiny poslanců zahájil řízení vedené

270 Srovnání testů aplikovaných ÚS a ESLP je otázkou zajímavou, nicméně dalece přesahující rozsah této práce.

Dovolím si pouze podotknout, že testy, jimiž ÚS a ESLP přezkoumávají zásahy do základních práv, by si svou strukturou a obsahem měly alespoň v hrubých rysech odpovídat. Snahou ÚS by tedy mělo být dosažení co nejvyšší míry korelace mezi testy, a tím i mezi výsledky interpretace základních práv, a to zejména vzhledem k povinnosti České republiky respektovat rozhodnutí ESLP (KÜHN, BOBEK, POLČÁK: *Judikatura a právní argumentace*, s. 91.).

271 ONDŘEJEK: *Princip proporcionality*, s. 165.

pod sp.zn. Pl.ÚS 24/07, z něhož ÚS usnesením vyloučil k samostatným řízením přezkum částí tohoto zákona týkající se zdravotnictví²⁷² a sociálních věcí²⁷³.

V kauze *Přezkumu zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů-část zdravotnická* podrobil ÚS zákonnou úpravu regulačních poplatků ve zdravotnictví testu racionality spočívajícím v následujících krocích (bod 103):

- 1) vymezení esenciálního jádra (obsahu) sociálního práva, resp. jeho samotné existence, smyslu a podstaty,²⁷⁴
- 2) posouzení, zda se zákon dotýká esenciálního jádra sociálního práva. Tento krok představuje spojnici mezi testem racionality a testem proporcionality a zároveň určitý „indikátor“ intenzity přezkumu ústavnosti. A) V případě, že ÚS v tomto kroku dojde k závěru, „že zákon svým obsahem zasahuje do samotného esenciálního obsahu základního práva,“ pak bude aplikovat test přísnější, test proporcionality (bod 104). Kterou z variant testu proporcionality však bude ÚS aplikovat? Z logiky věci i náznaků judikatury²⁷⁵ vyplývá, že v takovém případě bude ÚS aplikovat test vyloučení toliko extrémní disproportionality představující test přísnější (s vyššími kritérii intenzity přezkumu) než test racionality. B) Dojde-li k závěru, že esenciální jádro zasaženo nebylo, pak bude postupovat testem mírnějším, testem racionality (resp. jeho následujícími kroky 3) a 4)).²⁷⁶

272 Nález ÚS ze dne 20.5. 2008, sp.zn. Pl.ÚS 1/08 *Přezkum zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů - část zdravotnická*.

273 Nález ÚS ze dne 23.4. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 2/08 *Přezkum zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů - část týkající se sociálního zabezpečení*.

274 Esenciálním jádrem práva na bezplatnou zdravotní péči na základě veřejného pojištění (čl. 31 věty druhé Listiny) „je ústavní zakotvení obligatorního systému veřejného zdravotního pojištění, které vybírá a kumuluje prostředky od jednotlivých subjektů (plátců), aby je mohl na základě principu solidarity přerozdělit a umožnit jejich čerpání potřebným, nemocným, chronikům. Ústavní garanci, na základě které se bezplatná zdravotní péče poskytuje, požívá pouze a jenom suma takto shromážděných prostředků“ (bod 106).

275 Srov. rozhodnutí ve věci *Přezkumu zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů - část zdravotnická*.

276 V rámci tohoto kroku se ÚS omezil pouze na konstatování, že se zákonná úprava esenciálního jádra základního práva nedotýká (bod 108); nepřímě tedy dovodil, že neohrožuje financování systému veřejného zdravotního pojištění. Co se rozdílu intenzity přezkumu týče, vztah mezi testy proporcionality ve verzi vyloučení toliko extrémní disproportionality a racionality zavádá k pochybnostem, zda je test racionality testem mírnějším, zejména s ohledem na cíle přezkumu a kritéria vhodnosti a potřebnosti. Detailnější zkoumání této problematiky však přesahuje rozsah této práce.

- 3) posouzení, zda zákonná úprava sleduje legitimní cíl; tedy zda není svévolným zásadním snížením celkového standardu základních práv.²⁷⁷
- 4) zvážení otázky, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný (racionální), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší (bod 103).²⁷⁸

ÚS došel v rámci kroku 4) k závěru, že zákonná úprava poplatků ve zdravotnictví není, zejména na základě přezkumu výše uvedených kritérií, „očividně nerozumnou“ (bod 108). Následně ÚS konstatoval, že úprava poplatků ve zdravotnictví nevykazuje „všeobecně rdousící efekt“ (bod 118). Toto kritérium, jako součást testu proporcionality, mělo zřejmě být posuzováno v rámci kroku 2)²⁷⁹ k podpoření stanoviska, že nebylo zasazeno do esenciálního jádra základního práva, a proto není nutné přistoupit k přezkumu zákonné úpravy testem proporcionality. Podle zařazení tohoto kritéria v rámci odůvodnění se však spíše zdá, že jím ÚS testoval racionalitu (krok 4)), což jen prohlubuje nekonzistentnost celého nálezu.²⁸⁰

7.3.3. Problematické aspekty testu

Problematických aspektů tohoto testu je hned několik; první spočívá v samotném vymezení esenciálního jádra základního práva.²⁸¹ Toto se také stalo předmětem kritiky odlišného stanoviska předsedy Rychetského k výše citovanému nálezu ve věci *Přezkumu zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů-část zdravotnická*. Ten se domnívá, že [e]senciálním jádrem věty druhé článku 31 Listiny je právo každého na bezplatnou zdravotní péči na základě veřejného zdravotního pojištění.“ Předseda ÚS poměrně vtípně ve svém disentu rozporuje názor většiny: „Tak se dozvídáme, že ústavní pořádek již negarantuje právo každého na bezplatnou zdravotní péč[i] (slovy Listiny), ale naopak ústavní garance je poskytována výlučně (pouze a jenom) veřejnoprávnímu systému zdravotního pojištění, jako patrně novému subjektu ústavně zaručených práv a svobod.“

277 V tomto bodu ÚS konstatoval, že poplatky „regulují přístup k zdravotní péči hrazené z veřejného pojištění, čímž zamezují jejímu nadužívání“. Tím se zvyšuje pravděpodobnost, že se zdravotní péče dostane pouze a jen skutečně nemocným. (bod 107).

278 Tato struktura testu racionality se objevuje i v recentnější judikatuře srov. např. nález ze dne 24.4. 2010, sp.zn. Pl. ÚS 54/10 *Karenční doba*, bod 48.

279 WINTR, Jan. První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*, 2008, roč. 17, č. 5, s. 37.

280 KŮHN: *K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví*, s. 47 – 48.

281 Kriticky zejména dále citované odlišné stanovisko P. Rychetského a dále KŮHN: *K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví*, s. 47 – 49. ONDŘEJEK: *Princip proporcionality*, s. 166.

Druhý problematický aspekt testu racionality představuje fakt, že ve svých důsledcích je testem příliš aktivistickým.²⁸² Tímto testem lze pro protiústavnost zrušit jak zásahy spočívající v zásahu do esenciálního jádra sociálních práv, tak i zásahy mírnější, porušující kritéria legitimacy (krok 3)) nebo racionality *senzu stricto* (krok 4)). Představuje tedy test „překvapivě vstřícný k sociálním právům“, což se „zdá být v příkrém rozporu s hlásanou zdrženlivostí“ uplatňovanou při přezkumu sociálních práv.²⁸³

Nejzásadnějším nedostatkem ovšem není nedostatek spočívající v testu, nýbrž v Soudu samotném; tímto nedostatkem je nekonzistentnost hraničící až s libovůlí či zvlůl soudu při interpretaci základních práv. ÚS se v komentovaném rozhodnutí odchýlil od své dosavadní judikatury týkající se výkladu bezplatnosti zdravotní péče, aniž by byly založeny podmínky k této změně, a aniž by tento odklon jakkoli odůvodnil.²⁸⁴

Námítka libovůle platí též pro rozhodnutí ve věci *Přezkumu zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů-část týkající se sociálního zabezpečení*. V této věci soud přezkoumával zejména institut tzv. karenční doby (období prvních tří dnů nemoci, v nichž pojištěnci není vypláceno nemocenské). Při rozhodování této kauzy, pouze o necelý měsíc předcházející výše citovanému rozhodnutí týkajícího se regulačních poplatků, ÚS rezignoval na jakoukoli argumentaci testem racionality.²⁸⁵ Ba co víc, v případě některých ustanovení napadeného zákona dokonce přezkum vůbec neprovádí, neoznačuje ani jaká základní práva jsou zákonnou úpravou dotčena a celkově lze konstatovat, že úplně rezignuje na jakoukoli právní argumentaci. Omezuje se pouze na vágní konstatování toho, že povinností státu je pouze „zajistit subjektům těchto práv jistý minimální sociální standard a nikoliv adekvátní životní standard v souladu s jejich požadavky, jak je těmito subjekty někdy mylně vnímáno a požadováno“ (bod 60).

282 Srov. odlišná stanoviska P. Rychetského a E. Wagnerové. Kriticky též WINTR: *První tři dny nemoci bez nemocenského*, s. 38.

283 WINTR: *První tři dny nemoci bez nemocenského*, s. 37 - 38.

284 Srov. odlišná stanoviska soudců J. Nykodýma a E. Wagnerové a judikaturu tam uvedenou. Též viz. KÜHN: *K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví*, s. 53 – 56. K podmínkám za nichž se ÚS může odchýlit od své judikatury viz náleží ÚS ze dne 11.6. 2003, sp.zn. Pl.ÚS 11/02 *Platy soudců IV.* či náleží ze dne 13.11. 2007, sp.zn. IV. ÚS 301/2005 *Slovenské důchody VI.*; zejm. bod 59 an.

285 Kritiku, která se snesla na hlavu ÚS po přijetí tohoto nálezu, se snaží ÚS mírnit v nálezu ze dne 24.4. 2010, sp.zn. Pl. ÚS 54/10 *Karenční doba*, bod 52, když tvrdí, že test racionality byl i v tomto rozhodnutí, byť implicitně, uplatněn. Toto tvrzení působí pouze spíše jako „zbožné přání.“ I kdyby v označené části odůvodnění fakticky ÚS test racionality prováděl, odkaz na jediný bod odůvodnění (bod 63) absolutně nevyhovuje kritériím, které je nutno klást na racionální argumentaci.

V tuto chvíli by bylo vhodné formulovat návrhy k modifikaci algoritmu přezkumu sociálních práv testem racionality směřující k odstranění výše uvedených nedostatků. V této oblasti bych raději zůstal zdrženlivý, a to zejména s ohledem na nedostatek prostoru, které tato práce poskytuje a v podrobnostech odkazují na odbornou literaturu.²⁸⁶

286 Návrhy k modifikaci algoritmu přezkumu sociálních práv se ozývají jak z řad judičiální praxe (viz odlišné stanovisko P. Holländera k nálezu ve věci *Přezkum zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů - část týkající se sociálního zabezpečení*), tak doktríny (KŮHN: *K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví*, s. 48. BROZ: *Princip proporcionality a socioekonomická práva*, s. 63 an. ONDŘEJJEK: *Princip proporcionality*, s. 170.).

8. Závěr

8.1. Univerzalita testu proporcionality co do struktury a obsahu

Princip proporcionality se za 18 let aplikační praxe (od rozhodnutí v kauze *Anonymní svědek*) vyvinul v jednu z hlavních argumentačních metod ÚS. Ústavní normy (zejména ty zakotvující základní práva) mají strukturu principů charakteristických tím, že mohou být naplňovány na různých stupních. Tyto principy namnoze vzájemně kolidují. Právě princip proporcionality umožňuje ÚS rozhodnout tyto kolize ústavně chráněných hodnot, kdy obě hodnoty jsou legitimní a zasluhují tedy ústavní ochranu. ÚS ve svých úvahách váží intenzity důležitosti realizace kolidujících hodnot, jehož výsledkem je závěr o podmíněné přednosti. Jinými slovy umožňuje odpovědět na otázku, která z hodnot má převážít. Zároveň směřuje k tomu, aby obě v kolizi stojící hodnoty (základní práva nebo principy) byly realizovány v nejvyšším možném rozsahu i v případě, že musí být omezeny.

Z počátku byl test proporcionality výlučně aplikován v řízení o kontrole norem a v řízení o ústavní stížnosti ÚS dával přednost *ad hoc* poměrování. Postupně se prosazuje též v řízení o ústavní stížnosti: od „prvního výkřiku“ v kauze *Rekognice fotografiemi*, přes jeho úplné přehlížení, výzvy pléna k jeho aplikaci i v řízení o ústavní stížnosti, přes pokusy E. Wagnerové o vytvoření testu proporcionality *sui generis* pro tento typ řízení až po tendence směřující k sjednocení testů. Dnes můžeme směle konstatovat, že v nejrecentnější judikatuře již ÚS aplikuje test proporcionality s totožnou strukturou i obsahem jednotlivých kroků pro oba typy řízení.

Struktura testu se nově ustálila univerzálně pro oba typy řízení pouze s jediným rozdílem oproti rozhodnutí ve věci *Anonymní svědek*; v rámci kritéria poměrování se aplikuje pouze nová vážící formule vytvořená podle Alexyho vzoru. Původní vážící formule byla opuštěna, jelikož kladla na argumentaci soudu příliš vysoké nároky. Nová vážící formule snižuje nároky na argumentaci soudu, zároveň ji činí transparentnější. Jedinou nevýhodou je, že ÚS začal aplikovat vážící formuli bez škály, na níž by mohl určit intenzitu zásahu. Jednoduchá škála je předpokladem, aby mohl Soud porovnat míry intenzity zásahu a důležitosti na realizaci principu druhého. Konkrétní stupně škály jsou právě body, k nimž směřuje argumentace soudu. Uplatnění vážení bez škály je jistě deficit, který kazí radost z nové formule a podrývá přesvědčivost rozhodnutí. Lze očekávat, že dříve nebo později ÚS s vlastní verzí škály přijde a učiní tak další krok k transparentnějšímu rozhodování.

Nadále se v rámci kritéria poměrování neaplikuje ani test minimalizace zásahu-původně zřejmě inspirovaný německou doktrínou praktické konkordance. Test minimalizace je recentnější

judikaturou považován za příkaz k optimalizaci. Tomuto závěru napovídá i fakt, že již nadále není posuzován jako zvláštní kritérium v rámci struktury testu. Implicitně však přítomen je, což mě vede k závěru, že ÚS za příkaz k optimalizaci nově považuje celou optimalizační úvahu, kterou ztotožnil s testem minimalizace zásahu. Domnívám se tak proto, že ÚS nepovažuje principy za příkazy k optimalizaci. Příkaz k optimalizaci však musí být buď ve formě principů, nebo testu proporcionality vždy v úvaze přítomen. Absencí příkazu k optimalizaci by principy ztratily svůj aproximativní charakter a metoda proporcionality by byla pouhým prostředkem k určení přednosti jednoho principu před druhým. Principy by se tudíž stejně jako pravidla aplikovaly způsobem „všechno nebo nic“.

8.2. Modifikace paradigmatu směřující k vytvoření soustavy testů ústavnosti

Na jedné straně ÚS konstituuje paradigma řešení kolizí základních práv příkazem k optimalizaci nárokuji si univerzalitu, aby na straně druhé toto paradigma modifikoval výjimkami.

Základním přístupem k řešení kolizí základních práv a veřejných zájmů je klasický třístupňový test proporcionality spočívající v intenzitě příkazu k optimalizaci, inspirovaný Alexyho teorií a praxí Spolkového ÚS. Tento test je testem obecným; přichází v úvahu ve všech případech kolizí základních práv nebo základních práv s veřejnými zájmy, pokud nejde o případy výjimek z tohoto obecného postupu. Příkaz k optimalizaci směřuje k tomu, aby omezení základních práv byla minimalizována a dotčená práva se mohla realizovat v nejvyšším možném rozsahu. Jako ústavně přijatelná jsou jen ta omezení základních práv, která jsou absolutně nezbytná. Takto přísný test ústavnosti významně omezuje diskreci jednajícího (zejména zákonodárce) ve volbě prostředků k realizaci svých cílů (zejména politik – veřejných zájmů) tím, že vyžaduje použití pouze těch nejšetnějších prostředků z hlediska dotčených práv.

Na základě těchto úvah ÚS formuluje výjimky modifikující paradigmatu řešení kolizí základních práv příkazem k optimalizaci. Základním kritériem pro formulování těchto výjimek je princip dělby moci a jeho prostřednictvím princip soudcovské zdrženlivosti – *judicial self-restraint*. Zdrženlivější přístup soudu se projevuje v nižší míře intenzity přezkumu aktů zákonodárce, a to zejména v případě zákonné úpravy politik, u nichž je zákonodárce *prima facie* nadán větší mírou uvážení než v případě úpravy základních práv.

Tyto úvahy se projevily v odlišném přístupu ÚS k přezkumu ústavnosti daní, poplatků, peněžitých sankcí a jiných zákonem stanovených povinných plateb,²⁸⁷ při jejichž úpravě je

²⁸⁷ Poprvé uplatněném v nálezů ÚS ze dne 18. 8. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 7/03 *Odpovědnost zaměstnavatele za škodu*.

zákonodárce zásadně nadán „širokým prostorem pro uvážení.“ ÚS neprovádí přezkum typickým třístupňovým testem proporcionality, nýbrž namísto toho aplikuje maximum vyloučení toliko extrémní disproporcionality. Předlohou pro vytvoření tohoto testu byla judičiální praxe Spolkového ústavního soudu SRN, který při přezkumu daní vychází zejména z teze, že zákonodárce je při úpravě daní nadán širokou mírou diskrece. Samotný přezkum pak provádí zejména testováním kautel plynoucích z principu rovnosti a vyloučení tzv. rdousícího účinku daně, fakticky se rovnajícimu vyvlastnění.

Ačkoli nejprve nebylo jasné, zda se tento přístup ÚS prosadí, následující rozhodovací praxe modifikaci paradigmatu co do přezkumu ústavnosti povinných plateb potvrdila. Struktura, obsah a tím i intenzita testu proporcionality se rozpadá do dvou podob: 1) klasického třístupňového testu spočívajícího v příkazu k optimalizaci a 2) kritéria poměrování představující toliko vyloučení extrémní disproporcionality. Dělicí čára mezi těmito dvěma variantami spočívá v intenzitě, s jakou ÚS provádí přezkum zásahu do základních práv.

Test proporcionality v intenzitě vyloučení toliko extrémní disproporcionality spočívá pouze v kritériu poměrování, v jehož rámci ÚS posuzuje, zda povinná platba nemá tzv. rdousící efekt (konfiskační dopady) a kautely vyplývající z principu rovnosti. Kritéria vhodnosti a potřeby ponechává ÚS v diskreci zákonodárce. ÚS v rámci přezkumu ústavnosti tímto testem plní pouze roli pojistky chránící společnost před zvlášť zákonodárce, a k přezkumu vhodnosti a zejména potřeby úpravy dochází pouze v minimální míře garantované vyloučením toliko extrémní disproporcionality a zákazu diskriminace.

Další výjimku z paradigmatu přezkumu kolizí základních práv vytvořil ÚS pro přezkum sociálních práv, kdy namísto třístupňového testu proporcionality aplikuje test racionality. Test racionality byl ÚS vytvořen podle amerického *rational basis testu*. Současnou judikaturou je pojmán ve struktuře vyjádřené v kauze *Přezkumu zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů-část zdravotnická*, spočívající v následujících krocích: 1) vymezení esenciálního jádra (obsahu) sociálního práva, 2) posouzení, zda se zákon dotýká esenciálního jádra sociálního práva, 3) posouzení, zda zákonná úprava sleduje legitimní cíl (test legitimacy), 4) zvážení otázky, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný, byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší (test racionality).

Kritérium 2) představuje spojnici mezi testem racionality a principem proporcionality. Dojde-li ÚS k závěru, že bylo zasaženo do esenciálního jádra základního práva, nepokračuje již kroky 3) a 4). V takovém případě přistoupí k testování přípustnosti zásahu testem proporcionality

v intenzitě vyloučení toliko extrémní disproporcionality. Aplikace tohoto testu se tedy rozšiřuje kromě přezkumu povinných plateb též na přezkum sociálních práv (obecně práv založených na principu rovnosti).

Na základě analýzy judikatury ÚS dospívám k názoru, že ÚS ve své praxi vytváří komplexní tříšložkový systém testů ústavnosti. Testy jsou v rámci tohoto systému seřazeny hierarchicky podle kritéria intenzity, s nímž ÚS přezkoumává zásahy do základních práv. Kritérium intenzity přezkumu je odstupňováno podle míry uplatnění soudcovské zdrženlivosti (*self-restraint*) a jemu odpovídající míry uvážení zákonodárce.

Domnívám se, že vztahy v rámci tohoto systému se budou ještě dále vyvíjet. Za problematický považuji zejména test racionality, který provází značné kontroverze,²⁸⁸ a který vyžaduje další konkretizaci judikaturou. Vedle toho, že je kritiky považován za příliš aktivistický, po detailnějším pohledu na něj není jasné, v čem se vlastně liší od testu spočívajícím ve vyloučení toliko extrémní disproporcionality. Jeho realizace totiž neodpovídá Soudem hlášané zdrženlivosti, v návaznosti na to se nejedná ani o test „méně přísný“. Např. kritéria vhodnosti a potřeby ÚS v rámci testu spočívajícím ve vyloučení toliko extrémní disproporcionality přezkoumává pouze v míře minimální, vyplývající z příkazů k vyloučení tzv. rdousícího efektu (který nespočívá v ničem jiném než v testem racionality sledovaném zákazu faktického popření existence základního práva) a diskriminace. Naopak v rámci testu racionality jsou kritéria vhodnosti a potřeby přítomna v rámci kritérií legitimacy a racionality (kroky 3) a 4) testu).

Nutno podotknout, že ÚS dává přednost přejímání již osvědčených testů podle zahraničních předloh před vytvářením vlastní metodologie. Domnívám se, že z hlediska komparatistiky je vhodnější dát přednost spíše vzorům německým než americkým, a to protože uplatnění testů (metodologie obecně) je úzce spjata jednak s teoreticko-filosofickým základem-teorií, tak s ústavním textem. Řešení kolizí je ovlivněno vymezením tzv. limitačních klauzulí v ústavě.²⁸⁹ Není žádným tajemstvím, že ústava česká, co se zakotvení základních práv týče, je inspirována (mimo jiné) německým Základním zákonem. Jak, doufám, plyne i z tohoto textu, na judikaturu ÚS má velký vliv i praxe Spolkového ÚS a německé teorie právní. Implantování institutů z prostředí natolik (nejen geograficky) vzdáleného jako jsou Spojené státy, považují za nevhodné; až budoucnost ukáže, jak se tento „cizí prvek sžije s místním prostředím“.

288 Srov. kapitolu 7.3.3.

289 ONDŘEJEK, Pavel. Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva vybraných politických práv. In WINTR, Jan, ANTOŠ, Marek (eds). *Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, s. 164 – 170.

8.3. Metodologické okénko, aneb předvídatelnost a transparentnost především

8.3.1. Teorie kontra praxe

V úvodu jsme uvedli, že hlavním cílem právní metodologie je zajištění předvídatelnosti a transparentnosti soudcovského rozhodování.²⁹⁰ Metodologie se tak kromě vyloučení libovůle ze strany soudu zasazuje o udržení právní jistoty subjektů práv. Je načase zhodnotit uplatnění testu proporcionality i z hlediska plnění této funkce.

Tato práce vychází z Alexyho, resp. Holländerova pojetí testu proporcionality jako formální struktury rozhodovacího procesu, která musí být následně naplněna konkrétním obsahem a to jak skutkovým, tak právním. Není tomu tak, že by stačila pouhá argumentace testem proporcionality, naopak, v rámci kritéria vážení se otvírá prostor pro uplatnění dalších argumentačních metod.

Z každého kritéria testu proporcionality plyne jasný požadavek, který musí být vyplněn samotnou argumentací. Na požadavky jednotlivých kritérií testu proporcionality navazují závěry ÚS, zda bylo kritérium splněno či nikoli. Tyto závěry musí být podepřeny přesvědčivou, jasnou a transparentní argumentací, jinak jsou pouhými floskulemi.

Aplikační praxe však zřejmě tento názor nesdílí. Mezi nejčastější nedostatky aplikační praxe patří právě takové „pohrdání testem“, kdy soudci nerespektují, že jednotlivá kritéria testu jsou vzájemně provázána, a že jak test jako celek, tak jednotlivá kritéria mají své specifické funkce. Zejména jde o tyto nedostatky: nerespektování kaskádové povahy testu, slučování kritérií či dovození závěru o ústavnosti nebo neústavnosti přezkoumávaného aktu odkazem na princip proporcionality, ačkoli nebyla provedena žádná argumentace vztahující se ke krokům v rámci testu. Tento přístup je metodologicky nevhodný a podrývá autoritu a přesvědčivost rozhodnutí ÚS.

P. Holländer uvádí v předmluvě ke své Ústavněprávní argumentaci, že ani po deseti letech fungování ÚS nedošlo v českém ústavním soudnictví ke konsenzu o základních argumentačních metodách, mezi které řadí také princip proporcionality.²⁹¹ Na základě provedeného rozboru judikatury jsem došel k závěru, že ani po 18 letech aplikace principu proporcionality (po 19 letech fungování ÚS) nedošlo v rámci ÚS ke konsenzu ohledně této základní argumentační metody.

290 MELZER: *Metodologie nalézáni práva.*, s. 9.

291 HOLLÄNDER: *Ústavněprávní argumentace*, s. 21 – 23 a 69 - 72.

Formálně je již princip proporcionality přijat, problematická je však samotná aplikace testu, která se liší soudce od soudce.

Princip proporcionality podle mého názoru představuje velmi sofistikovanou metodu nalézání práva, ač tomu tak podle mnohých kritiků R. Alexyho není. Umožňuje velmi transparentní rozhodování soudů v obtížných případech a záruku vyloučení subjektivismu ze strany soudců. Ve spojení s precedenčním působením judikatury ÚS zároveň zachovávají i vysoký standard právní jistoty.²⁹² Toto je navíc umocněno tím, že výsledek vážení je možno v každém případě vyjádřit jako pravidlo (odvozenou ústavněprávní normu) a pod toto pravidlo subsumovat skutkový stav případu. V obdobných případech pak stačí následovat precedenty. Soud již k vážení nepřistupuje (pravděpodobně vážení přichází v úvahu v případě tzv. distinkcí), naopak se zvyšuje vážnost sledovaného rozhodnutí, stejně jako jeho známost. Námitka subjektivismu se tak stává zase o kousek slabší.

Toto všechno však platí pouze, je-li metoda správně aplikována a ÚS důsledně sleduje svá rozhodnutí. V případě nedodržení správného postupu se celá tato konstrukce hroustí jako pomyslný domeček z karet, a námitka libovůle či subjektivismu je opět ve hře. Vzhledem k tomu, že jsem v tomto textu zpochybnil jak důslednost v aplikaci metody, tak odhodlání následovat vlastní precedenty, tak si fungování tohoto systému lze představit jen ztěžka. Domnívám se však, že vývoj jde správným směrem. ÚS minimálně ukázal, že je schopen vypořádat se s kritikou a pracovat na zlepšování jím užívaných metod. V posledních letech projevuje o problematiku proporcionality i doktrína, která již zaujala své místo a snaží se upozorňovat na nedostatky praxe a na jejich možná řešení.²⁹³

8.3.2. Správné posouzení kolidujících hodnot jako podmínka sine qua non správného řešení

Nedostatky současné metodologie, které se svou intenzitou mohou rovnat se zvůli, spočívají také ve formulování samotné kolize jako předmětu přezkumu. V rozhodnutí ve věci

292 ALEXY: *A Theory of Constitutional Rights*, s. 110.

293 Problematika se těší zejména zájmu mladých autorů Ondřejka (srov. dílo citované pod marg. č. 17 a 18), Brože (srov. dílo citované pod marg. č. 260) či Kosaře (srov. dílo citované pod marg. č. 13).

Přezkumu zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů-část týkající se sociálního zabezpečení se (v dílčích případech) ÚS ani neobtěžoval konstatovat, které základní práva jsou „ve hře“.

Ve věci *Podmínky vyhlášení stávky v kolektivním vyjednávání* ÚS správně rekonstruoval účely zákonné úpravy spočívající zejména v ochraně právní jistoty, zajištění reprezentativnosti odborového orgánu a užití stávky jako prostředku vyjednávání ultima ratio, proti nimž stojí zájem spočívající v garanci práva na stávku. Disentující soudkyně E. Wagnerová konstatuje, že zákonná úprava nepředstavuje pouze omezení práva na stávku (právo socioekonomické). „[Ú]část jednotlivců na stávce je nepochybně realizací jejich politických základních práv, a to práva shromažďovacího [...] a práva na svobodný projev.“

Jak z výše uvedeného výkladu plyne, intenzita přezkumu základních práv se rozpadá do tří intenzit podle povahy kolidujících ústavně chráněných hodnot (základních práv a veřejných zájmů). Správné posouzení a označení kolidujících práv a veřejných zájmů má zásadní vliv na výsledek. V tomto případě byla kauza posouzena jako omezení práva socioekonomického (právo na stávku), což zdůvodnilo aplikaci testu racionality. Politická práva, která jsou garantována právem na stávku, zůstala opomenuta. Pokud by je ÚS vzal v potaz, musel by namísto testu racionality aplikovat test proporcionality v intenzitě příkazu k optimalizaci. Lze pouze souhlasit se závěrem soudkyně Wagnerové, že přezkoumávané „ustanovení by v provedeném testu neobstálo.“²⁹⁴

Zcela zásadním se v tomto světle jeví způsob, jakým zformulujeme kolizi, která je následně předmětem přezkumu, jelikož povaha testu, kterým bude tato kolize rozhodnuta, výrazně ovlivňuje výsledek.

K formulování kolizí lze Soudu doporučit pouze to, aby vždy formuloval kolizi v úplnosti, tedy aby vypočetl vyčerpávajícím způsobem všechny ústavní hodnoty, které jsou ve hře. Následně je třeba posoudit, zda na základě identifikovaných ústavních hodnot nepřichází v úvahu aplikace testu přísnějšího. Pokud ano, je třeba jej aplikovat. Tento postup dovozují z ústavních principů in dubio pro libertate a materiálního právního státu.

294 K obdobným závěrům dochází i K. Šimáčková, která na základě analýzy judikatury NSS a ÚS ukazuje, jak zformulování kolize svobody projevu s lidskou důstojností, kterou soudy rozdílně považovaly za základní právo nebo veřejný zájem, může ovlivnit výsledek rozhodované kauzy. ŠIMÁČKOVÁ, Kateřina. Voyerismus ve veřejném zájmu. Televizní zpravodajství a ochrana soukromí dětí a mladistvých. In Šimíček, Vojtěch (ed.). *Právo na soukromí*. Brno: Masarykova univerzita, 2011. s. 163 – 165.

8.3.3. „Nechceme žít pod vládou jiných lidí, ale pod vládou práva a řádu!“²⁹⁵

Při interpretaci se úvahy o interpretovaných právních normách nutně mísí s úvahami a názory interpreta nejen o pojmu práva či základních právech a rozsahu jejich nutné ochrany, ale také jeho politická orientace či obecně světonázor. O interpretaci ústavního práva, si myslím, to platí dvojnásob. Zejména pohled na řešení otázek veřejného zájmu či otázek politických se může jevit jako značně subjektivní. K tomu, aby zabránila pronikání takovýchto myšlenek do rozhodovací úvahy soudce, slouží právní metodologie.

Soudce je povinen nalézat právo (rozhodnout po právu) i v obtížných případech, kdy existují důvody pro i proti určitému řešení. Je tedy povinen rekonstruovat práva v právním řádu implicitně přítomná, aby rozhodl, komu svědčí obecná idea spravedlnosti. Tento postup není libovolný, soudce musí respektovat metodologická pravidla, aby odkryl právní standardy, na jejichž základě rozhoduje a tyto nenahrazoval svým přesvědčením, politickou orientací nebo svým vlastním prospěchem.

Výše uvedené příklady přehlížení Ústavním soudem přijaté metodologie „zavánější“ libovůlí ze strany soudu. Případy, kdy soud nerespektuje vlastní precedenty, přehlíží a neaplikuje vlastní dříve vytvořenou metodologii nebo ji aplikuje pouze „jen aby se neřeklo“ bez jakékoli relevantní argumentace vztahující se ke konkrétním kritériím testu považují v rámci judičiální praxe ÚS za excesivní, nicméně stále za nepřijatelnou.

Podle mého principu proporcionality i zbylé v této práci pojednané testy ústavnosti jsou způsobilé být transparentními metodami přezkumu ústavnosti. Ovšem metoda není vše a výsledek je též závislý na důslednosti s níž se metoda uplatní. Jistě platí výrok: „Čím propracovanější metodologie bude vytvořena, tím náročnější bude pro soudy skryt skutečné záměry jejich rozhodnutí za určitou právní argumentaci.“²⁹⁶ Nicméně ani sebepracovanější metoda nezaručí vyloučení libovolného postupu ze strany soudu, jestliže ohledně této metody nebude existovat konsenzus alespoň co do podstatných rysů. Problematické aspekty praxe je třeba podrobit diskusi.

295 ŠANTŮR, R., MACHÁČEK, D., MAJSTOROVIČOVÁ, A.. Vzkaz Vojtěcha Cepla [online]. Česká televize, 2008 [cit. 15.11.2012]. Dostupné na <<http://www.ceskatelevize.cz/porady/10160488386-vzkaz-vojtecha-cepla/208452801410012/>>.

296 ONDŘEJEK: Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv, s. 21.

9. Použité zdroje

9.1. Monografie a odborné články

ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. 462 s.

ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 2010. 323 s.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law* [online], 2005, roč. 3, č. 4 [cit. 14. října 2012], s. 572 – 580. Dostupné na: <[http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/\\$UBUG/repositorio/10320598_Alexy.pdf](http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/$UBUG/repositorio/10320598_Alexy.pdf)>.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. *Ration Juris*, 2003, roč. 16, č. 4, s. 433 – 449.

ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, 2000, roč. 13, č. 3, s. 294 – 304.

ALEXY, Robert. The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, roč. 4, č. 1, s. 21 – 32.

BOGUSZAK, Jiří. Právní principy, hodnoty, finalita. In BOGUSZAK, Jiří (ed). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 23 – 36.

BRÖSTL, Alexander. O pravidlách správania a o princípoch. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2009, roč. 17, č. 1, s. 48 -50.

BROZ, Jan. Princip proporcionality a socioekonomická práva. Lze poměřovat sociální práva s liberálními? In WINTR, J. ANTOŠ, M. (eds.). *Sociální práva*. Praha: Leges, 2011, s. 62 – 74.

DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001. 455 s.

FILIP, Jan. Ústavní právo české republiky. 1. Základní pojmy a instituty. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2003. 556 s.

FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.. *Zákon o Ústavním soudu: komentář*. 2. vydání. Praha: C.H. Beck, 2007. 896 s.

GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2000, 343 s.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Pojem práva*. 2. vydání. Praha: Prostor, 2010. 312 s.

HOLLÄNDER, Pavel. Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezení právních principů. In BOGUZSAK, Jiří (ed.). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 7-21.

HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. 303 s.

HOLLÄNDER, Pavel. *Filipika proti redukcionismu*. Bratislava: Kaligram, 2009. 174 s.

HOLLÄNDER, Pavel. Hlavní doktríny Ústavního soudu České republiky. In DANČÁK, B., ŠIMÍČEK, V. (eds). *Základní lidská práva a právní stát v judikatuře Ústavních soudů*. Brno: Masarykova univerzita. Mezinárodní politologický ústav, 2000. s. 21 – 29.

HOLLÄNDER, Pavel. Kolaps „soudcovského státu“: Běží odpočítávání? In HLOUŠEK, V., ŠIMÍČEK, V. (eds). *Dělbá soudní moci v České republice*. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 16 - 32.

HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace: oblédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003. 103 s.

HOLLÄNDER, Pavel. Zásada proporcionality: jednosměrná ulice nebo hermeneutický kruh? Na příkladech veřejných dober a základních práv kolidujících s právem na soukromí. In ŠIMÍČEK, Vojtěch (ed.). *Právo na soukromí*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 20-36.

KOSAŘ, David: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, 2008, č. 1. s. 3 - 19.

KRAUS, Jiří a kol. *Nový akademický slovník cizích slov*. Praha: Academia, 2007. 879 s.

KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech: K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002. 419 str.

KÜHN, Z. BOBEK, M. POLČÁK, R. a kol. *Judikatura a právní argumentace: teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou*. Praha: Auditorium, 2006. 234 s.

KÜHN, Zdeněk. Pojem a role právního principu. In BOGUSZAK, Jiří (ed). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 91 – 103.

KÜHN, Zdeněk. K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví. In JIRÁSKOVÁ, V., SUCHÁNEK, R. (eds). *Pocta Zdeňku Jičínskému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2009, s. 45 - 57.

MELZER, Filip. *Metodologie nalézáni práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2010. 276 s.

ONDŘEJEK, Pavel. Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv. *Jurisprudence*, 2012, roč. 21, č.1, s. 13 - 21.

ONDŘEJEK, Pavel. Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva vybraných politických práv. In WINTR, J., ANTOŠ, M. (eds). *Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, s. 164 - 173.

ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, text měl vyjít počátkem listopadu 2012, citováno podle verze poskytnuté nakladatelstvím před oficiální publikací. 223 s.

PINZ, Jan. Právní principy, zásady a legis ratio. In BOGUSZAK, Jiří. *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 109 – 115.

SADURSKI, WOJCIECH: *Rights Before Courts : A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2005. 377 str.

ŠIMÁČKOVÁ, Kateřina. Voyerismus ve veřejném zájmu. Televizní zpravodajství a ochrana soukromí dětí a mladistvých. In ŠIMÍČEK, Vojtěch (ed.). *Právo na soukromí*. Brno: Masarykova univerzita, 2011, s. 158 – 167.

TOMOSZEK, Maxim. Nezměnitelnost materiálního jádra ústavy jako řešení konfliktu ústavních hodnot. *Časopis pro právní vědu a praxi*. roč. 18, č.4, 2010, s. 325 - 329.

TRYZNA, Jan. *Právní principy a právní argumentace. K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010. 332 s.

WAGNEROVÁ, Eliška a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012. 906 s.

WEINBERGER, Ota. Formální charakteristika právních a právně- politických principů. In BOGUSZAK, Jiří (ed). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 37 - 42.

WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995. 217 s.

WINTR, Jan. První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*, 2008, roč. 17, č. 5, s. 31 - 39.

9.2. Judikatura

9.2.1. Judikatura Ústavního soudu ČR–nálezy plenární

nález Ústavního soudu ze dne 12.4. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 43/93 *Trestný čin hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu.*

nález Ústavního soudu ze dne 12.10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94 *Anonymní svědek.*

nález Ústavního soudu ze dne 12.4. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 12/94 *Zásady solidarity a ekvivalence v systémech sociálního zabezpečení.*

nález Ústavního soudu ze dne 9.10. 1996, sp. zn. Pl. ÚS 15/96 *Vojenské byty.*

nález Ústavního soudu ze dne 17.12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97 *Prezidentské veto.*

nález Ústavního soudu ze dne 17.2. 1999, sp. zn. Pl. ÚS 16/98 *Právo vlastnit zbraň.*

nález Ústavního soudu ze dne 21.6. 2000, sp. zn. Pl. ÚS 3/2000 *Vyhláška o cenové regulaci nájemného z bytu.*

nález ÚS ze dne 13.8. 2002, sp.zn. Pl. ÚS 3/02 *Minimální výše pokuty.*

nález Ústavního soudu ze dne 30.10. 2002, sp. zn. Pl. ÚS 39/01 *Cukerné kvóty II.*

nález Ústavního soudu ze dne 11.6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 11/02 *Platy soudců IV.*

nález Ústavního soudu ze dne 11.6. 2003, sp. zn. Pl. ÚS 40/02 *Kolektivní smlouvy.*

nález Ústavního soudu ze dne 28.1. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 41/02 *Bezpečnostní prověrky advokátů.*

nález Ústavního soudu ze dne 18.8. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 7/03 *Odpovědnost zaměstnavatele za škodu.*

nález ze dne 14.7. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 34/04 *Platy soudců.*

nález Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2005, sp. zn. Pl. ÚS 6/05 *Zrušení restituční tečky.*

nález Ústavního soudu ze dne 27.9. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 51/06 *Neziskové nemocnice.*

nález Ústavního soudu ze dne 5.10. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 61/04 *Podmínky vyhlášení stávky v kolektivním vyjednávání.*

nález Ústavního soudutavního soudu ze dne 01.03. 2007, sp. zn. Pl. ÚS 8/06 *Základ pro výpočet odměny exekutora v případě dobrovolného plnění povinného po nařízení exekuce.*

nález Ústavního soudu ze dne 23.4. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 2/08 *Přezkum zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů - část týkající se sociálního zabezpečení.*

nález Ústavního soudu ze dne 20.5.2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08 *Přezkum zákona o stabilizaci veřejných rozpočtů - část zdravotnická.*

nález Ústavního soudu ze dne 21.4. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 29/08 *Ústavnost daně z převodu nemovitostí.*

nález Ústavního soudu ze dne 23.03.2010, sp. zn. Pl. ÚS 8/07 *Redukční hranice pro výpočet procentní výměry důchodu.*

nález ze dne 24.4. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 54/10 *Karenční doba.*

nález Ústavního soudu ze dne 4.5. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 7/09 *K principu proporcionality při poměrování závazků vyplývajících z mezinárodního práva a právem na obhajobu.*

nález Ústavního soudu ze dne 7.9. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 22/09 *K zákonnému omezení soudce zastupovat účastníky a další zúčastněné osoby v soudních a správních řízeních.*

nález Ústavního soudu ze dne 7.9. 2010, sp. zn. Pl. ÚS 34/09 *K povinnosti státu poskytnout ochranu vlastnickému právu.*

nález Ústavního soudu ze dne 25.01. 2011, sp. zn. Pl.ÚS 15/10 *Kárné řízení funkcionářů NKÚ.*

nález Ústavního soudu ze dne 13.11. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 43/10 *K procesní způsobilosti osob omezených na způsobilosti k právním úkonům.*

nález Ústavního soudu ze dne 20.12. 2011, sp. zn. Pl. ÚS 24/11 *Přístup orgánů činných v trestním řízení k údajům o telekomunikačním provozu.*

9.2.2. Judikatura Ústavního soudu ČR–nálezy senátní

nález Ústavního soudu ze dne 21.3. 2002, sp. zn. III. ÚS 256/01 *Rekognice fotografiemi.*

nález Ústavního soudu ze dne 15.3. 2005, sp. zn. I. ÚS 367/03 *Rejžek v. Vondráčková.*

nález Ústavního soudu ze dne 16.6. 2005, sp. zn. I. ÚS 353/04 *Výstavba rodinného domu.*

nález Ústavního soudu ze dne 1.12. 2005, sp. zn. II. ÚS 94/05 *Vztah proporcionality mezi právem na ochranu osobnosti a právem na svobodu projevu.*

nález Ústavního soudu ze dne 7.12. 2005, sp. zn. IV. ÚS 412/04 *Omezení způsobilosti k právním úkonům.*

nález Ústavního soudu ze dne 8.8. 2006, sp. zn. IV. ÚS 383/05 *Propadlá zástava.*

nález Ústavního soudu ze dne 31.5. 2007, sp. zn. IV. ÚS 282/05 *K rozhodování obecných soudů o výši nájemného z bytu.*

nález ze dne 13.11. 2007, sp. zn. IV. ÚS 301/2005 *Slovenské důchody VI.*

nález Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2009, sp. zn. IV. ÚS 1554/08 *K povinnosti soudu odůvodnit rozhodnutí, kterým se zcela vyhovuje návrhu na předběžné opatření.*

nález ze dne 3.9. 2009, sp. zn. III. ÚS 346/09 *K povinnosti soudu odůvodnit rozhodnutí, kterým se zcela vyhovuje návrhu na předběžné opatření II..*

nález Ústavního soudu ze dne 12.7. 2010, sp. zn. IV. ÚS 3102/08 *Volební právo osob omezených či zbavených způsobilosti k právním úkonům.*

nález Ústavního soudu ze dne 22.1. 2011, sp. zn. I. ÚS 2166/10 *K možnosti výjimečného prolomení blokáce církevního majetku a ochraně vlastnictví.*

nález Ústavního soudu ze dne 3.3. 2011, sp. zn. I. ÚS 3654/10 *K otázce uložení ochranného léčení v ambulantní či ústavní formě.*

nález Ústavního soudu ze dne 11.1. 2012, sp. zn. I. ÚS 451/11 *Povinnost vlastníka pozemní komunikace chránit vlastníky sousedících nemovitostí před hlukem z této komunikace.*

nález Ústavního soudu ze dne 16.01. 2012, sp. zn. IV. ÚS 1881/11 *Určení odměny soudního exekutora v případě dobrovolného plnění povinným.*

nález Ústavního soudu ze dne 20.3. 2012, sp. zn. I. ÚS 660/09 *Porušení práva na spravedlivý proces a práva vlastnit majetek v důsledku nečinnosti soudu při rozhodování o nákladech exekuce.*

9.2.3. Judikatura Spolkového ústavního soudu SRN

nález Spolkového ústavního soudu SRN ze dne 22.6. 1995, sp. zn. BVerfGE 93, 121 *Einheitswerte II.*

9.3. Právní předpisy

ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů.

9.4. Ostatní

Neznámý autor. *Paretovo optimum* [online].Wikipedie, poslední aktualizace 26. 6. 2012 [ciováno 13.října 2010]. Dostupné na <http://cs.wikipedia.org/wiki/Paretovo_optimum>.

NĚMEČEK, Tomáš. Kdo je nejvlivnější právník II [online]. Lidové noviny, 25.6. 2012 [cit. 11.11.2012]. Dostupné na <<http://eliskawagnerova.cz/ew-v-mediich/lidove-noviny-kdo-je-nejvlivnejsi-pravnik-ii/>>.

ŠANTÚR, R., MACHÁČEK, D., MAJSTOROVICHOVÁ, A.. Vzkaz Vojtěcha Cepla [online]. Česká televize, 2008 [cit. 15.11.2012]. Dostupné na <<http://www.ceskatelevize.cz/porady/10160488386-vzkaz-vojtecha-cepla/208452801410012/>>.

10. Abstrakt a seznam klíčových slov

10.1. Abstrakt/Abstract

Princip proporcionality je jednou z hlavních argumentačních metod uplatňovaných ÚS při aplikaci ústavy. Soud jím řeší kolize základních práv s jinými ústavně chráněnými hodnotami – jinými základními právy nebo veřejnými zájmy. Spočívá v nalezení přiměřené rovnováhy mezi zásahem do základního práva a intenzitou důležitosti svědčící ve prospěch kolidující, ústavou aprobované hodnoty. Vývoj této metody se ubíral dvojí cestou–doktrinální a judiciální. Cesta doktrinální vychází ze základních ontologicko-gnoseologických otázek o pojmu práva a právní normy, a z nich vyplývajících potřeb specifické metodologie k aplikaci ústavního práva. Cesta judiciální naopak vychází z konfrontace ústavních soudů s paradigmatem přímé aplikovatelnosti ústavy. Práce, která se Vám právě dostává do rukou, popisuje podstatné momenty obou těchto vývojových cest. Jádrem práce je zhodnocení uplatnění této doktríny v judikatuře Ústavního soudu České republiky. Dále se práce zabývá posouzením, zda princip proporcionality splňuje kritéria vyplývající z povahy principu proporcionality jako metodologie nalézání práva, tedy předvídatelnosti soudcovského rozhodování a vyloučení libovůle ze strany soudu.

The principle of proportionality is one of the principal methods of argumentation used by the Constitutional court in the application of the constitution. The court uses this principle to resolve collisions between the constitutional rights and other constitutionally protected values, i.e. other basic rights or public interests. The principle aims to find a reasonable balance between the interference into basic rights and the intensity of the importance standing in favour of the colliding, constitutionally protected value. The evolution of this method has branched out into two ways – doctrinal and judicial. Basic ontological-epistemological questions dealing with the concept of law and legal norms served as a base for the doctrinal approach, which is using them as grounds to the needs of specific methodology in the application of constitutional law. The judicial approach, on the other hand, is based on the confrontation of constitutional courts and the paradigm of constitutional applicability. This thesis describes the crucial moments of the two branches of evolution. The core of the thesis lies in the evaluation of the application of this doctrine in the decision-making practice of the Constitutional Court of the Czech Republic. The other focus of the thesis is the assessment whether the principle of proportionality meets the criteria on which it is based, such as the methodology of law finding, i.e. the predictability of court decisions and the exclusion of court arbitrariness.

10.2. Klíčová slova/Key words

Ústavní normy, principy, pravidla, metodologie, poměřování/vážení, princip proporcionality, test proporcionality, vážící formule, příkaz k optimalizaci, vyloučení extrémní disproportionality, test racionality, základní práva, sociální práva, veřejné zájmy, Ústavní soud České republiky, judicial self-restraint, intenzita přezkumu.

Constitutional right norms, principles, rules, methodology, balancing, principle of proportionality, proporcionality test, weight formula, optimization requirement, exclusion of extreme disproportionality, rationality test, constitutional rights/basic rights, social rights, public interests, Constitutional court of the Czech Republic, judicial self-restraint, intensity of review.