

**Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta**

Teoretická východiska limitování základních práv a svobod v České republice

**Theoretical bases for the limitation
of fundamental rights and freedoms in the Czech Republic**

Diplomová práce

Martin Madej

2017

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.

Katedra teorie práva a právních učení

Datum uzavření rukopisu: 20. 11. 2017

Počet znaků (vč. mezer): 468 475

Teoretická východiska limitování základních práv a svobod v České republice

Martin Madej

Abstrakt / Abstract



Pojetí základních práv a podmínky pro jejich limitování v ČR jsou výsledkem specifické interpretace Listiny základních práv a svobod Ústavním soudem, která odráží jeho širší ústavně-teoretická východiska. Ačkoliv je tato teorie soudem prezentována takřka dogmaticky, konfrontace se zahraniční literaturou naznačuje, že tzv. externí teorie Ústavního soudu nachází silnou alternativu v teorii interní. Ta zpochybňuje takové základní kameny externí teorie, jako je široké pojetí základních práv, princip proporcionality nebo existence konfliktů ústavních hodnot. Přestože interní teorie zatím nemůže tu externí zcela nahradit, představuje příležitost přehodnotit současnou pozici Ústavního soudu tak, aby důvěrněji zachycovala úmysl ústavodárce, respektovala politiku zákonodárce a především brala základní práva vážně.

Optimální model limitování základních práv rozlišuje mezi vymezováním a omezováním základních práv. K vymezování dochází formou bezprostředních vymezení, ústavně imanentních vymezení a vymezení odvozenou ústavní normou. K omezování může docházet toliko zákonnou formou. Podle podmínek pro jejich omezení se základní práva dělí na práva absolutní, nekvalifikovaná a kvalifikovaná. Pro vymezování i omezování je podstatné, že určují stupeň ústavní ochrany základního práva a předpokládají buď test proporcionality, nebo test racionality zásahu.

Klíčová slova: základní práva, omezení, teorie práv, legitimní cíl, veřejný zájem, Alexy

Theoretical bases for the limitation of fundamental rights and freedoms in the Czech Republic

In the Czech Republic, the conception of fundamental rights and the conditions for their limitations are the result of a specific interpretation of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms by the Constitutional Court, which in turn reflects its own views on constitutional theory. Despite being presented almost dogmatically, the confrontation with foreign literature suggests that the so-called external theory of the Constitutional Court finds strong opponent in the so-called internal theory. Internal theory sheds doubts on such hallmarks of the Court's doctrine like the wide conception of fundamental rights, the principle of proportionality or the very existence of conflicts of constitutional values. In this thesis, it is argued that although the internal theory cannot substitute for the external theory at the moment, it represents an opportunity for the Constitutional Court to reassess its current position in order for it to better depict the aims of the constitution-maker, to respect the policies of the legislator and - above all - to take fundamental rights seriously.

In particular, it is claimed that the optimal model of the limitation of fundamental rights dully distinguishes between *definition* and *restriction* of fundamental rights. The process of definition is marked by the intermediate definitions, the constitutionally immanent definitions and by the derived constitutional norms. Restriction of rights, on the other hand, is only conceivable by, as well as prescribed for the acts of the legislator. In accordance with conditions for their limitations, the fundamental rights can either be absolute, unqualified or qualified. It is distinctive for all limiting conditions that they determine both the level of protection of a particular fundamental right and the use of either the proportionality test, or the reasonable basis test.

Keywords: rights, constitutional rights, fundamental rights, theory of rights, legitimate aim, public interest, Alexy

Prohlašuji, že jsem práci na téma Teoretická východiska limitování základních práv a svobod v České republice vypracoval samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Cardiffu dne 20. 11. 2017

Martin Madej

Poděkování

Dovolte mi věnovat několik děkovných slov lidem, bez nichž by tato práce nemohla vzniknout. Přestože totiž tradičně přísaháme, že jsme pracovali samostatně, míníme tím jen to, že jsme neopisovali či nenaslouchali našeptávání někoho jiného, ba že jsme neukradli cizí dílo a tak podobně. Část prací se pak omezí na poděkování konzultantce či konzultantovi, která nebo který nám věnuje svůj čas a pozornost. V mém případě to byl JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., který se ukázal být mi ideálním vedoucím ne snad proto, že by mě dirigoval, ale proto, že s obdivuhodnou ochotou a trpělivostí klestil cestu mým myšlenkám. Ať už doporučováním, skenováním a zasíláním literatury nebo pečlivým, často i opakovaným, kritickým, ale nikde ne arogantním čtením mého rukopisu. Pavel Ondřejek mi byl především obětavým akademickým partnerem, který mi neváhal zavolat do ciziny a podpořit i v neděli večer, když zjistil, že mám z neúspěšného psaní chmury na mysli. I z těchto důvodů je potřeba přiznat, že veškeré nedostatky této práce jsou vinou spíše mých neznalostí a metodologické ne-disciplinovanosti než kohokoli a čehokoli jiného.

Tato práce vznikala v Praze, Záhřebu a Cardiffu. Všude se mi při jejím psaní dostalo podpory, které zde musím - zcela bez ohledu na pořadí - vzdát dík. Doma to byl můj učitel a přítel doc. Jan Wintř, který vždy se zájmem naslouchal, co tématického se mi zrovna urodilo v hlavě, a také Kristina, která kdysi přečetla vůbec první zárodek toho, co se upozornění na dvojici vymezování a omezování v českém ústavním systému rozlilo do níže postavených břehů. Sára a Maroš a také Janča, která mi v Praze navíc zajistila tisk a odevzdání práce, mě během psaní u sebe na čas ochotně ubytovali, když jsem v Praze neměl bydlení. A když jsem potřeboval změnit prostředí, dostalo se mi klidu na práci u mé chorvatské kamarádky Valentiny v Záhřebu.

Mé díky patří také prof. Jiřímu Přibáňovi, který mě v Cardiffu seznámil se skvělými texty Wojciecha Sadurskiho a Martina Loughlina, díky nimž mohla práce dostat i ústavně-teoretický tón, či spíše jemnou neambiciózní patinu. Je to možná netradiční, ale ze všech literárních sbírek, ze kterých jsem vděčně čerpal, chci vyzdvihnout jednu speciální skupinu „knihovníků“, a to aktivisty spojené s vyhledávačem Library Genesis. Moc bych si přál, aby se můj příští výzkum nemusel opírat o kontroverzní zdroje a co nejvíce vědeckého poznání bylo dostupné zdarma pro všechny.

Děkuji, moc děkuji mamince za její neutuchající podporu ve všem, co dělám.

- Prázdná stránka -

Seznam zkratk	ii
Úvod	1
Struktura a metodologie	21
1. Diskurs k povaze základních práv: externalismus vs. internalismus	24
1.1. Kompletnost a subsumovatelnost	28
1.2. Kolize práv a ospravedlnitelné zásahy	42
1.3. Morální rozměr základních práv	51
2. Vymezení základních práv a svobod	60
2.1. Ústavní normy původní	63
2.2. Ústavní normy odvozené	67
2.3. Kolizní pravidla	74
3. Omezení základních práv a svobod	80
3.1. Obecné podmínky omezení základních práv	82
3.2. Absolutní práva	86
3.3. Nekvalifikovaná práva	88
3.4. Kvalifikovaná práva	93
3.4.1. Prostá výhrada zákona	94
3.4.2. Kvalifikovaná výhrada zákona (teorie legitimních cílů)	96
(a) Veřejný pořádek	104
(b) Veřejná bezpečnost a bezpečnost státu	108
(c) Veřejné zdraví	111
(d) Mravnost	115
(e) Příroda	121
(f) Majetek	123
(g) Předcházení trestným činům	124
(h) Plnění úkolů veřejné správy	126
(i) Nestrannost a autorita soudní moci	127
3.4.3. Problematika ochrany práv a svobod druhých (instrumentalizace práv)	130
Závěr	136
Seznam zdrojů	138

Seznam zkratek

Ústava	Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů
Listina	Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů
Charta	Listina základních práv Evropské Unie, uveřejněná v Úředním věstníku Evropské unie, oznámení 2010/C 83/02
Úmluva	Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod z 4. listopadu 1950, podle sdělení č. 209/1992 Sb
VDLP	Všeobecná deklarace lidských práv z 10. prosince 1948
MPOPP	Mezinárodní pakt o občanských a politických právech z 16. prosince 1966, podle vyhlášky č. 120/1976 Sb
MPHSKP	Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech z 19. prosince 1966, podle vyhlášky č. 120/1976 Sb
ESC	Evropská sociální charta z 18 října 1961, podle sdělení č. 14/2000 Sb.m.s
OZ	zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů
TZ	zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
TŘ	zákon č. 141/1961 Sb., trestní řád, ve znění pozdějších předpisů
ZÚS	zákon č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů
ÚS	Ústavní soud České republiky
NS	Nejvyšší soud České republiky
NSS	Nejvyšší správní soud České republiky
ESLP	Evropský soud pro lidská práva
SÚS SRN	Spolkový ústavní soud Spolkové Republiky Německo
NS USA	Nejvyšší soud Spojených států amerických
SRN	Spolková republika Německo
USA	Spojené státy americké
PVZ	Prostá výhrada zákona
KVZ	Kvalifikovaná výhrada zákona

Úvod

Základní práva a svobody (“základní práva”)¹ obsažené v Listině základních práv a svobod ČR jsou zpravidla klasifikovány podle aspektů života člověka, jejichž ochrana se uznáním práva sleduje: aspekty osobní, rodinné, politické, hospodářské, společenské apod. Ostatní typy dělení zohledňují nositele práva, generace lidských práv či institucionální ochranu. Poněkud méně evidentní, a proto snad opomíjenou, ale neméně podstatnou kategorizací je ta podle možnosti limitování základního práva (*Einschränkungsmöglichkeit*).

Hovoříme-li o ochraně základních práv na normativní úrovni nezávisle na aktuální politické situaci, hovoříme o jejich právním statusu. Pro právní status základních práv jsou důležité pouze dvě proměnné. *Skutková podstata* základního práva a *podmínky limitování* základního práva.² Úroveň ochrany totiž určují jednak normativní prostor, tj. představy orgánů aplikujících právo o obsahu a rozsahu každého základního práva, potažmo obsahu a rozsahu souvztažných povinností, jednak podmínky pro limitování takto chápaného práva. Obě definují právo samo o sobě před jeho limitováním.³ Obě jsou středem zájmu předložené práce. Co se skutkovou podstatou a podmínkami limitování myslí, snad ozřejmí následující příklad.

Představme si osobu jménem Petra, která má dvě subjektivní, ústavně zaručená práva: právo na Ω a právo na Φ . Petra ví, že její právo na Ω je konkrétně vyjádřeno v ústavě, lze se jej domoci přímo, může být omezeno pouze zákonem z uzavřeného výčtu důvodů a od těchto požadavků nelze ustoupit ani ve výjimečném stavu (např. stavu nouze). Naproti tomu její právo na Φ je abstraktně vyjádřeno v ústavě, nelze se jej domoci přímo, z kteréhokoliv rozumného důvodu může být omezeno zákonem, ale tato poslední podmínka se neuplatní ve výjimečném stavu (např. stavu nouze).

¹ Přívlastek „základní“ odkazuje na zpozitivněná lidská práva. Pod „základními právy“ se v této práci rozumí souhrně „základní práva a svobody“. „Nejrozumnější je v rozdílu mezi základními právy a svobodami nehledat něco, co v něm není, a vysvětlit jej jako rozdíl terminologický, resp. stylistický při označování téhož, který lze mimo jiné přičíst i velmi nízké teoretické i redakční úrovni Listiny základních práv a svobod.“ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 199. Základní práva dále budou terminologickou zkratkou pro všechna práva a svobody předvídané v Listině (*pozitivizovaná lidská práva*), která (v rozporu se svým názvem) obsahuje i ústavní garance striktně vzato nezakotvující veřejná subjektivní práva (srov. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 20/09 ze dne 15. 11. 2011. Rozlišení budu provádět jen tam, kde to je třeba.

² Tato dvojice odpovídá tomu, co německá a česká teorie nazývá pozitivní a negativní komponentou základního práva. Pojem „skutková podstata“ (*Tatbestand*) používám ve významu připisovaném Eliškou Wagnerovou, či přesněji ve významu o něco užším, jak bude níže vysvětleno (WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. et al. (dále jen „WAGNEROVÁ, E. et al.): *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 17). V podobném smyslu užívají vlivní teoretici ústavních práv výrazů ústavního prostoru (*scope*) a rozsah ochrany (*extent of protection*), resp. *Tatbestand* a *Schutzbereich*. Viz BARAK, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 19; ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004 (překlad J. Rivers, orig.: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1986), s. 196.

³ K rozlišení práva o sobě (*right in itself*) a práva limitovaného (*right as limited*): ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 2, s. 178-9. „It is not the concept of a limit to a constitutional right which is problematic, but rather identifying permissible content and extent, along with the way to distinguish limitation from other things such as regulation, outworking, and concretization.”

O Petře můžeme říci, že ústava pro omezení jejího práva na Ω předepisuje přísnější podmínky než pro omezení jejího práva na Φ , a tudíž že její právo na Ω požívá silnější ochrany než její právo na Φ . Usoudili jsme tak na základě kritérií označitelných jako kritéria konkrétnosti definice práva, způsobu omezení, důvodu omezení, nárokovatelnosti a derogovatelnosti.

Sluší se poznamenat, že intenzivnější ochrana neznamená, že právo na Ω je jakkoliv eticky nadřazené právu na Φ . Kategorie omezitelnosti základního práva nemusí být závislá na pozici práva v hierarchii hodnot. Stejně tak to ani neznamená, že soubor oprávnění Petry vyplývající z jejího práva na Ω je v nějakém ohledu objemnější než soubor oprávnění z práva na Φ . Povinnosti státu vůči Petře jsou vzhledem k oběma právům *a priori* ekvivalentní.

Obě výše uvedené proměnné ochrany práva na normativní úrovni, tj. skutková podstata základního práva a podmínky limitování základního práva, definují *právní status čili právní vztah člověka ke státu*.⁴ Člověk, který si ukrojil část ze své svobody ve prospěch celku pod podmínkou úcty k nejdůležitějším aspektům jeho pokojného bytí (*status negativus*) a závazku státu k politice zajišťování jeho blahobytu a osobního rozvoje (*status positivus*),⁵ od státu očekává preventivní opatření pro ochranu jeho ústavně zaručených práv, resp. očekává soudní ochranu, bylo-li do jeho práv zasaženo.

Ani v liberální demokracii *neznamená* ústavně zaručená ochrana práv imperativ chránit práva člověka za každou cenu. Požadavek na dosažení toliko rozumné (a nikoli absolutní) úrovně ochrany základních práv se pokusil shrnout i Ústavní soud v jednom ze svých raných nálezů:

Podmínkou pro uplatňování občanských práv je i zřetelné vedení hranice mezi svobodou, která je konstruktivním základem demokratické a kritické společnosti a svobodou, která směřuje k destrukci obecných lidských a demokratických hodnot. Proto demokratické státy uznávají i oprávněnost určitých omezení výkonu občanských a lidských práv a svobod. V povaze právního státu je však obsaženo také vědomí (utvrzené dlouhodobými zkušenostmi lidstva), že omezení občanských práv a svobod je neuralgickým bodem každé, byť i demokratické společnosti a že proto taková opatření je třeba minimalizovat a současně čelit pokušení státu a mocných jednotlivců v něm získat více moci, než nezbytně potřebují.⁶

Uvážíme-li, že v politice a jejím právním rámci usilujeme o nalezení určitého optimálního stavu uplatňování práv, zájmů a hodnot, můžeme hovořit o snaze o vytvoření

⁴ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 2, s. 164.

⁵ Takto jednoduše vztah člověka a státu samozřejmě shrnout nelze, už jen proto, že podle doktríny pozitivních závazků (*positive obligations*) je stát povinnován k ochraně člověka před zásahy do jeho negativní svobody. Účelem věty však nebylo tyto statusy definovat.

⁶ Z nálezů sp. zn. Pl. ÚS 43/93 ze dne 12. 4. 1994. Naproti tomu polský Ústavní tribunál se rozhodl pro intenzivní přezkum (*strict scrutiny*) zásahů do základních práv s odkazem na ústavní předpoklad ponechání maximální svobody jednotlivcům. Rozhodnutí K. 3/98 z 24. června 1998, dostupné z: <http://www.krs.pl/admin/files/100404.pdf>. Viz SADURSKI, W. *Rights before courts: a study of constitutional courts in postcommunist states of central and eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 82.

souladu (konkordance)⁷ nebo o příkazu k optimalizaci⁸ kolidujících ústavních hodnot. V českém ústavněprávním kontextu jsme zvyklí tomu, že na sobě nezávislé ústavní hodnoty vstupují do konfliktů, které musí řešit obecné soudy, příp. Ústavní soud.⁹

(a) Model limitování základních práv

Soubor skutkových podstat a podmínek limitování všech základních práv tvoří ústavní **model limitování** základních práv. Jednotlivé ústavy (a prameny mezinárodní práva) se pak od sebe liší nejen výčtem garantovaných práv, ale i strategiemi, se kterými model limitování vytváří.¹⁰ Ve střední a východní Evropě převažují strategie kombinující generální a specifické limitační klauzule.¹¹ Dál ve světě ale nalezneme i alternativní strategie; např. americká Listina práv (*Bill of Rights*) k limitování základních práv mlčí.

Jsou strategie modelů limitování konkluzivními ukazateli intenzity ústavního přezkumu základních práv ve státech?¹² Komparativní studie svědčící o nízké korelaci mezi intenzitou ústavního přezkumu a typy strategií modelů limitování podporují závěr,¹³ že v konečném důsledku nezáleží ani tak na strategiích těchto modelů, jako spíše na argumentační strategii orgánů nad nimi dohlížejících.¹⁴ Tento poznatek je důležitý a může vyvolat řadu otázek. Jedna z nich bude pro následující řádky klíčová: Existuje vztah nutnosti mezi modelem limitování základních práv a přezkumem limitování základních práv podle Listiny základních práv a svobod?

⁷ „Kolidující práva a zájmy musejí podléhat omezením, tak aby každé právo a každý zájem dosáhl optimálního účinku. Z toho vyplývá, že omezení musejí být přiměřená ve světle specifických skutečností. Nesmějí jít dále, než je nutné k vytvoření souladu (konkordance) kolidujících ústavních hodnot.“ HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller, 1999, s. 28., citováno v ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho aplikace v oblasti lidskoprávních norem*, Praha, 2011. Disertační práce. Univerzita Karlova v Praze. Právnická fakulta. Vedoucí práce Aleš Gerloch.

⁸ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 2, kap. 3.

⁹ Proti zásahu do základních práv a svobod se lze bránit ústavní stížností. Ústavní soud pak posoudí, zda zásah výjimečně možný je a potom stížnost zamítne, nebo možný není, potom nevysloví, že došlo k zásahu, nýbrž že došlo k porušení základního práva. Analogicky jako v systému Úmluvy tak platí, že zásah může být výjimečně ústavní, kdežto porušení nikdy. FILIP, J., ŠIMÍČEK, V. a HOLLÄNDER, P. *Zákon o Ústavním soudu. Komentář. 2.*, přepracované a rozšířené vydání, 2007. Praha: Beck, 2007, s. 203.

¹⁰ VYHNÁNEK, L. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, č. 3, s. 207.

¹¹ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, kap. 8.

¹² Různé metodologie mohou vést k různým intenzitám přezkumu: jinou intenzitu přezkumu budou mít zásahy spojené s tzv. politickými otázkami, jinou zásahy do nejchráněnějších základních práv. Otázkou je, jestli intenzita přezkumu kopíruje, anebo pouze vychází ze strategie modelu limitování.

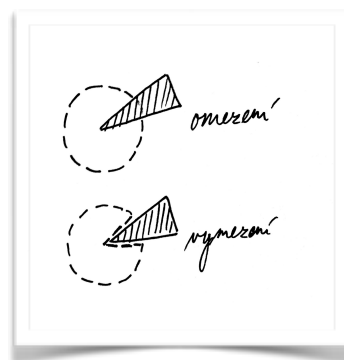
¹³ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 411. Ladislav Vyhnánek zase usuzuje, že judikatura SÚS SRN spojená s ochotou nově vzniklého českého ÚS „učit se“ měla zřejmě na metodologii přezkumu zásahů do základních [...] práv větší vliv než samotný ústavní text. VYHNÁNEK, L. Proporcionalně či jinak?, op. cit., sub 10, s. 208.

¹⁴ Hovořit pak můžeme o systému silného ústavního přezkumu, slabého ústavního přezkumu či tzv. Commonwealth systému ústavního přezkumu. GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Tím není naznačováno, že mezi přípustnou interpretací a interpretovaným textem snad musí být vždy vztah nutnosti.¹⁵ Ústavní normy jsou však svazovány tím inherentním nedostatkem, že postrádají jiná referenční hlediska interpretace než ostatní ústavní normy. Z toho plyne, že není-li na výklad určité ústavní normy možné rozumně pohlížet jako na jediný nutný, volá to po takovém substantivním odůvodnění zvoleného výkladu, které dává přesvědčivý důvod pro jeho preferenci. „*Základní práva jsou interpretovatelná nikoli obvyklými interpretačními metodami, nýbrž vždy v těsné návaznosti na konkrétní ústavní teorii tak, aby vstupovala do ústavního celku, který je skrze ni vysvětlován.*”¹⁶ Model limitování základních práv založený na argumentační strategii soudu přímo souvisí s partikulární teorií ústavního státu argumentujícího.

S jakou argumentační strategií, resp. interpretačními východisky, přistupoval k výkladu Listiny Ústavní soud? Historických nálezů, které předurčily současné vnímání základních práv a modelu jejich limitování, byla celá řada. Tak třeba vůbec v prvním plenárním nálezu ÚS nevycházel jen ze známého argumentu, že „naše ústava není založená na hodnotové neutralitě”, ale i také z toho, že „pozitivně-právní úprava [sice] z ústavních principů vychází, avšak obsah těchto principů není normativní úpravou vyčerpán - zůstává stále něčím víc.”¹⁷ Takovými ústavními principy, představujícími příkazy k optimalizaci, jsou podle soudu i základní práva.¹⁸ Soud explicitně uznal „primát základních práv, pro který mohou být omezení základních práv jen výjimečná.”¹⁹ To předpokládá, že do základních práv může být přípustně zasazeno.²⁰ V takové chvíli je ale třeba dodržet princip proporcionality zásahu, který lze podle ÚS dovodit z konceptu „nezbytnosti v demokratické společnosti”,²¹ obsaženého i v Úmluvě, jejíž štrasburský soud princip proporcionality rovněž používá.²²

obrázek č. 1



- ¹⁵ Koneckonců, normy soukromého i veřejného práva pravidelně regulují situace, kdy fakta nebo normy připouští dva nebo více výkladů, předepisující, že je třeba zvolit výklad pro určité osoby (třeba obviněného v trestním řízení) nejpříznivější nebo výklad ústavně konformní.
- ¹⁶ WAGNEROVÁ E. Svobodný projev a právo na informace. In: WAGNEROVÁ, E. et al.. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 2, s. 423 an.
- ¹⁷ Nález sp. zn. Pl. ÚS 19/93 ze dne 21. 12. 1993 (zákon o protiprávnosti komunistického režimu).
- ¹⁸ První náznaky nacházíme už v nálezech sp. zn. Pl. ÚS 15/93 ze dne 19. 1. 1994 a sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994, známějším jako *Anonymní svědek I*. Svě pevné místo si ale tento princip ještě dlouho hledal. Např. v jednom z raných nálezů k výhradě svědomí (sp. zn. IV. ÚS 81/95 ze dne 18. 9. 1995) ÚS nestanovil, že výhradu svědomí je třeba dát do souladu s principem rovnosti, nýbrž vykládal výhradu svědomí s pomocí norem podústavního práva. Byl to princip rovnosti v zákoně o civilní službě (a ne princip plynoucí z ústavního pořádku), který podle ÚS vyloučil vznik neoprávněných výhod výkonem civilní služby oproti výkonu služby vojenské.
- ¹⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 43/93 ze dne 12. 4. 1994.
- ²⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 15/93 ze dne 19. 1. 1994.
- ²¹ Poprvé v nálezu *Anonymní svědek I* (nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994).
- ²² Mattias Kumm si všimá, že soudy ve světě začaly omezující klauzule jednotně vykládat jako vyzádující princip proporcionality, aniž by v nich byl tento termín používán. KUMM, M. Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS G. (ed.) *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 135.

Normativní neuzavřenost základních práv, rozlišování zásahu a porušení práva nebo princip proporcionality, to jsou vše výkladové maximy neoddělitelné od určitých ústavně-teoretických a právně-filozofických představ. Ty se mohou vyznačovat morálně-realistickým chápáním základních práv coby instance zpozitivnění přirozeného práva,²³ polarizujících na jedné straně morálně založené subjektivní právo a na druhé straně nikoli morálně založenou většinovou politiku.²⁴ Mohou být spojeny s deontickou nebo teleologickou etikou, s iuspositivismem nebo s iusnaturalismem, s individualismem nebo komunitarismem.²⁵

Smyslem prvé kapitoly bude představit dvě teorie základních práv, tj. dvě koncepce práv, které lze dovést a které v nedávné minulosti byly dovozeny ústavními teoretiky z formulací ústavních norem na první pohled neodlišitelných od formulací použitých Listinou. Teorie níže označované jako externí a interní mají odlišný pohled na kompletnost, subsumovatelnost, podstatu, schopnost kolidovat a další vlastnosti odvoditelné z jediné formulace ústavní normy (z jediné strategie modelu limitování). Podaří-li se mi demonstrovat, že obě teorie přináší přesvědčivý a logicky koherentní výklad jediného modelu limitování, bude, myslím, prokázáno, že mezi modelem limitování základních práv a přezkumem limitování základních práv vztah nutnosti neexistuje.

Na druhou stranu, říci, že výklad zvolený ÚS není jediný možný, nestačí. Úspěšná kritická analýza judikatury ÚS by musela dokázat, že tento výklad (tento model limitování) vede k defektům, které alternativní pojetí při udržení alespoň stejné úrovně ochrany základních práv nevykazuje. Takto ambiciózní projekt cílem předložené práce není. O co tedy půjde? Spíše než o kompletní negaci zvoleného paradigmatu půjde o jeho **dekonstrukci**. Díky tomu, že v kapitole 1 uvedené teorie nejsou neslučitelné zcela, ale pouze do určité míry, můžu nevýhody prvního paradigmatu zhojit výhodami druhého paradigmatu a naopak, tak aby byl výsledným produktem co nejideálnější model limitování základních práv v ČR.²⁶

(b) Vymezení vs. omezení

Jako první krok je však potřeba podniknout určitý konceptuální posun. Ten spočívá v narýsování jasné dělící čáry mezi limitováním základních práv, omezováním základních práv a vymezováním základních práv. *Limitováním základních práv* rozumím zastřešující pojem pro jejich omezení a vymezení. Jde v nejširším smyslu o základní nástroj v mnohaletém (někdy se zdá že nekonečném) procesu nalézání rovnovážného (optimálního) stavu ochrany práv jednotlivce a zájmů většiny. Nástroj částečně etický,

²³ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 47. Srov. nálezný sp. zn. Pl. ÚS 35/95 ze dne 10. 7. 1996: „...lidská práva, která vyvěrají přímo z lidského bytí, a pouze tato skutečnost je základem vymezení jejich ústavního obsahu o rozsahu.”

²⁴ ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

²⁵ ROSS, W. D. *The Right and the Good*, Oxford University Press, 2002 (Philip Stratton-Lake ed.). FRIED, Ch. *Right and Wrong*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1978.

²⁶ Srov. Dworkinovo pojetí integrity práva in DWORKIN, R. *Law's Empire*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1986, s. 225.

protože slouží k nalézání spravedlnosti, a částečně právní, protože k nalézání spravedlnosti používá řadu konceptů a procedur právní povahy.

Model limitování základních práv v ČR je založen na procesu jejich *omezování* i *vymezování* napříč ústavním, ale i podústavním právem. To vysvětluje, proč Listina někdy předpokládá, že některá práva lze zákonem omezit, zatímco jindy má zákon stanovit podmínky jejich výkonu, čímž také nezbytně modifikuje jejich skutkovou podstatu.

Správnému a konzistentnímu užití pojmů *omezování* a *vymezování* v češtině brání jejich lexikální podobnost. Zatímco pro *určit něčemu přesné hranice, hranici oddělit, přesně vyznačit a oddělit hranici od ostatního prostoru; ohraničit* má čeština výrazy *vymezit* a *omezit*, vycházející z latinského *finis*, v jazycích jiných národů se vžily výrazy vycházející jednak ze slova *finis*, jednak z *limes* (v angličtině *to define, to limit*, ve španělštině *definire, limitare* atd.).²⁷ Ačkoliv jsem mezi oběma latinskými ascendenty nenašel hlubší sémantický rozdíl, myslím, že jejich lexikální nepodobnost a etymologická vzdálenost předurčuje jiné jazyky k lepšímu uchopení problematiky než čeština, která jako by vymezováním a omezováním subjektivního práva vždy jednoduše posunovala jeho meze. Tím samozřejmě nechci říct, že čeština je jediným jazykem s takovým nedostatkem ani že je tento nedostatek jediným důvodem nerozlišování mezi oběma významy.

Vymezení a omezení základního práva *není* totéž.²⁸ **Při vymezení** (*Abgrenzung*), čili definování, práv určujeme jejich skutkovou podstatu, tj. nositele, obsah a rozsah. **Při omezení** (*Begrenzung*) práv je jejich skutková podstata dána, my však takto daný koncept zužujeme.²⁹ Přestože je výlučným orgánem pro dispozice s rozsahem základního práva zákonodárce, tedy Parlament ČR (čl. 4 odst. 2 Listiny), ne vždy zákonodárce vystupuje ze stejné pozice.

(c) Dispozice se základními právy: legitimita

Vrátíme-li se zpět k výše uvedenému příkladu Petry, určují kritéria konkrétnosti definice práva, způsobu omezení, důvodu omezení, nárokovatelnosti a derogovatelnosti nejen *intenzitu ochrany* Petřiných práv, ale i orgán, který s příslušnými ústavními normami ve výsledku *disponuje*. Např. nastaví-li Listina model limitování základních práv dostatečně benevolentně směrem k zákonodárci, je manévrovací prostor soudních orgánů (vč. Ústavního soudu) značně zúžený (přesněji je zúžený v rozsahu určeném čl. 4 odst. 4 Listiny). Naopak abstraktně vyjádřené právo s minimálními možnostmi vymezení

²⁷ *Slovník spisovného jazyka českého* [online]. „Vymeziti“, „Omeziti“, (zpracoval lexikografický kolektiv Ústavu pro jazyk český ČSAV). Dostupné z: <http://ssjc.ujc.cas.cz>.

²⁸ Komentář k Listině pracuje s dělením omezení na přímé (plyne přímo z ústavního pořádku) a nepřímé (zde Listina toliko předvídá omezenost základního práva zákonem). WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 2, s. 124. V této práci argumentují, že jde o dělení nedostatečné, protože přehlíží dvojí roli zákonodárce ve vztahu ke konstrukci základních práv.

²⁹ Rozdíl mezi omezením a vymezením prostoru (čehokoliv) se dá ilustrovat na výchově dětí. Pokud bych otevřel libovolnou knihu o výchově, s největší pravděpodobností bych se dočetl, že klíčem k úspěchu je vychovávat dítě cestou předchozího vymezení hranic chování (tedy nejpozději při první příležitosti tyto hranice určím), namísto zpětného (a tedy bolestivějšího) omezování již nafouklého prostoru, které jsem dítěti při absenci stanovených hranic ponechal.

a omezení vede (a v minulosti vedlo) k rozšíření aplikační sféry práva soudem do situací, které zákonodárce, ba možná ani ústavodárce, nepředvídal.³⁰ Pro zákonodárce je velmi obtížné takto „hypertrofované“ právo vrátit do požadovaných mezí. To může vést k prohlubování napětí mezi zákonodárnou a soudní mocí.³¹ Podmínky limitování tím, že definují *vztah moci zákonodárné a moci soudní*, ovlivňují dělbu moci.³²

Jürgen Habermas napsal, že lidská práva nejsou předem dané morální pravdy, které můžeme seznat, nýbrž konstrukce.³³ Myslím, že v epistemologické rovině lze proti tomuto výroku stěží cokoli namítat.³⁴ Je nepopíratelné, že v právu konstruujeme s pomocí jazyka významy základních práv podle našich odpovídajících přirozenoprávních nebo pozitivněprávních východisek. Protože právo propůjčuje závaznost rozhodnutím svých subjektů, je maximálně důležité, kdo rozhoduje o základních právech, tj. kdo je interpretuje a aplikuje. Wojciech Sadurski v tomto kontextu upozorňuje, že kdykoliv ÚS zruší právní předpis pro jeho rozpor s ústavními garancemi základních práv, nezbytně tím nahrazuje výklad základních práv provedený parlamentní většinou svým vlastním výkladem.³⁵ To je standardně ospravedlněno tím, že základní práva existují právě z důvodu ochrany před parlamentní většinou, které v oblasti lidských práv nelze důvěřovat, a dohled nad nimi proto musí být svěřen nezávislé instituci, typicky Ústavnímu soudu.³⁶ Ostatně soudci, argumentace pokračuje, jsou také kvalifikovanější a zkušenější v otázkách práva než politici.³⁷ Protože nedrží ani měšec, ani meč, soud nemá ani vůli, ani sílu, pouze úsudek.³⁸ Ústavní teorii spatřující primární mechanismus kontroly v soudním přezkumu zastával Alexander Hamilton, jeden z Federalistů, a prosadil předseda Nejvyššího soudu USA John Marshall ve slavném rozsudku *Marbury*

³⁰ Typicky s poukazem na morální normy.

³¹ “*In this context, the consequence of the indeterminacy is that many of the most fundamental, important, and divisive moral and political issues confronting a society are decided by courts to the exclusion of citizens and their representative institutions, even though the courts are often divided along the same line as the citizenry about the existence and scope of many rights.*“ WALDRON, J. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1993, roč. 13, č. 1, s. 13.

³² Mattias Klatt hovoří v této souvislosti o institucionální dimenzi ústavních práv. KLATT, M. The System of Robert Alexy's Philosophy of Law. In: KLATT, M. (ed.) *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 10; srov. VYHNÁNEK, L. Proporcionálně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, č. 3, s. 210.

³³ HABERMAS, J. Remarks on Legitimation Through Human Rights. *Philosophy and Social Criticism*. 1998, roč. 24, č. 2, s. 164.

³⁴ It is uncontroversial that legal rights are the products of the legal system in which they find a home. Just as legal rights make no sense outside of a wider legal system, moral rights make no sense outside of a wider moral system. OBERDIEK, J. Specifying Rights Out of Necessity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, roč. 28, č. 1, s. 135.

³⁵ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. xiv an.

³⁶ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 145.

³⁷ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 80. Robert Alexy v této souvislosti hovoří o dvojí reprezentaci lidu: demokratické reprezentaci parlamentem a argumentativní reprezentaci ústavním soudem. WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 3. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2015, kapitola 5.4.

³⁸ MADISON, J., HAMILTON, A. a JAY, J. *The Federalist Papers* (1788), List 78 (Hamilton). Dostupné z: <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>.

v. *Madison*.³⁹ Po vzoru americké ústavní tradice ji můžeme nazvat **liberální ústavní teorií** (*liberal constitutionalism*).

Liberální ústavní teorie se setkala s nepochopením u druhého Federalisty, Jamese Madisona. Madison usuzoval, že výkon státní moci je nejlépe kontrolován systémem institucionálních brzd a rovnováh. „*Tímto rozdělováním, usměrňováním a oponováním politické moci zůstává význam ústavy - správné řazení ústavních hodnot - předmětem souvislého politického diskursu. Péče o ústavu je úkolem politiky.*“⁴⁰ Madison natolik důvěřoval nastavení budoucího amerického systému a natolik nedůvěřoval malé skupince ústavních expertů, že zprvu nepodporoval ani přijetí listiny práv.⁴¹ Jeho ústavní teorii můžeme nazvat **republikánskou** (*republican constitutionalism*).

Aniž by se Ústavní soud výslovně přihlásil k jedné z ústavních teorií, dává ve své judikatuře pravidelně najevo, že jeho úkolem není stavět se do role pozitivního zákonodárce:

Ústavní soud nestojí ani nad Ústavou, ani nad ústavodárcem a jeho role ve vztahu k orgánům moci výkonné a zákonodárné je rolí kontrolora a omezovatele těchto mocí v případech, kdy vybočí z mezí ústavnosti; není rolí Ústavního soudu, aby sám tvořil nebo nahrazoval vůli zákonodárce.⁴²

Znamená to, že se Wojciech Sadurski mylí, když tvrdí, že ústavní soudy svým výkladem nahrazují vůli zákonodárce? Ústavní soud v citaci konstatoval, že má roli kontrolora v případech, kdy orgány „*vybočí z mezí ústavnosti.*“ Přezkum správnosti aplikace podústavního práva a politických otázek Ústavnímu soudu nepřisluší, protože soudní kontrola ústavnosti „*ze své podstaty musí být omezena pouze na otázky ústavněprávní povahy.*“⁴³ Akceptuje se, že co jsou otázky ústavněprávní povahy, určí Ústavní soud. Se základními právy jsou spojeny otázky ústavněprávní povahy „*tak důležité, že jejich zaručení nebo nezaručení nelze přenechat pouze parlamentní většině.*“⁴⁴

Ústavní soud se ve své judikatuře hlásí k zásadě interpretace „*shora dolů*“ a nikdy „*zdola nahoru*“. „*Referenčním hlediskem pro Ústavní soud není jednoduché právo, nýbrž ústavně zaručená základní práva plynoucí jak z Listiny, tak z mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách. Základní práva a svobody v oblasti jednoduchého práva působí jako regulativní ideje, pročež na ně obsahově navazují komplexy norem jednoduchého práva.*“⁴⁵ Působí-li základní práva jako regulativní ideje, znamená to, mimo jiné, že „*působí pouze zprostředkovaně skrze jednotlivé normy*

³⁹ LOUGHLIN, M. What is Constitutionalism? In: DOBNER, P. a LOUGHLIN, M. *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 57-8.

⁴⁰ LOUGHLIN, M. What is Constitutionalism?, op. cit. sub 38, s. 57.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Usnesení sp. zn. Pl. ÚS 10/04 ze dne 7. 9. 2004.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, s. 406.

⁴⁵ Nález sp. zn. I. ÚS 85/04 ze dne 13. 7. 2006).

*jednoduchého práva tak, že jednoduchým právem prozařují.*⁴⁶ Pravomoc Ústavního soudu přezkoumávat akty orgánů veřejné moci se tedy omezuje na otázky ústavněprávní povahy, avšak tyto otázky jsou obsahově podmíněné výkladem Ústavního soudu.⁴⁷ Že určení toho, co vlastně prozařuje jednoduchým právem, může být výsledkem i velmi volné úvahy Ústavního soudu, ukazuje i nálezy, jímž se vyhovělo návrhu opozičních poslanců zrušit část zákona o elektronických komunikacích.⁴⁸ Lisabonský nálezy je pak výrazem toho, že Ústavní soud může mít vždy představu o něco širšího souboru součástí ústavního pořádku.⁴⁹

V tomto světle je těžko hovořit o „nahrazování vůle zákonodárce“, jestliže Ústavní soud pouze materializuje to, co v Listině (nebo za ní) už nějak existuje.⁵⁰ Zákonodárce provádí rozhodnutí vyvažující různé hodnoty a zájmy a pozitivizuje tato rozhodnutí do platných právních norem. Ústavní soud je tady od toho, aby tato rozhodnutí rušil, vyvažoval-li zákonodárce ústavně konformně. Takto lze chápat pozici Ústavního soudu, že „v materiálním právním státě založeném na myšlence spravedlnosti představují základní práva korektiv jak obsahu právních norem, tak i jejich interpretace a aplikace.“⁵¹

Myslím, že jediným východiskem, vedoucí k závěru, že zákonodárce mohl vyvažovat ústavně nekonformně, je východisko liberální ústavní teorie, svěřující interpretaci ústavy plně do rukou ústavních soudů.⁵² Ústavní soud samozřejmě diferencuje mezi normami v Hlavě IV. Listiny a normami v ostatních hlavách, které jediné podle něj zakotvují

⁴⁶ Nálezy sp. zn. I. ÚS 185/04. Z objektivně právní povahy základních práv plynou i jiné důsledky než „prozařování“. Podle Klause Sterna jsou to například ústavně konformní interpretace, ochrana právních hodnot garantovaných základními právy a taky tzv. resubjektivizace (*Resubjektivierung*) - tj. že z objektivně právní dimenze základního práva jsou dovozována subjektivní práva jednotlivců. STERN, K. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: Isensee/Kirchhof (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Svazek 9 – Allgemeine Grundrechtslehre. 3. vyd., Heidelberg: C. F. Müller, 2011, s. 90.

⁴⁷ Silný „antidworkinista“ se může provokativně zeptat: jestliže je Ústavní soud vázán ústavním pořádkem, jehož velmi abstraktní normy sám vykládá, neblíží se spíše správnímu orgánu, který disponuje vlastními kritérii pro rozhodnutí, než soudnímu orgánu, který s těmito kritérii nedisponuje (je jen ústy zákona)?

⁴⁸ „Nícmeně onu „roztržštěnost“ právní úpravy aspektů soukromé sféry jednotlivce nelze přeceňovat a v Listině uvedený výčet toho, co je třeba podřadit pod „deštník“ práva na soukromí či na soukromý život nelze považovat za vyčerpávající a konečný. Při výkladu jednotlivých základních práv, která jsou zachycením práva na soukromí v jeho různých dimenzích tak, jak je uvádí Listina, je nezbytné respektovat účel obecně chápaného a dynamicky se vyvíjejícího práva na soukromí jako takového, resp. je třeba uvažovat o právu na soukromý život v jeho dobové celistvosti...“ Z nálezu sp. zn. Pl. ÚS 24/10 ze dne 22. 3. 2011, bod 31.

⁴⁹ Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 36/01 ze dne 25. 6. 2002.

⁵⁰ Ernst-Wolfgang Böckenförde v tomto kontextu rozlišuje ústavu jako rámeček (*Rahmenordnung*) a ústavu jako základ (*Grundordnung*) a argumentuje, že s expanzí základních práv ústava přestává být rámečkem pro proces tvorby demokratické vůle, nýbrž základem společnosti. Jakmile ústavu chápeme jako základ, v němž je vše obsaženo, legislativní proces je redukován na obyčejnou implementaci toho, co už bylo na úrovni ústavy rozhodnuto. Význam stanovisek Ústavního soudu by byl nepopíratelný. Alexy tvrdí, že legislativa disponuje strukturální diskrecí při tvorbě práva. Může tedy tvořit takové právo, které ústava nezakazuje, ani nepřikazuje odlišnou úpravu. Viz ALEXY, R. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence*. 2009, roč. 3, č. 1, s. 2; *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 2, s. 394. Tato práce pracuje s ústavou jako s rámečkem politiky.

⁵¹ Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 34/09 ze dne 7. 9. 2010, bod 19.

⁵² Aspekt principu racionálního zákonodárce, který vylučuje úmyslné přijetí protiústavního zákona (základ pro požadavek ústavněkonformního výkladu zákona), tak dává smysl opět jen z pohledu liberální ústavní teorie.

základní práva.⁵³ Pro Hlavu IV. se výše uvedené neuplatní. Skutečná základní práva však pro ÚS stojí před zákonodárcem a ten se z toho důvodu nemůže podílet na jejich konstrukci. Jeho normotvorba je buď v souladu se základními právy, nebo v rozporu. Jak psal Alexy, ne zákonodárce, ale teprve judikatura ústavního soudu vytváří obsáhlou a hustou síť lidskoprávních norem.⁵⁴ Lze argumentovat, že tak výsadní postavení Listiny a Ústavního soudu vytváří existenční otázky pro zákonodárny sbor a jeho zákony, které vlastně často jen nedokonale reflektují ústavní *œuvre d'art*.⁵⁵ Ačkoliv zde tomuto argumentu nebude dán prostor, nelze nepoukázat na jeho spojitost s kritikou silicí konstitucionalizace či judicializace politiky.⁵⁶

V závěru tohoto zamyšlení se nachází smyčka. Jestli Ústavní soud nahrazuje vůli zákonodárce, nebo ne, nás dostane jen ke sporu o pozitivněprávní nebo přirozenoprávní původ lidskoprávních ústavních norem. Faktem je, že Ústavní soud nahrazuje vůli zákonodárce alespoň v tom smyslu, že konstruuje (zpravuje nás o konstrukci) lidskoprávní ústavní normy namísto zákonodárce.⁵⁷ A jak už bylo řečeno, významy základních práv jsou v právu konstruovány s pomocí jazyka podle našich odpovídajících přirozenoprávních nebo pozitivněprávních východisek. Východiska, která zvolil ÚS pro práva nacházející se mimo Hlavu IV. Listiny, jsou bližší liberální ústavní teorii.⁵⁸ Jsou spojeny s nedůvěrou státním orgánům, které provádějí své politiky ve prospěch většiny (nebo hůř, ve prospěch zájmových skupin nebo vlivných osob) a na úkor institucionálně nezajištěných základních práv. K tomu účelu vznikly *soudní orgány ochrany ústavnosti* (čl. 83 Ústavy).

⁵³ „V případech hospodářských a sociálních práv proto ústavní garance představují ústavně zaručenou ochranu institucí (zaměstnání, mzda, sociální zabezpečení, rodina, rodičovství atd.), nikoliv ochranu konkrétních veřejných subjektivních práv.“ Nález sp. zn. Pl. ÚS 20/09 ze dne 15. 11. 2011.

⁵⁴ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, op. cit. sub 44, s. 503-508.

⁵⁵ Jan Wintr na obranu píše: „základní práva sice omezují obsah jednoduchého práva [...], avšak nečiní ho zbytečným. Rozhodně nelze říci, že kolize základních práv předurčují obsah celého právního řádu.“ WINTR, J. *Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006, s. 39.

⁵⁶ LOUGHLIN, M. What is Constitutionalism?, op. cit. sub 39; HIRSCHL, R. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, 2006.

⁵⁷ Srov. WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 3. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2015, kapitola 5.4. Výslovně uvádím *lidskoprávní* ústavní normy, protože na ostatní ústavní normy, normy tzv. organického ústavního práva, se tato úvaha nevztahuje. To je, myslím, zcela zřejmé, protože zatímco se můžeme přít o vlivu politiky na konstrukci základních práv, o nedotknutelnosti norem upravujících třeba pravomoci ústavních orgánů prostou většinou poslanců nebo senátorů nemůže být pochyb.

⁵⁸ Ústavní soud používá sousloví „materiální pojetí právní státnosti“. „Ústava se hlásí k materiálnímu pojetí právní státnosti, kterou charakterizuje respekt veřejné moci ke svobodné (autonomní) sféře jednotlivce vymezené základními právy a svobodami, do níž veřejná moc zásadně nezasahuje, resp. zasahuje pouze v případech, které jsou odůvodněny potřebou řešení kolize s jinými základními právy nebo ústavně aprobovaným a zákonem jednoznačně definovaným veřejným zájmem [...]“. Z nálezů sp. zn. Pl. ÚS 3/14 ze dne 20. 12. 2016 (73/2017 Sb.; ke zpřístupnění archiválií bývalé Státní bezpečnosti), bod 55.

Právní a politická teorie posledních desetiletí byla svědkem nezanedbatelné kritiky liberálního přístupu, kterou mohu zmínit jen okrajově.⁵⁹ Podle Jeremyho Waldrona není důvod domnívat se, že občané při volbách do zákonodárského sboru do svých rozhodnutí zahrnují jen sebecentrické preference a naopak nezahrnují své představy o co největším dobru pro všechny (např. o spravedlivém postavení menšin).⁶⁰ Wojciech Sadurski zase detailně vyjmenovává případy z mnoha zemí, kde zákonodárské sbory musely vystupovat na ochranu lidských práv, zatímco soudní orgány byly proti.⁶¹ Navíc, považujeme-li zákonodárské sbory za inherentně neschopné lidská práva respektovat, nedokážeme podle něj vysvětlit, jak mohlo k jejich ústavní ochraně vůbec kdy dojít, když to byla rovněž většina (byť třeba ústavní), která v našich zemích ústavu přijala.⁶² Dodává, že zatímco ústavní soudci bývají znalci organického ústavního nebo mezinárodního práva, jejich vzdělání jim nedává analogicky kvalifikovanou pozici pro rozhodování o morálních otázkách.⁶³ Mark Tushnet usuzuje, že pouhá připravenost soudu kdykoli přezkoumat kterýkoli zákon (tzv. soudní převis, *judicial overhang*) vede zákonodárce k ponechání lidskoprávních otázek soudům, což může ve výsledku znamenat horší ochranu práv, než kdyby tady soudy nebyly.⁶⁴ Pakliže se nejsme schopni shodnout na významu jednotlivých (přirozených) práv, proč při jejich výkladu ponechávat právě soudům poslední slovo?⁶⁵

Z toho plyne, že existuje přímá souvislost mezi modelem limitování základních práv a **legitimitou** rozhodnutí dohlížejícího orgánu, u nás Ústavního soudu. Model limitování podpořený liberální ústavní teorií klade zvýšené nároky na jeho legitimitu. Tato práce si klade za cíl nikoli těmto nárokům dostát, nýbrž je opětovně snížit, a to skrze dekonstrukci modelu limitování a jeho ideové posunutí směrem k republikánské ústavní teorii. Konkrétní změny modelu limitování se týkají zejména rozšíření kategorie vymezování (od toho koncepční rozlišení *supra*) o odvozené ústavní normy v 2. kapitole.

(d) Ústava jako aktivita

Čím dále se na spektru platnosti ústavní normy nesoucí subjektivní právo posouváme od *obsahu* normy k *formě* normy, tj. od substrátu morálních příkazů, oprávnění a povinností ke konstrukci normy coby schránky základního práva v ústavním pořádku, tím více se blížíme dynamickému pojetí základního práva coby *společenského vztahu*. Takto dynamicky chápané základní právo nám umožňuje vysvětlovat (a nikoli popírat)

⁵⁹ Antitezi k přesvědčení o lepší vybavenosti ústavních soudců při rozhodování o základních právech než političtí reprezentanti představil např. Richard Bellamy v BELLAMY, R. *Political Constitutionalism: A Republican. Defence Of The Constitutionality Of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁶⁰ WALDRON, J. Rights and Majorities: Rousseau Revisited. In: CHAPMAN, J.W. a WERTHEIMER, A. (eds.) *Majorities and Minorities*. American Society for Political and Legal Philosophy. *Nomos*, XXXII. New York University Press, 1990.

⁶¹ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 86-9.

⁶² SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 52. Je dobré si připomenout, že ani naše Listina nebyla přijata jednomyslně.

⁶³ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 80.

⁶⁴ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 156.

⁶⁵ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 46. KUMM, M. Political Liberalism and the Structure of Rights, op. cit. sub 21, s. 135-6.

ústavu jako charakteristicky neukončený proces deliberace o základních právech,⁶⁶ jako fórum, ve kterém se střetávají prvky demokratického a liberálního státu.⁶⁷

Výhody popisovaného pojetí představil oxfordský absolvent G. Webber ve své stěžejní práci *The Negotiable Constitution*. Webber tvrdí, že ústava není jen *architektonickým* (inženýrským) dílem (ve smyslu jejího vytvoření, distribuce a podmínek výkonu politické moci), ale také *aktivitou*, protože vyzývá k opakovanému vyjednávání toho, co bylo dohodnuto (*the re-negotiating of that which is settled*).⁶⁸ Protože v demokraciích je opakované vyjednávání svěřeno legislativě, dochází k překrývání ústavodárného a zákonodárného procesu.⁶⁹ Smyslem ústavy-aktivity není nic menšího než dlouhodobá snaha přibližovat se k usmíření dvou obtížně usmířitelných principů politické legitimacy: principu demokracie a principu lidských práv.⁷⁰ S přijetím každé ústavy jsou spojena nejen ta substantivní rozhodnutí o fungování demokratických institucí nebo o pojetí a volbě uznávaných základních práv, ale i rozhodnutí o tom, co nastavit už ve fázi tvorby ústavního dokumentu a co ponechat ke zvážení ustaveným orgánům.⁷¹

Co to prozrazuje o povaze základních práv v liberálně-demokratických státech? Především to, že jsou (měla by být) souhrnně mnohem výrazněji produktem politiky, než jsme byli dosud ochotni připustit.⁷² To znamená, že pro přenos úkolu kognitivního konstruování základních práv od Ústavního soudu do rukou politické reprezentace hovoří nejen výše uvedené argumenty zpochybňující legitimitu rozhodování ústavních soudců, ale i ontologická předurčenost základních práv nebýt vytesaných do kamene, nýbrž stát se součástí demokratické deliberace.⁷³ V kapitole 2 bude argumentováno, že model limitování konceptualizovaný Ústavním soudem dosud zabraňuje procesu vymezování

⁶⁶ SUNSTEIN, C. R. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, 1995, roč. 108, č. 7, 1733-1772. WEBBER, G. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 1-2 (“*Charters of rights mediate the relationship between the underdeterminate rights and debates about their specific scope and content. they do so by way of a limitation clause.*”).

⁶⁷ ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, roč. 4, č. 1, s. 21 (“*The tension between constitutional rights and democracy is found behind the relation between the legislature and the practice of constitutional review.*”).

⁶⁸ WEBBER, G. *The Negotiable Constitution*, op. cit. sub 66, s. 8.

⁶⁹ WEBBER, G. *The Negotiable Constitution*, op. cit. sub 66, s. 9. Obdobný názor zastává i Wojciech Sadurski: „Distinction between the constitution-making process and the political (or legislative) process is not always easy to sustain in practice, as long as we understand the constitution not merely as a formal document reached at a particular point in time, but as a process whereby the true meaning of constitutional norms emerges from the practices, conduct and behaviour of various actors in a given constitutional polity. SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 54.

⁷⁰ WEBBER, G. *The Negotiable Constitution*, op. cit. sub 66, s. 13, 26.

⁷¹ WEBBER, G. *The Negotiable Constitution*, op. cit. sub 66, s. 24-5.

⁷² BELLAMY, R. Political Constitutionalism, op. cit. sub 59, s. 23 (“*A consensus on rights cannot be said to stand somehow outside politics.*”).

⁷³ Ve vztahu k hospodářským a sociálním právům to tvrdil např. Cass Sunstein: SUNSTEIN, C. R. Against Positive Rights Feature. *East European Constitutional Review*, 1993, roč. 2, č. 35.

tam, kde to Listina předpokládá, čímž jednak Listině upírá jinou než architektonickou hodnotu, jednak upírá díl konstruování základní práv politické reprezentaci.⁷⁴

Proti mé pozici zastávané ve 2. kapitole je možné namítnout, že není konzistentní s příslibem úcty k lidským právům, vyjádřeným v Preambuli naší Ústavy.⁷⁵ Cílem této práce není namítajícího za každou cenu uspokojit.⁷⁶ Obranu konzistence mé pozice bych nicméně vedl podél dvou linií. Zaprvé, současná podoba legislativního procesu je protkána momenty preventivního přezkumu souladu předkládaného materiálu s ústavním pořádkem a s mezinárodními závazky ČR, jejichž účelem je mj. uvažovat o ústavních konotacích legislativy od nejrannějších fází jejího vývoje (vnitřní kontrola).⁷⁷ Zadruhé, dvoukomorovost Parlamentu ČR a koexistence poměrného a většinového systému hlasování znamenají kromě obecných ústavních záruk také prostor pro dialog o skutkových podstatách základních práv nejen mezi členy jediné komory, ale také mezi oběma komorami. Díky tomu je podle mě konzistentní svěřovat základní práva častěji a širěji do rukou zákonodárce a zachovávat úctu k lidským právům, resp. neporušitelným přirozeným právům.

Nutno uznat, že model limitování základních práv přičítající politické reprezentaci stěžejní roli při jejich konstruování byl realizován v zemích, které s ČR nesdílejí historii centralizovaného ústavního soudnictví nebo které jsou založeny na suverenitě parlamentu a ne lidu.⁷⁸ Naopak ústavy, kterými jsme se inspirovali, s „posledním slovem“ ústavních soudů počítají.⁷⁹ To může podpořit závěr, že přisuzováním dominantní role při konstrukci základních práv zákonodárné moci na úkor ústavního soudnictví se snažím amputovat

⁷⁴ Teze tohoto odstavce se nevztahuje na všechna základní práva stejnou měrou. U nejintenzivněji chráněných práv (např. u práva nebýt mučen) je dotváření jejich skutkové podstaty zákonodárcem prakticky vyloučeno.

⁷⁵ Můj pohled se podle této námitky řadí mezi „*nebezpečné názory většinou mladších autorů, namnoze pocházejících ze zemí, které zůstaly ušetřeny zkušeností s totalitou a s autoritativním politickým režimem, kteří plédují pro v zásadě konvencionalistický přístup k základním právům*“ a jeho prosazení by znamenalo, že „*ústavodárce, dohodne-li se na tom, by mohl kdykoliv změnit resp. zúžit rozsah i obsah základních práv, a to jen s ohledem na časově aktuální zkušenost. Tento nebezpečný názor je však vyvrácen již klasickým výrokem španělsko-amerického filozofa G. Santayany, dle kterého ten, kdo nezná svou minulost, je odsouzen si ji zopakovat.*“ WAGNEROVÁ E. Svobodný projev a právo na informace. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 2, s. 125. Cílem níže předloženého modelu limitování je zjistit, jestli je alternativou k liberální ústavní teorii skutečně tyranie, příp. chaos, jak se z úryvku může zdát.

⁷⁶ Tomuto tématu se ostatně věnovali jiní, kvalifikovanější autoři, např. ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980; WALDRON, J. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁷⁷ Čl. 2 odst. 2, čl. 4 odst. 1 písm. d) bod 3, čl. 4 odst. 3, čl. 9 odst. 2 písm. d) usnesení vlády 19. března 1998 (tzv. Legislativní pravidla vlády), ve znění pozdějších změn; činnost legislativních odborů ministerstev v meziresortním připomínkovém řízení; činnost Legislativní rady vlády; činnost Rady vlády pro lidská práva a podobných poradních orgánů vlády; dříve činnost Zmocněnce vlády pro lidská práva; činnost Ústavně právního výboru Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR (byl mj. garančním výborem pro návrh Listiny); činnost Ústavně-právního výboru Senátu Parlamentu ČR; činnost Stálé komise Senátu pro Ústavu České republiky a parlamentní procedury (současnou předsedkyní bývalá ústavní soudkyně). Podstatné je, že zmiňované orgány (zejména na vládní úrovni) tu nejsou od prosazování individuálních nebo skupinových zájmů, ale od dohledu nad dodržováním ústavních a morálních požadavků.

⁷⁸ GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, op. cit. sub 13, s. 1.

⁷⁹ Např. SRN nebo USA. Inspirovali jsme se ale třeba i Francií, jejíž Conseil Constitutionnel tak aktivní zdaleka není.

českému ústavnímu systému něco, co mu zkrátka není vlastní. Velká Británie, Kanada, Nový Zéland a Austrálie se však od ČR nebo SRN odlišují ještě v jedné podstatné věci: jejich recentní ústavní historie nebyla spojena s přechodem od totalitního k demokratickému režimu. V takovém přechodném období je bezesporu přijatelné, ba žádoucí, přenechat ústavním soudům silnou a aktivní roli.⁸⁰ Avšak v zemích, které podobně jako Velká Británie, Kanada, Nový Zéland a Austrálie - nebo Česká republika - představují vyspělé demokracie, se svobodnou soutěží politických stran, nezávislým soudnictvím, svobodným tiskem a vzdělaným a politicky angažovaným elektorátem, argumenty pro soudní minimalismus zesilují.⁸¹ Pozadí následujícího výkladu (zejména 2. kapitoly) tak bude dominovat předpoklad, snad optimistický předpoklad, že ačkoliv mohl být současný model limitování základních práv prezentovaný Ústavním soudem ČR od samého počátku jeho existence v naprostém souladu s potřebami přechodného období na konci minulého a počátku tohoto století, představuje tento model nejen *nikoli nutný* výklad Listiny, ale rovněž výklad *nikoli vhodný* vzhledem ke vztahu, který mezi zákonodárnou a soudní mocí v současnosti nastavuje.

(e) Oblast zájmu

Vrátím-li se zpět k dichotomii omezování a vymezení, toto rozlišení si našlo své místo v pracích významných zahraničních právních teoretiků a filozofů. Ten, třebaže poznamenaný spíše akademickým zápasem dvou silných teoretických proudů než všeobecným konsensem,⁸² přináší hodnotné a českému oku provokativní vhledy do otázek týkajících se modelu limitování základních práv. Nejdůležitější momenty tohoto diskursu budou shrnuty v první kapitole předložené práce.

Naopak u nás se nejen rozdíl mezi vymezením a omezením práva, ale ani podmínky limitování základních práv jako takové nedočkaly prakticky žádného teoretického rozboru. S úvahami o podmínkách limitování základních práv se zpravidla setkáváme v knižních komentářích při popisu jednotlivých základních práv a typizovaných situací, v nichž může docházet k jejich limitování. Kategorizaci základních práv a svobod podle jejich právní ochrany na normativní úrovni, která by umožnila studentům ústavního práva i širší veřejnosti pochopit teoretickou koncepci, s jakou k Listině přistupujeme (nebo

⁸⁰ BARAK, A. A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy. *Harvard Law Review*. 2002, roč. 116, s. 63.

⁸¹ SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 6, s. 426-7.

⁸² "In spite of many efforts, which have led to numerous valuable insights, it cannot be said that there is a single satisfying system of limits." ALEXYS, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 2, s. 185.

bychom přistupovat mohli), se související odborná literatura buď věnuje nedostatečně,⁸³ anebo nevěnuje vůbec.⁸⁴

Napravením tohoto nedostatku, tedy citlivým rozlišováním omezení a vymezení v rámci Listiny, je možné dekonstruovat model limitování základních práv v ČR, tak aby nastavoval co nejadekvátnější vztah mezi státem a jednotlivcem, jakož i mezi mocí zákonodárnou a soudní. Předložená práce si tak bude klást tytéž otázky, které si v poslední kapitole knihy *Limiting Governments* klade soudce ESLP András Sajó:

(1) *Kdo a jak může vymezovat základní práva?*

(2) *Kdo a jak může omezovat základní práva?*

První otázka bude rozvedena v 2. kapitole, kde tvrdím, že Listina předpokládá vymezování práv v daleko širším rozsahu, než o jakém jsme dosud uvažovali. Naopak 3. kapitola věnující se omezování základních práv natolik kritická nebude a pokusím se v ní analyzovat kategorie základních práv podle Listiny, tak jak jsou vykládány Ústavním soudem. I zde však bude správnost části doktríny ÚS zpochybněna, zejména podmínky omezení nekvalifikovaných práv v podkapitole 3.4.2.

Veden zkušeností chci nyní v krátkosti ozřejmit, o čem předložená práce *není*. Zaprvé, „teoretická východiska“ v názvu práce upozorňují na skutečnost, že nejde o **popis praxe limitování** základních práv na našem území. O porušování práv vězňů, týrání dětí nebo diskriminaci zaměstnanců na pracovišti proto musí být přes důležitost těchto témat pojednáno jinde. Zadruhé, předmětem zájmu nebudou nástroje k řešení konfliktů práv a zájmů, např. **test proporcionality**. Zatřetí to nebudou ani **ostatní problémy teorie ústavních práv**, zejména problémy struktury a normativních zdrojů práv. Začtvrté, vynechána bude problematika **výjimečných stavů**. Jinými slovy, budu se soustředit na limitování základních práv za běžných (a nikoli mimořádných) okolností.⁸⁵ Konečně se v práci nemohu věnovat ani **imperfektním zásahům do základních práv**. Zde vycházím z rozlišování mezi *perfektními* a *imperfektními* zásahy do základních práv. Rozlišování, které si vyžaduje bližší vysvětlení.

Jak již bylo řečeno, úvahy o možnostech omezování základních práv odrážejí naše představy o nastavení vztahu jednak mezi jednotlivcem a státem, jednak mezi orgány zákonodárnými a soudními navzájem. Jako takové je toto téma ústředním politicko-filozofickým, teoreticko- a ústavně-právním problémem moderního liberálně

⁸³ Většinou jde o komentáře k Listině, které tak učiní při výkladu článku 4 Listiny. WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012; PAVLÍČEK, V. et al. *Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. 2. díl. Práva a svobody. 2. dopl. a podst. rozš. vyd.* Praha: Linde Praha a. s., 2002; KLÍMA, K. et al. *Komentář k Ústavě a Listině. 2. vyd.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2009; BARTOŇ, M., KRATOCHVÍL, J., KOPA, M., TOMOSZEK, M., JIRÁSEK, J. a SVAČEK, O.. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016; PAVLÍČEK, V., GRONSKÝ J., HŘEBEJK, J. et al. *Ústavní právo a státověda. II. díl, Ústavní právo České republiky. 2. aktualiz. vyd.* Praha: Leges, 2015, s. 513-518.

⁸⁴ PAVLÍČEK, V. *Ústavní právo a státověda. Díl 2, Ústavní právo České republiky*. Praha: Linde, 2004, kap. 2; KLÍMA, K. *Listina a její realizace v systému veřejného a nového soukromého práva*. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2014; KLÍMA, K. *Ústavní právo. 5. aktualiz. vyd.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, kap. 2.

⁸⁵ K tomuto tématu viz SUCHÁNEK, R. *Omezení základních práv v mimořádných situacích*. In: Pavlíček, V. et al. *Právo a bezpečnost státu*. Praha: Vodňář, 2002.

demokratického právního státu. Dohled nad ochranou ústavností v nich má jeden nebo více orgánů, v českém případě Ústavní soud v Brně. Přestože se většina optimalizačního procesu odehrává na úrovni nižších soudů, v popředí této práce bude vystupovat právě Ústavní soud, ke kterému nejobtížnější a zároveň nejilustrativnější právní spory dříve nebo později zpravidla doputují.

Úkoly Ústavního soudu v oblasti soudního přezkumu ústavnosti právních předpisů lze rozdělit na výkon abstraktní, incidenční a konkrétní kontroly ústavnosti. Předmětem této práce je primárně kontrola konkrétní, vztahující se k ochraně základních práv identifikovatelných jednotlivců. Na právnických fakultách (alespoň té pražské) je fungování konkrétní kontroly ústavnosti běžně demonstrováno na typických příkladech střetu základního práva a státní moci anebo dvou základních práv (defamační žaloby, zákazy demonstrací, diskriminace apod.), které jsou následovány představením testu proporcionality a popisem jeho jednotlivých kroků (*složitě případy, hard cases*). To je sice didakticky vhodné, analyticky však nepřesné. Učebnice ústavního práva to vede k opomenutí faktu, že ne všechna řízení před Ústavním soudem jsou od počátku ve znamení střetu dvou právních zájmů či střetu dvou právních nároků. Mnohem více (často úspěšných) ústavních stížností je založeno na odlišném typu tvrzení.⁸⁶ Za účelem přesnosti proto bude vhodné, budu-li nadále rozlišovat mezi *perfektními* a *imperfektními zásahy* do základních práv. *Imperfektní zásahy* jsou charakteristické tvrzeným porušením základního práva vadným *způsobem* výkonu veřejné moci. Naopak při perfektních zásazích k tvrzenému porušení základního práva způsobem výkonu veřejné moci nedochází. *Perfektní zásahy* se vyznačují tvrzeným porušením práva v materiálním aspektu.⁸⁷ Do určité míry, kterou přibližím následovně, se překrývají s kategorií složitých případů (*hard cases*). Z hlediska právní teorie, zatímco pro imperfektní zásahy je typická kolize subsumpčních podmínek obsažených v hypotéze jediné normy, perfektní zásahy jsou zpravidla doprovázeny konfliktem dispozic norem dvou.⁸⁸

Centrem níže uvedené analýzy budou zásahy **perfektní**, tedy ty, které dominují při výuce ústavního práva. Pro lepší přehlednost však stručně popíši kategorii imperfektních zásahů. O které jde? Za imperfektní zásahy lze označit ty, při kterých jsou základní práva údajně porušena:

1. zákonným podkladem chybějícím nebo nezveřejněným,⁸⁹

⁸⁶ Tím nechci říct, že by si snad soudci tento rozdíl neuvědomovali. Rozdíl však existuje spíše v pozadí soudní judikatury, aniž by na něj bylo upozorněno a aniž by soudy uvážily, jaké důsledky to má pro jejich koncepci omezení základních práv.

⁸⁷ K užitečnému rozlišení formálního a materiálního aspektu při limitování práv viz ALEXEY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 2, s. 189-90.

⁸⁸ Viz výklad prof. Holländera in HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 148 an.

⁸⁹ Např. nesprávný výklad osobní působnosti právní normy (nálezn sp. zn. IV. ÚS 1146/16 ze dne 20. 6. 2017), chybějící pravomoc k rozhodnutí (nálezn sp. zn. IV. ÚS 3597/10 ze dne 20. 10. 2011 nebo nezveřejnění předpisu ve Sbírce zákonů).

2. formální vadou řízení anebo rozhodnutí,⁹⁰
3. pasivitou státu,⁹¹
4. ústavně nekonformním výkladem právního předpisu orgánem aplikujícím právo (hmotněprávní interpretační vada),⁹²
5. parametrickou vadou.⁹³

Ve většině případů jde o „*vadnou aplikaci podústavního práva obecným soudem, které má za následek porušení základních práv či svobod jednotlivce.*”⁹⁴ Jeden zásah se samozřejmě může vyznačovat i několika výše uvedenými vadami najednou. Společně mají to, že u nich nelze hovořit o důvodu, účelu či cíli, pro který k omezení práva došlo. K omezením zde zpravidla dochází ze zcela prozaických příčin: policejní orgán neumožnil přítomnost advokáta u výslechu, matriční úřad nezapsal příjmení osoby s nestandardními znaky z technických důvodů, soud se nechtěl věnovat dalšímu účastníku řízení, soud předčasně považoval tvrzení za prokázané. Chceme-li přesto hovořit o nějakém důvodu omezení, je jím ten, že orgán dal přednost *efektivitě postupu* před jeho plnou správností, zákonností a ústavností. U parametrických vad je lépe uvažovat o tom, že soud dal přednost určité *představě o spravedlivém uspořádání právního vztahu* (např. nižší náhradě škody) před jinou představou (vyšší náhradě škody), vždy však na stejném kontinuu.

Jestliže policista neumožnil přítomnost advokáta u výslechu, usoudil, že k tomu advokát není oprávněn. Jestliže stát nezabránil kontaminaci vodní plochy uzákoněním přísnějších pravidel, usoudil, že k tomu není povinován. Jestliže soud potvrdil informační povinnost právnické osoby, usoudil, že je adresátkou právní normy definující povinné subjekty. Jestliže soud přiknul poškozenému pouze částečnou náhradu škody, usoudil, že právo poškozeného na náhradu škody nesahá až k plné náhradě škody.

Ve všech těchto případech může Ústavní soud konstatovat protiústavnost postupu, a přesto ani jeden z nich neodráží typický myšlenkový proces, kterým nahlížíme na střet

⁹⁰ Typicky může jít o: formální požadavky na právní akt, kterým bylo do základních práv zasazeno, např. na příkaz k domovní prohlídce (nález sp. zn. I. ÚS 2024/15 ze dne 15. 12. 2015), nedostatečné odůvodnění rozhodnutí, např. o pořádkové pokutě (nález sp. zn. III. ÚS 3844/13 ze dne 30. 10. 2014) nebo o vyhoštění (nález sp. zn. I. ÚS 4503/12 ze dne 11. 6. 2014), nepřezkoumatelnost rozhodnutí (nález sp. zn. IV. ÚS 767/05 ze dne 10. 4. 2006), excesivně formulovaný výrok (nález sp. zn. II. ÚS 171/12 ze dne 15. 5. 2012), porušení vázanosti obecných soudů nálezem ÚS (nález sp. zn. IV. ÚS 1642/11 ze dne 8. 11. 2011), nepřipustný formalismus (nález sp. zn. I. ÚS 290/15 ze dne 16. 9. 2015), neurčitost právní normy (nález sp. zn. Pl. ÚS 3/15 ze dne 30. 5. 2017 (231/2017 Sb.)) atd.

⁹¹ Zde to záleží případ od případu, ale nepřijetí procedurální úpravy základního práva je také možno nahlížet jako na imperfektní zásah, např. II. ÚS 1969/10 (soudní přezkum vnitrostranických rozhodnutí).

⁹² Např. nepřipustně extenzivní výklad věci důležité pro trestní řízení (nález sp. zn. I. ÚS 3511/14 ze dne 22. 9. 2015) nebo restriktivní výklad zákonné normy stanovující povinnost poskytovat informace (nález sp. zn. I. ÚS 3930/14 ze dne 16. 6. 2015).

⁹³ Mám na mysli především přiznání náhrady škody v krajně neadekvátní výši (nález sp. zn. I. ÚS 1586/09 ze dne 6. 3. 2012).

⁹⁴ Z nálezu sp. zn. III. ÚS 321/03 ze dne 30. 6. 2004).

dvou stejně hodnotných právních statků. Přesněji jde o procesy dva, které Max Weber nazýval prostředkové a hodnotové myšlení (*instrumental/value reasoning*).⁹⁵

Úvaha, která měla podle Ústavního soudu vést obecný soud, byla vadná ne kvůli špatnému vyhodnocení vztahu dvou právních statků, nýbrž sama o sobě.⁹⁶ Tím se imperfektní zásahy liší od perfektních zásahů, které si vyžadují určitou kvalifikovanou úvahu a které budou v centru následujících kapitol.

Složitě případy (*hard cases*), pojímané jako případy dosud neupravené žádným ustáleným právním pravidlem,⁹⁷ vznášejí jednak otázku zdroje práva a soudní diskrece (*může soudce vyplnit legislativní mezeru novým pravidlem a - pokud ano - kde má hledat?*), jednak otázku normativní úvahy o spravedlivém řešení (*má-li soudce prostor pro úvahu, jakou strukturu by měla mít?*). Perfektní zásahy zásadně generují složité případy. Co když ale žalovaný orgán provede úvahu v souladu s obecně akceptovaným výkladem právní normy (*easy case*), kterou se Ústavní soud rozhodne s ohledem na společensko-politické procesy revidovat?⁹⁸ V takové chvíli je imperfektní zásah (ústavně nekonformní výklad právního předpisu) reinterpretovaný jako složitý případ až před Ústavním soudem. Dynamické přetváření práva tedy alespoň v našem právním systému způsobuje, že imperfektní zásahy tu a tam generují složité případy. Mezi perfektní zásahy a složité případy z toho důvodu nelze vkládat rovnítko.

Ještě jedna skutečnost nasvědčuje vzájemné provázanosti a zároveň odlišnosti perfektních a imperfektních zásahů. Ilustrujme si ji na nálezu se sp. zn. IV.ÚS 428/05, kde senát ÚS posuzoval kompenzační nárok stěžovatele podle zákona o odpovědnosti státu za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci,⁹⁹ a to z titulu jeho neoprávněného povolání k výkonu civilní služby.¹⁰⁰ Přesněji, stěžovatel byl v roce 1994 odsouzen pro trestný čin nenastoupení civilní služby a teprve v roce 1998 na základě řízení o povolení obnovy řízení se ukázalo, že toto odsouzení bylo nezákonným. Jeho vznesený kompenzační nárok byl příslušnými orgány odmítnut, protože podle nich nedošlo

⁹⁵ Podle George Letsase jsou oba procesy výrazem něčeho, co v nejširším smyslu nazýváme přiměřenost, čili proporcionalita. LETSAS, G. Rescuing Proportionality. In: CRUFT, R., LIAO, M. a RENZO, M. (ed.) *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 341-360.

⁹⁶ Výsledek se potom jeví jako napomenutí obecných soudů, že imperfektností svého postupu porušily stěžovatelovo základní právo, které si perfektnost postupu vyžaduje. Ústavní soud poskytuje finální výklad podústavního práva, ale zjišťuje, „zda soudy podaný výklad rozhodných právních norem je předvídatelný a rozumný, koresponduje-li fixovaným závěrům soudní praxe, není-li naopak výrazem interpretační svévole (libovůle), jemuž chybí smysluplné odůvodnění, případně zda nevybočuje z mezí všeobecně (konsenzuálně) akceptovaného chápání dotčených právních institutů, resp. nepředstavuje-li tím výklad extrémní, resp. excesivní.“ Nález sp. zn. III. ÚS 346/06 ze dne 19. 12. 2007).

⁹⁷ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001 (přeložil Zdeněk Masopust), s. 112.

⁹⁸ Jedná se o případy, v nichž Ústavní soud posuzuje, zda obecné soudy v dané věci ústavně souladně posoudily konkurenci norem jednoduchého práva sledujících určitý ústavně chráněný účel či konkurenci interpretačních alternativ jedné konkrétní normy. Nález sp. zn. III. ÚS 321/03 ze dne 30. 6. 2004).

⁹⁹ Zákon č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád)

¹⁰⁰ Nález sp. zn. IV. ÚS 428/05 ze dne 11. 10. 2006).

k zásahu do jeho osobnostních práv. Ústavní soud stížnosti vyhověl, protože „bezpochyby každé trestní stíhání představuje omezení souhrnu osobnostních práv, jejichž součástí jsou vyjmenovány v čl. 10 Listiny.“ Takové omezení je „obecně legitimováno veřejným zájmem na ochraně společnosti před pachateli trestné činnosti“, ale pokud orgány činné v trestním řízení „dospějí k pravomocnému rozhodnutí, které se posléze ukáže jako nezákonné, nebo si v průběhu trestního řízení počínají nezákonným způsobem či způsobem neslučitelným s ochranou základních práv, čítajíc v to nejen extrémní případy nelidského či ponižujícího zacházení, ale též případy průtahů v řízení, jedná se o postupy, kterými již porušují jednotlivá osobnostní práva, jejichž ochrana je garantována čl. 10 Listiny,“ resp. o omezení, které je třeba podrobit testu proporcionality. Konečně, skutečnost nezákonného odsouzení „vede k závěru, že stěžovatel byl poškozen na svých osobnostních právech, neboť **po dobu, než** došlo k povolení obnovy řízení a než byl učiněn konečný závěr, že trestný čin nebyl spáchán, byl stěžovatel konfrontován s tím, že je pravomocně odsouzeným pachatelem trestného činu.“

Z nálezu plyne důležitý a podle mě správný závěr, že neexistuje obecné základní právo nebýt dotčen na svých zájmech postupem státních orgánů v trestním řízení, třebaže je jeho výsledkem nezákonné rozhodnutí. Kompenzován můžu být **za dobu, než** došlo k nápravě, ale ne za dobu před vydáním nezákonného rozhodnutí. Ledaže postup státních orgánů byl vadný sám o sobě (nepřiměřená délka řízení, nelidské zacházení apod.). V takovém případě podle externalisticky laděného nálezu mé právo převáží nad veřejným zájmem na ochranou společnosti před pachateli trestné činnosti. *Ale které právo?* Pokud nemám základní právo nebýt dotčen na svých zájmech postupem orgánů činných v trestním řízení, jak můžu být kompenzován za jeho *nepřiměřené* dotčení? Moje úvaha je podmíněná tím, že větu „[o]becně jistě platí, že takové omezení je legitimováno veřejným zájmem na ochraně společnosti před pachateli trestné činnosti,“ si vykládám tak, že k tomuto omezení dochází již na ústavní úrovni, kde je svoboda jednotlivce ve skutečnosti zúžena pro účely nezbytné pro trestního řízení. Proto neexistuje obecné základní právo nebýt dotčen na svých zájmech postupem státních orgánů v trestním řízení. Takto chápaná svoboda je vyjádřena pravidlem, zatímco test proporcionality vyžaduje poměření dvou neomezených principů.

Je pravdou, že test proporcionality může být vhodným prostředkem hodnocení přípustnosti perfektních zásahů. Ale proč vůbec o perfektním zásahu *a priori* (*in the first place*) hovořit? Přesvědčivým důvodem by mohl být ten, že co ÚS nazývá „nelegitimními faktory“ (např. nepřiměřená délka řízení) mohou ovlivnit někoho víc, někoho míň a že na tom závisí přípustnost zásahu. Že mohou ovlivnit někoho víc, někoho míň, je jistě pravda a může se od toho v konečném důsledku odvíjet výše odškodnění. Ale závěr o přípustnosti zásahu by neměl záviset na jeho intenzitě. Kvalifikuje-li se co jako nepřiměřená délka řízení nebo „extrémní případy nelidského či ponižujícího zacházení“, může se tak dít přes naplnění subsumpčních podmínek obsažených v hypotéze ústavní normy, která zakotvuje základní právo na spravedlivý proces. Není třeba, aby se posuzovaly materiální aspekty zásahu, tj. vážit tyto nelegitimní faktory s něčím jiným. Pokud řízení proběhlo v pořádku, nárok na kompenzaci nevznikne. Pokud neproběhlo v pořádku, není třeba zjišťovat vztah mezi právem a veřejným zájmem. Došlo totiž k imperfektnímu zásahu do základního práva. Takový zásah může být omluvitelný, ale

nikdy ne ospravedlnitelný,¹⁰¹ protože spravedlnost je výsledkem hledání optimálního vztahu.

Pro úplnost dodávám, že ve valné většině případů vedou imperfektní zásahy ke stížnostem na tvrzené porušení práva na spravedlivý proces (čl. 36 Listiny), zaměnitelného s procedurální složkou všech ostatních práv.¹⁰² Jinými slovy, jako převozník unese v ústavní stížnosti kterékoli jiné právo, došlo-li při jeho soudní ochraně k porušení ustanovení V. Hlavy Listiny.¹⁰³

¹⁰¹ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, s. 173.

¹⁰² ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 2, s. 115.

¹⁰³ Např. nedotknutelnost obydlí (domovní prohlídky) v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 47/13 ze dne 7. 5. 2014) a vlastnické právo (církevní restituce) v nálezu sp. zn. II. ÚS 3120/10 ze dne 29. 8. 2012).

Struktura a metodologie

Předložená práce není monolitem sestaveným z jediného výzkumného problému, jediného ortodoxního postupu a jediného závěru. Vychází z toho, že kategorie modelu limitování základních práv je kategorií normativní, která má podobně jako každá oblast práva svou funkci, svůj odraz ve společnosti, svůj historický původ, své hodnotové základy, své jazykové vyjádření, svou interpretační metodu atd. Sjednocující název teoretická východiska vyjadřuje můj hluboký zájem o všechny tyto aspekty. Široký záběr si přirozeně vyžádal použití různých výzkumných **metod**.

V **první kapitole** stavím proti sobě dvě dominantní teorie práv. V úvodu jsem poznamenal, že jedna z nich - externí teorie - má v českém diskursu prakticky monopol, což podmínilo můj výrazně argumentační - spíše než neutrální inferenční - přístup ve prospěch teorie interní, kterou stavím do ofenzivní pozice. Mým cílem v této práci přitom není a nemůže být tento akademický spor vyřešit. Jeho představením však dostávám důležitý teoretický aparát pro rozbor modelu limitování v ČR v následujících kapitolách.

V **druhé kapitole** představuji vymezení jako v jurisprudenci přítomný, ale zatím spíše křečovitě uchopený, nesebevědomě používaný pojem. O jeho revitalizaci se pokouším alternativním výkladem Listiny, aniž bych ztrácel z povědomí jeho inherentní problémy. Kapitulu uzavírám kritikou averze externí teorie přisuzovat zákonům řešícím kolize práv se zájmy a hodnotami ústavně normotvornou povahu i tam, kde to Listina předpokládá. V jakém vztahu je vymezení k omezování základních práv podle správné interpretace Listiny dokládám na § 27 příkladu zákona o výkonu trestu odnětí svobody,¹⁰⁴ který byl zvolen proto, že v sobě inkorporuje takřka všechny formy limitování práv.

Ve **třetí kapitole** už vycházím z bohaté judikatury Ústavního soudu k omezování základních práv a snažím se o jejich utřídění do typologie podle podmínek omezení. V nejrozsáhlejší podkapitole k teorii legitimních cílů se soustředím na konceptualizaci legitimních cílů metodou vyabstrahování nikoli jejich definice, ale jejich tzv. esence; kategorie - jak argumentuji - dostatečně flexibilní, aby tento dynamický pojem pojala. K metodě výběru soudních rozhodnutí odkazuji na začátek podkapitoly 3.4.2, kde ji podrobně vysvětluji.

Co se týče **použitých výkladových metod**, jejich názvy a požadavky se v této práci řídí publikací *Metody a zásady interpretace práva* od Jana Wintra, která podle mě zůstává jednou nejpřehlednějších a nejrozsáhlejších v oboru.¹⁰⁵ Výklad ústavních norem je přirozeně spojen se specifiky, která patří analyzovat teoretikům ústavní interpretace. Výkladový princip, který ale na tomto místě musím objasnit, protože jeho specifika ovlivňují všechny úrovně této práce, je **modifikovaný princip racionálního zákonodárce**.

Princip racionálního zákonodárce, užívaný i Ústavním soudem,¹⁰⁶ vychází z premisy, že zákonodárce tvoří právo logicky uzavřené, terminologicky jednotné, bez výskytu

¹⁰⁴ Zákon č. 169/1999 Sb., o výkonu trestu odnětí svobody a o změně některých souvisejících zákonů.

¹⁰⁵ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013.

¹⁰⁶ Nález sp. zn. I. ÚS 160/09 ze dne 2. 6. 2009.

nadbytečných, rozporných či absurdních ustanovení. Odráží pečlivý a formalizovaný postup při koncipování právních předpisů.¹⁰⁷ V ryzím smyslu tento princip vylučuje pochybení.¹⁰⁸

Postupovat při výkladu Listiny analogicky, tedy podle principu racionálního zákonodárce (ústavodárce), by však znamenalo přisuzovat ústavodárci míru pečlivosti, kterou on zřejmě neměl. Znamenalo by to přehlížet, že Listina vznikla za specifických okolností, např. že neprošla standardním formalizovaným legislativním procesem, že byla kompromisem mezi legislativními návrhy ČNR a SNR, že byla přijatá pod tlakem nezdařilých pokusů o udržení federace, že její články jsou často kompiláty článků z ústav sousedních zemí a mezinárodních smluv, že je plná neurčitých pojmů s širokým polem potenciálně přiznaných významů, že není jazykově jednotná atd.¹⁰⁹ To sice nevylučuje aplikaci principu racionálního zákonodárce, omezuje to však jeho pole působnosti na nejevidentnější úsudky - např. že racionální zákonodárce by totéž základní právo v jednom článku nedeklaroval a v druhém nezrušil. Takto redukovaný princip racionálního zákonodárce nazývám po anglickém vzoru modifikovaným principem racionálního zákonodárce. Umožňuje udržet metodologii, na kterou jsou právníci při výkladu práva zvyklí, aniž by vyzýval k iracionálním závěrům.

Konečně k **terminologii** odkazují především do příslušných poznámek pod čarou, kde se snažím termíny průběžně vysvětlovat. Terminologická stránka práce byla výzvou, ke které jsem přistoupil podle vhodnosti buď (1) přijetím pojmu užívaného určitým autorem nebo institucí (např. Alexyho původní a odvozené ústavní normy, Kosařova kvalifikovaná a nekvalifikovaná práva), nebo (2) vlastním vymezením všech pojmů, jejichž významy se mezi autory a institucemi liší (absolutní práva, limitování), nebo (3) vymezením pojmů nových (kolizní normy, esence veřejného zájmu).

Už samotný předmět zájmu této práce, základní práva a svobody, je problematický a musel jsem jej výše vymezit tak, aby co nejvíce vynikla institucionální funkce základních práv a svobod, a zkrátit z úsporných důvodů na „základní práva“.¹¹⁰ Markantní problém dále představovaly výrazy, které jsou jinak uchopovány v češtině a jinak v cizích jazycích, resp. cizích právních systémech. Vzhledem k tomu, že cílem této práce je představit pozitiva spojená s konceptualizací některých ústavních jevů

¹⁰⁷ Srov. čl. 40 Legislativních pravidel vlády schválených usnesením vlády č. 188/1998, ve znění pozdějších změn.

¹⁰⁸ MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*. Úvod do právní argumentace. Praha: C.H. Beck, 2010, s. 86. WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 80.

¹⁰⁹ MIKULE, V. a SLÁDEČEK, V. Listina základních práv a svobod a její osudy. In: *Teoretické problémy práva na prahu 21. století. Pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc.* Praha: Karolinum, 2002, s. 115-134; SUCHÁNEK, R. Dvacet let Listiny základních práv a svobod - stabilita ve víru změn. In: GERLOCH, A. a ŠTURMA, P. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století: v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011, s. 18-31.

¹¹⁰ Viz pozn. pod čarou č. 1.

v zahraniční literatuře, jsem musel výjimečně přistoupit i k upřednostnění cizojazyčných výrazů (spojených s určitou teorií) oproti těm českým.¹¹¹

¹¹¹ Tak třeba v české právní teorii je obvyklé rozlišovat mezi právní normou a právním principem. Právní norma je starší koncept spojovaný s vlivem Hanse Kelsena na českou právní teorii. Se zavedením pojmu principu stojícím vedle právní normy jako axiologický a ne deontologický nárok však začal chybět nadřazený pojem, který české právní teorii dodnes chybí. V tomto světle je zjevná elegance Dworkinova řešení, kdy normy zahrnují jednak pravidla, jednak principy. Oba stanoví měří, ale pouze první z nich to stanoví kategoricky.

1. Diskurs k povaze základních práv: externalismus vs. internalismus

Listina základních práv a svobod stanoví, že každý má právo na život.¹ Představme si, že za mnou přijde právní lajk a s pozdviženým obočím se zeptá: „Znamená to, že policista, který zastřelí ozbrojeného lupiče, tím porušuje jeho právo na život?“ Pokud jsem znalý Listiny, upozorním ho na čtvrtý odstavec téhož článku, dle kterého porušením práva na život není, jestliže byl někdo zbaven života v souvislosti s jednáním, které podle zákona není trestné.² Poskytl jsem právnímu lajkovi dostatečnou odpověď?

Nyní si představme vtipálka pokutovaného za to, že v přeplněném kinosále bezdůvodně zvolal „HOŘÍ!“, způsobiv tak všeobecnou paniku, při které byli diváci ohroženi na zdraví. Právní lajk se může ptát: „Nebyl tím vtipálek omezen na svobodě projevu?“ Zde je věc složitější, protože Listina analogickou výjimku ze svobody projevu explicitně nepřipouští. Pokud souhlasím s ústavní konformitou vtipálkova pokutování, můžu zvolit jednu ze dvou odpovědí, které se vzájemně vylučují:

(a) ano, vtipálek byl omezen na svobodě projevu, ale ústavně konformně, protože nad jeho základním právem převážil zájem na ochraně veřejného pořádku a bezpečnosti, nebo

(b) ne, vtipálek nebyl omezen na svobodě projevu, protože svoboda projevu se vůbec nevztahuje na tak nebezpečné či nemorální jednání, jakým je způsobení paniky v přeplněném kinosále.

V opačném směru, byl-li vtipálek pokutován za zvolání „HOŘÍ!“ v *prázdném* kinosále,

(a) byl na svobodě projevu omezen bez dostatečného důvodu, který by převážil nad jeho základním právem, nebo

(b) byl na svobodě projevu omezen, což samo představuje porušení jeho základního práva.

Předpokládejme, že na otázku lajka odpovím podle první varianty, tedy že došlo k omezení vtipálkova práva z ústavně přípustného důvodu. Můj kolega mne ale v této hypotetické situaci upozorní, že existuje zákon č. 330/1993 Sb., o svobodě slova, který stanoví: „*Každý má právo na svobodný projev. Projevem není jednání spočívající ve zvolání „HOŘÍ!“ v kinosále, může-li toto jednání ohrozit životy nebo zdraví lidí.*“ Měl bych na základě tohoto poznatku změnit své tvrzení o omezení vtipálkovy svobody projevu?³

Nastíněné odpovědi mohou být zobecněny do dvou kolidujících tezí, a sice že pro porušení základního práva musí dojít buď (a) k zásahu do základního práva (udělení pokuty) bez dostatečného důvodu (ochrana veřejného pořádku a bezpečnosti), anebo (b) k zásahu do základního práva tam, kde důvody zásahu nejsou součástí definice

¹ Čl. 6 odst. 1 věta první Listiny.

² Srov. § 56 odst. 1 písm. b) zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, opravňující policistu použít zbraň proti nebezpečnému pachateli.

³ Typický argument ústavních právníků na tomto místě spočívá v odkazu na čl. 41 odst. 1 Listiny. Jedním z cílů této práce je zpochybnit interpretační směrodatnost tohoto ustanovení.

základního práva (svoboda projevu vylučuje potrestání za zvolání „HOŘÍ!“ v prázdném kinosále).⁴

Ústavní soud se v jednom ze svých vůbec prvních rozhodnutí přihlásil k první variantě, a to dokonce ještě dříve, než začal používat zárodek budoucího testu proporcionality v nálezu Pl. ÚS 4/94 (*Anonymní svědek I.*). V plenárním nálezu z ledna 1994 konkrétně judikoval, že při údajném porušení základního práva je nezbytné „zvažovat, zda vůbec došlo k omezení základního práva a svobody a pokud ano, zda k němu došlo v takovém rozsahu, který ústavní předpisy připouštějí.“⁵ Vyslovil se tak pro dualismus zásahu a porušení práva.

Navazující judikatura a odborná literatura jako by přijaly první variantu za axiom ústavněprávní doktríny.⁶ Ve středu ústavněprávního diskursu se tak ocitla témata související s tím, jak test proporcionality⁷ - poměřující kolidující ústavní hodnoty požadavkem proporcionality - a jeho modality⁸ optimalizovat, spíše než s tím, jestli je princip proporcionality věrnou reflexí úmyslu ústavodárce a adekvátním nástrojem ústavněprávního přezkumu.

To v zahraničí - zejména na půdě německých, amerických a britských univerzit⁹ - musel princip proporcionality čelit zásadní kritice, a to jak v jurisprudenci normativní, tak analytické, čili v kritických analýzách rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva, Spolkového ústavního soudu SRN nebo Nejvyššího soudu USA. Z příznivců a odpůrců principu proporcionality se vytvořily dva proudy, nabízející zcela odlišná uchopení základních práv. Jednotliví autoři je nazývají různě. Třeba Robert Alexy rozlišuje mezi vnitřní teorií (*internal*) a vnější teorií (*external theory*) podle toho, zda je právo

⁴ Pokud vím, neexistuje u nás právní úprava toho, jak se chovat v kině. To posunuje mnou uvedený příklad do méně zřetelné pozice, než kdyby se jednalo o oblast právem regulovanou. Vhodnější by tak mohl být příklad Jamese W. Nickela vztahující se k situaci, kdy do americké soudní síně vběhne během jednání Jones a chce vykonat svou svobodu projevu sdělením porotě jí zákonem zamlčené informace o trestní minulosti obžalovaného. Nickel by shrnul, že odpověď (a) se soustřeďuje na váhu, zatímco odpověď (b) na rozsah práva. NICKEL, J. W. *Making Sense of Human Rights*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2. přeprac. vyd., 2004, s. 49.

⁵ Nález sp. zn. Pl. ÚS 15/93 ze dne 19. 1. 1994).

⁶ Chybí tak přesvědčivá teorie vysvětlující nejen to, kdy veřejné zájmy lidská práva převažují, ale i to proč by kdy převažovat měly. GARDBAUM, S. Limiting Constitutional Rights. *UCLA L Rev*, 2007, roč. 54, s. 793.

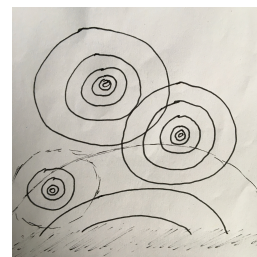
⁷ KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. 17, č. 1; ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012 a další.

⁸ VYHNÁNEK, L. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, č. 3, s. 7; KRATOCHVÍL, J. Test racionality: skutečně vhodný test pro sociální práva? *Právnick*, 2015, roč. 154, č. 12, s. 1052-1074; a další.

⁹ Diskurs, který zde popisují, se tedy vede v anglickém a německém jazyce. Přestože někteří Němci píší v angličtině (Möller, Alexy) nebo jsou do angličtiny překládáni, v zásadě platí, že oba diskursy jsou na sobě velmi nezávislé. Respektive vycházím z toho, že drtivá většina anglofonních autorů tuto část německé teorie vůbec necítuje a patrně ji ani nečte. Leč opačně soudit nemohu, protože můj přístup k německy psané literatuře je velmi omezený, což přisuzuji jednak mé slabé němčině, jednak slabým fyzickým i elektronickým katalogům českých knihoven, tj. pokud se německé právní teorie týče. Koneckonců, na některé americké práce jako by se spíše prášilo na Harvardu a Yale, než že by jimi překypovaly evropské databáze. Vezmu-li úvahu, že v přístupných publikacích američtí kolegové často reagují jeden na druhého (nestudovali-li v Oxfordu), jeví se, že problém je oboustranný.

omezováno tzv. z vnějšku či zevnitř.¹⁰ C. H. Wellman hovoří o specifikačních teoreticích a *prima facie* teoreticích.¹¹ Alexander Green staví konfliktní teorii (*conflict theory*) vedle absolutní teorie práv (*an absolute theory of rights*).¹² Saladin Meckled-Garcia nabízí tezi vážení zájmů (*weight-of-interests thesis*) a tezi specifikace (*specification thesis*).¹³ Stijn Smet¹⁴ a Danny Frederick¹⁵ rozlišují analogicky mezi tzv. specifikačním a *pro-tanto* pojetím lidských práv. Kai Möller hovoří o prahovém modelu (*threshold model*), s nímž pracují zastánci specifikace, a vyčerpávajícím modelu (*comprehensive model*), s nímž pracují zastánci proporcionality.¹⁶ Specifických rysů nabyl tento diskurs ve Spojených státech, kde již po generaci probíhá debata mezi absolutismem a non-absolutismem (*non-absolutism*) v teorii základních práv.¹⁷

obrázek č. 2

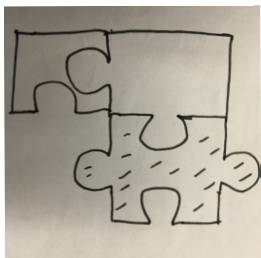


Česká teorie se tomuto diskursu dosud nevěnovala a pro uvedené tábory označení nemá. Rozhodl jsem se rozlišovat po Alexyho vzoru mezi externí a interní teorií, resp. mezi **externalisty** a **internalisty**.¹⁸ Externalisté chápou základní práva i podmínky jejich omezení široce; práva jsou limitována z vnějšku (mimo sféru morálních požadavků, na kterých práva spočívají),¹⁹ např. přijetím zákona k ochraně zájmu společnosti

- ¹⁰ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004 (překlad J. Rivers, orig.: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1986), s. 178-9. Ve svých pozdějších publikacích hovoří také o vážícím přístupu (*balancing approach*) a subsumčním přístupu (*subsumption approach*). ALEXY, R. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*. *Ratio Juris*, 2003, roč. 16, č. 2, s. 134.
- ¹¹ WELLMAN, C. H. On Conflicts Between Rights. *Law and Philosophy*, 1995, roč. 14, s. 274.
- ¹² GREEN, A. An Absolute Theory of Convention Rights: Why the ECHR Gives Rise to Legal Rights That Cannot Conflict with Each Other. *UCL Jurisprudence Review*, 2010, roč. 75, č. 93, s. 77.
- ¹³ MECKLED-GARCIA, S. Specifying Human Rights. In: CRUFT, R., LIAO, S. M., a RENZO, M., *Philosophical foundations of human rights*, Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 300.
- ¹⁴ SMET, S. *Resolving conflicts between human rights: the judge's dilemma*. New York: Routledge, 2016, s. 16 an.
- ¹⁵ FREDERICK, D. Pro-Tanto Versus Absolute Rights. *Philosophical Forum*, 2014, roč. 45, č. 4, s. 386.
- ¹⁶ MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 17/2013, s. 6. Zatímco první přistupují k problémům morálky pragmaticky, druhí principiálně (*Ibid.*, s. 7). Kritiku principu proporcionality (jehož je silným zastáncem) Möller označuje za negativistickou (*negative in spirit*) a vítá zrození podle něj třetí skupiny autorů, kteří se soustředí na vylepšování praktického využití principu proporcionality, spíše než na jeho úplné podrytí. MÖLLER, K. Constructing the Proportionality Test: An Emerging Global Conversation. In: LAZARUS, L., MCCRUDDEN, Ch. a BOWLES, N. (eds.) *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement*. Oxford: Hart Publishing, 2014.
- ¹⁷ Přehledně např. ROSEN, M. D. When Are Constitutional Rights Non-Absolute? McCutcheon, Conflicts, and the Sufficiency Question. *William & Mary Law Review*, 2015, roč. 56, č. 4; dále slavný text MEIKLEJOHN, A. The First Amendment is an Absolute. *The Supreme Court Review*, 1961, 245-266. Podle Tsakyrikise odhalila americká debata některé problémy v rozhodování o právech, které musí Evropa teprve poznat. TSAKYRIKIS, S. Proportionality: An Assault on Human Rights? *I•CON*, 2009, roč. 7, č. 3, s. 469.
- ¹⁸ Zvažoval jsem i specifikační a protantistické, absolutistické a relativistické, dokonce i Alexyovce a Webberovce podle nejvýraznějších představitelů. Nicméně myslím, že dělení externalisté a internalisté - třebaže ne ideální - bude pro další analýzu nejpraktičtější.
- ¹⁹ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, s. 200; „[R]ights may be justifiably infringed only for the sake of an objective that reflects the underlying moral currency of rights.“ (WEINRIB, J. When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality. *Ratio Juris*, 2017, roč. 30, č. 3, s. 343).

nebo jiných základních práv. Mohou se tedy dostat do kolize s právy, zájmy a hodnotami: narážejí do sebe jako vlnky na moři (obrázek č. 2). Teprve při soudním přezkumu se určuje, v jakém jsou tyto hodnoty vztahu. Ve výše uvedeném příkladě by tvrdili, že vtipálek byl omezen na svobodě projevu, ale ústavně konformně, protože nad jeho základním právem převážil zájem na ochraně veřejného pořádku a bezpečnosti.

obrázek č. 3



Internalisté naopak volají po úzkém vymezení základních práv i podmínek jejich omezení, a to buď přímo v ústavě, anebo ústavu dotvářejícím zákonem. Možné kolize hodnot tím jsou řešeny už na legislativní úrovni, tak aby existovala maximální jistota v tom, které právo nebo zájem má v té či oné věci primát. Jestliže v externí teorii ústavní hodnoty čeří společenskou hladinu jako do nekonečna putující a na sebe narážející vlnky, v interní teorii zapadají jedna do druhé jako puzzle (obrázek č. 3).

Nejsou-li všechny rozdíly a jejich důsledky z tohoto shrnutí docela zřejmé, poslouží jejich rozvedení ve zbytku této kapitoly. Vysvětlím, že externalisté a internalisté se liší v odpovědích na otázky souvisejícími se třemi oblastmi teorie základních práv,²⁰ které budu označovat jako oblasti kompletnosti a subsumovatelnosti, kolize práv a morálního rozměru práv.²¹ Postavit elementární otázky teorie práv (či spíše jejich skupiny) vedle sebe činí však obtížným jejich vysoká strukturální provázanost. Někdy je kladná odpověď na první kritériem kladné odpovědi na druhou, zatímco kladná odpověď na druhou kritériem kladné odpovědi na první. Jde v zásadě o jednu problematiku, která nikde nezačíná a nikde nekončí, nahlíženou jen z různých úhlů pohledu.

Debatu nejprve přiblížím z hlediska **kompletnosti a subsumovatelnosti**. Zde se externalisté a internalisté liší v odpovědi na otázku, (1) zda ústavní normy nesoucí základní práva představují pravidla nebo principy a (2) co dělá něco právem? V další části se zaměřím na **možnost kolize práv**. Bude mě zajímat, (4) zda je nutné rozlišovat (ospravedlnitelné) zásahy a porušení? (5) Zda existují nějaká absolutní práva? (6) Jaké místo mají práva v rozhodování o porušení práv? Východiska nebo závěru? Konečně v posledním oddíle bude blíže analyzován možný **morální rozměr základních práv**. Externalisté a internalisté se zde zcela neshodnou na tom, (7) jestli jsou základní práva nástrojem prosazení zájmu anebo požadavkem spravedlnosti.

²⁰ Abych použil můj omezený sportovní slovník, útočníky - tedy nejdynamičtějšími autory chodícími do nejvíce souborů - by mohli být za externalisty Stijn Smet a Danny Frederick a za internalisty Grégoire Webber a John Oberdiek. Na střed (obrana vlastní teorie práv, ale i přechod do útoku) můžeme umístit Roberta Alexyho (podle Kaie Möllera otce této doktrinární tradice), Aharona Baraka a Kaie Möllera. Významnými hráči na straně externalistů jsou dále David Beatty, Stephen Gardbaum, Judith J. Thomson, Samantha Brennan a Andrew Botterell. Dresy internalistů oblékli Joseph Raz, Christopher H. Wellman, John Griffin, Frederick Schauer, Stavros Tsakyrakis a John Hasnas. Tento zdaleka ne vyčerpávající seznam podle mne ukazuje na rozsah a význam této akademické debaty se značnými praktickými přesahy.

²¹ Od těchto odpovědí, podmíněných právní a politickou filosofií jejich autorů, se odvíjejí i zvolená označení kontrastujících teorií (teorie specifikace, teorie subsumpce, teorie balancování apod.).

1.1. Kompletnost a subsumovatelnost

Rozlišení pravidel a principů podle logické struktury (a ne jako doposud podle stupně obecnosti) vnesl do právní teorie nejvýznačněji americký právní filosof Ronald Dworkin, a to ve své známé knize *Když se práva berou vážně*, v níž polemizoval se silicím právním pozitivismem.²² Dworkin tvrdil, že **pravidla** jsou standardy chování, které je třeba aplikovat metodou všechno nebo nic. V baseballu rozhodčí nemůže zároveň uznat platnost pravidla „tři strajky a ven“ a zároveň nevyločit ze hry pálkaře, který má tři strajky. Pravidlo buď platí, nebo neplatí. Pravidlo sice může mít výjimky (jestliže chytáč míč nechytí, pálkař ze hry není), ale správně vyjádřená pravidla berou tyto výjimky v úvahu, jinak jsou nekompletní. Čím více výjimek, tím přesněji stanovené pravidlo.²³

Dworkin upozornil, že takto vymezené standardy se zcela liší od některých standardů, které v právní argumentaci běžně používáme. Standard, podle něhož nikdo nesmí těžit z vlastního protiprávního jednání, nevede k tomu, že právo tento následek nikdy nepřipustí (o čemž svědčí např. institut mimořádného vydržení). Pokud se takový **princip** v konkrétní věci zcela neuplatní, neříkáme o něm, že je neplatný nebo nekompletní (že má výjimky, které je třeba zohlednit). Stanoví pro nás toliko důvod směřující k určitému rozhodnutí, aniž by si toto rozhodnutí vyžadoval. Principy je třeba vzít do úvahy.²⁴ Pokud jdou proti sobě, může první převážet, aniž by tím druhý učinil neaplikovatelným.²⁵

Principy mají dimenzi, kterou pravidla nemají - váhu, čili důležitost. Jestliže principy kolidují, je třeba vyhodnotit jejich relativní váhu. Naopak jedno pravidlo může být důležitější než druhé jen z toho důvodu, že má větší nebo významnější roli v regulaci chování ve společnosti. Abychom zjistili, které z kolidujících pravidel je platné, musíme se obrátit k zásadám právního systému, které určují přednost pravidel.²⁶

V kontextu povahy základních práv je Dworkinův význam spíše konceptuální, než-li paradigmatický.²⁷ Vždyť debata o požadavcích plynoucích ze základních práv se v jeho zemi s dvě stě let fungující ochranou ústavnosti vedla již dlouho. Jemu nejlépe se však

²² Důležitost Dworkinova příspěvku nejlépe dokládá, že ji v dodatku k *Pojmu práva* uznal i jeho hlavní akademický oponent H. L. A. Hart (viz HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, s. 263). Je třeba dodat, že Dworkin nebyl první, jenž akcentoval rozdíl podle logické struktury, jako první jej ale situoval do centra svého výkladu. HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 147.

²³ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 19, s. 24-5.

²⁴ J. Boguszak rozlišuje při aplikaci práva otevřené rozhodovací procesy (umožňující nebo vyžadující uvážení) a uzavřené rozhodovací procesy (naprogramované, neumožňující uvážení), srov. BOGUSZAK, J., ČAPEK, J.; GERLOCH, A. *Teorie práva*, 2. vyd., Praha: Aleš Čeněk, 2004, s. 158-174. Na tomto podkladě Jan Wintr usuzuje, že „příklad baseballového pravidla neilustruje ani tak rozdíl mezi pravidly a principy, jako spíše rozdíl mezi pravidly připouštějícími a nepřipouštějícími uvážení při jejich aplikaci... Dworkinovo tvrzení, že právo se nemůže skládat jen z pravidel, která lze aplikovat metodou všechno, nebo nic, je tedy slabé – neplyne z něj ještě nutnost existence principů.“ WINTR, J. *Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006, s. 33.

²⁵ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 19, s. 25-6.

²⁶ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 19, s. 26-7. K pravidlům přednosti viz WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013, s. 168-217.

²⁷ V Americe se koneckonců už dlouho před ním vedla debata o tom, jestli jsou práva obsažená v Ústavě nekompromisními normativními požadavky (*absolutism*), anebo jen praktické důvody (*practical reasons*) či zájmy (*interests*), které mohou být převáženy veřejným zájmem (*non-absolutism*).

podarilo inkorporovat do vlastní obecné právní teorie²⁸ standardy, které neposkytují jednoznačné, ale pouze „vodící“ standardy pro právní rozhodnutí. Díky oné konceptuální změně mohl Robert Alexy v roce 1985 odlišovat práva garantovaná *prima facie* a práva garantovaná definitivně.²⁹ Pro Alexyho bylo Dworkinovo rozlišení stěžejní pro teorii ústavní argumentace a klíčové pro vyřešení centrálních problémů ústavněprávní doktríny.³⁰ Bez něj se neobejde ani vhodná teorie omezení práv, ani akceptovatelná doktrína konfliktů práv, ani dostatečná teorie role základních práv v právním systému.³¹

Ústavněprávní normy (včetně těch lidskoprávních) jsou v Alexyho pojetí převážně právní principy,³² vyžadující, aby bylo něco realizováno v co největším rozsahu vzhledem k faktickým a právním možnostem.³³ Jsou to příkazy k optimalizaci (*die Optimierungsgebote*) charakterizované tím, že mohou být uspokojeny v různé míře.³⁴ To, co je právně možné, určují kolidující právní pravidla a principy.³⁵ Na rozdíl od pravidel, jejichž střety jsou řešeny na úrovni platnosti, mohou principy vyústit pouze v převážení jednoho principu druhým.³⁶ Jako takové jsou principy nezbytně ne definitivní, nýbrž jen *prima facie* příkazy³⁷ - můžeme o nich říci jen to, že se aplikují přinejmenším na první pohled. Ve shodě s von Hippem tvrdí, že normy garantující základní práva (*constitutional rights norms*) jsou pouhé principy, které naznačují, že určitým zájmům na zachování svobody má být dána zvláštní váha při strukturování společnosti a řešení konfliktů.³⁸ Důležitým posunem v Alexyho teorii je to, že z přirozené povahy principů plyne princip poměrování.³⁹

²⁸ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001 (přeložil Zdeněk Masopust), s. 8 an.

²⁹ Dworkinův přínos není přijímán nekriticky. Např. Frederick Schauer shrnuje, že pro Dworkina je váha (weight) normy funkcí její určitosti (specificity) a podle Larryho Alexandera a Kena Kresse je určitost normy funkcí jejího autoritativního vyjádření (canonicity), přičemž argumentuje, proč se všichni mýlí. Debata o principech podle Schauera nemá smysl, protože právní normy jsou v různých kombinacích více nebo méně určité, autoritativně vyjádřené a důležité, a my se nikdy neshodneme na kombinacích definičních jak pro pravidla, tak pro principy. Teorii by proto prospělo soustředit se spíše na rozložení těchto *tří dimenzí norem* v konkrétním systému než pokoušet se vyabstrahovat pojem pravidla a pojem principu. Je to minimalistický apel, kterým se budou řídit i následující kapitoly. SCHAUER, F. Prescriptions in three dimensions. *Iowa L. Rev.*, 1997, roč. 82, č. 911.

³⁰ K Alexyho čerpání z Dworkinovy teorie viz WINTR, J. *Říše principů*, op. cit. sub 24, s. 32-4.

³¹ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 44. Přestože bylo Alexyho dílo prezentováno jako studie právně dogmatická, shodují se jeho komentátoři na tvrzení, že Alexyho ambice byly ve skutečnosti mnohem větší. LA TORRE, M. *Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights*. In: ERIKSEN, E. O. a MENÉNDEZ, A. J. *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer. Law and Philosophy Library, roč. 77, 2006, s. 54. Myslím, že jeho následná akademická tvorba tuto hypotézu potvrzuje.

³² Níže vysvětlím, proč „převážně“.

³³ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 47.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 50.

³⁷ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 57.

³⁸ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 70.

³⁹ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 66.

Alexy míní, že vymezení rozdílu mezi pravidlem a principem procesem subsumpce, čili posouzením naplnění znaků skutkové podstaty, neobstojí, jelikož ani u pravidel nelze v jejich hypotéze postihnout všechny výjimky.⁴⁰ Logický rozdíl mezi pravidlem a principem vystupuje do popředí v případě kolize. Zde jde Alexy dál než Dworkin, když hovoří o *prima facie* charakteru pravidel. Co to znamená? Podle Alexyho pravidla sama nemohou být převážena silnějším protijdoucím principem. Protijdoucí princip ale může být silnější než substantivní princip stojící za určitým pravidlem⁴¹ a silnější než formální principy, např. princip právní jistoty vyžadující skutečnou realizaci všech pravidel.⁴² Bez podpory těchto formálních principů by byla pravidla stejného *prima facie* charakteru jako principy.⁴³

Tím se liší od Dworkina, který sice připouštěl, že na pozadí *některých* pravidel stojí v Alexyho terminologii substantivní právní principy,⁴⁴ ale nijak nenaznačil, že by to mělo platit obecně pro *všechna* pravidla. Pro Alexyho operují principy i pravidla pouze *prima facie*, přičemž pravidla mají vyšší váhu pouze proto, že jsou podporána i formálními principy.⁴⁵ Princip lze vlastně parafrázovat jako velmi důležité pravidlo; jak principy, tak pravidla mívají výjimky, které nelze předem taxativně určit.⁴⁶

Přes Dworkinovu ústřední tezi v knize *Když se práva berou vážně*, že preferování významného veřejného zájmu před základním právem „*by znamenalo nejednat s právem jako s jedním z nejzákladnějších a nejdůležitějších [statků]*“,⁴⁷ byl Dworkin ve svých pozdějších pracích spíše externalistou, uvažujícím o legitimních důvodech omezení základního práva.⁴⁸

Jsou základní práva s ohledem na dosud řečené pouhými principy? Robert Alexy volí ve své stěžejní publikaci kombinovaný model pravidel a principů.⁴⁹ V původní podobě jsou základní práva principy. Jak už bylo řečeno, principy ze své vlastní povahy vedou k poměřování. Norma stanovující třeba jen to, že každý má právo na ochranu osobních údajů, by konstruovala toliko *prima facie* právo, protože budou existovat okolnosti, za nichž je přípustné právo omezit. Teprve vyvážíme-li kolidující principy, jsme schopni

⁴⁰ HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, op. cit. sub 22, s. 145.

⁴¹ Tak např. § 2087 OZ jasně stanoví povinnosti prodávající strany po uzavření kupní smlouvy, což představuje pravidlo podpořené principem, že smlouvy se mají plnit (§ 3 odst. 2 písm. d) OZ). Alexy by řekl, že princip kolidující s pravidlem podle § 2087 může toto pravidlo učinit nepoužitelným, převáží-li nad podpurným principem, že smlouvy se mají plnit.

⁴² ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 58.

⁴³ KUMM, M. Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice: A review essay on *A Theory of Constitutional Rights*, by Robert Alexy... *International Journal of Constitutional Law*, 2004, roč. 2, č. 3, s. 578.

⁴⁴ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 19, s. 27.

⁴⁵ MÖLLER, K. Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *I•CON*, 2007, roč. 5, č. 3, s. 454.

⁴⁶ JAKAB, A. Re-Defining Principles as ‘Important Rules’. A Critique of Robert Alexy. In: BOROWSKI, M. (ed.) *On the Nature of Legal Principles*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, s. 145-160.

⁴⁷ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 19, s. 191.

⁴⁸ ROSEN, M. D. When Are Constitutional Rights Non-Absolute?, op. cit. sub 17, s. 1545-1554, srov. HASNAS, J. From Cannibalism to Caesareans: Two Conceptions of Fundamental Rights. *Northwest Univ Law Rev*, 1995, roč. 89, č. 3, s. 918.

⁴⁹ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 19, s. 80-86.

určit obsah práva v konkrétní situaci. V tomto smyslu lze základní právo vyjádřit pravidlem, že každý má právo na ochranu osobních údajů, ledaže existuje kolidující princip (legitimní cíl), a zásah do tohoto práva je vhodný, potřebný a ne nepřiměřený s ohledem na tento princip (legitimní cíl).⁵⁰ Obecně Alexyho úvaha směřuje od logické formy k určení obsahu: pokud je, dle jeho názoru, aplikace určité normy výsledkem poměřování, pak se jedná o princip, pokud ne (je tudíž výsledkem postupu „vše nebo nic“), pak se jedná o pravidlo.⁵¹ Principy jsou příkazy k optimalizaci, které mohou být splněny do různé míry, zatímco pravidla jsou buď splněna, nebo nesplněna - jsou to příkazy definitivní.⁵²

Skutkovou podstatu práva zahrnuje podle Alexyho vše, co spadá pod relevantní ústavně právní princip⁵³ a zužuje se až s každým jeho proporcionálním omezením.⁵⁴ Jinými slovy, odvozená ústavní norma, vzniklá jako výsledek poměřování, zužuje jinak širokou *Tatbestand* základního práva.⁵⁵ Bez dalšího ale pod skutkovou podstatu práva spadají všechna jednání, která lze pod jeho nejširší pojem podřadit.⁵⁶ Kolidující principy nejsou sto samy o sobě umístit jednotlivce do pevně a jasně vymezených pozic.⁵⁷ Pokud by byl systém základních práv tvořen pouze principy, jedinými pravidly by byly jakési kolizní zákony, závislé na principech a na poměřování soudem. Podle Alexyho však některé lidskoprávní normy mají charakter pravidel a jejich kolize jsou proto řešitelné přímo na základě textu ústavy, pomocí ustanovení o mezích základních práv, aniž by bylo nutno poměřování.⁵⁸

Systém základních práv GG ovšem nelze podle Alexyho popsat jako systém tvořený pouze principy. V takovém systému by jedinými pravidly byly právě kolizní zákony, závislé na principech a na poměřování soudem. Takový popis by nedostatečně respektoval text ústavy, který přece jen počítá s tím, že některé lidskoprávní normy mají charakter pravidel: některé případy kolize dvou lidskoprávních norem jsou řešitelné přímo na základě textu ústavy, pomocí ustanovení o mezích základních práv, aniž by bylo nutno poměřování.

Jak vidno, Alexy se hlásí k externí teorii, podle níž jsou základní práva abstraktní principy limitované prvořadně z vnějšku, alternativně jsou to pravidla inkorporující princip proporcionality. Jeho teorie nebyla přijata bez výhrad k povaze, kterou základním právům coby principům přisuzuje. Vlnu kritiky, jež se přelila přes Alexyho hypotézy, lze

⁵⁰ MÖLLER, K. *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*, op. cit. sub 44, s. 457.

⁵¹ HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, op. cit. sub 22, s. 147.

⁵² JAKAB, A. *Re-Defining Principles as 'Important Rules'*, op. cit. sub 45.

⁵³ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 210.

⁵⁴ BARAK, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 39.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 197.

⁵⁷ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 184.

⁵⁸ WINTR, J. *Říše principů*, op. cit. sub 24, s. 38.

vystihnout slovy „Takže na právech vlastně nezáleží!“.⁵⁹ K pochopení, o co přesně kritikům německého právního filozofa šlo, bude potřeba hlubšího rozboru několika proběhlých polemik, které se nezbytně dotknou i ostatních položených otázek teorie základních práv. Závěr, že na lidských právech vlastně nezáleží, je pochopitelně velmi zneklidňující a od externalistů Alexyho velikosti nelze než očekávat jeho úplnou a uspokojující negaci.

Alexyho kombinovaný model lze kritizovat podél dvou linií. Jednak je možné nesouhlasit pouze s klasifikováním základních práv jako principů, jednak se smyslem rozlišování pravidel a principů vůbec. Níže se budu věnovat pouze prve uvedené linii kritiky, která je mnohem rozšířenější.⁶⁰ Zajímá mě, jak je možné, že si externalisté a internalisté tak nerozumí při určení důsledků na první pohled jednoznačné normy *Každý má právo na X*? Jednou z příčin je určitě jejich rozdílný pohled na vztah této normy k ostatním komponentům právního řádu. Hovořit se dá o tzv. kompletnosti norem. Druhou, neméně důležitou příčinou jsou jejich rozdílné teorie pro to, jak se z něčeho (nejčastěji zájmu) stane *právo*. Níže se budu věnovat oběma příčinám.

1.1.1. Kompletnost

Prvním ústředním sporným tématem mezi externalisty a internalisty je **kompletnost norem**, tedy otázka, co se počítá jako kompletní, uzavřená norma. Ve své první úspěšné knize z roku 1970 *Pojem právního systému (The Concept of a Legal System)* si tuto otázku položil už britský filozof izraelského původu Joseph Raz. Kniha *Pojem právního systému* navazovala na *Pojem práva (The Concept of Law)*, životní dílo Raza mentora H. L. A. Harta. Jedním z problémů, který Raze zajímal, byl problém individuace (*the problem of individuation*). Ten souvisí s pocitem, který mnoho studentů práva - včetně mě - zažije při prvních setkáních s výukou práva: Proč jsou učebnice práva strukturované jinak než prameny práva, které popisují? Nabízí se odpověď, že ke správnému a efektivnímu poznání práva je potřeba shrnout právní materii od různých autorit a věcně je uspořádat. Tento proces se podle Raze musí dít na základě určitých principů.⁶¹ „*Teprve s pomocí těchto principů můžeme právní materii zobrazit v takové formě, v jaké existuje právo. Proto je možné seznat obsah právního systému, aniž bychom znali identitu jeho*

⁵⁹ WEBBER, G. On the Loss of Rights [online]. *LSE Working Paper Series*, č. 16/2013. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2272978> [12-11-2017]. „*There is a big difference between what a decent society should provide and what a good constitution should guarantee.; it is far from ideal to have a system in which many constitutional rights are ignored.*“ SUNSTEIN, C. Against Positive Rights Feature. *East European Constitutional Review*, 1993, roč. 2, č. 35.

⁶⁰ Druhý proud vede Frederick Schauer (sub 29). Spadá sem např. i polemika Maďara Andráse Jakaba, podle něhož je princip nadbytečným pojmem. O pojmech právní teorie - na rozdíl od jiných oborů - sice nemůžeme říci, že jsou pravdivé nebo nepravdivé, jsou však různě užitečné (*expedient*). Pokud můžeme jevy v právu (např. soudní rozhodnutí) vysvětlit i bez užití tohoto pojmu (zde jen s pomocí pravidel), jedná se o pojem nadbytečný. Jeho kritika však podle mě přisuzuje Alexymu roli obhájce ryziho modelu principů, který on neobhazuje, a zcela nevysvětluje, proč je Alexyho pojetí základních práv jako *prima facie* požadavků mylné či nadbytečné. JAKAB, A. Re-Defining Principles as ‘Important Rules’, op. cit. sub 46.

⁶¹ RAZ, J. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System*. 2. vyd., Oxford: Clarendon Press, 1980, s. 72.

jednotlivých částí.”⁶² Otevřeli si učebnici občanského práva prof. Švestky, mám nejlepší důvody očekávat, že právní norma tam vyjádřená je právem (a nikoli jen jeho součástí),⁶³ které autor vydedukoval ze souboru (často kolidujících) předpisů, rozhodnutí a jiných pramenů práva. Taková norma, resp. normativní věta, by byla kompletní.

V době, kdy se Raz při hledání principů individuace obrací k Jeremy Benthamovi a Hansi Kelsenovi, však Ronald Dworkin přišel s nekonvenčním návrhem: ne všechny právní standardy jsou pravidly, některé představují principy. Abychom zjistili, do jaké míry se principy v konkrétním případě aplikují, potřebujeme principiální argumentaci, hledající zdroje práva i jinde než jen v právních předpisech a soudních rozhodnutích.⁶⁴ Z toho se jeví, že pro Dworkina je každý právní princip nekompletní a kompletnost nachází teprve v konkrétní aplikaci, kdy soudce určuje, co je právem.

Razova reakce z roku 1972 odhaluje relevanci kompletnosti norem pro výklad článků garantujících základní práva. Raz vychází z toho, že ne vždy máme potřebu jasně specifikovat obsah norem, na něž odkazujeme.⁶⁵ Argumentujeme-li principy, vyjadřujeme „zkratku pro soubor pravidel”.⁶⁶

“Někdo může říct, že v jeho zemi je svoboda projevu zaručena zákonem. Když je dotázán, co tím míní, může říci, že jediné zákony určující limity svobody vyjadřovat názory se vztahují k pomluvě a národní bezpečnosti; že cenzura filmů, knih a divadelních her musí být odůvodněna ochranou mládeže; že existuje podrobná regulace umožňující přístup k masovým médiím všem lidem všech názorových odstínů, aby se vyjádřili o veřejných záležitostech atd. Jeho tvrzení, že je v jeho zemi svoboda projevu zaručena zákonem tak může být chápána jako souhrnný odkaz na veliký soubor právních předpisů, nikoli věta o obsahu konkrétního právního předpisu.”⁶⁷

Raz tvrdí, že ačkoliv je Dworkinovi problém kompletnosti norem zřejmý, nebere ho ve své teorii v potaz.⁶⁸ Jak bylo naznačeno v úvodu této části, v *Když se práva berou vážně* Dworkin obhajoval myšlenku, podle níž se principy od pravidel liší právě tím, že nejsme schopni předem vypsat všechny situace, kde se neuplatní, a upřesnit tak sféru jejich normativních požadavků. Pro Dworkina je kategorie kompletnosti vyhrazena

⁶² Toto je alespoň přibližný překlad pasáže, kde Raz podle mě rozlišuje mezi nuancovanými významy slova *law* (laws): „Only by using these principles to represent the legal material in a form which is very different from its original form can one represent it as consisting of distinct forms. Hence it is possible to know the content of a legal system without knowing the identify of any of its laws.“ *ibid.* The principles of individuation are the method of carving small and manageable units out of the total legal material in a way which will promote our understanding of the law by classifying laws into various types and by showing how these laws interrelate and interact with one another. RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale L. J.*, 1972, roč. 81, s. 831.

⁶³ “By the word law then, as often as it occurs in the succeeding pages is meant that ideal object, of which the part, the whole, or the multiple, or an assemblage of parts, wholes, or multiples mixed together, is exhibited by a statute; not the statute which exhibits them.“ Slova Jeremyho Benthama in RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law, op. cit. sub 62, s. 825.

⁶⁴ DWORKIN, R. The Model of Rules. *University of Chicago L. Rev.*, 1967, roč. 35, s. 14.

⁶⁵ RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law, op. cit. sub 62, s. 828.

⁶⁶ *Ibid.* (A brief allusion to a number of rules) Srov. WELLMAN, C. H. On Conflicts Between Rights, op. cit. sub 11, s. 277: „A better way of interpreting the specificationist model, I think, is as requiring that broad terms like „the right to life“ are not technically rights at all but are merely shorthand markers that indicate where an actual right may exist if not outweighed by conflicting reasons.”

⁶⁷ RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law, op. cit. sub 62, s. 828.

⁶⁸ *Ibid.*

pravidlům.⁶⁹ „O případech, v nichž se neuplatní, nehovoříme jako o výjimkách [...], to protože bychom nemohli doufat v zachycení všech těchto případů toliko rozšířením normativní věty... Vypsáním některých případů lze upřesnit naše vnímání váhy principu [...], nevedlo by to však k přesnějšímu nebo kompletnímu normativnímu tvrzení.”⁷⁰

Rozumím Dworkinovi tak, že princip pro něj není zcela adimenzionální veličina (může mít větší či menší váhu), vymyká se však našemu právnímu časoprostoru v tom, že má tvarovou paměť: potom, co je deformován a použit v konkrétním případě, se vrací do svého původního tvaru.⁷¹

Při hledání povahy principu se Robert Alexy obrací k Dworkinovi. Ústavněprávní norma zakotvující základní právo, např. svobodu umělecké tvorby, by jako nekompletní garantovala neomezenou svobodu umělecké tvorby, což správně být nemůže.⁷² Potud Raz. Alexy nicméně pokračuje, že pro takové právo musí existovat nějaká omezující klauzule, která odhaluje tzv. dvojí aspekt ústavněprávní normy.⁷³ Ústavněprávní norma představuje princip, který musí být vyvažován s kolidujícími principy na základě faktických a právních možností.⁷⁴ Pravidlo je až výrazem interakce principu se světem.⁷⁵ „Výsledek každého správného vážení ústavních práv může být přeformulován do podoby odvozené ústavněprávní normy ve formě pravidla, pod něhož může být daný případ podřazen.”⁷⁶ Jinými slovy, o kompletnosti lze hovořit pouze v kontextu odvozené ústavněprávní normy, nikoli však původní ústavněprávní normy, protože ta je pouze příkazem k optimalizaci, realizovatelným jen s ohledem k faktickým a právním okolnostem.

Jak to ale vysvětluje proces konkretizace základních práv, který není cizí ani české ústavní teorii?⁷⁷ Proč se zákonodárce obtěžuje zákonným provedením základních práv, když je jejich obsah zcela vyjádřen již na ústavní úrovni? Alexyho přístup si vysloužil kritiku těch, kteří k ústavnímu textu přistupují holisticky. Tak např. Grégoire Webberovi

⁶⁹ DWORKIN, R. The Model of Rules. op. cit. sub 64, s. 25.

⁷⁰ „We do not treat counter-instances as exceptions [...] because we could not hope to capture these counter-instances simply by a more extended statement of the principle... Listing some of these might sharpen our sense of the principle's weight [...], but it would not make for a more accurate or complete statement of the principle.“ DWORKIN, R. The Model of Rules. op. cit. sub 64, s. 25-6.

⁷¹ “The striking feature of this view is that it posits the continued existence of a right despite permissible infringement thereof.“ WELLMAN, C. H. On Conflicts Between Rights, op. cit. sub 11, s. 280 Tento efekt lze přisuzovat jeho univerzální platnosti. ALEXY, R. The Construction of Constitutional Rights, Law & Ethics of Human Rights, 2010, roč. 4, č. 1, s. 25.

⁷² Slovy Mattiase Kumma, „norms that are principles do not say anything about how they relate to competing principles“. KUMM, M. Constitutional rights as principles, op. cit. sub 43, s. 577-8.

⁷³ ALEXY, R. A Theory of Constitutional Rights, op. cit. sub 10, s. 84-5.

⁷⁴ ALEXY, R. A Theory of Constitutional Rights, op. cit. sub 10, s. 47, 85.

⁷⁵ KUMM, M. Constitutional rights as principles, op. cit. sub 43, s. 577-8.

⁷⁶ “[T]he result of every correct balancing of constitutional rights can be formulated in terms of a derivative constitutional rights norm in the form of a rule under which the case can be subsumed.“ ALEXY, R. A Theory of Constitutional Rights, op. cit. sub 10, s. 56.

⁷⁷ Např. FILIP, J. Některé otázky vztahu konkretizace a omezení základních práv a svobod v ČR. Časopis pro právní vědu a praxi. 1997, roč. 5, č. 4, s. 576-588.

vadí *štědré čtení* ústavního textu.⁷⁸ Udivuje ho, že zatímco v podústavním právu máme tendenci odmítat výkladové závěry vedoucí k nekonzistenci mezi ustanoveními daného právního předpisu,⁷⁹ u základních práv tomu tak není.⁸⁰

Pro Webbera je kompletnost práv obsažených v základních zákonech věcí stupně.⁸¹ Podíváme-li se na Listinu, lze Webberovi alespoň v obecnosti přisvědčit. Vždyť zatímco vyjádření Alexym zmíněné svobody umělecké tvorby se omezuje na: *Práva k výsledkům tvůrčí duševní činnosti jsou chráněna zákonem.* (čl. 34 odst. 1), podmínky, za kterých se realizuje osobní svoboda, jsou nastaveny mnohem podrobněji; věnují se trestnímu stíhání, vazbě, zadržení, zatčení i ústavní zdravotnické péči (čl. 8).⁸² Webber mluví o jejich odlišné *delimitaci*.⁸³ Webberovu tezi posiluje to, že stupeň delimitace nestaví nad dělení regulativní a zmocňovací normy. Jsou to především limitační klauzule, které chápe „*nikoli jako autorizující zásahy do subjektivních práv, nýbrž především jako přizvání zákonodárce ke kompletování nekompletní normy.*”⁸⁴

Webber tvrzenou inherentní nekompletnost ústavních norem nekritizuje z rozmaru. Ve své dosud nejvýznamnější práci, *Vyjednatelná ústava (Negotiable Constitution)*, se staví za dynamické a nikoli statické chápání ústavy. Praxi, kdy je v podstatě každá vládní politika považována za zásah do základních práv a svobod, garantovaných do kamene vytesaným ústavním textem, považuje za nevhodnou a volá po zahrnutí zákonodárského sboru do ústavodárského procesu.⁸⁵ Spor o kompletnost (nejen lidskoprávních) ústavních norem se proto charakterizuje rozdílnými politicko-filozofickými koncepcemi obou stran. Je příznačné, že myšlenka dotváření normativního obsahu a rozsahu ústavně zakotvených práv na podústavní úrovni je bližší Kanadánovi G. Webberovi a Američanovi Johnu

⁷⁸ WEBBER, G. On the Loss of Rights, op. cit. sub 59, s. 10 (“*A generous reading is given to the legal guarantee of a right so as to include within its scope and content all that fits within the semantic reach of the words ‘Everyone has a right to x’*”).

⁷⁹ V českém kontextu bychom řekli, že používáme zásadu logické koherentnosti právního textu, příp. jednotnosti právního řádu.

⁸⁰ “*Zkrátka, výsledný právní výklad základních práv (legal rights - pozn. MM) je vzdaluje od toho, co je charakteristickým znakem ústřední role práva; že naznačuje, co se má činit, a označuje určité konání nebo nekonání za mandatorní, ne dobrovolné. Při výkladu [základních] práv prosazovaném přijímaným přístupem (received approach - pozn. MM) práva nejen že člověku neposkytují důvody pro jednání, nýbrž naopak mu mohou poskytovat důvody pro jednání v rozporu s právem.*“ WEBBER, G. On the Loss of Rights, op. cit. sub 59, s. 11.

⁸¹ WEBBER, G. Proportionality and Absolute Rights. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 10/2016, s. 17.

⁸² Srov. GRIFFIN, J. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 210: „*But if society decides to entrench these protections by listing them in especially solemn form—in, say, a United Nations Covenant—it is understandable that it will aim at a certain measure of completeness. And if those who compile the list have only a vague sense of a ‘human right’ in mind at the time, one would not expect to find any sharply bounded set of defining properties running through all the items included on the list. But why, then, not simply accept all the claims of human rights that.*”

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ „*...not as authorising the infringement of rights, but rather as inviting subsequent lawmakers to complete incomplete rights.*“ WEBBER, G. Proportionality and Absolute Rights, op. cit. sub 81, s. 18.

⁸⁵ “*My argument is that, when it is concluded that legislation justifiably limits a right, legislation is to be understood as justifiably defining an under-defined right. In this frame, judicial review is devoted to evaluating the justification of a purported legislative definition of an under-defined constitutional right.*“ WEBBER, G. Proportionality and Absolute Rights, op. cit. sub 81, s. 19.

Oberdiekovi,⁸⁶ zatímco nepřijatelná pro Aharona Baraka,⁸⁷ Roberta Alexyho⁸⁸ nebo Kaie Möllera, jejichž země mají s extrémním zneužitím moci dobře známé zkušenosti.

Aharon Barak na tuto linii ve své knize *Proportionality* nejen navazuje, ale dokonce ji do určité míry radikalizuje. Souhlasí, že v důsledku poměrování vzniká nové ústavní pravidlo, která odráží rovnováhu mezi oběma principy, avšak tvrdí, že toto pravidlo, má účinky pouze na podústavní, nikoli ústavní úrovni.⁸⁹ Ústavní principy sice mohou být realizovány v různé míře, avšak pouze na podústavní úrovni.⁹⁰ „Tato realizace není součástí rozsahu (scope) práva, nýbrž rozsahu jeho ochrany (extent of its protection). Pravidla poměrování definují rozsah této realizace. Netvoří součást rozsahu práva.“⁹¹ Jako příklad uvádí právo krást, které spadající podle něj pod právo na autonomii, resp. svobodu obecně. Pokud existuje ústavně garantované právo na autonomii, trestní zákon může výkon práva proporcionálně omezit, aniž by zúžil rozsah ochrany základního práva na autonomii. Teprve pokud by byl trestný čin krádeže stipulován v ústavním předpise, základní právo na autonomii by se úměrně zúžilo.⁹²

1.1.2. Subsumovatelnost

Druhé ústřední sporné téma této části nemá co dočinění s tím, jak obsah lidskoprávních ústavních norem ovlivňují ostatní právní normy, nýbrž s tím, co jsme pod ně schopni pojmově podřadit. Jinými slovy, ve středu pozornosti je naplnění podmínek hypotézy právní normy, a nikoli rozpor dispozic dvou právních norem. O co jde, se ozřejmí, představíme-li si hypotetický právní řád, v němž existuje pouze jedna norma, např.: *Svoboda projevu je zaručena*. I Joseph Raz by byl s kompletností této normy nepochybně spokojen, protože mimo ni není nic, co by ji obsahově limitovalo. To ještě nezbytně neznamená, že norma platí univerzálně, protože ji může limitovat její vnitřní struktura.

Vnitřní struktura lidskoprávní ústavní normy je nejčastěji spojena s otázkou, co kvalifikuje právo být *právem*. Externalisté a internalisté se shodnou, že smyslem základních práv je ochrana zájmů spojených s lidským životem před státem, příp. před

⁸⁶ OBERDIEK, J. Specifying Constitutional Rights. *Constitutional Commentary*. 2010, roč. 27, 231-248 (Review Essay on WEBBER, G. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge University Press, 2009).

⁸⁷ “Any legal system that would adopt such an approach is seriously risking undermining the constitutional nature of its rights.” BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 54, s. 495. Barak does not allow anything at the sub-constitutional level to constitute the scope of the right. WEBBER, G. *Proportionality and Absolute Rights*, op. cit. sub 81, s. 20.

⁸⁸ Idea základního práva podle Alexyho není kompatibilní s redukováním podmínek omezení toliko na výhradu zákona, protože takové právo přichází o svůj hlavní smysl, kterým je „zkrocení“ zákonodárce. Na tom nic nemění ani nedotknutelnost jádra základního práva (čl. 19 odst. 2 GG), protože mimo něj má zákonodárce absolutní volnost. Navíc pochybuje, že by bylo lze určit jádro práva jinak než balancováním. ALEXY, R. *The Construction of Constitutional Rights*, op. cit. sub 71, s. 23. Tento názor je zcela v souladu s praxí našeho Ústavního soudu, který jak známo podrobuje zásahy do jádra (esence) tzv. relativních práv testu proporcionality, zatímco vše ostatní posuzuje pouze hlediskem racionality.

⁸⁹ BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 54, s. 39-40.

⁹⁰ BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 54, s. 40-41.

⁹¹ BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 54, s. 41.

⁹² BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 54, s. 42.

ostatními subjekty. Liší se však v rozsahu, v jakém lze podle nich tyto zájmy pod základní práva zahrnout. Zatímco vyčerpávající model (*comprehensive model*) zahrnuje pod koncept základního práva všechny zájmy, jakkoliv triviální,⁹³ prahový model (*threshold model*) předpokládá, že lidská práva se vztahují pouze k těm nejdůležitějším hodnotám.⁹⁴ Lze upřesnit, že uvedené modely se neliší jen v rozsahu práva (tedy „X“ ve větě „Právo na X“), ale i v jeho obsahu, tj. zejména povinnosti s právem spojené pro ostatní osoby.⁹⁵

Uveďme, že Ústavní soud, Spolkový ústavní soud SRN i Evropský soud pro lidská práva se zásadně hlásí k vyčerpávajícímu modelu.⁹⁶ Jde o přirozený důsledek externalistického pojetí práv coby příkazů k optimalizaci, jejichž splnění je podmíněno teprve kontextuálně a které nezavdávají příčinu pro úzkou definici skutkové podstaty základních práv.⁹⁷ Jejich katalogy základních práv a svobod tak vyjadřují ochranu takovým zájmům, jako je zájem na krmení holubů v parku, projížďce lesem, kouření marihuany apod.⁹⁸ Podle tohoto tzv. principu definiční benevolence (*principle of definitional generosity*)⁹⁹ si ochranu základního práva zaslouží všechny skutečnosti, nezávisle na jejich váze z pohledu morálky.

Externalisté jako Robert Alexy, Aharon Barak nebo Kai Möller, kteří tento model hájí, takto hovoří o *prima facie* právech pomluvy, šíření dětské pornografie, vyzrazení státního tajemství, ale i *prima facie* právu krádeže nebo vraždy.¹⁰⁰ Základní práva jsou v tomto

⁹³ K zahrnutí postačí vyhodnotit, co může pojmově spadat pod rozsah té které formulace, tj. postačí se zeptat: co se počítá jako projev, co se počítá jako víra? TSAKYRIKIS, S. Proportionality: An Assault on Human Rights? *I•CON*, 2009, roč. 7, č. 3, s. 480-1.

⁹⁴ MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation, op. cit. sub 16, s. 6. Prahový model v právní vědě nelze zaměňovat s prahovým modelem v etice. Zatímco v prvním se prahem rozumí hranice vnitřní struktury práv, v etice jde o hranice regulatorní síly morálních práv (např. jestli je přípustné zabít jednoho člověka pro záchranu pěti nebo tisíce lidí). K tomu viz BRENNAN, S. Thresholds for Rights. *The Southern Journal of Philosophy*, 1995, roč. XXXIII.

⁹⁵ Právo otce stýkat se s dítětem jistě spadá pod rozsah práva o dítě pečovat, neboť péče o dítě předpokládá styk s ním. Zahrnuje však právo stýkat se s dítětem právo stýkat se s ním osobně, nebo postačí např. každodenní telefonáty?

⁹⁶ Trend symbolizuje nálezy Pl. ÚS 3/09, kde ÚS zahrnul pod ochranu čl. 12 (nedotknutelnost obydlí) též ochranu bývalého kravína, kde se mělo pěstovat konopí. Tzv. prostorová dimenze ochrany soukromí byla preferována s poukazem na přístup ESLP, který koneckonců předeslal, že „pojem soukromého života je nezpůsobilý vyčerpávající definice (rozsudek S a Marper proti Spojenému království z 4. prosince 2008, spojené stížnosti č. 30562/04 and 30566/04, bod 66).

⁹⁷ KUMM, M. Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS G. (ed.) *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 140.

⁹⁸ Srov. rozsudky BVerfGE 54, 143 (holubi), BVerfGE 80, 137 (projížďka), BVerfGE 90, 145 (marihuana).

⁹⁹ TSAKYRIKIS, S. *Proportionality*, op. cit. sub 93, s. 480.

¹⁰⁰ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 223; MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 88-90; BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 53, s. 42. V přístupu k subsumovatelnosti se tyto autoři od sebe liší toliko minimálně. Třeba podle Roberta Alexyho dochází proporcionálním omezením osobní autonomie k vyloučení kriminálních aktivit ze skutkové podstaty práva, zatímco Aharon Barak uvažuje o uznání kriminálních aktivit na ústavní úrovni společně s jejich zákazem na úrovni podústavní. *Ibid.*

světla (na první pohled) kontextuálně nezávislá.¹⁰¹ Teprve balancování je kontextuálně podmíněné.¹⁰² Jak měl zaručovat německý GG, v zásadě *jeder kann tun und lassen was er will*.¹⁰³

Mnozí internalisté s takto širokou definicí základních práv nesouhlasí. Skutková podstata práva není jen dovozením toho, co se pojmově vejde pod jeden abstraktní morální nárok; skutková podstata nám říká, *co právo v konečném důsledku dovoluje nebo nedovoluje*.¹⁰⁴ S uznáním práva uznáváme vztah tohoto práva k právům ostatním, čímž zároveň uznáváme, že tento vztah je vztahem spravedlivým.¹⁰⁵ Jinými slovy, obsahem práva je to, co je skutečně hodno zahrnutí do jeho skutkové podstaty.¹⁰⁶ Příliš horlivým přijímáním neomezených *prima facie* práv naopak uznáváme „právní nároky ke všemu“, kdy se může takto „předčasně definované právo prosadit na úkor mnohem významnějšího, přesně definovaného práva.“¹⁰⁷ Toho si koneckonců všimají i někteří soudci ÚS.¹⁰⁸ Význam tohoto jevu však přesahuje soudní spory, neboť obecné právní nároky brání kompromisům, vzájemnému pochopení a nalezení společné řeči v politickém diskursu. „Záliba v absolutních formulacích (‘‘Já si se svým majetkem můžu dělat, co chci!’’) podporuje nereálná očekávání a přehlíží jak újmu společnosti, tak práva druhých.“¹⁰⁹ Z toho plyne, že právní teorie by měla směřovat k prahovému modelu, který do skutkové podstaty práva zahrnuje jen zájmy o určité důležitosti.

Jak to ale s tlustými čarami bývá, vzniká problém, kde je narýsovat. Kai Möller upozorňuje, že žádný zastánce prahového modelu nebyl schopen tento problém vyřešit.¹¹⁰ Jakýkoli práh se bude zásadně jevit jako arbitrární, protože jím na základě relativně nízkého rozdílu v důležitosti zájmu odůvodníme relativně veliký rozdíl v ochraně (chránit zcela vs. nechránit vůbec).¹¹¹ Někteří autoři, kteří si obtížnost úkolu uvědomovali, se tak rozhodli model převrátit a identifikovat zájmy, které si ústavní ochranu na rozdíl od všech ostatních *nezasluhují*. Člověk je sice autonomní bytostí, ale jeho svoboda dosahuje jen tam, kde začíná svoboda druhého, a překročí-li člověk tuto pomyslnou bariéru, musí

¹⁰¹ WEBBER, G. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 120.

¹⁰² SMET, S. *Resolving conflicts between human rights*, op. cit. sub 14, s. 101-4.

¹⁰³ Tak měl znít čl. 2 odst. 1 GG podle jeho původního návrhu. MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation, op. cit. sub 16, s. 5.

¹⁰⁴ “The content of a right just is what it does or does not ultimately permit.” OBERDIEK, J. Specifying Rights Out of Necessity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, roč. 28, č. 1.

¹⁰⁵ WEBBER, G. On the Loss of Rights, op. cit. sub 58, s. 6.

¹⁰⁶ TSAKYRIKIS, S. Proportionality: An Assault on Human Rights? *I•CON*, 2009, roč. 7, č. 3, s. 480 (“what is worthy of being included in the ambit of a right”).

¹⁰⁷ WEBBER, G. *The Negotiable Constitution*, op. cit. sub 101, s. 5.

¹⁰⁸ Srov. odlišná stanoviska soudců v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 3/09 ze dne 8. 6. 2010 (“zglajšachtování základních práv”).

¹⁰⁹ GLENDON, M. A. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: The Free Press, 1991

¹¹⁰ MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation, op. cit. sub 16, s. 9. Dlužno podotknout, že internalisté se o to zásadně ani nesnaží. Jejich teorie je strukturální a nikoli substantivní v tom smyslu, že neusiluje o identifikaci skutečného práva v té které oblasti právního řádu. SHAFER-LANDAU, R. Specifying Absolute Rights. *Ariz. L. Rev.*, 1995, roč. 37, s. 215.

¹¹¹ MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation, op. cit. sub 16, s. 7.

akceptovat společenskou odpovědnost, která jsou s jeho jednáním spojena. Hodnotově založený právní řád sice může poskytovat ochranu relativně slabým osobním zájmům - např. krmení holubů v parku nebo lesní projížďce na koni, avšak nikdy ne zájmům, které nemají žádnou společenskou hodnotu. Proč bychom měli ospravedlňovat instance krádeže, vraždy, znásilnění, dětské pornografie, mučení pro radost, obchodu s dětmi nebo zotročení národa jako seznatelná práva (třebaže jen *prima facie*)? Předtím bychom se museli vzdát představy, že nárokování práva s sebou nese určitý druh odpovědnosti.¹¹² „Obyčejné“ právo, např. vznikající s uzavřením kupní smlouvy nebo manželstvím, může mít veliký ekonomický, společenský, ale i politický význam a lze s ním operovat jako s komoditou, kterou můžu tu vyměnit a tady se jí vzdát, tu vynucovat a tady převést. Avšak se základními právy (*iura*) uznáváme, že to jsou požadavky spravedlnosti (*iuris*) „držené v rukou osob spíše než připisované stavům věcí (předmětů)“.¹¹³ Jak popsal H.L.A. Hart, řecký koncept práva, z něhož se vyvinul výraz odpovídající českému *subjektivní právo*, původně znamenal správné jednání, to, co je správné dělat.¹¹⁴ Jednat podle práva (*ius*, *right*, *Recht*) znamená jednat správně (*ius*, *right*, *Recht*), jednat spravedlivě (*ius*, *Right*, *die Gerechtigkeit*). Základní právo není a rozumně nemůže být předstupeň, mezičlánek, jeden z mnoha morálních důvodů na cestě ke spravedlivému rozhodnutí. Základní právo samo musí internalizovat všechny morální důvody. Za jediným základním právem nemůže být důvod jednat podle něj a zároveň proti němu; „takové právo musí být z morálky *eliminováno*“.¹¹⁵

S přijetím výše uvedené argumentace je konzistentní jedině popření širokého práva krást, širokého práva vraždy atd., protože, kdokoli ukradne nebo zabije, musí uznat, že existují silné důvody, proč by tak jednat neměl, resp. důležité zájmy, které nad jeho zájmem převáží.¹¹⁶ Významnou kritiku nabízí opět Kai Möller. Möller je individualistický liberál vycházející z konceptu osobní autonomie, vyjadřujícího svobodu každého žít si svůj život bez paternalistických a moralistických zásahů státu.¹¹⁷ Žít autonomní život znamená žít ho podle vlastního sebe-pojetí (*self-conception*).¹¹⁸ Proto není překvapivé, že Möller úvahu o legitimním omezení osobní autonomie nestaví na

¹¹² WEBBER, G. On the Loss of Rights, op. cit. sub 58, s. 18.

¹¹³ WEBBER, G. On the Loss of Rights, op. cit. sub 58, s. 5.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ KAMM, F. M. *Morality, Mortality. roč. II: Rights, Duties and Status*. New York: Oxford University Press, 1996, s. 312; WEINRIB, J. When Trumps Clash, op. cit. sub 19, s. 344 (“*A government that takes rights seriously does not subordinate rights for the sake of realizing objectives that are extrinsic to the moral suppositions on which rights rest.*”).

¹¹⁶ O širokých právech hovořím proto, že argument nevylučuje ochranu i takto sociálně patologickým jednáním v situacích, kdy se to jeví jako spravedlivé (např. při zabití jednoho k záchraně tisíce). Jakákoli morální volba však musí být provedena před právem a směrem k němu, nikoli od něj.

¹¹⁷ MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*, op. cit. sub 100, s. 45.

¹¹⁸ MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*, op. cit. sub 100, s. 57. Po rekonstrukci občanského práva bychom v Česku řekli *brát se o vlastní štěstí*.

rozlišení různě hodnotných zájmů a aktivit, ale na rozlišení důvodů omezení.¹¹⁹ Důvodem vyloučení zájmu na zabití ze skutkové podstaty základního práva je přesvědčení, že zabíjení je špatné. A tady Möller vstupuje: soudit, které úmysly člověka jsou hodnotné a které ne, není věcí státu (*state's business*).¹²⁰ Jestliže etické otázky se vztahují k tomu, jak bychom měli žít dobrý život, a morální otázky se vztahují k povinnostem, které dlužíme jeden druhému, v první (*prima facie*) fázi ústavního přezkumu nám jde o etickou stránku věci - a je věcí vraha coby morálního subjektu, jestli vraždění zvyšuje či snižuje hodnotu jeho života.¹²¹

Podstatou práv není vyčlenění určitých obzvlášť důležitých zájmů ke zvýšené ochraně. Je to spíše prokázání zvláštní formy úcty k člověku trváním na tom, že každé jednotlivé státní opatření, které ovlivňuje schopnost člověka žít svůj život podle svých vlastních představ, musí vzít její autonomní zájmy řádně do úvahy.¹²²

Nejen že nejsme schopni určit práh subsumovatelnosti. Respekt ke svobodě člověka vyžaduje, abychom ho ani nehledali. Interpretace základních práv se musí odvíjet od účelu ústavy, který je spojen s příslibem všeobjímající ochrany osobní autonomie, nikoli jejího omezování.¹²³ Ústava nemůže poskytovat konečná řešení morálních otázek. Michelman to odůvodňuje tím, že v právu musí být vždy ponechána určitá mezera mezi legalitou a legitimitou, kterou takto konkluzivně chápaná ústava „ucpává“ tvrzením své vlastní nepopíratelné legitimacy.¹²⁴ Morální neutralita, kterou kritici proporcionality externalistické ústavy vyčítali, je otočena proti nim.

Avšak podíváme-li se do světa, ptají se kritici proporcionality, zachycuje tento přístup realitu? Lidskoprávní mezinárodní smlouvy a ústavy, v Evropě často vznikající za dozvuků zvěrstev, které je svobodný člověk schopen napáchat, nestojí o morální neutralitu: garantují přirozená práva, kterým pozitivistické ústavy ne že bránily, ale které nedokázaly ochránit před svévolí a nespravedlnostmi. Grégoire Webber píše: „*co se tvůrci VDLP, EÚLP a nespočetných dalších listin*“ - a zde by mohl dodat české a slovenské Listiny z roku 1992 - „*rozhodli chránit byla práva a nikoli pomíjivé zájmy. Myslel bych si, že pouhé zájmy nejsou způsobilé vyhovět ztvrzení obsažené v preambuli Všeobecné deklarace, podle níž 'zneuznání lidských práv a pohrdání jimi vedlo k barbarským činům,*

¹¹⁹ MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*, op. cit. sub 100, s. 48, 58. Tím se liší od Joela Feinberga, který lidská rozhodnutí dělí na *vztahená na sebe (self-regarding)* a *vztahená na ostatní (other-regarding)*, kdy paternalistické státy mají tendenci korigovat oba druhy rozhodnutí. Möller upozorňuje, že nejsme vždy schopni oba druhy rozhodnutí jasně odlišit (třeba jinak *self-regarding* sex homosexuálů doma může být nahlížen jako *other-regarding*, snaží-li se stát zamezit šíření AIDS). *Ibid*, s. 48.

¹²⁰ MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation, op. cit. sub 16, s. 10.

¹²¹ MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation, op. cit. sub 16, s. 10-11.

¹²² MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation, op. cit. sub 16, s. 12.

¹²³ MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*, op. cit. sub 98, s. 88. Kdo si jako já položí otázku, proč tedy rozlišovat jedno základní právo od druhého, když by pro všechny případy postačilo jedině základní právo na osobní autonomii, Möller odpovídá, že zaprvé tvůrci ústav a mezinárodních smluv neměli přístup k podobné alternativní teorii, a tudíž se raději drželi dominantního narativu, a zadruhé, ani budoucí listiny práv by se od tohoto trendu neměly odchýlit, a to s ohledem na obtížnost výkladu jediného základního práva na autonomii adresáty a s ohledem na výhody výčtu základních práv, který identifikuje obecně důležitější aspekty osobní autonomie od těch méně důležitých. Tentokrát je to však věcí intenzity ochrany, nikoli její existence vůbec.

¹²⁴ MICHELMAN, F. I. Constitutional Legitimation for Political Acts, *The Modern Law Review*, 2003, roč. 66, č. 1.

urážejícím svědomí lidstva.”¹²⁵ Voltaire by se sice mohl bít za právo svého názorového oponenta svobodně se projevit, dnešní člověk však může mít pocit, že některé extremistické projevy si své místo systému ústavních hodnot liberálně-demokratické společnosti zkrátka nezaslouží.¹²⁶

Zbývá doplnit, že zatímco internalisté do diskuse zatím nepřinesli skutečně nezvratné důvody, proč a jak bychom měli filtrovat zájmy při subsumpci pod jednotlivá základní práva, externalisté nabízejí alternativu ke zužování skutkové podstaty základních práv. Navrhují vylučování přesunout do prvního kroku testu proporcionality,¹²⁷ kterým je zjištění legitimního cíle. Přestože nám nekompletnost principů a široká skutková podstata základních práv neumožňují vyloučit z ochrany některé důvody ochrany, test proporcionality nám umožňuje vyloučit některé důvody omezení (*excluded reasons*) jako nelegitimní,¹²⁸ jako nedovolená ospravedlnění (*illicit justifications*).¹²⁹ Podle Mattiase Kumma vyžaduje politický liberalismus, na němž jsou novodobé západní ústavy založeny, doktrínu některé takové důvody vylučující, která test proporcionality sice nemůže zcela nahradit, může ho však dobře doplňovat.¹³⁰ Doktrína vyloučených důvodů je podle Jacoba Weinriba jedním z momentů, v nichž se Dworkinova teorie práv jako triumfů setkává s principem proporcionality, zejména v jeho formě vyjádřené slavným rozhodnutím Nejvyššího soudu Kanady *R. v. Oakes* z roku 1986.¹³¹ Tím se však dostáváme mimo oblast zájmu této podkapitoly, která se dotýká pouze kompletnosti a subsumovatelnosti samotných základních práv. Teorii legitimních cílů jsou níže vyhrazeny zvláštní podkapitoly 3.4.3 a 3.4.4.

Shrnuji, že výhody vyčerpávajícího modelu - soudy nejčastěji užívaného - jsou spojeny s neomezenou úctou k osobní autonomii člověka, zdržením se od arbitrárního určení mezní důležitosti individuálních zájmů, jakož i s adaptovatelností na konkrétní skutkové okolnosti. Naopak prahový model si zakládá na udržení určitého etosu základních práv a jistotě morálních a právních pozic jejich nositelů. Protože je předepisování správného jednání neslučitelné s ideou osobní autonomie, vyčerpávající model přesouvá morální volbu teprve do druhé fáze soudního přezkumu ústavnosti (ospravedlnění zásahu), kde je individuální (či skupinový) zájem subsumovatelný pod určitou lidskoprávní ústavní normu postaven do kontrapozice k zájmu, se kterým má kolidovat. Možnosti a řešení takové kolize bude věnována následující podkapitola.

¹²⁵ WEBBER, G. Proportionality and Absolute Rights. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 10/2016, s. 17.

¹²⁶ TSAKYRIKIS, S. Proportionality, op. cit. sub 93, s. 483. Historik a autor knihy *Translating Anarchy: The Anarchism of Occupy Wall Street*, Mark Bray, toto stanovisko před časem působivě obhajoval na stanici WNYC, viz *On the media*. For Antifa, Not All Speech Should Be Free. WNYC. 10. února 2017. Dostupné z: <http://www.wnyc.org/story/antifa-speech-free/>.

¹²⁷ Zde čtyřkrokového, podle doktríny ESLP.

¹²⁸ KUMM, M. Political Liberalism, op. cit. sub 97, s. 143.

¹²⁹ MÖLLER, K. Proportionality: Challenging the Critics. *J•CON*, 2012, roč. 10, č. 3, s. 718.

¹³⁰ KUMM, M. Political Liberalism, op. cit. sub 97, s. 147.

¹³¹ WEINRIB, J. When Trumps Clash, op. cit. sub 19. Weinrib si však buď zcela neuvědomuje, anebo ponechává v tajnosti, že Dworkinova teorie práv procházela během jeho akademické kariéry ne zcela nevýraznými změnami, které činí paralelní citování z jeho starších i novějších knih předmětem oprávněné kritiky. K vývoji Dworkinovy teorie práv viz ROSEN, M. D. When Are Constitutional Rights Non-Absolute?, op. cit. sub 17.

1.2. Kolize práv a ospravedlnitelné zásahy

V předchozí části jsem se věnoval dvěma otázkám limitování základních práv souvisejícím především s výkladem lidskoprávních ústavních norem: kompletnosti a subsumovatelnosti. I kdyby se však externalisté a internalisté zcela shodli na obsahu a rozsahu základních práv, budou mezi nimi dále existovat rozdíly v tom, jak tyto mezi sebou interagují. Druhý spor je veden jmenovitě o **existenci konfliktů ústavních norem**, tedy otázku, zda ústavní normy mohou kolidovat. Jak bylo naznačeno v úvodu této kapitoly, obě oblasti zájmu jsou úzce propojené a je tak nepředstavitelné hovořit o kompletnosti principů, aniž bychom zkoumali jejich *prima facie* charakter, a naopak.

Při pohledu na judikaturu ústavních soudů se může zdát, že o existenci konfliktů ústavních norem není pochyb. Vezměme si třeba případ novináře, který chce ve svém článku zveřejnit informace o strategických armádních budovách, dejme tomu kvůli kritice jejich bezpečnostních nedostatků. Jde o střet dvou ústavních principů (svoboda projevu a národní bezpečnost), který nejde vyřešit pouhým odkazem na normu speciální, pozdější či normu vyšší právní síly. Může se stát, že *prima facie* právo na svobodu projevu bude muset za dodržení věcných i formálních požadavků ustoupit důležitějšímu zájmu na ochraně národní bezpečnosti. V takovém případě dojde k **zásahu**, který je ale **ospravedlnitelný externími důvody**, pro něž právo ve výsledku **porušeno nebylo**.

Tento názor odráží dominující externí teorii a je dalek všeobecnému konsensu.¹³² Internalisté externí teorii odmítají a soudí, že konflikt ústavních norem v konkrétních případech je nesmyslný koncept. Řekli by, že mezi právem novináře a ochranou strategických informací není o nic větší konflikt, než ten mezi libovolnými dvěma zákonnými normami bez ústavněprávního přesahu, např. mezi regulací právnických osob a regulací společnosti s ručením omezeným. Ústavněprávní normy zaručující základní práva jsou pravidly a jako pravidla si ve střetu s jinými ústavními normami mohou nárokovat buď absolutní platnost, anebo nemohou mít platnost žádnou.¹³³ Jejich střet je pouze *zdánlivý (apparent)*, přechodný, neboť po správné aplikaci pravidel přednosti zjistíme, že jedno z nich se neuplatní.¹³⁴ Stanoví-li zákon pro společnosti s ručením omezeným X, zatímco pro všechny právnické osoby Y, uplatní se přednostně X, protože první je ve vztahu speciality k druhému. U základních práv je tomu obdobně. Jeví-li se, že svoboda projevu se střetává se zájmem na ochraně národní bezpečnosti, jde o střet

¹³² C. H. Wellman to vysvětluje následovně: „*rights are commonly understood as general and absolute, but this pretheoretical conception leads directly to the contradiction of rights conflict; if they are general then they must conflict, and if they conflict, they cannot be absolute. Explained in these terms, it is easy to see why there are two principal views: one denying the absoluteness of rights (prima facie) and another denying their generality (specificationist).*“ WELLMAN, C. H. On Conflicts Between Rights, op. cit. sub 11, s. 280-1.

¹³³ “According to specificationism, rights either are or are not violated, plain and simple – there is no in-between.” OBERDIEK, J. Lost in Moral Space. Law and Philosophy, 2004, roč. 23, s. 342.

¹³⁴ Argument kontraintuitivnosti používají jak internalisté, tak externalisté. Třeba Robert Alexy naopak říká, že absence střetů absolutních práv je pouze zdánlivá: odmítneme-li instantně právo vraždy, je to pouze tím, že zájem na nezabíjení jasně převáží téměř ve všech případech. ALEXY, R. A Theory of Constitutional Rights, op. cit. sub 10, s. 74. Od toho se absolutní práva jako absolutní pouze jeví. Ve skutečnosti jsou to pouze silná relativní práva. Podobně i J. J. Thomsonová sice v kontextu konfliktu práv zastává názor, že každé právo musí někdy ustoupit, ale že právo nebýt zabit je tak silné, že na druhé straně rovnice nikdy nenajdeme tak silné právo, aby nad právem nebýt zabit převážilo. BRENNAN, S. Thresholds for Rights, op. cit. sub 92, s. 156.

pouze zdánlivý, neboť s pomocí *výkladových pravidel* (např. jazykového výkladu ústavního textu, určení vůle historického zákonodárce nebo - a to nejdůležitěji - uvážení zákonných předpisů tyto ústavní normy provádějící) jsme schopni určit, která norma se uplatní a která nikoliv. Dojdeme-li třeba k názoru, že součástí obsahu svobody projevu není nikdy právo šířit strategické vojenské informace nebo právo vyzradit za války státní tajemství, nemá národní bezpečnost proti sobě právo, se kterým by kolidovala.

Na tomto pozadí je zřejmé, proč internalisté zastávají na první pohled kontroverzní názor, že všechna základní práva jsou *absolutní*, tj. nezpůsobitelná ústavně konformního omezení. Nemáme podle nich obecnou svobodu projevu, máme jen soubor vysoce podrobných verzí této svobody.¹³⁵ Pokud ústavní normu vyložíme tak, že součástí obsahu svobody slova sice není právo vyzradit za války státní tajemství, avšak právo vydávat satirický časopis její součástí je, neboť součástí požadavku na zachování národní bezpečnosti není zákaz vydávání satirických časopisů, nezbývá už žádný prostor pro vážení jakýchkoli hodnot, nelze hovořit o omezování základního práva. Základní právo bylo vymezeno (*defined*) na normativní úrovni; všechny požadavky na jeho obsahové zúžení byly zahrnuty do jeho definice. Odtud interní teorie: internalisté nahlížejí na meze základního práva jaksi zevnitř (*ex interno*), nikoli zvnějšku (*ex externo*).¹³⁶ Jednou vymezená práva jsou absolutní. A to nikoli v tom smyslu, že by zájmy nebo hodnoty za nimi stojící vyžadovaly absolutní prioritu ve smyslu morálního absolutismu.¹³⁷ I tyto zájmy nebo hodnoty vyžadují důkladnou morální úvahu ústavodárce (ať už přímo či nepřímo), na jejímž konci stojí základní právo vymezené jen co do určitého obsahu a rozsahu.¹³⁸ Tam základní právo, dál nic. Jenom taková koncepce základního práva odráží podle internalistů jeho smysl a funkci ve společnosti (*the point of the right*), neboť jeho nositel nemá pouze příslib řádného zvážení jeho *prima facie* práva (někdy také *right to justification*), jeho nositel má právo, nárok, skutečný dworkinovský triumf.

Významný díl debaty o povaze základních práv, tak jak se v každodenním životě dostávají do střetu, se soustřeďoval okolo případu, nazývaného variantně Případ

¹³⁵ SMET, S. Resolving conflicts between human rights, op. cit. sub 14, s. 17; WELLMAN, C. H. On Conflicts Between Rights, op. cit. sub 11.

¹³⁶ K rozlišení vnitřních a vnějších omezení viz GARDBAUM, S. The Structure and Scope of Constitutional Rights. In: GINSBURG, T. a DIXON, R. (eds.) Comparative Constitutional Law. Cheltenham a Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011, s. 388; srov. ALEXY, R. A Theory of Constitutional Rights, op. cit. sub 10, s. 178: „*The concept of a limit to a right seems to presuppose that there are two things - a right and its limits.*”, s. 183: „*competence norms establish limitability (legal possibility of limiting rights), but do not limit*”, s. 184: „*limiting principles on their own are not capable of putting the individual in specific, definitively limited, positions (no-liberties, no-rights)*”, s. 196: „*protected area and scope relate to what is prima facie covered by a constitutional right, that is, covered without considering any limit.*”

¹³⁷ „*Specificationism is normatively neutral.*“ SHAFER-LANDAU, R. Specifying Absolute Rights. op. cit. sub 108, s. 215; „*First Amendment rights, then, are not „absolute“ in the sense of „unlimited in scope“: the scope of free speech must necessarily be narrower than the range of all possible speech. But that is no reason why these rights, as qualified by exceptive clauses, cannot be absolute in the sense of laying unconditionally incumbent duties of respect and enforcement upon the courts. A rule with exceptive clauses may itself have no exceptions. A First Amendment right, in short, may be limited in extent by the definitions of established judicial rules, yet unconditionally obligatory within its proper domain.*“ FEINBERG, J. *Social Philosophy*, Prentice-Hall, 1973, s. 80-81 (citováno v HASNAS, J. From Cannibalism to Caesareans, op. cit. sub 47, s. 919).

¹³⁸ Z toho plyne i mé možná stylisticky slabé, ale snad přesné použití slova „limitování“ jako zastřešujícího pojmu procesů omezování a vymezení práv.

výletníka (*Hiker's case*) nebo Případ chatrče (*Cabin's case*). Jde o krátký hypotetický příběh navržený Joelem Feinbergem v roce 1977 v eseji *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*. Feinberg nás prosí, abychom si představili, že

jsme na výšlapu v horách, když v tu ránu se okolo nás přežene neočekávaná vánice takové síly, že máme strach o vlastní život. Naštěstí narazíme na prázdnou chatrč, kterou někdo na zimu zamknul a zatloukl okna, očividně soukromé vlastnictví. Rozbijeme okno, vstoupíme a schoulíme se v rohu, dokud vánice neustane. Mezitím v nouzi sníme část potravinových zásob našeho hostitele a spálíme jeho dřevěný nábytek, abychom se zahřáli.¹³⁹

Určitě uznáme, Feinberg tvrdí, že naše jednání je ospravedlnitelné, přestože jsme zasáhli do nepochybných práv jiné osoby. Feinbergovo tvrzení je samozřejmě společensko-kulturně podmíněné, neboť je pronesl jako součást typizovaného euroamerického diskursu. Není pochyb, že v *Případu výletníka* kolidují principiálně dva právní statky, které je třeba nějak dát do souladu, neboť státy, ve kterých žijeme, skutečně uznávají jako základní společenské hodnoty jak vlastnictví, tak život a zdraví člověka.¹⁴⁰ Kontroverzi mezi právními filosofi způsobilo hlavně to, že Feinberg **rozlišuje mezi zásahem a porušením práva**.¹⁴¹

Feinbergův příklad vyvolal alespoň dva typy diskuse, diskusi filosofickou a diskusi právně filosofickou. Ve filosofické diskusi šlo o to, jestli morální práva chápeme deontologicky nebo konsekvencialisticky. Vyjádřili se v ní např. David Ross, Jürgen Habermas, Robert Nozick, Charles Fried, Samantha Brennan a mnoho dalších. K filosofické diskusi se vrátím níže. Nyní se budu věnovat diskusi právně filosofické, která usiluje především o shodu na tom, jaká východiska a závěry jsou spojeny se střetem dvou ústavních hodnot. Podle toho někteří buď podporují, nebo odmítají rozlišování zásahu a porušení základního práva.¹⁴²

Feinberg diskusi otevřel prostou a upřímnou úvahou. „*Téměř každý [jistě] přisvědčí, že hostiteli dlužíme náhradu za vymýcení jeho spižírny, rozbití jeho skla a zničení jeho nábytku... Pokud by hostitel neměl právo, do kterého bychom kdy mohli zasáhnout, těžko*

¹³⁹ FEINBERG, J. *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life. The Tanner Lectures on Human Values*, 1977, s. 223-257.

¹⁴⁰ Pokud by čtenář nesdílel pozici, podle níž může nad vlastnickým právem majitele chatrče převážet právo na život výletníka, Samantha Brennan nabízí alternativu, že výletník do chatrče vnikne proto, aby zachránil život dítěte, které našel v lesích. Zde se jistě shodneme, že vlastnické právo musí ustoupit. BRENNAN, S. *Thresholds for Rights*, op. cit. sub 92, s. 144.

¹⁴¹ Toto dělení přinesla do právního diskursu J. J. Thomsonová ve své přednášce *Self-defense and Rights*. „... we violate his right if and only if we do not merely infringe it, but more, are acting wrongly, unjustly, in doing so. Now the view that rights are 'absolute' in the sense I have in mind is the view that every infringing of a right is a violating of a right.“ THOMSON, J. J. *Self-Defense and Rights* [online]. The Lindley Lecture, University of Kansas, datovaná k 5. dubnu 1976, s. 10. Dostupné z: <https://kuscholarworks.ku.edu/bitstream/handle/1808/12392/Self-Defense%20and%20Rights-1976.pdf?sequence=1> [12-10-2017].

¹⁴² Může být namítáno, že závěry právně filosofické diskuse nemají dopady na aplikační praxi soudů aplikujících normy pozitivního práva. Taková námitka ale podle mě přehlíží klíčovou roli, kterou morální nároky (nároky z titulu, že mi něco patří, nároky z titulu, že jsem v ohrožení života, nároky z titulu, že jsme většina) při normotvorbě hrají. Podle internalistů jsou základní práva dokonce syntézou těchto morálních nároků, čímž jsou další tvrzené ospravedlňující důvody (pro které prý do práva může být přípustně zasaženo) vyloučeny z úvahy. Morálnímu rozměru základních práv se bude detailně věnovat další podkapitola.

*bychom mu náhradu dlužili.*¹⁴³ J. J. Thomsonová dává Feinbergovi zapravdu: „*Intuitivní závěr, že je v Případě chatrče dlužna náhrada, nelze přesvědčivě vysvětlit jinak, než že majitel chatrče byl omezen na právu.*”¹⁴⁴ Jejich argument staví na dvou důležitých hypotézách: zaprvé, náhrada je dlužna, zadruhé, do práv tedy muselo být zasaženo.¹⁴⁵

Nechť M je majitel a V výletník a větu „*M má nárok vůči V, aby X*“ zkrátíme na „*N_{M,V}X*”. Podle Feinberga i Thomsonové pak platí, že:

(1) *N_{M,V}* nepoužít chatrč.

a

(2) Je morálně přípustné, aby V chatrč použil.

jsou věty pravdivé. Jak to vysvětlit? A pokud se shodneme na pravdivosti

(3) Není morálně přípustné, aby N bránil V-ovi v použití chatrče.

a

(4) *N_{M,V}* poskytnout náhradu.

tak jak může zároveň platit (1)? Podle Thomsonové a Feinberga to lze vysvětlit jedinež rozlišováním zásahu (*infringement*) a porušení (*violation*) práva: V zasáhl do práva M, ale učinil tak morálně přípustně (soudobým slovníkem proporcionálně ke sledovanému cíli), proto právo M neporušil a vzniká mu sekundární povinnost náhrady.¹⁴⁶

Pokud je Feinberg tím, kdo otevřel diskusi ilustrativním případem, Judith Thomsonové vděčíme za její prohloubení skrze několik konceptů. Zaprvé jde o koncept nevinného štítu (*innocent shield*).¹⁴⁷ V absurdní situaci, kdy je dítě přivázáno k tanku agresora, který má jasný úmysl mě zničit, je pro mě přípustné - nemám-li jak utéct - použít anti-tankovou střelu a usmrtit jak agresora, tak nevinné dítě. Protože jedním v sebeobraně, nemám vůči agresorovi žádnou povinnost náhrady, ačkoliv do práv dítěte jsem zasáhl (byť neporušil) a musím nějak vykompenzovat jeho rodiče.

Vyuštěním dualismu zásah-porušení z debaty o právech se podle Thomsonové internalisté dopouští zjednodušování.¹⁴⁸ Na podporu této teze přichází i s argumentem explikativní síly (*explanatory power argument*): žádná podoba specifikace nemůže obstát,

¹⁴³ FEINBERG, J. Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life, op. cit. sub 138, s. 233.

¹⁴⁴ „There is no compelling way to explain the accepted intuition that compensation is owed in the Cabin Case without granting that the cabin owner has had a property right of his infringed.“ THOMSON, J. J. Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, s. 77.

¹⁴⁵ SHAFER-LANDAU, R. Specifying Absolute Rights, op. cit. sub 136, s. 216.

¹⁴⁶ THOMSON, J. J. Self-Defense and Rights, op. cit. sub 140. Jak známo, tohoto dělení se drží i náš Ústavní soud, viz usnesení sp. zn. II. ÚS 3322/09 ze dne 20. 1. 2010, část IV (“*zásah do práva je jedna věc a porušení základního práva je věc jiná; ne každý zásah do základního práva je současně jeho porušením*”) nebo usnesení sp. zn. III. ÚS 3166/14 ze dne 29. 4. 2015 (institut daně je zásahem do vlastnického práva, který je za určitých podmínek ospravedlnitelný).

¹⁴⁷ John Oberdiek upozorňuje, že Robert Nozick pracoval se stejným významem pod termínem nevinná hrozba (*innocent threat*). OBERDIEK, J. Lost in Moral Space, op. cit. sub 132, s. 331-2.

¹⁴⁸ THOMSON, J. J. Rights, Restitution, and Risk, op. cit. sub 142, s. 77 an.

protože lidé účastníci se debaty o tom, co je správné, se opírají o svá práva, užívajíce je jako důvody pro to, co je morálně přípustné (viz níže).¹⁴⁹

Konečně, přijmeme-li dualismus zásah-porušení, umožní nám to vysvělit tzv. morální reziduum (*moral residue*). Přestože má majitel *prima facie* právo (1), to se za těchto okolností neprosadí (3), protože výletník je ve svém jednání omluven (2). To ale nic nemění na tom, že do majitelova práva bylo zasaženo. Co intuitivně cítíme, je podle Thomsonové morální reziduum, vyžadující nějakou dostatečnou reakci ve formě lítosti či finanční kompenzace. Právě existence morálního rezidua naznačuje, že přestože výletník jednal v právu, a tudíž nespáchal bezpráví, „dotknul se něčeho morálně významného - práva.”¹⁵⁰ Morální reziduum je v tomto smyslu reziduum závazku - výletník má povinnost vyjádřit lítost, omluvit se nebo zajistit náhradu.¹⁵¹ Jak internalisté morální reziduum vysvětlí, když podle nich majitelovo vlastnické právo nebylo vůbec dotčeno?¹⁵²

John Oberdiek odpovídá, že mezi právem a morálním reziduem nemusí žádná spojitost být.¹⁵³ Co Judith Thomsonová nazývá morálním reziduem je zkrátka výrazem silně prožívané averze vůči ztrátě spojené s tím, že při střetu dvou hodnot musíme jednu z nich obětovat.¹⁵⁴ Volby (*trade-offs*), ke kterým nás svět nutí, jsou však volby mezi hodnotami, nikoli právy. „*Negativní reziduum je v tomto smyslu představitelné i bez porušení práva, a to jen protože došlo ke ztrátě něčeho hodnotného.*”¹⁵⁵ Krom toho, spojuje-li Thomsonová morální reziduum s ospravedlnitelným zásahem do práva, po čem by muselo volat porušení práva, které je ve všech ohledech horší? Co kdyby se výletník do chatrče vloupal za slunečného dne, aby si odpočinul? Vede-li morální reziduum k náhradě škody, není už kam ustoupit.¹⁵⁶

Druhý z těchto Oberdiekových argumentů je spíše slabší. Kvalitativní rozdíl v následcích ospravedlněného zásahu a porušení spočívá v tom, že majitel může výletníkovi bránit v použití chatrče, což by jinak nemohl. Naopak nespravedlivá je kritika Andrewa Botterella, který tvrdí, že následky porušení se mohou od následku zásahu lišit udělením trestu, negativního stigmatu apod.¹⁵⁷ Apel spojený s morálním reziduem se totiž netýká represe jednoho, nýbrž restituce druhého, což by Botterell musel uznat, kdyby svou tezi konfrontoval s Feinbergovým příkladem.

¹⁴⁹ OBERDIEK, J. Lost in Moral Space, op. cit. sub 132, s. 339.

¹⁵⁰ OBERDIEK, J. Lost in Moral Space, op. cit. sub 132, s. 331.

¹⁵¹ SMET, S. Resolving conflicts between human rights, op. cit. sub 14, s. 23.

¹⁵² To je argument Phillipa Montagua, který by řekl, že zůžeme-li právo výletníka jen na právo-použití-chatrče-při-rozpoutání-nebezpečné-vánice, zbavuje nás to schopnosti vysvětlit morální význam výletníkova chování. SHAFER-LANDAU, R. Specifying Absolute Rights, op. cit. sub 136, s. 215.

¹⁵³ OBERDIEK, J. Lost in Moral Space, op. cit. sub 132, s. 333.

¹⁵⁴ “*Examples of non-moral negative residue are easy to come by – choice among incompatible non-moral values is a basic feature of the human condition.*” OBERDIEK, J. Lost in Moral Space, op. cit. sub 132, s. 334.

¹⁵⁵ “*On this view, negative residue is possible even when a right is not violated, because it can be the case that something of value is lost.*” *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.* To možná ukazuje, že morální reziduum má největší význam u porušení práva, nikoli u obhajovaného zásahu (OBERDIEK, J. Lost in Moral Space, op. cit. sub 132, s. 336).

¹⁵⁷ BOTTERELL, A. In Defence of Infringement. *Law and Philosophy*, 2008, roč. 27, s. 269–292.

První Oberdiekův argument zní přesvědčivě: morální reziduum je vysvětlitelné i bez uchýlení se ke slovníku práv. Tady Andrew Botterell namítá, že ne vždy můžeme mluvit o úbytku hodnoty. Třeba porušíme-li slib, Thomsonová dokáže naši potřebu to promitentovi nějak nahradit vysvětlit porušením naší povinnosti spojené s promitentovým právem. Na druhou stranu, Oberdiek podle Botterelliho nemůže morální reziduum vysvětlit úbytkem nějaké hodnoty. Když prodávající poruší smlouvu nedodáním zboží, Oberdiek nedokáže určit, kde byla ztracena hodnota. Jsem si ale docela jistý, že Oberdiek neměl na mysli hodnotu metrickou, ale spíše klasifikační;¹⁵⁸ nešlo mu o snížení hodnoty něčeho, ale o něco hodnotného, co jsme museli obětovat. Kdykoli obětujeme něco důležitého z pohledu morálky, vnímáme to jako ztrátu hodnoty, přestože ji nejsme schopni vyjádřit v ekonomických veličinách (užitek, příležitost apod.).

Podobný argument, tentokrát namířený proti zastáncům dualismu zásah-porušení, vystupuje na povrch, uvážíme-li situaci, kdy došlo k *oprávněnému zásahu* (*justified interference*). Podle Joela Feinberga existuje nárok na kompenzaci (4) *právě proto*, že bylo zasaženo do skutečně existujícího práva (1). Jak ale můžeme konzistentně tvrdit, že do práva jeho nositele bylo *oprávněně* zasaženo a zároveň trvat na kompenzaci? Přesvědčivá teorie rozlišující zásah a porušení musí tuto konzistenci vysvětlit. Strategie teoretických pokusů se liší. Tak např. Westen tvrdí, že situace se nejeví jako nekonzistentní, uvážíme-li, že *N_{V,M} použít chatrč* je nárokem trestněprávního původu (jde o případ okolnosti vylučující protiprávnost), zatímco *N_{M,V} poskytnout náhradu* (4) je nárokem občanskoprávním.¹⁵⁹ Možná to vychází z kulturně-právních odlišností, ale základní trestněprávní vztahy jsou podle mě výhradně vztahy vertikální, tj. mezi jednotlivcem a státem, a lze těžko obhajovat trestněprávní nárok ze vztahu mezi M a V, který neexistuje. Jistě, V disponuje silným privilegiem nebýt potrestán za trestný čin, jenž se nestal, ale toto privilegium plyne z jeho vztahu ke státu, ne k M. Jestliže pak M vystupuje jako poškozený v adhezním řízení, vystupuje se svým procesněprávním a nikoli hmotněprávním nárokem. Navíc, i kdyby to vše nebyla pravda, ne všechny situace dosahují trestněprávní roviny. Andrew Botterell by pak nemohl tvrdit, že „[V] může jednat ospravedlnitelně v trestněprávním smyslu, [...] ačkoliv [V] občanskoprávně zasáhne do [M-ových] práv.”¹⁶⁰

Judith Thomsonová nám dále přibližuje praktické využití dualismu zásah-porušení v etickém diskursu. V jakémkoli diskursu o tom, co je správné, mají práva zvláštní ospravedlňující roli, kterou by jako závěry diskursu nemohla mít. Argumentujeme totiž *od* práv a *ne k* právům.¹⁶¹ Thomsonová tím poukazuje na paradox ve specifikačnické argumentační linii:

Co musí přítel specifikace udělat, je nejprve zjistit, kdy je přípustné zabít, a pak podle své vlastní koncepce práv narýsovat, co je tím největším, co máme ve vztahu k životu. Ale jestli je tohle jediný způsob, jak zjistit, co je tím největším, co máme ve vztahu k životu, jak pak kdo může

¹⁵⁸ Rozdíl popisuje Alexy v *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 88-90.

¹⁵⁹ BOTTERELL, A. In *Defence of Infringement*, op. cit. sub 155, s. 277.

¹⁶⁰ BOTTERELL, A. In *Defence of Infringement*, op. cit. sub 155, s. 278.

¹⁶¹ OBERDIEK, J. *Lost in Moral Space*, op. cit. sub 132, s. 339; OBERDIEK, J. *Specifying Rights Out of Necessity*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, roč. 28, č. 1, s. 141. U nás v souvislosti s hodnotou lidské důstojnosti SOBEK, T. *Právní rozum a morální cit*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016, s. 12.

vysvětlit přípustnost zabití za takových a takových okolností s odkazem na fakt, že zabití za těchto okolností neporušuje právo, které je tím největším, které má oběť ve vztahu k životu?¹⁶²

Podstata této poměrně složité pasáže se dá s pomocí Případu chatrče vyjádřit jinak. Jak můžeme v čase T1 obhájit právo majitele aby-výletník-chatrč-nepoužil-s-výjimkou-rozpoutání-nebezpečné-vánice, když k vánici má teprve dojít v čase T2? A jak může majitel obhájit v čase T2 své právo, které v čase T1 ještě nemohl mít?

Oberdiek přistupuje k této námitce z podobné pozice jako předtím. Tvrdí, že diskurs o právech, který v naší společnosti vedeme (např. adopce, ochrana osobních údajů apod.), lze dobře interpretovat zcela bez toho, aniž bychom použili práva jako premisy. Ač ne explicitně tím společně s Carlem Wellmanem a Joelem Feinbergem rozlišuje nároky (*claims*) a platné nároky (*valid claims*), přičemž pouze platné nároky konstituují právo.¹⁶³ Oberdiekova argumentace je odvážná; tvrdí, že používání práv jako premis ve společenském diskursu není nezbytné, ale naopak zcela zbytečné, ba patologické, vedoucí k jeho znehybnění.¹⁶⁴ „Nemůžeme se odvolávat na práva jako na premisy při popisu jejich obsahu.“¹⁶⁵ Oberdiek tím Thomsonové vrací úder: vždyť její vlastní teorie je založena na tautologii. Jinými slovy, podle Oberdieka je možné znát obsahy práv před kontextem, podle Thomsonové je možné argumentovat právy před určením obsahu práv - a navzájem spolu nesouhlasí.

Jak z toho ven? Na úvod je třeba Oberdiekovi vytknout, že se nevyjádřil (a tedy ani neobhájl) k tomu, jestli jeho přístup vlastně neredukuje práva na úroveň jiných morálních důvodů (*moral considerations*). To by byl přitom pro teorii, která si zakládá na speciální normativní síle lidských práv, nezanedbatelný nedostatek. Na druhou stranu, Oberdiek se podle mě soustředí na ten aspekt celého diskursu, skrz který může být spor mezi externalisty a internalisty nejlépe rozřešen, a to je zasazení konceptu základních práv do širších společenského rámce, zejména do našich představ o roli etiky v politickém a právním diskursu. Než se k tomuto aspektu vrátím, dokončím shrnutí klíčových argumentů vztahujících se k interpretaci situací podobných Případu výletníka. Jedná se o konflikt práv, nebo ne?

¹⁶² „What the friend of factual specification has to do is to figure out when it is permissible to kill, and then tailor, accordingly, his account of what right it is which is the most we have in respect to life. But if that is the only way anyone can have of finding out what right it is we have in respect of life, how can anyone then explain its being permissible to kill in such and such circumstances by appeal to the fact that killing in those circumstances does not violate the right which is the most the victim has in respect of life?“ THOMSON, J. J. *Self-Defense and Rights*, op. cit. sub 140, s. 39. Pro úplnost je třeba dodat, že reaguje-li Thomsonová na „přítele specifikace“, myslí tím její kolegy, kteří v té době nebyli zcela přesvědčeni o smyslu rozlišování zásahu a porušení. Není jisté, jestli by se tyto tzv. morální specifikacionisté postavili v soudobé právně filosofické debatě za internalisty či nikoliv.

¹⁶³ „By ‘the right to life’ we can mean... a moral right in the sense that it is a claim rendered valid by reasons derived from moral principle, and therefore can exist prior to and independently of legal recognition. FEINBERG, J. *Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life*, op. cit. sub 138, s. 235. WELLMAN, C. *A Theory of Rights: Persons Under Laws, Institutions, and Morals*. Totowa: Rowman & Allanheld, 1985. Nutno říci, že ať implicitně nebo explicitně se k Wellmanovi vrací hned několik specifikacionistů, explicitně např. jeho jmenovec C. H. Wellman (sub 11).

¹⁶⁴ OBERDIEK, J. *Lost in Moral Space*, op. cit. sub 132, s. 340.

¹⁶⁵ “And obviously, the antecedent right cannot be invoked as a premise to help describe its own content.“ OBERDIEK, J. *Lost in Moral Space*, op. cit. sub 132, s. 341.

Je jasné, že ke konfliktu práv potřebujeme práva alespoň dvě. Internalisté tvrdí, že ačkoli se to tak může jevit, práva ve skutečnosti nekolidují, nýbrž zapadají do sebe jako puzzle. Chovají se jako pravidla: na každý skutkový stav můžeme aplikovat vždy jen jedno. V Případu výletníka k porušení vlastnického práva majitele chatrče nedošlo, protože toto právo obsahuje výjimku, pro kterou se neuplatní v situaci takové nouze, v jaké byl výletník. Hovořit o *ospravedlnitelném zásahu* je úplný oxymorón, protože zásah do takto úzce vymezeného práva (např. vniknutí do chatrče za slunečného dne za účelem odpočinku) by byl vždy jeho porušením.

Judith Thomsonová s takovou interpretací nesouhlasí, protože ve chvíli, kdy by člověku vznikla škoda z morálně ospravedlnitelných důvodů, internalisté nejsou schopni vysvětlit tzv. morální reziduum, tedy silný morální požadavek, aby byl poškozený nějak restituován (formou kompenzace, omluvy nebo alespoň lítosti). Internalisté však prohlašují, že mají pro existenci morálního rezidua lepší vysvětlení, a to buď proto, že (1) v některých případech, kde podle externalistů dochází k ospravedlnitelným zásahům, kompenzace není na místě; že (2) v některých případech je kompenzace na místě, i když podle externalistů nedošlo k ospravedlnitelnému zásahu;¹⁶⁶ nebo že (3) všechny případy, ve kterých je kompenzace na místě, mohou internalisté vysvětlit s pomocí jiných morálních důvodů (*other moral considerations*).¹⁶⁷

Příklad (1) zmiňuje Američan Russ Shafer-Landau:¹⁶⁸

Představte si, že musím přeběhnout přes váš pozemek, abych zachránil dítě topící se v sousedově jezírku. Předpokládáme-li přípustnost takového chování a přijmeme-li strukturu práv obhajovanou teoretiky zásahu, pak jsem ospravedlnitelně zasáhl do sousedova práva. Přesto je jistě nepravdou, že bych byl povinován kompenzovat. Z toho plyne, že zásah do práva není dostatečnou podmínkou pro existenci kompenzace.

Jak upozorňuje Danny Frederick, Russ Shafer-Landau přehlíží, že přeběhnutím pozemku vám zjevně nevzniká škoda ani ušlý zisk. To však neznamená, že vám Russ není dlužen vysvětlení nebo - jste-li nadšencem pro pozemkové právo - uznání, že tím zasáhl do vašeho věcného práva. Frederick pokračuje, že ostatní mimoprávní morální důvody (v tomto případě třeba můj altruismus) mohou být užity ke snížení nároku na kompenzaci - např. musí-li Russ přeběhnout přes váš skleník, který tím zničí, budete se o náklady na opravu dělit - a ne k vysvětlení, proč by měla být kompenzace zaplácena, jak by si internalista představoval. Přiznám se, že tomuto argumentu nerozumím. Jak se to

¹⁶⁶ Internalista Shafer-Landau nabídl jako příklad (2) zaplacení služby. SHAFER-LANDAU, R. *Specifying Absolute Rights*, op. cit. sub 136, s. 216. Třebaže jsme užitím služby neporušili právo, musíme poskytovatele kompenzovat. To je ale nepřijatelné slučování primární a sekundární obligace. Lepší příklad najdeme v § 3014 OZ: *Obětuje-li se něčí věc v nouzi, aby se odvrátila větší škoda, dá každý, kdo z toho měl užitek, poškozenému poměrnou náhradu*. I české právo tedy uznává výjimečné okolnosti, za nichž trvá na náhradě škody, přestože nedošlo k porušení primární povinnosti (zejm. *vis maior*). Viz zdařilý článek Filipa Melzera: MELZER, F. *Soukromoprávní význam jednání v krajní nouzi*. *Právní rozhledy*, 2014, č. 15-16, s. 549-552. (Uvádí-li Melzer § 1039, jde o případ krajní nouze veřejné (*public necessity*), nikoli soukromé (*private necessity*), která je vztahuje ke zkoumanému střetu dvou práv). V kontextu tort law se často uvádí případ *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*, 109 Minn. 456, zejm. bod 12 (jednající v krajní nouzi nic neporušil) a bod 14 (přesto musí jinému zaplatit).

¹⁶⁷ FREDERICK, D. *Pro-Tanto Versus Absolute Rights*, op. cit. sub 15, s. 389.

¹⁶⁸ SHAFER-LANDAU, R. *Specifying Absolute Rights*, op. cit. sub 136, s. 217.

vztahuje k internalistově tvrzení, že je schopen nárok na kompenzaci vysvětlit, aniž by muselo existovat právo, do něhož bylo zasaženo? Jedny mimoprávní důvody (altruismus, vysoké stáří a zanedbaný stav skleníku, velké bohatství vlastníka, má opatrnost) mohou náhradu úměrně snížit, zatímco jiné mimoprávní důvody (novota a čistota skleníku, chudoba vlastníka, má nedbalost) mohou sekundární závazek založit. Nijak to podle mě nevyvrací internalistovu tezi. Shafer-Landauův závěr, že zásah do práva není dostatečnou podmínkou pro existenci kompenzace, musí být platný.¹⁶⁹

Shafer-Landauova obrana tedy internalistům vytváří půdu pro vlastní teorii kompenzačních nároků. Otázku můžeme formulovat takto: Co zakládá povinnost V kompenzovat M, když ne zásah do existujícího práva M? John Oberdiek se k této otázce vrátil ve své práci *O nezbytnosti specifikovat práva (Specifying Rights Out of Necessity)*¹⁷⁰ v návaznosti na svůj odkaz k hodnotovému pluralismu.¹⁷¹ Oberdiek v ní usuzuje, že při absenci široce definovaného vlastnického práva, které by M chránilo před zásahy z takto ospravedlnitelných důvodů, můžeme hovořit o mezeře v jeho vlastnickém právu, která je odhalena (*exposed*) teprve v podobné nouzové situaci (vánice) a která výletníkovi umožňuje do chatrče vniknout.¹⁷² Poukaz na odhalení mezery v subjektivním právu naznačuje, že M toto právo nikdy neměl a my - kdybychom o této situaci předem věděli - bychom takové okolnosti mohli považovat za výjimku pro vlastnické právo. To ale neznamená, že V nemá žádné mimoprávní důvody (*reasons*) do chatrče nevniknout - např. by si svůj život necenil natolik, aby překvapenému majiteli způsobil útrapy. Nicméně, V nemá žádný kategorický důvod (*categorical reason*) do chatrče nevniknout.¹⁷³ M proti němu nemá žádný deontologicky založený nárok. Protože ale mimoprávní důvody do chatrče nevniknout přece existují a V je odmítne (chce si zachránit život), prezentují se tyto důvody jako ztracená hodnota, jako morální reziduum. K čemu morální reziduum podle Oberdieka vyzývá - a to je klíčové - není právní důvod ke kompenzaci (*duty*), nýbrž pouze důvod ke kompenzaci (*reason*). V *Případu výletníka* šlo o případ nouze, ve kterém nebyl nevzat do úvahy kategorický důvod, a proto nemůže existovat ani kategorický důvod (právní důvod) pro kompenzaci. Výsledek: kompenzace podle Oberdieka *není* právně vymahatelná.¹⁷⁴

Oberdiekův závěr by našel podporu ve starším příspěvku C. H. Wellmana.¹⁷⁵ Wellman by přisvědčil, že „konstelace morálních důvodů“ v Případu výletníka vyžaduje, aby V kompenzoval M za vniknutí do jeho chatrče a spálení jeho nábytku. To, že má M navíc privilegovanou morální pozici vůči V (může ho jeho povinnosti i zbavit), stačí, aby to M stavělo do pozice nositele (morálního) práva vůči V.¹⁷⁶ Toto vysvětlení preferuje právě

¹⁶⁹ A jestli není dostatečnou podmínkou, je nutné užít i jiné než právní důvody. V tom případě je přípustné, aby tyto jiné důvody užili specifikacionisté pro svou vlastní teorii. *Ibid.*

¹⁷⁰ OBERDIEK, J. *Specifying Rights Out of Necessity*, op. cit. sub 159.

¹⁷¹ OBERDIEK, J. *Lost in Moral Space*, op. cit. sub 132, s. 339.

¹⁷² OBERDIEK, J. *Specifying Rights Out of Necessity*, op. cit. sub 159, s. 142.

¹⁷³ V Alexyho terminologii by patrně šlo o definitivní důvod (*definitive reason*), viz ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 60.

¹⁷⁴ OBERDIEK, J. *Specifying Rights Out of Necessity*, op. cit. sub 159, s. 142-4.

¹⁷⁵ WELLMAN, C. H. *On Conflicts Between Rights*, op. cit. sub 11.

¹⁷⁶ WELLMAN, C. H. *On Conflicts Between Rights*, op. cit. sub 11, s. 289.

proto, že „koncept důvodu nepočítá s ničím, co by [morálním důvodům] bránilo být převáženy v první fázi, a přesto ponechat si jejich sílu a být rozhodné pro fázi druhou”.¹⁷⁷ Dochází tak k uzavření celé argumentační sítě: na počátku je morální nárok M, který daný do souladu s ostatními morálními nároky dává úzce vymezené základní právo M. Přestože M nemá právo bránit V k použití chatrče, jeho morální nárok trvá. V sice svědčí základní právo, ale uchýlením se k jeho výkonu připravuje M o cosi hodnotného. Taková konstelace morálních důvodů musí spravedlivě vést k založení kompenzačního nároku M vůči V, který tím pádem nezávisí na původním základním právu M bránit V k použití chatrče, protože on žádné neměl.

Výsledek internalistické interpretace (Wellman a Oberdiek) lze shrnout takto:

(1) $N_{M,V}$ nepoužít chatrč.

ale

(2) $\neg N_{M,V}$ nepoužít chatrč ospravedlnitelně.

(3) V použil chatrč ospravedlnitelně, čímž došlo ke ztrátě hodnoty.

(4) $N_{M,V}$ poskytnout náhradu, protože (2,3).

Poslední výrok je vyjádřitelný právem M, aby ho V kompenzoval, existují-li silnější morální důvody ve prospěch V, který má z toho užitek, ačkoliv M tím ztratí. Výhody modelu jsou podle internalistů tyto: (1) majitel chatrče má absolutní právo na nerušený výkon vlastnického práva s výjimkou okolností v Případu chatrče; (2) výletník má absolutní právo vstoupit do chatrče a spálit nábytek, aby se zahřál; (3) majitel chatrče má absolutní právo, aby byl kompenzován; a (4) tento závěr lze vysvětlit bez pomoci dualismu zásah-porušení. Práva výletníka a majitele nemohou kolidovat, protože jsou definována úzce.¹⁷⁸

1.3. Morální rozměr základních práv

V předchozí podkapitole jsem se věnoval existenci konfliktů práv, rozlišování zásahu a porušení práv a jak to souvisí s otázkou kompenzace. Možná bylo z pojednání znát, že pro přehlednost se od sebe snažím držet dva tématické póly, které se vzájemně přitahují, a sice interpretační a aplikační funkci základních práv (zda jsou kompletní, zda kolidují

¹⁷⁷ WELLMAN, C. H. On Conflicts Between Rights, op. cit. sub 11, s. 292.

¹⁷⁸ Danny Frederick namítá, že tento kompenzační nárok nemůže být absolutní, protože jsou situace, kdy je ospravedlnitelné, není-li plněno. FREDERICK, D. Pro-Tanto Versus Absolute Rights, op. cit. sub 15, s. 391-2. Uvádí příklad Jima, který spěchá na letiště, aby odletěl do Anglie, kde jedině on může odvrátit katastrofu. Jim ve spěchu nezaplatí benzín na čerpací stanici a ví, že se zpátky nikdy nevrátí, aby benzín zaplatil. Jim podle Fredericka ospravedlnitelně zasáhl do práva majitele benzínky na kompenzaci. Jak ale může takový příklad obstát, když sám výše uznává, že závazek ze smlouvy nelze ztotožňovat se závazkem z deliktu? Domnívám se, že Jim po nezaplacení benzínu může argumentovat, že jinak jednat nemohl, ale ne tím, že jednal ospravedlnitelně. V tom je rozdíl. Nebo snad všechny činy, kterých se dopustíme z nutnosti, jsou zároveň ospravedlnitelné? Podle H. L. A. Harta nás to omlouvá (*excuse*), ale neospravedlňuje (*justify*). HART, H. L. A. *The Concept of Law*, op. cit. sub 22, s. 173. Frederickův argument je tedy lichý, protože Jim má sice vůči majiteli benzínky nárok odjet na letiště bez placení, tím mu ale vzniká i povinnost majitele vykompenzovat. Pokud to neudělá z důvodu nemožnosti, je pasivní z nutnosti, ale ne oprávněně, ne po právu. Majitel benzínky má proti němu spící, tzv. latentní kompenzační nárok. WELLMAN, C. H. On Conflicts Between Rights, op. cit. sub 11, s. 288.

apod.) od širší funkce základních práv v morálním diskursu. Konkrétně jsem slíbil vylíčit, o co byla vedena filosofická debata podpořená Feinbergovým rozlišováním mezi zásahem a porušením. Nadcházející pasáž slouží k tomu, aby byl i těmto úvahám dán prostor.

Lze namítnout, že úvahy o funkci základních práv v morálním diskursu patří do esejí o vztahu práva a morálky, nikoli do práce o teoretických východiscích limitování práv. Domnívám se, že takový argument opomíjí moment semknutí základních právních norem s představami spravedlnosti. Tento *nárok na správnost* (viz níže) v oblasti základních práv předpokládá, že v ústavních normách nejen že vytváříme onen Jelinekův právní status jednotlivce vůči ostatním a vůči státu, ale podepisujeme se i za určité morální či politicko-morální představy, které nad rámec právem dovoleného, přikázaného a zakázaného vypovídají o tom, co je morálně přípustné a morálně nepřipustné.

Přesné pojetí nároku na správnost se mezi externalisty a internalisty opět liší a opět je v úzkém sepětí s jejich názory na povahu základních práv a možnost jejich konfliktu. Rozlišují-li externalisté společně s Feinbergem mezi zásahem a porušením práva, tak tím míní, že ačkoliv na ústavní úrovni došlo ke zpozitivnění některých nejdůležitějších práv coby požadavků morálky, musí tato někdy ustoupit jiným hodnotám a zájmům, jestliže je to vzhledem ke konkrétním okolnostem spravedlivé.¹⁷⁹ Nárok na správnost se koncentruje do aktu aplikace práva. Taková koncepce vyžadující teprve aposteriorní vážení ústavních hodnot podle internalistů přehlíží úzké spojení (či spíše překrytí) toho, co nositeli práva náleží po právu, a toho, co mu náleží spravedlivě.¹⁸⁰ Skrze konfrontaci jednotlivých práv, hodnot či zájmů jsme schopni již na ústavní úrovni¹⁸¹ *a priori* rozhodnout, jaký obraz o spravedlivém uspořádání vztahů ústava vytváří. Přístup externalistů lze označit jako partikularistický, přístup internalistů jako holistický.

Pro vyjasnění si nyní představme, že se *Případ chatrče* dostane před český soud. Soudce znalý metody Ústavního soudu nalezne, že jde o případ krajní nouze, v němž je hodnota vlastnického práva (čl. 11 Listiny) postavena před hodnotu života (čl. 6 Listiny), jehož ohrožení mělo být odvráceno. Jsou-li naplněny zákonné podmínky krajní nouze, soudce přistoupí ke vzájemnému poměřování v kolizi stojících základních práv.¹⁸² Takto může soudce rozhodnout, že i přes splnění podmínek krajní nouze nepřeváží vlastnické právo nad právem na život a výletník tak jednal po právu. Co to ale říká o „neporušitelnosti základního práva“¹⁸³ majitele k jeho chatrči a o související povinnosti ostatních toto právo respektovat?

¹⁷⁹ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 10, s. 70, s. 184: „Limiting principles on their own are not capable of putting the individual in specific, definitively limited, positions (no-liberties, no-rights).“ Srov. KLATT, M. a MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 48.

¹⁸⁰ „[R]ights directly entail an overall verdict about the permissibility of actions.“ SHAFER-LANDAU, R. *Specifying Absolute Rights*, op. cit. sub 136, s. 221.

¹⁸¹ Ústavní úroveň je zde chápána v širším smyslu; spadají sem jak původní, tak odvozené ústavní normy (viz 2. kapitolu).

¹⁸² Nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994.

¹⁸³ „...uznávajíc neporušitelnost přirozených práv člověka, práv občana a svrchovanost zákona...“ - z Preambule Listiny.

Uvažme další příklad. Článek 7 odst. 2 Listiny mi předepisuje, že *nikoho* nesmím podrobit mučení, a pokud to udělám, zasáhnu tím do jeho základního práva nebýt mučen. Nyní si představme situaci hrozícího bombového útoku (*ticking bomb scenario*), kdy je policejní orgán vystaven před otázkou, jestli mučit teroristu s cílem vymoci z něj informace o lokalitě bomby a zachránit tak stovky lidí, anebo nemučit. Jak má rozhodnout? Neptáme se na to, jaké morální důvody ho vedou jako hybatele morálky (*moral agent*), nýbrž na to, jaké právní důvody ho vedou jako hybatele práva (*legal agent*).

Zastánci externí teorie, dominující evropskému ústavněprávnímu diskursu, odpoví, že právo nebýt mučen podle čl. 7 odst. 2 obsahuje důležitý zájem (*interest*) na zákazu mučení, resp. důležitý důvod (*reason*) nemučit, jehož váha musí být poměřena s kolidujícím zájmem na ochraně veřejné bezpečnosti. Pokud druhý zájem převáží první, vytváří se tím odvozené pravidlo, které státnímu orgánu dovoluje v těchto skutkových okolnostech použít mučení, aby teroristu přinutil informace sdělit. Přestože bylo do jeho práva zasaženo, šlo o zásah přiměřený, a tudíž ústavně konformní. Avšak v jakém je tento závěr vztahu k původnímu tvrzení, že *nikdo* nesmí být mučen? Byl terorista nositelem základního práva nebýt mučen předtím, než se rozhodl bombový útok provést, nebo nebyl?

Řešením interní teorie je základní práva v první řadě nekoncepovat jako neomezená a pokoušet se naopak identifikovat jejich úzce vymezené výjimky. Jakmile jsou ale jednou vyjádřena jako neomezená (jako v případě čl. 7 odst. 2), jsou to kategorické požadavky, které je třeba respektovat. Právě to kritikům poměrování vadí, a sice že externalisté ztotožňují právní principy s právními hodnotami, tedy že slučují deontologickou a axiologickou rovinu. Třeba Habermas tvrdí, že je velkou chybou klást systém norem a systém hodnot vedle sebe. Právo operující jako systém příkazů a zákazů do sebe vnáší hodnotovou orientaci a politické cíle zákonodárce a uděluje jim normativní přednost.¹⁸⁴ Morálka je zatížena „motivační nejistotou“, tedy závislostí na naší vůli chovat se v souladu s morálkou.¹⁸⁵ Schopnost právních norem vyvolat následky s okamžitou platností morálním soudům jednoduše chybí.¹⁸⁶ „Jak píše Habermas, „ve složitých společnostech se morálka může stát efektivní mimo lokální úroveň toliko skrze její přeložení do právního kódu.“¹⁸⁷ Nároky morálky samy o sobě postrádají nástroje k takové institucionální efektivitě.

Německý filosof se tím snaží říct víc, než jen že koncepty morálky jsou v dnešní společnosti institucionálně slabší než koncepty právní. To je patrné ze str. 153, kde rozlišuje mezi hodnotami, které si nárokují relativní platnost, a spravedlností, která si

¹⁸⁴ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. 2. dotisk, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996, z německého originálu (*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992*) přeložil William Rehg, s. 256.

¹⁸⁵ FLYNN, J. Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue. *Social Theory and Practice*, 2003, roč. 29, č. 3, s. 446.

¹⁸⁶ “*Legal norms have the immediate effectiveness for action that moral judgments as such lack.*“ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*, op. cit. sub 184, s. 114.

¹⁸⁷ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*, op. cit. sub 184, s. 204.

nárokuje platnost absolutní.¹⁸⁸ Právní normy, ty ústavní nevyjímaje, do sebe vtělují určité hodnoty, které nejsou jen výrazem aktuální politické preference; tyto normy si činí nárok na správnost (*claim to correctness*), vztahují se k ideálnímu stavu.¹⁸⁹ „Ani pravidla, ani principy nemají teleologickou strukturu. V rozporu s tím, co naznačují právní metodologie vztahující se k „vážení hodnot“ (*Güterabwägung*), principy nelze chápat jako příkazy k optimalizaci, protože by to popřelo jejich deontologický charakter.”¹⁹⁰ „For if in cases of collision all reasons can assume the character of policy arguments, then the fire wall erected in legal discourse by deontological understanding of legal norms and principles collapses.”¹⁹¹

Základní právo v tomto světle není jen jedna z hodnot, které vstupují do našeho poměřování, je to právní norma s jasným normativním požadavkem. Podle Jürgena Habermase nelze práva ztotožňovat s pouhými zájmy. Pouze pravidla a principy - a nikoli hodnoty - „*si mohou v důsledku svého deontologického charakteru nárokovat univerzální závaznost a ne toliko ad hoc preferenci.*”¹⁹² Habermas a jeho následovníci tím upozorňují, že pojem práv používáme ve dvou významech, které můžeme možná nejlépe shrnout pod zastupující výrazy „morální nároky“ a „právní nároky”. Říci, že mám právo, že mám morální nárok na příplatek za práci, protože jsem pracoval o tři hodiny déle, ještě nic nevypovídá o mém právním nároku na takto zvýšenou odměnu, a to z toho důvodu, že můj morální nárok nebyl dán do souladu s morálními nároky ostatních, např. obyvatel postižených živelní pohromou, kvůli kterým jsem musel pracovat přesčas. To neznámá, že má koncepce morálky (třeba i shodná s koncepcí většinové společnosti) tento příkaz obsahovat nemůže.¹⁹³ Je to však něco jiného než říci, že mám právní nárok na vyšší odměnu za práci přesčas během živelní pohromy, protože právní norma garantující právo na spravedlivou odměnu za práci tento nárok předpokládá. Jedině právní nárok je totiž výsledkem demokratického procesu, ve kterém tyto partikulární morálky mohly být dány do souladu.

“Skutečná“ práva proto nekolidují jako hodnoty nebo principy, které mohou být naplněny tu více tu méně, nýbrž jako pravidla, která buď vhodná (platná) jsou, anebo

¹⁸⁸ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*, op. cit. sub 184, s. 153.

¹⁸⁹ LA TORRE, M. *Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights*, op. cit. sub 31, s. 58.

¹⁹⁰ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*, op. cit. sub 184, s. 208. Alexyho pojetí principů je někdy nazýváno jako axiologické pojetí principů. TUORI, K. *Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumentalism of Policies*. In: ERIKSEN, E. O. a MENÉNDEZ, A. J. *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer. Law and Philosophy Library, roč. 77, 2006, s. 50.

¹⁹¹ „If, by saying that Z has a right, we say that the area of her life it represents is worth protecting, we have succeeded in noting an important general political goal. Unfortunately, that is all we have done. If Z's right can be overridden by A's, then we know no more about the nature of that liberty than we did before.“ GREEN, A. *An Absolute Theory of Convention Rights: Why the ECHR Gives Rise to Legal Rights That Cannot Conflict with Each Other*. *UCL Jurisprudence Rev.*, 2010, roč. 75, č. 93, s. 77.

¹⁹² HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*, op. cit. sub 184, s. 259.

¹⁹³ „[Rights] are independent of other rights because they are ideas that exist on their own. For example, Z's right to free speech need not be related to any other person's moral rights in order to be defined, and its definition is complete even if it is the only moral right that Z holds. Conflict theory, therefore, understands rights as wholly defined before they interact with any other moral or legal requirement.“ GREEN, A. *An Absolute Theory of Convention Rights*, op. cit. sub 191, s. 77.

nejdou.¹⁹⁴ Jak píše Ronald Dworkin, „úspěšně se dovolat práva v užším slova smyslu znamená, že má-li někdo na něco právo, počíná si stát špatně, jestliže mu to upírá, byť v obecném zájmu.“¹⁹⁵ Tvrzení, že do něčeho práva bylo zasaženo přípustně, nikoli špatně, je *contradictum*.

O nároku na správnost (*claim to correctness*) hovoří i Habermasův názorový oponent, Robert Alexy. Složité případy (*hard cases*) ale podle něj ukazují, že právní normy samotné nedokáží bez pomoci jejich interpreta, resp. soudcovské diskrece, správnost nárokovat, protože samy nejsou normativně uzavřené.¹⁹⁶ Pouze soudní rozhodnutí aplikující lidskoprávní normy - a nikoli lidskoprávní normy samotné - si mohou ve výsledku nárokovat morální správnost.

Robert Alexy, Jürgen Habermas a ještě před nimi Ronald Dworkin tím otevřeli prostor pro novou debatu mezi externalisty a internalisty.¹⁹⁷ Externalisté chápou lidskoprávní normy jako příkazy k optimalizaci, které se v rozporu s podstatou deontologických norem prosadí teprve s výhradou *pokud*. Tím jednak staví jednotlivce a stát do univerzální a striktní antipozice, jednak spojují nárok na správnost až se soudním rozhodnutím.¹⁹⁸ Internalisté chápou lidskoprávní normy čistě deontologicky: normy stanoví interpretačně uzavřené právní pravidlo, které je výrazem morální volby ústavodárce (resp. zákonodárce), činičeho si nárok na správnost. Disponuje-li jedinec kartou základního práva, nevznáší svůj nárok jako požadavek morálky, nýbrž striktně požadavek práva - je po právu, je spravedlivé, aby byl jedinec chráněn, nehledě na kolidující zájmy.¹⁹⁹

Jaký je tedy vztah mezi těmi povinnostmi adresátů plynoucími z lidskoprávní ústavní normy, které působí erga omnes, a těmi povinnostmi, které působí vůči konkrétnímu nositeli základního práva (beneficientovi) za konkrétních okolností? Protože se

¹⁹⁴ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*, op. cit. sub 184, s. 260.

¹⁹⁵ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 19, s. 332.

¹⁹⁶ ALEXY, R. Law and Correctness. *Current Legal Problems*, 1998, roč. 51, s. 215-7. Jak se to ale vztahuje k Alexyho tezi, že s přijetím ústavy si její morální správnost (její spravedlnost) nárokuje i ústavodárce (*Ibid*, s. 210)?

¹⁹⁷ Externí teorie totiž do značné míry splývá s konsekvencialismem a interní teorie s již zmiňovanou deontologickou morálkou. Srov. GREEN, A. An Absolute Theory of Convention Rights, op. cit. sub 191, s. 78. Zatímco konsekvencialista se ve scénáři tikající bomby vysloví pro morální povinnost teroristu mučit, neboť jen tak zabráníme hrozivému následku, deontologičtému mučení odmítne nehledě na následky jako nemorální. K odlišení obou směrů viz např. David Ross, Charles Fried, Michal Sandel. Ve filozofii práva směřuje deontologická morálka k interní teorii: existuje-li základní právo člověka nebýt mučen a naše související povinnost nemučit, nelze jiného mučit, aniž bychom tuto povinnost porušili. Naopak externí teorie se blíží konsekvencialismu: zákaz mučení je jistě důležitým důvodem, proč nemučit, avšak musíme ho dát nejprve do vztahu k následkům, které z něj v konkrétní situaci plynou.

¹⁹⁸ Alespoň tedy ve složitých případech (*hard cases*).

¹⁹⁹ Tento přístup lze vystupovat až k Immanuelu Kantovi, jehož politická morálka počítala s ko-existencí subjektivních práv v souladu s univerzálním zákonem, nikoli existencí vzájemně nesouvisejících práv, které spolu mohou kolidovat. „*Right is the sum of the conditions under which the choice of one can be united with the choice of another in accordance with a universal law of freedom.*“ *Metaphysics of morals.*“ KANT, I. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge University Press, 1996, z německého originálu přeložila Mary Gregor), 6:230. „*Kant sees that the 'single human right' must differentiate itself into a system of rights through which both 'the freedom of every member of society as a human being' as well as 'the equality of each member with every other as a subject' assume a positive shape.*“ HABERMAS, J. *Between Facts and Norms*, op. cit. sub 184, s. 93.

nacházíme ve filozofii práva, nezajímají nás sociologické nebo teoreticko-právní rozměry tohoto vztahu, nýbrž rozměry morální. Existují vůbec? Ptáme-li se, jestli existuje morální rozměr vztahu mezi povinnostmi k základnímu právu a povinnostmi k nositeli z titulu držby základního práva, chceme vědět, jestli se požadavky morálky manifestují již na úrovni ústavní normy, anebo až v individuálním právním aktu orgánu aplikujícího právo. Jsou základní práva nezávislými hodnotami sloužícími jako referenční body v nalézání spravedlosti v konkrétním případě, anebo výsledky nalézání spravedlnosti na normativní úrovni?²⁰⁰ Ještě jinak: dávají ústavní normy předepisující základní práva univerzální individualizované nároky (nároky každého na všechno)²⁰¹ anebo partikulární individualizované nároky (nároky každého na něco)? V konečném důsledku jde o jediné: jsou základní práva nástrojem prosazení zájmu anebo požadavkem spravedlnosti?²⁰²

Až sem bylo o základních právech uvažováno v jejich konvenčním pojetí veřejných subjektivních práv.²⁰³ Svůj nesporný morální rozměr má i aktuální debata k tzv. horizontálnímu účinku základních práv, tj. působení základních práv v soukromoprávních vztazích. Ve chvíli, kdy adresátem základních práv není jen veřejná moc, ale i subjekty soukromého práva,²⁰⁴ se nositelé základních práv stávají „nositeli základních práv a povinností“. Interní teorie vykazují silnou inklinaci k přímému horizontálnímu účinku základních práv, podle níž základní práva působí ve vztazích mezi jednotlivci, kteří se mohou svých ústavních práv domáhat navzájem.²⁰⁵ Mé vlastnické právo je v tomto světle nejen mým zákonným nárokem vůči ostatním,²⁰⁶ ale i ústavním nárokem vůči ostatním plynoucím z mého základního práva na vlastnictví.²⁰⁷ V opačné rovině, z ústavních kautel plyne i povinnost ostatních respektovat výkon mého vlastnického práva. Takto koncipovaná ústava musí, stejně jako zbytek objektivního práva, plnit nejen regulační a

²⁰⁰ S tím souvisí kritika „techničnosti“ a „morální neutrality“ testu proporcionality (TSAKYRIKIS, S. Proportionality: An Assault on Human Rights? op. cit. sub 13, s. 487; WEBBER, G. The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 90) a jeho obhajoba (MÖLLER, K. Proportionality: Challenging the Critics, op. cit. sub 129, s. 716).

²⁰¹ “*This is what proponents of the moral space conception believe rights to be. Rights, when conceived generally, just are the protective bubble around a person and a person’s holdings that the moral space conception of rights envisions. And to repeat, the contours of the moral space that is protected by a general right is determined independently of context. More specifically, the space is determined by exclusive reference to facts about the right-holder. [...] [W]hile one can adopt a moral space conception without the infringing/violating distinction, as is Nozick’s position, the moral space conception is the only theory of rights where the distinction can find a home.*“ OBERDIEK, J. Lost in Moral Space, op. cit. sub 132, s. 346.

²⁰² Odvolávám-li se na své základní právo, používám svůj ústavou daný politický nástroj k prosazení mého nezávislého, ústavně uznaného zájmu, anebo se dovolávám konkrétní právní normy vyjadřující výsledek spravedlivého rozložení ústavně uznaných zájmů? K instrumentální a vnitřní hodnotě práv viz RAZ, J. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon Press, 1994, s. 4 an. (“*Intrinsic conceptions of rights claim that rights have a value that is independent from any other goods. Instrumental conceptions of rights claim that rights are valuable only insofar as they protect a related good that is superior to rights themselves.*”)

²⁰³ PAVLÍČEK, V. et al. *Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. 2. díl. Práva a svobody. 2. dopl. a podst. rozš. vyd.* Praha: Linde Praha a. s., 2002, s. 40.

²⁰⁴ HOLLÄNDER, P. *Všeobecné základy státovědy*. Praha: Věšhrd, 1995, s. 187.

²⁰⁵ SCHREIBEROVÁ, J. *Horizontální účinky lidských práv*. Diplomová práce. Univerzita Karlova. Právnická fakulta. Vedoucí JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., 2016, s. 28.

²⁰⁶ § 976, § 1012 OZ.

²⁰⁷ Článek 11 odst. 1 Listiny.

kontrolní, ale i vůdčí funkci (*guiding function*), která je někdy považovaná dokonce za primární funkci práva jako společenského subsystému.²⁰⁸ Právo by mělo nejenom regulovat a dohlížet, ale i poskytovat obyčejným lidem standardy chování, kterým jsou sto porozumět a sami realizovat. U majetkových práv, nacházejících podrobnou úpravu v zákoně, to takový problém není, u méně konkretizovaných práv to ale může být obtížné. Vzpomeňme na právo teroristy nebýt mučen a s ním související povinnost ostatních. Klade to na mě požadavek nemučit ho, i když můžu zachránit tisíce lidí? Požadavek zamezit mučení, jestliže se k němu uchýlí někdo jiný? V až absurdním případě: požadavek se od mučitele distancovat?²⁰⁹ To jsou samozřejmě otázky etické, avšak těžko na právu a politice nezávislé.²¹⁰ Neomezitelnost některých důležitých základních práv se za takových okolností mění ze zdroje problému v jeho řešení. „*Oněch několik práv, která obecně pokládáme za neomezitelná, dosahují toho, čeho jiná práva zaručovaná mezinárodními lidskoprávními dokumenty nedosahují: jasnosti toho, co má (nebo nemá) být vykonáno a kým ve prospěch nositele práva.*”²¹¹ Obyčejnému adresátu povinností nepomůže formalizovaný test proporcionality, kladoucí vysoké nároky na jeho analytické a kritické myšlení při vyhodnocení, jestli na mém pozemku může lovit zvěř, nebo nemůže. Obyčejný adresát povinností potřebuje vidět v zelených barvách, co se smí, a v červených, co se nesmí. Přímý horizontální účinek mu to umožňuje. Mé základní právo jeho jednání vede. A pokud ho podle něj vede nespravedlivě, je problém v základním právu, nikoli v jeho konkrétní aplikaci.

Cílem kapitoly, kterou následujícími řádky uzavřu, bylo zjistit, jestli existuje vztah nutnosti mezi modelem limitování základních práv a přezkumem limitování základních práv podle Listiny základních práv a svobod. Citoval jsem řadu autorů, kteří sice psali z různých koutů západního světa, ale pracovali s podobně strukturovanými a formulovanými ústavními texty, obsahujícími abstraktně formulovaná základní práva, generální a individuální omezující klauzule, výjimky z práv, odkazy na zákonnou úpravu apod.²¹²

První skupina, nazvaná externalisté, chápe základní práva široce, jako příkazy k optimalizaci, právní principy, které mohou kolidovat s jinými principy. Kolize jsou řešeny teprve před soudem, který musí přistoupit k vážení obou principů s přihlédnutím

²⁰⁸ HART, H. L. A. *The Concept of Law*, op. cit. sub 22, s. 38-40; SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

²⁰⁹ NICKEL, J. W. *Making Sense of Human Rights*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2. přeprac. vyd., 2004, s. 77.

²¹⁰ Otázky podobného charakteru si při meritorním přezkumu kladou ústavní soudci. Např. v odlišném stanovisku k nálezu sp. zn. I. ÚS 22/10 ze dne 7. 4. 2010) soudkyně Janů usuzuje: „*Rovněž Úmluva podmiňuje bezplatnou obhajobu tím, že to zájmy spravedlnosti vyžadují; dle mého chápání spravedlnosti není nic nespravedlivého na tom, pokud bude osobě pravomocně odsouzené pro spáchání několika majetkových trestných činů, jimiž jiným způsobila škodu v rozsahu zhruba 10 000 000 Kč, uložena povinnost k náhradě nákladů ustanoveného obhájce. Obhajoba jí byla poskytnuta a nyní jde pouze o to, zda náklady v konečném důsledku ponese stěžovatelka, nebo stát.*”

²¹¹ “*As guaranteed in human rights instruments, the few rights generally agreed to be absolute achieve what the formulation of other rights does not: clarity on what is to be done (or not) by whom in the name of the right-holder's right.*” WEBBER, G. Proportionality and Absolute Rights. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 10/2016, s. 4.

²¹² V evropském diskursu sloužila jako společný referenční bod Úmluva, v americkém diskursu Listina práv Ústavy USA (*Bill of Rights*).

ke konkrétním právním a faktickým okolnostem. Podle toho, jestli došlo při aplikaci práva ke správnému vyvážení relevantních hodnot a zájmů, rozlišují mezi zásahem a porušením práva. Že do práv někdy může být ústavně přípustně zasazeno, podle nich vysvětluje kompenzační nároky. Protože podstatou základních práv je ochrana jednotlivce před politikou státu, skutková podstata základních práv je obsažena v plném rozsahu na ústavní úrovni, kterou běžný zákonodárce dotvářet nemůže (liberální ústavní teorie). K výkladu lidskoprávních ústavních norem je kvalifikován pouze (ústavní) soud coby finální arbitř.

Druhá skupina, nazvaná internalisté, chápe základní práva úzce, jako právní pravidla, jako přesně vymezená právní postavení, která s postaveními ostatních a s veřejnými zájmy kolidovat nemohou (jsou v harmonii). Proces vymezování základních práv si vyžaduje souhru mezi ústavou a zákonodárcem, který má ústavu v rámci politicko-etického diskursu dotvářet. Vymezené základní právo neexistuje jen *prima facie*, je to definitivní, absolutní nárok jeho nositele. Jakýmkoli dalším vážením je tento nárok dementován a povinnosti z něj plynoucí bagatelizovány. Protože jsou do základního práva zahrnuté (v něm internalizovány) veškeré morální důvody svědčící pro něj i proti němu, jeho omezení nemůže být ospravedlněno; je to vždy porušení práva. Případné morální reziduum (podkapitola 1.2) jsou schopni vysvětlit s pomocí mimoprávních argumentů.

Toto shrnutí, ostatně jako celá první kapitola, je samozřejmě zjednodušující a nikterak nevyklučuje existenci diskrepancí, stejně jako netvrdí, že konkrétní externí nebo interní teorie musí mít filozofické nebo politologické přesahy, aby se mohla do některé skupiny zařadit. Domnívám se, nicméně, že toto jsou nejčastěji společné jmenovatele. Heslovitě jsou shrnuty do tabulky č. 1.

Tabulka č. 1: Shrnutí diskursu k povaze základních práv

	Externí teorie	Interní teorie
lidskoprávní ústavní normy	principy	pravidla
prima facie práva	ano	ne
absolutní práva	ne	ano
systém základních práv	kolizní	harmonický
dualita zásah/porušení	ano	ne
princip proporcionality	ano	ne
konstrukce základního práva & těžiště etického rozhodnutí	soud	zákonodárce
charakteristické pojetí ústavy	ústava jako architektura	ústava jako aktivita
etická teorie	konsekvencialistická	deontologická
ústavní teorie	liberální	republikánská
přímý horizontální účinek základního práva	ne	ano
metafora práv	vlnky na vodní hladině	puzzle

Při pohledu na českou právní vědu se jeví, napsal jsem v úvodu, že externalistický model limitování je nutným důsledkem výkladu ústavních norem. Myslím, že se mi podařilo ukázat, že stejné ústavní normy lze vyložit jiným způsobem s pomocí interní teorie. Ačkoliv bylo identifikováno několik ne nepodstatných vad interní teorie (jako chybějící metoda pro nalezení výjimek z práva, chybějící metoda pro subsumpci, až naivní důvěra v zákonodárce), jde spíše o dílčí aspekty nemající vliv na celkovou koherenci. Externalistický model limitování nutný *není*.

Takový závěr však nestačí. Úkol, který jsem si v úvodu práce vytyčil, byl poukázat na způsob, jak externalistický model limitování dekonstruovat a s pomocí slučitelných aspektů interní teorie optimalizovat. V tomto duchu se ponese druhá a třetí kapitola, kde bude s pomocí odlišení procesu vymezování a omezování představen optimální model limitování na základě Listiny základních práv a svobod. V nyní následující druhé kapitole konkrétně popíši, (a) jak princip materiálního právního státu vyžaduje vyloučení některých individuálních zájmů ze skutkové podstaty základního práva a (b) jak Listina ve skutečnosti zákonodárce *zmocňuje k vymezení* skutkových podstat základních práv.

2. Vymezení základních práv a svobod

V právu se s vymezením (také definicí, delimitací) obvykle setkáváme v podobě tzv. legálních definic. Legální definice je obsažena v textu právního předpisu a závazně definuje určitý pojem, se kterým právní předpis pracuje.¹ Může být konstruována s pomocí rodových a druhových znaků, genericky i kontextuálně.² Na finalitu, kterou jazykovým zachycením pojmům připisujeme, jsme zvyklí nahlížet s citelnou antipatií, protože se tím vystavujeme tomu riziku, že pojem pro nové případy nebudeme moci použít (*omnis definitio in iure periculosa est*).

Podústavní právo pracuje převážně s pojmy, jejichž významy jsou společensko-kulturně ustáleny (dům, lék, silnice, peníze, práce), takže jejich případná legální definice představuje spíše zpřesnění než-li konstrukci pojmu. Základní práva své vyjádření ve společnosti nenacházejí; můžeme říct, že se vytváří a zanikají s právní normou, která je jazykově zachycuje. Vymezení základního práva nebo svobody je proto **normotvorným aktem, kterým určujeme skutkovou podstatu, tj. nositele, obsah a rozsah práva nebo svobody**.³ Liší se tím od omezení, kde skutková podstata je dána, my však takto daný koncept zužujeme. Protože zpravidla nejsme schopni základní právo pro pestrost široké sítě společenských vztahů v jediném momentu vymezit, je lépe hovořit o celém procesu vymezování práv.

Vymezování je konstitutivní omezování.⁴ Můžeme říci, že podobně jako se sféra dovoleného formuje ukládáním zákazů (čl. 2 odst. 3 Listiny), tak se i sféry základních práv a svobod formují v prostoru mezi jejich pohyblivými hranicemi. Vše, co stojí mimo oblast konstituovanou aktem vymezení, vyjímáme z ochrany - jsou to výjimky z pravidla. Vymezení základního práva nebo svobody tak má v sobě cosi ultimátního, protože tím s rozhodností určujeme, co je v ústavním státě hodno ochrany a co naopak není.⁵ Podle Jána Drgonce se vymezením práva „identifikuje „priestor práva“, tedy rozsah společenských vztahů, v ktorých sa dané právo priznáva. Mimo svojho „priestoru“ právo neexistuje.“⁶

Význam vymezování v judikatuře Ústavního soudu nelze úplně popřít, ale ani úplně přeceňovat. Nejprve, význam vymezování nelze popřít, protože - jak informuje

¹ KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 123–4.

² *Ibid.*

³ Vedle skutkových okolností se pod ochranu skutkovou podstatou základního práva dostávají často i normativní kriteria, jako je tomu v případě vlastnictví, záruky dědění apod. Skutková podstata tvořena jak znaky spojenými se sférou faktů (životu), tak znaky normativní povahy. WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. et al. (dále jen „WAGNEROVÁ, E. et al.“): *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 17 an.

⁴ Limitations are not understood as constitutive of the right. But they should; for without limitation, rights are too indeterminate to be relevant and cannot avoid redundancy- *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 124.

⁵ Není-li co hodno ochrany, nemůže to být zasaženo. Proto Ústavní soud (a ESLP) může vyhovět jen stížnosti proti *zásahu* do ústavně zaručeného práva a svobody (čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy).

⁶ DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky: komentár*. 3. přeprac. a rozš. vyd. Šamorín: Heuréka, 2012, s. 290.

všudypřítomný *disclaimer* - ÚS není jen další soudní instancí, přezkoumávající veškeré nároky. Zdaleka ne každé nesprávné, nezákonné nebo neefektivní jednání orgánu veřejné moci může být posuzováno jako zásah do ústavně zaručeného práva.⁷ Zásah musí dopadat do některé oblasti chráněné základním právem.⁸ Pokud dopadá, následuje meritorní přezkum zásahu.⁹ Pokud nedopadá, ÚS stížnost odmítne jako zjevně neopodstatněnou.¹⁰ O tom rozhoduje senát usnesením.¹¹ Ústavní soud takto nevyhověl např. stěžovatelům, kteří se v restitučních sporech dovolávali porušení vlastnického práva podle čl. 11 Listiny, protože v tomto případě je chráněno a garantováno vlastnické právo již konstituované, existující a nikoli pouhý tvrzený nárok na ně.¹² Podobně ÚS kategoricky odmítl, že by bylo právo na svobodnou volbu povolání (čl. 26 odst. 1 Listiny) subjektivním právem na určité zaměstnání u určitého zaměstnavatele¹³ a neznamená neměnnost vykonávaného zaměstnání a zákaz jednostranného rozvázání pracovního poměru.¹⁴ Jinde se ÚS usnesl, že žádosti cizince o prodloužení platnosti víza k pobytu nad 90 dnů není zásahem do svobody pohybu a pobytu, protože Listina cizincům negarantuje práva podle čl. 14 ve stejném rozsahu jako občanům.¹⁵ Podle komentáře se stejný postup uplatní u ostatních Listinou vymezených základních práv (např. vyloučení

⁷ Viz čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy, srov. nálezy sp. zn. III. ÚS 761/14 ze dne 21. 5. 2014, bod 21 a sp. zn. Pl. ÚS 40/06 ze dne 14. 10. 2008.

⁸ WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*. Komentář, op. cit. sub 3, s. 9 an.

⁹ „Lze se však domnívat, že není správný postup, pokud ústavní soud odmítá návrh jako zjevně neopodstatněný, přičemž však připustí, že základní práva byla dotčena, a zkoumá přípustnost jejich omezení například testem proporcionality. V takovém případě je zřejmě na místě meritorní přezkum.“ WAGNEROVÁ, E., DOSTÁL, M., POSPÍŠIL, I. *Zákon o Ústavním soudu s komentářem*. 1. vyd. Praha: ASPI, 2007, s. 150.

¹⁰ Viz § 43 odst. 2 písm. a) ZÚS. Komentářový výklad k tomuto institutu je poněkud rozpolcený, když nejprve konstatuje, že odmítnutí ústavní stížnosti pro zjevnou neopodstatněnost je výsledkem „posouzení samotného merita věci, avšak zjednodušenou formou“, aby o něco níže vysvětlil výraz *neopodstatněný* tak, že návrhu chybí podstatné důvody, které by o něm dovolovaly meritorně rozhodnout. Nicméně, protože jde o usnesení, ani v jednom případě nevzniká překážka *rei iudicatae*. Výraz *zjevně* značí, že při posouzení aktivní legitimity nevzniká žádná pochybnost (již nálezem sp. zn. Pl. ÚS 5/93 ze dne 19. 1. 1994). Odmítnutí návrhu na zrušení zákona nebo jeho jednotlivých ustanovení (§ 70 odst. 2 ZÚS) standardním postupem není. FILIP, J., ŠIMÍČEK, V. a HOLLÄNDER, P. *Zákon o Ústavním soudu. Komentář*. 2., přeprac. a rozšíř. vyd., Praha: Beck, 2007, s. 165, 203.

¹¹ Původně o tom soudci rozhodovali samostatně. V senátech rozhodují od novely ZÚS zákonem č. 83/2004 Sb. Z důvodové zprávy: „S ohledem na význam podávaných návrhů a jejich dopad do rozhodovací praxe Ústavního soudu se navrhuje, aby o jejich případném odmítnutí rozhodoval senát Ústavního soudu.“ (sněm. tisk 284/0).

¹² Usnesení sp. zn. III. ÚS 630/06 ze dne 22. 3. 2007.

¹³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 11/08 ze dne 23. 9. 2008, bod 28.

¹⁴ Usnesení sp. zn. III. ÚS 547/98 ze dne 8. 4. 1999.

¹⁵ Usnesení sp. zn. I. ÚS 290/04 ze dne 26. 5. 2004. Rozsah čl. 14 byl řešen ve známém nálezu k „eurozatykači“, kde ÚS na rozdíl od svého polského protějšku nezahrnul institut *předání* pod pojem *nucení k opuštění vlasti*. Viz bod 72 nálezu sp. zn. Pl. ÚS 66/04 ze dne 3. 5. 2006.

nepokojných shromáždění nebo nedemokratických politických stran z ochrany), a dokonce i v případě *oprávněného* sběru osobních dat podle čl. 10 odst. 3 Listiny.¹⁶

Je to právě metodologie ÚS, která odhaluje nepřilíš artikulovanou, přesto silnou inklinaci ÚS k tzv. modelu bílého (či pozitivního) listu,¹⁷ který se projevuje tím, že ÚS mezi lety 2003 a 2016 odmítl pro zjevnou neopodstatněnost celých 64,3 % ukončených věcí.¹⁸ To znamená, že téměř ve dvou třetinách případů ÚS zjistí buď nedostatečnou odůvodněnost ústavní stížnosti, anebo odůvodnění nedokládající existenci zasaženého základního práva.¹⁹ Ve dvou třetinách případů tak ÚS rozhodne mimo ústní jednání, bez přítomnosti účastníků, bez dokazování a pouhým usnesením, tj. bez překážky *rei iudicatae*, bez závaznosti *erga omnes*, obecně bez uznání ústavněprávní relevance případu.²⁰ Aby senát mohl dospět k takovému rozhodnutí, musí alespoň povrchně přezkoumat podstatu (*meritum*) věci. Z toho důvodu část literatury usuzuje, že na odmítnutí ústavní stížnosti je potřeba hledět jako na meritorní²¹ nebo alespoň kvazimeritorní rozhodnutí.²²

Odmítnutí věci pro zjevnou neopodstatněnost představuje velmi často buď vymezení, nebo potvrzení již existujícího vymezení práva. Vysoký počet odmítnutých věcí představuje významný důvod domnívat se, že ÚS nepřevzal externalistický model do takové míry, s jakou se setkáváme třeba u Spolkového Ústavního soudu SRN nebo ESLP, které pod skutkové podstaty práv subsumují i jen obtížně související individuální zájmy.²³ Zde předložený model limitování má ve vztahu k tomuto jevu analytický i normativní význam. Jednak analytický, protože nabízí vysvětlení, proč je číslo odmítnutých stížností tak vysoké. To nevylučuje alternativní hypotézy vycházející zejména z empirických poznatků. Nicméně věřím, že nezanedbatelnou příčinou „zexkluzivnění“ ústavního přezkumu - jak tomu bylo ve výše ilustrovaných případech - je právě význam, jaký alespoň někteří soudci přisuzují pečlivému vymezení skutkové

¹⁶ FILIP, J., ŠIMÍČEK, V. a HOLLÄNDER, P. *Zákon o Ústavním soudu*, op. cit. sub 10, s. 203. Recentní judikatura ÚS platnost tvrzení autorů komentáře potvrzuje (srov. usnesení sp. zn. III. ÚS 4162/16 ze dne 30. 5. 2017, usnesení sp. zn. IV. ÚS 764/16 ze dne 12. 4. 2016, usnesení sp. zn. I. ÚS 780/16 ze dne 23. 3. 2016 nebo usnesení sp. zn. III. ÚS 3565/16 ze dne 5. 9. 2017). Pokud tomu tak někdy nebylo, šlo např. o známý nález Pl. ÚS 3/14 ke zpřístupnění archiválií bývalé Státní bezpečnosti, kde dissentující soudci polemizovali s těsnou většinou pléna nad relevantní zákonou úpravou (nález sp. zn. Pl. ÚS 3/14 ze dne 20. 12. 2016 (73/2017 Sb.)).

¹⁷ BOBEK, M. *Curia ex machina; o smyslu činnosti nejvyšších a ústavních soudů. Právní rozhledy*. 2006, č. 22, s. 1-12.

¹⁸ Srov. ÚSTAVNÍ SOUD. *Roční statistické analýzy 2016* [online]. Dostupné z: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Statistika/Rocni_statisticke_analyzy_2016.pdf [cit. 20-11-17]. Jde o podíl celkového počtu odmítavých usnesení pro zjevnou nepodstatnost (32 398) na celkovém počtu ukončených věcí (50 340) v letech 2003-2016.

¹⁹ Usnesení sp. zn. II. ÚS 203/03 ze dne 24. 6. 2003.

²⁰ Část druhá Hlava první ZÚS.

²¹ ŠIMÍČEK, V. *Nález a jeho právní následky (§ 82)*. In: FILIP, J., ŠIMÍČEK, V. a HOLLÄNDER, P. *Zákon o Ústavním soudu*, op. cit. sub 10, s. 642. Podle Vojtěcha Šimíčka je toto usnesení materiální povahou rozhodnutím meritorním a vztahuje se tak na něj přiměřeně výklad o závaznosti nálezů čl. 89 odst. 2 Ústavy. ŠIMÍČEK, V. *Ústavní stížnost*. 3. vyd. Praha: Linde Praha, s. 282.

²² BRIATKOVÁ, M. *Zjevná neopodstatněnost ústavní stížnosti*. Diplomová práce. Masarykova Univerzita. Právnická fakulta. Vedoucí prof. JUDr. Jan Filip, CSc., 2011, s. 69.

²³ Např. německý soud judikoval, že čl. 2 odst. 1 GG předpokládá ústavně zaručenou svobodu krmit holuby v parku nebo projížďky lesem (rozsudky BVerfGE 54, 143 a BVerfGE 80, 137).

podstaty základního práva.²⁴ Z normativního hlediska předložený model limitování postuluje, aby ÚS v této praxi pokračoval a dále ji rozšířil.²⁵

Na druhou stranu, význam vymezování v judikatuře ÚS nelze úplně přeceňovat. Po určení přípustnosti ústavní stížnosti totiž mají senáty tendenci pracovat již s poměrně širokou skutkovou podstatou základních práv, a to začasté s odkazem na judikaturu ESLP.²⁶ Pro svůj „sběrný charakter“ jsou často kritizována: právo na lidskou důstojnost, zaměřované s hodnotou lidské důstojnosti,²⁷ právo na spravedlivý proces, právo na soukromí,²⁸ a ochrana autonomie, výslovně označená za „sběrné“ či *generální právo na autonomii osob, které logicky reaguje na nemožnost předvídat při formulování základních práv všechny v budoucnu se vyskytující zásahy do svobodného prostoru osoby*,²⁹ leč zde podle mě mezi soudci konsensus neexistuje.²⁹

Ocitlo-li se v senátní věci takto delimitované právo ve středu ústavního přezkumu, na 88 % bylo ústavní stížnosti vyhověno.³⁰ Výrazným jevem je stratifikace základního práva do dvou nebo více sfér (teorie sfér), jejichž rozdílná ochrana je spíše věcí míry než-li kategorie.³¹

2.1. Ústavní normy původní

-
- ²⁴ Vezměme si např. typické nájemní spory. Při přezkumu rozhodnutí o výpovědi z nájmu bytu a povinnosti vyklizení bytu II. senát usoudil, že byly splněny zákonné podmínky, což mu k odmítnutí stížnosti stačilo. „S ohledem na to, že Ústavní soud neshledal, že by došlo k porušení práva na spravedlivý proces, je třeba hodnotit námitku porušení práva na nedotknutelnost obydlí ve smyslu čl. 12 Listiny rovněž jako neopodstatněnou. Dochází-li totiž k vyklizení bytu a tedy zásahu do obydlí z důvodu ochrany práv druhých (vlastníka) a v souladu se zákonem, nemůže být porušení práva k obydlí naplněno (srov. čl. 12 odst. 3 Listiny).“ (bod 11). Že soud hovoří o zásahu a neexistenci porušení práva (bod 12) a přitom stížnost odmítne pro zjevnou neopodstatněnou, aniž by zkoumal ústavnost zákonného zásahu, je podle mě výrazem upozaděného závěru, že při splnění zákonných podmínek stěžovatel nemohl být dotčen na právu podle čl. 12 Listiny, protože toto právo tady ze zákona - prováděcího zmocnění v čl. 12 odst. 3 - nebylo.
- ²⁵ Podobně jako když autoři *Judikatura a právní argumentace* upozornili na příklady zamítavých nálezů, které měly být vyřešeny jako odmítavá usnesení. KÜHN, Z., BOBEK, M. a POLČÁK, R. (eds.). *Judikatura a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2006.
- ²⁶ Tak např. ve známém nálezu Pl. ÚS 3/09 Ústavní soud judikoval, že pod nedotknutelnost obydlí spadá i ochrana kravinů, protože jde o výraz „práva na soukromí v prostorové podobě“. Právě extenzivní výklad pojmu „obydlí“ ve štrasburské doktríně hrál nemalou roli.
- ²⁷ HORÁK, F. Lidská důstojnost v ústavním právu: legitimní argument nebo axiom? *Jurisprudence*, 2017, č. 4, 3-14.
- ²⁸ Nález sp. zn. I. ÚS 1586/09 ze dne 6. 3. 2012, body 27 a 28.
- ²⁹ Citovaný je nález sp. zn. I. ÚS 43/04 ze dne 13. 4. 2004, který byl na počátku řady navazujících rozhodnutí.
- ³⁰ ÚSTAVNÍ SOUD. Roční statistické analýzy 2016 [online]. Dostupné z: https://www.usoud.cz/fileadmin/user_upload/ustavni_soud_www/Statistika/Rocni_statisticke_analyzy_2016.pdf [cit. 20-11-17]. Jde o podíl celkového počtu vyhovujících nálezů (2488) na celkovém počtu nálezů (2826) v letech 2003-2016.
- ³¹ Mám na mysli zejména bohatou judikaturu ke střetu svobody projevu a ochrany osobnosti, definující s pomocí judikatury ESLP jejich komponenty, kterým demokratický stát přisuzuje různou míru ochrany (urážka politika vs. urážka soukromé osoby) a faktory, které je třeba zohlednit. Pod vlivem ESLP zvítězilo širší pojetí svobody projevu (WAGNEROVÁ, E. Svoboda projevu a právo na informace. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 3, s. 423 an.). Podstatné je dále členění na *forum internum* a *forum externum*, spojované zejména se svobodami v čl. 15 a 16.

Listina vymezuje základní práva takřka ve všech člancích hlav druhé až páté.³² S ohledem na záměrnou otevřenost skutkových podstat je zběžný pohled na text Listiny na samém počátku právního výkladu.³³ Zužuje-li kdy Listina skutkovou podstatu již na úrovni elementárního ustanovení, děje se tak převážně při vymezení subjektů³⁴ a objektů práva.³⁵ Zúžení přitom vždy neznamená *z přesnění* skutkové podstaty, což dokládají formulace typu „právo na *přiměřené* hmotné zabezpečení“ (čl. 30 odst. 1), „právo na *spravedlivou* odměnu za práci“ (čl. 28) apod. Jednoduché čtení skutkových podstat je někdy doplněno o složitější interpretační metody.³⁶

K vymezení obsahu dochází zejména na úrovni článků. Tak třeba čl. 18 odst. 1 Listiny stanoví, že všem lidem na našem území (nositelé) se zaručuje právo obracet se na státní orgány a orgány územní samosprávy s žádostmi, návrhy a stížnostmi (rozsah), přičemž součástí tohoto práva není právo zasahovat do nezávislosti soudu (odst. 2) ani právo vyzývat k porušování základních práv a svobod zaručených Listinou (odst. 3; obsah). Proč nejde o omezení je nabíledni: k omezení totiž nikdy nemůže dojít současně s vymezením, ústavodárce sám sebe z povahy věci nikdy neomezuje.

Podstatné je, že pokud by Listina petiční právo takto nevymezila, mohlo by při jeho výkonu docházet ke střetu s právem domáhat se ochrany u nezávislého soudu (čl. 36 odst. 1) a svobodou projevu (čl. 17 odst. 1). Vymezením je tento střet vyloučen. V případě vymezení skutkové podstaty práva na úrovni stejného ustanovení nebo článku můžeme hovořit o **bezprostředním ústavním vymezení skutkové podstaty základního práva** (*Verfassungsunmittelbare Begrenzungen des Schutzbereichs*).³⁷

Úprava petičního práva, kdy Listina výslovně stanoví, že *součástí práva* není jiné právo, je spíše nestandardní. Základní práva jsou většinou bezprostředně definována, aniž by byl výslovně objasněn vztah k jiným ústavním hodnotám. A přece, postupující analýzou Listiny se zapojením všech výkladových metod lze objasnit další meze jednotlivých základních práv, které na první přečtení nemusí být zřejmé. Ústavní soud v této souvislosti po vzoru německé doktríny hovoří o **ústavně imanentních omezeních základních práv** (*Verfassungsimmanente Schranken*).³⁸ Lze polemizovat, že výraz „imanentní omezení“ je pokusem externí teorie vysvětlit, proč tzv. nekvalifikovaná

³² Hlava první obsahuje ustanovení obecná, hlava šestá společná.

³³ WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*. Komentář, op. cit. sub 3, s. 17 an.

³⁴ Jak známo, některá práva svěřící jen občanům (čl. 14 odst. 4, čl. 20, čl. 21), jiná jen určitým skupinám osob (čl. 29, čl. 32).

³⁵ Např. čl. 19 odst. 1 zaručuje právo *pokojně se shromažďovat*. Zaprvé, z ústavní ochrany jsou automaticky vyloučena shromáždění nepokojná. Zadruhé, volba slova *shromáždění* indikuje, že ústavodárce chtěl, aby pod toto právo spadala různorodá setkání (protesty, manifestace, průvody, sit-ins atd.) alespoň tří osob spolupůsobících na své okolí (srov. rozsudek č. j. 8 As 101/2011-191 ze dne 11. června 2013).

³⁶ Např. logické „Právo na ochranu novinářského zdroje je totiž nezbytnou součástí práva na svobodu projevu.“ (z nálezu sp. zn. III. ÚS 3457/14 ze dne 26. 4. 2016, bod 23 (k zákonosti příkazu k odposlechu) nebo historické a teleologické metody (nález sp. zn. Pl. ÚS 66/04 ze dne 3. 5. 2006, bod 66 an.

³⁷ ZIPPELIUS, R. a WÜRTEMBERGER, T. *Deutsches Staatsrecht*. 32. vyd, C.H. Beck, 2008, s. 181.

³⁸ Nález sp. zn. I. ÚS 671/01 ze dne 11. 3. 2003; WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*. Komentář, op. cit. sub 3, s. 17 an.

práva³⁹ nejsou absolutní. V této práci je argumentováno, že stejného cíle lze dosáhnout jednoduchým pojmovým odlišením *vymezení a omezení*. O lexikon však na tomto místě nejde. Důležité je, že základní práva nacházejí své meze v **základních právech jiných osob a v ostatních ústavních hodnotách**. Ilustrativní je třeba případ shromažďovacího práva (čl. 19 odst. 1 Listiny), které je možné omezit, koná-li se shromáždění na veřejném místě (čl. 19 odst. 2 Listiny). Proti tomu shromáždění organizovaná v obydlí osoby, která s tím nesouhlasí (čl. 12 odst. 1 Listiny), omezit nelze, protože neexistuje základní právo shromažďovat se bez svolení v obydlích osob, jež by mělo být omezeno.⁴⁰ Dále lze poukázat na čl. 9 Listiny, který v odst. 1 zaručuje základní právo nebýt podroben nuceným pracím nebo službám, aby bezprostředně v odst. 2 písm. b) upřesnil, že to se nevztahuje na vojenskou službu nebo jinou službu stanovenou zákonem namísto povinné vojenské služby. To umožňovalo, aby do 31. prosince 2004 existovala povinnost tzv. základní vojenské služby. K tomu však čl. 15 odst. 3 stanovil, že tuto povinnost nelze vynucovat, pokud je to v rozporu se svědomím nebo náboženským přesvědčením člověka. Co můžeme nazvat *právem*, je tedy ve výsledku *právo nebýt podroben nucené službě s výjimkou vojenské služby s výjimkou případu výhrady svědomí nebo náboženství*. Na civilní službu se čl. 15 odst. 3 Listiny nevztahuje.⁴¹

Zde se externalisté a internalisté ještě shodnou. Kde je skutečně - lidově řečeno - zakopaný pes, však není existence nebo pojmenování, nýbrž *dosah* imanentních ústavních mezí. Externí teorie totiž implicitně předpokládá, že tady definice základních práv končí. Interní teorie tento předpoklad nepřijímá a přichází se alespoň se dvěma typy tvrzení. Zaprvé, jsme schopní přesnější definice ústavní normy, vyloučíme-li z jejího dosahu ty skutečnosti, které jsou neslučitelné s povahou základních práv coby definitivních požadavků spravedlnosti (teze subsumovatelnosti).⁴² Zadruhé, jsme schopní přesnější definice ústavní normy, modifikujeme-li definici základního práva zákonem tam, kde to ústava předpokládá (teze kompletnosti). Druhé tvrzení otevírá složité téma odvozených ústavních norem a navrhuji mu proto věnovat zvláštní podkapitulu, zatímco prvním tvrzení budou věnovány odstavce následující.

Z předchozí kapitoly plyne, že problematika subsumovatelnosti v oblasti základních práv je spojena s rozsahem zájmů, které můžeme pod skutkovou podstatu pojmově podřadit. Zatímco vyčerpávající model (*comprehensive model*) zahrnuje pod koncept základního práva všechny zájmy, jakkoliv triviální, prahový model (*threshold model*) předpokládá, že lidská práva se vztahují pouze k těm nejdůležitějším hodnotám, nebo že alespoň existuje linie, za níž už nedosahují. Ústředním problémem je zahrnutí

³⁹ Tj. práva, jejichž formulace neobsahují výslovné zmocnění k jejich omezení (podkapitola 3.4.2).

⁴⁰ ŠIMÍČEK, V. Shromažďovací právo. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 3, s. 457 an.

⁴¹ Ústavní základ práva na civilní službu je sice obsažen v čl. 15 odst. 3 Listiny, jeho obsah je však nezbytné interpretovat ve spojení s čl. 9 této Listiny, který jasně hovoří o tom, že za nucené práce či služby nelze považovat vojenskou službu nebo jinou službu stanovenou zákonem namísto povinné vojenské služby (Nález sp. zn. IV. ÚS 81/95 ze dne 18. 9. 1995). Srov. i FILIP, J. Odmítnutí návrhu (§ 43). In: FILIP, J., ŠIMÍČEK, V. a HOLLÄNDER, P. *Zákon o Ústavním soudu*, op. cit. sub 10.

⁴² "A government that takes rights seriously does not subordinate rights for the sake of realizing objectives that are extrinsic to the moral suppositions on which rights rest." WEINRIB, J. When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality. *Ratio Juris*, 2017, roč. 30, č. 3, s. 344.

kriminálních aktivit, které jsou trestné nejen z pragmatických, ale i z morálních důvodů, např. vraždy, znásilnění nebo šíření dětské pornografie.⁴³ Ale nejsou to jen kriminální nebo morálně odsouzeníhodné aktivity; některé mohou být zkrátka jen triviální. Připomeňme si německé rozhodnutí, které dovodilo právo krmit holuby v parku.⁴⁴ Důležitý je moment uznání: ptáme se, jestli náš právní systém tyto aktivity a zájmy uznává jako subsumovatelné pod skutkové podstaty určitých základních práv, třebaže ve výsledku neuznává jejich ústavní přípustnost, protože zájem na jejich omezení převážil za konkrétních skutkových a právních okolností nad zájmem na jejich ochraně. Rozhodnutí se může skrýt do teleologické metody výkladu, která má za úkol zohlednit vedle jazykových nebo systemických souvislostí objektivní účel, který má ústavní norma ve společnosti mít.

Opěrným bodem našeho modelu limitování je garance osobní svobody v čl. 8 odst. 1 Listiny, kterou je vzhledem k systematice Listiny potřeba vykládat restriktivně (na rozdíl od čl. 2 GG), tedy jako svobodu tělesnou, svobodu nebýt omezen v realizaci rozhodnutí, kdy a kam své nohy zavedeme.⁴⁵ To znamená, že u nás neexistuje právo činit vše, co člověk napadne (obecná svoboda), nýbrž jen některé důležité aspekty svobody.⁴⁶ Abstraktní formulace článků garantujících liberální svobody, ale i některých dalších článků přesto mohou vybízet k ničím neomezeným subsumpcím.⁴⁷

V jiných národních ústavních pořádcích je svobodný prostor jednotlivce chráněn právem na svobodný rozvoj osobnosti, které zná např. německý GG (čl. 2 odst. 1). Toto právo vlastně supluje právo na soukromí, jež GG naopak nezná. O šíři jeho výkladu ve smyslu zajištění prostoru pro autonomní rozvoj individua svědčí celá řada rozhodnutí německého ústavního soudu.

Judikatura Ústavního soudu nasvědčuje závěru, že Ústavní soud se k uznávání triviálních nároků zásadně neuchyluje. V roce 1995 soud rozhodl, že právo na bezplatné vzdělání v základních a středních školách (čl. 33 odst. 2 Listiny) neobsahuje nárok na bezplatné poskytování učebnic a jiných školních potřeb vládou.⁴⁸ V *Odepření výkonu vojenské služby* soud upřesnil, že k uplatnění výhrady svědomí (čl. 15 odst. 1 Listiny) nestačí pouhý postoj jednotlivce k abstraktním problémům, nýbrž osobní prožitek bezpodmínečné povinnosti.⁴⁹ Nález k evropskému zatýkácímu rozkazu zase vymezil právo občana nebýt nucen k opuštění vlasti (čl. 14 odst. 4 Listiny) tak, že ze svého obsahu nezakazuje časově omezené předání občana k trestnímu řízení, probíhajícímu v jiném členském státě EU, podmíněně jeho následným opětovným předáním do vlasti.⁵⁰

⁴³ Proto se o nich častěji hovoří jako o tzv. zlých aktivitách (*evil activities*).

⁴⁴ Rozsudek SÚS SRN ve věci BVerfGE 54, 143.

⁴⁵ LANGÁŠEK, T. Osobní svoboda. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 3, s. 217 an.

⁴⁶ WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 3. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2015, s. 84.

⁴⁷ Pro úplnost podotýkám, že tam, kde došlo k jiné formě vymezení, problém subsumovatelnosti nenastává (např. čl. 6 odst. 4).

⁴⁸ Nález sp. zn. Pl. ÚS 25/94 ze dne 13. 6. 1995.

⁴⁹ Nález sp. zn. I. ÚS 671/01 ze dne 11. 3. 2003.

⁵⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 66/04 ze dne 3. 5. 2006.

Konečně, směrodatné je i stanovisko pléna Pl. ÚS-st. 30/10, jež vyloučilo vyšetřovací úkony spočívající v sejmutí pachové stopy, odebrání vzorku vlasů a bukálního stěru z dosahu zákazu sebeobviňování ve smyslu čl. 40 odst. 4 Listiny.⁵¹ A takto bychom mohli pokračovat dále. Některé nálezy mohou přinášet více konceptuálních otázek než-li odpovědí, protože pracují s dynamickými společenskými pojmy (rodina, soukromí), nelze je však spojovat s vyčerpávajícím modelem, který k subsumpcím zájmů přistupuje zcela nediskriminačně. To se vztahuje i k inspiraci doktrínou ESLP nebo SÚS SRN, která může (u ESLP i kvůli institucionálnímu tlaku) podmiňovat relativně široký jazykový výklad užívaných pojmů, zpravidla však nevede k neudržitelným interpretačním závěrům. Mezi výjimky se podle mě řadí nálezy jako Pl.ÚS 3/09, kde se většina ÚS k nelibosti disentujících soudců přiklonila k takovému výkladu obydlí, který zahrnoval i bývalé kravíny (a současné pěstírny konopí).⁵²

Druhou oblast tvoří subsumpce zjevně amorálních aktivit. Jejich negativním průvodním jevem může být signál společnosti, že protiústavnost amorálních aktivit nespočívá už v jejich vytváření nespravedlivých poměrů, ale teprve neúspěchem v testu proporcionality, který je v podstatě spojen s otázkou míry. Nutno vyjít z toho, že takto extrémní případy se k Ústavnímu soudu dostanou jen zřídka. Ještě méně často se soud osmělí k odmítnutí nároku samého pro jeho amorálnost, tak jako to učinil ve svém usnesení z roku 1998, jímž odmítl ústavní stížnost advokáta, který byl pokutován za to, že ústavní stížnost svého klienta podal na útržku průklepového papíru.⁵³ Soud tím dal najevo, jaký morální partikularismus je ochoten připustit v oblasti respektu k soudní moci. V jiných nálezech soud příležitost nastavit laťku nevyužil, a tak můžeme v České republice hovořit třeba o osobnostním *právu* zloděje (obviněného, jehož tvář byla zachycena a rozpoznána na kameře) nemít svou fotografii šířenou po internetu za účelem jeho dopadení.⁵⁴

2.2. Ústavní normy odvozené

V závěru předchozí podkapitoly jsem konfrontoval judikaturu Ústavního soudu s tezí, že jsme schopní přesnější definice ústavní normy, vyloučíme-li z jejího dosahu ty skutečnosti, které jsou neslučitelné s povahou základních práv coby definitivních požadavků spravedlnosti. Tím se ale kritika internalistů zdaleka nevyčerpává. Internalisté totiž tvrdí, že jsme schopní přesnější definice ústavní normy, modifikujeme-li definici základního práva zákonem tam, kde to ústava předpokládá. S vědomím toho, že tato teze předpokládá existenci dalších ústavních norem v materiálním smyslu mimo text Listiny,⁵⁵

⁵¹ Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 30/10 ze dne 30. 11. 2010. Komentář na ně upozorňuje v souvislosti s právem na osobní nedotknutelnost (čl. 7 odst. 1 Listiny), které pro své porušení vyžaduje zásah do tělesné či duševní integrity, jenž dosahuje určité minimální intenzity a závažnosti. LANGÁŠEK, T. Nedotknutelnost osoby a zákaz mučení. In: WAGNEROVÁ, E. et al. Listina základních práv a svobod. Komentář, op. cit. sub 7, s. 186 an.

⁵² Nález sp. zn. Pl. ÚS 3/09 ze dne 8. 6. 2010. Pozoruhodnost zahrnutí předmětného kravína pod pojem obydlí tkví v triviálnosti zájmu na ochraně „soukromí v prostorové dimenzi v kontextu kravína.“

⁵³ Usnesení sp. zn. I. ÚS 393/98 ze dne 5. 11. 1998.

⁵⁴ Usnesení sp. zn. III. ÚS 3565/16 ze dne 5. 9. 2017.

⁵⁵ Přestože jsou obsaženy v zákonech, jedná se ve své podstatě o části ústavních norem, protože právní norma se může vyskytovat v různých právních předpisech (ústavě i zákonech).

příjmu pro takto vytvořené ústavní normy přívlástek odvozené, čímž je odliším od norem původních.⁵⁶

Základ pro odvozené ústavní normy je v Listině terminologicky pestrý. Listina předpokládá, že zákon musí určité věci *chránit, zaručovat* a vůbec nejčastěji: *stanovit*. Zákon konkrétně stanoví: *podrobnosti, podmínky, způsob, důvody, dobu, míru, meze, provedení, případy, odchýlnou úpravu a příslušnost soudů a soudců*. Jednou je použita opačná formulace *nestanoví-li zákon jinak*.⁵⁷

Tématu odvozených ústavních norem nebylo v českém ústavním právu věnováno maximum pozornosti, a tak není divu, že ani z judikatury Ústavního soudu není vždy zřejmé, v jakém vztahu je ten či onen zákon k věcně souvisejícím ústavním normám.⁵⁸ Jan Filip přitom ve svém starším článku tvrdí, že je „v ČR třeba odlišovat situace, kdy dochází k omezení základního práva za pomoci ústavně konformního obyčejného zákona, a situace, kdy je třeba k aplikaci základního práva vydání zákona, na jehož základě se možno základního práva dovolat. To je něco jiného než běžná situace, kdy obyčejné zákony provádějí ústavní ustanovení tím, že blíže upřesňují ústavní pojmy a stanoví proceduru uplatnění základního práva.“⁵⁹ Pominu-li pasáž týkající se omezení, musíme podle prof. Filipa rozlišovat mezi aktem upřesňování ústavních pojmů a stanovením procedury uplatnění na straně jedné a aktem zpozitivnění práva na podústavní úrovni, tak abychom se ho mohli dovolat, na straně druhé.⁶⁰ V obou případech jde o odvozené ústavní normy, pokaždé jsou však zákony v jiném vztahu k věcně souvisejícím ústavním normám.

⁵⁶ Názvosloví přejímám od Roberta Alexyho. ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 3, s. 35.

⁵⁷ Jde o čl. 36 odst. 2 Listiny (*Kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, může se obrátit na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí, nestanoví-li zákon jinak*). Toto ustanovení je provedeno např. § 4 SŘS, zakládajícím pravomoci správních soudů, kde lze výčet nepřipustných návrhů podle § 68 a 70 SŘS považovat ne za omezení, nýbrž za vymezení (zúžení) základního práva na spravedlivý proces. Z druhé věty čl. 36 odst. 2 Listiny plyne, že toto základní právo se naopak aktivuje tam, kde je tvrzeno porušení jiného základního práva či svobody (např. práva na informace podle čl. 17). Zde je však legitimní otázkou, jestli např. navrhovatel, který tvrdí, že jeho (jiné) základní právo bylo porušeno rozhodnutím v rozsahu jeho odůvodnění (§ 68 písm. d) SŘS) může být se svým návrhem odmítnut a úspěšně pak proti tomuto odmítnutí u NSS brojit (§ 103 odst. 1 písm. e) SŘS), protože bylo porušeno pravidlo podle čl. 36 odst. 2 věty druhé Listiny.

⁵⁸ Tak třeba v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 20/09 ze dne 15. 11. 2011. ÚS explicitně judikuje, že konkretizace (hospodářských a sociálních práv) je věcí zákonodárce, ne Ústavního soudu. Z komentáře k Listině se naopak jeví, že práva se nutně konkretizují při jejich aplikaci (WAGNEROVÁ, E. et al. Listina základních práv a svobod. Komentář, op. cit. sub 3, s. 17 an.). Připadá mi, a můžu se mýlit, že slovo *konkretizace* je tu používáno ve dvou různých významech: jednak jako to, co k čemu dochází při prováděcí legislativě, jednak jako to, k čemu dojde při aplikaci základního práva na skutečný případ.

⁵⁹ FILIP, J. Některé otázky vztahu konkretizace a omezení základních práv a svobod v ČR. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 1997, roč. 5, č. 4, s. 577.

⁶⁰ Externí teorie, připisující zákonodárci slabou roli při konstrukci základních práv, považuje akt zpozitivnění práva na podústavní úrovni za moment, kdy přestáváme mluvit o základním právu, a pracujeme jen s ústavní garancí jeho existence. Pro interní teorii je takové rozlišování nesmyslné, protože všech základních práv se ve výsledku můžeme dovolat jen s ohledem k zákonné úpravě; všechny ústavní normy jsou tak jen více či méně silnými ústavními garancemi. Přijetí interní teorie by čl. 41 odst. 1 Listiny, vypočítávajícího práva, kterých se lze dovolat jen v mezích prováděcích zákonů, učinilo obsolentním, což je závěr těžko přijatelný. Níže v této kapitole bude prověřena možnost dosíci se kompromisu mezi oběma směry teleologickým výkladem čl. 41 odst. 1.

O jakých vztazích lze hovořit? Předně, o podústavní úrovni by se dalo uvažovat jako o monumentálním projektu konkretizace ústavních požadavků, o *totální ústavě*,⁶¹ *die Grundordnung*,⁶² díky níž základní práva právním řádem nejen prozařují, ale definitivně ho formují.⁶³ Vše důležité již bylo rozhodnuto, zákonodárce pouze konkretizuje. Taková teze by posunovala myšlenku ústavního státu do absurdních rozměrů, a proto zde nebude rozvedena. Jak již bylo naznačeno, ústavodárce se zákonodárcem na mnoha místech Listiny komunikuje a často ho spíše vyzývá k jednání, než-li váže poslouchat.⁶⁴ Formulace typu *podrobnosti stanoví zákon* nebo *podle zákona* jsou toho důkazem. Druhým a velmi podstatným prvkem je čl. 41 odst. 1 Listiny. Článek 41 odst. 1 Listiny vypočítává ustanovení garantující práva, jichž je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí. Z toho důvodu existují situace, kdy je třeba k aplikaci základního práva vydání zákona, na jehož základě se možno základního práva dovolat, jak psal prof. Filip.⁶⁵ Listina v těchto případech zákonodárci umožňuje vymežit skutkovou podstatu těchto práv, přičemž je na zákonodárci, bude-li se držet jen jádra práva či rozšíří-li je ve prospěch jeho adresátů, zpravidla podle politického přesvědčení a aktuálních ekonomických možností. Standardně se jedná o hospodářská, sociální a kulturní práva. Podle Ústavního soudu tím Listina poskytuje zaručenou ochranu institucí (zaměstnání, mzda, sociální zabezpečení, rodina, rodičovství atd.), nikoliv ochranu konkrétních veřejných subjektivních práv.⁶⁶ Tyto ústavní garance mohou jako kritéria ústavního přezkumu sloužit pouze tam, kde by zákonodárce ústavní ochranu těchto institucí zcela ignoroval či negoval.⁶⁷ Pokaždé tak musí být dodržena maxima podstaty a smyslu v čl. 4 odst. 4 Listiny.

Správné charakteristice odvozených ústavních norem překáží diskutabilní legislativní technika ústavodárce.⁶⁸ Společným působením formulací typu *zákon stanoví* a společného ustanovení v čl. 41 odst. 1 Listiny byl totiž docílen stav, kdy některá základní práva sice nejsou součástí výčtu v čl. 41 odst. 1, avšak svou formulací poskytují zákonodárci velmi široký prostor. Dvě proměnné vedou neopodstatněně ke čtyřem kategoriím práv, které musíme spojit výkladem.⁶⁹

⁶¹ KUMM, M. Who Is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*, 2006, roč. 7, č. 4, s. 343.

⁶² Böckenferdeho rozlišení ústavy jako rámce (*Rahmenordnung*) a ústavy jako základu (*Grundordnung*) již bylo vzpomenu v úvodu (*Úvod*, sub 50).

⁶³ “*Ne vždy jsou všechna základní práva přímo vykonatelná a působí vůči jednotlivci bezprostředně. V některých případech působí pouze zprostředkovaně skrze jednotlivé normy jednoduchého práva tak, že jednoduchým právem prozařují. Tak je tomu ve vztazích horizontálních, tedy ve vztazích, které nejsou založeny na nadřízenosti a podřízenosti, tj. ve vztazích, v nichž jsou si jejich účastníci rovni.*“ z nálezu sp. zn. I. ÚS 185/04 ze dne 14. 7. 2004.

⁶⁴ Ústava ČSR z 29. února 1920, považovaná za inspirační zdroj současné ústavy, tuto myšlenku vyjadřovala jasně. Třeba v § 107 a § 112 stanovila, že svobody osobní a domovní se zaručují, přičemž *podrobnosti upravuje zákon jako součást této ústavní listiny.*

⁶⁵ Vizn pozn. pod čarou č. 59.

⁶⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 20/09 ze dne 15. 11. 2011.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Jak připouští i V. Knapp a V. Pavlíček in KOSTEČKA, J., SOVÁK, Z., PAVLÍČEK, V., HŘEBEJK, J. a KNAPP, V. *Ústava a ústavní řád České republiky. Díl 2, Práva a svobody.* Praha: Linde, 1995, s. 261.

⁶⁹ Jsem přesvědčen o tom, že by stačilo držet se jedné z technik.

Tři kategorie problém nečiní. **Zaprvé** to jsou práva mimo výčet v čl. 41 odst. 1, která neobsahují žádný typ odkazu na podústavní úroveň. Příkladem je čl. 10 odst. 1 garantující ochranu některých důležitých prvků osobnosti.⁷⁰ Zákonodárce může při dodržení ostatních podmínek - slovy prof. Filipa - blíže upřesnit ústavní pojmy a stanovit proceduru uplatnění základního práva. Takto je třeba zákonem o církvích a náboženských společnostech čl. 16 odst. 2 (*Církev a náboženské společnosti spravují své záležitosti...*),⁷¹ zákonem o odpovědnosti státu za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím upravován čl. 36 odst. 3 (*Každý má právo na náhradu škody způsobené mu nezákonným rozhodnutím...*)⁷² a zákonem o soudech a soudcích čl. 38 odst. 1 (*Nikdo nesmí být odňat svému zákonnému soudci*).⁷³ Právě toto je třeba považovat za *konkretizaci* ústavní normy.⁷⁴

Druhou jasně zařaditelnou skupinou jsou práva uvedená v čl. 41 odst. 1 s odkazem na podústavní úroveň.⁷⁵ Tato práva vymezuje zákonodárce. Tedy ne pouze konkretizuje, ale vymezuje, definuje normativní prostor, v nichž je uznává. S ohledem na čl. 41 odst. 1 pro ně platí, že bez ochrany zákonně zásadně nedosahují úrovně ústavní. Doslovný výklad čl. 41 odst. 1 Listiny tak podle Jana Wintra „*v sobě skrývá paradox: pokud se lze některých základních práv domáhat jen v mezích zákonů, které je provádějí, je vůbec myslitelné, aby byl přijatý zákon shledán protiústavním pro rozpor s ustanoveními Listiny zakotvujícími tato práva? Řekneme-li, že ano, připouštíme, že rozsah ústavní garance těchto základních práv je nutně širší než jen rozsah daného práva daný prováděcími zákony. Řekneme-li, že ne, činíme z daných ustanovení Listiny weyrovské monology ústavodárce bez normativního obsahu, což odporuje zásadě, že právní předpis obsahuje jen ustanovení normativní povahy, a rovněž důsledkům vyšší právní síly Listiny.*“ Ústavní soud proto podle *J. Wintra* došel k závěru, že rozumná interpretace čl. 41 odst. 1 Listiny se pohybuje mezi oběma extrémami, kdy Listina ponechává zákonodárci širší prostor pro *rozhodování o rozsahu* těchto základních práv, než je tomu u práv v čl. 41 odst. 1 nevyjmenovaných, avšak i zde ho váže čl. 4 odst. 4. S tímto závěrem se ztotožňují. Dodatek je třeba odkaz na legislativně-technickou chybu v čl. 32 odst. 1, který by ve spojení s čl. 41 odst. 1 znamenal, že ustanovení „*děti narozené v manželství i mimo ně mají stejná práva*“ by pro svou aplikaci vyžadovalo zákona, což se jeví jako nesmyslné. V taxativním výčtu by proto správně být neměl.

⁷⁰ *Každý má právo, aby byla zachována jeho lidská důstojnost, osobní čest, dobrá pověst a chráněno jeho jméno.*

⁷¹ Usnesení sp. zn. I. ÚS 611/06 ze dne 17. 1. 2007.

⁷² Nález sp. zn. IV. ÚS 3638/15 ze dne 28. 2. 2017.

⁷³ Nález sp. zn. I. ÚS 564/17 ze dne 13. 4. 2017, bod 23.

⁷⁴ Ústavní norma a konkretizující zákonná norma se pak chovají jako dvě originární pravidla, která musí být v souladu (obdobně jako zákon a obecně závazné vyhlášky obcí a krajů). Konkretizace je něco jiného než provedení, k němuž se vyžaduje zmocňovacího ustanovení (nařízení vlády, vyhláška ministerstva). Jak se konkretizace uplatňuje v rozhodovací praxi ÚS, ukazuje třeba usnesení sp. zn. I. ÚS 611/06 ze dne 17. 1. 2007: „*Je nutné respektovat také to, že zákon č. 3/2002, jehož ustanovení konkretizují výchozí garance vyslovené v Listině, v žádném ze svých ustanovení neumožňuje, aby obecné soudy bezprostředně přezkoumávaly akty, jež byly učiněny v rámci církevní autonomie interními orgány církví resp. náboženských společností...*“

⁷⁵ Tato práva jsou tedy Listinou relativizována hned dvakrát. Podle Václava Pavlíčka taková „*zdvojení*“ a podmíněnost jen zdůrazňují obecnou zásadu uvedenou v čl. 41 odst. 1. PAVLÍČEK, V. *Ústavní právo a státověda. Díl 2, Ústavní právo České republiky*. Praha: Linde, 2004, s. 69.

Jediným zástupcem **třetí kategorie** je čl. 35 odst. 1 a 2 Listiny garantující právo na příznivé životní prostředí a informace o něm. Ten je sice součástí výčtu v čl. 41 odst. 1 Listiny, strukturou ale odpovídá prve zmíněné kategorii. Společně s komentářem se lze přiklonit k závěru, že přítomnosti v explicitním výčtu v čl. 41 odst. 1 je třeba dát přednost.⁷⁶ Do obou odstavců tak lze doplnit slova „... za podmínek stanovených zákonem.“

Co však s právy, kterých se lze sice **domáhat přímo z Listiny** (čl. 41 odst. 1 *a contrario*), ale které zároveň **odkazují na zákonnou úpravu**? Ilustrovat to lze na příkladu čl. 34, podle kterého práva k výsledkům tvůrčí duševní činnosti jsou chráněna zákonem (odst. 1) a právo přístupu ke kulturnímu bohatství je zaručeno za podmínek stanovených zákonem (odst. 2) a který *není* vyčten v čl. 41 odst. 1 Listiny. Kateřina Šimáčková spatřuje v odkazu na zákonnou úpravu pouhý příkaz k legislativní aktivitě. Píše: „[f]ormulaci, že jsou práva k výsledkům tvůrčí duševní činnosti chráněna zákonem, nelze chápat jako zúžení ústavní ochrany jen na úpravu provedenou podústavním právem, tedy obyčejnými zákony, ale jedná se o příkaz legální ochrany. Podústavní právní úprava přispívá k formování obsahu ústavou chráněných práv tvůrce, naplňuje ji konkrétním obsahem.“⁷⁷

Zprv je třeba říci, že „zúžení ústavní ochrany“ a „příkaz legální ochrany“ se vzájemně nevylučují. Koneckonců, co ústavodárce předpokládá u práv podle čl. 41 odst. 1 Listiny, je jedno i druhé. Listina zkrátka může tlačit Parlament do legislativní aktivity,⁷⁸ aniž by tím s výhradou čl. 4 odst. 4 zahrnovala duševní vlastnictví pod svou substantivní ochranu. Zadruhé, teze Kateřiny Šimáčkové se měla vztahovat právě jen k čl. 34 a při konfrontaci s některými jinými články zjistíme, že ji nelze zobecnit. Zejména formulace typu *práce ukládané podle zákona* (čl. 9 odst. 2 písm. a)) podle mého příkazy k legální ochraně jednoduše nejsou. Dále, pokud formulace, podle nichž má zákon něco stanovit, jsou příkazy k legální ochraně, znamená to, že zákonná úprava musí existovat i tehdy, nechce-li stát této možnosti využívat? Totiž, práva k výsledkům tvůrčí činnosti by sice měla být chráněna zákonem, protože to zpravidla budou soukromé osoby a ne stát, kdo do nich bude zasahovat, ale co třeba stanovení forem zabítí, které podle zákona nejsou trestné (čl. 6 odst. 4), přípustných důvodů vzetí do vazby (čl. 8 odst. 5) apod.? Jestliže zákonodárce posílí ochranu těchto práv tím, že tacitně vyloučí jakékoli přípustné formy zabítí a jakékoli důvody vzetí do vazby, jedná protiústavně? Domnívám se, že ne.

Nicméně, alternativa, že nejde o pouhý příkaz k legální ochraně, ale že každý odkaz na zákon vede automaticky k přesunutí ústavních garancí do odvozené ústavní normy, je neméně problematická. I přezkum zásahů do tak esenciálního základního práva, jakým je právo na spravedlivý proces, by se s ohledem na ustanovení v čl. 36 odst. 4 musel limitovat na přezkum dodržení jeho podstaty a smyslu (čl. 4 odst. 4), což s vědomím

⁷⁶ KOKEŠ, M. Právo na příznivé životní prostředí. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 707 an.

⁷⁷ ŠIMÁČKOVÁ, K. Právo na ochranu výsledků tvůrčí duševní činnosti a právo na přístup ke kulturnímu bohatství. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 690-702.

⁷⁸ Jako to činí u čl. 16 odst. 3, podle něhož zákon stanoví podmínky vyučování náboženství na státních školách.

obrovského nápadu stížností na imperfektní zásahy do práva na spravedlivý proces před ÚS zkrátka není představitelné. Procesní předpisy nemohou pamatovat na všechno a je úkolem Ústavního soudu, aby ze své pozice vždy našel co nejspravedlivější řešení.

Postavením všech norem spadajících do čtvrté skupiny vedle sebe nabývám dojmu, že mezi nimi rezonují **dva základní pokyny zákonodárci**. Ten první se týká **norem, předpokládajících pozitivní ochrannou politiku státu**. Ústavodárce říká: chraň před neoprávněným zasahováním do soukromého života (čl. 10 odst. 2), chraň před neoprávněným shromažďováním osobních údajů (čl. 10 odst. 3), poskytuj informace o své činnosti (čl. 17 odst. 5), zajisti řádný výkon volebního práva (čl. 21 odst. 3 a 4), zajisti všestranný rozvoj menšin (čl. 25 odst. 1), chraň výsledky umělecké a vědecké činnosti (čl. 34), buduj spravedlivý justiční systém (čl. 36), a to vše za podmínek, které zákonodárce sám stanoví, ale které zároveň musí naplnit ústavní kautelu jejich ochrany vůbec, tj. musí být zachována podstata a smysl těchto práv (čl. 4 odst. 4 Listiny). Jsou to příkazy legální ochrany.

Druhý pokyn se týká některých tradičních liberálních práv v Hlavě II. Oddílu prvním, u kterých ústavodárce předpokládá, že to bude **stát, který do nich bude pravidelně zasahovat**, a podle toho ho zavazuje. O příkaz legální ochrany nejde proto, protože kdyby nebyl *lex*, nebyla by ani potřeba legální ochrany. Nezasahuj do práva na život, ale pokud ano, tak jedině za zákonných podmínek, které si musíš nastavit (čl. 6 odst. 4). Neomezuj člověka na osobní svobodě, ale musí-li to být, urči pro to předem zákonné podmínky (čl. 8) atd.⁷⁹ To samozřejmě neznamená, že by snad do těchto práv nemohly zasahovat i soukromé osoby; jejich primárním smyslem je však ochrana před státní mocí.

Dva pokyny vedou ke dvěma režimům ochrany. Správný model limitování je musí zohlednit. Ve vztahu k prvnímu pokynu (skupině IV) ústavodárce s pomocí různorodých pramenů vyjmenoval jednotlivá základní práva (práva menšin, umělců apod.) s tím, že pověřil zákonodárce, aby je přesně vymezil. Kdyby smýšlel tak, že postačí základní práva vymezit obecně na ústavní úrovni a další zákonodárná aktivita je už jen nad rámec věci, byly by příkazy k legální ochraně zbytečné. Navíc by koncentroval příliš moci do rukou Ústavního soudu, jehož interpretace ústavních norem by měla větší váhu než legislativa. Z toho plyne, že tuto skupinu nelze slučovat ani s první (žádná výhrada zákona), ani s druhou a třetí kategorií (výhrada zákona kromě zásahů do podstaty a smyslu základního práva), nýbrž tvoří skupinu práv, u nichž musí Ústavní soud posuzovat, **zda zákonodárce plní příkaz legální ochrany, zda sleduje legitimní cíl a zda bylo šetřeno podstaty a smyslu základního práva**. Úkolem Ústavního soudu je nikoli tato práva vymezovat, ale **dohlížet nad procesem jejich vymezování** (že se děje a jak se děje). Z toho mi plyne, že se nejvíce blíží druhé a třetí skupině práv, soustředících se okolo práv sociálních. V návaznosti na stávající praxi by mohla být jako sociální práva posuzována **testem racionality**.

U druhé skupiny (skupiny V) nejde o pověření k vymezení, protože ústavodárce nepředpokládá pozitivní ochrannou politiku státu. Stát zkrátka může veškerou svou

⁷⁹ Jsou to dále čl. 9 (nucené práce a služby), čl. 12 odst. 2 (provádění domovních prohlídek), čl. 13 (narušení listovního tajemství), čl. 14 odst. 5 (vyhoštění cizinců) a čl. 15 odst. 3 (nucený výkon vojenské služby).

agendu soustřeďovat jiným směrem. Ale dotkne-li se těchto práv, přezkumná pravomoc se aktivuje. Ústavní soud opět dohlíží nad tím, zda existuje dostatečná zákonná úprava a zda je šetřeno podstaty a smyslu základního práva. Počítá-li zákon s vyhoštěním, stanoví přesně formulované a předvídatelné podmínky, referenční hlediska příp. diskrece, procesní záruky apod. (čl. 14 odst. 5)? Došlo-li k uložení nucené práce, byla uložena podle zákona a nedošlo k porušení podstaty zaručeného práva (čl. 9 odst. 2)?

Tabulka č. 2: Typologie zmocnění k odvozeným ústavním normám

kategorie	odkaz na zákonnou úpravu	rozsah přezkumu	podstata a smysl práva	příklad
I	ne	úplný	něco neporušit (něco poskytnout)	čl. 10 odst. 1 (ochrana důstojnosti, cti)
II + III	ano	podstata a smysl, cíl, příkaz legální ochrany	něco poskytnout	čl. 28 (právo na zaměstnance spravedlivou odměnu za práci)
IV	ano	podstata a smysl, cíl, příkaz legální ochrany	něco poskytnout	čl. 34 odst. 1 (právo na výsledky k tvůrčí činnosti)
V	ano	podstata a smysl, cíl, příkaz legální ochrany, musí být aktivováno	něco neporušit	čl. 8 (ochrana osobní svobody)

Výslednici pěti skupin jsem shrnul do tabulky č. 2. Na základě takto navrženého modelu se interpretace Listiny podle mě může odehrát s dosud chybějícím respektem k jejím teleologickým, systematickým i jazykovým prvkům. Stranou zatím zůstávají případy omezení základních práv. Ty se od všech pěti uvedených skupin liší požadavkem na intenzitu přezkumu, protože je na ně třeba vztáhnout všechny nároky testu proporcionality, zejména volbu méně invazivní alternativy.

Zbývá zmínit ještě jedno ustanovení, spadající do typologie vymezení základních práv. Tím je **článek 44 Listiny**, který dovoluje určit rozsah vybraných práv, jako jsou shromažďovací právo nebo právo na stávku, u některých klíčových povolání (soudci, vojáci, lékaři). Podobně jako u čl. 41 odst. 1 jde o výčet základních práv a svobod, k jejichž vymezení dochází souladně na ústavní a zákonné úrovni, a stanovení pravidla, že u zásahů do vyčtených práv a svobod se z toho důvodu vyžaduje zásah do jejich zákonného obsahu (či rozsahu).

Zákonodárce má na vybranou, pokud tohoto zmocnění využije či nikoliv. Ačkoliv je použito slovo *omezit*, charakter zmocnění napovídá tomu, že jde ve skutečnosti o vymezení práv, konkrétně V. skupinu. Třeba u čl. 19 odst. 2 (omezující klauzule shromažďovacího práva) nebo čl. 27 odst. 1 až 3 (omezující klauzule koaličního práva) by totiž zmocnění k omezení nedávalo smysl, když zákon může tato práva ze stanovených důvodů omezit všem. Proto lze uzavřít, že smyslem čl. 44 je vymezení základních práv a svobod; to, co Listina stanoví explicitně v čl. 27 odst. 4,⁸⁰ je možné výkladem dovodit u všech ustanovení vyjmenovaných v čl. 44 Listiny.

2.3. Kolizní pravidla

Po charakterizování původních a odvozených ústavních norem se nyní vrátím k příkladu načrtnutém v úvodu kapitoly první, tj. k příkladu vtipálka v kině. Připomínám, že šlo o vtipálka pokutovaného za vyvolání paniky v přeplněném kinosále. Identifikoval jsem dvě neslučitelné odpovědi na otázku, jestli byl vtipálek omezen na svobodě projevu. Pakliže souhlasím s ústavní konformitou pokutování, vtipálek na svobodě projevu buď nebyl, anebo byl, ale přiměřeně ve vztahu ke sledovanému cílu omezení. Nato jsem se dotázal, jestli by existence zákona obsahujícího normu „*Každý má právo na svobodný projev. Projevem není jednání spočívající ve zvolání „HOŘÍ!“ v kinosále, může-li toto jednání ohrozit životy nebo zdraví lidí.*“ měla vést ke změně odpovědi na položenou otázku. Obecně se ptáme, **jestli zákon řešící kolizi dvou ústavních hodnot představuje pozitivní ústavněprávní řešení**. Je to otázka velmi obtížná, ale zároveň nesmírně zajímavá a stojící ve středu zájmu předložené práce. Myslím, že otázka kolizního pravidla, jak ho můžeme nazvat, je jedna z nejzajímavějších, kterou si může současný ústavní právník nebo právní teoretik položit.⁸¹

Zákon, který by takto konkrétně (avšak obecně) předepisoval hranice svobody projevu v přeplněném kinosále, bychom v českém právním řádu pravděpodobně hledali marně.⁸² Na druhou stranu, řada zákonů reguluje svobodu projevu za mnoha jiných okolností.⁸³ Tak třeba § 184 TZ stanoví, že až ročním odnětím svobody bude potrestán ten, kdo o jiném sdělí nepravdivý údaj, který je způsobilý značnou měrou ohrozit jeho vážnost u spoluobčanů (trestný čin pomluvy). Přísněji může být potrestán ten, kdo v rozsahu § 355 odst. 1 písm. a) veřejně hanobí některý národ, jeho jazyk, některou rasu nebo etnickou skupinu. Internalista tvrdí, že nic jako svoboda pomlouvat nebo svoboda hanobení národa neexistuje, protože normy trestního práva **vyvažují** zájem na svobodném projevu a zájem na ochraně vážnosti občanů (u nepravdivých údajů) či zájem na ochraně jména národa **v neprospěch svobody projevu**. Externalista stojí za **co nejširším pojetím**

⁸⁰ *Právo na stávku je zaručeno za podmínek stanovených zákonem; toto právo nepřísluší soudcům, prokurátorům, příslušníkům ozbrojených sil a příslušníkům bezpečnostních sborů.*

⁸¹ Název kolizní pravidlo byl zvolen proto, že jde o zákonnou normu řešící kolizi dvou ústavních hodnot, zároveň jsem chtěl vyloučit záměnu s institutem kolizní *normy* mezinárodního práva soukromého.

⁸² Existence takové normy v provozním řádu kina k vymezení základních práv samozřejmě nestačí (čl. 4 odst. 2 Listiny).

⁸³ Konkrétní vyvážení základních práv a svobod obsahují především zákony; je úkolem zákonodárce rozumně sladit požadavky protichůdných základních práv. WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 3. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2015, s. 139-46.

svobody projevu, se kterým může být manipulováno **teprve na úrovni konkrétního případu** za znalosti všech skutkových a právních okolností. Český právní řád poskytuje externí teorii silný argument v podobě formulace čl. 17 Listiny, který nejprve garantuje svobodu projevu, aby následně předepsal zájmy, pro které lze toto právo omezit.⁸⁴ *A contrario*, pokud by měl ústavodárce v úmyslu Parlament **zmocnit k vymezení** svobody projevu v situacích, jaké předpokládá trestní zákoník, užil by formulace jiné (princip racionálního zákonodárce). Domnívám se, že za takových okolností je třeba dát externalistickému výkladu Listiny zapravdu.

Externalisté však jdou dále a domnívají se, že respekt k lidským právům vyžaduje široké pojetí *všech* základních práv. Zákony, koneckonců, nemohou předepisovat řešení pro všechny těžko představitelné budoucí případy, a i kdyby mohly, v tuto chvíli takový dosah jednoduše nemají, a i kdyby měly, ne vždy je tomu tak správně.⁸⁵ Jestli je to správně, je předmětem hodnotícího soudu, inklinujícího buď k externí, nebo interní teorii práv (a buď k liberální, nebo k republikánské ústavní teorii). Pak je zde analytický poznatek, že zákony mají omezený dosah. Můžeme se ptát: má vést neexistence kolizních pravidel pro všechny případy k odmítnutí kolizních pravidel existujících? Podle mého názoru nikoliv.⁸⁶ Jistě, absence kolizního pravidla by neměla vést k odepření spravedlnosti. Avšak absence kolizního pravidla může svědčit (a velmi často svědčí) o tom, že politická reprezentace se zkrátka nebyla schopná dohodnout na tom, jak kolizi dvou hodnot co nejspravedlivěji vyřešit.⁸⁷ V mnoha jiných případech se na řešení shodla. Případy takových shod nalezneme ve všech odvětvích právního řádu.⁸⁸ Kromě kolizních pravidel soustředících se do nejmenších legislativních jednotek (odstavců, paragrafů)

⁸⁴ Kategorii omezení bude věnována 3. kapitola.

⁸⁵ Skepsi vyjádřil i prof. Boguszak: „*problematika relativních preferencí přitom v těch nebo oněch ohledech není - a namnoze ani nemůže či nemá být - vyřešena cestou legislativy v platném právu, takže bývá řešena, při dotváření práva, cestou interpretace při jeho aplikaci.*“ a Jan Wintr dodává: „*skutková podstata trestného činu pomluvy, přešupek urážky na cti a institut ochrany osobnosti podle občanského zákoníku vymezují, kam až může zajít svoboda projevu a odkud už protiprávně zasahuje do práva na ochranu osobní cti a dobré pověsti. Poslední slovo ale náleží Ústavnímu soudu – ten má právo říci, že zákonodárcem zvolený poměr dvou základních práv už vybočil z ústavních mezí, a zákon zrušit. Je to tak správně, protože základní práva a svobody jsou právní pozice tak důležité, že jejich zaručení nebo nezaručení nelze přenechat pouze parlamentní většině.*“ Obojí viz WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*, op. cit. sub 83, s. 139-46.

⁸⁶ “*There is indeed reason to pay attention to what is determined by the constitution versus what is determined legislatively and at common law. Among those reasons are that legislation must comply with the constitution. But when the constitutional provision is under-defined and does not answer the question a legislative provision attempts to answer [...] I see no reason to deny that legislation can be read as attempting to complete the scope of the right left under-determined at the constitutional level. The completion is not at the constitutional rank, without doubt, but that does not deny that it can constitute the completion of an under-completed right.*“ WEBBER, G. Proportionality and Absolute Rights. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 10/2016, s. 21.

⁸⁷ Tento pohled na dotváření ústavních norem představil Cass Sunstein ve slavném článku *Incompletely theorized agreements* a převzal Grégoire Webber. Viz pozn. pod čarou č. 66 a 86. Argument je postaven na tom, že ústava obsahuje velké množství abstraktních formulací, jejichž smyslem nebylo stanovit přesná řešení pro konkrétní případy, ale spíše dosáhnout demokratické shody o řešení složitých případů alespoň ve vyšším stupni abstraktnosti. Nic nebrání tomu, aby bylo shody dosaženo později.

⁸⁸ Tím nechci říci, že každé pravidlo vyvažující dva individuální zájmy je pravidlem kolizním. Kolizní pravidlo musí mít ústavněprávní přesah.

můžeme nalézt i celá seskupení kolizních pravidel,⁸⁹ ba dokonce i na kolizních pravidlech postavené zákony (lze říci kolizní zákony).⁹⁰

Jak bylo řečeno, ústavní garance svobody projevu je spojena s omezující klauzulí (čl. 17 odst. 4), zmocňující k omezení ze stanovených důvodů. Jiná práva (např. nedotknutelnost osoby a jejího soukromí dle čl. 7 odst. 1 Listiny) mohou být omezena i z důvodů jiných. Těmto právům, souhrně nazývaných kvalifikovaným, je věnována kapitola 3 (podkapitola 3.4) a jejich charakteristika není na tomto místě podstatná. Co je podstatné, je odlišit kvalifikovaná práva od práv zákonem vymezitelných, které byly v této kapitole zmiňovány jako příklady, resp. odlišit na nich založená kolizní pravidla. Z principu racionálního zákonodárce totiž plyne, že Listina nemůže obsahovat více (opakujících se) typů zmocňovacích norem, aniž by neměla za cíl ony typy zmocnění (a z nich plynoucí kolizní normy) odlišit.

Pro limitování základních práv Listina implicitně předpokládá normy trojího druhu, z nichž k prvním dvěma druhům zmocňuje. Jsou to (1) odvozené ústavní normy, (2) omezující normy kvalifikovaných práv, a (3) omezující normy nekvalifikovaných práv. Proto také kolizní pravidla jsou trojího druhu. Pokud žádné ústavní zmocnění neexistuje a zákonodárce přesto přijme ústavně konformní zákon vztahující se k základnímu právu bez ústavního zmocnění, půjde zásadně buď o konkretizaci základního práva,⁹¹ anebo

⁸⁹ Hlava V. zákona č. 90/2012 Sb., o obchodních společnostech a družstvech (zákon o obchodních korporacích), je z velké části souborem kolizních pravidel, (kogentně) usmiřujících autonomii vůle akciové společnosti, společníků a třetích osob (k ústavní garanci autonomie vůle viz nálezy sp. zn. Pl. ÚS 83/06 ze dne 12. 3. 2008, bod 291.

⁹⁰ Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, je v tomto světle velikým kompromisem mezi různými ústavně chráněnými zájmy zaměstnance i zaměstnavatele (podnikatele). Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), navazuje zejména na čl. 11 odst. 1, 3 a 4 a pokouší se usmířit převážně vlastnické právo (ale i třeba právo na samosprávu) a mnohé s ním kolidující veřejné zájmy (na budování silniční sítě, ochraně přírody apod.).

⁹¹ Příklady je možné hledat v antidiskriminačním zákoně (zákon č. 198/2009 Sb.), provádějícím ústavní požadavek na rovné zacházení (z nekvalifikovaných práv zejm. čl. 24 Listiny) nebo ve spojení § 12 a § 91 OZ, příp. v institutu trestního oznámení, kterým se lze domoci ochrany před osobami ohrožujícími život nebo zdraví (čl. 6 odst. 1 a čl. 7 odst. 2 Listiny) oznamujícího. Specifické je základní právo na spravedlivý proces, pro které Listina v čl. 36 odst. 4 sice předpokládá zákonné provedení, z procedurální povahy tohoto práva je ale zřejmé, že toto se vztahuje jen na konkretizaci práva, nikoli na jeho vymezení. V opačném případě by bylo možné procedurální úpravou práva definovat, co toto právo obnáší. Takto se vyjádřil i ÚS v nálezu Pl.ÚS 18/07, zejména v bodě 18: Čl. 36 odst. 4 „sice odkazuje na zákon, který upravuje „podmínky a podrobnosti“ v relaci ke všem předcházejícím odstavcům čl. 36 Listiny základních práv a svobod; takový zákon, vydaný na základě ústavního zmocnění, je však ustanovením čl. 36 Listiny základních práv a svobod limitován, a od jeho obsahu se tedy nemůže odchýlit. Smyslem a účelem „obyčejného“ zákona podle čl. 36 odst. 4 Listiny základních práv a svobod je pouze stanovit podmínky a podrobnosti realizace co do svého obsahu (již) ústavodárcem v čl. 36 Listiny základních práv a svobod zakotvených práv, tedy podmínky a podrobnosti toliko procesní povahy... Žádná osoba nemůže být zákonem zcela vyloučena z možnosti domáhat se ochrany svého práva tím - i když pouze v určitém případě - že by její právo podle čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod bylo anulováno. Opačný výklad by rovněž značil, že zakotvení práva každého obracet se na soudní a jiné orgány k ochraně svých práv učiněné ústavodárcem - tedy nadané nejvyšší právní silou - by v podstatě ztrácelo smysl, neboť by mohlo být pro tu kterou situaci eliminováno vůlí toliko (pouhého) zákonodárce.“ Jinými slovy, procesy vymezování a konkretizování se nikdy nemohou zcela překrýt.

o omezení nekvalifikovaného práva ústavně konformním způsobem.⁹² K demonstraci, jak kolizní pravidla fungují, poslouží příklad. K vysvětlení rozdílu mezi vymezením a omezením budou použity některé termíny z podkapitoly 2.2 a kapitoly 3.

Jako didakticky nejvhodnější se jeví rozbor § 27 odst. 2 a 3 zákona č. 169/1999 Sb., o výkonu trestu odnětí svobody a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů:

§ 27 Omezení a zbavení některých práv a svobod

(1) Po dobu výkonu trestu jsou odsouzení povinni podrobit se omezením některých práv a svobod, jejichž výkon by byl v rozporu s účelem výkonu trestu nebo která nemohou být vzhledem k výkonu trestu uplatněna.

(2) Z důvodů uvedených v odstavci 1 jsou omezena práva a svobody na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí, svobodu pohybu a pobytu, zachování listovního tajemství a tajemství jiných písemností, záznamů a zpráv a právo svobodné volby povolání.

(3) Po dobu výkonu trestu odsouzeným nepřísluší právo na stávku, výkon práva sdružovat se ve spolcích, společnostech a jiných sdruženích, zakládat odborové organizace a výkon práva sdružovat se v nich, právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost, právo svobodné volby poskytovatele zdravotních služeb a zdravotnického zařízení. Odsouzení nemohou ve výkonu trestu zakládat politické strany nebo politická hnutí, vykonávat právo sdružovat se v nich a nemohou vykonávat volené a jiné veřejné funkce.

...

V odstavcích 2 a 3 se totiž nachází celkem pět skupin kolizních pravidel, a to všech třech typů. Poznotek, který sice koliduje s ryze externalistickou představou jedné monolitické kategorie omezení, ale který zároveň lépe odráží subtilnost, s jakou ústavodárce dokázal rozlišit úroveň ochrany jednotlivých základních práv.⁹³ Z toho plyne důležitá výkladová zásada pro kolizní normy: typ kolizní normy určuje věcně související ústavní norma, nikdy ne zákonodárce. Při limitování práv je zákonodárce vázán ústavou. Zákonodárci je přesto ponechána určitá volnost, která se zde projevuje tím, že práva odsouzených rozdělil na ta, která jsou limitována v rozsahu účelu výkonu trestu odnětí svobody, a ta, která jsou limitována bez ohledu k takovému účelu.

Zachováme-li pořadí, pak můžeme rozlišit:

⁹² Právo na zachování osobní cti podle čl. 10 odst. 1 Listiny nepřipouští žádné limitování. V rovině *de constitutione ferenda* můžeme zpochybňovat racionalitu této normy, která považuje jakoukoli kritiku, vedoucí k dehonestaci nositele práva, jako ústavně nepředvídanou, a tudíž základní právo omezující. Působí to na mě jako nevýhoda evropského pojetí vůči pojetí americkému. To ale nic nemění na tom, že v podstatě každé zamítnutí defamační žaloby je z pohledu ústavodárce zásahem do základního práva, jehož ústavní přípustnost musí být dále zkoumána. Jestli je test proporcionality vhodným nástrojem řešení kolize dvou základních práv, nemám prostor na tomto místě posoudit.

⁹³ Že to není jednoduchá věc, se v době přípravy této práce přesvědčovali poslanci a senátoři Parlamentu ČR. Návrh ústavního zákona, kterým se mění ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky (sněmovní tisk 1021, 7. volební období), totiž sice v čl. 1 doplňujícím čl. 3 odst. 3 novelizovaného zákona zakládá právo občanů ČR nabývat, držet a nosit zbraně a střelivo, avšak pouze k naplňování úkolů uvedených v odstavci 2. Odstavec 2 předepisuje brannou povinnost a také to, že rozsah povinnosti a další podrobnosti stanoví zákon. To znamená, že ačkoliv nově doplněný čl. 3 odst. 3 zakládající právo nosit zbraň ve větě druhé prohlašuje, že toto právo může být omezeno jen *je-li to nezbytné pro ochranu práv a svobod druhých, veřejného pořádku a bezpečnosti, životů a zdraví nebo pro předcházení trestným činům*, význam této omezující klauzule je minimální, protože ho zákonodárce může obejít využitím zmocnění k vymezení branné povinnosti podle čl. 3 odst. 2. Zkrátka, na podmínkách limitování záleží.

A. právo vykonávat volené a jiné veřejné funkce, což je nekvalifikované právo s PVZ (podkap. 3.3), takže se uplatní test *Svědkové Jehovovi* (ústavně imanentní omezení);

B. právo na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí (čl. 7), což je kvalifikované právo s PVZ (podkap. 3.4.1), takže se uplatní test proporcionality;

C. právo zakládat politické strany nebo politická hnutí, právo sdružovat se v nich, svobodu pohybu a pobytu (čl. 14), výkon práva sdružovat se ve spolcích, společnostech a jiných sdruženích, zakládat odborové organizace a výkon práva sdružovat se v nich, což jsou kvalifikovaná práva s KVZ (podkap. 3.4.2), takže se uplatní test proporcionality;

D. právo listovního tajemství, což je odvozená ústavní norma IV. skupiny (podkap. 2.2), takže se uplatní příkaz legální ochrany, požadavek legitimního cíle a požadavek zachování podstaty a smyslu základního práva (možný test racionality);

E. právo na stávku, svobodné volby povolání, právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost, právo svobodné volby poskytovatele zdravotních služeb a zdravotnického zařízení, což jsou odvozené ústavní normy II. skupiny (podkap. 2.2), takže se uplatní příkaz legální ochrany, požadavek legitimního cíle a požadavek zachování podstaty a smyslu základního práva (možný test racionality);

Tam, kde Listina předpokládá **omezující normy kvalifikovaných a nekvalifikovaných práv** (A, B a C), zákonodárce *omezuje*, tj. kolizním pravidlem stanoví, kde pro kolizi s jinou ústavní hodnotou (zde veřejný pořádek) musí práva ustoupit (metafora vlnek).

Naopak tam, kde Listina předpokládá **odvozené ústavní normy** (D a E), zákonodárce *vymezuje*, tj. kolizní normou stanoví, kde pro riziko kolize s jinou ústavní hodnotou (zde veřejný pořádek) práva přestávají existovat (metafora puzzle).

Jak bylo argumentováno v úvodních tezích práce (příklad Petry), model limitování určuje intenzitu ústavní ochrany. Ta se v tomto případě projeví také intenzitou ústavního přezkumu Ústavním soudem. Kde zákonodárce **vymezuje**, postačí **test racionality**, neboť zákonodárce určuje meze základního práva na základě ústavního zmocnění, a musel by postupovat zcela iracionálně, aby zdrženlivý Ústavní soud zasáhl. Naopak posouzení ústavnosti **omezení** si vyžaduje **test proporcionality**, který nejlépe odhalí, jestli základní právo nad veřejným zájmem převáží, či nikoliv. Protože však dochází i k omezení práva na přístup k voleným a jiným veřejným funkcím (čl. 21 odst. 4 Listiny), pro které ústavodárce žádná omezení nepředpokládá,⁹⁴ a princip racionálního zákonodárce vyžaduje tento rozdíl zohlednit, musí být takové omezení podrobeno **zvláštnímu testu**, na nějž přijde řada ve 3. kapitole (podkap. 3.3).

Shrnutí

Vymezení základního práva nebo svobody je normotvorným aktem, kterým určujeme skutkovou podstatu, tj. nositele, obsah a rozsah práva nebo svobody. Vymezení na sebe bere různé podoby. Na úrovni stejného ustanovení nebo článku jde o bezprostřední

⁹⁴ Ačkoliv i zde by se dalo argumentovat, že „za rovných podmínek“ představuje pokyn zákonodárci stanovit podmínky.

ústavní vymezení, na úrovni předpisů se silou ústavního zákona o ústavně imanentní omezení (vymezení) a na úrovni ústavně předvídaného zákona o vymezení formou odvozené ústavní normy. Protože při limitování základních práv zcela běžně dochází k rozhodování o jejich prioritě před jinými hodnotami a zájmy, bylo potřeba vyřešit otázku, jestli a které zákonné normy řeší kolizi na ústavní úrovni (a určuje tak, kde jedna ústavní norma končí a druhá začíná).

Byly identifikovány tři typy tzv. kolizních pravidel, a sice (1) odvozené ústavní normy, (2) omezující normy kvalifikovaných práv, a (3) omezující normy nekvalifikovaných práv, přičemž pouze odvozené ústavní normy řeší kolizi na ústavní úrovni, zatímco omezující normy (hranice práva nepřesahující, nýbrž překračující) nemají na definici základního práva přímý vliv. Tvoří-li zákonodárce odvozené ústavní normy (1), je vlastně v určitém smyslu partnerem Ústavního soudu, a ten by měl proto omezit na měkčí test racionality. Naopak skutková podstata základního práva se nemění při jejich omezení, kde je úkolem státu hledat co nejprůměřenější prostředky (princip proporcionality) a kde nad jeho politikou dohlíží Ústavní soud. Právě omezením základních práv se bude věnovat následující, poslední kapitola.

3. Omezení základních práv a svobod

Teoretická východiska limitování základních práv a svobod v ČR byla a dosud stále jsou nahlížena *výhradně* skrze koncept **omezování základních práv**. Dominantní externí teorie spojuje s omezováním práv ty právní normy a ta rozhodnutí aplikující právní normy, které explicitně nebo implicitně zasahují do obsahu, rozsahu nebo kategorie nositelů (skutkové podstaty) základního práva, nezávisle na strategii modelu limitování Listiny.

Předložená práce nabízí alternativní pojetí. Vychází z toho, že k limitování práv dochází skrze jejich vymezování na ústavní i podústavní úrovni. Ve druhé kapitole bylo konkrétně ukázáno, jak tvůrce ústavy zčásti práva konstruoval sám pomocí bezprostředních a ústavně imanentních vymezení, zčásti úkol přenechal zákonodárci. Kolizní pravidla, která v procesu dotváření systému ochrany práv vznikají, jsou podrobena přezkumu Ústavním soudem, jehož intenzita se odvíjí od povahy daného kolizního pravidla.

Nepředvídá-li Listina zákonné vymezení základního práva, jakékoli další limitování práva zákonem je jeho omezením.¹ Omezení je diskreční limitování ústavou definovaného práva obyčejným zákonem.² Slovo „diskreční“ značí, že jde o výkon diskrece zákonodárce v oblasti, v níž ústava nic nezakazuje ani nepřikazuje.³ Omezování práv je v tomto světle zbytkovou kategorií zákonných norem (a rozhodnutí aplikujících zákonné normy), přijatých bez ústavního zmocnění k vymezení a formou obyčejného zákona, nikoli zákona ústavního. *Omezováním* základního práva se tak hranice jeho ochrany neurčují ani neposunují, ale naopak překračují.⁴ Za hranicemi, které jsou překračovány, leží dominium základního práva nebo svobody, jež se ústava zavazuje chránit. Překročení stanovené hranice je vždy zásahem (omezením).

Pro ilustraci se vraťme k příkladu Petry a jejího abstraktního práva na Φ , bez dalších podmínek omezitelného zákonem. Představme si, že dojde k obměně politické reprezentace v Parlamentu, jehož většina chce maximalizovat určitý veřejný statek, a to i na úkor výrazného zásahu do Petřiného práva na Φ . Parlament není zmocněn

¹ „A limitation on a right occurs whenever a state action denies or prevents the right's owner from exercising it to its fullest scope.“ BARAK, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 102.

² Ústava je zde myšlena v širším, materiálním smyslu, tj. včetně odvozených ústavních norem s formou zákona. Tím jsou zahrnuty i potencionální situace, kdy by tvůrce ústavy zmocnil zákonodárce k vymezení práva, zákonodárce je vymezil a tvůrce ústavy zmocňovací normu zrušil. Zákonné vymezení práva sice zůstává v platnosti, avšak jakékoli další limitování je třeba vnímat jako jeho omezení.

³ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004 (překlad J. Rivers, orig.: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1986), s. 394-5; ALEXY, R. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence*. 2009, roč. 3, č. 1, s. 15. „This power of limitation is, naturally, again limited by the principle of proportionality, but within these limits it is an instance of discretion“ (*Ibid*, s. 16).

⁴ BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 1, s. 99. Za překračováním už stojí jen proces potlačování, který - jak zřejmo - není liberálním demokratickým vlastním, protože potlačováním práv vláda popírá existenci práv vůbec, resp. popírá za nimi stojící morální imperativy.

k vymezení práva zákonem, právo tak musí být automaticky realizováno v co nejširším rozsahu. Jestliže se v Parlamentu najde ústavní většina, ústavní zákonodárce může skutkovou podstatu Petřina práva k tomuto účelu zúžit sám, anebo zmocnit k dalšímu vymezení zákonodárce. Jestliže se ústavní většina nenajde, Parlament může základní právo omezit, avšak toliko s dodržáním principu proporcionality. S přijetím omezujícího zákona je skutková podstata práva překryta silnějším veřejným zájmem, se zrušením omezujícího zákona může základní právo působit ve své původní podobě.

Omezení v jeho nejryzejší podobě bychom našli v zákoně přijatém v souladu s čl. 6 odst. 1 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, podle něhož musí vláda současně za vyhlášení nouzového stavu vymežit, která práva stanovená ve zvláštním zákoně a v jakém rozsahu se v souladu s Listinou omezují a které povinnosti a v jakém rozsahu se ukládají. Jinými slovy, pro omezená práva a svobody neplatí, že je v okamžiku vyhlášení nouzového stavu Česká republika přestává ve vymezené skutkové podstatě chránit, nýbrž že je třeba je pouze přechodně omezit.

Připomeňme, že Listina obsahuje mnoho jen lakonicky uvedených práv, k jejichž vymezení zákonodárce nezmocňuje. K omezování práv proto nedochází jen za mimořádných okolností, ba naopak zcela běžně, v každodenní praxi orgánů veřejné moci. Popsat, za jakých podmínek lze základní práva omezit právě za těchto běžných okolností, bude primární cílem této kapitoly. Složitost úkolu je podmíněna složitostí systému omezení, tak jak byl postaven v Listině. Některé podmínky jsou obecné, jiné zvláštní. Některé výslovné, jiné nevyjádřené. Některé přísné, jiné spíše formální.

Pokud jde o existující literaturu k tématu, po analýze a klasifikaci práv v Listině nejen z hlediska předmětu ochrany volal už prof. Boguszak, jenž předdeslal, že rozdíly mezi nimi budou určeny spíše než Listinou prováděcími zákony, doktrínou a právní praxí.⁵ V dílech pozdějších autorů je však tomuto zpracování věnováno jen minimum pozornosti anebo je pozornost věnována bez ochoty téma prozkoumat do hloubky.⁶

⁵ BOGUSZAK, J. Diferenciace lidských práv. *Právník*, 2000, 254-260. s. 254. Proto je podle prof. Boguszaka přiměřené mluvit o diferenciaci (či postupující diferenciaci) než o diferencích mezi právy. Sám práva rozdělil podle jejich vztahu k principu nezadatelnosti (či nezcizitelnosti) na práva ryze veřejnoprávní a práva umožňující soukromoprávní dispozici (*ibid.*, s. 255-6).

⁶ HOFMANOVÁ, H. K pojetí lidských práv v judikatuře Ústavního soudu České republiky. In: GERLOCH, A. a ŠTURMA, P. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století: v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011; BARTOŇ, M., KRATOCHVÍL, J., KOPA, M., TOMOSZEK, M., JIRÁSEK, J. a SVÁČEK, O. (dále jen „BARTOŇ, M. et al.“). *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 87 an.; WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 3. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2015; Na Slovensku třeba FRIDRICH, B. *Ústavné garancie ľudských práv*. Bratislava: Univerzita Komenského, 2013, s. 17.

Světlou výjimkou je komentář k Listině z roku 2012 z okruhu Elišky Wagnerové.⁷ Na Slovensku se o klasifikaci práv pokusili Ján Svák a Ján Drgonec.⁸

V níže uvedené analýze se nejprve věnuji podmínkám omezení společným všem základním právům a svobodám (3.1) a nato rozebírám jednotlivé skupiny práv řazené podle stupně ochrany od nejvyššího po nejnižší (3.2 až 3.4). Specifické kategorie ochrany práv a svobod druhých je věnována zvláštní podkapitola.

3.1. Obecné podmínky omezení základních práv

Obecné podmínky omezení základních práv jsou společné všem základním právům.⁹ Najdeme je v Listině a v judikatuře Ústavního soudu. Konkrétně jeden plenární nález z pera předsedy Ústavního soudu Pavla Rychetského s vysokou didaktickou kvalitou shrnuje, které podmínky musí být splněny. Jde o bod 19 nálezu Pl. ÚS 24/11 k ústavnosti oprávnění orgánů činných v trestním řízení získat od od provozovatelů služeb elektronických komunikací údaje o uskutečněném telekomunikačním provozu za účelem objasnění skutečností důležitých pro trestní řízení.¹⁰

Ústavní soud začíná následovně:

Je zřejmé, že přístup orgánů veřejné moci k těmto údajům bez souhlasu uživatelů těchto služeb se vzhledem k možnosti dovést z nich informace o místě, čase, účastnících a způsobu jejich komunikace bezprostředně a citelně dotýká jejich práva na informační sebeurčení, neboť je v tomto rozsahu zbavuje možnosti, aby sami rozhodli, zda tyto informace zpřístupní jiným osobám.

Tato skutečnost sice nevylučuje přípustnost takového zásahu, musí však pro něj být splněny podmínky vyplývající z ústavního pořádku.

Z toho plyne, že máme co dočinění s právní normou, která působí takovým způsobem a v takovém rozsahu, že zasahuje do skutkové podstaty práva na informační sebeurčení (čl. 10 odst. 3 Listiny). Implicitně je tak identifikováno ústavním pořádkem vymezené právo. Externalisticky laděný argument pokračuje, že pouhý zásah ještě nezakládá porušení práva, musí však být splněny určité podmínky, které jsou předmětem výkladu této kapitoly.

Jde především o to, aby předmětné omezení bylo stanoveno na základě zákona a aby jeho právní úprava splňovala požadavek určitosti plynoucí ze zásady právního státu, tedy aby byla přesná a zřetelná ve svých formulacích a současně předvídatelná v tom smyslu, aby potenciálně

⁷ WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. et al. (dále jen WAGNEROVÁ, E. et al.). *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012, s. 124 an.

⁸ Ján Svák dělí práva podle podmínek omezení na nedotknutelná, podmíněná, akcesorická a zprostředkovaná. SVÁK, Ján. *Ochrana lidských práv v troch zväzkoch*. Bratislava: Paneurópska vysoká škola, 2011, s. 30-31. Podle Jána Drgonce slovenská Ústava přiznává práva buď (a) bez možnosti zúžit právo nebo svobodu zákonem, (b) tím, že některé otázky související související s daným právem nebo svobodou se upřesní v zákoně, nebo (c) jen v rozsahu, který vymeze zákon. DRGONEC, J. *Základné práva a slobody podľa Ústavy Slovenskej republiky*. Sv. 1. Bratislava: Manz, 1997.

⁹ Tato kapitola je analytická, a proto výraz *omezení* používá ve významu používaném Ústavním soudem, tedy jako omezení i vymezení. Obecné podmínky omezení totiž vážou zákonodárce i při úpravě zákonem vymezitelných práv.

¹⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/11 ze dne 20. 12. 2011.

dotčeným jednotlivcům poskytovala dostatečnou informaci o podmínkách, za kterých může k omezení jejich základního práva dojít [...].

Podmínky přípustnosti zásahu jsou dvojího druhu; zde jsou naznačeny ty formální. Předně, Listina stanoví, že povinnosti mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích (čl. 4 odst. 1) a že meze základních práv a svobod mohou být za podmínek stanovených Listinou upraveny pouze zákonem (čl. 4 odst. 2). Výhrada zákona plyne z demokratického principu a znamená, že normativní základ omezení musí existovat na úrovni zákona, bez možnosti pověření exekutivy omezení upřesnit formou podzákonného předpisu. „*Tím, že toto oprávnění bylo uděleno demokraticky legitimovanému parlamentu, má být zajištěno, že k omezení základních práv dojde až po demokratickém parlamentním diskursu a navíc získává omezení základního práva i následnou demokratickou zpětnou vazbu.*”¹¹ Základní zásahy právního státu dále vyžadují, aby omezení byla formulačně přesná a předvídatelná.¹² Zákonný základ pro omezení naplněn není, zjistí-li Ústavní soud, že zákon na stěžovatele nedopadá.¹³ Důležité jsou i obecné požadavky kladené na zákony, jako jsou zákaz retroaktivity, princip všeobecnosti právní regulace,¹⁴ princip publicity aj.¹⁵

Vedle výhrady zákona se někdy zapomíná na „výhradu Listiny”, plynoucí ze slov „za podmínek stanovených Listinou.”¹⁶ Tím je upozorněno na další podmínky, nacházející se napříč Listinou, které mají určitou terminologii a určitou systematiku, které je třeba podle tohoto ustanovení respektovat.

Jak jsem naznačil v úvodu, tato práce se soustřeďuje na tzv. perfektní zásahy do základních práv, u nichž byly formální podmínky omezení splněny. Ústavní soud pokračuje nastíněním materiálních podmínek:

Zároveň musí omezení práva na informační sebeurčení sledovat ústavně aprobovaný účel, jímž je ochrana jiného základního práva nebo veřejného statku, přičemž posouzení vzájemné kolize těchto hodnot musí dbát imperativu minimalizace zásahů do základních práv a svobod, berouc přitom zřetel na jejich podstatu a smysl.

Každé omezení základního práva musí sledovat nějaký účel. V opačném případě by šlo o omezení svévolné a protiústavní.¹⁷ V případě práva na informační sebeurčení může být účelem ochrana jiného základního práva nebo veřejného statku, což jsou specifické podmínky omezení spojené se skupinou základních práv, do níž toto právo patří a jimž se budu věnovat ve zbytku kapitoly. Ve zbytku ÚS vychází z první věty tzv. generální omezující klauzule v čl. 4 odst. 4 Listiny, jež stanoví, že při používání ustanovení

¹¹ WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 124 an.

¹² Nález sp. zn. Pl. ÚS 3/15 ze dne 30. 5. 2017 (231/2017 Sb.), k ústavnosti úhradových limitů v zákoně o veřejném zdravotním pojištění a úhradové vyhlášce.

¹³ Nález sp. zn. IV. ÚS 1146/16 ze dne 20. 6. 2017.

¹⁴ Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/04 ze dne 28. 6. 2005, známý jako Jezy na Labi.

¹⁵ Slavně např. Sunday Times proti Spojenému království, stížnost č. 6538/74, ze dne 26. dubna 1979.

¹⁶ Prof. Pavlíček tvrdí, že ve skutečnosti za podmínek stanovených nejen Listinou, ale celým ústavním pořádkem. PAVLÍČEK, V. *Ústavní právo a státověda. Díl 2, Ústavní právo České republiky*. Praha: Linde, 2004, kap. 2. Komparativně srov. čl. 13 odst. 2 slovenské Ústavy, podle něhož lze omezit „za podmínek stanovených ústavou”.

¹⁷ BARTOŇ, M. et al. *Základní práva*, op. cit. sub 6, s. 89.

o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu.¹⁸ Z ní je dovozován právě imperativ minimalizace zásahů do základních práv a svobod. Test minimalizace zásahu představil ÚS už v nálezu Anonymní svědek I.¹⁹ Dosud však přetrvávají pochyby, jestli test minimalizace zásahu představuje nějakou další záruku, než která je obsažena v kritériu potřebnosti testu proporcionality (viz níže).²⁰

K tomuto čtení první věty čl. 4 odst. 4 Listiny existuje alternativa. Podle věty druhé totiž omezení základních práv *nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena*.²¹ Není bez zajímavosti, že komentář k Listině tuto větu opomíjí, zaměřuje se spíše na větu první a její souvislost s principem proporcionality.²² Ve slovenské literatuře je přitom obdobné ustanovení slovenské Ústavy²³ vykládáno v sepětí s první větou jako zákaz zneužití omezení k účelům, které by popíraly podstatu a smysl práva. Navazuje se tím na usnesení pléna Ústavního soudu SR z roku 2001, kde soud konstatoval, že:

“zmysel a podstata základného práva alebo slobody sú teda rešpektované vtedy, ak nedôjde k zneužitiu obmedzenia k inému účelu, než pre ktoré bolo ustanovené. Je ústavným limitom pre takú mieru obmedzenia základných práv a slobôd, ktorá zachováva ich podstatu a zmysel.”²⁴

Ján Drgonec doplňuje:

“Táto podmienka slúži na vylúčenie obchádzania ústavných garancií základných práv a slobôd tak, že zavedenie obmedzenia sa použije na predstieraný cieľ konformný s Ústavou SR, a v skutočnosti sa jeho prostredníctvom základné právo alebo sloboda obmedzí kvôli inému zámeru, ktorý nie je v súlade so zachovaním podstaty a zmyslu základného práva alebo slobody.”²⁵

Jinými slovy, smysl a podstata základního práva zde nejsou požadavky na *minimální obsah*, jaký může ze základního práva ve výsledku zbyť, ale na *způsob*, jakým s ním může být zacházeno. Ústavě by proto odporoval třeba zákaz shromáždění kvůli ochraně majetku shromážděných (čl. 19 odst. 2 Listiny) před kapesními zloději.²⁶ Takto uchopený čl. 4 odst. 4 nespojuje těžiště ochrany *s tak intenzivními zásahy*, které zasahují do těžko identifikovatelného jádra či esence základního práva, nýbrž *s tak nemyslitelnými účely*,

¹⁸ „Šetřit podstaty a smyslu základních práv a svobod je požadavkem vztahujícím se na jednotlivé svobody a práva i na jejich souhrn ve vzájemné souvislosti, který vytváří řád (či systém) lidských práv. Nelze jedno ze zakotvených práv ani minimalizovat ani absolutizovat a postavit proti jinému základnímu právu, které by tak mohlo být zcela potlačeno, ale je třeba je vyložit a uplatňovat v jejich souladu. Nelze ani předem obecně stanovit hierarchii práv a svobod...“ PAVLÍČEK, V. *Ústavní právo a státní věda*, op. cit. sub 16, kap. 2. Podle Jána Drgonce je smysl účele, cílem, který se sleduje tím, že se dané právo vytvořilo a právním pořádkem přiznalo, a podstata je to, na čem je právo založené. DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky: komentár*. 3. přeprac. a rozš. vyd. Šamorín: Heuréka, 2012, s. 291. Srov. ČIČ, M. et al. *Komentár k Ústave Slovenskej republiky*. Bratislava: EuroKódex, 2012, s. 100 (“Podstatou je to, na čom je právo založené, zmyslom je potom to, na čo slúži.”).

¹⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994.

²⁰ KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. 17, č. 1, s. 7, 10.

²¹ Zákaz zneužití omezení je nutno odlišit od zákazu zneužití samotných práv, který je adresován nositelům práv např. v čl. 17 Úmluvy.

²² WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 124 an.

²³ Čl. 13 odst. 4 ústavního zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky.

²⁴ Usnesení Ústavního soudu SR se sp. zn. Pl. ÚS 3/00 ze dne 24. dubna 2001.

²⁵ DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky*, op. cit. sub 18, s. 292.

²⁶ *Ibid.*

keré nemohou být dobře identifikovatelné jako důvody legitimní. Zákaz shromáždění je jistě silným zásahem do shromažďovacího práva, avšak intenzita tohoto zásahu může být mírněna možností opakování shromáždění nebo nahlížena jako nižší než intenzita zásahu do vlastnického práva účastníků se zlatými šperky. Slovenský přístup však takové úvahy kategoricky odmítá, protože ochrana majetku shromážděných je prostě nelegitimní důvod bez dalšího.

Konečně, čl. 4 odst. 4 Listiny se stal základem pro test proporcionality. Jak uvádí Eliška Wagnerová, „namísto hledání podstaty a smyslu základního práva uplatňuje ÚS metodu zkoumání (testu) proporcionality omezování základních práv, která se stala nejdůležitějším instrumentem pro hledání skutečné (nikoliv minimální) materiální meze přípustného omezení základního práva ze strany zákonodárce.“ V úvodu jsem slíbil, že zvláštnostem testu proporcionality se v této práci věnovat nebudu. Ale protože se analýza modelu limitování základních práv u nás bez alespoň stručného shrnutí testu proporcionality neobejde, poslouží mi zbytek citovaného odstavce Ústavního soudu:

“Zásah do tohoto základního práva tak musí obstát z hlediska proporcionality, jejíž posouzení (v širším smyslu) sestává podle ustálené judikatury Ústavního soudu ze tří kroků. V prvním kroku je posuzována způsobilost konkrétního opatření k naplnění svého účelu (neboli jeho vhodnost), čímž se rozumí, zda je vůbec schopno dosáhnout sledovaného legitimního cíle, jímž je ochrana jiného základního práva nebo veřejného statku. Dále je zkoumána jeho potřebnost z toho hlediska, zda byl při výběru prostředků použit ten z nich, který je k základnímu právu nejšetrnější. Konečně ve třetím a zároveň posledním kroku je předmětem posouzení jeho proporcionalita v užším smyslu, tedy zda újma na základním právu není nepřiměřená ve vazbě na zamýšlený cíl. To znamená, že opatření omezující základní lidská práva a svobody nesmějí, jde-li o kolizi základního práva nebo svobody s veřejným zájmem, svými negativními důsledky převyšovat pozitiva, která představuje veřejný zájem na těchto opatřeních.”

Jak doplňují Michal Bartoň a kol.²⁷ a Jan Filip,²⁸ součástí obecných podmínek omezení základních práv je i dodržování principu rovnosti podle čl. 4 odst. 3 Listiny. Tyto podmínky se však podle nich uplatní pouze u tzv. explicitních omezení, což vylučuje tzv. implicitní omezení formou stanovení povinnosti podle čl. 4 odst. 1 Listiny.²⁹ Mezi obecné podmínky omezení se zpravidla neřadí, ale podobnou funkci má výkladový princip v čl. 22 Listiny.³⁰ Představuje vlastně rozšíření čl. 4 odst. 4 o šetření nejen podstaty a smyslu politického práva (s výjimkou práva na odpor), ale i podstaty demokracie.

²⁷ BARTOŇ, M. et al. *Základní práva*, op. cit. sub 6, s. 87-8.

²⁸ FILIP, J. Některé otázky vztahu konkretizace a omezení základních práv a svobod v ČR. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 1997, roč. 5, č. 4, s. 576-588.

²⁹ K omezení základních práv stanovením povinnosti viz např. WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 124 an., KRÁČ, J. Principy základních práv a svobod v Ústave Slovenskej republiky. *Právny obzor*. 2003, roč. 86, č. 4, 338-349.

³⁰ *Zákonná úprava všech politických práv a svobod a její výklad a používání musí umožňovat a ochraňovat svobodnou soutěž politických sil v demokratické společnosti.*

3.2. Absolutní práva

Absolutní práva se těší nejvyššímu stupni ochrany.³¹ O absolutních právech se někdy hovoří jako o právech tak důležitých, že nepřipouštějí možnost omezení. To je ale velké zjednodušení jinak nejednoznačného pojmu. Používá-li česká ústavněprávní (ale i zahraniční) jurisprudencí výrazu „absolutní právo“, domnívám se, že jej používá alespoň v pěti významech. Absolutní právo je takové subjektivní právo, které je buď:

1. ničím neomezené, nedotknutelné, s univerzální předností, nebo
2. omezené jen jinou ústavní hodnotou, nebo
3. velmi silné, nebo
4. omezené *de iure*, ale neomezené *de facto*, nebo
5. nikoli relativní.

První význam ztotožňuje absolutnost s neomezeností; plně chráněná je celá skutková podstata základního práva; princip proporcionality se na ně nevztahuje; každé omezení je automaticky porušením práva.³² Lidskoprávní katalogy, až na výjimky,³³ výslovně nestanoví, že určitá práva jsou absolutní nebo neomezená. Internalistické ústavní interpretace,³⁴ jakož i internalistické teorie práv³⁵ se pokusily za oponu obecnosti nahlédnout a doložit existenci úzce vymezených absolutních práv, jež mezi sebou nekolidují (podkapitola 1.2). Naopak externalisté používají absolutní práva jen tehdy, když opodstatněnost interní teorie zpochybňují.³⁶ To jest s výhradou tzv. absolutního jádra základního práva.³⁷

Počítá česká ústava s absolutními právy v prvním významu? Na tomto místě by již mělo být zřejmé, že ÚS takový výklad nikdy nemohl připustit, protože by tím popřel svůj

³¹ Absolutní ochrana subjektivního práva je něco jiného než absolutní působnost subjektivního práva (*erga omnes*). Všechna základní práva působí vůči všem, žádná, některá nebo všechna (podle teorie) (ne)mohou být absolutní. K absolutním subjektivním právům viz GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013, s. 153.

³² BARAK, A. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 227.

³³ Podle čl. 1 odst. 1 GG je lidská důstojnost nedotknutelná (*unantastbar*), ačkoli někteří autoři tvrdí, že i toto právo je relativní, srov. ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 3, s. 64. V rozporné judikatuře SÚS SRN nachází podporu oba přístupy (ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*, 2015, roč. 154, č. 11, s. 868). Dobrým příkladem je i čl. 56 odst. 3 Ústavy Ruské federace z 12. prosince 1993.

³⁴ GREEN, A. An Absolute Theory of Convention Rights: Why the ECHR Gives Rise to Legal Rights That Cannot Conflict with Each Other. *UCL Jurisprudence Review*, 2010, roč. 75, č. 93.

³⁵ Viz kap. 1.

³⁶ SMET, S. On the Existence and Nature of Conflicts between Human Rights at the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2017, roč. 17, č. 3; ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality, op. cit. sub 32. Na Slovensku KROŠLÁK, D. et al. *Ústavné právo*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016, s. 285.

³⁷ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 3; BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 1, s. 496.

princip definiční benevolence (podkapitola 1.1).³⁸ Zároveň by nemohl platit princip *prima facie* rovnocennosti základních práv, protože při střetu absolutního a jiného práva by *a priori* zvítězilo právo absolutní. Nazývá-li proto Ústavní soud určitá základní práva absolutními, používá je obvykle ve **druhém významu**, tj. tato práva nemohou být omezena obyčejným zákonem.³⁹ *A contrario*, k jejich omezení lze přikročit jen s poukazem na jinou ústavní hodnotu, tj. jen za účelem ochrany základních práv jiných osob anebo za účelem ochrany veřejného zájmu, který je v podobě principu či hodnoty obsažen v ústavním pořádku.⁴⁰ Stejně tak **třetí význam** je v judikatuře ÚS velmi frekventovaný. Odráží se v něm typická alexyovská myšlenka, podle níž jsou některá práva tak moc důležitá, že se nám jako absolutní sice jeví, to je ale ještě nedělá absolutními.⁴¹ Takto je třeba chápat tvrzení v nálezech k povinnému členství lékařů v České lékařské komoře nebo k hospodaření veřejných neziskových nemocnic, že práva na život a zdraví (čl. 6 odst. 1, čl. 31 Listiny) jsou „*absolutními základními právy a hodnotami*.”⁴² Nic to nevyovídá o úrovni jejich právní ochrany.

Čtvrtý význam absolutního práva je velmi specifický, protože některým právům sice nesvědčí právní argumenty, proč by měly být absolutní, fakticky však absolutní nezbytně jsou. Mám na mysli čl. 8 odst. 2 větu druhou Listiny, podle něhož nikdo nesmí být zbaven svobody pouze pro neschopnost dostát smluvnímu závazku. Třebaže by mohlo jít pohledem ÚS o absolutní právo ve druhém významu, v kontextu Úmluvy musí jít o význam první, protože se na analogické právo v Protokolu č. 4 článku 1 Úmluvy pojmově nevztahuje výjimka podle čl. 15 odst. 1 Úmluvy (přípustka odstoupení od závazku smluvní strany v době války nebo jiného veřejného ohrožení státní existence). Těžko si představit, jak by kdy mohly mimořádné okolnosti odůvodnit derogaci tohoto práva.

³⁸ Přesto se v teorii vyskytují i názory, připisující některým právům absolutní charakter. Např. právo občana na svobodný vstup na území České republiky a nebýt nucen k opuštění své vlasti (čl. 14 odst. 4 Listiny) je prý mířeno právě na tak závažné situace, v nichž by se toto právo mohlo střetnout s jinými ústavními hodnotami (bezpečnost státu, veřejné zdraví apod.). Podle komentáře k Listině totiž čl. 14 odst. 4 „*reaguje v podobě absolutního práva (obdobnému zákazu cenzury v čl. 17 odst. 3) na neblahé historické zkušenosti s konkrétní formou porušování tohoto práva.*“ MOLEK P. Svoboda pohybu a pobytu. In: WAGNEROVÁ, E. et al. Listina základních práv a svobod, op. cit. sub 7, s. 352-363, parafrázuje tak nálezy ÚS k „eurozatykači“ (sp. zn. Pl. ÚS 66/04 ze dne 3. 5. 2006).

³⁹ Takto chápána absolutní práva „*nepodléhají (nemohou podléhat) žádným zákonným omezením*“ (z nálezu sp. zn. Pl. ÚS 18/98 ze dne 2. 6. 1999, srov. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 42/02 ze dne 26. 3. 2003, sp. zn. IV. ÚS 412/04 ze dne 7. 12. 2005 a sp. zn. III. ÚS 3457/14 ze dne 26. 4. 2016).

⁴⁰ BAROŠ, J. Způsobilsto mít práva. In: WAGNEROVÁ, E. et al. Listina základních práv a svobod, op. cit. sub 6, s. 141-6. Alternativně, David Kosař tvrdí, že ačkoli jsou některá práva v Listině formulována jako absolutní (tedy výslovně nepřipouštějí omezení), mohou být omezena při střetu s jinými základními právy (ne už veřejnými statky. KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. 17, č. 1, s. 5-6).

⁴¹ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 3, s. 74.

⁴² Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 51/06 ze dne 27. 9. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 40/06 ze dne 14. 10. 2008 a sp. zn. Pl. ÚS 11/08 ze dne 23. 9. 2008.

Každé absolutní právo Úmluvy požívá stejné ochrany v České republice jako ve smluvním státu Úmluvy.⁴³ Nejčastěji se mluví o absolutnosti zákazu mučení (čl. 3 Úmluvy).⁴⁴

Konečně **páté pojetí**, které zní poněkud truisticky (absolutní právo jako nikoli relativní), vychází z dělení Listiny na veřejná subjektivní práva (absolutní práva) a garance institucionální ochrany (relativní práva), kdy prvá mají přímý účinek a jsou zcela nezávislá na hospodářské a sociální situaci státu.⁴⁵

3.3. Nekvalifikovaná práva

Druhou skupinu tvoří práva nekvalifikovaná.⁴⁶ Nekvalifikovaná práva neobsahují v člancích, které je zakotvují, výslovné zmocnění k jejich omezení. Nikdo nesmí být mučen ani podroben krutému, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestu - tečka. Svoboda vědeckého bádání a umělecké tvorby je zaručena - tečka. Všichni účastníci jsou si v řízení rovni - tečka. Takto kategorická formulace vybízí k předčasnému výkladovému závěru blízkému interní teorii, podle kterého jde zkrátka o práva neomezenitelná, absolutní. Problém spočívá v tom, že nekompromisní ochrana nekvalifikovaných práv by podkopávala podstatu ústavy coby rámcového kompromisu mezi demokratickým principem, podřazujícím společenské otázky demokratickému diskursu a favorizujícím stanovisko většiny, a liberálním principem, vyžadujícím respekt k legitimním zájmům jednotlivce a menšin.

Model limitování počítající s nekvalifikovanými právy pak především jednak nedává žádný návod, jak vyřešit konflikty dvou nekvalifikovaných práv,⁴⁷ jednak vytlačuje specifické mimořádné okolnosti, za nichž práva veřejnému zájmu podle většiny prostě ustoupit musí (např. mučení nebezpečného teroristy), do sféry protiústavnosti. Za

⁴³ Výkladem čl. 1 odst. 2 Ústavy, čl. 112 Ústavy, čl. 1 Úmluvy. Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 36/01 ze dne 25. 6. 2002, k tzv. euronovele Ústavy.

⁴⁴ Srov. GEWIRTH, A. Are There Any Absolute Rights? *The Philosophical Quarterly*, 1981, roč. 31, č. 1; MAVRONICOLA, N. What is an 'absolute right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2012, roč. 12, č. 4.

⁴⁵ „Zatímco práva a svobody upravené v předchozích hlavách mají povahu absolutní a jako takové jsou Ústavou chráněny, práva z této hlavy jsou převážně relativní, a to v tom smyslu, že jejich rozvoj – a platí to především o právech hospodářských a sociálních – je závislý na stavu národního hospodářství a především na jeho hmotných výsledcích.“ Ze zprávy k Listině přednesené na 11. společné schůzi Sněmovny lidu a Sněmovny národů FS ČSFR dne 8. ledna 1991.

⁴⁶ Přívlastek *nekvalifikovaná* je překladem anglického výrazu *unqualified*, který je dvousečný, neboť je používán jednak v pro nás intuitivním smyslu *nedostatečná, nehodící se*, jednak ve smyslu *nezatížená výhradami či omezeními*. Právě onen druhý význam nám umožňuje odlišit nekvalifikovaná práva od kvalifikovaných, která jsou zatížená buď výhradou zákona, anebo dokonce taxativním výčtem důvodů, pro které je možné právo omezit. Termín *nekvalifikovaná* u nás zavedl D. Kosář (Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR, op. cit. sub 39, s. 5). Alexy používá ekvivalent *ústavní práva bez omezení*, který jsem pro tuto klasifikaci nezvolil jednoduše proto, že je delší a přitom označuje to stejné. ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 3, s. 71-9.

⁴⁷ Při projednávání Listiny se zvažovala otázka, jestli u práv a svobod neomezenitelných veřejnými statky (např. čl. 15 odst. 2) výslovně uvést možnost omezení jinými základními právy a svobodami. Nakonec to bylo vyhodnoceno jako nadbytečné. Viz FILIP, J. Některé otázky vztahu konkretizace a omezení, op. cit. sub 27, s. 585.

takových okolností musel Ústavní soud absolutnost nekvalifikovaných práv - podobně jako zahraniční soudy⁴⁸ - překlenout výkladem.⁴⁹

Nekvalifikovaná práva jsou podle ÚS předmětem tzv. ústavně imanentních omezení (náleží *Svědkové Jehovovi*).⁵⁰ Zákon tato práva nemůže „omezit z jiných důvodů, než pro kolizi se základním právem jiného nebo pro kolizi s jiným ústavním pořádkem chráněným právním statkem.“⁵¹ Co je ústavním pořádkem chráněným právním statkem, soud ani komentující literatura nerozvádí. To navozuje dojem, že do této kategorie spadají všechny jakkoliv chráněné právní statky, jako třeba přírodní zdroje (čl. 7 Ústavy), vyučování náboženství na státních školách (čl. 16 odst. 3), stejně jako všechny veřejné zájmy subsumovatelné pod legitimní cíle v limitačních klauzulích (např. veřejná bezpečnost podle čl. 17 odst. 4). Cílem této podkapitoly bude poukázat jednak na abnormalitu, s jakou se u nás doktrína ústavně imanentních omezení vyvinula, a jednak na neadekvátnost výkladových závěrů, které jsou s ní spojeny.

Nález ve věci *Svědkové Jehovovi* zpravodajky Elišky Wagnerové, kde se o ústavně imanentních omezeních poprvé hovoří, nebyl prvním, kde měl ÚS co dočinění s nekvalifikovanými právy.⁵² Soudkyně Wagnerová totiž navazovala na Pavla Holländera, který v nálezu *Rekognice fotografií* nejprve rozlišil „základní práva“ od „jiných ústavně chráněných hodnot“, aby následně usoudil, že „v případě kolize je nutné stanovit podmínky, za splnění kterých má prioritu jedno základní právo či svoboda, a za splnění kterých jiné, resp. určitý veřejný statek. Základní je v této souvislosti maxima, podle které základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody nebo veřejného statku.“⁵³ Odkazoval přitom na plenární nález *Vojenské byty* z roku 1996.

⁴⁸ Třeba 1. dodatek Ústavy USA zaručuje svobodu slova, tisku, shromažďovací a petiční bez možnosti omezení. Nejvyšší soud USA však judikoval, že do sféry absolutně chráněného projevu (*protected speech*) nespádají projevy spojené s podněcováním násilí, výhrůzkami, obscénním jazykem aj. Článek 56 odst. 3 Ústavy Ruské federace z 12. prosince 1993 obsahuje katalog práv, jejichž omezení je explicitně vyloučeno. To Ústavnímu soudu Ruské federace nebránilo absolutnost některých práv překlenout (SADURSKI, W. *Rights before courts: a study of constitutional courts in postcommunist states of central and eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 410.) Podle etablované doktríny implicitních omezení ESRP mohou být i nekvalifikovaná práva v Úmluvě předmětem četných omezení. KOSAŘ, D., BOBEK, M. Omezení práv a svobod zaručených v Úmluvě. In: KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J a, BOBEK, M.. *Evropská úmluva o lidských právech*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, s. 136-139.

⁴⁹ “*Constitution’s silence regarding limitation clauses (general or specific) does not render the constitutional rights absolute, for it is open to the courts to read-in a limitation provision.*“ BARAK, A. *Proportionality*, op. cit. sub 1, s. 135.

⁵⁰ Nález sp. zn. I. ÚS 671/01 ze dne 11. 3. 2003 ve věci *Svědkové Jehovovi* se týkal kolize normy ukládající povinnou vojenskou službu se svobodou svědomí stěžovatele. Konkrétně je v něm řečeno, že „při zvažování, zda se v případě takového konfliktu právní normy s konkrétně uplatňovanou svobodou svědomí má prosadit posléze jmenovaná svoboda svědomí, je třeba zvážit, zda by takové rozhodnutí nezasáhlo do základních práv třetích osob, anebo zda prosazení svobody svědomí nebrání jiné hodnoty či principy obsažené v ústavním pořádku České republiky jako celku (ústavně imanentní omezení základních práv a svobod V této práci jsem na ústavně imanentní omezení narazil v kontextu bezprostředního vymezení základního práva coby jedné z forem vymezení.

⁵¹ WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 6, s. 23-8; BARTOŇ, M. et al. *Základní práva*, op. cit. sub 26, s 87-9.

⁵² Nález je evidentně inspirovaný německým pilotním rozhodnutím k výhradě svědomí s č. BVerfGE 28, 243 (s. 261).

⁵³ Nález sp. zn. III. ÚS 256/01 ze dne 21. 3. 2002, bod VII./d.

V něm tentýž soudce zpravodaj s odvoláním na nálezu *Anonymní svědek I* uzavřel, že „k omezení základního práva nebo svobody v demokratickém právním státě může dojít ve dvou případech. V případě kolize s jiným základním právem či svobodou nebo s jinou ústavně chráněnou hodnotou, jež nemá povahu základního práva a svobody (veřejný statek).“⁵⁴ To však obsahem pilotního plenárního nálezu *Anonymní svědek I* z roku 1994, jehož byl Pavel Holländer rovněž soudcem zpravodajem, **nebylo**.

Naopak, Ústavní soud zde judikoval, že „k omezení základních práv či svobod, i když jejich ústavní úprava omezení nepředpokládá, může dojít v případě jejich kolize“, přičemž „základní je v této souvislosti maxima, podle které **základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody**.“⁵⁵ Nálezu *Anonymní svědek I* byl postaven na střetu dvou (skupin) základních práv: práva na ochranu soukromí na jedné straně a práva na obhajobu v rámci principu spravedlivého trestního procesu na straně druhé. Přicházel-li někdy při řešení problematiky anonymního svědka ke slovu veřejný zájem, stál tento spíše na straně stěžovatele, hájícího svá práva obviněného v trestním řízení, než na straně hypotetického anonymního svědka, jehož soukromí se zákonodárce pokoušel šetřit.

Co začalo jako omezitelnost základními právy třetích osob (jejichž katalog je uzavřený), se tak objevuje jako omezitelnost jak právy, tak veřejnými statky. Domnívám se, že pro pochopení příčiny, která k této zásadní koncepční změně vedla, je potřeba zaměřit se na povahu práv stěžovatelů, do nichž mělo (či nemělo) být v obou případech zasaženo. V rané kauze *Anonymní svědek I*. šlo především o **právo na obhajobu** podle čl. 40 odst. 3 Listiny, jehož jádro bylo (alespoň podle tehdejšího stavu judikatury ÚS) i s ohledem na dosud nezahojené rány českému soudnictví z dob komunistického režimu chápáno takřka v absolutní rovině. Naopak v kauze *Vojenské byty* bylo předmětem řízení **vlastnické právo** města Kroměříž, které mělo být omezeno zákonem z důvodu veřejného zájmu v souladu s čl. 11 odst. 3 Listiny.

Když se však před soudce Holländera dostal další analyzovaný případ, *Rekognice fotografií*, kde stěžovatelé argumentovali svým právem na ochranu osobnosti podle čl. 10 odst. 1 Listiny, soudce Holländer se vrací ke koncepci z nálezu *Vojenské byty*, vztahující se k zákonem omezitelnému vlastnickému právu, namísto koncepce z nálezu *Anonymní svědek I*, zamýšlenou pro Listinou vysoce ceněná nekvalifikovaná práva. Vzhledem k zamítnutí ústavní stížnosti Ústavním soudem na základě závěru, že soudy v rozhodované věci „*nevybočily z kautel, jež na ni klade princip proporcionality*“, je proto zcela legitimní ptát se, **zda by Ústavní soud došel ke stejnému řešení, kdyby ctil strukturální odlišnosti jednotlivých článků Listiny plynoucí z nálezů *Anonymní svědek I* a *Vojenské byty***. Jinými slovy, byl by v kauze *Rekognice fotografií* zásah do práv stěžovatelů podle čl. 10 odst. 1 Listiny ospravedlnitelný v situaci, kdy by muselo být právo na zachování lidské důstojnosti, osobní cti, dobré pověsti a ochrany jména člověka vyváženo toliko kolidujícím základním právem nebo svobodou (a ne veřejným zájmem)? Tento ústavní anachronismus je o to zajímavější, že jej lze vysledovat v nápadu jediného ústavního soudce a nikoli ve vyvíjící se judikatuře jednotlivých senátů Ústavního soudu

⁵⁴ Nálezu sp. zn. Pl. ÚS 15/96 ze dne 9. 10. 1996.

⁵⁵ Nálezu sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994, část II.a/.

jako celku. Uvedený doktrinární posun se neobešel bez následků. Když se o pět měsíců později dostal k ÚS obdobný případ, odkázal *V. Klokočka* ve svém odmítavém usnesení na nálezy *Anonymní svědek I* ve znění převzatém z nálezu ve věci *Vojenské byty*.⁵⁶

Navazující judikaturu Ústavního soudu lze charakterizovat jako oscilující. Ke koncepci uvedené v nálezu *Anonymní svědek* se ÚS ještě několikrát vrátil.⁵⁷ Tak tomu bylo už v roce 1999, kdy zamítl ústavní stížnost neúspěšného žadatele o zbrojní průkaz.⁵⁸ Ochrana jeho dobré pověsti byla vyvažována se základním právem na život všech občanů. K *Vojenským bytům* se ÚS vrátil např. v plenárním nálezu z roku 2003 k závaznosti kolektivních smluv vyššího stupně pro nečleny organizace zaměstnavatelů⁵⁹ nebo ve dvou pozdějších senátních nálezech k restitucím.⁶⁰

Série rozhodnutí Ústavního soudu z let 2003 až 2009, v nichž se nálezy *Anonymní svědek I* a *Vojenské byty* sbíhají do nového pojetí, nazývaného „ústavně imanentní omezení“ mají dva společné jmenovatele - tím prvním je soudkyně Eliška Wagnerová, tím druhým úspěch stěžovatele. Když se soudkyně Vlasta Formánková obrací v roce 2011 k prejudikatuře v souvislosti s omezením svéprávnosti fyzických osob (a tedy i k teorii imanentních omezení základních práv), je už Eliška Wagnerová na samém sklonku svého funkčního období. Její přístup už lze považovat za etablovanou doktrínu v judikatuře ÚS.⁶¹

Vývoj doktríny ústavních omezení je tedy opředen patrnou nekonzistencí. To ale ještě nic nenasvědčuje o její opodstatněnosti, kterou je třeba vyhodnotit v kontextu celého modelu limitování. V následující podkapitole pojednávající o kvalifikovaných právech, budou práva připouštějící možnost omezení rozdělena na práva s kvalifikovanou výhradou zákona a práva s prostou výhradou zákona. Podstatné je, že první skupinu práv lze v souladu s limitačními klauzulemi Listiny omezit pouze z důvodu sledování uzavřeného výčtu legitimních cílů (veřejný pořádek, bezpečnost státu atd.), zatímco ve druhé skupině postačí legitimní cíl kterýkoli. Nabízí se otázka: připouští kategorie

⁵⁶ Usnesení sp. zn. I. ÚS 625/01 ze dne 27. 8. 2002, část II.

⁵⁷ Na *Anonymního svědka I* navázaly nálezy sp. zn. IV. ÚS 37/01 ze dne 22. 10. 2001, sp. zn. III. ÚS 499/04 ze dne 9. 2. 2006 a sp. zn. I. ÚS 481/04 ze dne 3. 10. 2006 (N 173/43 SbNU 3). Dále viz nálezy k použití záznamů telefonických hovorů jako důkazních prostředků (sp. zn. I. ÚS 191/05 ze dne 13. 9. 2006).

⁵⁸ Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 16/98 ze dne 17. 2. 1999 (N 25/13 SbNU 177; 68/1999 Sb.) s populárním názvem *Právo vlastnit zbraň*. Policejní orgány a soudy se v kauze opřely o ustanovení zákona o střelných zbraních, podle něhož se za bezúhonnou nepovažovala osoba po dobu deset let od pravomocného odsouzení nebo od ukončení výkonu trestu odnětí svobody v případě, že byl trest uložen. Stěžovatel byl však v roce 1991 uznán vinným ze spáchání trestného činu zneužívání pravomoci veřejného činitele a odsouzen k peněžitému trestu 2.000 Kč. ÚS ve věci spatřoval kolizi základního práva na lidskou důstojnost, osobní čest, dobrou pověst a ochranu jména (čl. 10 odst. 1) se základním právem na život (čl. 6 odst. 1 a 2) a případně dalšími základními právy, jež by mohla být porušena použitím střelných zbraní. Protože základní právo nebo svobodu je možné omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody a protože tato kolidující práva a svobody v předmětné kauze převážila nad stěžovatelovým nárokem, Ústavní soud jeho ústavní stížnost zamítl.

⁵⁹ Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 40/02 ze dne 11. 6. 2003 (N 88/30 SbNU 327; 199/2003 Sb.), zpravodajem Pavel Holländer.

⁶⁰ Nálezy sp. zn. I. ÚS 581/14 ze dne 1. 7. 2014 (N 134/74 SbNU 35) a sp. zn. II. ÚS 536/14 ze dne 21. 1. 2015 (N 11/76 SbNU 153).

⁶¹ Nálezy sp. zn. II. ÚS 934/16 ze dne 13. 12. 2016, sp. zn. I. ÚS 2903/14 ze dne 12. 5. 2015 (N 94/77 SbNU 377) nebo sp. zn. Pl. ÚS 3/14 ze dne 20. 12. 2016 (73/2017 Sb.).

ústavně imanentních omezení i legitimní cíle omezující práva s KVZ? Proč by nepřipouštěla? A pokud připouští, neznamená to, že nekvalifikovaná práva jsou omezitelná z většího množství důvodů než práva s KVZ? A nedělá je to slabšími, přestože je ústavodárce komponoval jako *a priori* neomezitelná? Konečně, uvážíme-li abstraktní formulaci legitimních cílů omezení, pod něž lze subsumovat velmi široký počet politik,⁶² nestírá se tím rozdíl mezi nekvalifikovanými právy a právy s PVZ, které kategorii legitimních cílů nezužují vůbec?⁶³

Lze namítnout, že doktrína ústavě imanentních omezení poskytuje zákonodárci větší manévrovací prostor, který je kontrolován Ústavním soudem. Na druhou stranu, takový přístup může popírat úmysl ústavodárce, který chtěl jednotlivá základní práva odlišit nikoli intenzitou ústavního přezkumu, nýbrž kritérii omezení. V tomto ohledu formulace nekvalifikovaných práv představují silný impuls vyhybat se jejich omezením, stejně jako limitační klauzule představují silný impuls vyhybat se všem důvodům jejich omezení s výjimkou několika taxativně vypočtených.

Nutno přiznat, že všechny tyto pochyby vznikají až teprve po opuštění maximy v nálezu *Anonymní svědek I*, kde prostá úvaha ÚS vedla k jednoduchému pravidlu: základní právo lze omezit jen jiným základním právem.⁶⁴ Jeho přijetí nás však vrací na začátek problému: k absolutní dimenzi základních práv. Model limitování, který nepřipouští omezení základních práv ani v případě extrémně silných veřejných zájmů,⁶⁵ je model neúčinný, chce se říct nespravedlivý. V takovém případě by mohlo být ideálním řešením přijetí ústavního zákona, které je nejpřímočarejším a nejtransparentnějším způsobem změny skutkové podstaty základního práva. Zároveň způsobem obvykle nejsložitějším.

K úvaze se nabízí dvě z metod interní teorie popisované v první kapitole. Jmenovitě, pomocí metody subsumovatelnosti bychom mohli vyloučit z dosahu ústavní normy (nekvalifikovaného práva) ty pozice, které jsou neslučitelné s povahou základních práv coby definitivních požadavků spravedlnosti. Jinými slovy, i u nekvalifikovaných práv existují meze toho, co pod ně můžeme podřadit - např. zcela amorální nároky nebo triviální zájmy. Problém vyzdvižený v kapitole č. 1.1 je, že tzv. práh subsumovatelnosti dosud nebyl stanoven.

Druhá metoda vychází z teze kompletnosti, jež navrhuje modifikovat definici základního práva zákonem tam, kde to ústava předpokládá (viz kapitolu 2). Může být argumentováno, že přestože to ústava nepředpokládá explicitně, střet ústavních hodnot

⁶² Viz oddíly 3.4.2 a 3.4.3.

⁶³ KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR, op. cit. sub 39, s. 6. Krom toho, ÚS dosud nejudikoval, že by byl test proporcionality zásahu do nekvalifikovaných práv intenzivnější než v případě omezení práv kvalifikovaných (*ibid*, s. 8).

⁶⁴ David Kosař nachází důvody pro udržení pravidla v *Anonymním svědkovi I* ve výkladu čl. 4 odst. 4 Listiny, který je podle něj speciální limitační klauzulí, vztahující se jen k těm základním právům, u nichž se explicitně připouští možnost omezení. Úvodní slova čl. 4 odst. 4 „při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod“ podle něj musí být čtena jako obdoba čl. 19 odst. 2 GG: „pokud Základní zákon umožňuje omezit základní právo...“ Protože na ostatní práva se toto aplikační vodítko nevztahuje, není pro možnost jejich omezení žádný ústavní základ (*ibid*, s. 5).

⁶⁵ Koneckonců, ani slavný obhájce deontologického pojetí práv Ronald Dworkin netvrdil, že za zvláště naléhavých okolností práva omezit nelze.

může být řešen kolizními pravidly v zákonech. Tím ale přestáváme být věrní strukturálním odlišnostem Listiny, protože racionální ústavodárce by s pomocí omezujících klauzulí nebo příkazů legální ochrany nerozlišoval mezi nekvalifikovanými, kvalifikovanými a vymezitelnými právy, aniž by pro ně zároveň nechtěl odlišné podmínky limitování.

Docházím k závěru, že k současné koncepci nekvalifikovaných práv neexistuje alternativa. Ústavodárce sice odlišil práva nekvalifikovaná od práv kvalifikovaných, nemohl tím však sledovat zúžení podmínek o důvod veřejného zájmu, protože by tím vytvořil pro veškerou deliberaci o omezení nekvalifikovaných práv veřejným zájmem podmínku ústavní většiny, což by systém paralyzovalo a deliberaci přesunulo volně do rukou Ústavního soudu. Ústavodárce zamýšlel vyjádřit vysokou hodnotu nekvalifikovaných práv vyloučením prosazení jiných omezení než těch ústavně imanentních. Nedostatečná konceptualizace legitimních cílů je tudíž problém vedoucí k umělému rozšiřování podmínek omezení, avšak nepředstavující systémovou překážku k udržení stávající doktríny.

Proto shrnuji, že Listinou garantovaná základní práva, u nichž není uvedena možnost omezení zákonem, nebo-li nekvalifikovaná práva, lze omezit pro jejich střet s jinými základními právy nebo s jinými ústavním pořádkem chráněnými právními statky. Přístup Ústavního soudu byl zpočátku nejasný, protože nejprve v nálezu *Anonymní svědek I* o omezení ústavně chráněnými právními statky neuvažoval, posléze je doplnil v nálezu *Vojenské byty*. V navazující judikatuře osciloval přístup Ústavního soudu mezi koncepcí zavedenou v nálezu *Anonymní svědek I* a koncepcí obsaženou v nálezu *Vojenské byty*, resp. v její „germanizované“ podobě v nálezu *Svědkové Jehovovi* (doktrína ústavně imanentních omezení základních práv, *Verfassungsimmanente Schranken*). Doktrína ústavně imanentních omezení se nakonec prosadila. Přestože je o tomto posunu možné uvažovat jako o snížení substantivní úrovně ochrany lidských práv, výsledný právní stav se jeví jako nejvhodnější, protože nejlépe balancuje demokratický a liberální princip, aniž by se zcela odloučila od úmyslu ústavodárce a aniž by se zcela odloučila od reality.

3.4. Kvalifikovaná práva

Kvalifikovaná práva jsou základní práva, u nichž se výslovně připouští možnost omezení.⁶⁶ Jako takovým se jim dostává vyšší ochrany než většině sociálních práv, která se tvoří teprve na podústavní úrovni, avšak nižší ochrany než nekvalifikovaným právům, která takto zatížená nejsou. Jejich formulacemi rezonuje úmysl ústavodárce zakotvit široké základní právo, které lze jen výjimečně za specifických podmínek omezit. Protože ÚS nerozlišuje mezi vymezováním a omezováním, kvalifikovaná jsou pro něj vlastně všechna práva, která nejsou nekvalifikovaná.⁶⁷

Množina kvalifikovaných práv v pojetí předložené práce je sice užší, přesto stále velmi signifikantní a rozpadá se do třech oblastí zájmu: kvalifikovaná práva s prostou

⁶⁶ Přívlastek kvalifikovaná používá zejména zahraniční literatura (*unqualified rights*), u nás např. David Kosař, který tím ale na rozdíl ode mě rozumí práva s vlastními limitačními klauzulemi. KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR, op. cit. sub 39.

⁶⁷ Připomínám, že při rozlišování omezování a vymezování postrádá smysl hovořit o omezování zákonem vymezitelných práv, protože zákonodárce nemůže efektivně vázat sám sebe.

výhradou zákona (3.4.1), kvalifikovaná práva s kvalifikovanou výhradou zákona (3.4.2) a problematika ochrany práv a svobod druhých (3.4.3). Co je odlišuje a podmiňuje jejich kategorizaci je v první řadě jejich různá teleologie.⁶⁸ Shodně mohou být vymezeny formou bezprostředního vymezení i ústavně imanentních omezení (vymezení); jejich články pro ně odvozené ústavní normy nepředpokládají. Jejich omezení musí být v souladu s čl. 4 Listiny.⁶⁹

3.4.1. Prostá výhrada zákona

V některých člancích Listiny ústavodárce předvídá omezitelnost zákonem, aniž by jmenoval přípustné důvody omezení, a zároveň je zřejmé, že nejde o jeden ze způsobů vymezení (kapitola 2).⁷⁰ Takto je podle čl. 7 odst. 1 Listiny nedotknutelnost osoby a jejího soukromí zaručena. Potud by šlo o nekvalifikované právo, protože chybí výslovné zmocnění k omezení. Věta druhá praví, že omezena může být jen v případech stanovených zákonem. Tato strategie se níže označuje jako prostá výhrada zákona (dále také „PVZ”),⁷¹ protože nestanoví kromě formálních podmínek žádné materiální podmínky (kvalifikace) omezení.

Základní práva, která sem spadají, se těší relativně slabé míře ústavní ochrany (přestože ne tak slabé jako práva zákonem vymezitelná)⁷² a prosazují se v závislosti na přisnosti testu, jimiž je přípustnost zásahu posuzována. Může-li totiž Parlament tato práva ústavně konformně omezit s poukazem na libovolný, alespoň minimálně obhajitelný účel (kupř. vyrovnanost státního rozpočtu), bude na Ústavním soudu a striktnosti jeho přezkumu, zda práva v konkrétním případě převáží, či nikoliv.

Tato podkapitola si klade za cíl odpovědět na následující krátkou otázku: Jaké podmínky omezení stanoví Listina pro práva s PVZ a čím se tedy liší od vymezování práv? Tím vlastně presumuji, že se nějak liší a že jsme schopni to z Listiny rozumně dovodit. Stejně tak by se ale dalo rezignovat na nějaký „jednotný ucelený systém omezení základních práv”, i proto že „povaha každého základního práva vyžaduje jinou argumentaci (např. možnost omezení práva na osobní čest aplikací teorie sfér – nález IV.

⁶⁸ WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 124 an.

⁶⁹ Zvláštní výkladový posunul se v tomto kontextu odehrál na Slovensku. Zatímco ještě v roce 1997 hovořil prof. Drgonec o privilegované ústavní ochraně práv s dalšími podmínkami omezení vedle těch všeobecných v čl. 13 (obdobě našeho čl. 4) slovenské Ústavy (ústavní zákon č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky), v komentáři z roku 2015 argumentuje, že základní práva se speciálními limitačními klauzulemi se zaručují s možností omezení v režimu *lex specialis*, protože „účelem speciálních klauzulí je poskytnutí zvýšené ochrany a ne rozšíření příčin pro omezení základního práva.“ Nevím o tom, že by byly limitační klauzule v naší Listiny někým takto vykládány. DRGONEC, J. *Základné práva a slobody podľa Ústavy Slovenskej republiky*. Sv. I. Bratislava: Manz, 1997, s. 51; DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky: teória a prax*. Bratislava: C.H. Beck, 2015, s. 395

⁷⁰ Lze připomenout, že u žádného z typů omezení nedochází k posunu hranice ochrany základního práva.

⁷¹ K rozlišování prosté a kvalifikované výhrady zákona viz podkapitolu 3.4.

⁷² Srov. RAO, N. On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law. *Columbia Journal of European Law*, 2008, roč. 14, s. 229.

ÚS 23/05 [...]).”⁷³ Pokud presumuji proveditelnost kategorizace základních práv podle režimu ochrany, nevede mě jen čiré nadšení pro vědeckou metodu, ale i přesvědčení, že výklad Listiny není a nemůže být „holubník argumentací”. Existují v ní totiž vodítka, která dosud byla z toho či onoho důvodu přehlížena ve prospěch flexibilnějšího přístupu. O jaká vodítka tedy jde?

Vyjděme z toho, že u všech práv se uplatní obecné podmínky omezení shrnuté v podkapitole 3.1. Z absence výčtu důvodů omezení jistě nelze dovodit, že omezení nemusí žádný legitimní cíl sledovat, a může být tudíž svévolné.⁷⁴ Takové omezení základního práva by bylo vždy protiústavní.⁷⁵ Komentář k Listině, v němž se mezi vymezením a omezením nerozlišuje, přiznává zákonodárci široký prostor pro úvahu, z jakých důvodů tato práva omezí.⁷⁶ Eliška Wagnerová zde ale s prostou výhradou zákona spojuje nejen volný výběr účelu, ale i nezávislost na ústavně imanentních omezeních.⁷⁷ Jinými slovy, zákon při omezení práva podle ní není vázán ničím jiným než spodní mezí omezení v čl. 4 odst. 4 Listiny. Zachování příkazu v čl. 4 odst. 4 Listiny se pak posuzuje testy proporcionality nebo racionality podle toho, o jaký typ práva jde. Někteří právníci však poukazují na nekonzistenci, s jakou ÚS mezi oběma testy vybírá.⁷⁸ Myslím, že to nasvědčuje tomu, že poukaz na čl. 4 odst. 4 Listiny jako základ pro odlišení obou režimů ochrany nestačí a že je potřeba hermeneutického obratu od výkladu Listiny podle těkavé metody její aplikace k výkladu Listiny podle jejího kodifikovaného obsahu.

Jak bylo uvedeno výše, typy kvalifikovaných práv se od sebe liší svými různými teleologiemi. Stejně se odlišují i práva s PVZ od práv zákonem vymezených. V pozadí PVZ nestojí pokyn zákonodárci *dotvořit* v minimálním rozsahu stanovená základní práva, nýbrž pokyn *dodržovat* široce pojatá základní práva a omezovat je jen za formalizovaných podmínek, které si sám určí.⁷⁹ Nositel práva se nedomáhá, aby stát přijal určitá opatření za účelem minimální garance jeho ústavně garantovaného práva, ale aby dodržoval jeho široce zakotvené ústavní právo, které může omezit pouze zákonem

⁷³ WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 23 an.

⁷⁴ “The problem with constitutional rights norms with simple limitations is that, taken literally, they seem to guarantee too little [...] If one takes the text literally, constitutional rights with simple limitations become meaningless beyond their essential core, at any rate as against the legislature. This cannot be right, as the obligation of the legislature to respect constitutional rights in article 1 (3) Basic Law shows. To the extent that a legislature can limit a constitutional right at will, it is not bound by it.” ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 3, s. 76.

⁷⁵ BARTOŇ, M. et al. *Základní práva*, op. cit. sub 6, s. 89.

⁷⁶ WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 124 an.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ VYHNÁNEK, L. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, č. 3; KOPA, M. Když Ústavní soud vaří. *Jiné Právo* [online]. 15. 3. 2015 [cit. 20-11-17]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.co.uk/2015/03/kdyz-ustavni-soud-vari.html>.

⁷⁹ Uvažme příklad k čl. 7 odst. 1 Listiny: pokud by Parlament formálně bezvadným zákonem stanovil třeba to, že každý občan může bez souhlasu pořizovat audiovizuální záznam jiného, jednalo by se o vymezení základního práva? Domnívám se, že nejednalo, protože jazykový a systematický výklad Listiny nevede k závěru, že stanovení obsahu a rozsahu tohoto právu náleží zákonu. Tudíž by šlo o omezení základního práva veřejným zájmem, které by bylo posuzováno testem proporcionality.

s dodržáním principu proporcionality.⁸⁰ Práva s PVZ představují skupinu práv, jejichž skutková podstata není svěřená zákonodárci; státu je dovoleno z nich proporcionalně „ukrojoovat“ při výkonu moci. Slovy Ladislava Vyhnánka u nich najdeme *bod nulového zásahu*, od něhož se odvíjí posouzení intenzity zásahu a existence alternativního postupu.⁸¹

Kromě práva na osobní nedotknutelnost lze zmínit omezení v čl. 8 odst. 2 až 5 Listiny a tzv. vnější omezení vlastnického práva podle čl. 11 odst. 4 Listiny. Listina stanoví: zásadně každý má právo vlastnit majetek (čl. 11 odst. 1), ale vyvlastnění nebo nucené omezení vlastnického práva je možné ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu. Způsoby a důvody omezení vlastnického práva, která nacházíme napříč veřejnoprávními předpisy, jsou příkladem využití prosté výhrady zákona, kdy podmínky veřejného zájmu a náhrady jsou spíše formálního charakteru.

Práva s PVZ každopádně nelze klást na roveň s nekvalifikovanými právy, u nichž jiná než ústavně imanentní omezení (vymezení) přípustná nejsou.⁸²

3.4.2. Kvalifikovaná výhrada zákona (teorie legitimních cílů)

Základní práva s kvalifikovanou výhradou zákona (dále také „KVZ“) obsahují speciální (individuální) omezující klauzuli s taxativním výčtem důvodů omezení.⁸³ Ústavodárce jim sice nepřisuzuje tak vysokou míru ochrany jako právům nekvalifikovaným, avšak připouští, že existuje uzavřený výčet důvodů (účelů, cílů), které se mohou v kolizi s kvalifikovanými právy prosadit. Na omezující zákony to klade požadavek, aby byly *„úzce propojeny s konkrétní situací, aby sloužily Listinou stanoveným účelům, resp. aby byly použity jen určité prostředky.“*⁸⁴ Z toho plyne, že na rozdíl od prosté výhrady zákona není ona legitimita legitimního cíle, pro který má být právo zasaženo, předmětem hodnotové úvahy, ale sumsumpce.

⁸⁰ Srov. náleží sp. zn. III. ÚS 2253/13 ze dne 9. 1. 2014 (N 3/72 SbNU 41), body 15-16, kde Ústavní soud rozlišuje mezi negativním závazkem nezasahovat do tělesné integrity a přijetí pozitivních opatření k ochraně zdraví.

⁸¹ VYHNÁNEK, L. Proporcionalně či jinak?, op. cit. sub 86, s. 209.

⁸² Na rozdíl od toho, co tvrdí Tomáš Langášek in LANGÁŠEK, T. Nedotknutelnost osoby a zákaz mučení. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 186 an.

⁸³ Terminologická poznámka: „legitimní cíl“, „důvod“ nebo „účel omezení“ budu používat shodně pro materiální podmínky omezení dané v limitačních klauzulích. Dělí se na veřejné zájmy (např. mravnost) a práva a svobody druhých. Takže kdykoli hovořím o legitimním cíli, mám na mysli i veřejný zájem. Legitimní cíle někdy nazývám účely omezení, protože účely jsou pohnutkami činností k dosažení cílů, takže jsou to vlastně dvě strany téže mince. Dále budu rozlišovat mezi veřejnými zájmy coby součástmi ústavních norem a (konkrétními) veřejnými zájmy coby skutečnostmi. Konkrétní veřejné zájmy jsou skutečnosti deklarované při omezení základního práva, které buď lze, nebo nelze subsumovat pod některý z veřejných zájmů podle Listiny (lze např. ochrana rybníka Svět:ochrana přírody; nelze např. ochrana politiků před kritikou:ochrana veřejného pořádku).

⁸⁴ WAGNEROVÁ, E. Limity omezování základních práv. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 124 an; Srov. s nálezem SÚS SRN se sp. zn. BVerfGE 32, 54 (s. 75), kde soud hovoří o systému omezení, který byl pečlivě nastaven podle povahy každého individuálního základního práva.

Povaha a počet kvalifikovaných práv v daném lidskoprávním katalogu se odvíjí od tvůrcem zvoleného modelu limitování základních práv.⁸⁵ Předložená práce vychází z teze, že česká Listina obsahuje jednu generální omezující klauzuli (čl. 4 Listiny) a několik dalších omezujících klauzulí speciálních, které aplikaci generální klauzule nevylučují.⁸⁶ Podmínky omezení se koncentrují převážně do speciálních klauzulí, které budou v centru zájmu této podkapitoly.

Speciální omezující klauzule se nachází u celkem 7 článků Listiny. Každá stanoví legitimní cíle omezení, kterými mohou být buď veřejné zájmy, nebo práva a svobody druhých.⁸⁷ S ohledem na bohatou odbornou literaturu ke skutkovým podstatám základních práv a metodologii Ústavního soudu je s podivem, že u nás dosud neexistuje komplexní analýza legitimních cílů, z níž by bylo patrné, kvůli čemu základní práva vlastně omezujeme. Jinými slovy, vedle teorie základních práv chybí teorie legitimních cílů.⁸⁸

Jak si to vysvětlit? Předně je třeba zvážit, jestli jsou legitimní cíle vůbec způsobilé teoretického zpracování, a pokud ano, tak jakého. Lze argumentovat, že možnosti analytické jurisprudence jsou zde limitované, protože legitimním cílům chybí zřetelná regulační funkce obvyklá u právních pravidel, tj. určení závazného pravidla chování, pro které bychom je mohli vystavit právním interpretačním metodám.⁸⁹ Avšak chápeme-li je jako součásti ústavních norem aplikovaných ve správních a soudních rozhodnutích, musí se projevovat jako sociální fakta v širším smyslu, které lze studovat empirickou metodou. Navíc, s legitimními cíli jako *law in action* lze dále nakládat při normativních úvahách o právu.

⁸⁵ Zatímco některé dokumenty jsou založené na jediné generální omezující klauzuli (čl. 29 odst. 2 VDLP, článek A-1 kanadské *Listiny práv*, čl. 36 Ústavy Jihoafrické Republiky), jiné naopak preferují řadu speciálních omezujících klauzulí před jedinou generální (případ Úmluvy). Podle Wojciecha Sadurskiho jsou ve střední a východní Evropě 1) ústavy bez generální omezující klauzule, ale se specifickými omezujícími klauzulemi pro jednotlivá základní práva, (2) ústavy, kde se generální omezující klauzule vztahuje na všechna základní práva, která omezení výslovně předpokládají, a (3) ústavy s generálními omezujícími klauzulemi, které se použijí pro všechna základní práva. (SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 48, kap. 10). Příkladem druhé kategorie je německý GG, konkrétně jeho čl. 19 odst. 2 (ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 3, s. 70). Příkladem třetí je slovenský katalog práv, který obsahuje generální klauzuli a vedle ní další speciální (DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky*, op. cit. sub 18, s. 291). Některé kombinované modely dokonce obsahují speciální omezující klauzule, které jsou ve vztahu speciality ke generální klauzuli - např. Ústava Chorvatska (viz čl. 16, čl. 50; SMERDEL, B. *Ustavno uređenje europske Hrvatske*. Zagreb: Narodne novine d.d., 2013, s. 303-306.

⁸⁶ Alternativní výklad koncipovaný Davidem Kosařem byl popsán v sub 64. Spočívá na tvrzení, že maxima v čl. 4 odst. 4 se použije pouze v případech, kde Listina limitování předvídá. Protože o užitečnosti tohoto restriktivního výkladu nejsem přesvědčen (podstatu a smysl základních práv je podle mě potřeba šetřit i v ostatních situacích - např. při kolizi nekvalifikovaných práv), podržím se širšího výkladu čl. 4 odst. 4.

⁸⁷ Např. čl. 16 odst. 4 Listiny stanoví, že výkon náboženských práv může být omezen zákonem, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu veřejné bezpečnosti a pořádku, zdraví a mravnosti nebo práv a svobod druhých.

⁸⁸ "While we are familiar with the idea that there are different theories about rights, we sometimes pay little attention to the fact that there are also different theories about the concept of public interest." TSAKYRIKIS, S. Proportionality: An Assault on Human Rights? *I•CON*, 2009, roč. 7, č. 3, s. 481.

⁸⁹ Teprve v kontextu interní teorie, která tiskne všechny normativní úvahy už do ústavního textu, by byla situace odlišná.

Dále lze tvrdit, že teorie legitimních cílů je sice možná, ale ne potřebná; že teorie práv postačí. To by platilo v rámci interní teorie, která všechna představitelná omezení zahrnuje *a priori* do skutkové podstaty práv, redukuje tak základní práva na minimalistická a absolutní. Externalista ale musí vysvětlit, proč ten který zájem (cíl, účel) spadá pod ten který legitimní cíl, jinak by byly jeho vážící komponenty nekompletní. Pokud by byly všechny cíle v dané množině legitimní, nedává smysl o legitimitě hovořit. Teorie legitimních cílů je tedy potřebná, protože deklarované cíle identifikuje a verifikuje jako legitimní.

Teorie legitimních cílů: obecná část

Ontologie legitimního cíle je úzce propojená s ontologií lidských práv. Lidská práva jsou moderním konceptem vycházejícím z osvícenské politické filozofie soustředující zdroj státní moci do rukou lidu a nikoli panovníka. Panovník (příp. vláda) vytváří určité politiky, které se realizují v konkrétních *rozhodnutích*. Má-li být základní právo coby kodifikované lidské právo rozhodnutím státu omezeno, chceme kontrolovat *jak a proč*. Už v Deklaraci práv člověka a občana nacházíme takové substantivní podmínky omezení základních práv, které vážou omezení základního práva se zvláštními důvody plynoucími z demokratického principu.⁹⁰ Jen takovýmito zvláštními důvody podpořený cíl může být *de constitutione* považován za legitimní. Pojem legitimního cíle je tudíž spojen se dvěma otázkami: zaprvé, co znamená hovořit o cíli určité politiky; zadruhé, co dělá a co nedělá cíl legitimním.⁹¹

Funkce legitimního cíle je úzce propojená s funkcí soudů s pravomocí ústavního přezkumu. Zatímco v USA figurovala v judikatuře Nejvyššího soudu již dlouho doktrína *přesvědčivých důvodů* (*compelling reasons*), mohl být v Kanadě pojem legitimního cíle operacionalizován teprve s inkorporací *Listiny práv a svobod* (*Charter of Rights and Freedoms*) v roce 1982 do ústavního pořádku a v Evropě teprve s doktrínou lidských práv a prvními funkčními ústavními soudy po 2. světové válce. S odkazem na legitimní cíle byla vedena obrana proti námitkám hodnotové sterility vážícího principu.⁹²

Právní zakotvení legitimních cílů se nachází především v omezujících klauzulích ústav a mezinárodních dokumentů, předepisujících materiální podmínky omezení. Základní premisou je, že ústavodárce zamýšlel spojit konkrétní základní práva jen s některými předvídanými důvody omezení a ne s jinými, přestože existují i konkurující teorie, hovořící o chaosu, spíše než o systému omezení (*chaos-of-limitations thesis*).⁹³

Rozhodnutí orgánů veřejné moci, ledaže jsou svévolná, sledují určitý cíl, účel, z nějakého důvodu.⁹⁴ Orgán veřejné moci, který před soudem odůvodňuje zásah do

⁹⁰ Viz čl. 4 a čl. 5 Deklarace práv člověka a občana.

⁹¹ MÖLLER, K. Proportionality: Challenging the Critics. I•CON, 2012, roč. 10, č. 3, s. 711.

⁹² MÖLLER, K. Proportionality, op. cit. sub 99, s. 716 an.

⁹³ BETTERMANN, K. A. Grenzen der Grundrechte, Berlin: de Gruyter, 1968, s. 3.

⁹⁴ Cíle někdy nazývám účely omezení, protože účely jsou pohnutkami činností k dosažení cílů (Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C.H. Beck, 2010, s. 160), takže jsou to vlastně dvě strany téže mince. Důvody jsou samozřejmě něco jiného než cíle, ale pokud je zaměřují, plyne to z inherentní racionality procesu hledání legitimního cíle; pro legitimní cíle omezení musí být v moderním státě silné důvody, silné argumenty, zájmy.

základního práva, musí soud přesvědčit, že jeho rozhodnutí sledovalo jeden z cílů předvídaných ústavou. Pak přichází první z výše uvedených otázek: co znamená hovořit o cíli určitého rozhodnutí? Cíl rozhodnutí je stav věcí, ke kterému rozhodnutí směřuje a ke kterému by stejně účinně směřovat nemohlo, kdyby plně zohledilo normativní požadavky základního práva. Aby ústavní přezkum mohl dávat smysl, musí tyto cíle souviset jak s rozhodnutími, omezujícími práva přímo, tak s rozhodnutími, omezujícími práva až v důsledku. Účel zásahu se dále posuzuje podle jeho objektivní ospravedlnitelnosti, nikoli podle úmyslu jeho autora.⁹⁵

Legitimní cíle si standardně spojujeme s veřejnými zájmy, jejichž prosazení to které rozhodnutí sleduje. Jestliže takové rozhodnutí zasáhne do základního práva, musí být přiměřené legitimnímu cíli. Někteří autoři ale upozorňují, že základní práva omezujeme také pro případ kolize s jinými základními právy, kde logiku „prostředek-cíl“ nelze použít.⁹⁶ Ostatně, omezíme-li svobodu projevu z důvodu ochrany důstojnosti, znamená to, že omezujeme s cílem chránit důstojnost? Představuje zde svoboda projevu spíše prostředek, s jehož pomocí důstojnost chráníme více či méně, anebo je to cíl sám o sobě, kterého se vzdáváme na úkor ochrany důstojnosti? Pro zjednodušení, ale s vědomím této koncepční nejasnosti, budu nadále hovořit o legitimních cílech jak u střetu právo-zájem, tak u střetu právo-právo.

Legitimní cíle a jimi dotčené články Listiny jsem pro přehlednost shrnul do Tabulky č. 3. Z přehledu je patrné, že v Listině figuruje celkem 10 cílů. Z nich 6 slouží k omezení více základních práv (A-F), zatímco 4 byly přiřazeny vždy právě k jednomu základnímu právu (G-J). Distribuce legitimních cílů odráží odpovědi ústavodárce na dvě otázky, které si při přípravě Listiny položil. Jaké legitimní cíle jsou obecně sto ospravedlnit omezení základního práva? A z jakých důvodů základní právo naopak nikdy omezit nelze?

Tabulka č. 3: Distribuce účelů omezení mezi články Listiny

účel omezení		dotčené články Listiny						
		12	14	16	17	19	20	27
A	práva a svobody druhých	x	x	x	x	x	x	x
B	veřejný pořádek	x	x	x		x	x	x
C	veřejné zdraví, zdraví (život a zdraví)	x	x	x	x	x		
D	veřejná bezpečnost	x	x	x	x		x	
E	bezpečnost státu				x	x	x	x
F	mravnost			x	x	x		
G	příroda		x					

⁹⁵ MÖLLER, K. Proportionality, op. cit. sub 99, s. 712.

⁹⁶ GARDBAUM, S. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? In: JACKSON, V. a TUSHNET, M. (eds.) *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Tabulka č. 3: Distribuce účelů omezení mezi články Listiny

H	majetek					x	
I	předcházení trestným činům						x
J	plnění úkolů veřejné správy	x					

V mnoha případech zvolil ústavodárce - znalý podstaty a smyslu lidských práv a základních podmínek fungování státu - logický a rozumný výčet legitimních cílů. Tak třeba do nedotknutelnosti obydlí podnikatele může být zasazeno v rámci plnění úkolů veřejné správy, jinak by by Listina bránila efektivnímu výběru daní. Svoboda pohybu zase musí být výjimečně omezena z důvodu ochrany přírody, jinak by mohla být zničena cenná biosféra 1. zón národních parků. Naopak připuštění omezení sdružovacího práva z důvodu ochrany mravnosti by šlo proti podstatě tohoto práva, a proto je ústavodárce vyloučil.

Pokud by byl výčet legitimních cílů dokonalý, můj úkol by byl na tomto místě splněn. Z judikatury Ústavního soudu nicméně vyplývá, že tomu tak zdaleka není. Tím se dostávám ke třem problémům spojeným s teorií legitimních cílů. Nazvu je: (1) problém subsumovatelnosti zájmů, (2) problém distribuce zájmů a (3) problém instrumentalizace práv.

Problém subsumovatelnosti zájmů je spojen s nedostatečnou konceptualizací veřejných zájmů a vychází z následující úvahy.⁹⁷ Omezující klauzule představují ústavní normy strukturalizované podle hypotéz a dispozic. Každá individuální omezující klauzule nám ve spojení s generální omezující klauzulí v podstatě říká, za jakých podmínek (hypotéza) je dovoleno základní právo omezit (dispozice). Hypotézy jsou zpravidla vyjádřeny relativně abstraktními výrazy (veřejný pořádek, mravnost), pod které lze subsumovat širokou škálu skutečně deklarovaných cílů. Tato škála však musí mít své hranice. Pod veřejnou bezpečnost nelze zahrnout bezpečnost jelenů, pod ochranu přírody se nevede ochrana průmyslové výroby. Navzdory tomu ÚS ve své judikatuře zřídka považuje za nutné demonstrovat, že určitý veřejný zájem obsahově spadá pod jeden z účelů nabízených Listinou. To na první pohled kontrastuje s detailním rozбором prejudikatury a komparativními argumenty v případech, kdy soud dovozuje, že určité oprávnění nebo povinnost je nebo není uznávanou složkou určitého základního práva. Je pravdou, že soud výjimečně dává najevo, že pojmovou neuzavřenost veřejných zájmů a s tím spojená rizika vnímá.⁹⁸ Např. v Pl.ÚS 18/07 shrnul, že „*legitimní cíle jsou v Listině definovány tzv. neostrými pojmy (...) Některé z těchto pojmů jsou definovány zákonem, některé z nich, byť hojně používané, např. pojem „veřejný pořádek“, právní řád jednoznačně nevymezuje, a proto jsou interpretovány judikaturou soudů, resp. rozhodnutími jiných orgánů veřejné moci. Z ústavněprávního hlediska je nepodstatné, zda*

⁹⁷ Úvahy podél těchto linií jako u subsumovatelnosti práv (viz kap. 1.1).

⁹⁸ Pro srovnání viz také rozsudek Rozšířeného senátu NSS s č. j. 6 As 26/2010-101, bod 27: „*pro konkrétní omezení musí být ústavně legitimní důvod nacházející svůj odraz ve striktně definovaných důvodech podle čl. 17 odst. 4 Listiny.*”

*jsou tyto pojmy naplněny zákonodárcem či interpretovány judikaturou, rozhodné je, že nesmí být dále rozšiřovány.*⁹⁹ Jednotlivé veřejné zájmy přesto zůstávají v judikatuře ÚS blíže nespecifikovány.

Připomínám, že výše již byla subsumovatelnost rozebrána v kontextu teorie práv coby problém podřaditelnosti individuálních zájmů (a vyloučení zájmů nepodřaditelných) pod skutkové podstaty základního práva v Listině. Analogicky, o problému subsumovatelnosti zájmů by se zde dalo hovořit jako o podřaditelnosti kolektivních zájmů (a vyloučení zájmů nepodřaditelných) pod skutkové podstaty veřejných zájmů v Listině. Potíž tkívá v tom, že veřejné zájmy skutkové podstaty *nemají*. Má cenu hovořit pouze o jejich rozsahu. Jenže zatímco základní práva jsou předmětem procesu definování, veřejné zájmy definovány nejsou.¹⁰⁰ Jejich normativita splývá s jejich fakticitou. A protože veřejné zájmy jako fakta se neustále mění, mění se i reflexe na normativní úrovni. V daném okamžiku proto nejsme schopni rozsah veřejného zájmu definovat. To může mít za následek přesah veřejných zájmů do oblastí, které ústavodárce (nejen) u kvalifikovaných práv s KVZ nepředvídal. Umístění nelegitimního zájmu do testu proporcionality se může projevit na výsledku ústavního přezkumu (viz níže).

Ocitáme se v situaci, kdy musíme zohlednit jednak úmysl ústavodárce, jednak nevynečitelnost zájmů. Optimální řešení je podle mě potřeba hledat ve významotvorné funkci judikatury, podobně jako je tomu v common law (*stare decisis*). Soudci totiž mohou za ochranu veřejného zdraví dosadit tu ochranu bezpečnosti pasažérů přelétajících letadel, tu zase ochranu uživatelů silnice pod erodujícím svahem, vždy se však musí držet určitého sémantického a funkčního substrátu, které ve stejném legitimním cílu spatřovali soudci před nimi.

Podobnou úvahu vede soudce Güttler v plenárním nálezu, jímž se zrušila část zákona o cestovních dokladech:

Legitimní cíle jsou v Listině [...] i Úmluvě [...] definovány tzv. neostrými pojmy jako je např. bezpečnost státu, národní bezpečnost, veřejný pořádek, veřejná bezpečnost [...]. Některé z těchto pojmů jsou definovány zákonem, některé z nich, byť hojně používané, např. pojem „veřejný pořádek“, právní řád jednoznačně nevymezuje, a proto jsou interpretovány judikaturou soudů, resp. rozhodnutími jiných orgánů veřejné moci. Z ústavněprávního hlediska je nepodstatné, zda jsou tyto pojmy naplněny zákonodárcem či interpretovány judikaturou, rozhodné je, že nesmí být dále rozšiřovány... Co se však týká další podmínky, že zásah do práv musí být nevyhnutelný, resp. nezbytný v demokratické společnosti, Ústavní soud konstatoval, že ačkoliv ani tyto pojmy nejsou v Listině [...] či Úmluvě [...] blíže definovány, je zřejmé, že obnáší jistou naléhavou společenskou potřebu, jejíž konkretizace představuje prostor pro volné uvážení a zdůvodnění zákonodárcem. Není-li tak stanoveno zákonem, lze charakteristické rysy této potřeby odvodit z judikatury.¹⁰¹

S každým soudním rozhodnutím se pojem veřejného zájmu dotváří o relativně konkrétní princip. Množina těchto prvků nám sice veřejný zájem nedefinuje, přiblíží nám však jeho **esenci**.¹⁰² Máme-li dostatek informací o esenci veřejného zájmu, měli bychom

⁹⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 18/07 ze dne 15. 9. 2009 (N 202/54 SbNU 505; 384/2009 Sb.), bod 15, zvýraznění doplněno.

¹⁰⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/04 ze dne 28. 6. 2005 (N 130/37 SbNU 641), známý jako Jezy na Labi.

¹⁰¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 18/07 ze dne 15. 9. 2009 (N 202/54 SbNU 505; 384/2009 Sb.), bod 15.

¹⁰² Esence je zde chápána v jejím původním Aristotelově významu (*“The essence of each thing is that which it is said to be per se.”* Metafyzika, 1029b).

být schopni pro všechny budoucí ústavní stížnosti určit, spadají-li zájmy na pozadí zásahů do základních práv pod některý ze stanovených legitimních cílů.

Jak bylo naznačeno v podkapitole 1.1, někteří autoři přistoupili k problému subsumovatelnosti zájmů cestou doktrinárního vymezení nepřipustných důvodů. Podle Mattiase Kumma jsou s ideou politického liberalismu, na níž jsou novodobé západní ústavy založeny, neslučitelné takové důvody omezení práv, které jsou bytostně paternalistické nebo moralizující (tzv. *excluded reasons*).¹⁰³ Tsakyrikis upozorňuje, že soudy mají někdy tendenci zaměňovat agregát zájmů většiny společnosti s pojmu veřejného zájmu podle Úmluvy. Argument, že se většina společnosti *cítí dotčena* výkonem náboženství určité skupiny, nemůže sloužit k podpoře omezení práva skupiny k výkonu tohoto náboženství.¹⁰⁴

Problém distribuce zájmů se vztahuje k přiřazování přípustných legitimních cílů jednotlivým základním právům. Tento problém nabývá jednak vertikálního, jednak horizontálního rozměru. Ve vertikálním rozměru jde o přenesení legitimních cílů připuštěných mezinárodní smlouvou podle čl. 10 Ústavy (zejm. Úmluvou) do podmínek omezení podle Listiny.¹⁰⁵ V horizontálním rozměru jde o „propůjčování“ legitimních cílů mezi základními právy. Pokud výčty v omezujících klauzulích práv s KVZ chápeme jako taxativní, jak do nich mohou být zařazeny legitimní cíle jiné? Pokud je nechápeme jako taxativní, jak se práva s KVZ liší od práv s PVZ? Pokud má pouze 7 článků Listiny klauzuli „z důvodu ochrany práv a svobod druhých“, znamená to, *a contrario*, že u ostatních článků práva druhých nemohou sloužit jako legitimní cíl omezení? A pokud i nekvalifikovaná práva mohou být omezena kvůli veřejným zájmům - ptali jsme se v předchozí podkapitole - nejsou vlastně chráněná méně než práva s KVZ? Bohužel, Ústavní soud se těmito otázkami - na rozdíl od ESLP¹⁰⁶ - dosud nezabýval a těžiště jeho argumentace při střetu dvou ústavních hodnot dopadá do třetího kroku testu proporcionality, tedy vlastního poměrování hodnot.¹⁰⁷

¹⁰³ KUMM, M. Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS G. (ed.) Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy. Oxford: Hart Publishing, 2007.

¹⁰⁴ TSAKYRIKIS, S. Proportionality, op. cit. sub 96, s. 482 an. Podle Kaie Möllera mají být tzv. *illicit justifications* v prvním kroku testu proporcionality vyloučeny a, pokud se to neděje, jde o špatnou aplikaci testu proporcionality. Möller však neprozrazuje, podle jakých kritérií se má soud řídit. MÖLLER, K. Proportionality, op. cit. sub 99, s. 718.

¹⁰⁵ Tento rozměr je specifický pro ekvivalenty omezujících klauzulí (čl. 8-11 Úmluvy, čl. 10, 16, 17, 19 a 20 Listiny). Podrobněji bude rozebrán při výkladu zájmu na nezávislosti a autoritě soudní moci.

¹⁰⁶ Podle ESLP je výčet důvodů v omezujících klauzulích Úmluvy *strictly exhaustive* a podle komentáře tak tzv. implicitní omezení kvalifikovaných práv (např. čl. 8-11 Úmluvy) nepřipadají v úvahu. KOSAŘ, D., BOBEK, M. Omezení práv a svobod zaručených v Úmluvě, op. cit. sub 48, s. 97-113.

¹⁰⁷ V tomto ohledu je třeba vyzdvihnout nález Ústavního soudu ČSFR z 21. října 1992, sp. zn. II. ÚS 104/92 (SbNU 1/1992, 53), týkající se odnětí povolení Světové odborové organizaci mít sídlo na území federace. Ústavní soud ČSFR správně dovedl, že k omezení koaliční svobody je potřeba zákona s cílem ochrany bezpečnosti státu, veřejného pořádku nebo práv a svobod druhých (čl. 27 odst. 3 Listiny), a cíl „*odstraňovanie recidív nedemokratického obdobia v ČSFR*“ proto nemůže být legitimní. Myslím, že jde o pěkný příklad toho, jak může soud jít i proti duchu doby lpěním nad jasným textem ústavy. Je nepochybné, že k subsumování deklarovaného cíle pod jeden z abstraktních legitimních cílů nabízených Listinou nevedla dlouhá cesta.

Jak přehledně shrnuje český komentář k Úmluvě, koncepční a metodologické nejasnosti spojené s legitimními cíli vznášejí podobné otázky i na úrovni štrasburské jurisprudence. Autoři upozorňují, že (1) případy, v nichž ESLP konstatoval porušení Úmluvy či Protokolů výhradně z toho důvodu, že předmětný zásah do práv stěžovatelů nesledoval žádný legitimní cíl, jsou velmi vzácné, (2) ESLP vládou namítaný cíl zásahu neuzná, jen nejde-li *zjevně* podřadit pod žádný z povolených legitimních cílů,¹⁰⁸ (3) pustí-li ESLP věc do dalšího kroku, často spojí posuzování legitimacy sledovaného cíle a jeho nezbytnosti dohromady¹⁰⁹ a (4) ESLP sice výslovně nedefinoval hierarchii legitimních cílů z hlediska jejich významnosti, nicméně z judikatury implicitně plyne, že některé legitimní cíle umožňují státům přijmout dalekosáhlejší omezení než např. ochrana práv a svobod jiných.¹¹⁰

Jestliže jsou v testu proporcionality zohledňována i opatření směřující k dosažení v omezující klauzuli, nebo dokonce v celé Listině nevyjmenovaných cílů, **představuje legitimní cíl ještě vůbec nějakou záruku ochrany základního práva?**¹¹¹ Buď je totiž legitimní cíl zárukou, že zájem kolidující s mým právem je v první řadě způsobilý být objektem poměrování, anebo legitimní cíl ve skutečnosti zárukou není, resp. je inherentní součástí třetího kroku a je možné ho vypustit.

Před **výběrem judikatury ÚS** jsem uvažoval o několika metodách výzkumu. Nejjednodušší by bylo konzultovat literaturu k limitování základních práv - té ale, jak už vyplynulo z úvodu, byl nedostatek. Poněvadž není běžné, aby akademici a soudci uvažovali o limitování základních práv koncepčně (obyčejně své obdivuhodné znalosti strukturují spíše věcně podle jednotlivých základních práv, politologicky podle senátů a soudců, metodologicky podle použitého testu, podle typu řízení atp.), nemohl jsem se opřít ani o doporučený katalog judikátů. A to se přirozeně týká i Sbírky nálezů a usnesení ÚS. Při výběru judikatury ÚS jsem se nakonec spoléhal na vyhledávání přes rozhraní nalus.usoud.cz a pomáhal jsem si aktuálnějším komentářem, jehož autoři při kategorizaci jednotlivých základních práv podle stupně ochrany často odkazovali na relevantní rozhodnutí ÚS.

Zvolená metoda analýzy judikatury ÚS musela odpovídat potřebám předložené práce a zároveň ustoupit technickým překážkám a mým časovým možnostem. Cílem bylo sebrat účely, které jsou podle ÚS ústavněprávně *způsobilé* omezit základního práva, nikoli ty účely, které *byly sledovány proporcionálními prostředky*. Řečeno jinak, zaměřil jsem se

¹⁰⁸ Žalovaný stát tak většinou nemá problém podřadit své jednání pod alespoň jeden z cílů.

¹⁰⁹ Např. v rozhodnutí Gül a další proti Turecku (stížnost č. 4870/02), kde soud podle autorů teprve až ve třetím kroku testu *de facto* shledal, že zásah nemohl žádný legitimní cíl sledovat. V Dadouch proti Maltě (stížnost č. 38816/07) soud nejprve konstatoval, že zákonná úprava registru manželství sledovala legitimní cíl, neboť může sloužit ochraně veřejného pořádku a práv a svobod druhých, aby o 2 odstavce dále uvedl, že vláda neprokázala žádný důvod, který by v demokratické společnosti ospravedlnil odmítnutí zápisu do registru manželství po více než dva roky (body 54 a 56). Působí to na mě, jako by si soud protirečel.

¹¹⁰ KOSAŘ, D., BOBEK, M. Omezení práv a svobod zaručených v Úmluvě, op. cit. sub 48, s. 97-113.

¹¹¹ BOMHOFF, J. The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and its Peculiar Category of Conflicts between Individual Fundamental Rights [online], 2007, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031682 [cit. 15-11-17].

na účely, které prošly prvním krokem testu proporcionality, tedy byly (alespoň *implicitě*) deklarovány legitimními cíli omezení.¹¹² Přirozeně tak jsou zahrnuty i případy porušení základních práv, byť sledující legitimní cíle.

Aplikaci omezujících klauzulí jsem mohl očekávat v meritorních rozhodnutích jak o ústavních stížnostech, tak o ostatních druzích návrhů, kdy dohromady jde o tisíce nálezů ročně. Navíc jsem musel zohlednit, že u českého ÚS nejsou výjimkou odmítavá usnesení, v nichž soudci evidentně řeší meritum věci, protože propuštění věci do další fáze řízení nepovažovali za užitečné (procesní ekonomie). Připouštím, že jsem nepřišel na „neprůstřednou“ metodu, jak z tohoto substrátu vydestilovat relevantní statistický vzorek (zejména perfektních zásahů), aniž bych se vystavil riziku opomenutí některého případu.

Protože by bylo nemyslitelné, aby ÚS rozhodl o střetu základního práva s jedním z legitimních cílů bez přesné citace omezující klauzule v Listině, mohl jsem vyjít z full-textového vyhledávání. Pokud to nevytvořilo nezpracovatelný vzorek (150 a více nálezů), další kritéria jsem nezadával. Pokud vytvořilo, vyhledávání jsem zúžil jen na nálezy (vyhověno/zamítnuto) a v nabídce Předmět řízení jsem zvolil jen ta práva, na něž se daný legitimní cíl váže.¹¹³ Výsledek jsem seřadil podle významu. Zpravidla jsem se ocitl se souborem pěti až patnácti judikátů, které nebyly jen opakováním předchozí judikatury. Přestože jsem ke každému legitimnímu cíli procházel řádově desítky nálezů a usnesení, níže předložená rešerše z uvedených důvodů nemůže být vyčerpávající a je spíše podstavou pro další výzkum s předběžnými závěry.

Struktura výkladu jednotlivých legitimních cílů bude přibližně následující. Nejprve shrnu, jestli, kde a v jakých podobách se legitimní cíl v Listině a také v Úmluvě nachází. Nato nabídnu náhled, jak cíl používá ESLP a jestli, příp. jak jeho judikaturu cituje ÚS. Na tyto úvodní poznámky navážu vlastním přehledem judikatury ÚS. Souvislosti mezi rozhodnutími ale nebudu hledat z pohledu práva, nýbrž z pohledu legitimního cíle, přičemž výsledek se pokusím shrnout do zmiňované esence. Ačkoli jsou některé legitimní cíle lépe rozpracovány v rozsudcích NS nebo NSS, příp. se jim dostalo pozornosti ze strany SDEU, zaměřím se v první řadě na judikaturu Ústavního soudu, která se soustředí na ústavněprávní aspekty věci.

(a) Veřejný pořádek

Jak vyplývá z tabulky č. 3, veřejný pořádek je druhým nejčastějším ústavně aprobovaným důvodem omezení. Navzdory (či právě kvůli) výskytu tohoto pojmu nejen

¹¹² Podmínkou ústavní konformity je, že omezení je stanoveno zákonem, sleduje legitimní cíl a je pro dosažení tohoto legitimního cíle v demokratické společnosti nezbytné, resp. zachovává vztah proporcionality (nález sp. zn. IV. ÚS 611/05 ze dne 8. 2. 2006..

¹¹³ Právě tím jsem ale mohl vypustit relevantní usnesení a hlavně nálezy, kde bylo legitimního cíle (možná kontroverzně) užito u jiných práv.

na různých místech Listiny, ale i právního řádu českého,¹¹⁴ francouzského, švýcarského, quebeckého či nizozemského,¹¹⁵ nepanuje shoda na tom, co přesně tento pojem znamená.¹¹⁶ Ví se, že svůj původ má ve francouzském *Code Civil (l'ordre public)*, kde nahrazuje český pojem dobré mravy, které jsou ve francouzském pojetí poměrně úzkou kategorií.¹¹⁷ Ve Francii se rozlišuje mezi veřejnoprávní a soukromoprávní (*ordre public interne*) dimenzí veřejného pořádku.¹¹⁸ Nadto je možné jej chápat buď jako normativní systém, anebo jako faktický stav společnosti.¹¹⁹ Více než kterýkoli jiný legitimní cíl by tak potřeboval speciální diplomovou práci zohledňující všechny jeho historické a funkční souvislosti.

Pokud jde o Úmluvu, ta v anglické verzi používá jednak legitimní cíl ochrany veřejného pořádku (*public order*), jednak předcházení nepořádku (*prevention of disorder*).¹²⁰ Protože jsem v komentářové literatuře nenašel nic, čím by se oba pojmy lišily, budu je považovat za identické.¹²¹ ESLP pak tento legitimní cíl uznal v široké škále případů; tu ve významu pořádku ve společnosti (*l'ordre public*),¹²² tu ve významu pořádku v institucích (*institutional order, l'ordre*).¹²³ V některých rozhodnutích soud dokonce hovořil o „předcházení nepořádku v oblasti telekomunikací“, kde je potřeba zohlednit omezený počet frekvencí a teritorialitu vysílání.¹²⁴ Jeho prosazení může

¹¹⁴ Např. § 10 zákona č. 128/2000 Sb., o obcích, ve znění pozdějších předpisů, § 1 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, § 4 zákona č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, ve znění pozdějších předpisů, § 9 zákona č. 326/1999 Sb, o pobytu cizinců, ve znění pozdějších předpisů.

¹¹⁵ DVOŘÁK, B. Rozpor právního jednání se zákonem. *Bulletin advokacie*, 2011, č. 3, s. 28 an.

¹¹⁶ Srov. nálezný sp. zn. Pl. ÚS 18/07 ze dne 15. 9. 2009 (N 202/54 SbNU 505; 384/2009 Sb.). Nabízí se např. otázka, o jak velkém měřítku se bavíme. Pro policejní právo může jít o pořádek na ulici, pro správní právo může jít o pořádek v obci, pro mezinárodní právo soukromé, cizinecké nebo občanské právo může jít o pořádek v celé společnosti. Ústavní soud v této souvislosti citoval Jiřího Hoetzla: „není pochybnosti, že zvlášť elastický je pojem veřejného pořádku a že ho má být užíváno s taktem“, viz Pl.ÚS 39/10 (k vyhlášece města Krupka).

¹¹⁷ LAVICKÝ, P. et al. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 20. Přednáška JUDr. Roberta Pelikána, Ph.D. na téma „Kogentnost a dispozitivnost“ na Právnické fakultě UK, 9. ledna 2016.

¹¹⁸ DÜRR, Ch. Veřejný pořádek a absolutní neplatnost právního jednání [online]. *epravo.cz*, 9. května 2014 [cit. 15-11-2017]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/verejny-poradek-a-absolutni-neplatnost-pravniho-jednani-94268.html>.

¹¹⁹ Viz rozsudky NSS ze dne 16. 5. 2007, č. j. 2 As 78/2006-64 a ze dne 9. 10. 2007, č. j. 1 As 26/2007-60.

¹²⁰ První v čl. 6 a 9 a v Protokolu č. 7 čl. 1. Druhé v čl. 8, 10 a 11 Úmluvy. Souhlasím s názorem autorů komentáře, že český překlad „předcházení nepokojům“ neodpovídá anglickému ani francouzskému znění. KOSAŘ, D., BOBEK, M. Omezení práv a svobod zaručených v Úmluvě. In: KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J a, BOBEK, M.. *Evropská úmluva o lidských právech*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, s. 110-113.

¹²¹ Také srovnáme-li Úmluvou inspirované články Listiny, např. čl. 20, zjistíme, že předcházení nepořádku je převzato jako ochrana veřejného pořádku. Patrně jde o potřeby stylistiky.

¹²² Otto-Preminger Institute proti Rakousku, stížnost č. 13470/87.

¹²³ Srov. Republican Party of Russia proti Rusku, stížnost č. 9237/81 (rozpuštění politické strany ryze z formálních důvodů), B v. the United Kingdom, stížnost č. 9237/81 (zákaz homosexuálního chování v armádě) nebo Engel a ostatní proti Nizozemsku, stížnost č. 5100/71 (potrestání vojáků za článek kritizující praktiky velitelů v jejich armádě).

¹²⁴ Groppera Radio AG a ostatní proti Švýcarsku, stížnost č. 10890/94; Autronic AG proti Švýcarsku, stížnost č. 12726/87 .

ospravedlnit zákaz náhradního mateřství,¹²⁵ potrestání osoby, která se vydávala za duchovního,¹²⁶ povinné holení Buddhistů a další opatření.¹²⁷

S ohledem na heterogenitu pojmu veřejný pořádek není překvapivé, že Ústavní soud se dosud citování štrasburské judikatury zdržel. Některé jeho judikáty však dosvědčují, že si je evropských přesahů tohoto pojmu vědom.¹²⁸

Podle Ústavního soudu je veřejný pořádek neurčitý právní pojem.¹²⁹ Standardně se o něm uvažuje u práva shromažďovacího, kde může odůvodnit např. **zákaz shromáždění z důvodu zájmu na plynulosti dopravy a zásobování v oblasti**, a to jen lze-li bez nepřiměřených obtíží konat shromáždění jinde, aniž by se tím zmařil oznámený účel shromáždění.¹³⁰ **Petiční právo** (čl. 18 Listiny) může být při svém výkonu nerozeznatelné od práva shromažďovacího a může tak být **policistou omezeno z důvodu ochrany majetku a veřejného pořádku**.¹³¹ Občan vykonávající petiční právo může být pro rozpor s veřejným pořádkem v souladu se zákonem o pozemních komunikacích pokutován za to, že své vozidlo umístil na chodník, přestože mu sloužilo k výkonu petičního práva.¹³² V nález ke stejnopohlavnímu páru z Kalifornie z roku 2017 ÚS judikoval, že nikoli zjevný rozpor s veřejným pořádkem nepostačí k omezení práva na soukromý život stěžovatelů, kteří se měli stát stejnopohlavními rodiči na základě uznání jejich rodinného stavu vznikuvšího v zahraničí.¹³³ Naopak **pokud byla v zahraničí porušena základní práva** - např. při vykořisťování náhradních matek - výhrada veřejného pořádku by měla být i přes zásah do rodičovských práv uplatněna.¹³⁴ O obdobnou situaci jde i v případě **odsouzení umělců trestním soudem za umístění repliky bomby** do centra města (čl. 17 Listiny).¹³⁵

Z judikatury Nejvyššího správního soudu plyne, že:

¹²⁵ Paradiso a Campenelli proti Itálii, stížnost č. 25358/12.

¹²⁶ Serif proti Řecku, stížnost č. 38178/97.

¹²⁷ X proti Rakousku, stížnost č. 1753/63.

¹²⁸ Srov. např. argumentaci k rozhodnutí ke kalifornskému páru (nález I. ÚS 3226/16), jež odkazuje na věcně související judikát ESLP, ačkoliv není jasné, jestli nejde o odkaz vadný. „Podle Nejvyššího soudu tento institut [náhradního mateřství] není v rozporu s českým veřejným pořádkem“ (bod 22) a „Ústavní soud s tímto závěrem obecně souhlasí a konstatuje, že je i v souladu s judikaturou ESLP (viz rozsudek ve věci *Mennesson proti Francii ze dne 26. 6. 2014 č. 65192/11*)“ (bod 23). Rozsudek ve věci *Mennesson* se týkal čl. 167 francouzského občanského zákoníku, který dohody o náhradním mateřství zatěžoval neplatností. Soud přezkoumal, jestli francouzské soudy v předmětné věci náležitě uvážily všechny okolnosti. K souladu tohoto institutu s veřejným pořádkem nebo s Úmluvou se vyjádřit nechtěl (bod 84). Odkazem na omezení z důvodu veřejného pořádku v primárním právu EU ÚS podpořil svůj nález k ústavnosti zákazu vycestování do zahraničí kvůli probíhajícímu trestnímu řízení, viz II. ÚS 3861/13, bod 20.

¹²⁹ Nález sp. zn. I. ÚS 3226/16, bod 56.

¹³⁰ Usnesení sp. zn. IV. ÚS 470/2000.

¹³¹ Usnesení sp. zn. I. ÚS 176/04.

¹³² Usnesení sp. zn. II. ÚS 3277/15, bod 8.

¹³³ Nález I. ÚS 3226/16, bod 57.

¹³⁴ Nález I. ÚS 3226/16, bod 23.

¹³⁵ Usnesení sp. zn. IV. ÚS 211/06 ze dne 27. 9. 2006. Článek 17 odst. 4 přitom veřejný pořádek jako důvod omezení nezmiňuje. Článek 10 odst. 2 Úmluvy ano, což by v souladu s čl. 53 Úmluvy (zachování existující ústavní úrovně ochrany práv) nemělo hrát roli.

“veřejný pořádek představuje neurčitý právní pojem, jehož obsah je jednak proměnlivý a jednak nezतोžitelný s pouhou výsečí jediného z existujících normativních systémů, neboť v sobě neobsahuje pouze normy morální či pouze normy právní, nýbrž (přinejmenším) normy obou těchto druhů. Má tedy coby normativní systém povahu heterogenní a normy v něm obsažené nespojuje povaha jejich závaznosti a původu, nýbrž jejich účel, tedy optimální fungování společnosti. Veřejný pořádek proto představuje normativní systém, na němž je založeno fungování společnosti v daném místě a čase a jenž v sobě zahrnuje ty normy právní, politické, mravní, morální a v některých společnostech i náboženské, které jsou pro fungování dané společnosti nezbytné. Nadto je možno pod pojmem veřejného pořádku rozumět také faktický stav společnosti, k němuž je dodržování tohoto heterogenního normativního systému zacíleno.”¹³⁶

Zvláštní soubor rozhodnutí tvoří nálezy ÚS přezkoumávající ústavnost obecně závazných vyhlášek, které jsou obcemi v souladu se zákonem vydávány k zajištění veřejného pořádku. Ústavní soud připustil tento legitimní cíl při **regulaci hlasitých projevů v nočních hodinách v blízkosti lidských obydlí**,¹³⁷ **plošném zákazu nabízení sexuálních služeb**,¹³⁸ **zákazu konzumace alkoholu na veřejných prostranstvích**,¹³⁹ **zákazu používání ohňostrojů**,¹⁴⁰ **zákazu umístování velkoplošných reklamních zařízení**,¹⁴¹ **zákazu podomního prodeje**¹⁴² nebo **omezení provozní doby v nočních hodinách**.¹⁴³

Všechny tyto (a mnohem více) nálezů ukazují na širokou škálu podob, které může ochrana veřejného pořádku v aplikaci práva každodenně nabývat. Chápeme-li jej jako síť „základních společenských vztahů nutných pro zajištění klidného a bezporuchového chodu společnosti”,¹⁴⁴ je nesnadné vyhnout se ztotožňování této kategorie s veřejnoprávními normami a kogentními normami soukromého práva regulujícími základní společenské vztahy. Z mého úhlu pohledu je esencí veřejného pořádku **pnutí normality**. Konkrétní veřejný zájem může mít tu blíž k udržení mravnosti, tam zase blíž k zachování klidu (zvukovém i vizuálním) na veřejných prostranstvích, vždy však stojí esenciálně jako protitlak narušení něčeho zavedeného nebo deviace od známého. V tomto ohledu představuje vyjádření legitimního cíle „ochrany veřejného pořádku“ akt spoutání snahy orgánů veřejné moci normalizovat a konzervovat realitu podle zavedených struktur (manželství, rodina, noční klid, ostrakizace prostituce, nahlašování shromáždění atd.). Základní práva slouží k obraně před touto politikou. Ústavní soud dbá nad vyvažováním přirozené svobody a této normalizační snahy.

¹³⁶ Z rozsudku NSS sp. zn. 2 As 78/2006. Srov. PAVLÍČEK, V. et al. *Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. 2. díl. Práva a svobody. 2. dopl. a podst. rozš. vyd.* Praha: Linde Praha a. s., 2002, s. 159.

¹³⁷ Nález sp. zn. Pl. ÚS 35/06, body 26-28.

¹³⁸ Nálezy se sp. zn. Pl. ÚS 10/06 a Pl. ÚS 69/04. Pokud jde o prostituci, mělo navrhuující Ministerstvo vnitra konkrétně obavu o zachování práva na svobodnou volbu podnikání a vlastnického práva (Pl. ÚS 69/04, bod 12)

¹³⁹ V nálezech sp. zn. Pl. ÚS 34/06 a Pl. ÚS 44/06.

¹⁴⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 57/05. Není bez zajímavosti, že ÚS zde zařadil zajištění ochrany majetku pod zajištění veřejného pořádku v širších dimenzích (bod 19), což se projeví při hodnocení užitečnosti legitimního cíle na ochraně majetku uvedeném níže.

¹⁴¹ Pl. ÚS 46/06, bod 39.

¹⁴² Pl. ÚS 6/15, bod 38 a obdobně Pl. ÚS 57/13

¹⁴³ Pl. ÚS 28/09, bod 41 a obdobně Pl. ÚS 13/09.

¹⁴⁴ Usnesení II. ÚS 3277/15, bod 8.

(b) Veřejná bezpečnost a bezpečnost státu

Každé základní právo s kvalifikovanou výhradou zákona může být podle Listiny omezeno z důvodu ochrany veřejné bezpečnosti nebo bezpečnosti státu (dále jen „VBBS“), někdy i z obou těchto důvodů. Prostou úvahou lze předeslat, že veřejnou bezpečností je sledována ochrana veřejnosti, resp. všech obyvatel na našem území, zatímco bezpečností státu se chrání řádný chod státních institucí, celistvost území apod.¹⁴⁵

Volba a formulace obou cílů vychází na první pohled z textu Úmluvy,¹⁴⁶ resp. spíše jeho francouzskou (*la sécurité nationale, la sécurité publique*) a německou (*die nationale Sicherheit, die öffentliche Sicherheit*) než anglickou verzi, která rozlišuje mezi bezpečností státu (*national security*) a bezpečím veřejnosti (*public safety*).¹⁴⁷ Samotný ESLP se kladení jakýchkoli jazykových bariér u obou cílů spíše vyhýbá a naopak o nich buď hovoří dohromady,¹⁴⁸ zaměňuje jeden za druhý,¹⁴⁹ anebo jeden podřazuje druhému.¹⁵⁰ S novými smluvními státy ze střední a východní Evropy přitom máme co dočinění s velikou a pestrou paletou bezpečnostních problémů.¹⁵¹ To přirozeně může vést k subsumpci široké škály veřejných zájmů.¹⁵²

Problém distribuce zájmů na ochraně VBBS v Listině je vlastně problémem distribuce zájmů na ochraně VBBS v Úmluvě.¹⁵³ Úmluva zásadně dovoluje omezit práva z obou důvodů, podobně jako tomu je u čl. 17 odst. 4 a čl. 20 odst. 3 Listiny. Svoboda shromažďovací (čl. 19 odst. 2) nebo svoboda pohybu a pobytu (čl. 14 odst. 3), které jsou u nás dány do vztahu jen s bezpečností státu, jsou silněji chráněny v Listině.¹⁵⁴ Naopak

¹⁴⁵ Srov. náleží Ústavního soudu ČSFR sp. zn. Pl. ÚS 5/92 - Sbírnka usnesení a nálezů Ústavního soudu ČSFR, Praha: Linde, 2011, s. 36-45.

¹⁴⁶ Omezující klauzule se zdají být v převážné většině „překlopeny“ z Úmluvy a MPOPP. Klauzule v člancích 16, 17, 19 a 20 Listiny se totiž nápadně podobají druhým odstavcům článků 9, 10 a 11 Úmluvy. Článek 14 Listiny je vlastně opisem čl. 12 MPOPP.

¹⁴⁷ Jazykové verze dostupné z: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention>.

¹⁴⁸ RAINEY, B., WICKS, E. a OVEY, C. (eds.). *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 350-1.

¹⁴⁹ CAMERON, I. *National Security and the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, s. 54-5.

¹⁵⁰ GREER, S. The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights. *Human rights files č. 15*, 1997, Štrasburk: Council of Europe Publishing, s. 18.

¹⁵¹ CAMERON, I. *National Security*, op. cit. sub 149, s. 56.

¹⁵² Komentář se přitom tomuto problému nevěnuje, naopak přidává další otazníky, když tvrdí, že „bezpečnost státu zřejmě obsahově neodpovídá pojmu bezpečnost České republiky ve smyslu ústavního zákona č. 110/1998 Sb, o bezpečnosti České republiky. Lze ji chápat z hlediska vnější bezpečnosti, vztahující se k zabezpečení nedotknutelnosti státních hranic, celistvosti státního území a obraně svrchovanosti a nezávislosti ČR, a z hlediska vnitřní bezpečnosti, sledující zabezpečení podstatných náležitostí demokratického právního státu, ochrany života, zdraví a majetkových hodnot.“ KOKEŠ, M. Právo na život. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 150-80.. Bezpečnost státu v tomto pojetí intuitivně zahrnuje i veřejnou bezpečnost.

¹⁵³ Aktéři zapojení do „draftování“ Úmluvy nevěnovali rozdělení *bezpečnosti státu* mezi jednotlivé články příliš času. CAMERON, I. *National Security*, op. cit. sub 149, s. 49. Jak by se to mělo promítnout do výkladu Úmluvy opisující Listiny?

¹⁵⁴ Srov. čl. 11 odst. 2 a Protokol č. 4 čl. 2 odst. 3 Úmluvy.

právo na veřejné projednání věci je silněji chráněno na úrovni Úmluvy, která předpokládá omezení z důvodu bezpečnosti státu, zatímco Listina předepisuje pouze zákonnou formu (tj. vymezení práva).¹⁵⁵ Skutečnost, že svoboda myšlení, svědomí a náboženství podle Úmluvy (čl. 9) jsou omezené jen z důvodu ochrany veřejné bezpečnosti a nikoli bezpečnosti státu, je vykládána jako kategorické odmítnutí státního nátlaku na myšlení jednotlivce nebo náboženství církve.¹⁵⁶ Takový úmysl lze předpokládat také u českého ústavodárce.

Při výkladu VBBS čerpá judikatura ÚS ze štrasburské judikatury spíše pasivně. To znamená, že tyto veřejné zájmy nepřejímá jako samostatné části Úmluvy, jež by mohly být předmětem podobné analýzy, jakou má za cíl tato kapitola, nýbrž jako již konkretizované a kontextualizované součásti testu proporcionality. Ústavní soud takto například upozorní, že ESLP spojuje se zásahy do soukromého života z důvodu ochrany veřejné bezpečnosti určité podmínky, aniž by se zpravidla blíže zabýval podstatou chráněného „bezpečnostního zájmu“.¹⁵⁷

Ústavní soud každopádně nemá tendenci stavět oba legitimní cíle vedle sebe. **Bezpečností státu** lze například argumentovat při **zajištění cizince za účelem správního vyhoštění**,¹⁵⁸ při **užití odposlechnů podle zpravodajských zákonů**¹⁵⁹ nebo při **evidování osobních údajů dětí bez trestní odpovědnosti** Bezpečnostní informační službou.¹⁶⁰ Lze jí rovněž ospravedlnit některé zásahy, jimiž se chrání tzv. utajované skutečnosti před neoprávněným nahlížením.¹⁶¹ Takto může být třeba právo na spravedlivý proces dotčeno požadavkem na **bezpečnostní prověrku advokáta** v řízení, ve kterém jsou probírány utajované skutečnosti.¹⁶² Do práva na svobodnou volbu povolání lze zasáhnout tam, kde podklady pro vydání či **nevydání osvědčení o bezpečnostní způsobilosti** (nezbytného pro získání pracovní pozice) mohou samy (paradoxně) obsahovat utajované skutečnosti, které nemohou být sděleny.¹⁶³ Z obdobného důvodu soud posvětil i ústavní konformitu

¹⁵⁵ Srov. čl. 6 odst. 1 Úmluvy a čl. 40 odst. 3 Listiny.

¹⁵⁶ RADA EVROPY. Guide to Article 9 [online]. 2015, s. 13-4. Dostupné z: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf.

¹⁵⁷ Nález sp. zn. III.ÚS 3457/14, bod 22.

¹⁵⁸ Nález sp. zn. Pl. ÚS 10/08.

¹⁵⁹ Nález sp. zn. I. ÚS 3038/07, bod 17.

¹⁶⁰ V zamítavém nálezu ke zrušení části zákona o Bezpečnostní informační službě se ÚS postavil za argumentaci BIS, která v souladu se svými úkoly chrání společnost před „anticivilizačními jevy“, kdy „např. k extremistickým skupinám inklinují již děti kolem 12. roku svého věku“. Nález sp. zn. Pl. ÚS 34/95.

¹⁶¹ Zákon č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁶² Nález sp. zn. Pl. ÚS 41/02.

¹⁶³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 11/2000. V této souvislosti srov. rozsudek ESLP ve věci Leander proti Švédsku (stížnost č. 9248/81), kde šlo o stěžovatele, který byl propuštěn ze zaměstnání z důvodů, které mu byly z bezpečnostních důvodů utajeny.

neodůvodněného rozhodnutí o neudělení státního občanství.¹⁶⁴ V kauze *razie v budově České televize*, kde Vojenská policie hledala kopii dokumentu důležitého pro vyšetření přečinu ohrožení utajované informace, bylo omezení svobody projevu stěžovatelky odůvodněno ochranou **řádného chodu státu v jeho bezpečnostních strukturách.**¹⁶⁵

Právě utajovanost konkrétních důvodů pro omezení základních práv činí tento „existenční zájem státu“¹⁶⁶ velmi svérázným. Problém na národní úrovni se prohlubuje na úrovni mezinárodního práva, kde ESLP poskytuje státům široký prostor pro uvážení (*margin of appreciation*), kdy a jakým způsobem uplatnit jejich bezpečnostní zájmy.¹⁶⁷ To ale neznamená, že stát může „s odvoláním na bezpečnost utajovat veškerou svoji činnost.“¹⁶⁸ V rozhodnutí *Janowiec a ostatní proti Rusku* ESLP konstatoval, že upření práva na informace, označené jako utajované skutečnosti, kvůli ochraně národní bezpečnosti se nemůže zakládat toliko na formálních důvodech a musí naopak zhodnotit, jestli existují důvody pro utajení, tj. jestli mají rozumný faktický základ (*reasonable basis in fact*).¹⁶⁹ V *Konstantin Markin proti Rusku* se stěžovatel bránil proti diskriminaci vojáků z povolání-mužů, kteří neměli na rozdíl od svých ženských protějšků nárok na rodinnou dovolenou. Soud rozhodl, že pouhá obava o udržení stavů ruské armády při absenci analýzy zkoumající demografický profil vojáků nestačí jako důvod pro takto plošnou diskriminaci z důvodu ochrany bezpečnosti státu.¹⁷⁰ Tyto a další případy ukazují na tendenci ESLP přenechat koncepci bezpečnostních zájmů smluvním stranám a zároveň dohlížet nad zárukami spravedlivého procesu a odpovědného rozhodování.¹⁷¹ Krom toho čelí štrasburský soud nadměrné diskreci státu tím, že úměrně snižuje kritéria přijatelnosti (*recevabilité*) návrhu, tak aby mohly být vyslyšeny i potenciální oběti tohoto druhu politiky.

¹⁶⁴ Nález sp. zn. Pl. ÚS 5/16. Pokud ale utajované skutečnosti součástí spisu nejsou, musí soud dostát všem formálním a materiálním podmínkám odůvodnění rozhodnutí, což dosvědčuje i nález se sp. zn. I.ÚS 4503/12, kde Ústavní soud zjistil porušení práva na spravedlivý proces (čl. 36 odst. 1) nedostatečným odůvodněním výroku rozhodnutí o uložení trestu vyhoštění na dobu neurčitou osobě, v níž byla spatřována bezpečnostní hrozba.

¹⁶⁵ Nález sp. zn. II. ÚS 1375/11, body 42 a 49. Nález řadím pod bezpečnost státu, přestože soud hovoří o ochraně veřejné bezpečnosti, a to skrze prostředky trestního práva. V centru kauzy jsou totiž opět utajované skutečnosti.

¹⁶⁶ Nález Pl. ÚS 11/2000.

¹⁶⁷ GREER, Steven. The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights. *Human rights files č. 15*. Štrasburk: Council of Europe Publishing, 1997, s. 22. „*The European Commission of Human Rights considered moreover that it [national security] could not be comprehensively defined, thus giving it a degree of elasticity and hence flexibility, which is reflected by the margin of appreciation which states have in this sphere.*“ Viz RADA EVROPY. National Security and European case-law. 2013, s. 4. Dostupné z: <https://rm.coe.int/168067d214>.

¹⁶⁸ Nález sp. zn. II. ÚS 1375/11, bod 12.

¹⁶⁹ *Janowiec a ostatní proti Rusku*, spojené stížnosti č. 55508/07 and 29520/09, bod 214.

¹⁷⁰ *Konstantin Markin proti Rusku*, stížnost č. 30078/06.

¹⁷¹ Judikatura ÚS a NSS je s tímto přístupem ve shodě, srov. nálezy sp. zn. II. ÚS 28/02 a Pl. ÚS 11/2000) a rozsudek NSS s č. j. 2 As 31/2007-107.

Zájem na ochraně *veřejné bezpečnosti*¹⁷² stál např. za výzvou policejního orgánu, aby mu novinář sdělil svůj utajovaný zdroj kvůli **vyšetření případu zmizelé osoby**.¹⁷³ Ochrana před bezpečnostními hrozbami může teoreticky odůvodnit **plošný a preventivní sběr a uchovávání údajů o elektronické komunikaci**¹⁷⁴ Bezpečnost státu a veřejná bezpečnost vyžadují **bránit podpoře a propagaci extremistických hnutí** (čl. 17 odst. 1 Listiny), které bezpečnost státu a občanů ohrožují; zejm. hnutí, které prokazatelně směřují k potlačení občanských práv nebo hlásání záště, ať jsou pojmenované a odůvodněné jakkoliv.¹⁷⁵

Esencí tohoto „dvojúčelu“ je existence ohrožení. Ohrožení tajnosti strategických informací, ohrožení veřejnosti nebezpečnými osobami, ohrožení hodnot demokratického právního státu. Přitom není důležitá jeho intenzita (spadající do třetího kroku testu proporcionality), nýbrž charakter a přičitatelnost. Charakterem musí jít o ohrožení bezpečnostní (a nikoli třeba zdravotní či fiskální).

Navíc nikdy evidentně nestačí ohrožení jednotlivce, sociální nebo národnostní skupiny. Veřejná bezpečnost a bezpečnost státu vyžadují ohrožení vskutku nepřičitatelné jednotlivcům či skupinám, nýbrž všem.¹⁷⁶ A to buď přímo (přítomnost nebezpečné či neznámé osoby na našem území, organizované zločinecké skupiny), nebo nepřímo (vyzrazení strategických informací, příprava útoku na vojenský areál, kybernetický útok na státní instituce). Naopak zdůvodnění zásahu do základního práva toliko s odkazem na preemptivní zajištění bezpečnosti, např. provádění pravidelných měsíčních domovních prohlídek ve 1000 náhodně vybraných domácnostech, by nemělo legitimní cíl, protože schází existence ohrožení.¹⁷⁷

(c) Veřejné zdraví

Zájem na ochraně života a zdraví se v Listině objevuje v různých podobách na několika místech; bez striktního lpění nad terminologií nelze dovozovat, že by si ústavodárce přál rozlišit zdraví (např. čl. 14 Listiny) od veřejného zdraví (např. čl. 17), nebo dokonce obou těchto zájmů od ochrany *života a zdraví zároveň* (např. čl. 12).¹⁷⁸

Pro život a zdraví jsou typické tři zásadní věci, které mají vliv na stanovení esence tohoto legitimního cíle. Zaprvé, každá politika směřující k vyšší ochraně zdraví bude

¹⁷² V čl. 12 odst. 3 Listina nehovoří o ochraně veřejné bezpečnosti, nýbrž o odvrácení závažného ohrožení veřejné bezpečnosti. To je však zjevně redundantní, protože hrozba neuskutečnění kteréhokoli veřejného zájmu musí být velmi silná, jinak by v testu proporcionality neuspěla.

¹⁷³ Nález sp. zn. I. ÚS 394/04 ze dne 27. 9. 2005 (N 184/38 SbNU 471), část VI, bod 3.

¹⁷⁴ Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/10 ze dne 22. 3. 2011 (N 52/60 SbNU 625; 94/2011 Sb.), bod 36.

¹⁷⁵ Srov. nález Ústavního soudu ČSFR sp. zn. Pl. ÚS 5/92 - Sbíрка usnesení a nálezů Ústavního soudu ČSFR, Praha: Linde, 2011, str. 36-45; nález sp. zn. IV. ÚS 2011/10 ze dne 28. 11. 2011 (N 201/63 SbNU 339), k trestnému činu propagace neonacismu (extremistického hnutí Národní odpor).

¹⁷⁶ To nelze zaměňovat s dělením abstraktního a konkrétního ohrožení, viz výklad k § 272 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

¹⁷⁷ Z metodologického úhlu pohledu je nevýznamné, může-li zavedené opatření takto deklarovaný účel dosáhnout, existují-li alternativy nebo je-li k cíli proporcionalní. Účel totiž nemůže být legitimní.

¹⁷⁸ Srov. JÄGER, P. Právo svobodně projevovat své náboženství a autonomie církví. In: WAGNEROVÁ, E. et al. Listina základních práv a svobod, op. cit. sub 7, s. 394-417.

zpravidla intuitivně posuzována jako legitimní (srov. s mravností). Za druhé, veřejné zdraví v Listině nemá konceptuálně související veřejné zájmy (srov. veřejná bezpečnost: bezpečnost státu, veřejný pořádek: předcházení trestným činům). Za třetí, na rozdíl od jiných důležitých zájmů (např. bezpečnost státu, ochrana přírody) je lze distribuovat mezi jednotlivce v podobě individuálního zájmu, resp. základního práva (čl. 31). Ochrana zdraví tak nabývá různých podob podle toho, na kolik lze tento zájem přičíst konkrétním jedincům. Bude proto užitečné, rozliším-li níže 3 podoby ústavně chráněné hodnoty zdraví, s nimiž je v soudní judikatuře argumentováno. V centru pozornosti této části každopádně nebudou situace, kdy je výkon jednoho základního práva omezen kvůli ochraně základního práva jiného.¹⁷⁹

Z hlediska systematického je tento legitimní cíl jedním z mála, u nichž co do distribuce mezi jednotlivá základní práva nelze ústavodárci téměř nic vytknout. Ochrana zdraví může skutečně představovat rozumný důvod pro omezení práv podle čl. 12 (prohlídka domu hygienikem), čl. 14 (karanténa), čl. 16 (rituální porážky zvířat) nebo čl. 19 Listiny (shromáždění v období epidemie). To samé naopak neplatí pro právo koaliční a právo na stávkou (čl. 27), toliko s výjimkou klíčových povolání, u kterých je naopak dána výjimka (čl. 44). U svobody projevu a práva na informace se už prostor pro fantazii značně zužuje a prostor pro pochyby o vhodnosti tohoto důvodu naopak rozšiřuje.¹⁸⁰

Při srovnání s Úmluvou zjistíme, že se distribuce zájmu zásadně překrývají, snad s výjimkou sdružovacího práva, které Úmluva dovoluje kvůli ochraně veřejného zdraví omezit.¹⁸¹ Úmluva nepoužívá slov „veřejné zdraví“, jen „zdraví“, které naopak vždy spojuje s ochranou morálky.¹⁸² Ochranou zdraví lze odůvodnit např. povinné očkování,¹⁸³ zákaz operací provádějících změnu pohlaví,¹⁸⁴ kriminalizaci konsenzuálních sado-masochistických praktik mezi dospělými homosexuály¹⁸⁵ nebo rozpuštění náboženské společnosti, která své členy podněcuje k odmítání život zachraňující léčby.¹⁸⁶ Vedle Úmluvy předpokládá tento důvod omezení také čl. 26 Úmluvy o biomedicíně.¹⁸⁷

Přestože odkazy na užití omezujících klauzulí Úmluvy v judikatuře ÚS zásadně chybí, najdeme pár světlých výjimek. Nejvýrazněji vystupuje recentní nález ke kontrole kotlů v

¹⁷⁹ Jak ukáží v následující podkapitole, soudy mají někdy tendenci zaměňovat veřejný zájem se základním právem (resp. ochranu veřejného zdraví s právem na ochranu zdraví).

¹⁸⁰ Podle komentáře se ochrana veřejného zdraví promítá do čl. 17 jako ochrana před propagací drog a propagací násilí mezi dětmi a mládeží. PAVLÍČEK, V. *Ústava a ústavní řád České republiky: komentář. Díl 2, Práva a svobody*. 2. dopl. a podst. rozš. vyd. Praha: Linde, 2002, s. 184.

¹⁸¹ Srov. čl. 11 odst. 2 Úmluvy a čl. 20 odst. 3 Listiny.

¹⁸² To nebrání dovolání se jak ochrany zdraví, tak ochrany morálky samostatně. RAINEY, B., WICKS, E. a OVEY, C. (eds.). *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 354.

¹⁸³ Solomakhin proti Ukrajině, stížnost č. 24429/03, ze dne 15. března 2012.

¹⁸⁴ Y. Y. proti Turecku, stížnost č. 14793/08, z 10. března 2015. Dva disentující soudci vyjádřili pochyby, že ochrana zdraví v tomto případě mohla představovat legitimní cíl.

¹⁸⁵ Laskey, Jaggard and Brown proti Spojenému království, stížnosti č. 21826/93, 21627/93, 21974/93, ze dne 20. února 1997.

¹⁸⁶ Jehovas' Witnesses of Moscow a ostatní proti Rusku, stížnost č. 302/02, ze dne 10. června 2010.

¹⁸⁷ Úmluvy na ochranu lidských práv a důstojnosti lidské bytosti v souvislosti s aplikací biologie a medicíny, vyhlášené pod č. 96/2001 Sb. m. s.

domácnostech občanů, kde Ústavní soud upozornil na pozitivní závazek k ochraně veřejného zdraví plynoucí z čl. 8 Úmluvy, který počítá s přijetím rozumných opatření k ochraně zdraví a kvality života člověka před jevy zhoršující jeho životní prostředí.¹⁸⁸ V jiných nálezech byl konstatován legitimní cíl povinného očkování s poukazem na rozsudek ESLP ve věci *Solomakhin proti Ukrajině*, v němž ESLP přijal v mezích doktríny prostoru pro uvážení (*margin of appreciation*) veřejný zájem na očkování proti infekčním nemocem u dospělých osob.¹⁸⁹

Z obecného práva na ochranu zdraví v čl. 31 Listiny a v čl. 35 Charty,¹⁹⁰ jakož i z mezinárodních závazků,¹⁹¹ plyne obecná povinnost státu chránit zdraví obyvatelstva před negativními zásahy a vlivy. Ohrožením veřejného zdraví je stav, při kterém jsou obyvatelstvo nebo jeho skupiny vystaveny nebezpečí, z něhož míra zátěže rizikovými faktory přírodních, životních nebo pracovních podmínek překračuje obecně přijatelnou úroveň a představuje významné riziko poškození zdraví.¹⁹² Povinnost chránit zdraví obyvatelstva si jednak nárokuje své dostatečné uvážení v rozhodování orgánů veřejné moci v konkrétních případech, jednak se promítá do obecného požadavku na zajištění efektivního zdravotnického systému, vyžadujícího celou řadu preventivních, hygienických, kontrolních a dalších opatření.¹⁹³

Prve zmíněná forma ochrany je nejznámější, protože se konkretizuje v institutu **povinného očkování** coby zákonného provedení práva na ochranu zdraví. Ochrana veřejného zdraví je typickým důvodem pro impozici povinného očkování, resp. sankce za vyhýbání se očkování, a to podle čl. 16 odst. 4 Listiny, který připouští omezení výkonu projevu náboženství také z důvodu ochrany zdraví.¹⁹⁴

Judikatura ÚS k povinnému očkování přináší několik metodologických nejasností. Zaprvé, ačkoliv Listina zmiňuje zájem na ochraně veřejného zdraví pouze u čl. 16, Ústavní soud jej uplatňuje také u čl. 15 Listiny.¹⁹⁵ Zadruhé, ÚS někdy automaticky směřuje k přezkumu zásahů do stěžovatelových práv podle čl. 15 a 16 Listiny (náboženské vyznání), třebaže pečlivější pohled na stěžovatelova podání odhaluje, že

¹⁸⁸ Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/17 ze dne 18. 7. 2017 (313/2017 Sb.), bod 38.

¹⁸⁹ Nálezy sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015 a sp. zn. Pl. ÚS 19/14 ze dne 27. 1. 2015.

¹⁹⁰ Podle čl. 35 Charty má každý právo na přístup k preventivní zdravotní péči a na poskytnutí lékařské péče za podmínek stanvených vnitrostátními právními předpisy a zvyklostmi.

¹⁹¹ Čl. 12 MPHSKP, čl. 11 ESC.

¹⁹² Viz § 2 odst. 2 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, ve znění pozdějších předpisů.

¹⁹³ „Výše citovaný čl. 31 Listiny je totiž nutno vykládat tak, že koncepce ochrany zdraví sice na jednu stranu vychází ze svobody každého člověka v jednání, kterým ovlivňuje své zdraví, na straně druhé je ovšem tato svoboda limitována situacemi, které se dotýkají práv druhých (např. ochrana před epidemiemi, závažnými nakažlivými chorobami). V těchto případech - přesahujících právní sféru individua - stát, vycházející z principu proporcionality, chrání zdraví populace i proti vůli dotčených osob; s ohledem na ústavní odpovědnost státu na zajištění práv plynoucích z čl. 31 Listiny je na něm, jaké nástroje k jejich naplnění zvolí“ (z nálezu sp. zn. Pl. ÚS 51/06 ze dne 27. 9. 2006).

¹⁹⁴ Nálezy sp. zn. III. ÚS 449/06, sp. zn. I. ÚS 1253/14 a sp. zn. Pl. ÚS 16/14.

¹⁹⁵ Viz nálezy k tzv. světské výhradě svědomí, např. nález sp. zn. I. ÚS 1253/14 ze dne 22. 12. 2015. Jak shrnuje komentář, „hranice mezi realizací svobody svědomí a projevem náboženského či jiného přesvědčení je v judikatuře Ústavního soudu nezřetelná“ JÄGER, P. Právo svobodně projevovat své náboženství a autonomie církví. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 7, s. 394-417.

v sázce byla především tělesná integrita podle čl. 7 Listiny, o kterou se stěžovatel ve svém podání obával.¹⁹⁶ To ÚS umožňuje zcela převrátit optiku (racionalita očkování versus iracionalita domnělého náboženského postoje).¹⁹⁷

V kontextu povinného očkování přezkoumával ÚS také **zásahy do osobnostních práv rodičů očkováných dětí**, s jejichž očkování rodiče z náboženských důvodů nesouhlasí (čl. 32 odst. 4 Listiny),¹⁹⁸ nebo práva na vzdělání dětí s **povinným očkováním pro přijetí do mateřské školy** (čl. 33).¹⁹⁹

Podle již zmiňovaného recentního nálezu k nedotknutelnosti **obydlí provozovatelů stacionárních zdrojů na tuhá paliva** odůvodňuje zájem na ochraně zdraví zásah do práva provozovatelů podle čl. 12 Listiny.²⁰⁰

Ilustrativním pro první kategorii je i rozhodnutí ESLP ve věci *Kiyutin*, kde se soud zabýval přípustností ruské legislativy, podle níž je HIV pozitivní cizinec automaticky diskvalifikován z možnosti obdržet povolení k trvalému pobytu a má být deportován. ESLP akceptoval, že ochrana veřejného zdraví může být v podobné situaci legitimním cílem, nicméně paušální odmítnutí trvalého pobytu jakéhokoliv HIV pozitivního cizince nebylo s ohledem na skutkové okolnosti shledáno nezbytným.²⁰¹

Obecná povinnost státu chránit zdraví obyvatelstva se promítá také do požadavku **zajištění poskytování veřejných služeb v oblasti zdravotní péče**. Podle ÚS má stát mj. usilovat o vytvoření optimálního právního prostředí pro existenci a provoz nemocnic ve veřejném vlastnictví a pro vytvoření základní sítě těchto nemocnic.²⁰² Kromě sítě nemocnic vyžaduje ochrana zdraví také **odborný výkon lékařské péče**.²⁰³ Připomenu, že jde o výčet soudně aprobovaných důvodů omezení základních práv (podřaditelných pod „veřejné zdraví“), nikoli povinností státu odpovídajících základnímu právu na ochranu zdraví, přestože se tyto množiny mohou překrývat.

Třetí podoba zájmu na ochraně zdraví je charakteristická tím, že základní právo je omezeno nikoli v zájmu ostatních, nýbrž v zájmu samotného nositele základních práv. To zní možná zvláště, ale plyne to ze specifických situací, v nichž jsou nositelé práv součástí nějakého kolektivního jednání. Tak např. shromažďovací právo účastníků pouličního průvodu, vedoucího po vozovce, může být zákazem shromáždění omezeno z důvodu **ochrany jejich životů a zdraví před ohrožením okolo jedoucími auty**, které

¹⁹⁶ Nález III.ÚS 449/06, odlišné stanovisko J. Musila, bod 10.

¹⁹⁷ LANGÁŠEK, T. Nedotknutelnost osoby a zákaz mučení. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 186 an.

¹⁹⁸ Nález Pl. ÚS 19/14. O podobný střet práva rodiče a zdraví dítěte jde i v nálezu ke krevní transfuzi dítěte, jehož rodiče jsou Svědky Jehovovi (nález sp. zn. III. ÚS 459/03 ze dne 20. 8. 2004 (N 117/34 SbNU 223). Zde však není ohroženo zdraví veřejnosti.

¹⁹⁹ Nález Pl.ÚS 16/14.

²⁰⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/17 ze dne 18. 7. 2017, bod 39.

²⁰¹ Rozhodnutí *Kiyutin proti Rusku* ze dne 10. 3. 2011, stížnost č. 2700/10.

²⁰² Nález sp. zn. Pl. ÚS 51/06 ze dne 27. 9. 2006 (N 171/42 SbNU 471; 483/2006 Sb.), bod 60.

²⁰³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 40/06 ze dne 14. 10. 2008 (N 171/51 SbNU 93; 6/2009 Sb.). Ústavní soud zde vedl úvahu o legitimním požadavku na povinné členství lékařů v České lékařské komoře pouze v abstraktní rovině, v testu proporcionality tento zájem nepoužil.

ani organizační opatření nemohou vyloučit.²⁰⁴ Zde je však třeba dát pozor na riziko instrumentalizace práv, o němž pojednávám v další podkapitole.

Vedle výše zmíněných specifických oblastí není legitimní cíl ochrany zdraví spojen s pravidelnými střety dvou ústavních hodnot nejen v judikatuře ÚS, ale ani NS nebo NSS. To může být zapříčiněno existencí zvláštního a poměrně podrobného zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví (dříve zákon o péči o zdraví lidu) a jeho rozsáhlé prováděcí legislativy z dílny Ministerstva zdravotnictví. Kolize ochrany soukromí, tělesné integrity, vlastnictví, autonomie vůle zaměstnavatelů a dalších ústavních hodnot se zájmem na zajištění zdravého a hygienického prostředí pro všechny jsou tak řešeny na úrovni zákona. Soudy dohlíží jen na to, jestli bylo platné právo aplikováno správně.²⁰⁵

Esence legitimního cíle ochrany veřejného zdraví odpovídá třem podobám veřejného zájmu: zájem vyvarovat se ohrožení zdraví obyvatelstva, zájem udržovat systém efektivní zdravotní péče a ve specifických případech také zájem chránit zdraví jednotlivců.

(d) Mravnost

Zájem na ochraně mravnosti je jako důvod omezení výslovně uveden u čl. 16, 17 a 19 Listiny. Spojitost mezi těmito články je evidentní, neboť všechny se vztahují k názorovým a hodnotovým projevům člověka,²⁰⁶ a to případně se zřetelem k určitému obsahu (čl. 16) anebo k určité formě (čl. 19).²⁰⁷

Coby pojem navýsost abstraktní může být mravnost popisována a opisována, avšak nikdy ne zcela definována. Problematická je hned z několika důvodů. Zaprvé, jde o pojem dynamický, který dnes už vůbec nemusí být takový, jaký byl včera.²⁰⁸ Zadruhé, není zcela jasné, jaký je vztah mezi kategoriemi mravnosti, morálky a dobrých mravů, které se objevují na různých místech právního řádu.²⁰⁹ Právní věda by tak měla zkoumat, jak tento trojjedinný pojem reflektují jednotlivá právní odvětví (právo občanské, obchodní, trestní a správní), resp. jak jej reflektují soudci příslušných soudních senátů vyšších soudů (jednak senáty NSS, jednak občanskoprávní, obchodní a trestní kolegium

²⁰⁴ Rozsudek 5 As 26/2007 z 4. 9. 2007 (č. 1385/2007 Sb. NSS).

²⁰⁵ Srov. 4 Ads 21/2008-125 z 27. května 2009, kde NSS dává spíše podněty k rozumnému výkladu a aplikaci § 84 odst. 1 písm. b) zákona o ochraně veřejného zdraví, než že by polemizoval s tím, jak toto ustanovení oba zájmy vyvažuje (s. 134 rozsudku).

²⁰⁶ Ne nezbytně jen verbálním.

²⁰⁷ Což neplatí o ostatních člancích Listiny. Výjimkou je toliko právo petiční, kterým se lze jistě dopouštět prohřešků vůči mravnosti, ne však podáním petice samé, nýbrž sděleními v ní obsaženými, proto by ÚS např. i defamační žalobu kvůli urážlivému obsahu petice posuzoval jako střet ochrany dobrého jména a svobody projevu (čl. 17 Listiny).

²⁰⁸ To samozřejmě přináší otázku, na kolik může být následující analýza směrodatná. Časový interval mezi citovanými nálezy a předloženou prací však není tak veliký, aby ospravedlňoval úvahy o celospolečenských posunech v chápání mravnosti.

²⁰⁹ *Slovník spisovného jazyka českého* uvádí, že mravnost je souhrnem zásad určujících chování a jednání lidí v určité společnosti, resp. jednání podle těchto zásad, přičemž morálka je synonymem, příp. je to nauka o mravnosti. Používá-li evropské právo výraz veřejná morálka (*public morality*), překládá se tento standardně jako veřejná mravnost. *Slovník spisovného jazyka českého* [online]. „mravnost“, „morálka“, (zpracoval lexikografický kolektiv Ústavu pro jazyk český ČSAV). Dostupné z: <http://ssjc.ujc.cas.cz>.

NS). Na tak ambiciózní projekt ale chybí v předložené práci prostor. V centru pozornosti proto budou pouze ústavněprávní přesahy pojmu mravnosti, tedy takové situace, v nichž Ústavní soud připustil faktický střet mezi základním právem a mravností jako hodnotou, pro kterou mělo být omezeno.

Zatřetí, nejasnost pojmu může negativně ovlivňovat kvalitu odůvodnění závazných (*inter partes*) rozhodnutí orgánů veřejné moci. Argumentačně vyspělé rozhodnutí by mělo umožnit účastníku řízení jednoduše a zcela pochopit, proč v řízení neuspěl. K tomu však odkaz na mravnost spíše brání, než-li přispívá. Příkladem může být stručně odůvodněné usnesení ÚS z roku 1998, týkající se právníka, jenž byl Českou advokátní komorou pokutován za porušení povinnosti advokáta, když ústavní stížnost k Ústavnímu soudu podal na útržku průklepového papíru.²¹⁰ V kárném řízení totiž podle něj nebylo zjištěno, která pravidla slušnosti či zdvořilosti svým jednáním porušil. Soud stížnost advokáta odmítl s tím, že „*pro advokáta, který je činný v právním státě[,] nemůže být obtížné nebo neobvyklé zjistit, které způsoby chování a jednání a které hodnoty mravnosti a lidské důstojnosti je třeba respektovat, aniž by byly výslovně vypočteny v jednotlivých ustanoveních.*“ Citováním tohoto usnesení nemá být zpochybňován závěr soudu jako spíše jeho neschopnost (či neochota) legitimovat své rozhodnutí jinak než axiomatickým poukazem na existenci etické normy, kterou měl stěžovatel nazřít a přijmout.

Na rozdíl od některých jiných legitimních cílů není mravnost součástí aktivní státní politiky. Rozvinuté země hledají stále lepší způsoby, jak chránit lidské zdraví, usnadnit rekultivaci přírody nebo zajistit bezpečnost státu, avšak stát, který by ve větší než rozumné míře aktivně formoval mravní kvality svých obyvatel, by byl zajisté státem paternalistickým. I proto se právní normy týkající se mravnosti soustřeďují zejména do zákazů, a to v trestním²¹¹ nebo ve správním právu²¹².

Ústavní soud ve své judikatuře odmítl roli absolutního morálního arbitra.²¹³ Mravnost chápe jako „*rys jednání, zapadajícího do představ většiny členů určitého společenství o jeho klidném a nenásilném soužití. Taková mravnost je i v moderním pluralitním státě hodnotou, které může, a v určité míře zřejmě i musí, být právním řádem poskytnuta ochrana, nabývající nicméně rozličné a zásadám přiměřenosti podléhající formě.*”²¹⁴ Z jiného nálezu je dále patrné, že Ústavní soud se shoduje s názorem NSS, že mravnost je „*obecně uznávané minimum společenských hodnot*”, přičemž „*(v)ždy půjde o reflexi určitého místního společenského řádu, jenž podléhá z hlediska času určité proměnlivosti. Konkrétní obsah a význam tomuto pojmu přiřazuje správní orgán a posléze soud. Obsahové naplnění pojmu mravnosti tedy nenáleží znalci v jakémkoli oboru lidské*

²¹⁰ Usnesení sp. zn. I. ÚS 393/98.

²¹¹ § 190 nebo § 201 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

²¹² § 2 odst. 3 a § 6a zákona č. 40/1995 Sb., o regulaci reklamy a o změně a doplnění zákona č. 468/1991 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání; § 5 odst. 1 písm. b) a e) zákona č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích; § 32 odst. 1 písm. e) zákona č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání a o změně dalších zákonů; § 6 odst. 3 zákona č. 132/2010 Sb., o audiovizuálních mediálních službách na vyžádání a o změně některých zákonů. Vše ve znění pozdějších předpisů.

²¹³ Usnesení sp. zn. III. ÚS 2313/14.

²¹⁴ *Ibid.*

činnosti.”²¹⁵ Že je otázka mravnosti *quaestio iuris* je patrné i ze související judikatury NSS, v nichž je odmítán argument, že třeba vliv na mravní vývoj dítěte je otázka náležející ke zodpovězení znalci.²¹⁶

V souvislosti s určováním věcí mravních nelze nepřipomenout, že Česká republika je nadále vázána Mezinárodní úmluvou o tom, kterák potírati rozšiřování necudných publikací a Mezinárodní úmluvou o potlačování obchodu s necudnými publikacemi a jich rozšiřování.²¹⁷ Proto ani soudní výklad ohlížející se na měnící se společenské normy nemůže být v rozporu se zněním mezinárodních smluv.²¹⁸

Nejvyšší správní soud k tomu uvedl, že „*hodnocení mravnosti je ze své podstaty subjektivní, ovlivněné osobou hodnotícího a podmíněné kulturním prostředím i časem, v nichž je zaujímáno. Pro ilustraci změn ve vnímání pojmu mravnosti lze odkázat např. na rozsudek prvorepublikového Nejvyššího správního soudu Boh. A 11944/35, kde bylo shledáno nepřístojným „zejména společné táboření osob různého pohlaví v přírodě i ve stanech, chatách a srubech - vyjímaje táboření rodinné - pobíhání v nedostatečném úboru, zvláště v úboru koupacím mimo obvod vykázaných koupališť, zpívání popěveků obsahu nemravného ...“* V kontextu nevhodných televizních pořadů soud zkoumal, zda došlo k „*vybočení z přípustných mezí denního vysílání.*”²¹⁹

Ani představy většiny členů společnosti, ani uznávané minimum společenských hodnot, ani přípustné meze však nepřispívají k takovému pochopení pojmu, které by přesahovalo jen obyčejný odkaz na to, o čem se dá tvrdit, že to většina společnosti považuje za správné a co ve výsledku bude záviset zejména na osobě hodnotícího a jeho dojmech.

Jedním z institutů, který mravnost ve společnosti chrání, je **pořádková pokuta**. „*Jedná se o zákonné omezení svobody projevu účastníků, aby se ve vztahu k soudu chovali slušně a svá stanoviska vyjadřovali věcně a bez hrubě urážlivého kontextu.*”²²⁰ Ze skutečnosti, že pořádkovou pokutu ukládají civilní i trestní soudy zásadně pro způsob chování účastníka řízení *vůči soudu*, plyne závěr, že ochrana mravnosti je zájmem stojícím v pozadí zájmu na zachování autority a nestrannosti soudní moci (viz písm. j) této části).²²¹ Pořádková pokuta nechrání dobré mravy v řízení jako takovém,²²² jako

²¹⁵ Usnesení sp. zn. I. ÚS 1171/09.

²¹⁶ Rozsudek 8 As 62/2005 ze dne 26. 2. 2007, s. 70; srov. 5 As 15/2011 ze dne 29. 3. 2012.

²¹⁷ Úmluvy vyhlášené v Zákoníku říšském pro království a země v radě Říšské zastoupené pod č. 116/1912 a pod č. 96/1927 Sb. z. a n.

²¹⁸ LANGÁŠEK, T. Nedohtknutelnost osoby a zákaz mučení. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*, op. cit. sub 7, s. 186 an.

²¹⁹ Usnesení sp. zn. I. ÚS 1171/09 ze dne 25. 11. 2009.

²²⁰ Usnesení sp. zn. I. ÚS 3597/13 ze dne 29. 1. 2014.

²²¹ Soudní budova portretovaná jako svatostánek spravedlnosti vyžadující vážnost a úctu stojí v opozici k policejní stanici nebo místu silniční kontroly, kde se zájem na udržení vážnosti a autority veřejné moci, stojící za nově zavedeným přestupkem znevážení postavení úřední osoby při výkonu její pravomoci, představuje v ryzí podobě bez jakéhokoli odkazu k úrovni morálky ve společnosti. Viz důvodovou zprávu k vládnímu návrhu zákona o některých přestupcích (554/0, VII. volební období), s. 43.

²²² Nepřípustné by jistě bylo např. sankcionování vulgárního jazyka ve svědecké výpovědi.

spíše dobré mravy v jednání se soudními orgány. Nejzřetelněji to lze pozorovat u pořádkových pokut trestajících urážlivé výroky v námitkách podjatosti soudce.²²³ Z nálezů Ústavního soudu plyne, že mravnost zde vystupuje toliko jako měřítko přijatelnosti, zatímco skutečným důvodem omezení je ochrana autority soudní moci, resp. konkrétních soudců, přičemž pro poměrování proti sobě stojících zájmů soud po štrasburském vzoru používá podobná kritéria jako ta určená pro kolizi svobody projevu a práva na soukromý život.²²⁴

Vztah shromažďovacího práva a ochrany mravnosti nejlépe ilustruje náleze ke shromáždění spolku Stop Genocidě v obci Chrastava,²²⁵ v němž se ÚS podrobně věnoval zejména **intenzivnější ochraně dětí před nemravnými projevy**. Konkrétně soud odmítl tvrzení, že dospělí jedinci jsou chráněni před šokujícími panely ve veřejném prostoru, protože „*jsou obecně povinni strpět konfrontaci s takto vyjádřenými postoji, neboť lze očekávat, že se sami dokáží s prezentovanými materiály vypořádat a tyto na nich nezanechají, pokud s nimi nebudou souhlasit, újmu na jejich zdraví a nezasáhnou ani do jejich základních práv. Pohoršení kolemjdoucích či jejich znechucení z vystavených informačních panelů je totiž nutno chápat jako projev jejich nesouhlasu s těmito názory (či nesouhlasu se způsobem jejich prezentace), nepostačí však k limitaci svobody projevu či práva shromažďovacího*“.²²⁶ K limitaci těchto práv však může postačit zájem na zdravém a nerušeném mravním a sociálním vývoji dítěte.²²⁷ Stát je zde povinen zabránit tomu, aby děti a mladiství přijímali sdělení pro ně nevhodná.²²⁸ Protože přijetí šokujících sdělení podle ÚS nešlo zabránit jinak než zákazem stěžovatelova shromáždění, ÚS protiústavnost opatření neshledal.

Rozlišení mezi příjemci sdělení (dospělí a děti) invokuje závěry Nejvyššího soudu USA ve věci *Village of Euclid*, kde soud vyslovil známý *argument prasete v salóнку*: zjistí-li úřad, že prase už není v chlívkou, nýbrž v salóнку, nezávisí ústavnost výkonu jeho pravomoci na důkazu, že ono prase je obscénní.²²⁹ V souvislosti s předmětným nálezem to znamená, že rozhodnutí správního orgánu o zákazu shromáždění bylo závislé nikoli na posouzení míry nemravnosti, nýbrž na kontextu sdělení. Rozhodnutí bylo zásadně dedukcí z jedné právní a dvou faktických premis, a sice že děti mají ústavně garantovaný

²²³ Usnesení sp. zn. II. ÚS 409/10 ze dne 7. 10. 2010.

²²⁴ Nález sp. zn. I. ÚS 750/15 ze dne 19. 1. 2016.

²²⁵ Nález sp. zn. II. ÚS 164/15 ze dne 5. 5. 2015 (N 88/77 SbNU 285). Spolek Stop Genocidě měl v úmyslu - jako v mnoha jiných jeho předchozích kauzách - vystavit na náměstí panely vyobrazující potraty, mj. s použitím fotografií zavražděných během Holocaustu. Nedaleko stála základní škola. Svolatel avizoval užití několika preventivních opatření, aby kolemjdoucí děti šokující panely neviděly (body 2 a 3 nález).

²²⁶ Nález sp. zn. II. ÚS 164/15 ze dne 5. 5. 2015 (N 88/77 SbNU 285), bod 32.

²²⁷ Čl. 32 odst. 1 věta druhá Listiny a čl. 3 odst. 1 a 2 Úmluvy o právech dítěte.

²²⁸ Nález sp. zn. II. ÚS 164/15 ze dne 5. 5. 2015 (N 88/77 SbNU 285), bod 35.

²²⁹ *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.* 272 U.S. 382 (1926).

nárok na zvláštní ochranu,²³⁰ že vyobrazení na panelech lze považovat za obecně šokující²³¹ a že do kontaktu s nimi se mohli dostat děti a mladiství.²³²

Nejen šokující charakter, ale i vliv na vývoj dítěte může podle ÚS a NSS posoudit „každý s běžnými znalostmi a praktickými zkušenostmi získanými školním vzděláním, výchovou a životními prožitky, nepůjde-li o složitý hraniční případ [...], neboť jde o zákonitost, s nimiž je konfrontován každý, kdo se kdy jakkoliv podílel na výchově dítěte, ale též jakákoliv průměrná normálně smýšlející osoba aplikující standardy současné společnosti v této oblasti...“²³³ Názor ÚS zjevně nelze interpretovat tak, že člověk, který nesouhlasí s excesivním protekcionismem ze strany státu před nemravnými, leč neinvazivními projevy, není normálně smýšlející osobou. Ústavní soud tím ale opět uznává, že, co je nemravné (a tudíž pro děti nevhodné), se odvíjí od představ většiny členů určitého společenství. To nás vrací k již namítanému nedostatku přesvědčivě abstraktně vyjádřených veřejných zájmů; soud své rozhodnutí standardně legitimuje toliko axiomatickým poukazem na existenci etické normy, kterou měl stěžovatel nazřít a přijmout.

Ve věci *Chrastava* soud zakázal shromáždění (spojené s vystavením kontroverzních panelů) jako takové, protože kolidovalo se zájmem na ochraně dítěte. Znamená to, můžeme se ptát, že projev přípustný ve společnosti chránící veřejnou mravnost se omezuje pouze na ta sdělení, která se mohou dostat k dětským očím či uším (a že s vaničkou vyléváme i dítě)?²³⁴ Svým důrazem na (ne)přístupnost dětí k předmětnému projevu či shromáždění²³⁵ dává ÚS na tuto otázku zřetelnou (a rozumnou) negativní odpověď. Přestože zůstává pochybné, jestli je jediné kritérium dostupnosti dětem dlouhodobě udržitelné, zejména s ohledem na snadnější a snadnější přístup dětí v 21. století k násilným, drastickým a vulgárním obsahům,²³⁶ v citovaném případě - podobně jako v ostatních kauzách spojených se spolkem Stop Genocidě - byl kontroverzní projev adresovaný přímo okoloidoucím dětem, takže s vlastním závěrem soudu není na místě polemizovat.

Dalšími právními normami zřetelně chránícími mravnost jsou trestný čin výtržnictví a přešůpek vzbuzení veřejného pohoršení.²³⁷ Jak bylo naznačeno výše, aby jejich aplikace měla relevantní ústavněprávní přesah, muselo by při ní dojít k zásahu do některých ze základních práv garantovaných Listinou (čl. 16, 17 a 19). Takových případů

²³⁰ Nález sp. zn. II. ÚS 164/15, bod 26.

²³¹ Nález sp. zn. II. ÚS 164/15, bod 32.

²³² Nález sp. zn. II. ÚS 164/15, bod 35.

²³³ Nález sp. zn. II. ÚS 164/15, bod 28.

²³⁴ Tuto otázku řešilo např. rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *FCC v. Pacifica Foundation* (438 U.S. 758 (1978)).

²³⁵ „[K]onkrétní velikost náměstí nikterak nezaručuje, že by se děti mohly tomuto shromáždění vyhnout, a nemusely by tak být konfrontovány s obsahem vystavených šokujících sdělení“ (II. ÚS 164/15, bod 28).

²³⁶ Srov. rozsudek č. j. 7 As 48 2012-18 z 31. května 2012.

²³⁷ Viz § 358 zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a § 5 odst. 1 písm. e) zákona č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích, ve znění pozdějších předpisů. Do 30. června 2016 se jednalo o § 47 odst. 1 písm. d) zákona č. 200/1990 Sb, o přestupcích, v účinném znění.

je ovšem minimálně a ÚS proto velmi zřídka dostává příležitost vyjádřit se k řešení střetu základního práva s tímto veřejným zájmem.²³⁸ Jednou z nich byl případ stěžovatele, který opakovaně veřejně a před svědky vulgárně **slovně napadal a vyhrožoval zaměstnankyni stavebního úřadu**.²³⁹ Zatímco pronesení „*bezpochyby známých slovních opisů a synonym, které nejsou toliko bezobsažnými vulgarismy*“, za sníženého veřejného provozu může obstát před požadavkem mravnosti, pronesení takových výrazů, „*jejichž obsah odmítaly některé svědkyně v průběhu hlavního líčení byť i jen reprodukovat*“ v ranních hodinách je už pro ÚS nepřijatelné a související ústavní stížnost zjevně neopodstatněná.²⁴⁰

Na obsah pojmu mravnosti podle ÚS lze dále usuzovat nepřímou, to když např. Ústavní soud nerozporuje právní názor NS, že „*veřejně provozovaná masturbace je dlouhodobě považována za jednání narušující pravidla slušného občanského soužití a morálky v takové kvalitě, že je řazena mezi nejzávažnější projevy hrubé neslušnosti ve smyslu jednoho ze zákonných znaků ustanovení § 358 trestního zákoníku o trestném činu výtržnictví*“.²⁴¹

Přestupek vzbuzení veřejného pohoršení představuje pro NSS „*jeden z bodů, v nichž se zvláštním způsobem stýká mravnost s právem, jakkoliv jsou jinak nezávislémi normativními systémy budovanými na zcela odlišných základech a principech*“.²⁴² Konkrétně se tento přestupek vztahuje k takovým projevům jednotlivce, „*kteřím svým obsahem, formou nebo kontextem či kombinací uvedených charakteristik intenzivně narušují mravnost*“.²⁴³ Zdá se, že NSS chápe intenzivní narušení mravnosti jako tzv. *kvalifikovaný rozpor s mravností*.²⁴⁴ Srovnatelnými kategoriemi jsou i „*rozpor s obecně uznávanými ustálenými mravními zvyklostmi*“ či „*objektivní pohoršlivost*“.²⁴⁵ Kromě pocitu mravnosti jako vnitřní záležitosti každého člena společnosti totiž jistě existuje jistý obsah pravidel, na němž se v daném místě a čase shodne společnost jako celek, byť obvykle ne všemi svými členy, ale relevantní většinou.²⁴⁶ Tato podmínka nemusí být splněna vždy, a tak lze hovořit o jednáních, jež často pohoršují konkrétní jedince, nejsou však v rozporu s tímto celospolečenským konsenzem mravnosti; např. požívání masa, kouření na veřejnosti či oblékání se do kůže mrtvých živočichů.²⁴⁷ Mezi tato jednání patří i obnažování se na veřejnosti nespojené se sexuálními či podobnými pohnutkami, neboť „*pohoršující povaha nahoty lidského těla je v rámci soudobé společnosti spíše otázkou*

²³⁸ Pokud jde o trestný čin výtržnictví, nepodařilo se mi za dobu účinnosti nového trestního zákoníku vyhledat jediný případ výtržnictví, který by se ÚS rozhodl meritorně posoudit.

²³⁹ Usnesení sp. zn. III. ÚS 2313/14 ze dne 19. 8. 2014, bod 2.

²⁴⁰ Usnesení sp. zn. III. ÚS 2313/14 ze dne 19. 8. 2014, body 16 a 17.

²⁴¹ Usnesení sp. zn. III. ÚS 2351/16 ze dne 20. 6. 2017, zvýraznění doplněno.

²⁴² Rozsudek č. j. 2 As 69/2003-4.

²⁴³ Rozsudek č. j. 2 As 79/2013-27.

²⁴⁴ Rozsudek č. j. 2 As 69/2003-4.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ Rozsudek č. j. 2 As 69/2003-6.

diskuse, než otázkou všeobecného odmítání nutného pro shledání veřejného pohoršení.”²⁴⁸

Lze shrnout, že mravnost je abstraktním a dynamickým pojmem, nacházejícím různá terminologická vyjádření napříč právním řádem. Ústavní soud ji považuje za rys jednání, zapadajícího do představ většiny členů určitého společenství o jeho klidném a nenásilném soužití. Otázka mravnosti je otázkou právní.

Přestože by se skalní liberálové mohli ohradit nad českou legislativou jako příliš paternalistickou, faktem je, že právní předpisy běžně nejsou napadány pro jejich snahu diktovat mravní kvality občanů (což by byl zásah do *forum internum* dle čl. 15 Listiny). Na druhou stranu, stát zmocněný Listinou usiluje o uchování určité mravní kvality veřejného prostoru a vztahů mezi lidmi. Veden snahou o zachování autority soudních a administrativních orgánů, pomáhá si kritériem mravnosti jako důvodem pro omezení základních práv.

Esencí legitimního cíle ochrany mravnosti je **vyločení takových projevů ve veřejném prostoru, která jsou v rozporu s vkusem většiny společnosti v určitém čase na určitém místě**, a to i přes současné omezení základních práv. Podobně jako u veřejném pořádku je i zde účelem zakonzervovat normalitu, avšak primárně ve sféře projevů, méně výrazně ve sféře společenských vztahů. I proto ochranu mravnosti najdeme jen ve třech člancích Listiny.

(e) Příroda

Zájem na ochraně přírody je zakotven v Preambuli a v čl. 7 Ústavy²⁴⁹ a promítá se do zmocnění zákonodárce k omezení svobody pohybu a pobytu na určitých územích (čl. 14 odst. 3 Listiny). Může se jevit jako matoucí, že i výkon vlastnického práva je omezen tím, že vlastník nesmí poškozovat lidské zdraví, přírodu a životní prostředí nad míru stanovenou zákonem (čl. 11 odst. 3 věta druhá Listiny). Avšak jedná se o vymezení vlastnického práva, plynoucí ze specifického režimu článku 11 Listiny, jemuž se z toho důvodu věnuji ve zvláštní kapitole.²⁵⁰ Zkrátka, ochrana přírody neplatí za legitimní cíl omezení základního práva na vlastnictví, pouze svobody pohybu a pobytu.

Ačkoliv je podle komentáře pochybné, do jaké míry je ochrana přírody souladná s taxativním výčtem důvodů omezení svobody pohybu a pobytu v čl. 2 odst. 3 Protokolu č. 4 Úmluvy, domnívám se, že ochrana přírody by spadala do druhé omezující klauzule v odst. 4, podle něž mohou tato práva v určitých oblastech podléhat omezením

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ *Odhodláni společně střežit a rozvíjet zděděné přírodní [...] bohatství.; Stát dbá o šetrné využívání přírodních zdrojů a ochranu přírodního bohatství.*

²⁵⁰ Ze soudní praxe viz např. rozsudek Krajského soudu v Praze s č. j. 47 A 33/2013-64. Tzv. vnitřní omezení vlastnického práva představuje „rozšíření odpovědnostní dimenze ochrany životního prostředí od státu směrem k jednotlivci.“ KOKES, M. Právo na příznivé životní prostředí. In: WAGNEROVÁ, E. et al. Listina základních práv a svobod. Komentář, op. cit. sub 7, s. 707-22. Tím, že zákon stanoví míru, se jen zmírňuje absolutnost této odpovědnosti, tedy „uvolňuje“ právo.

stanoveným podle zákona a odůvodněným veřejným zájmem v demokratické společnosti.²⁵¹

Zmocnění podle čl. 14 odst. 3 se vztahuje jen k běžným (a nikoli mimořádným) situacím, kdy svoboda pohybu a pobytu může být limitována i jinými důvody.²⁵² Takto např. vodní zákon zakazuje vstup a vjezd do ochranného pásma I. stupně²⁵³ nebo zákon o ochraně přírody a krajiny určuje, kdy může orgán ochrany přírody omezit vstup na vymezená území.²⁵⁴ Druhý příklad je specifický tím, že § 64 zákona o ochraně přírody a krajiny konkretizuje podmínky, za nichž může být omezení v čl. 14 odst. 3 provedeno.²⁵⁵

O tom, jak může být obtížné naplnit „zákonem stanovené skutkové předpoklady“ omezení svobody pohybu v citovaném § 64 se přesvědčila Správa národního parku Šumava, které NSS zrušil opatření obecné povahy omezující pohyb chodců a lyžařů po některých stezkách parku ve vymezeném období roku.²⁵⁶ Jediný účel opatření, který byl pro NSS dostatečně podrobně odůvodněn, aby ospravedlnil omezení vstupu na vyznačená území, byla ochrana určitých druhů ptáků.²⁵⁷ Opatření nakonec neobstálo před požadavkem vhodnosti a potřebnosti zásahu.

Další relevantní judikatura - zejména ÚS, NS nebo ESLP - bohužel chybí. Vysvětlení, co vše se pod přírodou, kterou ústavodárce odlišuje od životního prostředí (srov. čl. 11 odst. 3 Listiny), myslí, by přitom předvídatelnému výkladu Listiny prospělo. Zvláště když tento pojem nemá legální definici. S ohledem na význam pojmu v odborné literatuře²⁵⁸ a použití v zavedených zákonných normách a v judikatuře NSS lze setrvat na tom, že esence legitimního cíle ochrany přírody tkví v **ochraně veškerých živých organismů a jejich přirozeného prostředí**, přičemž nezbytnost ochrany se bude posuzovat až v dalších krocích testu proporcionality. Esencí legitimního cíle naopak není ochrana přírodních zdrojů (ropné vrty, uhelné sloje).²⁵⁹

²⁵¹ MOLEK P. Svoboda pohybu a pobytu. In: WAGNEROVÁ, E. et al. Listina základních práv a svobod, op. cit. sub 7, s. 352-363. Srov. HARRIS, D., O'BOYLE, M. a BATES, E. Law of the European Convention on Human Rights. 3. vyd., Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 955.

²⁵² Např. § 3 odst. 1 zákona č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a o změně některých zákonů.

²⁵³ Viz § 30 odst. 7 zákona č. 254/2001 Sb., o vodách a změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

²⁵⁴ Viz § 64 zákona České národní rady č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů. Třeba Správa Krkonošského národního parku vydala v létě 2017 na základě tohoto zmocnění zákaz vstupu do některých lokalit bohatých na borůvčí, jehož úbytek ohrožoval semenožravé ptáky a savce (srov. veřejnou vyhlášku KRNAP opatření obecné povahy č. 1/2015 o omezení vstupu z důvodu ochrany přírody, č.j. 04607/2015). Vstup do I. zóny národního parku je trvale omezen podle čl. 2 odst. 2 Návštěvního řádu Krkonošského národního parku.

²⁵⁵ Omezení nebo zákaz vstupu je možný jen (1) hrozí-li poškození území nebo jeskyně, (2) po projednání s dotčenými obcemi, (3) opatřením obecné povahy a (4) s řádným vyznačením na všech přístupových cestách a vhodným způsobem i na jiných místech v terénu.

²⁵⁶ 7 Ao 6/2010 - 44

²⁵⁷ Rozsudek č. j. 7 Ao 6/2010 - 57 z 15. prosince 2010.

²⁵⁸ BOROVIČKOVÁ, H. a HAVELKOVÁ, S. Nástroje ochrany přírody a krajiny [online]. *PLANETA*, 2015, roč. XII, č. 8, s. 5. Dostupné z: [https://www.mzp.cz/web/edice.nsf/9BE7ACE92CCC839FC125708B001BB0F6/\\$file/planeta8_web.pdf](https://www.mzp.cz/web/edice.nsf/9BE7ACE92CCC839FC125708B001BB0F6/$file/planeta8_web.pdf) [cit. 15-11-2017]

²⁵⁹ K legální definici přírodních zdrojů viz § 7 zákona č. 17/1992 Sb., o životním prostředí.

(f) Majetek

Zájem na ochraně majetku²⁶⁰ se promítá do omezující klauzule práva shromažďovacího (čl. 19). Vystopovat původ tohoto legislativního řešení není jednoduché. Ochrana majetku totiž nebyla předvídána pro omezení shromažďovacího práva ani jedinou z československých ústav, z mezinárodních smluv (Úmluvy, MPOPP, VDLP) ani z dalších starších dokumentů. Nalézt ji můžeme až v návrhu poslanců ČNR ke přijetí Listiny²⁶¹ a poté v obou legislativních návrzích ČNR a SNR ve Federálním shromáždění²⁶². Vezmeme-li v úvahu zahraniční ústavy, kterými se tvůrci Listiny nejvíce inspirovali,²⁶³ můžeme určitou inspiraci dovodit z čl. 21 Ústavy Španělska.²⁶⁴

V každém případě se jeví, že ochrana majetku byla do omezující klauzule k čl. 19 zařazena cíleně a již od počátku přípravných prací. Je proto vhodné uvažovat o tomto legitimním cíli pouze v kontextu 19. článku.²⁶⁵ Avšak nenašel jsem jedinou kauzu, kde by jej bylo k omezení shromažďovacího práva užito.

Intuitivně by mohlo jít o případ násilného protestu, který by ohrožoval majetek obyvatel např. házením dlažebních kostek. Takový protest však do skutkové podstaty shromažďovacího práva ani spadat nemůže (srov. čl. 19 odst. 1 Listiny). Pokud by byl majetek ohrožen už jen samotným konáním poklidného (spontánního) shromáždění, např. formou squattingu,²⁶⁶ s největší pravděpodobností by bylo zasaženo do individuálního vlastnického práva toho, komu majetek patří, čímž se dostáváme do oblasti střetu dvou základních práv, který má stát povinnost řešit. Veřejný zájem na ochraně majetku tak působí - alespoň po roce 1989 - redundantně.²⁶⁷ Dovožovat jeho esenci nemá smysl.

²⁶⁰ Pojem majetek, obsažený v současném § 495 OZ, chápala civilistika před rekonstrukcí jako „*souhrn věcí, práv a jiných majetkových hodnot náležejících těžce osobě*.“ KNAPPOVÁ, M. a ŠVESTKA, J. et al. *Občanské právo hmotné*. 3. vyd. Praha: ASPI, 2002, s. 226.

²⁶¹ Srov. ČNR, 6. volební období (7. 6. 1990 - 4. 6. 1992), sněmovní tisk 91.

²⁶² Srov. FS, 6. volební období, (7. 6. 1990 - 4. 6. 1992), sněmovní tisky 330 a 331.

²⁶³ FILIP, J. *Ústavní právo České republiky: základní pojmy a instituty: ústavní základy ČR*. Dotisk 4. vyd. [i.e. 5. vyd.]. Brno: Václav Klemm, 2011, s. 317.

²⁶⁴ Ústavní zákon č. 311 z 29. prosince 1978.

²⁶⁵ Podle zákona č. 2/1991 Sb., o kolektivním vyjednávání, je nezákonná stávka (§ 20 písm. j)) či výluka (§ 28 písm. h)) v některých strategických povoláních (čl. 44 Listiny), pokud by stávkou (výlukou) došlo k ohrožení života nebo zdraví občana, popřípadě majetku. Vojtěch Šimíček podle mě správně uvádí, že toto zákonné omezení zjevně vybočuje z mezí uvedených v čl. 44 Listiny (ŠIMÍČEK, V. *Omezení některých práv*. In: WAGNEROVÁ, E. et al. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 3, s. 866-873).

²⁶⁶ Rozsudek č. j. 6 As 255/2014 - 42 z 25. května 2015.

²⁶⁷ Dobře to jde vidět na nálezu k zákazu ohňostrojů v památkové zóně města, kde ÚS podřadil ochranu majetku (zde významného majetku v podobě historických památek) pod ochranu veřejného pořádku. „*Účelem napadené vyhlášky je ovšem zajištění veřejného pořádku v širších dimenzích, do nichž spadá i ochrana majetku. Tento účel úpravy je zřejmý již ze samotného vymezení prostor, kde nesmí být určité činnosti vykonávány, tzn. památková zóna města. Účelem napadené vyhlášky tedy primárně zjevně není ochrana bezpečnosti osob, nýbrž právě ochrana majetku, a to v jeho kulturně-sociální dimenzi*“ (nález sp. zn. Pl. ÚS 57/05, bod 19).

(g) Předcházení trestným činům

Legitimní cíl předcházení trestným činům najdeme v ustanovení čl. 20 odst. 3 Listiny, zmocňujícím k omezení práva sdružovat se ve spolcích, společnostech a jiných sdruženích a práva zakládat politické strany a hnutí a sdružovat se v nich. Úpravu sdružovacího práva, jež se dočkalo své renesance teprve po roce 1989, ústavodárce převzal z téměř identického čl. 11 Úmluvy.²⁶⁸ V Úmluvě jsou takto omezována hned čtyři práva.²⁶⁹ Ve spojení s legitimním cílem na ochraně pořádku (*prevention of disorder*),²⁷⁰ s nímž se v Úmluvě na těchto místech vyskytuje, jde o nejčastěji deklarovaný a nejčastěji přijímaný cíl zásahu před ESLP. Propracovanou doktrínu ESLP náš ÚS extenzivně cituje.²⁷¹

Jestliže u ostatních kvalifikovaných práv s KVZ tento legitimní cíl nenajdeme, znamená to, že do nich stát z tohoto důvodu zasahovat nemůže (problém distribuce)? Závěr dalece nepraktický, přesto striktně vzato správný při disciplinovaném čtení Listiny. Připuštěním tohoto legitimního cíle také u omezování jiných práv tak Ústavní soud sice vyhovuje praxi a přibližuje se modelu limitování Úmluvy, avšak toliko na úkor předvídatelného výkladu Listiny, resp. standardních výkladových metod.

Veřejný zájem vtělený do předcházení trestných činů se velmi podobá zájmům předvídaných jinými články Listiny (např. veřejný pořádek, veřejná bezpečnost), což by umožnilo problém vyřešit pomocí subsumpcce.²⁷² Na druhou stranu, je otázkou, jak by byla případná subsumpcce konzistentní s nálezy ÚS k institutu vyhoštění, v nichž ÚS na pozadí štrasburské judikatury zdůraznil, že ke splnění podmínek omezení svobody pohybu a pobytu se nevyžaduje přítomnost obavy ze spáchání trestného činu vyhoštěnou osobou.²⁷³

Podle ESLP předcházení trestným činům pokrývá „zajištění důkazů za účelem zjištění a stíhání trestných činů.“²⁷⁴ Takto může být odůvodněno potrestání předvolaného svědka,

²⁶⁸ Čl. 11 odst. 2 Úmluvy stanoví: „na výkon těchto práv nemohou být uvalena žádná omezení kromě těch, která stanoví zákon, a která jsou nezbytná v demokratické společnosti v zájmu národní bezpečnosti, veřejné bezpečnosti, ochrany pořádku a předcházení zločinnosti, ochrany zdraví nebo morálky nebo ochrany práv a svobod jiných. Tento článek nebrání uvalení zákonných omezení na výkon těchto práv příslušníky ozbrojených sil, policie a státní správy.“ Srovnáním s čl. 20 odst. 2 zjistíme, že vypuštěna byla toliko ochrana zdraví nebo morálky.

²⁶⁹ Viz čl. 8 odst. 2 (právo na soukromý a rodinný život), čl. 10 odst. 2 (svoboda projevu), čl. 11 odst. 2 (právo sdružovací a shromažďovací) a Protokol č. 4 čl. 2 odst. 3 (svoboda pohybu) Úmluvy. Oficiální anglická verze zní *prevention of crime*, v českém překladu *předcházení zločinnosti*.

²⁷⁰ Souhlasím s názorem autorů komentáře, že český překlad „předcházení nepokojům“ neodpovídá anglickému ani francouzskému znění. KOSAŘ, D., BOBEK, M. Omezení práv a svobod zaručených v Úmluvě. In: KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J a, BOBEK, M.. *Evropská úmluva o lidských právech*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012, s. 110-113.

²⁷¹ Vliv judikatury ESLP lze znát např. z nálezu sp. zn. III. ÚS 3457/14 ze dne 26. 4. 2016.

²⁷² A někdy se k tomu ÚS schyluje. Viz např. usnesení sp. zn. II. ÚS 3861/13 ze dne 12. 11. 2014 (U 16/75 SbNU 649), bod 19, kde ÚS řešil ústavnost zákazu vycestování do zahraničí a s ním spojené povinnost obviněné osoby vydat její cestovní doklad soudu, tak aby se nemohla vyhýbat trestnímu řízení, ztěžovat ho nebo mu zcela uniknout.

²⁷³ Nález sp. zn. Pl. ÚS 10/08 ze dne 12. 5. 2009 (N 115/53 SbNU 427; 229/2009 Sb.), bod 108.

²⁷⁴ Van der Heijden proti Nizozemsku, stížnost č. 42857/05, bod 54.

který v rozporu se zákonem odmítl svědčit,²⁷⁵ nebo systém shromažďování vzorků DNA a otisků prstů.²⁷⁶ Že normativní rozdíl mezi předcházením a stíháním trestných činů nevnímá, plyne i z nálezů ÚS.²⁷⁷

Konkrétně o legitimním cíli *zjištění a spravedlivém potrestání trestných činů* hovoří poprvé Pavel Holländer v nálezu k *Rekognici fotografií*.²⁷⁸ Přestože jej v Listině nenajdeme, patří tento účel omezení vycházející z § 1 odst. 1 TŘ k základní argumentační výbavě orgánů činných v trestním řízení. Podle ÚS jde o zájem ústavně aprobovaný, jehož „podstatou je přenesení odpovědnosti za postihování nejzávažnějších porušování základních práv a svobod fyzickými a právníckými osobami na stát”.²⁷⁹ V běžných případech odůvodňuje mnohé extenzivní **zásahy do osobnostních práv** (osobní čest, dobrá pověst) **obviněného v trestním řízení**, jemuž přitom po celou dobu svědčí presumpce nevinny.²⁸⁰ Ústavní soud zamítl také návrh stěžovatelů, jejichž **zdravotnická dokumentace** měla být lékařem poskytnuta - navzdory jejich nesouhlasu - orgánům činným v trestním řízení **za účelem vyšetření dopravní nehody**.²⁸¹

Nástroje užívané k dosažení tohoto legitimního cíle se podle ÚS koncentrují v čtvrté a páté hlavě části první TŘ. Jde např. o **zákaz vycestování do zahraničí** a s ním spojené odepření vydání nebo odnětí cestovního dokladu trestně stíhané fyzické osobě (tvrzený zásah do svobody pohybu),²⁸² **identifikaci osob a věcí** (tvrzený zásah do práva na nedotknutelnost osoby),²⁸³ jakož i **majetkové zajišťovací instituty** (tvrzený zásah do vlastnického práva).²⁸⁴ V nálezu k **sejmutí biologických vzorků z těla obviněného** se plénum postavilo za takto odůvodněné omezení základního práva nebýt donucen k sebeobviňování.²⁸⁵ Podle Elišky Wagnerové však nelze ztotožňovat veřejný zájem na zjištění trestných činů a spravedlivém potrestání pachatelů (může odůvodnit) se zájmem na usnadnění práce policie při objasňování trestných činů před obviněním konkrétní osoby (nemůže odůvodnit).²⁸⁶

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ S a Marper proti Spojenému království, spojené stížnosti č. 30562/04 and 30566/04.

²⁷⁷ “Stíhání trestných činů, respektive jejich předcházení, odhalování a vyšetřování, jakož i spravedlivé potrestání jejich pachatelů [...] [S]myslem je postihování nejzávažnějších porušování základních práv a svobod nebo případů poškozování ústavním pořádkem nebo zákonem chráněných veřejných statků ze strany státu, čímž je jím současně poskytována právní ochrana v širším slova smyslu.“ Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/11 ze dne 20. 12. 2011 (N 217/63 SbNU 483; 43/2012 Sb.), bod 20 (řízení o návrhu Vojenské policie na vydání příkazu ke sdělení údajů o uskutečněném telekomunikačním provozu podle § 88a trestního řádu).

²⁷⁸ Nález sp. zn. III. ÚS 256/01 ze dne 21. 3. 2002 (N 37/25 SbNU 287).

²⁷⁹ Srov. nález sp. zn. II. ÚS 1221/16 ze dne 13. 10. 2016, bod 13.

²⁸⁰ Nález sp. zn. IV. ÚS 428/05 ze dne 11. 10. 2006 (N 185/43 SbNU 115).

²⁸¹ Nález sp. zn. I. ÚS 321/06 ze dne 18. 12. 2006 (N 229/43 SbNU 595), body 20 až 23.

²⁸² Nález sp. zn. Pl. ÚS 18/07 ze dne 15. 9. 2009 (N 202/54 SbNU 505; 384/2009 Sb.).

²⁸³ Usnesení sp. zn. I. ÚS 625/01 ze dne 27. 8. 2002 nebo nález sp. zn. III. ÚS 256/01 ze dne 21. 3. 2002 (N 37/25 SbNU 287).

²⁸⁴ Nález sp. zn. II. ÚS 3662/14 ze dne 20. 10. 2015 (N 187/79 SbNU 121).

²⁸⁵ Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 30/10 ze dne 30. 11. 2010 (ST 30/59 SbNU 595; 439/2010 Sb.).

²⁸⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 15/04 ze dne 30. 11. 2004 (N 180/35 SbNU 391; 45/2005 Sb.), odlišné stanovisko soudkyně Wagnerové, *in fine*.

Bohatá judikatura ÚS je spojena s ústavností **domovních prohlídek**, nejčastěji ve formě neodkladných a neopakovatelných úkonů. Nejde-li o případy zjevného excesu při nařizování domovní prohlídky, např. chybějícího odůvodnění,²⁸⁷ přistupuje ÚS zpravidla k něčemu, co nápadně připomíná test proporcionality. Po rekapitulaci existence ústavního práva na nedotknutelnost obydlí (čl. 12 Listiny) a zákonného základu jeho omezení (§ 83, § 83a TR) totiž poukazuje na analyzovaný legitimní cíl omezení a věcně zjišťuje, zda je podezření dostatečně solidní, aby bylo způsobilé ospravedlnit omezení základního práva.²⁸⁸ K požadavku závažnosti podezření přistupuje i povinnost státních orgánů chránit jednotlivce před negativními dopady účelově vyprovokovaných trestních řízení.²⁸⁹

Vrátím-li se zpět k legitimnímu cíli předcházení trestných činů *stricto sensu*, paradoxní je, že podle mých zjištění neexistuje rozhodnutí, které by tento účel omezení kvalifikovaných práv v čl. 20 odst. 2 Listiny aplikovalo. A když už tomu skutkové okolnosti nasvědčují, jsou nakonec posuzovány z hlediska jiného, vhodnějšího legitimního cíle.²⁹⁰ Prevence trestné činnosti naopak stála za **plošným a preventivním sběrem a uchováváním údajů o elektrické komunikaci** (tzv. data retention), zasahujícím do ochrany soukromého života.²⁹¹

S ohledem na výše uvedené uzavírám, že esencí legitimního cíle předcházet trestným činům je prevence před kriminálními aktivitami skrze prostředky trestního práva, metod kriminalistiky a souvisejících metod. Na rozdíl od veřejné bezpečnosti a bezpečnosti státu se nevyžaduje ani tak existence ohrožení jako spíše **sledování všech účelů hmotného a procesního trestního práva**, zejm. odrazení od páčání, zjišťování, stíhání a spravedlivé potrestání trestných činů.

(h) Plnění úkolů veřejné správy

S cílem plnit úkoly veřejné správy je podle Listiny ospravedlnitelný zásah do nedotknutelnosti obydlí. Přesněji pouze a jenom tehdy, je-li obydlí užíváno také pro podnikání nebo provozování jiné hospodářské činnosti (čl. 12 odst. 3). Případy, kdy veřejná správa neplní své úkoly na úřadech nebo ve veřejných budovách a prostranstvích, nýbrž v obydlích lidí, se vztahují třeba k činnosti finančních úřadů, hygienických stanic nebo obchodní inspekce.²⁹² Příkladem je **daňová kontrola** podle daňového řádu a s ní spojená povinnost daňového subjektu (např. OSVČ) umožnit správci daně provedené

²⁸⁷ Nálezy se sp. zn. I. ÚS 536/06 a I. ÚS 2787/13. Takový typ zásahu považuji za imperfektní a výše jsem vysvětlil, proč není předmětem mého zájmu.

²⁸⁸ Toto schéma lze vypořádat v sérii nálezů pod sp. zn. III. ÚS 905/13, II. ÚS 1221/16, I. ÚS 4183/12 a III. ÚS 1956/13.

²⁸⁹ Nález III.ÚS 905/13.

²⁹⁰ Rozpuštění politických stran a hnutí provází primárně mnohem závažnější důvody na ochraně demokratického právního státu (čl. 1 Ústavy) jako takového, viz např. rozsudek NSS, jímž byla rozpuštěna Dělnická strana (č. j. Pst 1/2009-348 ze dne 17. února 2010), včetně následného odmítavého usnesení ÚS (usnesení sp. zn. Pl. ÚS 13/10 ze dne 27. 5. 2010).

²⁹¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/10, srov. i nálezy sp. zn. I. ÚS 3038/07 a III. ÚS 3457/14.

²⁹² WAGNEROVÁ, E. Soukromí v prostorové dimenzi. In: WAGNEROVÁ, E. et al.. *Listina základních práv a svobod*, op. cit. sub 7, s. 335.

daňové kontroly v jeho obydlí, pokud je užívá pro podnikání a pokud nebylo zvoleno jiné vhodné místo.²⁹³

Lze argumentovat, že v obydlích sloužících k podnikání je tato komponenta ochrany soukromého života osob oslabena oproti obydlím takto neužívaným. Možná právě proto se k ÚS podobné stížnosti ani nedostaly. Jediné použití tohoto legitimního cíle je tak spojeno s usnesením soudce Výborného, který prohlídku jiných prostor podle TŘ (zde kanceláří obchodní společnosti) chybně podřadil pod „jiné zásahy do nedotknutelnosti obydlí“ podle čl. 12 odst. 3 Listiny, přestože šlo o domovní prohlídku pro účely trestního řízení v souladu s čl. 12 odst. 2 Listiny.²⁹⁴

(i) Nestrannost a autorita soudní moci

Legitimní cíl nestrannosti a autority soudní moci (NASM) není sice obsažen v Listině, najdeme jej však v čl. 10 odst. 2 Úmluvy. Paradoxně, zatímco před Ústavním soudem je na něj odkazováno poměrně často, před ESLP je používán jen zřídka.²⁹⁵ Existující judikatura odhaluje, že tento legitimní cíl může chránit nejen autoritu soudců při výkonu jejich funkce,²⁹⁶ ale i fungování justičního systému založeného na presumpci nevinny, které bychom u nás možná podřadili spíše pod veřejný pořádek.²⁹⁷

Je legitimní cíl NASM jako součást omezující klauzule čl. 10 odst. 2 Úmluvy závazný pro náš model limitování základních práv? Debatu o vertikální rovině problému distribuce v souvislosti se zájmem na NASM rozvinuli v říjnu 2010 na blogu Jiné Právo David Kosař a Michal Bartoň.²⁹⁸ Bylo upozorněno, že NASM figuruje v nálezech ÚS ke svobodě projevu, ačkoliv tento zájem není mezi přípustnými důvody omezení podle čl. 17

²⁹³ Ustanovení § 86 odst. 1 a § 86 odst. 3 písm. a) zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů.

²⁹⁴ Usnesení sp. zn. IV. ÚS 1018/11 ze dne 16. 5. 2011.

²⁹⁵ RAINEY, B., WICKS, E. a OVEY, C. (eds.). The European Convention on Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 358. Použit byl např. v rozhodnutí ve věci Sunday Times proti Spojenému Království z roku 1978, kde ESLP uvádí, že „*spojení zachování autority a nestrannosti soudní moci neznamená pouze zachování veřejné autority ve schopnost justičního mechanismu rozhodovat o zákonných právech a závazcích a urovnat spory, ale zahrnuje též ochranu práv stran (sporu)*“, citováno podle rozsudku č. j. 8 As 50/2008-81 ze dne 29. dubna 2009.

²⁹⁶ Viz Žugic proti Chorvatsku, stížnost č. 3699/08, kde šlo o pokutu za pohrdání soudem; nebo Schöpfer proti Švýcarsku, stížnost č. 25405/94, kde byl advokátní pokutován tamní advokátní komorou za pejorativní výroky na adresu soudní moci.

²⁹⁷ Srov. News Verlags GmbH a CoKG proti Rakousku, stížnost č. 31457/96.

²⁹⁸ KOSAŘ, D. Když Úmluva omezuje víc než Listina: čl. 10 odst. 2 EÚLP versus čl. 17 odst. 4 LZPS. [online] *Jiné Právo*. 2010. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2010/10/kdyz-umluva-omezujevic-nez-listina-cl.html> (cit. 26-10-2017).

odst. 4 Listiny.²⁹⁹ Spor byl především o to, zda lze NASM pojmově podřadit pod některý z ostatních legitimních cílů (otázka subsumpce) a zda je přípustné omezit svobodu projevu z důvodu, který Listina sice nepředvídá, Úmluva však ano.³⁰⁰

Michal Bartoň připustil, že omezení svobody projevu nad rámec zaručený Listinou by bylo nepřípustné, avšak domníval se, že ústavodárce chtěl chránit i tento typ veřejného zájmu, a proto jej můžeme podřadit pod některý jiný důvod (např. veřejnou bezpečnost nebo veřejný pořádek). David Kosař se vyslovil pro větší důraz na text Listiny a Úmluvy a tvrdil, že určení úmyslu ústavodárce si vyžaduje empirická data (důvodovou zprávu, stenografický záznam apod.). Odmítl Bartoňovu pozici, že Úmluvou inspirovaný ústavodárce hodlal stručně vyjádřit to, co Úmluva vyjadřuje podrobně, neboť by to vedlo k bagatelizaci Listiny. Michal Bartoň se v situaci nedostatečných historických pramenů vyslovil pro aplikaci objektivního teleologického výkladu (totiž že racionální normotvůrce přece musel i tento legitimní cíl zohlednit) a zohlednění judikatury ÚS, která je ve výsledku obsahem Listiny, zatímco Listina je vlastně jen přehledem sama sebe.³⁰¹

Ústavní soud reagoval na proběhlou debatu už o měsíc později, a to v jednom z nálezů týkajících se poskytování informací o členství soudců v KSČ. Z pera Vojena Güttlera plyne, že (1) jazykový výklad lidskoprávních dokumentů není dostačující a je třeba upřednostnit jiné výkladové metody, zejména teleologickou, (2) ochrana autority soudní moci je součástí principu právního státu dle čl. 1 odst. 1 Ústavy a (3) názor, nepřiznávající ústavní hodnotě (v podobě ochrany autority a nestrannosti soudní moci) povahu legitimního cíle omezení základního práva by důsledně vzato popíral tezi, že ústavní hodnoty jsou *prima facie* rovnocenné.³⁰²

Myslím, že první dvě tvrzení jsou nepřesvědčivá, třetí se zakládá na platnosti druhého. Jak vyplynulo ze shrnutí debaty Kosaře a Bartoňe, problém není spatřován v užití nadstandardních výkladových metod, nýbrž v tom, kde čerpat. Ústavní soud nenabídl spolehlivý přístup, jak dovodit úmysl ústavodárce bez vyloučení svévole. Pokud jde o dovození legitimního cíle z čl. 1 odst. 1 Ústavy, soud tak učinil bez dalšího s poukazem na nálezy Pl. ÚS 2/10, v němž stál zájem na zachování autority soudní moci naopak za rozhodnutím poskytnout informace stěžovateli, nikoli mu je odepřít. Pouze velmi extenzivní výklad čl. 1 odst. 1 umožňuje podle mého soudu zahrnout pod pojmy „demokracie“ nebo „právní stát“ hodnotu autority soudní moci, která může (na rozdíl od

²⁹⁹ Výčet nálezů uvedených Davidem Kosařem kritizoval Jan M. Passer. Ústavní soud totiž posvětil omezení svobody projevu pouze v jednom z nich, a to podle soudce Passera oprávněně. Kosař s jeho závěrem polemizoval a podpůrně ukázal na rozsudky obecných soudů, v nichž k omezením svobody z tohoto kontroverzního důvodu skutečně dochází. Níže ukáží, že od roku 2010, kdy debata proběhla, přidal ÚS další nálezy, kde se Kosařovy obavy potvrzují. Naopak jistý si nejsem Kosařovým výběrem nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/10 ze dne 30. 3. 2010 (N 68/56 SbNU 761; 123/2010 Sb.), jímž ÚS zrušil část § 11 odst. 4 písm. b) zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, protože identifikovaným legitimním cílem byla nezávislost a nestrannost soudní moci (zásada, kterou lze dovodit z naší ústavy), nikoli její autorita, jež ÚS naopak použil na podporu stěžovatele (bod 43).

³⁰⁰ Souhlasím s Davidem Kosařem, že problematický je hlavně zájem na autoritě soudní moci, protože ten na rozdíl od zásady nestrannosti nelze vyčíst jiných ústavních norem.

³⁰¹ Bartoň použil přirovnání k obsahu knihy a textu knihy.

³⁰² Nález sp. zn. I. ÚS 517/10 ze dne 15. 11. 2010 (N 223/59 SbNU 217), bod 93.

nezávislosti) koneckonců stabilně existovat i v komunistické diktatuře, jak dokazuje třeba příklad KLDR.

Citovaný náleží stál nicméně na počátku dnes již konstantní judikatury ÚS. Svědčí o tom třeba nálezy limitující **politické komentáře** nebo **literární činnost soudců**.³⁰³ Jak už bylo podotknuto, NASM stojí i za institutem pořádkové pokuty, penalizující **extrémně urážlivé výroky na adresu soudce vyjádřené v písemném podání**.³⁰⁴

V nálezu z roku 2011 týkajícím se **kárně obviněné státní zástupkyně**, která poskytla MF Dnes **rozhovor dehonestující funkci státního zástupce**, ÚS nevyhověl stěžovateli, jejíž svoboda projevu byla omezena z důvodu zachování NASM, aniž by se odrazil od nálezu ke členství soudců v KSČ.

Pokud jde tedy o odkaz na čl. 17 Listiny základních práv a svobod - co do svobody projevu a práva veřejnosti na informace - je nutno uvést, že ve světle shora řečeného je zjevné, že stěžovatelka jako státní zástupkyně svými výroky, které nakonec korunovala tím, že své setrvání ve funkci musí co nejdéle protahovat, aby mohla splácet dluh, již překročila hranici toho, co lze považovat za přiměřené. Jedním z obecně uznávaných důvodů omezení práva na svobodu projevu a na informace ostatně je - kromě ochrany obecného zájmu a ochrany základních práv jednotlivce - právě *zajištění autority a nestrannosti soudní moci a - v širším smyslu - i státního zastupitelství* (srov. čl. 10 odst. 2 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod).³⁰⁵

Z nálezu nijak neplyne, že by se toto omezení zakládalo na čl. 17 odst. 4 Listiny ani že by ve stěžovatelčině případu vůbec nedošlo k zásahu do svobody projevu. Soud naopak odkazuje na ESLP, když považuje za důležité, aby soudy (a v širším smyslu i státní zastupitelství) vzbuzovaly v demokratické společnosti u občanů důvěru.³⁰⁶

Vrátíme-li se ještě k debatě Kosaře a Bartoně, připomeňme, že probíhala za právního stavu, založeného nálezem Pl. ÚS 36/01 k tzv. euronovele Ústavy, kde ÚS deklaroval, že tehdejší ústavní změnu „nelze interpretovat ve smyslu odstranění referenčního hlediska ratifikovaných a vyhlášených mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách pro posuzování vnitrostátního práva Ústavním soudem,“ jehož důsledkem by bylo „omezení již dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv a svobod.“³⁰⁷ To znamená, že Ústavní soud si vyhradil pravomoc přezkoumávat soulad vnitrostátního práva s Úmluvou. Odporuje-li určitý zákon Úmluvě, ačkoliv je v souladu s Listinou, může jej Ústavní soud s odkazem na náš mezinárodní závazek zrušit. Potud nejde o žádný exces. Avšak tím, že Ústavní soud zahrnul Úmluvu pod pojem ústavního pořádku v čl. 112 odst. 1 Ústavy, učinil tak i s omezujícími klauzulemi v Úmluvě obsaženými. Je proto vůbec možné hovořit o limitačních důvodech, které by byly důvodem omezení svobody podle čl. 10 odst. 2 Úmluvy, ale ne čl. 17 odst. 4 Listiny? A jak se k tomu vztahuje (rovněž inkorporovaný do českého práva) čl. 53 Úmluvy, podle něhož nelze nic v Úmluvě interpretovat způsobem, který by snižoval jinde zaručenou úroveň ochrany lidských práv?

³⁰³ Nález sp. zn. IV. ÚS 2609/16 ze dne 11. 4. 2017, body 20 až 27, a náleží sp. zn. I. ÚS 2617/15 ze dne 5. 9. 2016, bod 78.

³⁰⁴ Nález sp. zn. I. ÚS 750/15 ze dne 19. 1. 2016, bod 22. Viz také usnesení sp. zn. II. ÚS 409/10 ze dne 7. 10. 2010 a náleží sp. zn. I. ÚS 211/99 ze dne 17. 10. 2000 (N 152/20 SbNU 75).

³⁰⁵ Usnesení sp. zn. I. ÚS 3061/09 ze dne 7. 4. 2011, část III, zvýraznění doplněno.

³⁰⁶ Usnesení I. ÚS 3061/09 ze dne 7. 4. 2011.

³⁰⁷ Nález sp. zn. Pl. ÚS 36/01 ze dne 25. 6. 2002, část VII.

Podřazením autority soudní moci jako hodnoty chráněné čl. 1 odst. 1 Ústavy se Ústavní soud těmto otázkám vyhýbá. Jeho nálezy ke svobodě projevu podle mě nasvědčují o silné inspiraci bohatou judikaturou ESLP, kterou tiskne do svého pojetí demokratického právního státu podle čl. 1 odst. 1 Ústavy. Tím je sice zachován primát Listiny před Úmluvou, ale zároveň jsou důvody omezení podle Úmluvy tiše přejímány do důvodů podle Listiny. Společně s Davidem Kosařem tak můžeme hovořit o snižování substantivní úrovně ochrany základních práv.

Legitimní cíle v judikatuře Ústavního soudu: shrnutí

Z analýzy judikatury Ústavního soudu vyplývá, že skutečně užívaný soubor legitimních cílů je širší a ohebnější než ten normovaný Listinou. Je širší, protože se Ústavní soud postavil i za důvody, které v Listině uvedeny nejsou, zejm. za nestrannost a autoritu soudní moci, který převzal - ne za všeobecného konsensu - z Úmluvy. Také je ohebnější, protože dochází k propůjčování legitimních cílů mezi jednotlivými články Listiny³⁰⁸ a v souladu s doktrínou ústavně imanentních omezení i k prosazení legitimních cílů u nekvalifikovaných práv.³⁰⁹ To vysvětluje, proč chybí případy absurdních subsumpcí veřejných zájmů pod zjevně nekorespondující legitimní cíle; v případě potřeby Ústavní soud sáhne pro korespondující legitimní cíl do jiného článku, příp. do mezinárodní smlouvy. Je otázkou, na kolik je taková praxe i s ohledem na modifikovaný princip racionálního zákonodárce správná. V testu proporcionality jsou pak váženy důvody, které by neměly připadat v úvahu.

Ačkoliv jsem vyloučil možnost konkrétní legitimní cíle definovat, u některých jsem byl schopen dovodit jejich esenci (pnutí normality pro veřejný pořádek, existence ohrožení pro veřejnou bezpečnost a bezpečnost státu atd.). Ačkoliv by se ÚS pro dovození esence legitimních cílů mohl inspirovat doktrínou ESLP, je pozoruhodné, že v kontrastu k dovození obsahu skutkových podstat základních práv se k judikatuře ESLP u legitimních cílů neobrací. Legitimní cíle jsou tak často ponechány v poněkud amorfním stavu. Spíš se hledají, než že by byly nalézány.

3.4.3. Problematika ochrany práv a svobod druhých (instrumentalizace práv)

Zájem na ochraně práv a svobod druhých je nejfrekventovanějším legitimním cílem v Listině (viz tabulku č. 3). Najdeme ho ve všech individuálních omezujících klauzulích. Přesto se můžeme ptát, jestli to vlastně není málo. Neplatí snad, že svoboda jednoho končí tam, kde začíná svoboda druhého, tudíž že i základní práva se navzájem omezují? Pokud klauzuli „z důvodu ochrany práv a svobod druhých“ najdeme jen v některých článcích Listiny, znamená to, *a contrario*, že u ostatních článků práva druhých jako legitimní cíl omezení sloužit nemohou? Judikatura ÚS, judikatura ESLP a zdravý selský

³⁰⁸ Např. usnesení sp. zn. IV.ÚS 211/06, kde bylo základní právo na svobodu projevu (čl. 17 odst. 1) omezeno z důvodu ochrany veřejného pořádku, který v omezující klauzuli (čl. 17 odst. 4) není. V čl. 10 odst. 2 Úmluvy ale je, což by v souladu s čl. 53 Úmluvy (zachování existující ústavní úrovně ochrany práv) nemělo hrát roli.

³⁰⁹ Např. ačkoliv Listina zmiňuje zájem na ochraně veřejného zdraví pouze u čl. 16, Ústavní soud jej uplatňuje také u čl. 15 Listiny.

rozum nasvědčují tomu, že mohou. Myslím, že nejrozumnější výklad je takový, že s těmito imanentními omezeními tvůrci Úmluvy a Listiny počítali a do omezujících klauzulí byly vloženy jen proto, aby u nich tento důvod nebyl (opět metodou *a contrario*) vyloučen.³¹⁰

Předchozí podkapitoly identifikovaly některé problémy spojené s přezkumem omezování základních práv. Absolutní práva jsou užívána ve více rozcházejících se významech. Nekvalifikovaným právům chybí konzistentní judikatura. Kvalifikovaná práva se pojí s problémy subsumovatelnosti a distribuce zájmů. V této podkapitole se zaměřím na problematiku legitimního cíle ochrany práv a svobod druhých. Ne však na výše naznačený problém jeho distribuce jako spíše subsumovatelnosti a co nazvu problém **instrumentalizace práv**. Pokusím se ho nyní ilustrovat na třech nálezech ÚS.

V nálezu *Právo vlastnit zbraň*³¹¹ zamítl ÚS stížnost neúspěšného žadatele o zbrojní průkaz. Policejní orgány, které o žádosti rozhodovaly, a soudy se v kauze opřely o ustanovení zákona o střelných zbraních, podle něhož se za bezúhonnou nepovažovala osoba po dobu deset let od pravomocného odsouzení. Stěžovatel byl v minulosti uznán vinným ze spáchání trestného činu zneužívání pravomoci veřejného činitele a odsouzen k peněžitému trestu. ÚS ve věci spatřoval kolizi základního práva na dobrou pověst a ochranu jména žadatele (čl. 10 odst. 1 Listiny) se základním právem na život občanů České republiky (čl. 6 odst. 1 Listiny) a případně dalšími základními právy, jež by mohla být porušena použitím střelných zbraní. Protože posléze jmenovaná práva převážila nad zájmem stěžovatele, ÚS jeho stížnost zamítl.

V nálezu *Kontroly kotlů*³¹² byl zamítnut návrh skupiny poslanců, kterým měla být zrušena část zákona o ochraně ovzduší, která opravňuje úředníky obecního úřadu obce s rozšířenou působností vstoupit za účelem kontroly kotlů na tuhá paliva do obydlí jejich provozovatelů. Ústavní soud provedl test proporcionality, v němž převážila práva na příznivé životní prostředí a ochranu zdraví osob, které mohou být zasaženy emisemi z nezákonně používaných kotlů, nad právem na nedotknutelnost obydlí provozovatelů (čl. 12 odst. 1 Listiny).

V nálezu *Recepty z konopí*³¹³ ÚS odmítl jako zjevně neopodstatěnou stížnost vydavatele knihy s návody k přípravě pokrmů z konopí, který byl uznán vinným ze spáchání trestného činu šíření toxikomanie (§ 287 odst. 2 TZ). Obecné soudy podle něj vzaly do úvahy všechny relevantní skutečnosti a správně vyhodnotily, že omezení svobody projevu (čl. 17 odst. 1 Listiny) je zde odůvodněno také nepřímým zásahem do práv a svobod druhých před závadným chováním poživatelů omamných a psychotropních látek.

³¹⁰ Jan Filip upozorňuje, že při projednávání Listiny se zvažovala otázka, jestli u práv a svobod neomezitelných veřejnými statky (např. čl. 15 odst. 2) výslovně uvést možnost omezení jinými základními právy a svobodami. Nakonec to bylo vyhodnoceno jako nadbytečné. FILIP, J. Některé otázky vztahu konkretizace a omezení, op. cit. sub 27, s. 585.

³¹¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 16/98 ze dne 17. 2. 1999 (N 25/13 SbNU 177; 68/1999 Sb.).

³¹² Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/17 ze dne 18. 7. 2017 (313/2017 Sb.), body 39 a 64.

³¹³ III.ÚS 3489/16, bod 15.

Co mají tyto nálezy společné, je odůvodnění zásahu do konkrétního základního práva stěžovatele ochranou základních práv relativně veliké skupiny lidí. Skupiny tak veliké, že se jejich zájmy přestávají jevit jako soubor individuálních základních práv a vystupují do popředí jako veřejné statky. Jinými slovy, vystupují do popředí jako kolektivní zájmy tu na bezpečných ulicích, tu na čistém ovzduší, tu zase na společnosti bez drogově závislých. Jsou-li tyto veřejné statky prezentovány jako základní práva, nazývám to instrumentalizací práv, protože koncept práva je ve výsledku využit (instrumentalizován) k podepření veřejného statku, k ospravedlnění kolektivního zájmu.

Jádro rozdílu mezi základním právem a veřejným statkem vystihl předseda ÚS Pavel Holländer ve starším nálezu k soudní ochraně základního práva na vzdělání na vysokých školách. Ve svém odlišném stanovisku napsal:

“Ústavní úprava postavení jedince ve společnosti obsahuje ochranu individuálních práv a svobod, jakož i ochranu veřejných statků (public goods, kolektive Güter). Rozdíl mezi nimi spočívá v jejich **distributivnosti**. Pro *veřejné statky* je typické, že prospěch z nich je nedělitelný a lidé nemohou být vyloučeni z jeho požívání. Příklady veřejných statků jsou národní bezpečnost, veřejný pořádek, zdravé životní prostředí. Veřejným statkem se tudíž určitý aspekt lidské existence stává za podmínky, kdy není možno jej pojmově, věcně i právně rozložit na části a tyto přiřadit jednotlivcům jako podíly. [...] Pro *základní práva a svobody* je, na rozdíl veřejných statků, typická jejich distributivnost. Aspekty lidské existence, jakými jsou např. osobní svoboda, svoboda projevu, účast v politickém dění a s tím spjaté volební právo, právo zastávat veřejné funkce, právo sdružovat se v politických stranách atd., lze pojmově, věcně i právně členit na části a tyto přiřadit jednotlivcům.”³¹⁴

Podobnost s myšlenkami Ronalda Dworkina není náhodná.³¹⁵ Naopak, zcela zapadá do ducha 90. let, představujícím návrat k respektu k autonomii jednotlivce, který není jen kolečkem ve státní mašinérii. Základní právo je něco speciálního, něco se *zvláštní normativní silou*,³¹⁶ něco s *vahou dosahující určité práhové hodnoty*, co lze postavit proti kolektivním zájmům.³¹⁷ Na tomto pozadí základní právo člověka a „práva“ druhých nemůžeme řešit jako střet práv, ledaže jsme schopni identifikovat každého z těchto „druhých“ jako nositele základního práva, do kterého je za daných okolností zasaženo nebo které je za daných okolností ohroženo.³¹⁸ V opačném případě totiž nejde o základní práva, ale pravděpodobně jen o zájmy, resp. o veřejný zájem.

Lidská práva chápeme jako nástroj na ochranu menšiny vůči většině, která by si jinak prosadila své i na úkor bytostních zájmů menšiny. Bez ochrany lidských práv by politický

³¹⁴ Nález sp. zn. Pl. ÚS 32/95 ze dne 3. 4. 1996 (N 26/5 SbNU 215; 112/1996 Sb.), zvýraznění doplněno.

³¹⁵ Podle Dworkina můžeme politické právo jako individualizovaný politický cíl (*individuated political aim*) odlišit od politiky (*goal*) jako neindividualizovaného politického cíle (*nonindividuated political aim*) kritériem distribuovatelnosti (*distributability*). Např. svobodu projevu můžeme přiřadit osobě A nebo osobě B, proto hovoříme o právu či svobodě, zatímco navýšení výroby munice je politikou, cílem, protože jej nejsme schopni přiřadit mezi jednotlivce. DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977, s. 91.

³¹⁶ SMET, S. *Resolving conflicts between human rights: the judge's dilemma*. New York: Routledge, 2016, s. 34.

³¹⁷ „[I]t has a certain threshold weight against collective goals in general.“ DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Harvard: Harvard University Press, 2011, s. 279.

³¹⁸ To nemusí být - na rozdíl od konstatování veřejného zájmu - vždy jednoduché. SADURSKI, W. *Rights before courts*, op. cit. sub 48, s. 392: „the threshold of argument justifying a social goal overriding a constitutional right should be placed appropriately higher than in the case of rights against rights situation, because it is easier to defend the statute in the first scenario than to identify a specific right that can figure in the justification of the restriction.”

život ovládl utilitarismus nebo podobná pragmatická teorie, která činí z užitku alfu a omegu veškerého rozhodování. Ústavy proto zakotvují základní práva. Aby měla základní práva smysl, stát je nemůže omezit toliko na základě úsudku, že tímto opatřením získá společnost jako celek. Legitimní omezení základního práva si vyžaduje silnější důvody, než které by stačily, pokud by základní právo neexistovalo.³¹⁹ Formulujeme-li základní práva jako ústavně uznané zájmy jednotlivce nebo skupiny, vychází kritika přístupu v citovaných nálezech ÚS z tvrzení, že je nepřipustné, aby byl jednotlivec vážně dotčen na svých zájmech kvůli okrajovým nebo pochybným zájmům druhých, které nemají status základních práv.³²⁰ Dostanou-li se však tyto zájmy do konfliktu, zjišťujeme, že stát je predisponován rozhodovat o nich opět v ekonomických veličinách, tedy tak, jako kdyby základních práv vůbec nebylo.

“Zjevuje se nám ironie celé situace. Esenciálním účelem základních práv je bránit státní moci v zasahování do určitých zájmů jednotlivců pouze za účelem zvýšení obecného užitku. Ale čím více je základních práv, tím více je konfliktů mezi nimi. A čím více je konfliktů mezi nimi, tím častěji je stát povinován zasáhnout, což činí na utilitaristické bázi. A tak, čím více je základních práv, tím častěji je stát zmocňován k zasahování do zájmů jednotlivců za účelem zvýšení obecného užitku. Jednoduše řečeno, čím více základních práv jednotlivci mají, tím méně efektivně slouží svému účelu. Za současného pojetí, nebudou-li jejich počty zásadně sníženy, jsou základní práva nezbytně odsouzená k nezdaru.”³²¹

Pro to, co John Hasnas popisuje, měl Nozick termín „utilitarismus práv”.³²² Tím, že práv je více, není myšleno, že jich je více právem uděleno, ale že je více zájmů jako práva označeno v situaci jejich střetu s jinými právními statky. Jak ale upozorňuje i Robert Alexy, „práva druhých mohou sloužit jako ústavně imanentní omezení pouze tehdy, mají-li ústavní status.”³²³ Problém ústavního statusu práv není nic jiného než rozšíření problému subsumovatelnosti práv, rozebíraný v 1. kapitole. Rozšířený je tím, že nejde o subsumpci zájmu pod právo jednotlivce, ale pod práva celé skupiny jednotlivců. Normativní síla těchto práv vlastně vyvěrá z agregace zájmů. Čím více ho nás má, tím silnější je naše právo.³²⁴ Podle Stijna Smeta máme *přestrojený veřejný zájem (masqueraded public interest)*.³²⁵

Protože klauzule o ochraně práv a svobod druhých najdeme i v jiných evropských ústavách a mezinárodních smlouvách,³²⁶ je možné i tam studovat, jak problém

³¹⁹ DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 321, s. 191-2.

³²⁰ “One should not suffer severe restrictions on his interests for the sake of marginal or speculative gains to the interests of others.” (DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, op. cit. sub 321, s. 269). „States are under a more stringent obligation to protect the lives of concrete individuals in actual danger than to prevent endangerment of statistical and anonymous persons.” (DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*, op. cit. sub 323, s. 279).

³²¹ HASNAS, J. From Cannibalism to Caesareans: Two Conceptions of Fundamental Rights. *Northwest Univ Law Rev*, 1995, roč. 89, č. 3, s. 934.

³²² Nozick, R. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell, 1974, s. 28-30.

³²³ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit. sub 3, s. 187.

³²⁴ „The interest in the marketplace of ideas is shared equally by everybody in society. It seems, therefore, that the interest theory is bound to identify the society as the right-holder rather than the speaker. Yet [...] it is the speaker, rather than the society as a whole, who is the real right-holder.” HAREL, A. Theories of Rights. In: GOLDING, M. P. a Edmundson, W. A. (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2005, s. 196.

³²⁵ SMET, S. *Resolving conflicts between human rights*, op. cit. sub 322, s. 45.

³²⁶ Viz čl. 29 odst. 2 VDLP, čl. 8-11 Úmluvy nebo čl. 19 odst. 3 MPOPP.

subsumovatelnosti práv působí. Pohled zejména na judikaturu ESLP odhaluje, že tento problém dalece přesahuje český Ústavní soud. ESLP takto agregovaně posuzoval střet podnikatelských zájmů,³²⁷ zájmů domácností,³²⁸ zájmů souvisejících s náboženstvím,³²⁹ zájmů přihlížejících demonstracím,³³⁰ zájmů členů jedné profesní komory,³³¹ jednoho justičního systému³³² a dalších.³³³ Místo aby byl hodnocen veřejný zájem na ochraně veřejného pořádku, mravnosti nebo silné ekonomiky, test proporcionality byl proveden se svobodou náboženství, právem na ochranu soukromí nebo zkrátka bez dalšího s právy a svobodami druhých.

Nutno předeslat, že tento implicitní konceptuální posun od práva jednotlivce k zájmům skupiny ve většině případů nemá vliv na výsledek ústavního přezkumu užitého opatření. Ať už proto, že veřejný zájem je natolik silný, že nad stěžovatelovým právem převáží i bez uchýlení se k odkazu na práva a svobody druhých, nebo proto, že jeden z Listinou aprobovaných cílů (tedy ani ochranu práv a svobod druhých) nebylo nutné použít.³³⁴ Na druhou stranu, orgány veřejné moci někdy mohou být motivovány formulovat kolizi zájmů tak, aby byl soud postaven před kolizi dvou základních práv, místo aby přezkoumával proporcionalitu určité politiky, která postrádá zvláštní normativní sílu základního práva.³³⁵ Respektive, může tak učinit i samotný soud. Koneckonců, nález *Právo vlastnit zbraň* byl už jednou zmiňován výše v kontextu přezkumu zásahů do nekvalifikovaných práv, která mohla být prizmatem *Anonymního svědka F*³³⁶ omezena pouze při kolizi s jinými základními právy. Nejistil-li Ústavní soud v postupu státních orgánů žádné pochybení, nemohl za ním identifikovat legitimní cíl ochrany veřejné bezpečnosti nebo veřejného pořádku, protože by pak nemohl stěžovateli nevyhovět, aniž by byl nekonzistentní se svou judikaturou nebo aniž by připustil omezení základního práva všech občanů na život. Patrně proto byl konflikt formulován tímto atypickým způsobem.

³²⁷ Rozsudek Barthold proti Německu, stížnost č. 8734/79.

³²⁸ Rozsudek The National Union of Rail, Maritime and Transport (RMT) proti Spojenému království, stížnost č. 31045/10.

³²⁹ Rozsudky S.A.S. proti Francii, stížnost č. 43835/11, bod 157; Ebrahimian proti Francii, stížnost č. 64846/11; a Leyla Şahin proti Turecku, stížnost č. 44774/98.

³³⁰ Rozsudek Austin a ostatní proti Spojenému království, spojené stížnosti č. 39692/09, 40713/09 and 41008/09.

³³¹ Rozsudek Casado Coca proti Španělsku, stížnost č. 15450/89.

³³² Rozsudky Lekavičienė proti Litvě, stížnost č. 48427/09; a Jankauskas proti Litvě, stížnost č. 50446/09.

³³³ Třeba v kauze Saadi proti Itálii dokonce Spojené království tvrdilo, že došlo ke střetu mezi právem teroristy podle čl. 3 Úmluvy a právem na život obyvatel celé Itálie. Velká komora ESLP však tuto argumentaci nepřijala (Saadi proti Itálii, stížnost č. 37201/06).

³³⁴ Např. v nálezu k podmínce bezúhonnosti pro provozování živnosti byla svoboda podnikání podle čl. 26 odst. 1 Listiny omezena kvůli ochraně práv a svobod druhých, čl. 26 se ale neřadí mezi kvalifikovaná práva s KVZ, a proto by postačil kterýkoli ospravedlnitelný cíl (nález sp. zn. Pl. ÚS 35/08 ze dne 7. 4. 2009 (N 83/53 SbNU 51; 151/2009 Sb.).

³³⁵ Proto sice obvyčejně čteme o *důležitém veřejném zájmu na...*, ale zřídka o *důležitém základním právu na...*

³³⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994 (N 46/2 SbNU 57; 214/1994 Sb.).

Vychází najevo, co bylo míněno instrumentalizací práv. Ochrana práv a svobod druhých se zde stává univerzálním legitimním cílem, který orgán veřejné moci použije, nemůže-li zásah odůvodnit jiným z taxativně uvedených účelů.³³⁷ Paradoxně, základní práva koncipovaná jako bariéry státní moci se přeměňují na autorizaci jejího použití.³³⁸ Druhý problém je spojen s Nozickovým utilitarismem práv: v případech souvisejících s právy relativně velkého počtu lidí může být pro soudy obtížné uzavřít, že práva celých zástupů musí ustoupit právům hrstky.³³⁹ Je to takový utilitarismus, který vyhodíme dveřmi a vrátí se nám oknem.

Judikatura českých soudů zůstává, až na výjimky, vůči instrumentalizaci práv imunní.³⁴⁰ Je to trend, který je třeba udržet, a nadále zjišťovat, která základní práva a koho konkrétně mají být v případech týkajících se konfliktů práv vyvažována.

³³⁷ V případě Jersild proti Dánsku se pro politiku vlády bojující proti hate speech padnoucí legitimní cíl nenašel v relevantním čl. 10 odst. 2 Úmluvy, a vláda se tak opřela o práva a svobody druhých (Jersild proti Dánsku, stížnost č. 15890/89). V případě Colombani proti Francii souvisejícím s novinovým článkem urážejícím krále Maroka byl konflikt konstruován jako střet svobody projevu s osobnostním právem marockého krále, místo aby bylo zjišťováno, jestli lze svobodu projevu omezit veřejným zájmem vlády na určitém zahraničně-politickém obrazu země (rozsudek Colombani a ostatní proti Francii, stížnost č. 51279/99).

³³⁸ HASNAS, J. From Cannibalism to Caesareans, op. cit. sub 327, s. 934.

³³⁹ SMET, S. *Resolving conflicts between human rights*, op. cit. sub 322, s. 48; WALDRON, J. Rights in Conflict. *Ethics*. 1989, roč. 99, č. 3, s. 509. ("For example, a minority's interest in political freedom may be traded off against the satisfaction of the desires of a majority to be free from discomfort and irritation. Or a person's life may be sacrificed in the circus for the sake of a momentary thrill enjoyed by millions.")

³⁴⁰ Ba vyzdvihnout je třeba nálezy, ve kterých soudci disciplinovaně rozlišují mezi legitimizací veřejným statkem a legitimizací základním právem. Třeba nálezy I.ÚS 1565/14 z pera soudkyně Šimáčkové jako zpravodajky (nálezy sp. zn. I. ÚS 1565/14 ze dne 2. 3. 2015 (N 51/76 SbNU 691)).

Závěr

V práci byl představen model limitování základních práv - souhrn skutkových podstat a podmínek limitování - podle Listiny. Model limitování má zásadní vliv na elementární ústavně-právní vztahy, jako je vztah občana ke státu a vztah moci zákonodárné k moci soudní. Odráží naše osobní etické (deontologické nebo teleologické) i ústavně-teoretické (liberální nebo republikánské) představy a přesvědčení. Konečně, model limitování reflektuje námi preferovanou teorii základních práv.

V úvodních kapitolách se pojednávalo o akademickém sporu zastánců dvou teorií základních práv: teorie externí a interní. Externalisté chápou základní práva široce, jako příkazy k optimalizaci, jež jsou váženy proti kolidujícím zájmům (narážejí na sebe jako vlnky na vodní hladině). Jestli do práva bylo přípustně zasaženo, rozhoduje silný Ústavní soud. Internalisté naopak prosazují základní práva vydefinovaná tak úzce, že mezi sebou kolidovat nemohou (zapadají do sebe jako puzzle). O jejich vymezování pečuje především zákonodárny sbor a Ústavnímu soudu je vyhrazena minimalizovaná role.

Kontraoponováním obou teorií mohly být narýsovány základní argumenty a logická struktura interní teorie jakožto alternativy k u nás převládající teorii externí (tabulka č. 1). Smyslem následujících částí bylo obléct externí teorii, svlečenou o dogmatickou patinu, do internalistického svršku. Přestože totiž interní teorie nemůže vyřešit všechny problémy spojené s limitováním základních práv a sama naopak některé přináší (nastavení prahu subsumpce), bylo argumentováno, že nabízí upřímnější pojetí morální roviny základních práv a zralejší představu o vztahu demokratického zákonodárce a ústavního soudnictví v moderním právním státě, kterým je třeba dát prostor.

Nastíněný teoretický gerrymandering se projevil v základním konceptuálním rozdělení limitování na jednak vymezení, jednak omezení. Vymezení je normotvorným aktem, kterým právo konstruujeme: určujeme skutkovou podstatu, tj. nositele, obsah a rozsah práva nebo svobody. Omezení je diskreční limitování ústavou definovaného práva zákonem. Omezováním základního práva se hranice jeho ochrany neurčují ani neposunují, ale naopak překračují.

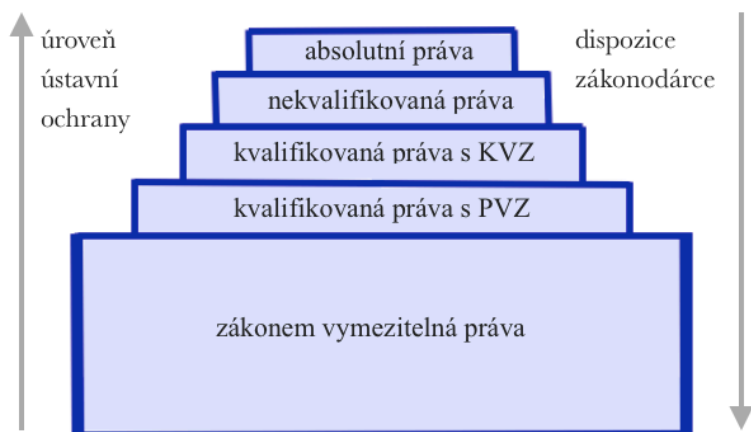
V části věnující se vymezení bylo rozlišeno několik forem vymezování základních práv (bezprostřední ústavní vymezení, ústavně imanentní vymezení, odvozené ústavní normy) a typů odvozených ústavních norem. Byly identifikovány kritické teoretické a výkladové problémy spojené se základními právy: zejména problém pojmového podřazení pod lidskoprávní ústavní normy (problém subsumovatelnosti) a problém uzavřenosti lidskoprávní ústavní normy (problém kompletnosti).

Kapitola k omezování ukázala, že analogické problémy zatěžují i legitimní cíle. Projevují se u nich především tzv. *instrumentalizací práv*, tj. odůvodněním omezení jednoho ochranou základních práv jiných (např. práva na život), které jsou ve skutečnosti jen zájmy či představami a které spíše reprezentují veřejný zájem (např. bezpečné ulice). Snaha o pojmové uchopení legitimních cílů omezení základních práv v judikatuře nejvyšších soudů byla spojena s hledáním jejich esence, množiny prvků společných

legitimním cílům v procesu aplikace práva (např. ohrožení u veřejné bezpečnosti, návrat k normalitě u veřejného pořádku).

Po zohlednění výše uvedených teoretických východisek limitování základních práv a svobod v ČR mohou být základní práva klasifikována nejen podle jejich nositelů, předmětů ochrany nebo historických generací (Vašák), ale i úrovně ústavní ochrany (obrázek č. 4). Samozřejmě platí, že s rostoucí úrovní ústavní ochrany klesá dispozice zákonodárce při vymezení skutkové podstaty základního práva. Podstava této pyramidy práv je - navzdory všeobecné představě - mohutnější než ostatní a integruje mnohá základní práva - liberálního i sociálního státu - do společné kategorie zákonem vymežitelných práv. Absolutní, kvalifikovaná i nekvalifikovaná práva sice také mají a musejí mít svou konkretizující legislativu a kolizní pravidla, pouze u vymežitelných práv je však zákonodárce zmocněn k dotváření ústavního pořádku skrze odvozené ústavní normy. V každém případě, i zde musí být - obdobně jako u sociálních práv - dodržena maxima zachování nedotknutelného jádra základního práva, podmínka legitimního cíle a příkaz legální ochrany.

obrázek č. 4



Předložený model limitování základních práv není bezproblémový. Avšak domnívám se, že lépe než ten udržovaný Ústavním soudem zachovává teleologii ústavních norem, aniž by se odchyloval od jazyka a systematiky Listiny, potažmo více respektuje jazyk a systematiku Listiny, aniž by se odchyloval od jejích ústavně teoretických východisek. Především pak vysvětluje, proč a jaké závěry lze vyvozovat z toho, že tvůrce Listiny pověřil zákonodárce k legislativní činnosti i v případech, které nejsou kryty čl. 41 odst. 1 Listiny, a přitom se nemůže jednat o pouhou konkretizaci ústavní normy. Aby se jednalo, museli bychom většinu základních práv chápat jako *prima facie* absolutní a limitovatelná na své šíři teprve s každým omezením zákonem. Takové pojetí však vlastně většinu základních práv nebere vážně, protože je činí neodlišitelnými od obyčejných zájmů. Směřováním k zákonem vymezeným nárokům (rozšířením režimu čl. 41 odst. 1) naopak internalizuje představy demokratického zákonodárce o spravedlivém vyvážení hodnot do vlastní skutkové podstaty základního práva, čímž činí z toho, co zůstává, nefalšovaným, nikoli jen prvoplánovým, *právem*.

Seznam zdrojů

Monografie

- ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986.
- ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004 (překlad J. Rivers, orig.: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1986).
- BARAK, A. *Proportionality: constitutional rights and their limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARAK, A. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- BARTOŇ, M., KRATOCHVÍL, J., KOPA, M., TOMOSZEK, M., JIRÁSEK, J. a SVAČEK, O. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016.
- BELLAMY, R. *Political Constitutionalism: A Republican Defence Of The Constitutionality Of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- CAMERON, I. *National Security and the European Convention on Human Rights*, The Hague: Kluwer Law International, 2000
- ČIČ, M. et al. *Komentár k Ústave Slovenskej republiky*. Bratislava: EuroKódex, 2012
- DRGONEC, J. *Základné práva a slobody podľa Ústavy Slovenskej republiky*. Sv. 1. Bratislava: Manz, 1997.
- DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky: komentár*. 3. přeprac. a rozš. vyd. Šamorín: Heuréka, 2012.
- DRGONEC, J. *Ústava Slovenskej republiky: teória a prax*. Bratislava: C.H. Beck, 2015
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001 (přeložil Zdeněk Masopust).
- ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1986.
- FILIP, J. *Ústavní právo České republiky. Díl 1, Základní pojmy a instituty, Ústavní základy ČR*. 2. zcela přeprac. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 1997.
- FILIP, J. *Ústavní právo České republiky: základní pojmy a instituty: ústavní základy ČR*. Dotisk 4. vyd. [i.e. 5. vyd.]. Brno: Václav Klemm, 2011
- FILIP, J., ŠIMÍČEK, V. a HOLLÄNDER, P. *Zákon o Ústavním soudu. Komentář*. 2., přeprac. a rozšíř. vyd., Praha: Beck, 2007.
- FRIDRICH, B. *Ústavné garancie ľudských práv*. Bratislava: Univerzita Komenského, 2013

- FRIED, Ch. *Right and Wrong*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 1978.
- GARDBAUM, S. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- GERLOCH, A. *Teorie práva*. 6. aktualizované vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2013.
- HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. 2. dotisk, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996, z německého originálu (*Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992) přeložil William Rehg.
- HARRIS, D., O'BOYLE, M. a BATES, E. *Law of the European Convention on Human Rights*. 3. vyd., Oxford: Oxford University Press, 2014.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller, 1999.
- HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Praha: Věšhrd, 1995.
- HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, Plzeň: Aleš Čeněk, 2006.
- KAMM, F. M. *Morality, Mortality. roč. II: Rights, Duties and Status*. New York: Oxford University Press, 1996.
- KANT, I. *The Metaphysics of Morals*. Cambridge University Press, 1996, z německého originálu přeložila Mary Gregor).
- KLATT, M. a MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- KLÍMA, K. et al. *Komentář k Ústavě a Listině*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.
- KLÍMA, K. *Listina a její realizace v systému veřejného a nového soukromého práva*. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2014.
- KLÍMA, K. *Ústavní právo*. 5. aktualiz. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016.
- KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995.
- KMEC, J., KOSAŘ, D., KRATOCHVÍL, J a, BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech*. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2012.
- KOSTEČKA, J., SOVÁK, Z., PAVLÍČEK, V., HŘEBEJK, J. a KNAPP, V. *Ústava a ústavní řád České republiky. Díl 2, Práva a svobody*. Praha: Linde, 1995.
- KROŠLÁK, D. et al. *Ústavné právo*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2016.
- LAVICKÝ, P. et al. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014.
- MELZER, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C.H. Beck, 2010.

- MÖLLER, K. *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- NICKEL, J. W. *Making Sense of Human Rights*. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 2. přeprac. vyd., 2004.
- PAVLÍČEK, V. et al. *Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. 2. díl. Práva a svobody. 2. dopl. a podst. rozš. vyd.* Praha: Linde Praha a. s., 2002.
- PAVLÍČEK, V. *Ústavní právo a státověda. Díl 2, Ústavní právo České republiky*. Praha: Linde, 2004.
- PAVLÍČEK, V., GRONSKÝ J., HŘEBEJK, J. et al. *Ústavní právo a státověda. II. díl, Ústavní právo České republiky. 2. aktualiz. vyd.* Praha: Leges, 2015.
- RAINEY, B., WICKS, E. a OVEY, C. (eds.). *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- RAZ, J. *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System. 2. vyd.*, Oxford: Clarendon Press, 1980
- RAZ, J. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- ROSS, W. D. *The Right and the Good*, Oxford University Press, 2002 (editoval Philip Stratton-Lake).
- SADURSKI, W. *Rights before courts: a study of constitutional courts in postcommunist states of central and eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2005.
- SOBEK, T. *Právní rozum a morální cit*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2016.
- SMERDEL, B. *Ustavno uređenje europske Hrvatske*. Zagreb: Narodne novine d.d., 2013.
- SMET, S. *Resolving conflicts between human rights: the judge's dilemma*. New York: Routledge, 2016.
- SVÁK, Ján. *Ochrana ľudských práv v troch zväzkoch*. Bratislava: Paneurópska vysoká škola, 2011.
- ŠIMÍČEK, V. *Ústavní stížnost. 3. vyd.* Praha: Linde Praha.
- THOMSON, J. J. *Rights, Restitution, and Risk: Essays in Moral Theory*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- WAGNEROVÁ, E., DOSTÁL, M. a POSPÍŠIL, I. *Zákon o Ústavním soudu s komentářem. 1. vyd.* Praha: ASPI, 2007.
- WAGNEROVÁ, E., ŠIMÍČEK, V., LANGÁŠEK, T., POSPÍŠIL, I. et al. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, a. s., 2012.
- WEBBER, G. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- WINTR, J. *Říše principů: obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006.

WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013.

WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 3. vydání. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2015.

Kapitoly v monografiích a sbornících

JAKAB, A. Re-Defining Principles as 'Important Rules'. A Critique of Robert Alexy. In: BOROWSKI, M. (ed.) *On the Nature of Legal Principles*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, s. 145-160.

KUMM, M. Political Liberalism and the Structure of Rights: On The Place And Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS G. (ed.) *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 131-66.

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

LA TORRE, M. Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights. In: ERIKSEN, E. O. a MENÉNDEZ, A. J. (eds.) *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer. Law and Philosophy Library, roč. 77, 2006, s. 53-68.

GARDBAUM, S. The Structure and Scope of Constitutional Rights. In: GINSBURG, T. a DIXON, R. (eds.) *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham a Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011, s. 387-405.

GARDBAUM, S. Positive and Horizontal Rights: Proportionality's Next Frontier or a Bridge Too Far? In: JACKSON, V. a TUSHNET, M. (eds.) *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

HAREL, A. Theories of Rights. In: GOLDING, M. P. a Edmundson, W. A. (eds.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Oxford: Blackwell Publishing Ltd, 2005.

HOFMANOVÁ, H. K pojetí lidských práv v judikatuře Ústavního soudu České republiky. In: GERLOCH, A. a ŠTURMA, P. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století: v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011, s. 57-68.

LETSAS, G. Rescuing Proportionality. In: CRUFT, R., LIAO, M. a RENZO, M. (ed.) *Philosophical Foundations of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 341-360.

LOUGHLIN, M. What is Constitutionalism? In: DOBNER, P. a LOUGHLIN, M. (eds.) *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 47-72.

MECKLED-GARCIA, S. Specifying human rights. In: CRUFT, R., LIAO, S. M., a RENZO, M., *Philosophical foundations of human rights*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

MIKULE, V. a SLÁDEČEK, V. Listina základních práv a svobod a její osudy. In: *Teoretické problémy práva na prahu 21. století. Pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc.* Praha: Karolinum, 2002, s. 115-134.

MÖLLER, K. Constructing the Proportionality Test: An Emerging Global Conversation. In: LAZARUS, L., MCCRUDDEN, Ch. a BOWLES, N. (eds.) *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement.* Oxford: Hart Publishing, 2014, kap. 2.

STERN, K. Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: Isensee/Kirchhof (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* Svazek 9 – Allgemeine Grundrechtslehre. 3. vyd., Heidelberg: C. F. Müller, 2011.

SUCHÁNEK, R. Dvacet let Listiny základních práv a svobod - stabilita ve víru změn. In: GERLOCH, A. a ŠTURMA, P. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století: v českém, evropském a mezinárodním kontextu.* Praha: Auditorium, 2011, s. 18-31.

TUORI, K. Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumentalism of Policies. In: ERIKSEN, E. O. a MENÉNDEZ, A. J. *Arguing Fundamental Rights.* Dordrecht: Springer. Law and Philosophy Library, roč. 77, 2006, s. 33-52.

WALDRON, J. Rights and Majorities: Rousseau Revisited. In: CHAPMAN, J.W. a WERTHEIMER, A. (eds.) *Majorities and Minorities.* American Society for Political and Legal Philosophy. *Nomos*, XXXII. New York University Press, 1990, s. 44-75.

Příspěvky v periodických a elektronických zdrojích

ALEXY, R. Law and Correctness. *Current Legal Problems*, 1998, roč. 51.

ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, 2003, roč. 16, č. 2, 131-140.

ALEXY, R. On Constitutional Rights to Protection. *Legisprudence*. 2009, roč. 3, č. 1.

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

ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*, 2015, roč. 154, č. 11.

BOBEK, M. Curia ex machina; o smyslu činnosti nejvyšších a ústavních soudů. *Právní rozhledy*. 2006, č. 22, s. 1-12

BOGUSZAK, J. Diferenciace lidských práv. *Právník*, 2000, 254-260.

BOMHOFF, J. The Rights and Freedoms of Others: The ECHR and its Peculiar Category of Conflicts between Individual Fundamental Rights [online], 2007, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031682, s. 6 [cit. 15-11-17].

BOTTERELL, A. In Defence of Infringement. *Law and Philosophy*, 2008, roč. 27, s. 269–292.

BRENNAN, S. Thresholds for Rights. *The Southern Journal of Philosophy*, 1995, roč. XXXIII, 143-168.

DVOŘÁK, B. Rozpor právního jednání se zákonem. *Bulletin advokacie*, 2011, č. 3.

- DWORKIN, R. The Model of Rules. *University of Chicago L. Rev.*, 1967, roč. 35.
- DÜRR, Ch. Veřejný pořádek a absolutní neplatnost právního jednání [online]. epravo.cz 9. května 2014 [cit. 15-11-2017]. Dostupné z: <https://www.epravo.cz/top/clanky/verejny-poradek-a-absolutni-neplatnost-pravniho-jednani-94268.html>.
- FEINBERG, J. Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life. *Philosophy and Public Affairs*, 1978, roč. 7, s. 93-123.
- FILIP, J. Některé otázky vztahu konkretizace a omezení základních práv a svobod v ČR. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 1997, roč. 5, č. 4, s. 576-588.
- FLYNN, J. Habermas on Human Rights: Law, Morality, and Intercultural Dialogue. *Social Theory and Practice*, 2003, roč. 29, č. 3.
- FREDERICK, D. Pro-Tanto Versus Absolute Rights. *Philosophical Forum*, 2014, roč. 45, č. 4.
- GARDBAUM, S. Limiting Constitutional Rights. *UCLA L Rev*, 2007, roč. 54.
- GEWIRTH, A. Are There Any Absolute Rights? *The Philosophical Quarterly*, 1981, roč. 31, č. 1.
- GREEN, A. An Absolute Theory of Convention Rights: Why the ECHR Gives Rise to Legal Rights That Cannot Conflict with Each Other. *UCL Jurisprudence Rev.*, 2010, roč. 75, č. 93, 75-93.
- GREER, S. The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights. *Human rights files č. 15*, 1997, Štrasburk: Council of Europe Publishing.
- HABERMAS, J. Remarks on Legitimation Through Human Rights. *Philosophy and Social Criticism*. 1998, roč. 24, č. 2.
- HASNAS, J. From Cannibalism to Caesareans: Two Conceptions of Fundamental Rights. *Northwest Univ Law Rev*, 1995, roč. 89, č. 3, s. 900-941.
- HORÁK, F. Lidská důstojnost v ústavním právu: legitimní argument nebo axiom? *Jurisprudence*, 2017, č. 4, 3-14.
- KOPA, M. Když Ústavní soud vaří. *Jiné Právo* [online]. 15. 3. 2015 [cit. 20-11-17]. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.co.uk/2015/03/kdyz-ustavni-soud-vari.html>.
- KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. 17, č. 1.
- KOSAŘ, D. Když Úmluva omezuje víc než Listina: čl. 10 odst. 2 EÚLP versus čl. 17 odst. 4 LZPS. [online] *Jiné Právo*. 2010. Dostupné z: <http://jinepravo.blogspot.cz/2010/10/kdyz-umluva-omezuje-vic-nez-listina-cl.html> (cit. 26-10-2017).
- KRÁĽ, J. Princípy základných práv a slobôd v Ústave Slovenskej republiky. *Právny obzor*. 2003, roč. 86, č. 4, 338-349.
- KUMM, M. Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice: A review essay on A Theory of Constitutional Rights, by Robert Alexy... *International Journal of Constitutional Law*, 2004, roč. 2, č. 3.

- KUMM, M. Who Is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*, 2006, roč. 7, č. 4
- MADISON, J., HAMILTON, A., JAY, J. The Federalist Papers (1788), List 78 (Hamilton). Dostupné z: <http://www.constitution.org/fed/federa78.htm>.
- MAVRONICOLA, N. What is an 'absolute right'? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2012, roč. 12, č. 4.
- MEIKLEJOHN, A. The First Amendment is an Absolute. *The Supreme Court Review*, 1961, 245-266.
- MELZER, F. Soukromoprávní význam jednání v krajní nouzi. *Právní rozhledy*, 2014, č. 15-16.
- MICHELMAN, F. I. Constitutional Legitimation for Political Acts. *The Modern Law Review*, 2003, roč. 66, č. 1.
- MÖLLER, K. Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *I•CON*, 2007, roč. 5, č. 3, s. 453–468.
- MÖLLER, K. Proportionality: Challenging the Critics. *I•CON*, 2012, roč. 10, č. 3, 709-731.
- MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation. *LSE Working Papers*, 17/2013.
- OBERDIEK, J. Lost in Moral Space. *Law and Philosophy*, 2004, roč. 23, 325–346.
- OBERDIEK, J. Specifying Rights Out of Necessity. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2008, roč. 28, č. 1.
- OBERDIEK, J. Specifying Constitutional Rights. *Constitutional Commentary*. 2010, roč. 27, 231-248 (Review Essay on WEBBER, G. The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. Cambridge University Press, 2009).
- RADA EVROPY. Guide to Article 9 [online]. 2015. Dostupné z: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf.
- RADA EVROPY. National Security and European case-law. 2013, s. 4. Dostupné z: <https://rm.coe.int/168067d214>.
- RAO, N. On the Use and Abuse of Dignity in Constitutional Law. *Columbia Journal of European Law*, 2008, roč. 14.
- RAZ, J. Legal Principles and the Limits of Law. *Yale L. J.*, 1972, roč. 81, 823-854.
- ROSEN, M. D. When Are Constitutional Rights Non-Absolute? McCutcheon, Conflicts, and the Sufficiency Question. *William & Mary Law Review*, 2015, roč. 56, č. 4.
- SHAFER-LANDAU, R. Specifying Absolute Rights. *Ariz. L. Rev.*, 1995, roč. 37, 209-226.
- SCHAUER, F. Prescriptions in three dimensions. *Iowa L. Rev.*, 1997, roč. 82, č. 911.
- SMET, S. On the Existence and Nature of Conflicts between Human Rights at the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, 2017, roč. 17, č. 3.

SUNSTEIN, C. R. Against Positive Rights Feature. *East European Constitutional Review*, 1993, roč. 2, č. 35.

SUNSTEIN, C. R. Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, 1995, roč. 108, č. 7, 1733-1772.

TSAKYRIKIS, S. Proportionality: An Assault on Human Rights? *I•CON*, 2009, roč. 7, č. 3, 468-493.

THOMSON, J. J. Self-Defense and Rights [online]. The Lindley Lecture, University of Kansas, datovaná k 5. dubnu 1976, s. 10. Dostupné z: <https://kuscholarworks.ku.edu/bitstream/handle/1808/12392/Self-Defense%20and%20Rights-1976.pdf?sequence=1> [12-10-2017].

VYHNÁNEK, L. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, č. 3.

WALDRON, J. Rights in Conflict. *Ethics*. 1989, roč. 99, č. 3, s. 509

WALDRON, J. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. 1993, roč. 13, č. 1.

WEINRIB, J. When Trumps Clash: Dworkin and the Doctrine of Proportionality. *Ratio Juris*, 2017, roč. 30, č. 3, 341-352.

WEBBER, G. On the Loss of Rights [online]. *LSE Working Papers*, 16/2013. Dostupné z: <http://ssrn.com/abstract=2272978>.

WEBBER, G. Proportionality and Absolute Rights. *LSE Working Papers*, 10/2016.

WELLMAN, Ch. H. On Conflicts Between Rights. *Law and Philosophy*, 1995, roč. 14, 271-295.

WINTR, J. Alexyho vážící formule. *Právník*, 2016, roč. 154, č. 5, 446-461.

Kvalifikační práce

BRIATKOVÁ, M. Zjevná neopodstatněnost ústavní stížnosti. Diplomová práce. Masarykova Univerzita. Právnická fakulta. Vedoucí prof. JUDr. Jan Filip, CSc., 2011.

ONDŘEJEK, P. Princip proporcionality a jeho aplikace v oblasti lidskoprávních norem, Praha, 2011. Disertační práce. Univerzita Karlova v Praze. Právnická fakulta. Vedoucí práce Aleš Gerloch.

SCHREIBEROVÁ, J. Horizontální účinky lidských práv. Diplomová práce. Univerzita Karlova. Právnická fakulta. Vedoucí JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., 2016.

Judikatura

Nálezy, usnesení a stanoviska pléna Ústavního soudu ČR a Ústavního soudu ČSFR

Nález sp. zn. Pl. ÚS 51/06 ze dne 27. 9. 2006 (N 171/42 SbNU 471; 483/2006 Sb.

nález Ústavního soudu ČSFR z 21. října 1992, sp. zn. II. ÚS 104/92 (SbNU 1/1992, 53)

Nález sp. zn. Pl. ÚS 5/93 ze dne 19. 1. 1994 (N 4/1 SbNU 35; 35/1994 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 15/93 ze dne 19. 1. 1994 (N 3/1 SbNU 23; 34/1994 Sb.) - k pokutám a kaucím právníkům osobám za nedodržování zákonů upravujících transformaci zemědělských družstev).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 19/93 ze dne 21. 12. 1993 (N 1/1 SbNU 1; 14/1994 Sb.) - k zákonu o protiprávnosti komunistického režimu.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 43/93 ze dne 12. 4. 1994 (N 16/1 SbNU 113; 91/1994 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994 (N 46/2 SbNU 57; 214/1994 Sb.) - Anonymní svědek I.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 25/94 ze dne 13. 6. 1995 (N 31/3 SbNU 233; 165/1995 Sb.).

Nález sp. zn. IV. ÚS 81/95 ze dne 18. 9. 1995 (N 50/4 SbNU 41; 32/1997 Sb.) - k trvalému odmítnutí vojenské služby a zásada „ne bis in idem“.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 32/95 ze dne 3. 4. 1996 (N 26/5 SbNU 215; 112/1996 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 34/95 ze dne 10. 4. 1996 (N 28/5 SbNU 233; 124/1996 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 15/96 ze dne 9. 10. 1996 (N 99/6 SbNU 213; 280/1996 Sb.) - Vojenské byty.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 16/98 ze dne 17. 2. 1999 (N 25/13 SbNU 177; 68/1999 Sb.) - Právo vlastnit zbraň.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 18/98 ze dne 2. 6. 1999 (N 82/14 SbNU 181; 151/1999 Sb.).

Nález sp. zn. IV. ÚS 37/01 ze dne 22. 10. 2001 (N 154/24 SbNU 133 - Anonymní svědek II).

Nález sp. zn. III. ÚS 256/01 ze dne 21. 3. 2002 (N 37/25 SbNU 287) - Rekognici fotografií.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 36/01 ze dne 25. 6. 2002 (N 80/26 SbNU 317; 403/2002 Sb.) - k tzv. euronovele Ústavy.

Nález sp. zn. I. ÚS 671/01 ze dne 11. 3. 2003 (N 36/29 SbNU 309) - Svědkové Jehovovi.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 42/02 ze dne 26. 3. 2003 (N 42/29 SbNU 389; 106/2003 Sb.) - k odepření výkonu vojenské služby s poukazem na svobodu svědomí.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 40/02 ze dne 11. 6. 2003 (N 88/30 SbNU 327; 199/2003 Sb.) - k právní závaznosti kolektivních smluv vyššího stupně.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 41/02 ze dne 28. 1. 2004 (N 10/32 SbNU 61; 98/2004 Sb.).

Nález sp. zn. I. ÚS 43/04 ze dne 13. 4. 2004 (N 54/33 SbNU 55).

nález sp. zn. I. ÚS 4503/12 ze dne 11. 6. 2014 (N 119/73 SbNU 827).

Nález sp. zn. III. ÚS 321/03 ze dne 30. 6. 2004 (N 90/33 SbNU 371).

Nález sp. zn. I. ÚS 185/04 ze dne 14. 7. 2004 (N 94/34 SbNU 19).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 15/04 ze dne 30. 11. 2004 (N 180/35 SbNU 391; 45/2005 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/04 ze dne 28. 6. 2005 (N 130/37 SbNU 641) - Jezy na Labi.

Nález sp. zn. IV. ÚS 412/04 ze dne 7. 12. 2005 (N 223/39 SbNU 353; k omezení svéprávnosti).

Nález sp. zn. IV. ÚS 611/05 ze dne 8. 2. 2006 (N 34/40 SbNU 281).

Nález sp. zn. III. ÚS 499/04 ze dne 9. 2. 2006 (N 36/40 SbNU 303) - Anonymní svědek III.

Nález sp. zn. IV. ÚS 767/05 ze dne 10. 4. 2006 (N 81/41 SbNU 67).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 66/04 ze dne 3. 5. 2006 (N 93/41 SbNU 195; 434/2006 Sb.) - k „eurozatykači”.

Nález sp. zn. I. ÚS 85/04 ze dne 13. 7. 2006 (N 136/42 SbNU 91).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 57/05 ze dne 13. 9. 2006 (N 160/42 SbNU 317; 486/2006 Sb.).

Nález sp. zn. I. ÚS 191/05 ze dne 13. 9. 2006 (N 161/42 SbNU 327).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 51/06 ze dne 27. 9. 2006 (N 171/42 SbNU 471; 483/2006 Sb.) - k hospodaření veřejných neziskových nemocnic.

Nález sp. zn. I. ÚS 481/04 ze dne 3. 10. 2006 (N 173/43 SbNU 3) - Anonymní svědek IV.

Nález sp. zn. IV. ÚS 428/05 ze dne 11. 10. 2006 (N 185/43 SbNU 115).

Nález sp. zn. I. ÚS 321/06 ze dne 18. 12. 2006 (N 229/43 SbNU 595)

Nález sp. zn. Pl. ÚS 34/06 ze dne 20. 2. 2007 (N 31/44 SbNU 385; 128/2007 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 69/04 ze dne 8. 3. 2007 (N 44/44 SbNU 557; 161/2007 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 10/06 ze dne 13. 3. 2007 (N 47/44 SbNU 603; 163/2007 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 44/06 ze dne 3. 4. 2007 (N 58/45 SbNU 3; 189/2007 Sb.).

Nález sp. zn. III. ÚS 346/06 ze dne 19. 12. 2007 (N 229/47 SbNU 995).

Nález I. ÚS 3038/07 ze dne 29. 2. 2008 (N 46/48 SbNU 549)

Nález sp. zn. Pl. ÚS 83/06 ze dne 12. 3. 2008 (N 55/48 SbNU 629; 116/2008 Sb.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 35/06 ze dne 22. 4. 2008 (N 72/49 SbNU 67; 286/2008 Sb.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 11/08 ze dne 23. 9. 2008 (N 155/50 SbNU 365) - k soudnímu přezkumu pracovně-lékařských posudků o zdravotní způsobilosti.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 40/06 ze dne 14. 10. 2008 (N 171/51 SbNU 93; 6/2009 Sb.; k povinnému členství v ČLK).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 46/06 ze dne 21. 10. 2008 (N 176/51 SbNU 163; 22/2009 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 35/08 ze dne 7. 4. 2009 (N 83/53 SbNU 51; 151/2009 Sb.

Nález sp. zn. I. ÚS 536/06 ze dne 28. 4. 2009 (N 100/53 SbNU 263).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 10/08 ze dne 12. 5. 2009 (N 115/53 SbNU 427; 229/2009 Sb.)

Nález sp. zn. I. ÚS 160/09 ze dne 2. 6. 2009.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 18/07 ze dne 15. 9. 2009 (N 202/54 SbNU 505; 384/2009 Sb.)

Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/10 ze dne 30. 3. 2010 (N 68/56 SbNU 761; 123/2010 Sb.)

Nález sp. zn. I. ÚS 22/10 ze dne 7. 4. 2010 (N 77/57 SbNU 43).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 3/09 ze dne 8. 6. 2010 (N 121/57 SbNU 495; 219/2010 Sb.) - kravíny jako obydlí.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 34/09 ze dne 7. 9. 2010 (N 187/58 SbNU 647).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 28/09 ze dne 2. 11. 2010 (N 215/59 SbNU 123; 368/2010 Sb.)

Nález sp. zn. I. ÚS 517/10 ze dne 15. 11. 2010 (N 223/59 SbNU 217)

Nález sp. zn. Pl. ÚS 39/10 ze dne 8. 12. 2010 (N 242/59 SbNU 465; 395/2010 Sb.)

Nález sp. zn. IV. ÚS 3597/10 ze dne 20. 10. 2011 (N 181/63 SbNU 101) - k pravomoci civilního soudu rozhodovat o pracovněprávních sporech uvnitř církve.

Nález sp. zn. III. ÚS 449/06 ze dne 3. 2. 2011 (N 10/60 SbNU 97).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/10 ze dne 22. 3. 2011 (N 52/60 SbNU 625; 94/2011 Sb.) - ke shromažďování a využívání provozních a lokalizačních údajů o telekomunikačním provozu.

Nález sp. zn. IV. ÚS 1642/11 ze dne 8. 11. 2011 (N 191/63 SbNU 219) - k poskytování informací o členství soudců v bývalé KSČ a závaznosti rozhodnutí Ústavního soudu.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 20/09 ze dne 15. 11. 2011 (N 195/63 SbNU 247; 36/2012 Sb.).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 24/11 ze dne 20. 12. 2011 (N 217/63 SbNU 483; 43/2012 Sb.) - k ústavnosti oprávnění OČTŘ získat od od provozovatelů elektronických komunikací údaje o uskutečněném telekomunikačním provozu za účelem objasnění skutečností důležitých pro trestní řízení.

Nález sp. zn. II. ÚS 1969/10 ze dne 27. 12. 2011 (N 219/63 SbNU 515) - k soudnímu přezkumu vnitrostranických rozhodnutí.

Nález sp. zn. I. ÚS 1586/09 ze dne 6. 3. 2012 (N 43/64 SbNU 491) - k výši náhrady škody.

Nález sp. zn. II. ÚS 171/12 ze dne 15. 5. 2012 (N 105/65 SbNU 439) - k excesivně formulovanému výroku předepisující znění omluvy defamovanému.

Nález sp. zn. II. ÚS 3120/10 ze dne 29. 8. 2012 (N 145/66 SbNU 201).

Nález sp. zn. I. ÚS 4183/12 ze dne 24. 7. 2013 (N 131/70 SbNU 211)

Nález sp. zn. I. ÚS 2787/13 ze dne 28. 11. 2013 (N 205/71 SbNU 417)

Nález sp. zn. III. ÚS 2253/13 ze dne 9. 1. 2014 (N 3/72 SbNU 41) - k ústavněprávním aspektům odpovědnosti za škodu způsobenou postupem non lege artis.

Nález sp. zn. III. ÚS 1956/13 ze dne 6. 3. 2014 (N 28/72 SbNU 325)

Nález sp. zn. Pl. ÚS 47/13 ze dne 7. 5. 2014 (N 76/73 SbNU 351).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 57/13 ze dne 20. 5. 2014 (N 99/73 SbNU 607; 108/2014 Sb.).

Nález sp. zn. III. ÚS 761/14 ze dne 21. 5. 2014 (N 103/73 SbNU 659).

Nález sp. zn. I. ÚS 4503/12 ze dne 11. 6. 2014 (N 119/73 SbNU 827) - k vyhoštění na dobu neurčitou.

Nález sp. zn. I. ÚS 581/14 ze dne 1. 7. 2014 (N 134/74 SbNU 35).

Nález sp. zn. III. ÚS 3844/13 ze dne 30. 10. 2014 (N 201/75 SbNU 259) - k odůvodnění pořádkové pokuty.

Nález sp. zn. II. ÚS 3861/13 ze dne 12. 11. 2014 (U 16/75 SbNU 649).

Nález sp. zn. II. ÚS 536/14 ze dne 21. 1. 2015 (N 11/76 SbNU 153).

Nález sp. zn. Pl. ÚS 16/14 ze dne 27. 1. 2015 (N 15/76 SbNU 197; 99/2015 Sb.) - povinné očkování jako podmínka pro přijetí do mateřské školy.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 19/14 ze dne 27. 1. 2015 (N 16/76 SbNU 231; 97/2015 Sb.) - povinné očkování: pokuty rodičům.

Nález sp. zn. I. ÚS 1565/14 ze dne 2. 3. 2015 (N 51/76 SbNU 691)

Nález sp. zn. II. ÚS 164/15 ze dne 5. 5. 2015 (N 88/77 SbNU 285) - shromáždění spolku Stop Genocidě v Chrastavě.

Nález sp. zn. I. ÚS 2903/14 ze dne 12. 5. 2015 (N 94/77 SbNU 377) - k ústavnosti předběžného opatření, kterým se dítě odebírá na dlouhou dobu z péče rodičů.

Nález sp. zn. I. ÚS 3930/14 ze dne 16. 6. 2015 (N 115/77 SbNU 685) - k interpretaci procesních předpisů k ochraně práv žadatele o informace.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 6/15 ze dne 11. 8. 2015 (N 137/78 SbNU 141; 238/2015 Sb.).

Nález sp. zn. I. ÚS 290/15 ze dne 16. 9. 2015 (N 169/78 SbNU 531) - k nepřipustnému formalismu.

Nález sp. zn. I. ÚS 3511/14 ze dne 22. 9. 2015 (N 173/78 SbNU 577) - k nepřipustně extenzivnímu výkladu věci důležité pro trestní řízení.

Nález sp. zn. II. ÚS 3662/14 ze dne 20. 10. 2015 (N 187/79 SbNU 121).

Nález sp. zn. I. ÚS 2024/15 ze dne 15. 12. 2015 (N 215/79 SbNU 461) - k požadavkům na příkaz k domovní prohlídce před zahájením trestního stíhání.

Nález I. ÚS 1253/14 ze dne 22. 12. 2015 (N 220/79 SbNU 527).

Nález sp. zn. III. ÚS 3457/14 ze dne 26. 4. 2016 - k zákonnosti příkazu k odposlechu.

Nález sp. zn. III. ÚS 905/13 ze dne 7. 6. 2016.

Nález sp. zn. I. ÚS 2617/15 ze dne 5. 9. 2016.

Nález sp. zn. II. ÚS 1221/16 ze dne 13. 10. 2016.

Nález sp. zn. II. ÚS 934/16 ze dne 13. 12. 2016 - k posouzení omezení svéprávnosti soudem.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 3/14 ze dne 20. 12. 2016 (73/2017 Sb.) - ke zpřístupnění archiválií bývalé Státní bezpečnosti).

Nález sp. zn. IV. ÚS 3638/15 ze dne 28. 2. 2017.

Nález sp. zn. IV. ÚS 2609/16 ze dne 11. 4. 2017.

Nález sp. zn. I. ÚS 564/17 ze dne 13. 4. 2017.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 3/15 ze dne 30. 5. 2017 (231/2017 Sb.).

Nález sp. zn. IV. ÚS 1146/16 ze dne 20. 6. 2017 - ČEZ není povinným subjektem v oblasti práva na informace.

Nález sp. zn. I. ÚS 3226/16 ze dne 29. 6. 2017 - k uznání zahraničního rodičovství stejnopohlavního páru.

Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/17 ze dne 18. 7. 2017 (313/2017 Sb.) - Kontroly kotů.

Usnesení sp. zn. I. ÚS 393/98 ze dne 5. 11. 1998 (U 63/12 SbNU 499).

Usnesení sp. zn. III. ÚS 547/98 ze dne 8. 4. 1999 (U 30/14 SbNU 295) - k výpovědi z důvodu nadbytečnosti.

Usnesení sp. zn. IV. ÚS 470/2000 ze dne 19. 10. 2000

Usnesení sp. zn. I. ÚS 625/01 ze dne 27. 8. 2002.

Usnesení sp. zn. II. ÚS 203/03 ze dne 24. 6. 2003.

Usnesení sp. zn. I. ÚS 176/04 ze dne 11. 5. 2004

Usnesení sp. zn. I. ÚS 290/04 ze dne 26. 5. 2004 (U 34/33 SbNU 539).

Usnesení sp. zn. Pl. ÚS 10/04 ze dne 7. 9. 2004 (U 44/34 SbNU 425).

Usnesení sp. zn. IV. ÚS 211/06 ze dne 27. 9. 2006.

Usnesení sp. zn. I. ÚS 611/06 ze dne 17. 1. 2007.

Usnesení sp. zn. III. ÚS 630/06 ze dne 22. 3. 2007 (U 4/44 SbNU 769).

Usnesení sp. zn. I. ÚS 1171/09 ze dne 25. 11. 2009.

Usnesení sp. zn. II. ÚS 3322/09 ze dne 20. 1. 2010.

usnesení sp. zn. Pl. ÚS 13/10 ze dne 27. 5. 2010

Usnesení sp. zn. II. ÚS 409/10 ze dne 7. 10. 2010.
Usnesení sp. zn. I. ÚS 3061/09 ze dne 7. 4. 2011.
Usnesení sp. zn. IV. ÚS 1018/11 ze dne 16. 5. 2011.
Usnesení sp. zn. I. ÚS 3597/13 ze dne 29. 1. 2014.
Usnesení sp. zn. III. ÚS 2313/14 ze dne 19. 8. 2014.
Usnesení sp. zn. III. ÚS 3166/14 ze dne 29. 4. 2015.
Usnesení sp. zn. II. ÚS 3277/15 ze dne 12. 1. 2016
Usnesení sp. zn. I. ÚS 780/16 ze dne 23. 3. 2016.
Usnesení sp. zn. IV. ÚS 764/16 ze dne 12. 4. 2016.
Usnesení sp. zn. III. ÚS 3489/16 ze dne 17. 5. 2017.
Usnesení sp. zn. III. ÚS 4162/16 ze dne 30. 5. 2017.
Usnesení sp. zn. III. ÚS 2351/16 ze dne 20. 6. 2017
Usnesení sp. zn. III. ÚS 3565/16 ze dne 5. 9. 2017 - kauza e-kolo s.r.o.

—

Stanovisko pléna sp. zn. Pl.ÚS-st. 30/10 ze dne 30. 11. 2010 (ST 30/59 SbNU 595; 439/2010 Sb.).

NSS a správní soudy

Rozsudek č. j. 8 As 101/2011-191 ze dne 11. června 2013.
Rozsudek č. j. 2 As 79/2013-27 ze dne 16.1.2014.
Rozsudek sp. zn. 2 As 69/2003 z 19. 2. 2004.
Rozsudek č. j. 7 As 48 2012-18 z 31. května 2012.
rozsudek (RS) č. j. 6 As 26/2010-101.
Rozsudek č. j. 5 As 26/2007 z 4. 9. 2007 (č. 1385/2007 Sb. NSS).
Rozsudek č. j. 8 As 50/2008-81 ze dne 29. dubna 2009.
Rozsudek č. j. 4 Ads 21/2008-125 z 27. května 2009.
Rozsudek č. j. ze dne 16. 5. 2007, č. j. 2 As 78/2006-64.
Rozsudek č. j. ze dne 9. 10. 2007, č. j. 1 As 26/2007-60.
Rozsudek č. j. ze dne 16.05.2007, sp. zn. 2 As 78/2006.
Rozsudek č. j. Pst 1/2009-348 ze dne 17. února 2010.
Rozsudek č. j. 47 A 33/2013 ze dne 8. 10. 2015.
Rozsudek 16. 5. 2007, č. j. 2 As 78/2006 - 64.
Rozsudek ze dne 9. 10. 2007, č. j. 1 As 26/2007 - 60.

ESLP

Groppera Radio AG a ostatní proti Švýcarsku, stížnost č. 10890/94

Otto-Preminger Institute proti Rakousku, stížnost č. 13470/87

Autronic AG proti Švýcarsku, stížnost č. 12726/87.

Serif proti Řecku, stížnost č. 38178/97.

Leander proti Švédsku, stížnost č. 9248/81.

X proti Rakousku, stížnost č. 1753/63.

Solomakhin proti Ukrajině, stížnost č. 24429/03.

Y. Y. proti Turecku, stížnost č. 14793/08.

Mennesson proti Francii ze dne 26. 6. 2014 č. 65192/11.

Laskey, Jaggard and Brown proti Spojenému království, spojené stížnosti č. 21826/93, 21627/93, 21974/93.

Sunday Times proti Spojenému království, stížnost č. 6538/74.

Gül a další proti Turecku (stížnost č. 4870/02

Dadouch proti Maltě (stížnost č. 38816/07)

Jersild proti Dánsku, stížnost č. 15890/89

Colombani a ostatní proti Francii, stížnost č. 51279/99

Lekavičienė proti Litvě, stížnost č. 48427/09

Jankauskas proti Litvě, stížnost č. 50446/09.

Casado Coca proti Španělsku, stížnost č. 15450/89.

Žugic proti Chorvatsku, stížnost č. 3699/08

Schöpfer proti Švýcarsku, stížnost č. 25405/94

News Verlags GmbH a CoKG proti Rakousku, stížnost č. 31457/96.

S a Marper proti Spojenému království, spojené stížnosti č. 30562/04 and 30566/04

Austin a ostatní proti Spojenému království, spojené stížnosti č. 39692/09, 40713/09 and 41008/09.

S.A.S. proti Francii, stížnost č. 43835/11

Ebrahimian proti Francii, stížnost č. 64846/11

Leyla Şahin proti Turecku, stížnost č. 44774/98

The National Union of Rail, Maritime and Transport (RMT) proti Spojenému království, stížnost č. 31045/10.

Barthold proti Německu, stížnost č. 8734/79

Saadi proti Itálii, stížnost č. 37201/06

Van der Heijden proti Nizozemsku, stížnost č. 42857/05

Paradiso a Campenelli proti Itálii, stížnost č. 25358/12.

Janowiec a ostatní proti Rusku, spojené stížnosti č. 55508/07 and 29520/09.

Republican Party of Russia proti Rusku, stížnost č. 9237/81

B v. the United Kingdom, stížnost č. 9237/81

Engel a ostatní proti Nizozemsku stížnost č. 5100/71.