

ČLÁNKY

Proporcionálně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv

Ladislav Vyhnánek*

Úvod

Princip proporcionality je jedním z nejrozšířenějších ústavních principů vůbec a určitou variantu testu proporcionality, který je praktickým vyjádřením tohoto principu, používají ústavní soudy prakticky po celém světě¹. Testování proporcionality bylo po teoretické stránce rozpracováno zejména německými teoretiky² a jako praktický ústavněprávní nástroj pak byl test proporcionality používán především německým Spolkovým ústavním soudem; ještě před půl stoletím nic nenavštěvovalo tomu, že by princip proporcionality měl být jedním ze základních stavebních kamenů „globálního konstitucionalismu“, avšak nyní, ve zpětném pohledu, jistě není nadsázkou, označíme-li jej za nejúspěšnější německý právní vývozní artikl.

Samotný fakt, že testování proporcionality má za sebou triumfální tažení napříč národními i mezinárodními jurisdikcemi, ovšem neznamená, že jeho používání ústavními soudy není spojeno s žádnými teoretickými či praktickými problémy. Jeden z nejvýznamnějších problémů vyvstává právě v souvislosti s jeho exportem do odlišných právních systémů. Testování proporcionality si totiž činilo a přinejmenším v očích některých stále činí nárok na to, být univerzálně použitelným nástrojem přezkumu zásahů

do základních práv. V německém kontextu a obecně v kontextu ústav sepsaných před druhou světovou válkou či těsně po ní však byl tento test užíván vesměs k přezkumu zásahů do práv první generace, převážně pak práv negativních. Některé ústavní soudy (zejména v jižní, střední a východní Evropě, ale např. i v Jihoafrické republice či Latinské Americe) jsou však pověřeny ochranou novějších a mnohem ambicióznějších katalogů základních práv, zahrnujících sociální, ekonomická a kulturní práva a vyjadřujících se určitým způsobem k ekonomické politice státu.

Právě na naznačenou otázku – totiž zda je aplikace testu proporcionality při zkoumání ústavnosti zásahu do sociálních práv³ možná a vhodná – se pokusím odpovědět v tomto textu. Za tímto účelem se nejprve zaměřím na historická a teoretická východiska nastíněného problému. Poté provedu analýzu, srovnání a zhodnocení judikatury dvou ústavních soudů z oblasti střední a východní Evropy – a to českého a lotyšského ústavního soudu. Tyto ústavní soudy byly ke srovnání vybrány z několika důvodů. Jednak oba tyto soudy působí v kontextu relativně nových ústavních systémů se srovnatelnou historií, do nichž byly cca před dvaceti lety vtěleny moderní katalogy sociálních práv včetně extenzivní úpravy práv sociálních. Zároveň jsou však záruky sociálních práv formulovány odlišným jazykem (k tomu srov. podrobněji druhou část). Zatímco česká úprava zakotvuje ve vztahu k sociálním právům široce formulované výhrady zákona, lotyšská úprava je formulačně mnohem podobnější klasickým základním právům. Navíc oba soudy zpřístupňují svou judikaturu v rozsahu více než dostatečném k provedení relevantního

* JUDr. Ladislav Vyhnánek, Katedra ústavního práva a politikologie, Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Brno.

¹ Srov. STONE SWEET, Alec., MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*. r. 47, 2008, ISSN 0010-1931, (dále i jen „STONE SWEET, Alec., MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism.“), str. 74 – 75, 113 an.

² Alexyho „Teorie základních práv“: ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1994, 548 s. ISBN 3518281828, (dále i jen „ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*“.)

³ Článek pojednává především o otázce přezkumu zásahů do sociálních práv při kontrole norem, tj. zejména přezkum ústavnosti zákonů. Ačkoliv tato otázka může vyvstat i např. v řízení o ústavní stížnosti, z praktického hlediska zatím takové případy nejsou významné.

srovnání. V neposlední řadě je výběr těchto soudů odůvodněn tím, jak ovšem ukáže až následující text, že jsou reprezentanty velmi rozdílných přístupů k řešení nastíněného problému.

I. Historická a teoretická východiska

I.1 Historie a problémy ústavní ochrany sociálních práv

Ústavní zakotvení sociálních práv (základních sociálních práv) je poměrně novým jevem. První náznaky ochrany základních sociálních práv se začaly objevovat na konci první světové války např., konkrétně v ruské ústavě z roku 1918⁴. Pokud se týče střední a západní Evropy, lze za průkopnickou ústavu označit Výmarskou ústavu⁵ (např. její čl. 160⁶, ostatní články šly spíše cestou ochrany objektivních hodnot). Ve větší míře se však – pomineme-li socialistické státy⁷ - základní sociální práva začala prosazovat až od 70. let 20. století. Poměrně rozsáhlý ústavní katalog sociálních práv má tak např. Portugalsko (ústava z roku 1976⁸, zejm. články 58 a 59). Skutečný rozmach však přinesly až nové ústavy přijaté po revolucích na přelomu 80. a 90. let dvacátého století. Mezi země, které v této době zakotvily významné záruky sociálních práv do svých ústav, patří mj. Jihoafrická republika, Polsko, Maďarsko, Česká republika, Slovensko, Litva, Lotyšsko a mnohé další. V těchto ústavách se setkáme např. se zakotvením práva na přiměřenou (resp. odpovídající) odměnu za práci, práva na příspěvky od státu v určitých definovaných situacích (důchody, dávky v nezaměstnanosti), práva na bezplatné vzdělání či práva na bezplatné zdravotnictví.

⁴ V angličtině dostupná např. na http://debs.indstate.edu/r969r87_1919.pdf

⁵ Die Verfassung des Deutschen Reiches. Dostupná na <http://www.verfassungen.de/de/de19-33/verf19-i.htm>

⁶ Obsahující relativně slabé garance práva na uvolnění ze zaměstnání za účelem působení ve veřejném úřadu a práva na náhradu mzdy během výkonu takové funkce (za podmínek stanovených zákonem).

⁷ Ústavy socialistických států totiž vesměs nebyly ústavami reálnými (k tomu srov. ŠIMÁČKOVÁ, Kateřina. Fiktivní, nebo reálná ústava. In *Komunistické právo v Československu*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, ISBN 9788021048447, str. 123 - 145), které by byly vymahatelné prostřednictvím soudů či dokonce ústavních soudů. Např. v Československu byl sice ústavní soud ve federální ústavě zakotven (ústavní zákon č. 143/1968 Sb., hlava šestá), avšak fungovat skutečně nezačal.

⁸ V anglickém znění dostupná na <http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/conteudo/files/constituicaoingles.pdf>

Zakotvení subjektivních základních sociálních práv nebylo jedinou možností, jak na ústavní úrovni garantovat určitý sociální standard. Ve srovnávacím právu lze rozeznat přinejmenším dva další modely ochrany sociálních práv na ústavní úrovni. Prvním takovým modelem přístupu k sociálním právům může posloužit německá ústavní úprava, která na rozdíl od shora zmíněných ústav nechrání sociální práva jako práva pozitivní, nýbrž „pouze“ prostřednictvím objektivní právní hodnoty (či principu) *sociální státnosti* obsažené v čl. 20 odst. 1 GG⁹.

Reprezentantem dalšího z odlišných přístupů je ESLP¹⁰, který při výkladu Úmluvy, často hledá a nachází sociální aspekty klasických základních práv¹¹. Případně je možné, aby ústavní systém oba dva přístupy kombinoval, k čemuž dospěla judikatura německého ústavního soudu, který může sociální práva chránit nejen skrze aplikaci sociálněstátní klauzule, nýbrž např. i nalezením sociálního aspektu práva na lidskou důstojnost¹².

Přirozeně i tyto dva zmíněné modely lze kombinovat s ústavním katalogem sociálních práv. Tak například polský ústavní soud z čl. 2 polské ústavy, obsahujícího zásadu společenské spravedlnosti, odvodil ústavní požadavek určité sociální solidarity¹³. Eliška Wagnerová pak v českém kontextu vyslovila názor, že sociální práva obsažená v ústavním pořádku nejsou veřejnými subjektivními právy, nýbrž toliko institucionálními garancemi a že sociální práva lze chránit např. skrze právo na lidskou důstojnost.¹⁴

⁹ Čl. 20 odst. 1 GG: „*Spolková republika Německo je demokratický a sociální spolkový stát.*“

¹⁰ Zde sice nejde o příklad „ústavní“ ochrany sociálních práv, ovšem pro účely výkladu základních práv nejde o rozdíl relevantní.

¹¹ Srov. např. rozhodnutí o přijatelnosti ze dne 23. 4. 2002, *Larioshina proti Rusku*, č. 56589/00 či obecně KRATOCHVÍL, Jan, Sociální práva v Evropské úmluvě na ochranu lidských práv a Mezinárodním paktu o občanských a politických právech. Praha: Univerzita Karlova. 2010. 242 s. ISBN: 9788087146385, zejména str. 61, 108 či 143. Tento přístup ESLP je někdy označován jako tzv. integrovaný přístup k základním právům (resp. jejich interpretaci); srov. např. NIFOSI-SUTTON, I. The Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-Monetary Relief: a Critical Appraisal from a Right to Health Perspective. *Harvard Human Rights Journal*, č. 10, 2010, s. 60.

¹² K tomu srov. např. nálezy z 9. 2. 2010, sp. zn. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, tzv. *Hartz IV*.

¹³ Nález polského Ústavního tribunálu ze dne 24. 2. 2010, sp. zn. K 6/09.

¹⁴ Odlišné stanovisko Elišky Wagnerové k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008 (N 91/49 SbNU 273; 251/2008 Sb.). Tento názor se však prakticky neprosadil; česká úprava zakotvením speciálního katalogu sociálních práv ve spojení s čl. 4 odst. 4 Listiny pro takový výklad podle mého názoru nedává prostor. Ostatně i sama Eliška

Ze všech zmíněných modelů jsou to však právě rozsáhlé ústavní katalogy sociálních práv, formulovaných jako subjektivní práva, které ústavním soudům poskytují teoreticky největší možnost zasahovat do sociální a ekonomické politiky státu. Ochrana sociálních práv skrze sociální aspekty jiných základních práv je z povahy věci zaměřena pouze na určité esenciální nároky (elementární důstojné živobytí, které neohrožuje lidský život, zákaz nelidského či ponižujícího životního standardu apod.). Ochrana pomocí objektivních ústavních klauzulí pak může mít vliv na interpretaci práv obsažených v ústavě, avšak nelze *a priori* očekávat, že by z nich byla vyvozována zcela konkrétní a expanzivní sociální práva.¹⁵ To, že sociální práva byla formulována začasté jako veřejná subjektivní práva, je však připodobnilo základních lidským, občanským a politickým právům, jež se v minulosti ukázala být v rukou ústavních soudů mocným nástrojem výrazně limitujícím volnost zákonodárce, což vyvolávalo (a dlužno dodat, že stále vyvolává) řadu otázek.

Klíčovou otázkou je, zda jsou základní sociální práva vůbec justiciabilní, tj. vynutitelná prostřednictvím soudů; problém přitom nespočívá pouze v tom, zda jsou ústavní soudy *schopny* základní sociální práva vhodně vynucovat. I pokud by totiž našly nástroje, kterými základní sociální práva vynutit, zůstala by dle některých autorů nevyřešena ještě významnější součást tohoto problému – totiž že by soudy zasahovaly do výsostně politických otázek týkajících se nastavení sociálního systému. Obecně tento argument zformuloval např. Neier, podle něhož: „*ekonomická a sociální práva nejsou uchopitelná v rámci soudního procesu a [soudy při jejich vymáhání] zasahují do oblasti, která by měla být doménou procesu demokratického.*”¹⁶ Podle Neiera je ovšem odebrání ekonomických a sociálních otázek ze sféry demokratického (politického) procesu, zásahem do samé jeho podstaty; řešení těchto otázek má být výsledkem vyjednávání a kompromisu, což jsou nástroje vlastní právě demokratickému a nikoliv soudnímu procesu.¹⁷ Z tohoto úhlu pohledu se tedy objevovaly argumenty proti svěřeni sociálních práv

Wagnerová např. s právem podle čl. 26 odst. 1 Listiny (jež je zmíněno v čl. 41 odst. 1 Listiny) jako soudkyně zpravodajka nakládala jako s klasickým právem a dokonce na zásah do něj aplikovala test proporcionality [nález sp. zn. Pl. ÚS 38/04 ze dne 20. 6. 2006 (N 125/41 SbNU 551; 409/2006 Sb.)].

¹⁵ Významný rozdíl mezi explicitním zakotvením sociálních práv a jejich interpretačním odvozením z jiných práv uznává i Alexy. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. str. 455.

¹⁶ NEIER, Aryeh. Social and Economic Rights: A Critique. *Human Rights Brief*. č. 2, 2006, ISSN 1533-6808, str. 1.

¹⁷ *Ibid.*, str. 2.

ústavním soudům ve vztahu k problémům legitimacy (či v případě soudů nedostatku demokratické legitimacy) a distribuci zdrojů (k jejižmu provedení soudům chybí nástroje).¹⁸ Např. Alexy i Isensee uvádějí, že zejména v době ekonomických krizí zakotvení sociálních práv, byť i v určité minimální míře (natožpak podpořené silným vynucováním ze strany ústavních soudů), snižuje flexibilitu a omezuje možnost státu na krizi reagovat, v důsledku čehož může ekonomická krize přerůst v krizi ústavní.¹⁹

Tyto obecné obavy se dočkaly vyjádření i specificky ve vztahu k zakotvení sociálních práv na přelomu osmdesátých a devadesátých let ve střední a východní Evropě. Jedním z prominentních kritiků tohoto trendu byl Cass Sunstein, podle něhož bylo zařazení ekonomických a sociálních práv „*velkou chybou, možná katastrofou*”²⁰. Jako jeden z hlavních cílů kritiky si zvolil právo na spravedlivou odměnu za práci; kromě již zmíněných argumentů považoval Sunstein za problematické, že zakotvením sociálních práv do ústavy se smazává hranice mezi veřejnou a soukromou sférou, přičemž konstatoval, že s řízením ekonomiky mají problémy i politické složky státu a soudy jsou k tomuto úkolu vybaveny ještě hůře. Některé z vyřčených obav se ostatně později naplnily.²¹

Bylo však jasné, že odpověď na otázku, jak se základní sociální práva v nových ústavách osvědčí, bude záležet především na přístupu důležitých ústavních aktérů k nim, a že důležitou roli budou hrát zejména ústavní soudy. Test ustanovení zakotvujících sociální práva totiž ve většině zmíněných ústav nebyl (a není) příliš konkrétní a dovoluje ústavním soudům excesy oběma směry, tj. od úplné rezignace na jejich ochranu až po bezbřehý paternalismus ústí ve faktické ústavní vyloučení politické soutěže v sociální a ekonomické oblasti. Skutečnost, že zakotvení sociálních práv v ústavách nemusí znamenat katastrofu,

¹⁸ K tomu srov. i DESAI, Deval. “Courting” Legitimacy: Democratic Agency and the Justiciability of Economic and Social Rights. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*. č. 4, 2009, ISSN 1933-0049, str. 31 – 32.

¹⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, str. 467 a ISENSEE, Josef. *Verfassung ohne soziale Grundrechte*. *Der Staat*. 1980. Str. 367 – 384. ISSN: 0038-884, str. 381.

²⁰ SUNSTEIN, Cass R. *Against Positive Rights*. In SAJO, Andras, (ed.) *Western Rights? Post-Communist Application*. Haag: Kluwer Law International. 1996, ISBN: 9789041102638, str. 225.

²¹ Konkrétně maďarský ústavní soud by podroben velmi silné kritice po svém zásahu do reformy sociálního zabezpečení provedené v první polovině devadesátých let; k tomu srov. SAJO, A. How the Rule of Law Killed Hungarian Welfare Reform. *East European Constitutional Review*. č. 5. 1996, ISSN 1075-8402. Otázkou navíc je, jak by Sunstein reagoval, pokud by byl konfrontován s aktuální judikaturou lotyšského ústavního soudu v oblasti sociálních práv (srov. následující text).

pokud k nim ústavní aktéři přistupují umírněně, později ostatně uznal i sám Cass Sunstein²².

I.2. Proč hledat meze aplikace testu proporcionality?

Legitimní otázkou samozřejmě je, proč by snad aplikace testu proporcionality v oblasti základních sociálních práv mohla činit nějaké problémy. Jinými slovy: proč se vůbec po mezích aplikace testu v oblasti sociálních práv pídít a neaplikovat jej stejně automaticky jako ve vztahu k omezení „klasických“ základních práv? Náznak odpovědi na tuto otázku plyne podle mého názoru do jisté míry již z předěšlých řádků. V oblasti základních sociálních práv je nutno zohlednit velice specifický vztah mezi zákonodárcem a ústavními soudy, logiku vývoje a migrace testu proporcionality, specifika ústavního textu i samotnou povahu sociálních práv, kteréžto faktory mohou podle mého názoru mít na aplikaci testu proporcionality vliv.

Určitým východiskem, které důkladnější zkoumání těchto faktorů odůvodňuje, ba jej snad přímo vyžaduje, pak je předpoklad, že test proporcionality, jak je standardně zakotven v judikatuře (nejen) kontinentálních ústavních soudů, je inherentně spojen s jistou strukturou a určitou mírou intenzity přezkumu, které v oblasti sociálních práv nemusejí být nejvhodnějším prostředkem k řešení delikátního vztahu mezi zákonodárcem a ústavním soudem.

²² SUNSTEIN, Cass R. Social and Economic Rights? Lessons from South Africa *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*. č. 12. str. 14. Dostupný na http://www.law.uchicago.edu/files/files/12_CRS_.pdf. Podle Sunsteina relativně deferenční přístup jihoafrického ústavního soudu ukázal, že i v relativně chudé zemi sociální práva mohou být soudy vynucována, pakliže ovšem nekladou na zákonodávce přehnané nároky a nevstupují příliš do čistě politických úvah. Podnětem k tomuto názorovému přerodu bylo rozhodnutí ve věci *Grootboom*, v němž jihoafrický ústavní soud konstatoval, že z práva na bydlení ve smyslu jihoafrické ústavy nelze vyvodit žádné konkrétní nároky, avšak že stát je povinen zavést určitý program pro vytváření příbytků pro potřebné. Při hodnocení, nakolik lze přístup jihoafrického ústavního soudu označit za deferenční, jistě záleží na vkusu a očekávání každého autora, nicméně ve srovnání např. s dále rozebíraným lotyšským ústavním soudem se o relativně deferenční přístup jedná. Konkrétní parametry tohoto systému však byly ponechány na úvaze zákonodávce. Obdobný přístup zaujal i japonský Nejvyšší soud ve věci *Asahi*, srov. DORSEN, Norman., ROSENFELD, Michel., SAJÓ, András., BAER Susanne. *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*. St. Paul: Thomson West. 2003, 1383 s. ISBN: 0314242481, str. 1230.

Test proporcionality, jak je zachycen v judikatuře německého, českého, lotyšského, ale např. i polského ústavního soudu se tradičně skládá ze tří kroků, a to posuzování kritéria vhodnosti, potřeby a proporcionality v užším slova smyslu (vyvažování).²³

Z hlediska jeho aplikace v oblasti sociálních práv nepovažují za nikterak problematický krok první, v němž je zkoumáno, zda je zvolený prostředek vhodný k dosažení určitého legitimního cíle, neboť tento požadavek souvisí již s principem právního státu a zákazem svévolného zásahu do právní sféry jednotlivce.²⁴ Jinými slovy, v právním státě nemůže být problematická teze, že regulace základních práv (i práv sociálních) má být racionální a nikoliv svévolné. Za a priori problematické nepovažují ani vyvažování sociálních práv v rámci kroku třetího. Sociální práva totiž nepochybně mají ústavní relevanci a není důvodu zpochybňovat jejich způsobilost být předmětem vyvažování. Na druhou stranu by zde samozřejmě vyvstala otázka, jakou abstraktní (a ostatně posléze i konkrétní) váhu sociálním právům v rámci vázící formule²⁵ přiznat²⁶.

Problém může ovšem vyvstat v souvislosti s krokem druhým (tzv. testem potřeby). V jeho rámci se totiž zkoumá, zda k dosažení sledovaného cíle nejsou k dispozici alternativní prostředky, které by do dotčeného základního práva zasáhly ve stejné míře; tím je velmi výrazně omezena diskrece zákonodávce v oblasti zákonné regulace problematiky s tímto základním právem související. Ani aplikace testu potřeby a s ní spojené hledání prostředků co nejméně zasahujících do základního práva sice dis-

²³ V českém kontextu např. náleží sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994 (N 46/2 SbNU 57; 214/1994 Sb.), *Anonymní svědek*. Byť samotný test proporcionality, na rozdíl od jeho mezí, není předmětem tohoto článku, sluší se poznamenat, že ani jeho aplikace není v judikatuře českého ústavního soudu zcela konzistentní a to ani z hlediska struktury a obsahu jednotlivých kroků testu: srov. KOSAŘ, David. Kolize dvou základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, Brno: ASPI, 2008, XVII, č. 1, s. 3-19. ISSN 1212-9909.

²⁴ Intenzitu tohoto kroku testu přirozeně ovlivňuje, jak přísné či naopak omezené je pojetí racionality, s nímž je pracováno. V americkém ústavním právu je tak obrovský rozdíl mezi požadavkem „*narrow tailoring*“ ve smyslu *strict scrutiny* a naprosto základním pojetím racionality, jak se vyskytuje v americkém *rational basis test* a jak bylo aplikováno např. ve *Williamson v. Lee Optical Co.* 348 U.S. 483 (1955).

²⁵ K problematice vázící formule srov. ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison, *Ratio Iuris*, č. 4, 2003, str. 433 – 449.

²⁶ Sám Alexy přiznal sociálním právům možnost převážet nad protichůdnými principy jen ve velmi omezených případech, srov. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, str. 470.

kreci zákonodárce nemusí vylučovat zcela²⁷, nelze však popřít, že ji velmi výrazně limituje.

Pokud tedy určitý aspekt testu proporcionality může být ve vztahu k sociálním právům příslovečným kamenem úrazu, jedná se o test potřebnosti a s ním spojený problém intenzity přezkumu. S tímto vědomím v následujícím textu zhodnotím vliv shora zmíněných faktorů na aplikovatelnost testu proporcionality v oblasti sociálních práv.

1.2.1 Faktory ovlivňující aplikaci testu proporcionality na sociální práva

a. Ústavní text

Někdy je odpověď na otázku, zda aplikovat test proporcionality či test přísnější, mírnější či jednoduše jiný, obsažena přímo v ústavním textu, i když přirozeně tato odpověď nemusí být zcela explicitní a může vyžadovat netriviální interpretaci. Typicky tak může určitý test předznamenávat limitační klauzule, ať již obsažená ve specifickém ustanovení zakotvujícím určité základní právo či obecnější limitační klauzule vztahující se na více základních práv (či dokonce na všechna). Text ústavy obecně ve vztahu k intenzitě přezkumu může poskytovat interpretu různou míru volnosti – od výrazného omezení, jaké prostředky použít a jaké okolnosti vzít v úvahu, až ke značné volnosti.²⁸

²⁷ Jinak řečeno i test potřebnosti lze provádět s různou intenzitou. BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 639 s. ISBN 9781107401198, str. 407 – 408 (dále i jen „BARAK, Aharon. *Proportionality*.“). Barak uvádí, že takový názor se objevoval v dřívější praxi francouzské ústavní rady, která z tohoto důvodu odmítla test potřebnosti při přezkumu zákonů aplikovat. V pozdější judikatuře však byl tento přístup změněn (Barak odkazuje např. na rozhodnutí ze dne 21. 2. 2008, č. 2008-562). Opačný názor než Barak přinejmenším v teoretické rovině vyslovil Šušnjar, podle něhož je zákonodárce nucen k přijetí jediného optimálního řešení, v důsledku pojetí proporcionality jako příkazu k *optimalizaci*, srov. ŠUŠNJAR, Davor. *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010. 389 s. ISBN: 9789004182868, str. 261. V praktickém ohledu však pojetí příkazu k optimalizaci není tak absolutní.

²⁸ K tomu srov. SCHAUER, Frederick. *Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text. Law & Ethics of Human Rights*. č. 1. 2010. ISSN 1938-2545, str. 34 – 45. Schauer uvádí, že ústavní text zpravidla pro testování proporcionality – na rozdíl od pravidel pro běžnou subsumpci – žádná výrazná omezení nepředepisuje (neboť výhodou testu proporcionality je právě to, že v něm může být zohledněno prakticky cokoliv); dá se však předpokládat, že pokud by si ústavodárce přál

Ústavní texty, či přesněji řečeno katalogy základních práv, se však velmi liší již v tom, jaký prostor otázce posuzování zásahů do základních práv věnují, a to jak obecně, tak potom i konkrétně např. ve vztahu k sociálním právům. Je v tomto ohledu pravidlem, že starší ústavní texty (nepochybně do poloviny dvacátého století) se této otázce nevěnují, zatímco v novějších textech již často jisté náznaky nalezneme. Zatímco tak pro německý Spolkový ústavní soud byla otázka nastavení přezkumu zásahů do základních práv (včetně „odhalení“ testu proporcionality) problémem, jehož řešení se o samotný ústavní text opírat příliš nemohlo, ústavní texty v „nových systémech“ již určitá řešení nabízejí a nelze je při rozhodování zcela opomenout.

Mezi základní řešení, které ve vztahu k omezení základních práv může ústava zaujmout, lze zařadit mlčení ústavodárce, zakotvení obecné omezující klauzule, zakotvení speciální omezující klauzule ke každému základnímu právu či kombinaci uvedených variant.

Jako příklad přístupu založeného na obecné limitační klauzuli lze zmínit např. ustanovení čl. 31 odst. 3 polské ústavy (1997), podle něhož mohou být ústavní práva a svobody mohou omezena toliko na základě zákona, „a to pouze v případě, že jde o opatření, jež jsou v demokratickém státě nezbytně nutná pro ochranu jeho bezpečnosti nebo veřejného pořádku, nebo k ochraně přírodního prostředí, zdraví nebo veřejné morálky, nebo svobod a práv jiných osob. Taková omezení nesmějí porušovat podstatu práv a svobod.“²⁹ V tomto případě tak ústavní text v podstatě předznamenává aplikaci určitého testu. Z tohoto textu sice přímo požadavek provedení kompletního tříprvkového testu proporcionality dovést nelze (hovoří se toliko o požadavku nezbytnosti). Avšak jak upozorňuje Sadurski³⁰, celá řada ústavních soudů ve střední a východní Evropě vycházela ze změnitelnosti pojmů nezbytnosti a proporcionality; právě z „nezbytnosti“ ve smyslu čl. 31 odst. 3 polské ústavy dovedl svůj test proporcionality i polský ústavní soud.

Česká ústavní úprava obecnou omezující klauzuli, která by se znění testu proporcionality natolik přiblí-

volnost vliv ústavního soudu v určité oblasti omezit, resp. použití klasického testu proporcionality vyloučit, v ústavním textu by to alespoň naznačil.

²⁹ Zajímavé je, že ačkoliv tomu text nijak nenaznačuje, pozdější judikatura polského ústavního soudu při přezkumu zásahů do sociálních práv aplikovala pouze větu druhou tohoto ustanovení. K tomu srov. polského Ústavního tribunálu ze dne 24. 2. 2010, sp. zn. K 6/09.

³⁰ SADURSKI, Wojciech. *Constitutional Courts in the Process of Articulating Constitutional Rights in the Post-Communist States of Central and Eastern Europe Part IV: Restrictions on Constitutional Rights. EUI Working Paper*. No. 2003/10, str. 11-15.

žovala, neobsahuje. Ústavní text v České republice obsahují toliko zákaz zásahů do podstaty a smyslu základních práv (čl. 4 odst. 4 Listiny³¹), nikoliv již explicitní ústavní podklad pro aplikaci testu proporcionality. Přesto byl test proporcionality v německé podobě přejet do judikatury českého ústavního soudu již v citovaném nálezu *Anonymní svědek*. Zajímavým specifickým české a slovenské úpravy je však existence ustanovení čl. 41 odst. 1 Listiny³², podle něhož: „Práv uvedených v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno se domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí.“ Toto ustanovení vytváří poměrně zvláštní konstrukci, která zdánlivě zbavuje práva tam vyjmenovaná (v zásadě jde o práva hospodářská, sociální a kulturní) autonomního ústavního obsahu, který dává všanc zákonodárci³³; potenciálně tudíž může být vnímáno jako důvod pro odmítnutí aplikace testu proporcionality na zásahy do těch práv, které zmiňuje (podstatné je ovšem v tomto kontextu vymezení vztahu k čl. 4 odst. 4 Listiny.)

Lotyšská ústava sice limitační klauzuli obsahuje (čl. 116³⁴), jde však o limitační klauzuli, která vymezuje pouze formu (zákon) a legitimní důvody (ochrana práv jiných, veřejná bezpečnost apod.) a nikoliv již přísnost přezkumu (srov. např. kritérium nezbytnosti zásahu ve shora citovaném ustanovení polské ústavy). Navíc se tato limitační klauzule výslovně vztahuje pouze na některá základní práva a nezmiňuje např. naprosto klíčové sociální právo na sociální zabezpečení ve smyslu čl. 109 lotyšské ústavy.

Bez ohledu na jistou tajnosnubnost ústavních textů ve vztahu k omezení základních práv ovšem, jak

³¹ „Při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu. Taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro které byla stanovena.“

³² Na Slovensku je pak stejné ustanovení obsaženo i v čl. 51 odst. 1 Ústavy. Obdobně je konstruováno i ustanovení čl. 81 polské ústavy.

³³ Wintz z této konstrukce Listiny vyvozuje tyto důsledky: „v trojstranné konstrukci principů sociálního, liberálního a demokratického státu dává (...) přednost principu demokracie jako vlády většiny.“ WINTR, Jan. Komentář k čl. 41 Listiny základních práv a svobod. in: WAGNEROVÁ, Eliška., ŠIMÍČEK, Vojtěch., LANGÁŠEK, Tomáš., POSPÍŠIL, Ivo a kol. *Listina základních práv a svobod. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, 906 s. ISBN: 9788073577506. Zároveň lze z tohoto ustanovení implicitně dovodit povinnost zákonodárce takový zákon přijmout.

³⁴ „Práva uvedená v čl. 96, 97, 98, 100, 102, 103, 106 a 108 lze omezit na základě zákona, a to za účelem ochrany práv jiných, demokratického státního zřízení, veřejné bezpečnosti a pořádku a veřejného blaha. Za předpokladů uvedených v tomto článku lze omezit i výkon náboženské svobody.“

již bylo zmíněno, ústavní soudy v těchto zemích přejaly do své podoby třístupňový test proporcionality známý z judikatury německého Spolkového ústavního soudu. Jeho judikatura spojená s určitou ochotou nových ústavních soudů „učit se“, tak zřejmě na metodologii přezkumu zásahů do základních sociálních práv měla větší vliv než samotný ústavní text.³⁵

Pro interpretaci konkrétního sociálního práva může být pochopitelně významný i text ustanovení, v němž je zakotveno. Výkladu jednotlivých sociálních práv ústavními soudy v České republice a Lotyšsku však bude věnována část II.

b. Status (povaha) sociálních práv

Dalším relevantním (a podle mého názoru velice důležitým) faktorem může být povaha základního práva, dle něhož je v posuzovaném případě zasahováno, resp. přesněji řečeno povaha či *status* konkrétního nároku, který z tohoto práva plyne.

Pokud se totiž týká aplikovatelnosti testu potřebnosti, vzniká zásadní problém ve vztahu k omezení pozitivních práv na plnění (*status positivus*, či poněkud přesněji *Leistungsrechte in engerem Sinne*³⁶). Ze zakotvení sociálních práv lze vyvozovat zásadně nároky pozitivní, zatímco negativní aspekt sociálních práv (sociální práva jako svobody, *status negativus*) je z praktického hlediska zanedbatelný³⁷, zejména pak v prostředí ústavních systémů střední a východní Evropy.³⁸ Je pravda, že zejména v důsledku judikatury ESLP a související doktríny pozitivních závazků již prakticky nelze nalézt žádná čistě negativní práva, neboť i z klasických svobod lze dovozovat pozitivní nároky (např. ze zákazu mučení lze vyvodit i povinnost státu chránit jednotlivce před mučením ze strany třetích osob); jinými slovy, téměř každé základní právo má své negativní i pozitivní aspekty. Přesto jsou však sociální práva (ona *Leistungsrechte in engerem Sinne*) od práv občanských a politických svou pova-

³⁵ Již tato skutečnost naznačuje, že ústavní text nemusí mít nutně vždy rozhodný vliv na to, zda bude test proporcionality aplikován, a logicky tedy ani na to, v jakých oblastech bude aplikován, či že přinejmenším budou významnou roli hrát i jiné faktory.

³⁶ Tento pojem užívá např. Alexy – srov. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, str. 454.

³⁷ Zároveň však negativní sociální práva nejsou zcela nemyslitelná. V kontextu ochrany lidských práv zejména v Africe se již delší dobu hovoří např. o právu na vodu), přičemž svoboda přístupu k vodnímu zdroji (závazek státu „zdržet se přímého či nepřímého zásahu do práva na přístup k vodě“) může být jednou z jeho složek (byť i v případě tohoto sociálního práva je většina jeho aspektů pozitivních): srov. PEJAN, Ramin: *The Right to Water: The Road to Justiciability. George Washington International Law Review*, r. 36, 2004, ISSN: 0016-8076, str. 1187.

³⁸ Relevantní judikatura ústavních soudů v oblasti sociálních práv se ostatně váže právě k pozitivním nárokům.

hou poněkud odlišná. Jejich podstatou je totiž nárok na plnění od státu, k jehož realizaci dochází na základě k tomu určených finančních transferů. Smyslem negativních práv je naopak stále (a na tom nic nemění ani doktrína pozitivních závazků) ochrana určitého autonomního prostoru jednotlivce. Pozitivní povinnosti státu, které jsou z původně negativních práv vyvozovány (např. povinnost garantovat nerušený výkon práva i proti třetím osobám, povinnost vyšetřit zásah do práva apod.), jsou v případě těchto práv zpravidla jakýmsi doplňkem nezbytným pro efektivní ochranu onoho autonomního prostoru.

Zmíněným problémem při aplikaci druhého kroku testu proporcionality na pozitivní práva, např. právě práva sociální, je chybějící „bod nulového zásahu“. Právě od tohoto bodu se totiž odvíjí v případě negativních nároků vyplývajících ze základních práv posouzení, jak intenzivní je zásah do základního práva (resp. jeho omezení), a zda neexistuje alternativní postup, který by do tohoto práva zasahoval méně.

Předpokládejme nyní, že dotčeným základním právem je svoboda projevu. V takovém případě můžeme za bod nulového zásahu (a současně hranici chráněné sféry) považovat naprostou absenci ingerence veřejné moci do projevu jednotlivce³⁹. Pokud hypotetické opatření veřejné moci svobodu projevu určitým způsobem reguluje, pak právě od místa, kde zasáhne chráněnou sféru⁴⁰ (tj. oblast regulace a chráněná sféra základního práva se protnou), můžeme „měřit“ intenzitu zásahu. V rámci testu potřebnosti bychom pak zkoumali, zda neexistuje jiné opatření, jímž lze dosáhnout sledovaného legitimního cíle a jež by zároveň do chráněné sféry zasáhlo méně.

Zatímco však bod nulového zásahu do svobody projevu lze vymezit poměrně jednoduše⁴¹, vymezení obdobných mantinelů u pozitivních sociálních práv možné není. Např. podle čl. 30 odst. 1 Listiny mají občané „(...) právo na přiměřené hmotné zabezpečení ve stáří (...)“. Realizaci tohoto práva může být mj. stanovení podmínek pro přiznání starobního důchodu, jeho výše apod. Předpokládejme, že zákonodárce zákonem plošně snižuje vyplácené starobní

důchody o 10 % a tento zákon bude napaden u ústavního soudu s tvrzením o porušení čl. 30 odst. 1 Listiny základních práv a svobod. Pokud by měl být na takové opatření aplikován druhý krok testu proporcionality, musela by opět být vymezena hranice chráněné sféry, která by rozdělovala opatření na ta, která do základního práva zasahují (a ty pak hodnotit dle intenzity zásahu) a která nikoliv. To však v případě základních sociálních práv (resp. pozitivních nároků z nich vyplývajících) není vůbec jednoduché, neboť v jejich případě neexistuje sféra, která by existovala nezávisle na vůli státu a zásahy do níž by mohly být zkoumány. Tato sféra musí být v případě sociálních nejprve vytvořena právě zákonodárcem⁴².

Existují sice určité možnosti, jak se o stanovení bodu nulového zásahu pokusit, žádná z nich však podle mého názoru není zcela přijatelná. První takovou možností je arbitrární stanovení bodu nulového zásahu. Příkladem takového přístupu by bylo konstatování, že právo na přiměřené hmotné zabezpečení ve stáří vyžaduje, aby byl každému starobnímu důchodci poskytován důchod ve výši X a poskytnutí důchodu, který by byl nižší než částka takto arbitrárně stanovená, by bylo považováno za zásah do základního práva. Bodem nulového zásahu a hranicí chráněné sféry by pak byla částka X. To je však přístup zcela nereálný, naprosto se vymykající logice zakotvení a funkci základních sociálních práv.

Jinou možností by bylo označit jako bod nulového zásahu již jednou dosažený stav garancí určitého pozitivního (zpravidla sociálního) práva. Pak by jako zásah bylo posuzováno každé snížení této úrovně. Takový přístup by však podle mého názoru nepřipustně⁴³ fixoval konkrétní zákonné garance a přiznával by jim ústavní relevanci. Kromě zjevné nelogičnosti tohoto postupu (vyvozování obsahu ústavy z předpisu nižší právní síly) by tím docházelo k významnému zásahu do politické soutěže, neboť *a priori* přípustné by bylo jen zvyšování plnění poskytovaných státem,

³⁹ V případě většiny pozitivních nároků vázaných na „negativní práva“ (např. povinnost ochránit) bude situace o něco složitější, avšak stále významně odlišná. Jak jsem totiž argumentoval v předchozím textu, smyslem těchto pozitivních nároků je v podstatě zajištění efektivní ochrany dotčeného práva, avšak samotnou chráněnou sféru v zásadě nemění (srov. však i pozn. p. č. 42).

⁴⁰ Pojem „chráněná sféra“ je totožný s pojmem „regulovaná sféra“, tj. sféra, jejíž dotčení je zásahem (nikoliv však již nutně porušením) základního práva.

⁴¹ Pokud vzniká problém s jejím vymezením, může v zásadě jít pouze o problém *kvalifikační*, např. o otázku, zda volba oblečení může být považována za projev. Pokud však tuto otázku určitým způsobem zodpovíme, hranice chráněné sféry budou opět zřetelné.

⁴² Je ovšem třeba přiznat, že obdobným problémům budeme čelit i v případě některých komplexnějších systémů vytvářených k realizaci „negativních práv“. V oblasti svobody projevu lze např. zmínit složité systémy regulace v oblasti mediálního práva a v oblasti ochrany vlastnictví např. regulaci bank. Problém aplikace testu potřebnosti se tak nevztahuje výlučně k právům sociálním. U sociálních práv ovšem jde o problém vyskytující se zpravidla vždy, kdežto ve vztahu ke „klasickým základním právům“ půjde jen o některé velmi specifické pozitivní závazky státu.

⁴³ Byť pro úplnost je třeba přiznat, že i názory obhajující takový přístup lze nalézt. Srov. CESCR, General Comment 3., *The nature of States parties obligations*, ze dne 14. 12. 1990, § 9. Dostupné na <http://www.escr-net.org/docs/i/425215>.

zatímco každé jejich snížení by bylo v reálném ohrožení ze strany ústavního soudu⁴⁴.

c. Dělbá moci

Dalším z významných faktorů, které mohou ovlivnit přisnost přezkumu legislativy dotýkající se základních práv, je dělbá moci. Princip dělby moci je přitom velmi významnou součástí ústavních systémů ve všech sledovaných zemích. Jak si všímá např. Kriele, intenzita přezkumu základních práv je s otázkou dělby moci úzce spjata. Čím intenzivnější přezkum ze strany ústavního soudu je, tím užší je uvážení zákonodárce v tom, jak vykonávat funkce, které mu byly v rámci dělby moci ústavou svěřeny.⁴⁵

Každé ze složek státní moci je ústavně svěřena určitá funkce, k jejímuž plnění je vybavena odpovídajícími pravomocemi a prostředky, a při plnění své funkce nemůže být žádná ze složek státní moci zcela nahrazena jinou složkou. Aplikace testu proporcionality nepochybně uvážení zákonodárce (či někdy i orgánu výkonné moci) poměrně významně omezuje. Ani aplikace testu potřeby a s ní spojené hledání prostředků co nejméně zasahujících do základního práva sice diskreci zákonodárce nevyklučuje zcela⁴⁶, na straně druhé však tuto diskreci výrazně limituje. Proto musí být v kontextu doktríny proporcionality (i při její praktické aplikaci ústavními soudy) brána v úvahu a respektována oblast diskrece ostatních složek státní moci, zejména pak moci zákonodárné. V opačném případě hrozí, že bude princip dělby moci nenávratně narušen.⁴⁷

V zásadě může mít princip dělby moci jako argument proti uplatnění testu proporcionality v oblasti sociálních práv dva rozměry. Prvním z nich je důraz na vyšší *demokratickou legitimitu* zejména zákonodárné moci (tato větve argumentu souvisí s obecnou debatou o legitimitě ústavních soudů jako garantů zá-

kladních práv⁴⁸) a druhým důraz na epistemologické limity rozhodování soudů (v podstatě je zpochybňována *praktická způsobilost* soudů rozhodovat o komplikovaných politických otázkách).

Specificky ve vztahu k aplikaci testu proporcionality považují za podstatnější posléze uvedené východisko. Argument, podle něhož je zákonodárce vybaven demokratickou legitimitou, která soudům ústavním chybí, je totiž obecný, tj. vztahuje se na vztah ústavního soudu a zákonodárce v oblasti lidských práv jako celek⁴⁹. Pakliže aplikaci testu proporcionality ústavními soudy *obecně* akceptujeme a snažíme se identifikovat pouze oblasti, v nichž z nějakého důvodu dochází či může docházet k odmítnutí jeho aplikace (což je přesně nyní řešený problém), pak nelze obecný argument o chybějící demokratické legitimitě aplikovat selektivně pouze ve vztahu k některým oblastem základních práv, neboť se týká samotné podstaty a smyslu zúčastněných institucí a nerozlišuje mezi různými substantivními otázkami, jichž se tento vztah může týkat. To neznamená, že tento argument nebude v debatě o vnějších limitech testu proporcionality implicitně přítomen, měl by však působit spíše podpůrně.

Omezení role soudů a s tím související uznání diskrece ostatních orgánů veřejné moci nemůže být pochopitelně pouze důsledkem normativního tvrzení, že by tomu tak mělo být; nepochybně je třeba též zkoumat schopnost toho kterého orgánu odpovídajícím způsobem naplňovat svou roli.⁵⁰ Každá doktrína *non-justiciability* či doktrína odůvodňující větší sebeomezení soudů by proto měla být opřena mj. o argument, že soudy v té které oblasti nejsou schopny

⁴⁸ Srov. např. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review, *115 Yale Law Journal*. 2006, např. str. 1346 a 1406.

⁴⁹ Ibid., str. 1346.

⁵⁰ Extrémním příkladem aplikace tohoto argumentu ve vztahu k soudnímu přezkumu je doktrína politické otázky. Celá řada argumentů odůvodňujících doktrínu politické otázky vymezených v rozhodnutí Nejvyššího soudu USA *Baker v. Carr* má přitom souvislost s principem dělby moci a způsobilosti soudů k řešení některých otázek. Podle tohoto rozhodnutí by tak měl soud odmítnout řešit určitou otázku např. tehdy, pokud ji text ústavy zjevně svěřuje některé z politických složek moci, pokud k jejímu řešení chybí soudem uchopitelné standardy či pokud by soud nemohl věc nezávisle rozhodnout, aniž by tím vyjádřil nedostatek respektu k jiným složkám moci. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962). Doktrínu politické otázky tak lze vnímat právě jako konkretizaci principu dělby moci v kontextu ústavního soudnictví. K tomu srov. i HUBSCHMAN ALOE, Paul. Justiciability and the Limits of Presidential Foreign Policy Power. *Hofstra Law Review*. r. 11, 1982, ISSN 0091-4029. str. 541.

⁴⁴ Pro úplnost uvádím, že tento názor není nijak v rozporu se zákazem „snížení dosažené procedurální úrovně ochrany základních práv“ ve smyslu nálezu českého ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 36/01 ze dne 25. 6. 2002 (N 80/26 SbNU 317; 403/2002 Sb.). Ten se totiž netýká vymezení obsahu základního práva (tím méně vymezení plynoucího ze zákona), nýbrž právě obecných procedurálních a institucionálních záruk.

⁴⁵ KRIELE, Martin: Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum. In: ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band V*. Heidelberg: Müller Juristische Verlag, 2000, ISBN: 9783811499478. str. 102.

⁴⁶ BARAK, Aharon. *Proportionality*, str. 407 – 408. Srov. i ppč. č. 23.

⁴⁷ Shodně RIVERS, Julian. Proportionality and Discretion in International and European Law. in: TSA-GOURIAS, Nicholas. *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press. 2007. ISBN: 9780521872041, str. 107 – 108.

(ve srovnání s ostatními orgány veřejné moci) vznikající problémy efektivně řešit.⁵¹

Argument dělbou moci v tomto kontextu vychází z teze, podle níž určité oblasti politiky, byť požívají určité ústavní ochrany (např. nastavení sociálního a daňového systému) spadají do působnosti „politických“ složek veřejné moci, tj. zejména zákonodárce a vlády⁵², zatímco soudy jednoduše nemají k řešení některých otázek vhodné nástroje, odbornost ani materiální zázemí. Takto formulovaný argument se týká především oblastí, v nichž je realizace základních práv podmíněna vytvořením komplexních normativních a institucionálních systémů (typicky veřejné zdravotní pojištění, důchodový systém apod.).

Dále může specifické působení principu dělby moci v určité oblasti plynout přímo z ústavního textu; zpravidla nepůjde ovšem o zcela explicitní konstatování, nýbrž o náznak, že v některých otázkách požívají „politické složky“ moci volnější uvážení (jde tedy o jakési synergické působení argumentu dělby moci a argumentu ústavním textem).

Tak například rozuměl ústavnímu textu český ústavní soud ve věci sp. zn. Pl. ÚS 54/10: „*Ustanovení čl. 41 odst. 1 Listiny, podle něhož se práv uvede-ných v čl. 26, čl. 27 odst. 4, čl. 28 až 31, čl. 32 odst. 1 a 3, čl. 33 a 35 Listiny je možno domáhat pouze v me-zích zákonů, které tato ustanovení provádějí, vyjad-řuje přesvědčení ústavodárce, že úprava sociálních práv je legitimním předmětem politického zápolení (tj. je primárně v rukou zákonodárce) a pouze sekun-dárně a v omezené míře lze ústavní garance sociál-ních práv považovat za otázku judiciální.*“⁵³ Jinak řečeno, z principu dělby moci a jeho vztahu k čl. 41 odst. 1 Listiny vyvodil, že konkrétní nastavení sociálního systému lze považovat za naprosto legitimní předmět politického boje. Není účelem zakotvení sociálních práv tento legitimní boj vyloučit, nýbrž maximálně korigovat excesy, které by jednotlivcům znemožňovaly vedení důstojného života.

⁵¹ Shodně CAROLAN, Eoin, *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*. New York: Oxford University Press, 2009, 286 s. ISBN 9780199568673. s. 202.

⁵² Tato teze může být ostatně posílena i ústavním textem – srov. např. čl. 41 odst. 1 Listiny, který zjevně rozšiřuje diskreci zákonodárce v oblasti ekonomických, sociálních a kulturních práv.

⁵³ Dlužno však poznamenat, že tato teze není přijímána zcela bez výhrad – např. J. Musil v odlišném stanovisku k citovanému nálezu naznačuje, že přijetí této teze ve svém důsledku může vést k narušení sociálního smíru. I zde však nezbyvá než zopakovat argument, podle něhož soudy jednoduše nejsou jedinými orgány státu a ochrana sociálního smíru by měla být především v rukou vlády a zákonodárce, kteří mají k plnění této role mnohem lepší předpoklady.

Toto rozlišení pochopitelně není založeno na tom, že by sociální práva byla *a priori* méně hodnotná⁵⁴, nýbrž na tom, že s ohledem na jejich povahu není k jejich realizaci a garanci nejlépe vybavenou složkou státní moci moc soudní (ani ústavní soudy).

Odmítnutí aplikace testu proporcionality v určité takto vymezené oblasti není obecně jedinou možnou odpovědí na existenci tohoto dilematu. Diskrece zákonodárce či politických složek moci obecně může být zajištěna i zavedením pouze slabého modelu ústavního soudnictví⁵⁵, v níž ústavní soudy se zákonodárcem spíše vedou určitý dialog a jejich činnost se tedy neprojevuje jako konečný negativní zásah (typicky zrušení právní úpravy). V zemích střední a východní Evropy (včetně České republiky a Lotyšska) je však zaveden systém silného ústavního soudnictví, dávající ústavním soudům pravomoc protiústavní zákony rušit (kterou v případě, že dospějí k závěru o protiústavnosti napadené úpravy, musejí uplatnit). Proto – uznáme-li ovšem, že zákonodárce má v oblasti regulace sociálních práv požívat určitou vyšší míru diskrece – je právě snížení intenzity přezkumu jedinou reálnou možností, jak tento problém řešit.

Názor, podle něhož argument dělby moci v obou svých aspektech hovoří v oblasti sociálních práv ve prospěch sebeomezení ústavních soudů a proti aplikaci testu proporcionality, však není jednoznačně přijímán. Na údajné výhody aplikace testu proporcionality v tomto kontextu upozorňují např. Contiades a Fotiadou, podle nichž právě v kontextu ekonomické krize je ochrana sociálních práv mimořádně důležitá; doktríny zdůrazňující zdrženlivý přístup ústavních soudů k jejich vymáhání jsou prý z hlediska ochrany sociálních práv škodlivé⁵⁶. Zároveň však připouštějí, že test proporcionality není třeba provádět ve stejné šíři a intenzitě jako v případě klasických základních práv. Za tímto účelem rozeznávají dva aspekty testování proporcionality: aspekt *defenzivní*, jehož smyslem je vytvářet určitou bariéru proti zásahům do základních práv a aspekt *aktivní*, který

⁵⁴ Proti tomuto názoru přesvědčivě brojí např. KRATOCHVÍL, Jan, *Sociální práva v Evropské úmluvě na ochranu lidských práv a Mezinárodním paktu o občanských a politických právech*. Praha: Univerzita Karlova, 2010. 242 s. ISBN: 9788087146385, zejm. str. 42.

⁵⁵ K tomuto pojmu srov. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press, 2008, 312 s. ISBN: 9780691130927, str. 18 an. Tushnet právě v oblasti sociálních práv považuje model slabého ústavního soudnictví za vhodnou reakci na zmíněné problémy (str. 242 – 244 citované publikace).

⁵⁶ CONTIADES, Xenophon., FOTIADOU, Alkmene. Social Rights in the Age of Proportionality: Global Economic Crisis and Constitutional Litigation. *International Journal of Constitutional Law*. č. 3. 2010. ISSN: 1474-2659, str. 660.

slouží k formování obsahu práva. V rámci ústavního přezkumu regulace sociálních práv vyzdvihují právě aspekt kreativní, který ústavním soudům umožňuje vést se zákonodárcem dialog o možných alternativách jím zvoleného postupu⁵⁷. Lze však namítnout, že k vedení dialogu není nutné a pravděpodobně ani vhodné aplikovat test proporcionality v rámci silného modelu ústavního soudnictví. Např. Waldron uvádí, že argument, podle něhož ústavní soudnictví v podstatě upozorňuje zákonodárce na lidskoprávní aspekty určité problematiky, které by si jinak nemusel uvědomit, je argumentem pouze pro slabý model ústavního soudnictví⁵⁸.

Proti použití principu dělby moci jako argumentu delegitizujícího přezkum ze strany ústavních soudů lze vznést i další námitku. Ta byla formulována soudkyní Denham v odlišeném stanovisku k rozsudku irského nejvyššího soudu ve věci *TD v. Minister of Education*⁵⁹, jímž tento soud odmítl přikázat zákonodárci vydání zákona, který by zajistil přístup dětí s poruchou soustředění ke vzdělání, protože by tím – podle svého přesvědčení – vstupoval do pravomocí, které *prima facie* náleží zákonodárci a moci výkonné. Podle odlišného stanoviska však dělba moci není samoučelným principem, nýbrž principem funkčním, jehož účelem konec konců může být i efektivnější ochrana základních práv⁶⁰, pročež by tento princip neměl být používán k jejímu oslabování. Tomuto argumentu nelze v obecné rovině upřít určitou přesvědčivost. Avšak skutečnost, že soudy v určité oblasti základních práv přiznají zákonodárci větší míru uvážení, ještě nutně neznačí jeho rezignaci na ochranu základních práv. V důsledku takového postupu je ochrana takových práv pouze svěřena primárně jinému orgánu než (ústavnímu) soudu. V ústavním státě nepochybně není ochrana základních práv pouze úkolem soudů – byť jejich postavení je v této oblasti privilegované – nýbrž všech orgánů veřejné moci⁶¹. V ústavním státě je tak povinností všech složek státu chránit základní práva, to však v mezích svých pravomocí. Jestliže tak např. v oblasti základních sociálních práv určitý ústavní systém předpokládá, že jejich realizace bude primárně

úkolem moci zákonodárné a výkonné, nelze to automaticky vnímat jako nepřátelský postoj k lidským právům.

Argument dělbou moci podle mého názoru nemůže odůvodnit absolutní rezignaci soudů na ochranu některých základních práv. Může však s ohledem na konkrétní normativní a faktické podmínky ospravedlnit širší míru uvážení pro politické složky moci a s tím související méně intenzivní ústavněprávní přezkum ze strany soudů.

d. Komparativní argument (logika převzetí testu proporcionality)

Jako argument proti používání testu proporcionality na všechny oblasti kryté konkrétním katalogem základních práv v určitém ústavním systému lze použít i původní ústavní kontext. Jak už jsem zmínil shora, v praktické rovině lze za zdroje aplikace testu proporcionality ústavními soudy ve střední a východní Evropě považovat zejména německé ústavní právo (judikaturu Spolkového ústavního soudu). V Německu však nebyl test proporcionality aplikován na subjektivní základní sociální práva, a to přirozeně již proto, že německý Základní zákon je neobsahuje (resp. sociální práva chrání jinak, srov. výše). Ze skutečnosti, že v Německu byl test proporcionality aplikován toliko na základní práva tamní ústavou chráněná lze *a limine* vyvodit, že jej na sociální práva bez dalšího mechanicky aplikovat nelze.

e. Argument finanční náročnosti sociálních práv

Rád bych zdůraznil, že z hlediska aplikace testu proporcionality v oblasti sociálních práv nepovažuji za nosný argument finanční náročnosti základních práv (resp. jej akceptuji pouze nanejvýš jako podpůrný v rámci argumentu dělbou moci).⁶² Argument o finanční náročnosti⁶³ lze totiž použít proti uplatňování určitých práv jako takových, avšak nemá podle mého názoru bez dalšího institucionální konsekvence. Ty mohou plynout právě spíše z argumentu dělbou moci.

⁵⁷ Ibid. str. 662.

⁵⁸ WALDRON, Jeremy: The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*. r. 115, 2006. ISSN: 0044-0094, str. 1370.

⁵⁹ Rozhodnutí ze dne 17. 12. 2001, *TD v. Minister of Education* (2001) 4 IR 259.

⁶⁰ K tomu srov. MERKEL, Ron. Separation of Powers: A Bulwark for Liberty and a Rights Culture. *Saskatchewan Law Review*. r. 69, 2006, ISSN 0036-4916, str. 129 – 130.

⁶¹ Srov. např. FILIP, Jan. Komentář k čl. 4. in. ŠIMÍČEK, Vojtěch a kol. *Ústava České republiky. Komentář*. Praha: Linde. 2010. 1536 s. ISBN: 9788072018147, str. 79.

⁶² K podrobnější argumentaci proti odmítání justiciability z tohoto důvodu srov. LANGFORD, Malcolm (ed.). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. New York: Cambridge University Press, 2009. 687 s. ISBN: 9780521678056, str. 30 an.

⁶³ Lze ostatně připomenout, že finančně náročné jsou i garance „klasičtějších“ základních práv. Srov. HOLMES, Stephen., SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999, 255 s. ISBN: 03930476702, např. str. 77. Stále ovšem zůstává určitý teoretický rozdíl (v Alexyho pojetí) mezi právy na ochranu, právy na organizaci a proceduru a právy na plnění v užším smyslu, tj. základními sociálními právy (srov. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*., str. 410 an. (práva na ochranu), str. 429 an. (práva na organizaci a proceduru) a str. 454 an. (základní sociální práva).

I.3. Shrnutí problému a možná východiska

Z uvedeného plyne dílčí závěr, že aplikace kompletního testu proporcionality při přezkumu zákonů regulujících oblast základních sociálních práv není vhodná, a to především s ohledem na povahu testu potřebnosti. Tento závěr plyne z následujících argumentů:

1. Test potřebnosti příliš omezuje diskreci zákonodárce při vytváření komplexních a pro soudní moc obtížně uchopitelných systémů, jejichž existence je podmínkou realizace sociálních práv.
2. Ve vztahu k aplikaci testu potřebnosti vzniká logický problém chybějícího „bodu nulového zásahu“.
3. Nelze bez dalšího mechanicky přejímat test proporcionality z judikatury zahraničního soudu (Spolkového ústavního soudu) a zároveň ignorovat kontext jeho aplikace v rámci původní jurisdikce.
4. V českém případě (byť nikoliv v lotyšském) tento závěr naznačuje i samotný ústavní text (čl. 41 odst. 1 Listiny).

Tento problém lze řešit odmítnutím aplikace klasického tříprvkového testu proporcionality v oblasti sociálních práv a jeho nahrazením testem jiným. V úvahu připadá např. přístup založený na ochraně jádra (esence, podstaty a smyslu základního práva)⁶⁴, přístup založený na kategorizaci, tj. odlišném a individuálním přístupu ke každému sociálnímu právu či zavedení jiného deferenčního testu.

II. Meze proporcionality a sociální práva v judikatuře českého a lotyšského ústavního soudu

Po nastínění historických a teoretických východisek řešeného problému nyní přistoupím k analýze judikatury českého a lotyšského ústavního soudu⁶⁵ k přezkumům zásahů do základních sociálních práv.

⁶⁴ V takovém případě pak vzniká otázka, zda je jádro chráněno absolutně, či zda má být zásah do něj podroben testu proporcionality. Při absolutní ochraně jádra vzniká problém „skokového přechodu“, kdy dva velmi podobné zásahy, z nichž jeden do jádra zasahuje a druhý ne, budou mít zcela odlišný osud. První bude absolutně vyloučen a druhý bude podroben jen velmi mírnému či téměř žádnému přezkumu.

⁶⁵ Abych předešel záměně, budu používat názvy „český ústavní soud“ a „lotyšský ústavní soud“.

II.1 Test proporcionality a sociální práva v judikatuře českého ústavního soudu

Úprava základních sociálních je v České republice obsažena v hlavě čtvrté Listiny základních práv a svobod (ustanovení čl. 26 – 35)⁶⁶. Z hlediska vývoje judikatury českého ústavního soudu k sociálním právům jsou však podstatná především ustanovení čl. 30 a 31 Listiny.

Podle čl. 30 odst. 1 Listiny platí:

1. *Občané mají právo na přiměřené hmotné zabezpečení ve stáří a při nezpůsobilosti k práci, jakož i při ztrátě živitele.*
2. *Každý, kdo je v hmotné nouzi, má právo na takovou pomoc, která je nezbytná pro zajištění základních životních podmínek.*
3. *Podrobnosti stanoví zákon.*

Ustanovení čl. 31 Listiny pak zní následovně: „Každý má právo na ochranu zdraví. Občané mají na základě veřejného pojištění právo na bezplatnou zdravotní péči a na zdravotní pomůcky za podmínek, které stanoví zákon.“

Z obou těchto ustanovení lze vyvodit značný důraz ústavního textu na diskreci zákonodárce (čl. 30 odst. 3, čl. 31, věta druhá *in fine*), který vynikne ještě víc v kombinaci s ustanovením čl. 41 odst. 1 Listiny, v němž jsou obě tato práva zmíněna. Ve spojení s argumenty uvedenými v části I. tak byl českému ústavnímu soudu prostor k nastavení určité méně intenzivní úrovně přezkumu ve vztahu k sociálním právům.

Přístup, založený na respektu k úvaze zákonodárce, byl patrný již z rané judikatury českého ústavního soudu v oblasti sociálních práv⁶⁷, byl však ještě spojen s důrazem na význam textu dotčených ustanovení⁶⁸. Obecně vzato se však v prvních deseti letech český ústavní soud nepokusil systematictěji nastavit

⁶⁶ Již systematika Listiny vyvolala odbornou diskusi, nakolik určená klasifikace zakládá odůvodněnost rozdílného přístupu k jednotlivým skupinám práv, nakonec pak převážilo jednotící hledisko názvu Listiny. Srov. GÜTTLER, Vojen. K otázce lidských práv tzv. druhé generace – jejich ústavní povaha a (formální) dostatečnost jejich zakotvení v Listině základních práv a svobod. In: KYSELA, Jan. *Deset let Ústavy České republiky: sborník příspěvků*. 1. vyd. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, 423 s. ISBN 80-86432-45-9, str. 231 – 233.

⁶⁷ Srov. např. usnesení sp. zn. Pl. ÚS 23/98 ze dne 5. 5. 1999 (U 33/14 SbNU 319).

⁶⁸ Český ústavní soud kladl důraz zejména na kritérium bezplatnosti obsažené v některých ustanoveních. Např. v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 35/93 ze dne 15. 2. 1994 (N 7/1 SbNU 51; 49/1994 Sb.) konstatoval, že „*lze sotva mít za to, že s šetřením mezi základních práv a svobod by ještě byla slučitelná zákonnou výjimkou zpochybněná nepodmíněnost práva na bezplatné základní a středněškolské vzdělání.*“

intenzitu přezkumu zásahů do sociálních práv. Náznak změny tohoto přístupu byl obsažen teprve v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 15/02⁶⁹. V tomto nálezu, byť v poněkud jiném kontextu český ústavní soud deklaroval obecné východisko svého přístupu k této kategorii základních práv: „*V oblasti občanských a politických práv a svobod, již imanentně charakterizuje povinnost státu zdržet se zásahů do nich, existuje pro preferenční (tedy svou podstatou aktivní) zacházení s některými subjekty obecně jen minimální prostor. Naproti tomu v oblasti práv hospodářských, sociálních, kulturních a menšinových, v nichž je stát začasťe povinován k aktivním zásahům, jež mají odstranit křiklavé aspekty nerovnosti mezi různými skupinami složitě sociálně, kulturně, profesně či jinak rozvrstvené společnosti, disponuje zákonodárce logicky mnohem větším prostorem k uplatnění své představy o přípustných mezích faktické nerovnosti uvnitř ní.*“

K významnému posunu v oblasti přezkumu zásahů do sociálních práv však došlo až v souvislosti s přijetím nálezů sp. zn. Pl. ÚS 2/08⁷⁰ a sp. zn. Pl. ÚS 1/08⁷¹, jež posuzovaly ústavnost reformy systému sociálního zabezpečení, resp. zdravotnického systému prosazené vládou Mirka Topolánka. Rozdíl oproti předchozí judikatuře spočíval zejména v tom, že český ústavní soud více zdůraznil i jiné důvody deferenčního přístupu k přezkumu zásahů do sociálních práv než ústavní text (již v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/08, přijatém o měsíc dříve) a zároveň se pokusil o formulaci určitého testu zásahů do sociálních práv, který by byl odlišný od testu proporcionality a judikaturu českého ústavního soudu v oblasti sociálních práv by řídil i do budoucna (to však až v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08). Přestože však oba nálezy byly přijaty v rozmezí pouhého jednoho měsíce soudem ve stejném složení, nelze si nevšimnout určitých (byť možná ne explicitních) rozporů mezi oběma nálezy.

V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/08 český ústavní soud posuzoval celou řadu změn v systému sociálního zabezpečení (zejména pokud se týče kritérií pro poskytování některých dávek, změna výše či výpočtu těchto dávek či zrušení tzv. karenční doby). Při pokusu o formulaci východisek svého přístupu k sociálním právům se český ústavní soud v souladu se svou předchozí judikaturou opřel v první řadě o důraz na roli zákonodárce v textu Listiny (odst. 52), avšak zároveň poměrně obsáhle věnoval pozornost i hlediskům, které explicitně oporu v textu Listiny nemají: „*Tyto skutečnosti souvisí se specifickým charakterem sociálních práv, která jsou závislá zejména na ekonomické situaci státu. Úroveň jejich poskytování reflektuje*

nejen hospodářský a sociální vývoj státu, ale i vztah státu a občana, založený na vzájemné odpovědnosti a na uznání principu solidarity.“⁷² Český ústavní soud tedy uznal, že sociální práva mají *specifický charakter* a jejich garance jsou do jisté míry spjaty s hospodářskou a sociální situací ve státě. Zároveň však zdůraznil, že: „*Výše popsaný specifický charakter sociálních práv v žádném případě neznamená, že by jimi zákonodárce nebyl vázán. Zakotvení jejich existence v Listině znamená, že při zákonné úpravě musí být zachován jistý minimální standard těchto sociálních práv. V žádném případě tedy nesmí dojít k faktickému popření toho kterého sociálního práva, protože je zároveň třeba dostát principům stanoveným v Listině. Míru jejich dodržení je třeba posuzovat v každém jednotlivém případě realizace těchto práv zákonnou úpravou. Novou právní úpravu, kterou přinesl napadený zákon, je třeba posuzovat právě z tohoto hlediska, tj. z hlediska intenzity, s jakou eventuálně zasáhl do jednotlivých sociálních práv zaručených ústavním pořádkem, a zda tato intenzita dosahuje protiústavní dimenze.*“⁷³ Za významný lze v tomto kontextu považovat i závěr českého ústavního soudu, že „*již jednou přiznané nároky*“, nelze v případě sociálních práv brát jako statické⁷⁴ a že „*povinností státu je zajistit subjektům těchto práv jistý minimální sociální standard, a nikoliv adekvátní životní standard v souladu s jejich požadavky*“.

Ve světle těchto konstatování se tak dal očekávat přístup založený na ochraně podstaty a smyslu základního sociálního práva spojený s ponecháním značné volnosti zákonodárci při volbě prostředků a konkrétní úrovně plnění. S tímto předpokladem však zcela nekoresponduje skutečnost, že zavedení tzv. karenční doby (třídenní doby, po kterou byl zaměstnancům v pracovní neschopnosti či karanténě odebrán nárok na nemocenské dávky) bylo prohlášeno za protiústavní, a to aniž by se ústavní soud pokusil vyložit, jakou složku práva na hmotné zabezpečení při nezpůsobilosti k práci považuje za jeho podstatu, či proč právě zavedení karenční doby do této podstaty zasahuje. V tomto ohledu se nelze spokojit s pouhým konstatováním, že plošné zavedení karenční doby bylo poněkud pohodlným až svévolným postupem, a že s ohledem na pojistný charakter institut nemocenské není ideální situace, v níž jednotlivci musí platit pojistné, avšak zároveň po určitou dobu nepobírá dávku.⁷⁵

Pokus o formulaci jednotného přístupu k sociálním právům byl tak proveden až nálezem sp. zn. Pl. ÚS 1/08⁷⁶, v němž český ústavní soud zkoumal

⁶⁹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 15/02 ze dne 21. 1. 2003 (N 11/29 SbNU 79; 40/2003 Sb.).

⁷⁰ Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/08 ze dne 23. 4. 2008 (N 73/49 SbNU 85; 166/2008 Sb.).

⁷¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008 (N 91/49 SbNU 273; 251/2008 Sb.).

⁷² Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/08, odst. 53.

⁷³ Ibid. odst. 56.

⁷⁴ Ibid. odst. 68.

⁷⁵ Ibid. odst. 62 a 63.

⁷⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 1/08 ze dne 20. 5. 2008 (N 91/49 SbNU 273; 251/2008 Sb.).

ústavnost tzv. regulačních poplatků ve zdravotnictví. V tomto nálezu byly nejprve zopakovány některé teze obsažené již v předchozí judikatuře (respekt k uvážení zákonodárce založený na ústavním textu i specifické povaze sociálních práv) spolu s konstatováním, že: „*Posoudit otázku účelnosti, vhodnosti a sociální spravedlnosti zákonné úpravy v této oblasti je pouze v pravomoci zákonodárce, do jehož činnosti Ústavní soud kromě případů zjištěné neústavnosti zasahovat nemůže. Jedná se totiž o otázky v podstatě politické, kam primárně spadá i celá oblast tzv. sociálních práv.*“⁷⁷ Tato východiska vedla český ústavní soud k explicitnímu odmítnutí možnosti aplikovat v oblasti sociálních práv test proporcionality (odst. 92) a k formulaci „testu racionality“, který by jej měl v této oblasti nahradit.

V podání českého ústavního soudu je tento test opřen nejen o americký *rational basis test*, nýbrž i o ustanovení čl. 4 odst. 4 Listiny⁷⁸, a je složen z následujících 4 kroků⁷⁹:

1. vymezení smyslu a podstaty sociálního práva, tedy určitého esenciálního obsahu. Toto jádro sociálního práva v nyní posuzovaném případě vyplývá z čl. 31 Listiny v kontextu čl. 4 odst. 4 Listiny.⁸⁰
2. zhodnocení, zda se zákon nedotýká samotné existence sociálního práva nebo jeho skutečné realizace (esenciálního obsahu). Pokud se nedotýká esenciálního obsahu sociálního práva, dále
3. posouzení, zda zákonná úprava sleduje legitimní cíl; tedy zda není svévolným zásadním snížením celkového standardu základních práv, a konečně
4. zvážení otázky, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný (racionální), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.

Je však nutné zdůraznit, že aplikace testu proporcionality není vyloučena zcela absolutně. Test proporcionality by se podle ústavního soudu aplikoval tehdy, pokud by byl zjištěn zásah do esenciálního ob-

sahu práva⁸¹. Ani ochrana esenciálního obsahu práva tak není absolutní a podléhá principu proporcionality. Tento postup považují za vhodný kompromis, který řeší problém skokového přechodu a zároveň problém nalezení bodu nulového zásahu; tento bod je totiž determinován vymezením esence základního práva.

Poněkud sporný byl ovšem postup ústavního soudu při formulaci podstaty a smyslu dotčeného práva: „*Esenciálním obsahem (jádro) čl. 31 věty druhé Listiny je ústavní zakotvení obligatorního systému veřejného zdravotního pojištění, který vybírá a kumuluje prostředky od jednotlivých subjektů (plátců), aby je mohl na základě principu solidarity přerозdělit a umožnit jejich čerpání potřebným, nemocným, chronikům. Ústavní garanci, na základě které se bezplatná zdravotní péče poskytuje, požívá pouze a jenom suma takto shromážděných prostředků.*“ Jak totiž vyplývá ze starších rozhodnutí českého ústavního soudu (nález sp. zn. Pl. ÚS 35/93 či usnesení sp. zn. Pl. ÚS 23/98), při implicitní formulaci podstaty základního sociálního práva byla věnována poměrně značná pozornost kategorickému příkazu *bezplatnosti*. Český ústavní soud sice s odkazem na rozhodnutí slovenského ústavního soudu⁸² argumentoval tím, že ne všechna péče musí být bezplatná, tento argument však není zcela přiléhavý v kontextu úpravy, která (být mírně) zpoplatnila prakticky *veškerou* péči.⁸³

Toto velmi minimalistické a od ústavního textu odtržené vymezení podstaty práva na bezplatnou zdravotní péči prudce kontrastuje s nonšalantním a poměrně velkorýsým (implicitním) pojetím podstaty práva na hmotné zabezpečení při nezpůsobilosti k práci z nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/08. Dalo by se dokonce říci, že zatímco v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08 byla podstata práva „osekána“ až na samu mez únosnosti či možná za ni (z hlediska legitimní interpretace dotčeného ustanovení)⁸⁴, v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/08 byla naopak nepochopitelně „nafouknuta“. K podobnému závěru se pravděpodobně kloní i Jan Wintr, který ve svém článku⁸⁵ aplikoval test raciona-

⁷⁷ Ibid. odst. 90.

⁷⁸ Klasický *rational basis test* totiž není založen na ochraně jádra (nemá tedy prakticky substantivní rozměr) a zkoumá se v něm pouze to, zda je přezkoumávané opatření v racionálním vztahu k určitému legitimnímu cíli. Jde tedy o období kroků 3) a 4) testu racionality v pojetí českého ústavního soudu.

⁷⁹ Obdobný test, byť nikoliv ve strukturované podobě, již v minulosti vymezil v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 61/04 ze dne 5. 10. 2006 (N 181/43 SbNU 57; 16/2007 Sb.) ve vztahu k právu na stávku.

⁸⁰ Otázkou je, zda je jádro vymezeno staticky, bez ohledu na principy stojící v kolizi, či zda je důsledkem určitého implicitního testu vyloučení extrémní disproportionality. V této věci se zdá, že jde spíše o první možnost.

⁸¹ Nález sp. zn. Pl. ÚS 1/08, odst. 104.

⁸² Nález slovenského ústavního soudu ze dne 17. 5. 2004, sp. zn. Pl. ÚS 38/03.

⁸³ Je však třeba připomenout, že k nálezu bylo připojeno hned 7 odlišných stanovisek, z nichž některá kritizovala právě odklon od dříve přijatého významu bezplatnosti (např. odlišné stanovisko J. Musila, bod 16.).

⁸⁴ Pavla Boučková nález nejen v tomto ohledu silně kritizuje a uvádí, že již nejde o soudcovskou zdrženlivost, nýbrž spíše o přetváření textu ústavy: BOUČKOVÁ, Pavla. *Rovnost a sociální práva*. Praha: Auditorium, 2009, 198 s. ISBN: 9788087284005, str. 68.

⁸⁵ WINTR, Jan. První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkoumání zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*. č. 5, 2008. ISSN 1802-3843 str. 31.

lity na nálezu Pl. ÚS 2/08 (přijátý zhruba jeden měsíc před formulací tohoto testu) a dospěl k závěru (se kterým lze bez námitek souhlasit), že jádrem práva podle čl. 30 odst. 1 je zajistit občanům důstojný život a do určité míry se podílet na ekonomické, sociální a kulturní úrovni společnosti, přičemž do tohoto jádra zavedením karenční doby zasazeno nebylo.

Podle mého názoru však sporný přístup českého ústavního soudu v kauze zdravotnických poplatků není důsledkem formulace a aplikace testu racionality jako takového, nýbrž důsledkem pochybného (judikaturu a text ústavy ignorujícího) vymezení jádra základního práva ve smyslu čl. 31 Listiny.

O uvedení těchto dvou nálezů do souladu a (snad i) položení základů pro budoucí ustálený přístup k sociálním právům se český ústavní soud pokusil v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 54/10⁸⁶, v němž přezkoumával opětovně zavedenou karenční dobu (tato úprava se však od prve přezkoumávané lišila tím, že zaměstnanec nemusel po dobu jejího trvání platit nemocenské pojištění). V tomto nálezu se český ústavní soud rovněž přihlásil ke zdrženlivému přístupu k přezkumu zásahů do sociálních práv, a to s konstatováním, že skutečnost, že se jich lze domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí, „vyjadřuje přesvědčení ústavodárce, že úprava sociálních práv je legitimním předmětem politického zápolení (tj. je primárně v rukou zákonodárce) a pouze sekundárně a v omezené míře lze ústavní garance sociálních práv považovat za otázku judičiální.“ Na napadenou úpravu aplikoval test racionality z nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08, přičemž však (na rozdíl od nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/08 vymežil podstatu dotčeného práva jako „zajištění určitého minimálního hmotného standardu postačujícího k vedení důstojného života v případech, v nichž zaměstnanec není způsobilý obstarávat si v důsledku nemoci obživu vlastní prací.“⁸⁷ V tomto kontextu pak český ústavní soud dospěl k závěru, že napadená úprava tuto podstatu nenarušovala a byla racionálním opatřením směřujícím k dosažení legitimního cíle, a proto návrh na její zrušení zamítl.

Po nálezech sp. zn. Pl. ÚS 1/08 a sp. zn. Pl. ÚS 54/10 se zdálo, že judikatura českého ústavního soudu jednak má k dispozici test k přezkumu sociálních práv, který bude do budoucna ustáleně aplikovat a zároveň že tento test je k zákonodárci velmi vstříc-

Opacně např. TOKARSKÝ, Vít. Karenční doba v nemocenském pojištění. In: WINTR, Jan, ANTOŠ, M., (eds.). *Sociální práva*. Praha: Leges, 2011, 160 s. ISBN: 9788087576021, str. 126 a 127.

⁸⁶ Nálež sp. zn. Pl. ÚS 54/10 ze dne 24. 4. 2012 (N 84/65 SbNU 121; 186/2012 Sb.).

⁸⁷ Ibid., odst. 54. Toto vymezení se podobá pojetí prezentovanému Wintrem (srov. shora citovaný článek) s tím rozdílem, že obsahuje pouze absolutní standard, nikoliv však již standard relativní (možnost podílet se určitým způsobem na úrovni společnosti).

ný a není tedy příliš pravděpodobné, že by zákony jemu podrobené byly příliš často rušeny. Zatímco se však první předpoklad v zásadě potvrdil, ukázalo se zároveň, že test racionality v českém pojetí nemusí být vůbec bezzubý.

To se projevilo již v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/12⁸⁸, ve kterém český ústavní soud posuzoval mj. soulad úpravy tzv. veřejné služby⁸⁹ s ustanovením čl. 26 odst. 3 Listiny⁹⁰. Na tuto aplikoval úpravu již standardní test racionality, přičemž podstatu dotčeného práva vymežil jako „částečně zmírnění negativních důsledků, jež pro jednotlivce a osoby na něm závislé může mít ztráta příjmu, a vytvoření prostoru k tomu, aby se s touto situací mohl vypořádat.“⁹¹ Napadená úprava pak podle soudu do této podstaty zasahovala, a to především proto, že z podpory v nezaměstnanosti učinila *de facto* odměnu za veřejnou službu. Tím však byl dle něj zcela popřen účel, pro který má být podpora v nezaměstnanosti poskytována a především pro který je hrazeno předmětné pojistné. Uchazeči si totiž plnění, na které by podle zákona měli mít nárok již v důsledku toho, že nastala pojistná událost, museli opětovně odpracovat. Při srovnání se dvěma předchozími nálezy se zdá (byť je obtížné srovnávat pojetí podstaty různých základních práv), že toto pojetí podstaty sociálního práva je poněkud expanzivnější, resp. dává soudu jak v konkrétní věci, tak do budoucna možnost podržet si větší kontrolu nad činností zákonodárce. V této konkrétní věci však lze takový přístup snad vysvětlit povahou zásahu do sociálního práva, kterým byla *de facto* nucená práce (srov. např. odst. 261 a 266 citovaného nálezu). Pak se ovšem nabízí otázka, proč český ústavní soud podroboval tuto úpravu speciálně i testu rozumnosti pro zásah do sociálního práva a neomezil se na provedení (konec konců přísnějšího) testu zásahu do práva podle čl. 9 Listiny. Zároveň – v rozporu s východisky obsaženými v nálezu – sp. zn. Pl. ÚS 1/08 po konstatování, že je dotčeno jádro práva, neprovedl test proporcionality. Chránil tedy v tomto nálezu jádro práva absolutně? I toto lze sice přičíst

⁸⁸ Nálež sp. zn. Pl. ÚS 1/12 ze dne 27. 11. 2012 (N 195/67 SbNU 333; 437/2012 Sb.).

⁸⁹ Veřejná služba, jež je vykonávána bez nároku na odměnu, je „nařízena“ osobě, která setrvává v evidenci uchazečů o zaměstnání nepřetržitě déle než 2 měsíce. V případě, že taková osoba veřejnou službu (např. úklid veřejných prostranství) vykonávat odmítne, může být vyřazena z evidence. K tomu srov. ustanovení § 30 odst. 2 písm. d) zákona č. 435/2004 Sb., o zaměstnanosti, ve znění předcházejícím zrušení českým ústavním soudem.

⁹⁰ „Každý má právo získávat prostředky pro své životní potřeby prací. Občany, kteří toto právo nemohou bez své viny vykonávat, stát v přiměřeném rozsahu hmotně zajišťuje; podmínky stanoví zákon.“

⁹¹ Ibid., body 243 a 262.

specifickému vztahu projednávané problematiky k ustanovení čl. 9 Listiny, avšak konzistenci a srozumitelnost judikatury českého ústavního soudu k sociálním právům to jistě nezvyšuje.

S ohledem na specifičnost naposled rozebraného nálezu tak příležitost ke zhodnocení, zda judikatura českého ústavního soudu v oblasti sociálních práv prokazuje určitou konzistenci, přinesl nález sp. zn. Pl. ÚS 36/11⁹². V tomto nálezu byl český ústavní soud konfrontován se zákonnou úpravou, která rozdělovala zdravotní služby z hlediska úhrady z veřejného zdravotního pojištění na variantu základní, plně hrazenou, a variantu ekonomicky náročnější, která nad rámec úhrady stanovené pro základní péči z prostředků veřejného zdravotního pojištění hrazena není, a zároveň zvyšovala denní regulační poplatek za poskytování lůžkové péče z 60 Kč na 100 Kč. Ve své podstatě se tedy jednalo o materii velice podobnou nálezu Pl. ÚS 1/08. Podle českého ústavního soudu však navýšení ceny za poskytování lůžkové péče z 60 Kč na 100 Kč v projednávané věci již bylo protiústavní. Nepřehodnotil sice své kroky týkající se esence práva podle čl. 31 Listiny, avšak dospěl k závěru, že po zvýšení již poplatek není v rozumném vztahu ke sledovanému cíli. Tento svůj postoj odůvodnil tím, že poplatek je svou podstatou platbou za určité „hotelové služby“, přičemž nelze rozumně akceptovat, aby např. pacient na jednotce intenzivní péče byl považován za jakéhosi hotelového hosta. Problém tkvěl dle ústavního soudu tedy zejména v „nedostatečné diferenciaci a plošné aplikaci v kombinaci s absencí jakýchkoliv limitů“.⁹³ Takové pojetí racionality (rozumnosti) je však zjevně expanzivnější než to použité v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08 (s ním je dokonce přímo rozporné)⁹⁴.

Tento postup byl terčem kritiky celé řady odlišných stanovisek. Výstižně (ať již s jejím názorem na konkrétní řešení projednávané věci souhlasíme či ne) tento problém shrnul Ivana Janů: „*Největším úkolem „třetí generace“ Ústavního soudu bude vytvoření srozumitelné, udržitelné a vnitřně nerozporné judikatury k hospodářským a sociálním právům podle hlavy čtvrté Listiny základních práv svobod a v této souvislosti k otázce ústavní kategorie rovnosti.* (...)“

⁹² Nález sp. zn. Pl. ÚS 36/11 ze dne 20. 6. 2013 (238/2013 Sb.).

⁹³ Ibid., bod 60.

⁹⁴ Konec konců poplatky byly ve stejných případech placeny i dříve (tj. v úpravě posuzované nálezem Pl. ÚS 1/08) a ona tvrzená nepřipustnost zacházení s některými pacienty jako „hotelovými hosty“ – a tedy i nerozumnost napadené úpravy – byla dána buď v obou případech, nebo v žádném. Tvrzení obsažené v odůvodnění, podle něhož k relevantní změně situace odůvodňující odklon od předchozích závěrů došlo v důsledku zvýšení částky ze 60 Kč na 100 Kč nelze v kontextu kategorie *rozumnosti* vnímat jako přesvědčivé.

*Dosavadní nálezy jsou nejednotné jak v elementárních východiscích (dogmatické základních práv) a v metodách soudního přezkumu (použití soudních testů), tak rozkolísané v argumentačních strategiích (kvalitě a přesvědčivosti odůvodnění).*⁹⁵

Mimo nastíněný vývoj judikatury považují za vhodné zmínit ještě nález českého ústavního soudu sp. zn. Pl. 8/07⁹⁶, kterým byla zrušena redukční hranice pro výpočet procentní výměry důchodu, který pochopení české judikatury k sociálním právům nijak neulehčuje. Z pohledu tohoto článku je podstatné, že ani zde český ústavní soud neaplikoval test proporcionality, na druhou stranu však neprojevil ani přílišnou zdrženlivost. Výslovně se sice přihlásil k přístupu založenému na ochraně jádra sociálního práva a široké diskreci zákonodárce, v konečném důsledku však v podstatě nahradil zákonodárcovu představu o vztahu principů solidarity a zásluhovosti v systému důchodového pojištění představou svou. Otázkou však je, jak tento postup ovlivňuje celkové vyznění a konzistenci judikatury českého ústavního soudu k sociálním právům. Na jedné straně význam tohoto poněkud aktivistického přístupu nemusí být velký, neboť formálně deklarovaným důvodem protiústavnosti bylo zejména porušení principu akcesorické rovnosti⁹⁷ a nijak nezpochybňuje test racionality v českém pojetí. Na druhé straně se však ukazuje, že pokud bude český ústavní soud v budoucnu chtít v určité situaci provést přísnější přezkum zásahu do sociálního práva, může toho docílit tím, že ve věci zdůrazní určitý aspekt diferenciaci a „překvalifikuje“ tuto věc na problém rovnosti.⁹⁸

Již při zběžném pohledu na vývoj a současný stav judikatury českého ústavního soudu k otázce sociálních práv lze tedy konstatovat, že oblast sociálních práv je chápána jako limit aplikace testu proporcionality. Zároveň však český ústavní soud zřetelně (i když implicitně) odmítl názor (který je však v prostředí ústavního soudnictví ve střední a východní Ev-

⁹⁵ Odlišné stanovisko soudkyně Ivany Janů k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 36/11.

⁹⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 8/07 ze dne 23. 3. 2010 (N 61/56 SbNU 653; 135/2010 Sb.).

⁹⁷ Poznat ovšem z odůvodnění nálezu, co skutečně český ústavní soud k rozhodnutí vedlo, je nadměru komplikované, neboť se v odůvodnění střídají pasáže kladoucí důraz na diskreci zákonodárce v oblasti sociálních práv s pasážemi propagujícími určité pojetí solidarity a zásluhovosti a navíc je celý koktejl doprovázen úvahami o rovnosti. K trefné kritice (nejen) tohoto aspektu nálezu srov. WINTR, Jan. Nález Ústavního soudu o důchodovém systému: Quo vadis, sociálněprávní judikatura Ústavního soudu? *Jurisprudence*. č. 5, 2010, str. 13 – 19. ISSN 1802-3843, zejm. str. 17 – 19.

⁹⁸ Je však třeba zdůraznit, že s ohledem na skutečnost, že sociální systémy jsou na určité diferenciaci ve své podstatě založeny, hrozí toto „riziko“ velmi často.

ropě zcela irelevantní), podle něhož by sociální práva nebyla vůbec justiciabilní, či podle něhož by diskrece zákonodárce v této oblasti byla absolutní (to zejména s ohledem na ustanovení čl. 4 odst. 4 Listiny).

Odlišnost sociálních práv od práv základních lidských, občanských či politických je dle českého ústavního soudu determinována již článkem 41 odst. 1 Listiny, které jim upírá „bezpodmínečnou povahu“ (míněno zřejmě zásadně i přímou aplikaci); podobně působí i zakotvení zákonných výhrad v jednotlivých ustanoveních týkajících se sociálních práv.

Svůj přístup však neopřel pouze o ústavní text. Připomněl i poměrně širokou možnost zákonodárce upravit provedení jednotlivých sociálních práv včetně možnosti jejich změn spojenou s principem dělby moci (srov. např. odkaz na „*legimititu politického zápolení*“ o podobu sociálních práv v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 54/10, odst. 45). Zároveň se zabýval i dalšími specifiky charakteru sociálních práv. Vyslovil tak například, že sociální práva jsou závislá zejména na ekonomické situaci státu a že úroveň jejich poskytování reflektuje nejen hospodářský a sociální vývoj státu, ale i vztah státu a občana, byť založený na vzájemné odpovědnosti a na uznání principu solidarity.

Naopak explicitně nebyl použit a v podstatě ani naznačen argument nemožnosti nalezení „bodů nulového zásahu“. Velkou roli zřejmě v představené linii judikatury nehrálo ani to, že test proporcionality byl do české judikatury importován z judikatury německé, v níž na základní sociální práva být aplikován nemohl (neboť jejich úprava v základním zákoně obsažena není).⁹⁹

Některá tato východiska byla formulována již v období „prvního ústavního soudu“, avšak byl to teprve „druhý ústavní soud“, který tato východiska rozvedl a explicitně vyjádřil nejen, že v oblasti sociálních práv je třeba odmítnout aplikaci testu proporcionality, nýbrž se i pokusil zformulovat jiný test pro přezkum zásahů do sociálních práv.

Tímto testem je shora citovaný čtyřstupňový test racionality (rozumnosti) založený na spojení dvou přístupů, a to testu racionality v užším slova smyslu (obdoba *rational basis test*) a ochrany jádra (podstaty, esence) základního práva. Tento test je v posledních letech českým ústavním soudem v oblasti sociálních práv (formálně) ustáleně aplikován. Jak však zřetelně vyplývá z předcházejícího textu, jeho reálná intenzita a tím pádem i judikatura českého ústavního soudu k sociálním právům, je stále poněkud rozkolísaná. Případný zásah do jádra základního sociálního práva by však podle nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08 (pokud ne-

byl implicitně překonán nálezem sp. zn. Pl. ÚS 1/12) byl podroben testu proporcionality.

Ivana Janů¹⁰⁰ vyslovila, že vytvoření srozumitelné a konzistentní judikatury v této oblasti bude úkolem „třetího ústavního soudu“. S tímto názorem nelze než souhlasit. Avšak jaké úkoly přesně nyní před českým ústavním soudem stojí? To, že nelze na sociální práva (ve smyslu čl. 41 odst. 1 Listiny) aplikovat test proporcionality je již vyřešeno stejně jako otázka, co aplikovat místo něj. Zůstávají v podstatě dva problémy vztahující se k praktické intenzitě testu racionality.

Prvním z nich je ustálení přístupu k vymezení jádra jednotlivých sociálních práv. Tento problém je zcela přirozený a pravděpodobně nepůjde vyřešit jinak než vydáním určitého kvanta judikatury, která se touto otázkou bude zabývat a přirozeným vývojem podstatu sociálních práv v různých situacích a kontextech vymezí. Nelze si totiž nevsímnout, že od doby, kdy se o vymezení jádra sociálních práv v rámci testu racionality český ústavní soud explicitně snaží (tj. od nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08), nebylo nálezů v oblasti sociálních práv přijato tak mnoho a málo, které právo bylo předmětem zkoumání ze stejného úhlu pohledu ve více než jednom nálezu (výjimku tvoří čl. 31 Listiny v nálezech sp. zn. Pl. ÚS 1/08 a Pl. ÚS 36/11). Podle mého názoru tedy není v tomto ohledu důvod k panice. Určitá počáteční rozkolísanost judikatury založené na aplikaci tak abstraktního konceptu jako je jádro (vysoce komplexního) sociálního práva je pochopitelná a není možné předpokládat, že ústavní soud při prvním pokusu o explicitní vymezení jádra určitého sociálního práva dokáže jeho obsah vymežit *pro futuro* tak, že v navazující judikatuře, která se bude tímto právem zabývat v jiném kontextu (např. bude zasažen jiný aspekt tohoto práva či zásah bude mít jinou povahu) bude možné toto vymezení bez dalšího mechanicky převzít. Není tak vyjádřením skepse jako spíše zdravého realismu, pokud vyjádřím předpoklad, že v tomto ohledu bude judikatura českého ústavního soudu ještě alespoň nějakou dobu kolísat a ustálí se až po akumulaci určitého kritického množství relevantní judikatury.¹⁰¹

Druhým problémem je pak nastavení intenzity testu rozumnosti v užším slova smyslu (tj. čtvrtý krok testu racionality v pojetí českého ústavního soudu). V této otázce panoval zřetelný rozpor např. mezi ná-

⁹⁹ Kloním se ovšem k závěru, že kdyby se (hypoteticky) Spolkový ústavní soud k této otázce určitým způsobem vyjádřil, odezvu v rozhodnutí českého ústavního soudu by jeho názor našel.

¹⁰⁰ Odlišné stanovisko soudkyně Ivany Janů k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 36/11.

¹⁰¹ Každé rozhodnutí lze metaforicky vnímat jako kousek skládačky, přičemž doplnění každého jednoho dílku činí výsledný obraz detailnějším a srozumitelnějším. Jediný problém této metafory spočívá zřejmě v tom, že na rozdíl od skládačky, u níž víme, že vložením pětistého dílku získáme obraz perfektní, u akumulace judikatury půjde vždy jen o aproximativní dosažení určitosti.

lezy sp. zn. Pl. ÚS 1/08 a Pl. ÚS 36/11. Vyřešení této otázky je podle mého názoru epistemologicky jednodušší a při vhodné konstelaci se lze ustálenějšího postupu dočkat poměrně brzy. Otázkou v podstatě je, zda rozumnost vyžaduje, aby řešení zvolené zákonodárcem bylo konzistentní, založené na zvážení alternativ, dostatečně promyšlené apod. či zda postačuje, aby mezi zvoleným prostředkem a sledovaným cílem existoval jakýkoliv pochopitelný vztah (minimální racionalita, vyloučení zjevné svévole).¹⁰²

Přesto bych chtěl zároveň uvést, že formulaci testu racionality v judikatuře českého ústavního soudu považuji za velmi prospěšný krok. Byť jde o test, jehož aplikace nemusí vždy vést k předem jasně předvídatelnému výsledku (to ostatně není ani test proporcionality a konec konců snad žádný test používaný v rámci odůvodnění soudního rozhodnutí), nutí autora rozhodnutí vtisknout svému uvažování o ústavněprávním problému určitou strukturu. Takto strukturované odůvodnění pak výrazně zjednodušuje svému čtenáři např. právě odhalení a přesnější „vypíchnutí“ případné nekonzistence (např. právě ve formulaci jádra základního práva) a ulehčuje tak racionální dialog mezi soudem a adresáty jeho rozhodnutí.

II.2 Test proporcionality a sociální práva v judikatuře lotyšského ústavního soudu

Lotyšská ústava neobsahuje zcela obecnou limitační klauzuli typu čl. 31 odst. 3 polské ústavy či alespoň čl. 4 odst. 4 Listiny. Jediným obecnějším ustanovením věnovaným omezení základních práv je tak čl. 116 lotyšské ústavy. Podle tohoto ustanovení „[p]ráva uvedená v bodech 96, 97, 98, 100, 102, 103, 106, a 108 ústavy lze omezit způsobem, který stanoví zákon, a to za účelem ochrany práv jiných, demokratického státního zřízení, veřejné bezpečnosti, mravnosti a veřejného blaha. Za předpokladů uvedených v tomto bodu lze omezit též výkon náboženské svobody.“

Přestože se jedná o ústavu původně z roku 1918, obsahuje po novelizacích poměrně rozsáhlý katalog sociálních práv. Z praktického hlediska – přinejmen-

ším tedy prismatem této práce – nejdůležitějším takovým ustanovením je čl. 109 lotyšské ústavy (jenž není v čl. 116 zmíněn), který garantuje právo na sociální zabezpečení: „[k]aždý má právo na sociální zabezpečení ve stáří, pro případ pracovní neschopnosti, nezaměstnanosti a v dalších případech stanovených zákonem“. Při srovnání s úpravou polskou, českou či slovenskou je zajímavé, že čl. 109 kromě toho, že není zmíněn v limitační klauzuli (natož pak ve speciální limitační klauzuli týkající se sociálních práv), je formulován mnohem kategoričtěji, neboť podmínka „stanovení zákonem“ se týká pouze nároků dalších, ústavou explicitně nepředpokládaných. Obdobně kategoričtěji je formulováno i ustanovení čl. 111 lotyšské ústavy (rovněž nezmněné v čl. 116) garantující právo na ochranu zdraví: „[s]tát chrání zdraví všech a zajišťuje každému základní lékařskou péči.“¹⁰³

Skutečnost, že neobsahují typickou výhradu zákona, jako obdobná ustanovení obsažená v české či slovenské ústavě, působí jako textuální argument proti deferenčnímu přístupu (garanci široké diskrece zákonodárci) a tudíž proti odmítnutí aplikace testu proporcionality. Jak již plyne z předchozího textu, právě tento argument vnímají ústavní soudy poměrně silně. Odmítnutí aplikace testu proporcionality lotyšským ústavním soudem by tak muselo být založeno primárně na jiném z argumentů obecně vymezených v předešlé kapitole (např. na argumentu dělbu moci).

Výkladem práva na sociální zabezpečení se lotyšský ústavní soud zabýval ve své judikatuře několikrát. V nálezu č. 2009-86-01¹⁰⁴ přezkoumával lotyšský ústavní soud významné snížení (o 70 %) speciálních důchodových dávek (tzv. důchod za dlouhou službu, poskytovaný po určité odpracované době v některých oborech), které souviselo s řešením dopadů ekonomické krize na stav lotyšských veřejných financí.

Lotyšský ústavní soud v této věci konstatoval, že princip proporcionality plyne z principu demokratického právního státu; jak princip demokracie, tak princip právního státu odvozuje lotyšský ústavní soud z čl. 1 lotyšské ústavy.¹⁰⁵ Princip proporcionality se přitom podle lotyšského ústavního soudu

¹⁰³ Toto ustanovení však v judikatuře lotyšského ústavního soudu bylo posuzováno spíše, pokud se týče jeho negativních aspektů (např. omezení procházek vězňů), než jako garance pozitivních nároků (jako např. bezplatná zdravotní péče v české judikatuře). To může ovšem být i důsledkem toho, že v textu ustanovení chybí magicke slůvko „bezplatnost“, které by jistě pro zákonodárce vytvářelo větší problémy.

¹⁰⁴ Nález ze dne 21. 4. 2010, č. 2009-86-01. Všechny nálezy lotyšského ústavního soudu jsou dostupné na <http://www.satv.tiesa.gov.lv/>

¹⁰⁵ Tento závěr je součástí jeho ustálené judikatury, srov. např. již nález z 10. 6. 1998, č. 04-03-98.

¹⁰² Uvedené problémy však řešila i americká judikatura ve vztahu k *rational basis test*. Většinou se nakonec přiklonila k názoru, že standard racionality je poměrně nízký, založený na zkoumání, zda je představitelné (*conceivable*) alespoň nějaké racionální odůvodnění zvoleného opatření, byť nemusí nutně dávat valný smysl a být konzistentní. Srov. NEILY, Clark. No Such Thing: Litigating under Rational Basis Test. *New York University Journal of Law & Liberty*, č. 1. 2005. ISSN 1930-5044, str. 900. Srov. i shora citované rozhodnutí *Williamson v. Lee Optical Co.*

vztahuje na veškerá základní práva, tj. včetně práv sociálních.

Snížení důchodů za dlouhou službu tedy bylo podrobena standardnímu tříkrokovému testu proporcionality. Hned při hodnocení souladu s prvním krokem testu proporcionality však poněkud překvapivě uvedl, že v oblasti sociálních práv má stát širokou míru uvážení, pokud se týče volby prostředků a mechanismů k implementaci těchto práv¹⁰⁶. Tento zdánlivý rozpor lze zřejmě (jak plyne i z dalšího textu) vysvětlit tím, že podle lotyšského ústavního soudu má sice stát volnost v oblasti nastavení systému (kolik typů dávek bude poskytováno, za jakých podmínek apod.), tj. v oblasti volby zákonných prostředků, avšak pokud se týče faktických dopadů do sociální sféry jednotlivce, bude diskrece zákonodárce výrazně omezena právě principem proporcionality.

Lotyšský ústavní soud sice uznal, že snížení důchodů za dlouhou službu v kontextu ekonomické krize sledovalo legitimní cíl (ochranu práv jiných a blaho společnosti), avšak prohlásil, že bylo provedeno v rozporu s požadavkem potřebnosti. Podle soudu totiž existovaly mírnější prostředky, jak dosáhnout sledovaného cíle – uvedl například, že místo plošného snížení těchto důchodových dávek by mělo být zkoumáno, jak vysoké jsou další příjmy pobíratelů a podle toho případně snížení upravit (tj. osobám s nižšími příjmy snížit tento důchod méně)¹⁰⁷.

Tento přístup je zajímavý hned ze dvou hledisek. Jednak je zjevné, že při aplikaci testu potřebnosti lotyšský ústavní soud nevyžaduje, aby sledovaného cíle bylo mírnějším prostředkem dosaženo *ve stejné míře*. Z pohledu vnějších limitů aplikace testu proporcionality je však ještě podstatnější, jak lotyšský ústavní soud vyřešil problém spojený s nalezením „bodu nulového zásahu“, který podle mnou shora vysloveného názoru aplikaci testu potřebnosti na omezení pozitivních nároků plynoucích ze sociálních práv v podstatě brání. Lotyšský ústavní soud si za bod, od kterého posuzoval intenzitu zásahu a jeho alternativy zvolil aktuální úpravu, která byla napadeným zákonem zvolena. Problém tohoto přístupu ovšem spočívá v tom, že jednosměrně fixuje již jednou dosažený standard sociálních práv a bere tak zákonodárci možnost flexibilně reagovat nejen na hospodářskou situaci státu, nýbrž i na změnu politické situace. Konkrétní nastavení systému sociálního zabezpečení je přitom legitimním předmětem politického procesu a nelze akceptovat názor, že jediným přijatelným politickým rozhodnutím je nesnižovat benefity poskytované ze sociálního systému.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Nález č. 2009-86-01, bod. 8.

¹⁰⁷ Ibid., bod 13. 2.

¹⁰⁸ Za zcela nevhodnou v tomto kontextu považují situaci, v níž by strana (či koalice) X zvýšila dávky poskytované ze systému sociálního zabezpečení a po volbách,

Tento postup není v judikatuře lotyšského ústavního soudu nijak ojedinělý. V nálezu č. 2001-12-01¹⁰⁹ podrobil lotyšský ústavní soud testu proporcionality zákonnou úpravu, jež omezovala výši vyplácených důchodů (v návaznosti na výši sociálních dávek) po dobu, po níž byly dotčené osoby sociálně pojištěné – v podstatě šlo tedy o omezení důchodů pro pracující důchodce. Podle zákonodárce bylo cílem tohoto kroku vyvážení důchodového účtu zatíženého značným deficitem. Lotyšský ústavní soud vyjádřil jisté pochybnosti o legitimitě tohoto cíle (s ohledem na politický kontext), především však zpochybnil soulad napadené úpravy s požadavkem potřebnosti. Zákonodárci v tomto ohledu vytknul, že nezážil alternativní možnosti vyrovnání deficitu jako např. efektivnější vymáhání daňových dluhů, snížení administrativních výdajů či přehodnocení daňových odpisů pro zaměstnavatele.¹¹⁰

V nálezu č. 2009-08-01¹¹¹ pak posuzoval tento soud opatření, kterým byly zmrazeny (resp. nebyly valorizovány) důchody pro rok 2009. I v tomto případě provedl lotyšský ústavní soud test proporcionality napadeného opatření. Uznal, že sleduje legitimní cíl, kterým je vyvážení příjmů a výdajů speciálního důchodového účtu. Poté v rámci testu potřebnosti zkoumal, zda neexistovaly mírnější prostředky, jimiž by bylo možné tohoto cíle dosáhnout. Přestože v rámci tohoto kroku konstatoval, že mírnější či vhodnější prostředky nenašel (a napadené opatření tak v testu potřebnosti uspělo), stojí za povšimnutí, jaká byla povaha tohoto zkoumání. Ústavní soud totiž v rámci zvažování alternativ prováděl dokazování, např. posudkem a svědectvím ekonomů ze Stockholm School of Economics v Rize. Tento ekonom např. soudu sdělil, že alternativami zvoleného postupu (tj. snížení výdajů z účtu) bylo zvýšení schodku speciálního důchodového účtu či opatření, kterým by byla zvýšena příjmová stránka (např. zvýšení daní); oba tyto postupy ekonom odmítl jako méně vhodné alternativy. Přestože lotyšský ústavní soud politické rozhodnutí zákonodárce v konečném důsledku nezpochybnil, je z uvedeného zřejmé, že aplikací testu potřebnosti v obdobných otázkách výrazně vstupuje do politických otázek, k jejichž řešení není kompetentní. To se konec konců projevilo i tím, že přizvaný ekonom se musel vyjadřovat i k otázce, zda alternativní opatření byla „mírnější“ (byť v tomto kontextu by zřejmě byl přesnější výraz „vhodnější“), což však v rámci posuzování potřebnosti má být právní a nikoliv odborná úvaha.

v nichž by vyhrála strana (či koalice) Y by jejich opětovné snížení bylo posuzováno testem proporcionality včetně testu potřebnosti.

¹⁰⁹ Nález ze dne 19. 3. 2002, č. 2001-12-01.

¹¹⁰ Ibid., bod 3. 1. 3.

¹¹¹ Nález ze dne 26. 11. 2009, č. 2009-08-01.

Lotyšský ústavní soud podrobil napadené opatření i třetímu kroku testu proporcionality, tj. vyvažování, přičemž dospěl k závěru, že společenská prospěšnost napadeného opatření je tak vysoká, že převáží nad zásahem do individuálního práva podle čl. 109 lotyšské ústavy.

Aplikace testu proporcionality na zásahy do práva podle čl. 109 lotyšské ústavy byla posléze potvrzena i v novější judikatuře¹¹². Z uvedeného je tedy zřejmé, že lotyšský ústavní soud nevnímá oblast sociálních práv jako limit aplikace testu proporcionality a tento test při přezkumu zásahů do nich setrvale používá. Konstatuje sice, že v oblasti nastavení sociálních systémů má zákonodárce určitou volnost, což může v konkrétní věci intenzitu prováděného testu *ad hoc* snížit, to však nic nemění na situaci, že ve vztahu k sociálním právům provádí metodologicky pochybně i test potřeby. Při jeho provádění přitom zřetelně vstupuje do sféry typicky politických či expertních rozhodnutí (zvláště působí např. provádění testu potřeby za pomoci výsledku ekonomy).

II.3. Srovnání přístupu ústavních soudů

Ze srovnání přístupů zmíněných ústavních soudů k otázce sociálních práv vyplývá několik velmi zajímavých závěrů.

Český ústavní soud považuje oblast ústavně garantovaných sociálních práv za limit aplikace testu proporcionality. Aplikaci testu proporcionality odmítl explicitně a zároveň zformuloval určitý strukturovaný test (modifikovaný test racionality, skládající se z testu racionality *stricto sensu* a ochrany jádra). K problému ochrany jádra však český ústavní soud přistoupil tak, že při zásahu do něj vyjádřil odhodlání test proporcionality aplikovat.

Pokud se týče faktorů, které český ústavní soud k odmítnutí aplikace testu proporcionality na přezkum zásahů do sociálních práv vedly, je v první řadě nutno zmínit ústavní text, zejména výhrady zákona obsažené v jednotlivých ustanoveních zakotvujících sociální práva a rovněž ustanovení čl. 41 odst. 1 Listiny. Významný byl, soudě podle explicitních odkazů v odůvodnění, i argument dělbu moci.

Naproti tomu lotyšský ústavní soud i v oblasti sociálních práv aplikuje test proporcionality, byť možná fakticky méně intenzivně než v případě klasických

základních práv¹¹³. Důvody tohoto přístupu nejsou ze samotných rozhodnutí příliš zřetelné, avšak lze předpokládat, že poměrně velkou roli hrál ústavní text, který na rozdíl od úpravy české nečiní mezi sociálními právy a základními lidskými právy velké rozdíly. Argument dělbu moci se mohl projevit pouze ve faktickém (avšak nezřetelném a obtížně odhadnutelném) snížení intenzity testu proporcionality.

Za vhodnější považují ze všech shora uvedených důvodů ve vztahu k základním sociálním právům přístup založený na ochraně jádra. Aby však bylo např. přístup českého ústavního soudu možno označit za doporučitelný, musela by jeho judikatura urazit ještě značný kus cesty směrem k větší konzistenci a srozumitelnosti.

Summary

This article takes on the question whether proportionality analysis should be (and whether it indeed is) employed in the realm of fundamental social rights. It is based on a presumption that proportionality analysis in its traditional form should not a priori be considered an appropriate tool for assessment of all fundamental rights' limitations. This problem is first addressed from the theoretical perspective. Hence, I first defined some general criteria that could justify a rejection or a modification of the proportionality analysis in the realm of fundamental social rights. Based on these criteria, the article goes on to analyze the case-law of the Czech and Latvian constitutional courts. The Czech constitutional court explicitly refused to apply proportionality analysis with when assessing social rights' limitations; it based the refusal mainly on the constitutional text and – to certain extent – on the separation of powers principle (connected with an acknowledgment of the legislator's discretion). Its Latvian counterpart, on the other hand, employs proportionality analysis even with respect to fundamental social rights. The author argues that, generally speaking, the Czech approach is to be followed, whereas the Latvian one necessarily raises some issues. On a more concrete level, however, it is obvious that the case-law of the Czech constitutional court is full of inconsistencies that make it difficult to praise its approach altogether.

¹¹² Srov. např. nálezy ze dne 18. 2. 2011, č. 2010-29-01 či nálezy ze dne 10. 1. 2011, č. 2010-18-01.

¹¹³ K aplikaci testu proporcionality v případě svobody projevu srov. např. nálezy ze dne 29. 10. 2003, č. 2003-05-01.