

z hlediska fungování právního řádu. I v případě zásahu do tak zásadní otázky, jako je způsob stanovení výpočtového základu důchodového pojištění, se zákonodárce vodítkům Ústavního soudu podřídil, neboť bez nahrazení zrušeného ustanovení by systém důchodového pojištění nemohl fungovat. Naopak po zrušení předpisů, které nejsou v právním řádu nezbytné, zákonodárce často rezignoval, ačkoli z nálezu nevyplývalo, že by již samotný cíl zrušené právní úpravy byl ústavně pochybný. Spíše než expanze Ústavního soudu do hospodářské a sociální politiky spočívající v preskripci politických cílů a vyvážení hodnot se tedy ukazuje síla

Ústavního soudu spočívající v okamžité změně právního stavu derogačním nálezem bez odkladu vykonatelnosti. V některých případech nicméně zákonodárce příliš kategoricky odůvodněným zásahům do sociální politiky čelil dílčími úpravami příslušných institutů.

Závěrem lze poukázat na poněkud překvapivé zjištění, že nejsilnější spor mezi Ústavním soudem a zákonodárcem, ve kterém ani jedna strana po dlouhou dobu nebyla ochotna ustoupit, nenastal v otázkách sociálních či daňových, nýbrž v otázce soudcovských platů, která je svou podstatou rozpočtová. Šlo ale o mocenské vymezení vztahu soudů a zákonodárce.

Poměřovat, anebo nepoměřovat sociální práva? K otázce, zda lze test racionality považovat za variaci na metodu proporcionality

ZDENĚK ČERVÍNEK*

To Balance, or Not to Balance Social Rights? On the Question of Whether the Rationality Test Can Be Considered as a Variation of the Proportionality Method

Summary: *Proportionality represents the basic methodological approach of the Czech Constitutional Court (hereinafter the “Court”) towards constitutional rights adjudication. However, its strictness led the Court to deconstruct its structure in cases of social policy. Thus, the Court developed the so called rationality test to review the constitutionality of social rights limiting statutes. This test is far from being undisputed and its application abounds by inconsistency and controversy. The main goal of this paper is to assess whether the rationality test can be perceived as a variation of the proportionality analysis. Firstly, the paper discusses the theoretical aspects of the matter, primarily the paradigmatic structure of constitutional review. Secondly, the nature of social rights in the Charter is assessed. Thirdly, the empirical analysis is based on the case study of the Czech Constitutional Court. On this basis, the paper concludes assessing whether there are any differences between these two standards of reasonableness review.*

Keywords: *rationality test, Czech Constitutional Court, proportionality analysis, judicial self-restraint/deference, social rights*

Málokterá otázka v oboru ústavního práva budí takové kontroverze jako problematika hospodářských, sociálních a kulturních práv

(dále jen „sociální práva“). Ústavní soud (dále jen „ÚS“) je v těchto otázkách veden snahou o co největší sebeomezení vůči politické

* Autor je interním doktorandem na katedře ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: zdenek.cervinek@upol.cz. V tomto textu částečně vycházím ze své starší stati, publikované v anglickém jazyce (ČERVÍNEK, Z. Proportionality or Rationality in Socio-Economic Rights Adjudication? Case Study of Czech Constitutional Court's Judgment in Compulsory Vaccination Case. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2018, roč. 1, č. 1, speciální vydání, str. 86–102), avšak výrazně ji přepracovávám. Vznik textu byl podpořen projektem IGA pod názvem Test proporcionality v judikatuře Ústavního soudu České republiky, č. IGA_PF_2017_008.

moci, což jej přimělo, aby dekonstruoval svůj výchozí přístup k přezkumu ústavnosti omezení základních práv, spočívající v klasickém testu proporcionality, a nahradil jej tzv. testem racionality. Tento test spočívá ve čtyřech postupných krocích: 1) vymezení jádra sociálního práva; posouzení, 2) zda přezkoumávaným zákonem není toto jádro dotčeno; 3) zda zákon sleduje legitimní cíl; 4) zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný (racionální), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší (kritérium racionality v užším slova smyslu).¹

Aplikace tohoto testu v praxi ÚS je však charakterizována poměrně výraznou nekonzistentností, a to jak stran jeho provedení v konkrétních případech, tak dokonce stran kolísání jeho struktury a obsahu.² V tomto směru pak někteří autoři kritizují především způsob, jakým ÚS přistupuje k definování jádra sociálních práv, a také nejasné vymezení intenzity kritéria racionality v užším slova smyslu.³ Nadto by se ÚS dalo vytknout, že test racionality neaplikuje jako formální strukturu argumentu, nýbrž jako argument sám o sobě.⁴ Někteří komentátoři pak testu racionality vyčítají, že je příliš aktivistický, když umožňuje – na rozdíl od testu vyloučení extrémní disproportionality – ÚS zasáhnout i v případech, v nichž nebylo zasaženo jádro základního práva.⁵ Jiní naopak testu racionality vyčítají jeho přílišnou zdrženlivost.⁶ Všechny výše uvedené námítky tak podtrhují fakt, že ÚS dosud nenašel jednotný a konzistentní přístup k přezkumu práv obsažených v hlavě čtvrté Listiny základních práv a svobod (dále též „Listina“).⁷

Rozbor těchto nedostatků by jistě vyžadoval rozsáhlou studii výrazně překračující rozsah tohoto článku. Je zároveň otázkou, zda by se jednalo o účelně vynaloženou energii, neboť většina z výše naznačených otázek je již pokryta citovanými pracemi mých vážených kolegů. Můj cíl v tomto příspěvku je naopak mnohem skromnější. Chci se zaměřit na

otázku, zda je možné považovat test racionality za (deferenční) variaci na metodu proporcionality. Platí totiž, že otázkám spojeným s dílčími aplikačními nedostatky testu racionality již byla věnována významná pozornost, avšak co zůstává nadále nejasné, je samotná podstata tohoto testu. Někteří autoři jej považují za deferenční variantu metody proporcionality,⁸ zatímco jiní v něm vidí pouze přezkum racionální vazby cíle a prostředku, tj. způsobilosti přezkoumávaného opatření dosáhnout sledovaného legitimního cíle.⁹ V tomto pojetí tedy test racionality splývá s testem vhodnosti aplikovaným v rámci metody proporcionality. Právě touto otázkou bych se nyní chtěl zabývat.

Tento svůj příspěvek tedy organizuji následovně. Předně mám za to, že povaha základních práv z velké části předurčuje i způsob jejich aplikace. Proto začnu svůj text krátkým nastíněním teoretických východisek aplikační praxe základních práv, tj. paradigmatické struktury přezkumu ústavnosti vycházející z dvoukrokové struktury základních práv, rozlišující mezi *prima facie* právem, které je-li zasaženo, spouští požadavek ospravedlnění. Ospravedlnění je přitom zprostředkováno metodou proporcionality. Následně se zaměřím na povahu sociálních práv v Listině základních práv a svobod a způsob jejich zakotvení, jejichž specifika vedla ÚS k formulaci testu racionality. Dále se pak již zaměřuji na zkoumání samotného testu racionality. Dospívám přitom k závěru, že z abstraktní definice tohoto testu nelze dospět k jasné odpovědi na zkoumanou otázku, neboť toto lze chápat dvojím způsobem. Jednak může spočívat v pouhém zkoumání existence racionální vazby cíle a prostředku, tj. pouze v otázce vhodnosti. Zároveň lze test racionality nahlížet též jako otevřený standard umožňující zahrnout určitou variaci metody proporcionality. Pro zodpovězení sledované otázky je tedy nezbytné podívat se, jak je test racionality aplikován v praxi. Další část je tudíž věnována případovým studiím z praxe ÚS. V této

¹ Podrobněji k tomuto testu viz pozn. č. 35 a k ní připojený text.

² Viz ČERVÍNEK, Z. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*, 2015, roč. 24, č. 4, str. 21–29.

³ ANTOŠ, M. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům: nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší? *Jurisprudence*, 2014, č. 6, str. 13–14. VYHNÁNEK, L. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2014, č. 3, str. 218–19.

⁴ Viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 36/11 ze dne 20. 6. 2013; sp. zn. Pl. ÚS 11/12 ze dne 27. 11. 2012; sp. zn. Pl. ÚS 10/13 ze dne 29. 5. 2013; sp. zn. Pl. ÚS 43/13 ze dne 25. 3. 2014.

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

⁶ MUSIL, J. Soudní ochrana sociálních práv. In: Gerloch, A. – Šturma, P. (eds.). *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století v českém, evropském a mezinárodním kontextu*, Praha 2012, str. 76–78. KRATOCHVÍL, J. Test racionality: skutečně vhodný test pro sociální práva. *Právník*, 2015, č. 12, s. 1060.

⁷ Odlíšné stanovisko soudkyně Janů k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 36/11 ze dne 20. 6. 2013. Těžko však říci, co je příčinou a co následkem tohoto neutěšeného stavu.

⁸ Viz např. ONDŘEJEK, P. Limitations of Fundamental Rights in the Czech Republic and the Role of the Principle of Proportionality. *European Public Law*, 2014, č. 3, str. 460–62; KRATOCHVÍL, J., c. d., s. 1059.

⁹ WAGNEROVÁ, E. Komentář k čl. 4 Listiny. In: Wagnerová, E. a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, Praha 2012, str. 132–133. WINTR, J. Komentář článku 41 Listiny. Tamtéž, str. 835. ANTOŠ, M., c. d., str. 9. VYHNÁNEK, L., c. d., str. 219.

části tak podrobně rozebírám dva nálezy ÚS, konkrétně nález sp. zn. Pl. ÚS 16/14,¹⁰ týkající se přezkumu ústavnosti zákonné podmínky očkovaní pro přijetí dítěte do mateřské školy, a nález sp. zn. Pl. ÚS 7/17,¹¹ který se zabýval přezkumem ústavnosti zákazu kouření ve vnitřních prostorách provozoven stravovacích služeb.

Konečně až na tomto základě mohu definitivně zodpovědět výše vytčenou otázku, a porovnat tak oba zkoumané standardy ústavnosti. Dospívám přitom k závěru, že ačkoli test racionality s testem proporcionality sdílí některé společné rysy, nelze jej považovat za jeho variaci. Ústavní soud totiž – veden abstraktním vymezením testu – omezuje přezkum ústavnosti sociálních práv na pouhé zkoumání racionálního vztahu cíle a prostředku. Soustředí přitom veškerou svou pozornost na přezkoumávané opatření, resp. jeho způsobilost dosáhnout sledovaného cíle, a substantivní otázky spojené s dotčeným základním právem ponechává stranou. Na základě těchto zjištění tudíž dospívám k závěru, že test racionality nelze považovat za variaci na metodu proporcionality. Zároveň však tento stav nelze považovat za uspokojivý, neboť v naší ústavní kultuře, která je vybudována na principu materiálního právního státu, nelze akceptovat situaci, kdy pro přezkum ústavnosti je jednotlivec se svými základními právy irelevantní. Poměrování tak musí být zachováno i v případech přezkumu ústavnosti omezení sociálních práv.

Současné paradigma základních práv

Úkolem ÚS při přezkumu ústavnosti právních aktů vydávaných orgány veřejné moci je zkoumání jejich souladnosti s referenční právní normou, ústavou. Ústavní soud tak střeží meze racionálního rozhodování orgánů veřejné moci, především pak zákonodárce. Tato koncepce plyne ze specifického pojetí materiálního pojetí právního státu, podle něž

všechna opatření orgánů veřejné moci omezující základní práva jednotlivce musejí být racionálně ospravedlněna. Úkolem ÚS tedy není nalezení „jediné správné odpovědi“, nýbrž posouzení, zda zdůvodnění omezení základních práv lze označit za racionální.¹² Tato myšlenková konstrukce bývá označována jako tzv. kultura ospravedlnění.¹³

Z této konstrukce pak vychází též normativní struktura základních práv, která je v současné teorii i praxi orgánů ochrany základních práv považována za paradigmatickou. Toto paradigma spočívá v rozlišování mezi rozsahem působnosti základního práva¹⁴ a rozsahem jemu poskytnuté ochrany, resp. ospravedlněním opatření omezujícího základní právo.¹⁵ Z tohoto paradigmatu přitom vychází i praxe ÚS, proto ačkoli je můj výklad v této části laděn spíše obecně, platí v úplnosti i pro praxi ÚS.¹⁶

Přezkum ústavnosti napadených aktů veřejné moci se tedy rozpadá do dvou kroků. V prvním kroku této analýzy se soudy zaměřují na substantivní otázky základních práv, pídí se po rozsahu působnosti a normativním obsahu těchto práv. Interpretují ústavní hodnoty na podkladě základních práv a posuzují, zda jednání, o něž ve věci jde, lze vztáhnout pod jejich „ochranná křídla“. Konkretizují tak abstraktní závazky plynoucí ze základních práv tak, aby je bylo možno aplikovat. Přezkum se zde zaměřuje také na povahu opatření státu, zejm. s ohledem na to, zda jím došlo k omezení (či zásahu do) sféry chráněné základními právy. Důležité je však uvědomit si, že v tomto kroku neprobíhá žádné poměrování ani hodnocení kolidujících zájmů. Především pak proto, že základní práva mají na ústavní úrovni autonomní obsah, který není utvářen kolidujícími hodnotami či potřebami a přáními majority ve společnosti. Tyto úvahy pak naopak spadají až do druhého kroku, zkoumání rozsahu ochrany, resp. ospravedlnění opatření omezujících působnost a obsah základních práv. Zde tedy soudy zkoumají otázku, zda je možné zásah identifikovaný v prvním kroku racionálně ospravedlnit,

¹⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015.

¹¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 7/17 ze dne 27. 3. 2018.

¹² MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford 2012, str. 117–123.

¹³ K tomuto pojmu podrobněji viz MUREINIK, E. A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*, 1994, č. 1, str. 31–48. COHEN, M. E. – PORAT, I. Proportionality and the Culture of Justification. *The American Journal of Comparative Law*, 2011, č. 2, str. 463–490.

¹⁴ V angličtině se pro tento pojem používá označení *scope*, které v sobě zahrnuje též samotný normativní obsah práva (*content*). Terminologie se však různí. Někdy je tento krok analýzy nazýván pouze jako „zásah“ (*infringement*), „prima facie zásah“ (*prima facie infringement*) či „interpretací fáze“ (*interpretation stage*). Mezi obsahem a rozsahem působnosti se běžně nerozlišuje, avšak toto rozlišování může být užitečné např. při zkoumání toho, zda je třeba věc posoudit na poli substantivního práva, nebo naopak na poli zákazu diskriminace.

¹⁵ V zahraniční literatuře bývá tento krok označován jako „*extent of protection*“, „*justification*“ či „*justification stage*“, kterým odpovídá český termín „ospravedlnění“.

¹⁶ Viz zejména nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994. V následujících odstavcích volně vycházím ze své dřívější práce. Viz např. ČERVÍNEK, Z. Doktrína *reasonableness* a ochrana socio-ekonomických práv v Jihoafrické republice: Variace na metodu proporcionality nebo modifikace paradigmatu základních práv? *Právník*, 2018, č. 6, str. 470 a násl.

k čemuž ústavní soudy nejčastěji aplikují metodu proporcionality. Jinými slovy, soudy zde hodnotí, zda je předmětné opatření omezující základní práva přiměřené. V tomto smyslu je proporcionalita podmnožinou racionality.¹⁷ Slouží tak k naplnění výše zmíněného ideálu kultury ospravedlnění.

Tradiční struktura metody proporcionality se skládá ze tří komponent, které v souhrnu tvoří komplexní test ústavnosti omezení základních práv. Ústavní soud tak postupně zkoumá, zda byla naplněna kritéria vhodnosti, potřebnosti a proporcionality v úzkém slova smyslu. Prvním z kritérií je test vhodnosti, který se zaměřuje na zkoumání způsobilosti zvoleného opatření k dosažení sledovaného legitimního cíle. Následuje test potřebnosti, který představuje analýzu plurality možných (stejně efektivních) opatření a jejich subsidiaritu z hlediska omezení dotčených základních práv. Konečně poslední krok představuje poměrování (proporcionalita v úzkém slova smyslu), v němž se zkoumá, zda existuje přiměřený vztah mezi újmou způsobenou omezovanému základnímu právu a důležitostí důvodů svědčících ve prospěch opatření základní právo omezujících, resp. zda opatření omezující základní práva svými negativními důsledky nepřesáhla pozitiva plynoucí z jejich přijetí ve prospěch ochrany jiných základních práv nebo veřejných zájmů.¹⁸

Vztah proporcionality mezi pozitivní a negativní zásah se pak odvíjí od intenzity zásahu do základního práva. Obecně zde tedy platí pravidlo, že čím intenzivnější je zásah, tím intenzivnější je i jeho přezkum, neboť o to závažnější důvody musí veřejná moc pro jeho ospravedlnění předložit. Pravděpodobně nejznámější vymezení tohoto kritéria pochází z pera Roberta Alexyho, který jej nazval zákonem poměrování (*Law of Balancing*). Definuje jej následovně: „Čím větší je stupeň nenaplnění nebo újmy způsobené jednomu principu, tím větší musí být důležitost nebo naplnění principu druhého.“¹⁹

Metoda proporcionality tak představuje specifický způsob testování racionality opatření státu omezujícího základní práva. Předmětem zkoumání ÚS jsou dvě hlavní otázky. Tou první je testování existence racionálního vztahu cíle a prostředku. Následně se pak

soud pídí po tom, zda orgány veřejné moci spravedlivě vyvážily kolidující hodnoty, kdy zásah do základního práva musí být vyvážen dostatečně závažnými důvody svědčícími ve prospěch druhé hodnoty (veřejného zájmu nebo jiného základního práva). Právě kritérium poměrování je jádrem metody proporcionality. Metoda proporcionality je tedy ve své podstatě silně orientována na jednotlivce, na jeho práva, potřeby, situaci, v níž se nachází, a břímě, které s sebou musí nést, jsou-li jeho práva dotčena.

V neposlední řadě proporcionalita představuje formální strukturu argumentace, která posiluje ústavní odpovědnost orgánů veřejné moci za jejich rozhodnutí a přispívá též k vyšší transparentnosti rozhodovacího procesu jak na straně ÚS, tak i orgánů veřejné moci, jejichž akty jsou přezkoumávány.

Specifika sociálních práv v Listině

Listina ve své hlavě čtvrté obsahuje široký katalog sociálních práv. Jedná se o širokou paletu práv, pokrývajících jak práva hospodářská a sociální, tak i kulturní. Z toho též plyne, že se jedná o velmi nesourodou skupinu práv, jejichž normativní povaha se právo od práva různí. Drtivá většina těchto práv však představuje základní (subjektivní veřejná) práva (jako např. právo na sociální zabezpečení či právo na vzdělání), zatímco zbylá ustanovení se dají kategorizovat spíše jako objektivní principy ústavního práva (jako např. právo žen, dospívajících a osob s postižením na zvýšenou ochranu v pracovních vztazích). Další „štěpnou linii“ lze hledat v povaze závazků, které v rámci konkrétního práva převažují. U některých práv tak převažují spíše závazky pozitivní (viz právo na sociální zabezpečení či právo na ochranu zdraví a zdravotní péči), zatímco u jiných naopak převažují spíše závazky negativní (právo na svobodnou volbu povolání a právo na podnikání).²⁰ Zcela se pak z této skupiny vymyká právo garantující rovnost dětí narozených v manželství i mimo ně, které se, jak podotýká Jan Wintř, v tomto výčtu ocitlo pravděpodobně pouze nedopatřením editora.²¹ Tím zřejmě naráží na to, že se v zásadě jedná o specifikaci obecného

¹⁷ Je nejvlivnějším příkladem požadavku racionality ve veřejném právu. Young, K. Proportionality, Reasonableness, and Economic and Social Rights. In: *SSRN* [online]. 10. 2. 2019. Dostupné na <<https://ssrn.com/abstract=2892707>>.

¹⁸ Pro vymezení testu proporcionality v judikatuře ÚS viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994 či sp. zn. Pl. ÚS 8/06 ze dne 1. 3. 2007.

¹⁹ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford 2004, str. 102.

²⁰ Kvůli své návaznosti na právo vlastnické bývá často právo na podnikání považováno spíše za liberální svobodu než za sociální právo. Z tohoto důvodu lze mít též za to, že u něj převažují spíše negativní závazky, ÚS na něj tudíž často aplikuje klasický test proporcionality. Viz např. nálezy sp. zn. II. ÚS 443/16 ze dne 25. 10. 2016.

²¹ WINTŘ, J., *Komentář*, str. 832.

zákazu diskriminace zakotveného v čl. 3 odst. 1 Listiny.

Společným jmenovatelem, který svádí tuto nesourodou směsici práv dohromady, je ustanovení čl. 41 odst. 1 Listiny. Toto ustanovení stanoví: „Práv uvedených v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí.“²²

Předmětné ustanovení Listiny tak do jisté míry zakládá paradox. Na straně jedné totiž Listina zakotvuje širokou paletu sociálních práv, aby je na straně druhé skrze ustanovení čl. 41 odst. 1 vydala zcela na pospas zákonodárci. Tento paradox je však pouze zdánlivý. Ustanovení čl. 41 odst. 1 Listiny totiž nelze vykládat izolovaně. Je naopak třeba na něj též vztáhnout obecná ustanovení Listiny o omezení práv, konkrétně její čl. 4 odst. 4. Tento stanoví: „Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.“²³

Povaha sociálních práv jakožto základních práv je tak určena až mezihrou mezi čl. 41 odst. 1 a čl. 4 odst. 4 Listiny, jež nám umožňuje překonat výše uvedený paradox plynoucí z interpretace sociálních práv výhradně skrze čl. 41 odst. 1 Listiny. Tato mezihra pak neurčuje pouze povahu sociálních práv jako takových, ale také způsob jejich soudní aplikace. Z uvedeného ÚS dovodil, že v rámci přezkumu omezení práv vypočtených v čl. 41 odst. 1 Listiny je třeba zákonodárci ponechat širokou míru diskrece, avšak tato není (a nesmí být) neomezená.²⁴ Ústavní soud si tak na straně jedné uvědomuje, že specifikace sociálních práv je „legitimním předmětem politického zápolení (tj. je primárně v rukou zákonodárce) a pouze sekundárně a v omezené míře lze ústavní garance sociálních práv považovat za otázku judičiální“.²⁵ Na straně druhé pak uznává, že s ohledem „na ustanovení čl. 4 odst. 4 Listiny nelze [ustanovení čl. 41 odst. 1 Listiny] samo sebou vykládat tak, že umožňuje prostřednictvím zákonné úpravy ústavní garance zcela negovat; v opačném případě by ústavní úprava sociálních práv postrádala jakýkoliv praktický smysl“.²⁶ Tudíž je to až

čl. 4 odst. 4 Listiny, který zakládá normativní povahu sociálních práv jakožto práv základních a jejich autonomní obsah na ústavní úrovni.

V tomto přístupu však ÚS není zcela konzistentní. Zdá se totiž, že vedle výše uvedené interpretace existuje i protichůdný přístup, který sociální práva jako subjektivní práva „nebere zcela vážně“. Extrémní příklad v tomto směru představuje nález sp. zn. Pl. ÚS 1/08, který v zásadě prohlásil celou sféru sociálních práv za „politickou otázku“,²⁷ čímž v zásadě jednak popřel jejich normativní povahu a vzápětí pak popřel sám sebe, neboť *pro forma* provedl i přezkum ústavnosti napadené právní úpravy testem racionality.²⁸ Sofistikovanějším přístupem, nicméně směřujícím tímž směrem je pak doktrína ÚS, podle níž je obsah sociálních práv zcela v dispozici zákonodárce. Srovnajte sami. Například v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 17/10, který se zase týkal *ad hoc* snižování platů státních zástupců, ÚS konstatoval, že „ustanovení čl. 28 Listiny [zakotvující právo na odměnu za práci a uspokojivé pracovní podmínky] je tak primárně vydáno zákonodárci k tomu, aby je naplnil konkrétním obsahem [...]. Sociální a hospodářská práva, k nimž se řadí i právo na odměnu za práci a uspokojivé pracovní podmínky, se liší od klasických základních práv v tom, že neexistují jako a priori neomezená základní práva, která mohou být zákonodárcem omezována pouze z důvodů předvídaných v Listině, ale naopak zákonodárce jim dává příslušný obsah a rozsah. [...] Konkretizace hospodářských a sociálních práv náleží jen zákonodárci, nikoliv Ústavnímu soudu“.²⁹

V obdobném duchu se nese též odůvodnění nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/12, který se týkal přezkumu institutu tzv. veřejné služby. Ústavní soud zde uvedl následující: „[P]rávo na svobodnou volbu povolání se týká širšího okruhu právních vztahů než zákaz nucených prací, neboť zahrnuje i otázky přístupu k jednotlivým povoláním a způsobu jejich výkonu. Zákaz nucených prací se zas odlišuje tím, že působí ve vztahu k veřejné moci bezprostředně na základě čl. 9 Listiny a neuplatní se u něj omezení vyplývající pro prvně uvedené právo z čl. 41 Listiny, podle něhož se některých

²² Ustanovení čl. 41 odst. 1 Listiny.

²³ Ustanovení čl. 4 odst. 4 Listiny.

²⁴ Viz nálezy sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008, bod 92; sp. zn. Pl. ÚS 2/08 ze dne 3. 4. 2008, bod 52; sp. zn. Pl. ÚS 54/10 ze dne 24. 4. 2012, body 45, 59.

²⁵ Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 54/10 ze dne 24. 4. 2012, bod 45. Z recentní judikatury pak srov. např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 26/16 ze dne 12. 12. 2017 a sp. zn. Pl. ÚS 7/17 ze dne 27. 3. 2018, bod 48.

²⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 54/10 ze dne 24. 4. 2012, bod 59.

²⁷ Nález sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008, bod 90.

²⁸ Tamtéž, body 102 a násl.

²⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 17/10 ze dne 28. 6. 2011, bod 49.

práv zaručených Listinou lze domáhat pouze v mezích prováděcích zákonů.³⁰

Z uvedeného přístupu tedy plynou dva závěry pro to, jak ÚS vnímá sociální práva v Listině. Předně obsah a rozsah sociálních práv je definován výlučně zákonodárcem, a nikoli ÚS. Dále tato práva nepůsobí vůči veřejné moci přímo, avšak pouze zprostředkovaně skrze zákonnou úpravu přijatou zákonodárcem. Tato doktrína jde tedy přímo proti výše uvedenému výkladu založenému na vzájemném působení čl. 41 odst. 1 a čl. 4 odst. 4 Listiny. Z výše uvedených citací pak plyne, že ÚS preferuje výklad sociálních práv pouze skrze čl. 41 odst. 1 Listiny, a odepírá jim tak autonomní obsah na ústavní úrovni, čímž je ve výsledku činí bezobsažnými, a tudíž zbytečnými, neboť tato nebudou schopna poskytnout jednotlivci žádnou ochranu nad rámec relevantní zákonné úpravy.³¹ Zdá se tedy, že předmětná doktrína tak vrací zpět do hry výše uvedený paradox, resp. namísto toho, aby se jej snažila překonat, jej prohlubuje.

Jak judikovat práva bez obsahu? aneb Abstraktní vymezení testu racionality

Na základě výše uvedeného výkladu substantivní povahy sociálních práv si ÚS pro účely přezkumu těchto práv vytvořil tzv. test racionality. Tento test vychází ze dvou premis. Předně se snaží respektovat širokou diskreci zákonodávce v otázkách sociální a hospodářské politiky, avšak zároveň se soustředí na vyloučení možných excesů z jeho strany. Ve svých počátcích byl test racionality formulován jako test ústavnosti, jímž projde zákonná úprava, jestliže 1) sleduje legitimní cíl; 2) představuje rozumný prostředek k dosažení stanoveného cíle, byť nutně nemusí jít o prostředek nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.³² Následně však ÚS strukturu testu racionality modifikoval³³ a tento se ustálil v podobě zahrnující následující čtyři kroky: 1) vymezení smyslu a podstaty sociálního práva, tedy jeho esenciálního obsahu; 2) zhodnocení, zda se zákon nedotýká samotné existence sociálního práva nebo skutečné realizace jeho esenciálního obsahu; 3) posouzení, zda zákonná úprava sleduje legitimní cíl; tedy zda není svévolným zásadním snížením celkového standardu základních práv; 4) zvážení

otázky, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný (racionální), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.³⁴

Dojde-li ÚS v rámci druhého kroku testu k závěru, že bylo zasaženo jádro práva, nepokračuje již třetím a čtvrtým krokem testu racionality, nýbrž přezkoumá omezení klasickým testem proporcionality, v jehož rámci zkoumá, zda je zásah do jádra (esenciálního obsahu) práva odůvodněn „naprostou výjimečností aktuální situace, která by jej ospravedlnila“.³⁵ Druhý krok testu tudíž umožňuje ÚS do jisté míry variovat intenzitu přezkumu podle sféry práva, která je přezkoumávaným opatřením dotčena. Je-li dotčeno jádro práva, bude se aplikovat test proporcionality. Naopak v případě, kdy bude dotčena periferie práva, soud „sáhne“ po testu racionality.

Test racionality tak, jak jsem jej zde popsal, v zásadě může být chápán dvojím způsobem. Za prvé může být považován za holistický a otevřený standard přezkumu ústavnosti, který představuje deferenční variaci na metodu proporcionality. V rámci takto vnímaného testu by poslední krok, kritérium racionality v užším slova smyslu, zkoumal racionalitu napadeného opatření s ohledem na napadené právo, tj. především újmu tomuto právu způsobenou za současného zkoumání důležitosti důvodů svědčících ve prospěch nezbytnosti realizace předmětného opatření. Zahrnoval by tak zdrženlivou variantu metody proporcionality. Naopak druhý způsob výkladu abstraktního vymezení testu racionality se striktně drží ÚS použité formulace testu. V tomto pojetí nebude test racionality ničím víc než testem vhodnosti používaným v rámci testu proporcionality, tj. bude zkoumat, zda je přezkoumávané opatření způsobilé dosáhnout sledovaného legitimního cíle. Jelikož je kritérium vhodnosti prahovým kritériem, v rámci tohoto kritéria k žádnému poměrování nedochází, a tudíž ani nebudou zkoumány dopady na přezkoumávané právo. Prostě a jednoduše, toto pojetí testu racionality je „hluché“ k dotčenému základnímu právu.

Z pouhého abstraktního vymezení testu racionality však nelze dospět k jasnému závěru o tom, zda je, či není navázán na metodu proporcionality, resp. které z výše uvedených pojetí ÚS zastává. Je proto třeba se podívat, jak jej ÚS aplikuje v praxi.

³⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 1/12 ze dne 27. 11. 2012, bod 234.

³¹ ALEXY, R., c. d., str. 190.

³² Srov. např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 61/04 ze dne 5. 10. 2006, body 40–42; sp. zn. Pl. ÚS 83/06 ze dne 12. 3. 2008, bod 185.

³³ Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008, body 102–104.

³⁴ Tamtéž. Viz též nález sp. zn. Pl. ÚS 54/10 ze dne 24. 4. 2012, bod 48.

³⁵ Nález sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008, bod 104.

Aplikace testu racionality v praxi ÚS

Pro účely zodpovězení otázky, jež je předmětem tohoto příspěvku, tj. zda lze považovat test racionality za variaci na metodu proportionality, se posouzení abstraktního vymezení testu racionality ukázalo jako nedostatečné. Je tudíž třeba podívat se na rozhodovací praxi ÚS podrobněji. Na tomto místě tedy rozeberu dva nálezy z nedávné doby, konkrétně nálezy sp. zn. Pl. ÚS 16/14, v němž se jednalo o přezkum zákonné podmínky, podle níž předškolní vzdělávací zařízení mohou přijmout pouze děti, které podstoupily povinné očkování, a nálezy sp. zn. Pl. ÚS 7/17, který se týkal zákazu kouření ve vnitřních prostorách provozoven stravovacích služeb.

Případová studie nálezu sp. zn. Pl. ÚS 16/14: očkování jako podmínka pro přijetí dítěte do mateřské školy

V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 16/14³⁶ ÚS zamítl návrh na zrušení ustanovení § 50 zákona o ochraně veřejného zdraví pro jeho rozpor s právem na vzdělání dle čl. 33 odst. 1 Listiny. Napadené ustanovení stanoví, že předškolní vzdělávací zařízení mohou přijmout pouze dítě, které podstoupilo povinné očkování,³⁷ ledaže by toto nemohlo být naočkováno z důvodů imunity vůči infekci anebo by nemohlo podstoupit očkování kvůli trvalé kontraindikaci.

Pojďme se tedy podívat, jak tento svůj závěr ÚS vyargumentoval. Ústavní soud předně zkoumal, zda rozhodovaná věc vůbec spadá pod rozsah práva na vzdělání. Konstatoval přitom, že „není důvod předškolní vzdělávání jako proces vedoucí k osvojování stanovených dovedností, postojů a vědomostí, a nikoliv pouze jako péči o děti či hlídání dětí vylučovat z dosahu práva na vzdělání podle čl. 33 Listiny“.³⁸

Následně podrobil napadené zákonné ustanovení přezkumu výše popsáním testem racionality. V rámci prvního kroku by měl ÚS vymežit podstatu a smysl (jádro či esenciální obsah) dotčeného sociálního práva, v tomto případě tedy práva na vzdělání dle čl. 33 odst. 1 Listiny. Nicméně ÚS zcela rezignoval na jakoukoli snahu o vymezení jeho substan-

tivního obsahu. Namísto toho zopakoval svou výše uvedenou „mantru“, že sociálních práv se lze domáhat pouze v mezích prováděcích zákonů. Je tedy věcí zákonodárce, aby je naplnil konkrétním obsahem. Tento je přitom omezen pouze čl. 4 odst. 4 Listiny.³⁹ Zásah do samotného jádra práva tak dle ÚS může nastat pouze ve výjimečných případech zjevných excesů, např. v situacích, kdy by byl daný předpis diskriminační anebo by nesplňoval požadavky v právním státě obecně kladené na právní předpisy.⁴⁰

V rámci druhého kroku testu racionality ÚS dospěl k závěru, že napadený zákon nezasahuje do jádra práva na vzdělání, neboť jej nelze považovat za diskriminační a ani vzhledem k výše uvedeným výjimkám nevylučuje všechny neočkované děti z přístupu do předškolních vzdělávacích zařízení, neboť zakotvuje výjimku pro děti, které nemohou být očkovány z důvodů trvalé kontraindikace či imunity vůči infekci.⁴¹

Následně ÚS dovodil, že napadené ustanovení sleduje legitimní cíl, spočívající v ochraně veřejného zdraví a práv a svobod druhých.⁴² Konečně pak ÚS dospěl k závěru, že napadené ustanovení ob stojí i z hlediska kritéria racionality v užším slova smyslu.⁴³ Tento svůj závěr přitom založil především na následujícím argumentu: „[O]čkování obecně, jako prostředek imunizace proti vybraným nákazám, [představuje] společenský benefit vyžadující sdílenou odpovědnost členů společnosti, tedy určitý akt sociální solidarity od těch, kteří podstupují riziko, v současném majoritně přijímaném vědeckém poznání však označovaném za minimální, aby ochránili zdraví celé společnosti. Očkování dostatečné většiny populace totiž zabraňuje šíření nákazy vybraných nemocí, čímž poskytuje ochranu nejen těm, kteří byli očkováni. Čím vyšší je pak podíl neočkovaného vůči očkování obyvatelstvu, tím vyšší je také riziko opětovného rozšíření nákazy, a to nejen mezi těmi, kteří dobrovolně odmítli očkování, ale také mezi těmi, kteří nemohli být očkováni z vážných, zejména zdravotních důvodů. V neposlední řadě je rozšířením nákazy ohrožena i ta část osob, která sice očkována byla, avšak vakcinace v jejich případě nedosáhla požadovaného efektu. V posuzovaném případě,

³⁶ Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015.

³⁷ Přezkumem obecné očkovací povinnosti se ÚS zabýval ve svém nálezu sp. zn. Pl. ÚS 19/14 ze dne 27. 1. 2015.

³⁸ Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015, bod 83.

³⁹ Tamtéž, bod 87.

⁴⁰ Tamtéž, body 87–89.

⁴¹ Tamtéž, body 90–98.

⁴² Tamtéž, bod 99.

⁴³ Tamtéž, bod 101.

kdy je vakcinace podmínkou pro přijetí dítěte do mateřské školy, jsou těmito osobami vystavenými riziku nákazy zejména děti, které mohou v případě nákazy čelit zvláště závažným důsledkům.⁴⁴

Jak plyne z výše provedeného shrnutí argumentace ÚS, navzdory aplikaci konceptu jádra sociálního práva ÚS nebyl schopen využít výhod z něj plynoucích, tj. především využít jej pro uchopení a formulaci substantivního obsahu dotčeného práva. Vrátime-li se zpět k argumentaci ÚS, zjistíme, že zde definoval jádro práva tak, že jím má být zapovězena diskriminace při přístupu ke vzdělání. O hodnotách a chráněných zájmech, které mají jednotlivci z tohoto práva plynout, resp. čeho se může jednotlivec z titulu tohoto práva domáhat, zde nepadne ani zmínka.

Obsahem práva na vzdělání a mírou, jakou bylo dotčeno, se pak ÚS nezabýval ani v rámci kritéria racionality (v úzkém slova smyslu). Naopak svou pozornost upnul výhradně na pozitiva, která plynou z obecné očkovací povinnosti pro ochranu sledovaných cílů, tj. ochranu veřejného zdraví a práv jiných. V odůvodnění tak nepadne ani zmínka o tom, jaká újma z předmětného opatření vzniká na straně jednotlivce a jeho základních práv.

Domnívám se, že neochota ÚS vzít v potaz újmu způsobenou napadeným zákonným ustanovením právu na vzdělání je přímým důsledkem dvou faktorů, předně abstraktního vymezení testu racionality a také úplné absence substantivní interpretace dotčeného práva v předmětné věci, která naopak plyne z výše nastíněné doktríny, podle níž sociální práva nemají žádný autonomní obsah, a tudíž nepůsobí vůči veřejné moci přímo, nýbrž zprostředkovaně skrze zákony přijaté zákonodárcem. Abstraktnímu vymezení testu racionality jsem se věnoval již výše, nyní se tedy budu věnovat pouze absenci substantivní interpretace předmětného práva. Mám za to, že pokud bychom takovou interpretaci v odůvodnění nálezu hledali, hledali bychom marně, neboť tato v něm zcela absentuje. Pokud by však ÚS právo na vzdělání skutečně interpretoval, určitě by neminul argumenty vznesené soudkyní Šimáčkovou v jejím disentu a tyto by musel vypořádat.

Soudkyně Šimáčková se ve svém zmiňovaném disentu silně ohradila proti většině

pléna. S většinou souhlasila pouze v tom, že se nebude jednat o zásah do jádra práva na vzdělání, a bylo tedy třeba jej přezkoumat testem racionality, avšak zde veškerá shoda končí.⁴⁵ Předmětem jejích hlavních námitek pak byly právě nedostatky při provádění testu racionality.⁴⁶ Proti racionalitě napadeného ustanovení přitom vznesla hned několik velmi silných argumentů. Za prvé, racionalitu bylo třeba zkoumat jednotlivě ve vztahu ke každé z nemocí, pro něž platí očkovací povinnost. V tomto směru měla za to, že nelze považovat za racionální podmínku očkování proti tetanu, který není vůbec přenosný z člověka na člověka, a žloutenky typu B, která je mezi lidmi (až na naprosté výjimky) přenositelná pouze pohlavním stykem či kontaminací krve (například skrze používání společných injekčních stříkaček u drogově závislých).⁴⁷ Za druhé, napadená právní úprava je dále iracionální, protože očkovací povinnost, kterou stanoví, se uplatňuje plošně vůči všem (tj. jak veřejným, tak soukromým) předškolním zařízením nebo poskytovatelům služeb péče o dítě v dětské skupině. Jako taková tedy neopouští neočkovaným dětem žádnou alternativu umožňující jim přístup k předškolnímu vzdělávání.⁴⁸ Konečně soudkyně Šimáčková poukázala také na to, že většina pléna zcela ignorovala připomínky vznesené ombudsmankou, která volala po zrušení napadeného ustanovení s tím, že toto ukládá povinnost, aby byly očkovány děti, které mají být účastny na předškolním vzdělávání, avšak tato povinnost neplatí pro zaměstnance předmětných zařízení.⁴⁹

Všechny výše uvedené námitky jsou s ohledem na racionalitu přezkoumávaného ustanovení relevantní a závažné. Pro mnou diskutovanou otázku je však zásadní především druhá z nich, neboť z ní plyne důležitost, s níž předmětné opatření dopadá do sféry chráněné právem na vzdělání. Toto v zásadě vylučuje neočkované děti ze systému předškolního vzdělávání a to platí jak pro zařízení veřejná, tak pro zařízení soukromá. Majorita se zaměřila pouze na přínos očkovací povinnosti pro chráněné zájmy, avšak vůbec nezkoumala újmu, která je tím způsobena jednotlivci na jeho právu. Ústavní soud – veden abstraktním vymezením testu racionality – soustředil svůj přezkum pouze na zkoumání způsoblosti předmětného opatření naplnit

⁴⁴ Nález sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015, bod 102.

⁴⁵ Viz odlišné stanovisko soudkyně Šimáčkové k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015, body 2–5.

⁴⁶ Tamtéž.

⁴⁷ Tamtéž, body 6–9.

⁴⁸ Tamtéž, bod 10.

⁴⁹ Tamtéž, bod 11.

sledovaný legitimní cíl, a zcela tak rezignoval na hodnocení jím způsobené újmy. Aplikace testu racionality v tomto případě tudíž prokázala úplnou „netečnost“ k následkům působeným přezkoumávaným opatřením. Mám tudíž za to, že jej nelze považovat za variaci na metodu proporcionality. Tato netečnost je zarážející tím spíše, že ÚS by měl s ohledem na konstrukci testu racionality začít substantivní interpretací dotčeného základního práva.

Případová studie nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/17: zákaz kouření v pohostinství

Nyní se podívejme, jak ÚS postupoval v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/17,⁵⁰ v němž přezkoumal ústavnost zákazu kouření ve vnitřních prostorech provozoven stravovacích služeb. Na základě aplikace testu racionality dospěl k závěru o ústavní konformitě napadeného zákona omezujícího právo na podnikání. Ačkoli v tomto případě ÚS projevil mnohem větší „vstřícnost“ k sociálním právům, i zde lze spatřovat nedostatek jeho argumentace již v úvodních krocích analýzy, tj. v samotné substantivní interpretaci dotčeného práva, resp. v posouzení, zda bylo dotčeno jádro sociálního práva. Podívejme se tedy, jak ÚS postupoval.

Ústavní soud v rámci prvního kroku testu racionality konstatoval, že „u práva podnikat a vykonávat jinou hospodářskou činnost by se o omezení dotýkající se jeho podstaty a smyslu jednalo tehdy, jestliže by v jeho důsledku určitá činnost přestala být způsobilá zajistit prostředky pro potřeby těch, kteří ji vykonávají“.⁵¹ Jinými slovy řečeno, jádrem práva na podnikání je způsobilost podnikatelské činnosti dosáhnout zisku. V návaznosti na tyto závěry pak ÚS podotkl, že zákaz kouření do jádra práva na podnikání nezasahuje, neboť vůbec nemíří na podnikatele a „nestanoví jim žádnou povinnost ani sankci v případě nesplnění povinnosti. Zároveň [ÚS zdůraznil], že kouření v provozovně stravovacích služeb není předmětem či podstatou podnikání provozovatelů těchto zařízení, a už vůbec ne ústavně chráněnou podstatou tohoto podnikání. Jedná se pouze o doprovodnou aktivitu hostů, kterou by některý provozovatel byl ochoten ve svém zařízení strpět, a jiný nikoliv“.⁵²

V tomto směru však ÚS přehlédl své vlastní závěry, které učinil v rámci shrnutí judikatury o pár odstavců výše, kde mj. uvedl, že „smysl a podstatu práva podnikat tvoří jednak rovina ryze individuální (možnost seberealizace jednotlivce), jednak rovina materiálněprávní, kdy taková svoboda jednotlivce je zároveň podstatnou náležitostí demokratického právního státu, a jednak rovina ekonomická (zjednodušeně jde o dosažení zisku, jenž je částečně zdaněn tak, aby stát získal prostředky pro plnění svých funkcí)“.⁵³ V tomto směru lze tedy za součást práva na podnikání považovat také možnost seberealizace podnikatele,⁵⁴ která, jak dokonce ÚS podotkl, představuje jeho podstatu a smysl. Takto je třeba v zásadě chránit i způsob, jakým je podnikání vykonáváno. Podnikatel totiž může mít specifické důvody, proč se předně vůbec rozhodl s podnikáním začít a proč sám nepracuje pro někoho jiného v daném oboru jako zaměstnanec. Mezi tyto důvody může spadat právě způsob výkonu dané profese či způsob a forma poskytování konkrétní služby. Tyto aspekty práva na podnikání podle mého jistě zahrnují i právo podnikatele v pohostinství provozovat např. kuřácký bar nebo hospodu.

Jistě, i tento aspekt autonomie provozovatele je pouhým *prima facie* právem, avšak je zcela zásadní jej v tomto směru identifikovat, neboť v rozhodovaném případě šlo dle mého soudu právě o něj. Nelze tudíž aprobovat výše uvedený závěr ÚS o tom, že nebylo dotčeno jádro práva na podnikání, neboť poskytovatel pohostinských služeb nemá být za porušení předmětného zákazu pokutován. Domnívám se, že i na takového provozovatele tento zákaz stejně (byť nepřímou, avšak zřejmě intenzivněji) dopadne také. Tato „deformace“ obsahu práva pak umožnila ÚS vyhnout se hlavní otázce, která před ním stála, tj. zda není předmětné opatření příliš paternalistické, resp. zda nepřipustně neomezuje právo na podnikání. Tímto nechci předjímat výsledek takto provedeného přezkumu, zřejmě i v této situaci existují dobré důvody pro ospravedlnění předmětného opatření. Chci jen poukázat na to, že provádíme-li přezkum omezení základních práv, tak je třeba správně identifikovat závazek z těchto práv jednotlivci plynoucí, neboť pouze takto zjistíme, co je pro jednotlivce v sázce a o co přichází. Tento

⁵⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 7/17 ze dne 27. 3. 2018.

⁵¹ Tamtéž, bod 51.

⁵² Tamtéž, bod 116.

⁵³ Tamtéž, bod 51.

⁵⁴ Z judikatury viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 39/01 ze dne 30. 10. 2002 a sp. zn. Pl. ÚS 26/16 ze dne 12. 12. 2017.

krok pak totiž determinuje následující fázi přezkumu, tj. ospravedlnění přezkoumávaného aktu. V opačném případě pak pouze útočíme na „slaměného panáka“.

Mám za to, že přesně taková situace nastala v předmětném nálezu. Tato situace je dále umocněna tím, že ve chvíli, kdy ÚS řekne, že konkrétní věc nespadá pod rozsah jádra práva, se již obsahem práva dále nezabývá, a zbytek testu racionality tedy již operuje v „normativním vakuu“.⁵⁵ Ukažme si to však dále na příkladu komentovaného nálezu.

Ústavní soud tedy potom, co si výše uvedeným způsobem vymezil jádro práva na podnikání, zkoumal, zda toto nebylo dotčeno. Odkázal se v tomto směru na data Českého statistického úřadu a dospěl k závěru, že z nich nelze dovodit závěr o tom, že by snad předmětné opatření mohlo vést v rámci daného oboru k tomu, že by podnikatelé ve větší míře nebyli způsobilí dosahovat zisku. Naopak data ukázala, že podnikání v pohostinství kontinuálně vykazuje tendenci k růstu, ať už jde o počty zaměstnanců, tržby, nebo mzdy.⁵⁶

Následně ÚS přistoupil k identifikaci cílů sledovaných předmětným zákazem a dospěl k závěru, že tento směřuje především k ochraně zdraví, života, zvláštní ochrany dětí a mladistvých i těhotných žen, zlepšení životního prostředí a rovněž i ke snížení výdajů státu v oblasti zdravotnictví a v neposlední řadě též dodržování závazků, které České republice vyplývají z mezinárodního práva.⁵⁷

Konečně měl ÚS za to, že napadené ustanovení projde i kritériem rozumnosti. Ústavní soud tak nejprve v rámci tohoto kroku ukázal, že ačkoli se může zdát paušální zákaz velmi přísný, jedná se o standardní opatření, které je navíc velmi efektivní z hlediska naplnění sledovaných legitimních cílů.⁵⁸ Přísný zákaz kouření v pohostinství je tak na rozdíl od situace kuřáren v tranzitních prostorách na letištích, s nímž jej srovnávala navrhovatelka, zcela ospravedlnitelný. Odlišnost spočívá v tom, že letištní kuřárny nejsou volně veřejnosti přístupné. Naopak, jedná se výhradně o vnitřní prostory, které cestující závislí na tabáku nemají možnost opustit, a nemají tak jinou možnost, jak čelit abstinenčním příznakům. Naopak pokud jde o zákazníky

pohostinských zařízení, tito si mohou jednoduše zajít „zakouřit ven“.⁵⁹

Dále pak ÚS konstatoval, že judikatura německých soudů a především pak Spolkového ústavního soudu, které se navrhovatelka dovolávala, nepodporovala její stanovisko, nýbrž spíše závěr o ústavní konformitě přezkoumávaného zákona. Ze závěrů Spolkového ústavního soudu totiž plyne, že v kolizi autonomie vůle kuřáků a zájmů na ochraně života a zdraví je třeba dát přednost životu a zdraví. V tomto směru pak za zmínku stojí především studie, na kterou odkázal Spolkový ústavní soud, podle níž je riziko úmrtí způsobené pasivním kouřením až čtrnáctkrát větší u zaměstnanců ve stravovacích službách oproti obecné populaci.⁶⁰ Ústavní soud dále podotkl, že je čistě v diskreci zákonodárce, jestli z paušálního zákazu stanoví nějaké výjimky. Stanovení výjimek s sebou však vždy přináší dvě nebezpečí, předně tyto snižují efektivitu přijatého opatření a zároveň si tak zákonodárce „nabíhá na vidle“ potenciálních námitek porušení zákazu diskriminace, pokud by např. zapomněl mezi výjimky zahrnout některou skupinu zařízení, která by byla ve srovnatelném postavení s těmi, která pod výjimku spadají.⁶¹

Z odůvodnění rozhodnutí se přitom zdá, že ÚS projevil mnohem větší „vstřícnost“ k dotčenému základnímu právu, než tomu bylo ve výše rozebrané „očkovací“ kauze. Předně se tedy ÚS alespoň pokusil o pozitivní vymezení jádra práva na podnikání a zároveň v rámci kritéria racionality v úzkém slova smyslu provedl určitou vážící úvahu. Nicméně jak jsem předeslal výše, tato vážící úvaha byla negativně ovlivněna pohnutou definicí jádra základního práva, a tudíž i zde je třeba mít za to, že normativní obsah práva na podnikání nehrál v rámci kritéria racionality v úzkém slova smyslu v zásadě žádnou roli. Ústavní soud tak dal sice více „sluchu“ základním právům, avšak nikoli těm, která v tomto směru byla „ve hře“. Namísto práva na podnikání se tak v této pasáži dočteme opět o autonomii kuřáků, která údajně není porušena, neboť tito mají možnost kouřit před pohostinským zařízením. Tuto otázku však již ÚS vypořádal výše.⁶² O právu na podnikání tak vzhledem k „pohnuté“ definici

⁵⁵ Tento termín jsem si vypůjčil od Davida Bilchitze, který jej použil v rámci diskuse přístupu Ústavního soudu JAR k přezkumu sociálních práv. Viz BILCHITZ, D. *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*. Oxford 2008, str. 143.

⁵⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 7/17 ze dne 27. 3. 2018, body 118–119.

⁵⁷ Tamtéž, bod 123.

⁵⁸ Tamtéž, bod 126.

⁵⁹ Tamtéž, bod 127.

⁶⁰ Tamtéž, body 128 a násl.

⁶¹ Tamtéž, bod 132.

⁶² Tamtéž, body 114 a násl.

jeho jádra nepadne v rámci odůvodnění ani slovo. Provedená vážící úvaha je tak pouze prodloužením úvah z jiných částí odůvodnění a nikterak se specificky neváže k předmětu přezkumu, který měl být proveden na poli práva na podnikání.

Nezbytnost interpretace substantivního obsahu základních práv nutně nevyžaduje explicitní identifikaci jádra práva

To mě přivádí k obecnější úvaze o tom, zda je vůbec třeba zahájit přezkum analýzou jádra základního práva. Ačkoli sám jsem zastáncem výše rozebraného paradigmatu, v němž je přezkum ústavnosti zahájen interpretací obsahu dotčeného základního práva, tak mám za to, že by bylo nejlepší, kdyby ÚS explicitní zařazení zkoumání jádra (nikoli však obsahu jako takového) práva opustil. Souhlasím v tomto směru s Markem Antošem, že zahájení přezkumu ústavnosti definicí jádra v zásadě předurčuje výsledek přezkumu, což vede ÚS k tomu, že si jádro vykládá „kreativně“ tak, aby se na tomto základě mohl pohodlně dobrat předem intuitivně stanoveného výsledku.⁶³ Extrémním příkladem v tomto směru může být nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08, týkající se poplatků ve zdravotnictví, v němž ÚS za jádro práva na bezplatnou zdravotní péči označil „ústavní zakotvení obligatorního systému veřejného zdravotního pojištění, který vybírá a kumuluje prostředky od jednotlivých subjektů (plátců), aby je mohl na základě principu solidarity přerozdělit a umožnit jejich čerpání potřebným, nemocným, chronickým. Ústavní garanci, na základě které se bezplatná zdravotní péče poskytuje, požívá pouze a jenom suma takto shromážděných prostředků“.⁶⁴ V tomto směru lze opět souhlasit s Markem Antošem, že je prakticky nemyslitelné, že by zákon zavádějící platby za zdravotní péči takto vymezené jádro mohl vůbec zasáhnout, natožpak porušit.⁶⁵

Nemusíme však chodit tak daleko. Dalšími příklady nám mohou být dva již výše podrobně analyzované případy. V „očkovacím“ nálezu ÚS na definici jádra v zásadě rezignoval, což vedlo k tomu, že dotčené právo bylo z hlediska samotného přezkumu ústavnosti irelevantním. V nálezu ve věci zákazu

kouření pak ÚS sice jádro definoval, avšak takovým způsobem, že předmětný závazek pro jeho úvahy také nebyl valného významu. Závěry ÚS v této věci dokonce mohly budít zdání, že právo na podnikání nebylo vůbec omezeno. Tím se v zásadě vyhnul nepříjemnostem, že by musel vyargumentovat, proč nelze napadený zákon považovat za nepřipustné omezení práva na podnikání, a mohl se tak soustředit pouze na důležitost a pozitivita plynoucí z předmětného zákazu.

V obou výše analyzovaných případech ÚS dospěl k závěru, že nebylo dotčeno jádro. Následně se však již nezabýval závazky ze základních práv, které tedy měly být dotčeny. Tyto pak pro něj v zásadě nebyly v dalším zkoumání relevantními. Z „očkovacího“ nálezu je pak zvláště patrné, že při redukci závazků spadajících do jádra na „výjimečné případy zjevných excesů“ pak na periferii práva zůstanou i velmi závažné aspekty základních práv, které nelze bagatelizovat.

Tím se dostávám k druhému důvodu, pro který se domnívám, že by testování omezení sociálních práv nemělo obligatorně začínat definicí jádra práva (byť užitečnost tohoto konceptu pro formulaci obsahu základních práv a vedení úvah politické moci při prioritizaci a tvorbě politik zpochybňovat nechci). Tím je přílišná náročnost tohoto argumentačního postupu. Tato se pak ještě výrazně násobí ve chvíli, kdy návrh, o němž má ÚS rozhodnout, není dobře argumentačně podložen, resp. navrhovatel v tomto směru nepředloží přesvědčivou a fundovanou argumentaci o tom, zda je dotčeno jádro, či nikoli, resp. jaké závazky tvoří jádro práva a jaké naopak jeho periferii. Může se tak stát, že návrh bude *prima facie* nedůvodný a ÚS bude od prvního okamžiku směřovat k zamítnutí návrhu, avšak bude se i přesto muset pustit do složité srovnávací analýzy a velmi komplikované tak interpretovat obsah dotčeného práva anebo v horším případě tyto kroky „vypustí“ (ať už explicitně modifikací struktury testu a vypuštěním prvních dvou kroků,⁶⁶ anebo jejich faktickým neprovedením⁶⁷) či pokříví,⁶⁸ čímž devaluje konzistentnost a přesvědčivost vlastní argumentace. Obdobně pak podle mého není vhodné po ÚS požadovat, aby v případech tzv. pilotních nálezů, tj. nálezů týkajících se věci, kde dosud neexistuje prejudikatura, složitě abstraktně a *pro futuro*

⁶³ ANTOŠ, M., c. d., str. 12.

⁶⁴ Nálež sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008, bod 106.

⁶⁵ ANTOŠ, M., c. d., str. 12.

⁶⁶ Srov. nálež sp. zn. Pl. ÚS 4/18 ze dne 18. 12. 2018, bod 49.

⁶⁷ Viz výše podrobně rozvedené námitky vůči nálezu sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015.

⁶⁸ Viz výše rozbor nálezu sp. zn. Pl. ÚS 7/17 ze dne 27. 3. 2018.

formuloval obsah sociálních práv. V takovýchto situacích je pak mnohem „splavnější“ zaměřit se na analýzu napadeného opatření a z něj dovodit, jak je právo dotčeno a jak velké břemeno v jeho důsledku musí jednotlivci na svých bedrech nést. Na základě takto vzniklé kazuistiky pak již lze abstraktně formulovat určitý pozitivní obsah základních práv.

Sečteno podtrženo, mám za to, že by bylo lepší, kdyby se ÚS vrátil k původnímu vymezení testu racionality, sestávajícímu pouze z kritéria legitimacy a racionality v užším slova smyslu.⁶⁹ Nestavím se však za to, aby byl koncept jádra zcela opuštěn. Stále věřím, že je to velmi užitečný koncept, avšak není třeba, aby tvořil explicitně vytčenou a obligatorní součást strukturovaného testu ústavnosti. Jádro však i nadále může být v rámci přezkumu ústavnosti zapojeno dvojím způsobem. Jednak může v rámci prvního kroku přezkumu sloužit (avšak pouze fakultativně) k vymezení obsahu základního práva. Ústavní soud tak může např. v rámci interpretace základního práva využít tzv. *General Comments* Výboru OSN pro hospodářská, sociální a kulturní práva, které se již opakovaně ukázaly být velmi přínosným zdrojem informací o substantivním obsahu sociálních práv.⁷⁰ Koncept jádra pak může dále také sloužit v rámci úvah o ospravedlnění omezení jako jeden z faktorů zpřísňujících přezkum v rámci úvahy, zda orgány veřejné moci v dané věci nalezly spravedlivou rovnováhu mezi kolidujícími zájmy jednotlivce a společnosti.⁷¹ V obou případech však zapojení konceptu jádra budou diktovat okolnosti konkrétního rozhodovaného případu, nikoli abstraktně vymezená metodologie.

Je tedy možné považovat test racionality za variaci na metodu proporcionality?

Hlavní otázkou, kterou jsem si v tomto textu uložil zodpovědět, je, zda lze test racionality považovat za variaci na metodu proporcionality. Z výše provedené analýzy plyne, že test racionality je formálním testem, který strukturuje úvahy soudců při přezkumu ústavnosti omezení sociálních práv, čímž může (je-li náležitě aplikován) výrazně přispět k transpa-

rentnosti rozhodnutí ÚS. Zároveň také tento test operuje v rámci výše rozebraného paradigmatu základních práv, rozlišujícího mezi obsahem práv a ospravedlněním jejich omezení. V tomto směru tedy není nepodobný metodě proporcionality, avšak zde veškerá podobnost končí.

Po provedené analýze abstraktního vymezení testu racionality i jeho praktické aplikace na konkrétní případy mám za to, že tento je ÚS vnímán jako pouhý požadavek vhodnosti, tj. zkoumá se jím pouze způsobilost opatření dosáhnout sledovaného legitimního cíle. Ačkoli tedy abstraktní vymezení kritéria racionality v úzkém slova smyslu umožňuje provedení určité vážící úvahy, ÚS v jeho rámci vůbec vzájemnou relaci mezi kolidujícími hodnotami nezkoumá. Naopak, jediné, co je pro něj relevantní, je existence legitimního cíle napadeného zákona a jeho alespoň teoretická způsobilost tento cíl naplnit. Lze sice dohledat i odlišné pojetí tohoto testu, které by bylo možné ztotožnit s deferenční polohou proporcionality, avšak toto prozatím nalezlo svůj odraz pouze v odlišných stanoviscích, a většinou soudců tak dosud nebylo akceptováno.⁷²

Důvody výše uvedeného přístupu ztotožňujícího test racionality s kritériem vhodnosti jsou v zásadě tři. Jednak je to abstraktní vymezení testu racionality v úzkém slova smyslu, které vezme-li se doslovně, tak interpretačně nutně dovede k jeho ztotožnění s testem vhodnosti. Dále je to doktrína, podle níž ÚS nepřísluší interpretovat obsah sociálních práv, tato tudíž nemají žádný autonomní obsah plynoucí přímo z Listiny, a je tedy úkolem zákonodárce, aby tato práva naplnil konkrétním obsahem. Z ní podle mého dále plyne výše identifikovaná neochota ÚS interpretovat obsah sociálních práv. Aplikace metody proporcionality přitom předpokládá existenci obsahu základního práva. Jinak bychom tudíž nevěděli, co je omezováno, resp. jaká újma jednotlivci vzniká, a tedy bychom ani nemohli posoudit, zda mezi základním právem a kolidující hodnotou existuje spravedlivá rovnováha. Konečně jistou relevanci v tomto směru může mít také explicitní požadavek abstraktně identifikovat jádro práva (první krok testu racionality), který je jednak extrémně argumentačně náročný a zároveň je

⁶⁹ Viz výše pozn. č. 32 a k ní připojený text.

⁷⁰ Viz např. odlišné stanovisko soudců Davida, Fenyka, Musila, Rychetského, Suchánka, Šimáčkové a Uhlíře k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/15 ze dne 3. 5. 2017, bod 11, či nálezu sp. zn. I. ÚS 2637/17 ze dne 23. 1. 2018.

⁷¹ BARAK, A. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge 2012, str. 362. SMET, S. *Resolving Conflicts between Human Rights: The judge's dilemma*. Londýn 2017, str. 144. Osobně mám za to, že krok racionality v užším slova smyslu by měl být vnímán jako deferenčně laděná proporcionalita, na tomto místě tedy již jdu nad rámec pouhé interpretace analyzovaných rozhodnutí. Pro obdobný názor viz KRATOCHVÍL, J., c. d., str. 1074.

⁷² Viz výše podrobně rozebrané odlišné stanovisko soudkyně Šimáčkové k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015 a také odlišné stanovisko soudců Davida, Fenyka, Musila, Rychetského, Suchánka, Šimáčkové a Uhlíře k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/15 ze dne 3. 5. 2017.

s ním spojena „osudová volba“ o tom, zda napařený zákon bude přezkoumán klasickým testem proporcionality, či testem racionality. To může vést k identifikaci jádra základního práva tak, aby bylo možné dosáhnout kýženého (intuitivně formulovaného) výsledku přezkumu.

Konečným důsledkem výše uvedeného přístupu (především však zdrženlivosti ÚS ve vztahu k interpretaci základních práv) je to, že dotčená základní práva nejsou vůbec vzata do úvahy v rámci přezkumu ústavnosti přezkoumávaného opatření. Sociální práva a jejich normativní obsah tak jsou pro ÚS prováděný přezkum zcela irelevantní a ztrácejí svou pozici referenčního kritéria přezkumu ústavnosti. Tento stav však není udržitelný, neboť pojetí ústavní kultury, na níž je náš ústavní systém vybudován, nepřipouští, aby základní práva byla takto marginalizována a přehlížena. Ústavní soud se již mnohokrát ve své praxi přihlásil ke konceptu materiálního právního státu, který je vybudován na apriorní účtě k jednotlivci, jeho právům a jeho primátu před státem.⁷³ Je tudíž třeba vždy, když je rozhodováno o jednotlivci, vzít v úvahu dopady, jaké na něj a jeho základní práva bude mít přezkoumávané opatření. V tomto směru mám tudíž za to, že metodologie ÚS (test racionality) není udržitelná, neboť jednotlivce a míra dotčení jeho práv jsou ponechány stranou úvahy o ústavnosti konkrétního zákona. Poměrování, představující metodu, která umožňuje vzít tyto úvahy v potaz,

tak musí být zachováno i v případě přezkumu omezení sociálních práv.

Tyto úvahy mne vedou k závěru o tom, že by bylo z hlediska metodologie lepší, kdyby se ÚS vrátil k původnímu vymezení testu racionality, sestávajícímu pouze z kritéria legitimacy a racionality v užším slova smyslu. Toto kritérium je přitom třeba vnímat jako deferenčně laděné kritérium poměrování. Nejsem odpůrcem konceptu jádra základních práv, jen na základě výše provedené analýzy mám za to, že není vhodné, aby tento tvořil explicitně vytčenou a obligatorní součást strukturovaného testu ústavnosti. Jádro však i nadále může být v rámci přezkumu ústavnosti zapojeno především jako jeden z faktorů zpřísňujících přezkum v rámci úvahy o ospravedlnění opatření omezujícího základní právo. Jeho zapojení však budou diktovat okolnosti konkrétního rozhodovaného případu, nikoli abstraktně vymezená metodologie.

Mám za to, že tento přístup by umožnil předejít všem výše uvedeným nedostatkům současné aplikace testu racionality. Především by pak ÚS umožnil měnit intenzitu přezkumu flexibilně (a nikoli skokově) podle okolností rozhodovaného případu. Jak jsem poukázal výše, v tomto směru je rozhodující maxima, že čím intenzivnější je omezení, tím intenzivnější je i jeho přezkum, neboť o to závažnější důvody musí veřejná moc pro jeho ospravedlnění předložit.

⁷³ Z mnoha rozhodnutí odkazujících na materiální pojetí právního státu viz např. nálezy sp. zn. I. ÚS 1849/08 ze dne 18. 2. 2010 či sp. zn. III. ÚS 449/06 ze dne 3. 2. 2011.

V VZORNÉ PRÁVO.CZ

100% právně kryté

INTERAKTIVNÍ VZORY SMLUV,
které si sami ušijete na míru

ZAMĚSTNÁNÍ / PODNIKÁNÍ / GDPR / NEMOVITOSTI...

 Wolters Kluwer

P / R / K
ADVOKÁTNÍ KANCELÁŘ

ZKUSTE ZDARMA >>