

HLEDÁNÍ ŠIFRY K TEXTU, PŘÍČINÁM I DŮSLEDKŮM PROTOKOLU Č. 15 K EVROPSKÉ ÚMLUVĚ O LIDSKÝCH PRÁVECH

Jiří Malenovský*

Abstrakt: Článkem 1 Protokolu č. 15 se doplňuje preambule EÚLP odstavcem, jenž odkazuje na princip subsidiarity a „prostor pro uvážení“. Tento doplněk lze považovat za opatření, jímž se mají rozmělnit kvazi-federativní prvky v provádění EÚLP. Úměrně tomu se mají částečně restituovat intergovernmentální pilíře, jež sice tvořily páteř této úmluvy v době jejího vzniku, ale později byly z velké části rozebrány judikaturou ESLP a Protokolem č. 11. Hlavním iniciátorem uvedené změny EÚLP je Spojené království. Není ovšem jisté, zda si britské představy osvojí i ESLP, jenž má při výkladu a aplikaci EÚLP poslední slovo. V negativním případě lze očekávat další růst tenzí v provádění Úmluvy. Čl. 1 Protokolu č. 15 je také možno považovat za další z indicií dokumentujících komplikace při uskutečňování mezinárodní spolupráce se supranacionálními prvky, spojené s účastí velmocí. Prvky svrchované moci, které velmoci do supranacionální spolupráce s blízkými státy původně vložily, mají tendenci následně „repatriovat“, neboť v nadnárodním prostředí nejsou schopny prosazovat dostatečně svůj velmocenský vliv a musí se se podřizovat vůli „cizích“ orgánů.

Klíčová slova: Evropský soud pro lidská práva, Protokol č. 15, Spojené království, subsidiarita a prostor pro uvážení, velmoci

ÚVOD

Protokol č. 15, kterým se mění Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „Protokol č. 15“), byl vystaven k podpisu dne 24. června 2013.¹ Stal se dalším mezinárodněprávním instrumentem, jenž se snaží přizpůsobit fungování regionálního systému ochrany lidských práv změnám, k nimž v Evropě postupně dochází.

Protokol č. 15 navazuje na dřívější protokoly *revizní povahy*. Zmiňme především Protokol č. 11 z 11. května 1994, který vstoupil v platnost k 1. 11. 1998.² Ten dramaticky zjednodušil celý kontrolní mechanismus. Zrušil Evropskou komisi pro lidská práva, čímž vytvořil předpoklad pro zkrácení délky štrasburského řízení. Zaručil též přímý přístup jednotlivce k Evropskému soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“). Konečně, kontrolu plně judicializoval, mj. i tím, že odňal Výboru ministrů pravomoc rozhodovat o porušení Evropské úmluvy o lidských právech (dále jen „EÚLP“ nebo „Úmluva“) v jednotlivých případech. Naopak nezohlednil důsledky proniknutí teritoriální působnosti EÚLP do východní části Evropy po pádu želené opony, jinými slovy, rozšíření její smluvní základny.³

To se podařilo až Protokolu č. 14 z 12. května 2004, jenž vstoupil v platnost 1. 6. 2010.⁴ Lze jej považovat za zásadně správný nástroj k „*adjustaci desynchronizovaného mechanismu*“, který utrpěl tím, že předchozí revizní úprava provedená Protokolem č. 11 byla příliš zahleděna do minulosti a stala se jen jakýmsi „*zrcadlem pootočeným do Evropy*

* Prof. JUDr. Jiří Malenovský, CSc., Soudní dvůr Evropské Unie. E-mail: Jiri.Malenovsky@curia.europa.eu.

¹ Série des Traités du Conseil de l'Europe (dále jen „STCE“), No. 213.

² STCE No. 155. Oficiální český překlad srov. č. 243/1998 Sb.

³ MALENOVSKÝ, J. Úvaha u kolébky nového Evropského soudu pro lidská práva. *Právník*. 1998, č. 12, s. 993–1014.

⁴ STCE No. 194. Oficiální český překlad srov. č. 48/2010 Sb. m. s.

před pádem Berlínské zdi“.⁵ Protokol č. 14 zvýšil kapacity ESLP, a to při vyřizování jak zjevně nepřijatelných stížností, tak i stížností zjevně přijatelných (repetitivních). Také upřesnil a doplnil pravidla spojená s výkonem rozsudků ESLP.

I nový Protokol č. 15 směřuje k tomu, aby ESLP lépe a efektivněji zvládal trvale vysoký příliv stížností. Opatření, která zavádí, jsou nicméně na první pohled mnohem skromnější, než změny provedené Protokoly č. 11 a 14. Protokol č. 15 mění EÚLP v pěti ohledech. Dvě změny se týkají přijatelnosti stížností (čl. 4 a 5 Protokolu č. 15), jedna nově organizuje postoupení projednávané věci senátem velkého senátu (čl. 3), další nově definuje podmínku maximálního věku soudců ESLP (čl. 2) a konečně jiná vkládá do preambule EÚLP nový, závěrečný odstavec (čl. 1). Význam posledně uvedeného článku 1 podstatně převyšuje váhu dopadů ostatních ustanovení Protokolu č. 15. Tato studie se proto bude věnovat výlučně jeho článku 1.

Vzhledem ke své revizní povaze vyžaduje Protokol č. 15 ke své platnosti formální souhlas všech stran EÚLP. Splnění takové náročné podmínky předpokládá složitou operaci, a to již proto, že základnu EÚLP tvoří 47 států. Nečinnost být jen jediné smluvní strany by fakticky vyvolala účinky veta a zabránila tomu, aby Protokol č. 15 vstoupil v platnost. Nejednání se přitom o virtuální nebezpečí, což prokazuje osud Protokolu č. 14. Značné prodloužení Ruska v provedení ratifikačního řízení oddálilo účinky změn, které Protokol č. 14 provedl, o několik let. Ruská nečinnost si dokonce vynutila iniciativu ostatních stran EÚLP, jež měla účinky ruského „veta“ neutralizovat.⁶

Za téměř tři roky, jež uplynuly od otevření Protokolu č. 15 k podpisu, již vyjádřila souhlas být jím vázána většina smluvních stran EÚLP.⁷ Na druhé straně jej však zatím nepodepsalo šest států, a to Bosna-Hercegovina, Chorvatsko, Lotyšsko, Malta, Rusko⁸ a Řecko.

Česká republika Protokol č. 15 podepsala 5. listopadu 2013 a ratifikovala 18. března 2015, přesně na den 23 let po ratifikaci EÚLP Českou a Slovenskou Federativní Republikou, do níž pak ČR poněkud atypicky sukcedovala. V českém parlamentu nepředcházela udělení souhlasu k ratifikaci takřka žádná debata, přičemž symptomatické je to, že s návrhem vlády vyjádřili souhlas všichni hlasující poslanci i senátoři. Míra vnitropolitického konsenzu byla tedy výjimečná.

To ovšem neznamená, že by Protokol č. 15 byl natolik průzračný a jednoznačný, jak jej prezentuje zcela neproblémový vládní návrh. Za hranicemi českého parlamentu totiž často vyvolává rozporuplné reakce. Platí to právě o jeho článku 1, tedy o novém odstavci preambule EÚLP, který zní: „*potvrzující, že v souladu se zásadou subsidiarity mají Vysoké smluvní strany primární odpovědnost za zajištění práv a svobod zakotvených v této Úmluvě a jejích protokolech a že při tom požívají prostoru pro uvážení pod dohledem Evropského soudu pro lidská práva zřízeného touto Úmluvou*“.

⁵ MALENOVSKÝ, J. Nově demokratické státy Evropy a 14. protokol: klikatá, ale správná cesta k adjustaci desynchronizovaného mechanismu. *Právník*. 2006, č. 6, s. 601–645.

⁶ Jednalo se o tzv. Protokol č. 14 bis, jenž jednomyslnost stávajících stran nevyžadoval. Srov. KMEC, J. – KOSAŘ, D. – KRATOCHVÍL, J. – BOBEK, M. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 15–16.

⁷ K 1. dubnu 2016 to bylo 27 států.

⁸ Vzhledem k tomu, že Rusko nadále čelí sankcím ze strany mnoha jiných stran EÚLP v důsledku anexe Krymu, je zřejmé málo reálné očekávat, že tento sankcionovaný stát projeví v nejbližší době v uvedeném ohledu nějakou horlivost.

V dohodnutém textu ihned zaujme výslovný odkaz na „*subsidiaritu*“ a na „*prostor pro uvážení*“, na něž znění EÚLP dosud neodkazovalo, třebaže panovalo všeobecné přesvědčení, že oba pojmy jsou s evropským kontrolním systémem nerozlučně spojeny. Klade se proto odůvodněně otázka, zda existoval dostatečný důvod zasahovat do preambule, ostatně vůbec poprvé od sjednání Úmluvy v roce 1950. Nelze se ani vyhnout další otázce, a to, zda dodatečné výslovné zakotvení subsidiarity a prostoru pro uvážení (*margin of appreciation, marge d'appréciation*) je *krokem vpřed* ve vývoji evropského systému, jak to implicitně dovozují důvodová zpráva (*rapport explicatif*) k Protokolu č. 15,⁹ nebo jestli naopak toto opatření znamená *návrat do minulosti*, což naznačují některé komentáře v odborném tisku. K oběma těmto problémům se nyní vyjádřím.

1. PŮVODNÍ SPORY O KONCEPCI EÚLP A VÝSLEDNÝ KOMPROMIS

Signatářské státy sledovaly v době vzniku EÚLP politický cíl dosáhnout „*větší jednoty*“ mezi evropskými státy (sdruženými v Radě Evropy). Zanesly tento cíl do její preambule. Obdobný obrat (doplněný ovšem slůvkem „*stále*“ a adresovaný „*národům*“ Evropy) figuruje i v preambulích zakládajících smluv Evropských společenství a Evropské unie.¹⁰

O způsobech naplňování citovaného politického cíle nicméně existovaly protichůdné představy, které hluboce oddělovaly menšinové stoupence ambiciózní nadnárodní integrace na jedné straně a většinové přívržence tradičních mezivládních metod vzájemné spolupráce na straně druhé. Dohodnuté znění EÚLP proto představovalo nevyhnutelný kompromis.¹¹ Vzhledem k poměru sil mezi oběma skupinami vyrůstaly nosné pilíře konstrukce EÚLP z myšlenek *intergovernmentalismu*. Supranacionální prvky zůstaly naopak spíše „*v zásobě*“, neboť byly vyjádřeny toliko fakultativními pravidly. Tento závěr lze doložit na hmotněprávní, institucionální i procesní dimenzi EÚLP.

Konečné dohodě o koncepci *hmotněprávních* ustanovení předcházela spor mezi signatáři o to, má-li být EÚLP sepsána jako stručný a obecný katalog práv, nebo zda mají být jednotlivá práva v Úmluvě blíže definována.¹² Prvně zmíněná varianta předpokládala, že Úmluvou identifikovaná a vyhlášená lidská práva následně upřesní vnitrostátní právo. Realizace této varianty by poskytla ústřední místo národním soudům. Alternativní řešení bylo naopak spojeno s klíčovým vlivem evropských kontrolních orgánů. I když výsledné znění EÚLP určitě není prostým lakonickým výčtem chráněných práv, svou lapidárností má blíže k „*národní*“ variantě.

⁹ Bod 7 důvodové zprávy uvádí, že smluvní zakotvení má „*posílit průhlednost a přístupnost*“ obou nově kodifikovaných prvků smluvního systému.

¹⁰ Zatímco anglické a francouzské verze EÚLP i unijních smluv obsahují stejný výraz *union*, české a německé verze se od nich v tomto ohledu liší. V případě EÚLP český oficiální překlad používá slovo *jednota* (německý překlad slovo *Verbindung*), v případě unijních smluv se čeština uchyluje k výrazu *svazek* a němčina k výrazu *Union*. Jde o jeden z mnoha příkladů málo promyšleného českého překladu zásadních ustanovení klíčových mezinárodních smluv, jimiž je ČR vázána. K překladu jednotlivých smluv se zjevně přistupovalo izolovaně a nezohledňoval se terminologický aparát užívaný v jiných navazujících smlouvách, zejména pak aparát používaný v autentických zněních takových smluv.

¹¹ VELU, J. – ERGEC, R. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 1990, s. 42.

¹² *Ibidem*, s. 38–39.

V *institucionálním a procesním* ohledu ovlivnil negociace o budoucí podobě EÚLP Evropský kongres, jenž v květnu 1948 navrhl zřídit evropský „Nejvyšší soud“, případně „Soudní dvůr“, k němuž by se mohli přímo obracet jak evropské státy, tak jednotliví Evropané. Většina zúčastněných států myšlenku ambiciózního soudu odmítla. Její odpůrci argumentovali, že ke zřízení takového soudu neexistuje reálná potřeba a že navíc hrozí riziko, že se jeho kompetence budou překrývat s pravomocemi již existujícího Mezinárodního soudního dvora OSN.¹³ Evropský soud byl sice nakonec Úmluvou zřízen, nicméně jednotlivci k němu přístup neměli. Dokonce ani ve vztahu ke smluvním státům nedisponoval obligatorní jurisdikcí. Povinné totiž bylo jen mezistátní řízení před smířčím orgánem – Evropskou komisí pro lidská práva (dále jen „EKLP“). Jednotlivec se mohl (za dalších podmínek – viz níže) obracet toliko k EKLP, přičemž o individuálních porušeních EÚLP smluvními státy následně zásadně rozhodoval Výbor ministrů.

2. SUBSIDIARITA A PROSTOR PRO UVÁŽENÍ V PŮVODNÍM SYSTÉMU ÚMLUVY

Na počátku 50. let 20. století, kdy se v Evropě široce uplatňovalo dualistické pojetí recepce mezinárodních smluv,¹⁴ nebylo rozhodně běžné, aby národní soudy přímo aplikovaly určitou mezinárodní smlouvu, a to dokonce ani tehdy, když ovlivňovala postavení fyzických a právnických osob. Bránilo tomu mimo jiné i zažitě chápání vnitrostátního soudního řízení. Je třeba připomenout, že mezinárodní platnost mezinárodní smlouvy je spojena jen s jejím autentickým textem, dohodnutým vyjednávajícími státy. Ostatní (nepůvodní) jazyková znění smlouvy představují jen překlady pořízené jednostranně jednotlivými smluvními státy, a jsou tedy bez mezinárodněprávních účinků. Pokud se autentický jazyk dané smlouvy v aplikujícím státě oficiálně neuplatňoval, znamenala by její přímá aplikace soudy tohoto státu pro subjekty jeho vnitrostátního práva nepřijatelné použití právních norem vyhlášených v cizím jazyce.

To platí i pro EÚLP, vyjednanou a sepsanou pouze v angličtině a francouzštině. Dualistickému poměru mezinárodního a vnitrostátního práva odpovídalo, že vnitrostátní soudci ve většině jejich stran nemohli tento cizojazyčný smluvní pramen přímo použít. V její materiální působnosti, na jejím místě, proto aplikovali *vlastní národní právo*. Ověřili pouze, jsou-li jimi použité adaptované vnitrostátní právní normy v souladu s EÚLP, a v kladném případě Úmluvu dále neaplikovali. Vnitrostátní soudce se nepovažoval zásadně za vázaného judikaturou ESLP, neboť panovalo přesvědčení, že EÚLP zavazuje pouze smluvní strany, tedy státy, nikoli jejich jednotlivé vnitrostátní soudní orgány. Sama Úmluva sloužila tedy vnitrostátnímu soudci jen jako virtuální „maják“ v situacích, když ve svém právu nenalezl ustanovení, jež by mu umožnilo dospět k výsledku, jež EÚLP požaduje.¹⁵

¹³ Ibidem, s. 723–726.

¹⁴ MALENOVSKÝ, J. 60 let Evropských společenství: od francouzského „supranacionálního“ smluvního projektu k jeho německému „podústavnímu“ provádění. *Právník*. 2012, č. 7, s. 685–686.

¹⁵ DE GOUTTES, R. La priorité substantielle du droit international. In: F. Sudre (dir.). *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*. *Droit & Justice*. 2014, No. 108, Bruxelles – Limal: Nemesis – Anthemis, s. 47–48.

Fyzické a právnické osoby měly k dispozici *vnitrostátní opravné prostředky*, jimiž se mohly domoci svých práv, pojmenovaných v EÚLP. K jejich zavedení zavazuje čl. 13 EÚLP. Konstatoval-li vnitrostátní soudce porušení lidského práva chráněného Úmluvou, rozhodl podle okolností a v rámci svých kompetencí i o zrušení příslušného vnitrostátního individuálního nebo normativního aktu, a/nebo přiznal oběti odškodnění podle vnitrostátního práva, jak ukládá čl. 41 EÚLP. Teprve po *vyčerpání vnitrostátních právních prostředků nápravy*, uloženém Úmluvou v souladu se zásadou obecného mezinárodního práva, a poté, kdy bylo v jeho věci vydáno konečné vnitrostátní rozhodnutí, byl stěžovatel legitimován uvést do chodu mechanismus *mezinárodněprávní kontroly*.

Vnitrostátní uplatňování EÚLP a následná mezinárodní kontrola sledovaly rozdílné, komplementární cíle. Smluvní státy podléhaly povinnosti zajistit dodržování práv chráněných EÚLP, přičemž k tomu využívaly v řízení před svými národními soudy vnitrostátní právní řád. Jejich nápravná opatření zahrnovala zrušení mezinárodně vadných vnitrostátních rozhodnutí i kompenzaci újmy vzniklé poškozené osobě. Teprve následně, pro případy selhání vnitrostátní spravedlnosti, byl povolán ke kontrole výsledku orgán zřízený EÚLP. Ten pouze posoudil, zda konečné opatření (nejčastěji již nenapadnutelný vnitrostátní rozsudek), přičitatelné smluvnímu státu, porušuje Úmluvu. Zjištěné porušení EÚLP vyvolávalo *mezinárodněprávní odpovědnost* příslušného smluvního státu a jeho nové, sekundární povinnosti, zejména povinnost reparovat vzniklou újmu (primárně formou tzv. spravedlivého zadostiučinění priznaného individuální oběti porušení), pod dohledem štrasburských orgánů.¹⁶

Z předchozího rudimentárního výkladu je zřejmé, že původní stavba EÚLP takřka dokonale oddělovala vnitrostátní a mezinárodní etapu kontroly zachovávaní smluvně chráněných lidských práv. *Mezinárodní kontrola* prováděná štrasburskými *orgány ustanovenými úmluvou* se soustředila výlučně na *chování smluvního státu*, přičemž jejím předmětem byl výhradně *výsledný akt kontroly vnitrostátní*. Úmluva se tak jasně profilovala jako *subsidiární*, následný nástroj, k nápravě případů selhání ochrany fyzických i právnických osob uvnitř smluvního státu (*ultima ratio*). Subsidiární povaha úmluvy v sobě nesla *široký prostor pro uvážení smluvních států* nejen při její vnitrostátní aplikaci, ale též tehdy, kdy smluvní strana měla vykonat odsuzující rozsudek evropského kontrolního orgánu.

Subsidiaritu i prostor pro uvážení garantovala (a stále garantuje) sama Úmluva (její čl. 1, 13, 35 [1], 41, 46 či 53). V řadě případů to ostatně potvrdil sám ESLP (pokud jde o *subsidiaritu* mezinárodního kontrolního systému, poprvé v *belgické jazykové záležitosti*, stran *prostoru smluvních států pro uvážení*, poprvé ve věci *Handyside*).¹⁷

Tím, že jednotlivec neměl přístup k ESLP a jedinou relativně pevnou kotvu v kompetencích tohoto soudu představovalo rozhodování o mezistátních stížnostech, šlo nejspíše o specializovanou soudní instanci *konfедераčního* typu, jež nebyla povolána přímo ingerovat do mechanismů a procesů ochrany lidských práv uvnitř smluvních států.

¹⁶ Srov. i TOUZÉ, S. La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle. In: F. Sudre (dir.). *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*. Droit & Justice. 2014, No. 108, pozn. 15, zvl. s. 59–78.

¹⁷ Viz rozsudky ESLP ze dne 23. července 1968 ve věci *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique (au principal)*, č. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64 a ze dne 7. prosince 1976 ve věci *Handyside v. the United Kingdom*, č. 5493/72.

3. VÝVOJ KONTROLNÍHO SYSTÉMU EÚLP

Zřízení ESLP, byť s jeho skromnými, převážně fakultativními pravomocemi, uchovalo jeho příznivcům naději, že se tento soud přece jen postupně přetvoří v soudní orgán *kvazifederálního typu*. Svá očekávání čerpali z historického vzoru Nejvyššího soudu USA, jenž se rovněž původně zrodil jako orgán konfederace. Při svém rozhodování profitoval z dodatku k ústavnímu *Bill of Rights*, jimiž se omezila pravomoc Kongresu vydávat zákony, jež by korigovaly výkon nejdůležitějších lidských práv a svobod. Z toho plynoucí nepřítomnost legislativy vytvořila ideální podmínky k tomu, aby Nejvyšší soud svou judikaturou při rozhodování o konkrétních případech dotvářel stručnou a obecně formulovanou ústavní listinu.

Na převážně imigrační populaci USA bylo možno svým způsobem pohlížet jako na „malou Evropu“. Tvořily ji totiž masy bývalých obyvatel různých evropských států, duchovně spojených kulturními, náboženskými a částečně i demokratickými evropskými hodnotami. Právě judikatura Nejvyššího soudu USA přispěla nemálo ke stmelení tohoto svérázného přistěhovaleckého *melting pot*.

Mezi Nejvyšším soudem USA a ESLP tedy existovaly jisté paralely, mimo jiné i proto, že Rada Evropy není supranacionální organizací, a její orgány proto nejsou vybaveny závaznými legislativními pravomocemi. Nemohou samy závazně dotvářet a rozvádět lakonické znění EÚLP. Nabízelo se tak, že se chybějící „legislativní“ funkce v oblasti ochrany lidských práv v Radě Evropy ujme po vzoru Nejvyššího soudu USA právě ESLP.

Aby se ale mohla naděje příznivců silného soudu naplnit, musel se ESLP stát soudní instancí Evropanů, nikoli se prezentovat *de iure* jako soud k vyřizování sporů mezi evropskými státy (mimořádně v tomto ohledu pramálo využívaný). K jeho proměně skutečně došlo. První dílčí a nepřímý krok se udal v praxi států, které postupně, cestou jednostranných opčních prohlášení, přijaly obligatorní jurisdikci EKLP ve věcech individuálních stížností. Tento vývoj vyústil v roce 1989 v situaci, kdy všech 23 tehdejších stran akceptovalo přístup jednotlivce k EKLP. Další krok již byl přímý a radikální. Protokol č. 11 zrušil EKLP a zakotvil obligatorní jurisdikci ESLP k vyřizování stížností jednotlivce (viz výše).

Evropský soud pro lidská práva se chopil své nepsané kvazilegislativní funkce energicky a důsledně. Na jedné straně, po vzoru *ústavních soudů*, nehledal pouze spravedlnost v konkrétních posuzovaných věcech, ale jeho rozhodnutí se stala klíčem k „*osvětlení, zajištění a rozvoji pravidel zavedených Úmluvou*“,¹⁸ tedy nástrojem soudní „normotvorby“. Osvojil si dynamický, evolutivní výklad, jímž do Úmluvy vtáhl některá práva, která její znění výslovně negarantovalo, např. právo žít ve zdravém životním prostředí. Svou redefinicí závazků uložených smluvním státům ovšem do jisté míry rozkolísal postavení národních soudů. Jejich pevný prostor pro uvážení byl oslaben, neboť ESLP tyto soudy v uvedeném smyslu v aplikaci EÚLP předcházel.¹⁹

Na druhé straně se ESLP přetavil v plnokrevný *mezinárodní soud*, povoláný nejen k aplikaci EÚLP, ale i obecného mezinárodního práva. Svůj extenzivní přístup založil na

¹⁸ Srov. např. MEYER-LADEWIG, J. The European Court of Human Rights as European Constitutional Court. In: O. Delas – M. Leuprecht. *Liber amicorum Peter Leuprecht*. Bruxelles: Bruylant, 2012, s. 183–210.

¹⁹ Srov. i TOUZÉ, S. La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle, pozn. 16, s. 76.

obyčejovém pravidlu mezinárodního práva, kodifikovaném v čl. 31 [3c] Vídeňské úmluvy o smluvním právu, jež ukládá vykládat mezinárodní smlouvu (a tedy i EÚLP) s ohledem na každé relevantní pravidlo mezinárodního práva použitelné ve vztazích mezi jejími stranami. Na tomto základě ESLP uplatňoval při výkladu a používání Úmluvy i pravidla mezinárodněprávního institutu *odpovědnosti státu*.²⁰ Trval proto v různých případech na integrální restituci újmy způsobené porušením EÚLP, nejen na pouhé pekuniární kompenzaci (spravedlivém zadostiučinění) poskytované konkrétní oběti, třebaže Úmluva vyžaduje výslovně právě jen takovou kompenzaci. Z povinnosti reparovat dovodil ESLP některé pozitivní povinnosti, jež EÚLP státům explicitně neukládá, zejména povinnost intervenovat podle okolností z titulu zákonodárce a zabránit výskytu tzv. repetitivních stížností, vyvolaných existencí zákona, neslučitelného se závazky z EÚLP. Jindy ESLP naznačil, že vnitrostátní rozhodnutí, které shledal v rozporu s EÚLP, je třeba zrušit. Výklad EÚLP obohacený mezinárodními odpovědnostními pravidly výrazně omezil prostor pro diskreci států při výkonu odsuzujících rozsudků ESLP, tedy v ohledu, jehož úpravě se tvůrci EÚLP vědomě vyhnutí.

Popsaný expanzivní výklad Úmluvy nahloďoval autoritu norem vnitrostátního práva, jež si strany EÚLP k její aplikaci a provádění pořídily. Strany vnitrostátního řízení ve věcech práv chráněných Úmluvou, ale i samotní národní soudci pocítovali z výše uvedených důvodů potřebu aplikovat přímo Úmluvu, vyloženou relevantními judikáty ESLP, neboť odpovídající vnitrostátní právní úprava mnohdy nebyla srovnatelně přívětivá k postiženému jednotlivci ani dostatečně nereflektovala vývoj štrasburské judikatury.

Tato situace dostala v nauce pojmenování „subsidiarita naruby“. Národní soudce si přeje systematicky aplikovat EÚLP, aniž by si vůbec položil otázku, jaká je její „přidaná hodnota“ oproti odpovídající provádějí vnitrostátní úpravě.²¹ Smluvní státy se uvedené situaci přizpůsobily, když povětšinou ve svých ústavách přešly na monistickou recepci mezinárodních smluv. EÚLP byla inkorporována do vnitrostátního práva a v důsledku toho předepsána tímto právem k přímému používání soudními i jinými národními orgány.²²

4. DVĚ POJETÍ SUBSIDIARITY

Princip subsidiarity postupuje Úmluvou od jejího vzniku. Všechna její ustanovení, v nichž se subsidiarita projevuje (zejména čl. 1, 13 nebo 35 [1]), existují od počátku a nebyla následně ani změněna ani zrušena. Je ovšem patrné, že uplatňování tohoto principu se během doby výrazně proměnilo a jeho váha při provádění Úmluvy je nyní jiná než u jejího zrodu.

²⁰ K tomu podrobněji srov. MALENOVSKÝ, J. Tápání v bludišti vztahů mezinárodního a ústavního práva. *Právník*. 2004, č. 10, s. 953–972; MALENOVSKÝ, J. Smluvní ochrana občanských a politických práv v teorii a praxi mezinárodního práva. In: P. Šturma (ed.). *Právní následky mezinárodně protiprávního chování. Liber Amicorum Čestmír Čepelka*. Praha: Právnická fakulta UK, 2007, s. 121–144.

²¹ SZYMCAK, D. Rapport introductif: le principe de subsidiarité dans tous ses états. In: F. Sudre (dir.). *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit & Justice*. 2014, No. 108, pozn. 15, s. 35.

²² V případě ČR srov. např. MALENOVSKÝ, J. Komentovaný návrh článků Ústavy České republiky upravujících její vztah k mezinárodnímu právu. *Právník*. 1999, č. 5, s. 385–403.

Původní pojetí subsidiarity bylo vepsáno do EÚLP v souvislostech *exkluzivity*. Subsidiarita se uplatňovala v podmínkách striktního oddělení mezinárodního a vnitrostátního práva, které zajišťoval dualistický model poměru těchto právních řádů, zakotvený v ústavách mnohých tehdejších smluvních stran.

Kontrolní mechanismus, zavedený na počátku Úmluvou, nebyl ve skutečnosti nijak revoluční. Článek 35 [1] EÚLP převzal bez dalšího zásadu předchozího vyčerpání vnitrostátních prostředků nápravy, a to tak, jak se uvedená zásada projevuje ve „všeobecně uznávaných pravidlech mezinárodního práva“, tedy, jinými slovy, především v subsystému tzv. *diplomatické ochrany*. Tento institut obecného mezinárodního práva se před staletími konstituoval právě v podmínkách vyznačujících se vzájemným oddělením vnitrostátního a mezinárodního práva a jejich postupnou aplikací v daném sporu. Občan jednoho státu pobývající na území jiného státu se z titulu teritoriality musel podrobit při uplatňování svých právních nároků právnímu řádu posledně uvedeného státu. V právním řádu územního suveréna musel vyčerpat všechny dostupné opravné prostředky. Jestliže i pak zůstal nárok takového cizince nevyслуšen, mohl se vymáhání neuspokojeného nároku ujmout jeho domovský stát, nikoli však s použitím vnitrostátního práva územního suveréna, čemuž brání princip svrchované rovnosti (*par in parem non habet jurisdictionem*), nýbrž na základě mezinárodního práva, s využitím prostředků řešení mezinárodních sporů, včetně žaloby k mezinárodnímu soudu či k mezinárodnímu smírčímu nebo rozhodčímu orgánu.

Toliko na pozadí obyčejového institutu diplomatické ochrany a jeho pravidla vyčerpání vnitrostátních opravných prostředků pochopíme, proč se jediným *obligatorním* procesním prvkem zaručeným původní Úmluvou v 50. letech stalo *mezistátní řízení* před EKLP. Jednotlivci bylo totiž Úmluvou vyhrazeno právo domáhat se svých práv podle vnitrostátního práva určitého smluvního státu, před jeho národními soudy. Právo *mezistátní stížnosti reprodukovalo logiku diplomatické ochrany*: v nerovném vztahu mezi svrchovaným státem a podřízeným jednotlivcem by stát ve sporu s jednotlivcem neměl mít ve věcech ochrany individuálních práv poslední slovo. Nárok poškozené osoby měl být proto převzat jiným smluvním státem a uplatňován nepřímou, na základě svrchované rovnosti, podle mezinárodního práva, před EKLP coby svérázným smírčím orgánem smluvních stran.

Současná tvář subsidiarity je odlišná. Prosazuje se v podmínkách monistického poměru mezinárodního a vnitrostátního práva a přímého používání Úmluvy uvnitř smluvních států. Úmluva se tedy uplatňuje *inkluzivně*, když se hranice mezi ní a vnitrostátním právem setřely. EÚLP a judikatura ESLP, jež ji vykládá, pronikají do vnitrostátního práva a neutralizují či rovnou derogují jeho pravidla, neboť Úmluva v četných smluvních státech požívá přednosti před zákonem.

Vztahy mezi právem EÚLP a vnitrostátním právem, které Úmluvu provádí, ve skutečnosti vykazují rysy *federativního uspořádání*. Společnému (mezinárodnímu) právu (EÚLP) přísluší úloha práva „spolkového“, jež v případě konfliktu deroguje právní úpravu v části „spolku“ (vnitrostátní právo). V tomto kvazifederativním modelu přestal být prostor vyhrazený smluvnímu státu pro vlastní uvážení jeho autonomní doménou, garantovanou samotnou Úmluvou. Stal se *doktrínou* uplatňovanou společným („spolkovým“) soudním orgánem – ESLP, jenž jí disponuje a *jednostranně* používá podle

vlastních představ spravedlnosti, jednou zdrženlivě, jindy aktivisticky.²³ Jinak řečeno, státy již nejsou nedotknutelnými „pány“ svého prostoru pro uvážení.

Výslovný odkaz na subsidiaritu a prostor států pro uvážení zasazený do preambule EÚLP prostřednictvím Protokolu č. 15 představuje svérázný akt *konstitucionalizace* obou pojmů. Avšak znovu. Jaká je skutečná vůle „ústavodárce“ – souboru smluvních států? Jaká subsidiarita a jaký prostor pro uvážení se Protokolem č. 15 vlastně konstitucionalizují? *Kontinuálně* chápaná subsidiarita, tedy ta dnešní, nebo má jít o „návrat ke kořenům“, tedy o projev *diskontinuity*?

5. NEPŘEHLÉDNUTELNÉ BRITSKÉ STOPY K PROTOKOLU Č. 15

Je vcelku nesporné, že hlavním iniciátorem nového protokolu se stala vláda Spojeného království, jež – jak je specifikováno níže – vyjádřila v posledním desetiletí nespokojenost s některými rozsudky ESLP v britských věcech. Neskrývané rozladění této vlády třeba vidět i na pozadí otevřené averze, s níž na rozsudky ESLP reagují určité segmenty britské společnosti (část politiků, médií, ale i někteří národní soudci). „Odborným mluvčím“ těchto negativních nálad se stal odcházející vrcholný britský soudce Lord Hoffmann ve svém pověstném vystoupení v roce 2009 k univerzalitě lidských práv, jež vyšlo i v tisku.²⁴

Autor v něm označil existující judikaturu ESLP a dokonce i právo individuální stížnosti k němu za „problém“. Pokud jde o judikaturu, ESLP údajně neodolal pokušení vnucovat smluvním stranám jednotná pravidla po vzoru federálního Nejvyššího soudu USA, jímž štrasburský soud ovšem není a nemůže být. Není totiž (na rozdíl od supranacionálního Soudního dvora EU či Mezinárodního trestního soudu) povolán unifikovat příslušné zákonodárství smluvních států, neboť ratifikací EÚLP mu její strany nepředaly odpovídající pravomoci. Z pohledu britského práva i britských soudů jde tedy o „cizí“ soud.

Lord Hoffmann kritizuje různé aspekty judikatury ESLP. Zvláště mu vadí málo razantní a nesoustavná aplikace doktríny prostoru států pro uvážení, ale též dynamický výklad EÚLP coby „živoucího instrumentu“. Nezpochybnuje sice, že stručné vyjádření práv v Úmluvě je třeba dotvářet pomocí implikace, s touto metodou výkladu je však podle něj nutno zacházet opatrně, neboť hrozí, že smluvní státy budou nuceny k plnění povinnosti, jež explicitně nepřijaly a eventuálně ani nechtěly převzít. Lord Hoffmann se proto přimlouvá za to, aby EÚLP do budoucna plnila pouze funkci společně platného měřítká, jež ESLP umožní posoudit, jak jednotliví členové Rady Evropy *v globálu* respektují jí vyhlášená základní práva, přičemž proti provinilým státům bude uplatňována toliko politická kritika. Kontrola dodržování lidských práv *v konkrétních případech* by měla být naopak svěřena národním soudům.

Stanovisko Lorda Hoffmanna má povahu jakéhosi *antiintegračního manifestu*. Nese s sebou požadavek „návratu k pramenům“, k dualistickému uplatňování EÚLP, které si přál významný počet jejích signatářů v 50. letech.

²³ CRÉPET-DAIGREMONT, C. Nouvelle étape de la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme: vers une redistribution des rôles de la Cour et des États. *Annuaire français de droit international*. 2012, sv. LVIII, s. 670–671.

²⁴ LORD HOFFMANN, The Universality of Human Rights. *L. Q. R.* 2009, sv. 125 (Jul), s. 416–432.

Lord Hoffmann ve své přednášce konkrétně polemizoval se třemi rozsudky ESLP, které směřují proti Spojenému království, a to *Saunders*²⁵ (ochrana podezřelý nebo obviněné osoby před vynucováním spolupráce v trestním řízení vedoucí k sebeobviňování), *Al-Khawaja and Tahery*²⁶ (příčí se právu na obhajobu, a tedy na spravedlivé řízení, je-li obžalovaná osoba odsouzena výlučně nebo v rozhodující míře na základě výpovědi nepřítomného svědka, jehož tato osoba neměla příležitost vyslechnout nebo nechat vyslechnout) a *Hatton*²⁷ (právo osob, rušených hlukem provázejícím noční lety z/na letišti Heathrow, na soukromý život a jejich právo na účinný právní prostředek). Závazný právní názor ESLP ve všech třech uvedených případech kolidoval se zákony i judikaturou britských soudů.

Britské orgány kritizovaly i další rozsudky ESLP, a to ve věci *Abu Qatada*²⁸ (zákaz vydání osoby do státu, v němž jí hrozí, že bude odsouzena na základě důkazů, jež byly získány s použitím mučení), a hlavně ve věci *Hirst*²⁹ (obecný zákaz práva volit – tzv. *blanket ban* – vyslovený zákonem osobám zbaveným svobody v trestním řízení, který britský parlament přes odsuzující rozsudek ESLP potvrdil omračujícím poměrem 234 ku 22).³⁰ Tento rozsudek veřejně napadl i David Cameron, jenž prohlásil: „*Vždy jsem se domníval, že kdo je poslán do vězení, ztrácí určitá práva a jedno z těchto práv je právo volit. Rozhodně se domnívám, že by o tom měl rozhodnout Parlament, nikoli cizí soud. Parlament rozhodl a já s jeho rozhodnutím plně souhlasím.*“³¹ Britský předseda vlády si tedy osvojil úhel pohledu Lorda Hoffmanna, když označil ESLP implicitně za „cizí soud“.

Nepřátelským náladám ve Spojeném království se snažil čelit britský soudce v ESLP Sir N. Bratza, a to z pozice voleného předsedy tohoto soudu. Odsoudil na jedné straně bezprecedentní „sžíravé“, ba „xenofobní“ běsnění, jemuž jsou vystaveni soudci ESLP, na straně druhé se ale pokusil britskou kritiku otupit řadou argumentů i některými ústupky.³²

Sir Bratza připomněl, že ESLP drtivou většinu stížností proti Spojenému království odmítá jako nepřijatelná podání (z přibližně 1.200 stížností v roce 2010 byly pouhé 23 vyřízeny rozsudkem, přičemž ne všechny rozsudky navíc byly odsuzující). Předseda štrasburského soudu zdůraznil, že ESLP v britských věcech nejčastěji podpoří dříve vyslovený názor britských vysokých soudů. Vysvětlil, že pokud ESLP v takových případech přesto přikročil k rozhodnutí ve věci samé a neodmítl předmětnou stížnost jako zjevně neodůvodněnou, učinil tak vesměs jen proto, že význam posuzované věci přesahoval britské poměry. Žádalo se tedy, aby rozhodl v zájmu ochrany lidských práv v Evropě či v obecném zájmu výkladu a aplikace EÚLP.

²⁵ Rozsudek ESLP ze dne 17. prosince 1996 ve věci *Saunders v. the United Kingdom*, č. 19187/91.

²⁶ Rozsudek ESLP ze dne 15. prosince 2011 ve věci *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, č. 26766/05 a 22228/06.

²⁷ Rozsudek ESLP ze dne 8. července 2003 ve věci *Hatton and Others v. the United Kingdom*, č. 36022/97.

²⁸ Rozsudek ESLP ze dne 17. ledna 2012 ve věci *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, 8139/09.

²⁹ Rozsudek ESLP ze dne 6. října 2005 ve věci *Hirst v. the United Kingdom*, č. 74025/01.

³⁰ LOUIS, J.-V. La présidence britannique du Conseil de l'Europe et la Cour de Strasbourg. *Cahiers de droit européen*. 2012, No. 1, s. 11, pozn. 12.

³¹ *The Telegraph*, 24. května 2012.

³² Sir BRATZA, N. The Relationship between the UK Courts and Strasbourg. *European Human Right Law Review* 2011, Issue 5, s. 505–512.

Sir Bratza ovšem také přiznal, že v činnosti štrasburského soudu existují nedostatky. ESLP zvažuje někdy málo dopady svých rozsudků ve vnitrostátním právu a vnitrostátní praxi příslušného smluvního státu. Neboť není vševědoucí, měl by odsouzenému státu poskytovat větší prostor pro uvážení. Měl by taktéž být obzvláště obezřetný v případech nalézání rovnováhy mezi několika konkurujícími si právy.³³ Rozsudky ESLP by rovněž měly být jasnější a jednoznačnější. ESLP podle Sira Bratzy např. nadužívá obrátů „zásadně“ a „zpravidla“, což národní soudce mate. I když se judikatura ESLP musí utvářet v interakci s měnící se faktickou i právní realitou, důležitá musí být i její vnitřní soudržnost. Tato vlastnost judikatury je nezbytná k zachování právních jistot.

Takřka „revolučně“ působí doporučení Sira Bratzy k rozvoji dialogu mezi ESLP a národními soudy. Britský soudce považuje za „zdravé“, aby národní soudce mohl rozsudky ESLP kritizovat, pokud se mu nezdají jasné, nebo vybočují z ustálené judikatury, anebo jsou poznamenány nepochopením vnitrostátní praxe či vnitrostátního práva zainteresovaného státu. Dokonce se domnívá, že ve výjimečných případech mohou národní soudci odmítnout řídit se rozhodnutím ESLP, pochopitelně za předpokladu, že svůj postoj náležitě vyloží a odůvodní.³⁴

Přes symbolickou nabídku Sira Bratzy ke smíru britská vláda vznesla několik požadavků. Jejich tvrdostí zřejmě chtěla odvrátit riziko, jež by nutně provázelo radikální krok, po němž volala část vládnoucí politické strany ve Spojeném království, a to výpověď EÚLP tímto státem.³⁵ Ke sdělení své pozice využila předsednictví ve Výboru ministrů Rady Evropy (listopad 2011 – květen 2012), jež spadalo do reformního období EÚLP, uvedeného do pohybu v únoru 2010 konferencí na vysoké úrovni konanou v Interlaken. Britové svolali do Brightonu jednu z dílčích konferencí reformního cyklu. Uskutečnila se v dubnu 2012.

V rámci přípravy na tuto konferenci britská vláda zveřejnila svůj návrh Brightonské deklarace. Navrhla v něm mimo jiné *za prvé*, aby se stížnost jednotlivce k ESLP a z ní

³³ S hledáním „spravedlivé rovnováhy“ mezi konkurujícími základními právy experimentuje i Soudní dvůr EU, např. v rozsudku *UPC Telekabel Wien* (ze dne 27. března 2014, C-314/12, EU:C:2014:192). Stanovil pouze hranice, jež nesmějí národní soudy „podkročit“ (nelze v žádném případě ohrozit *podstatný obsah* předmětného práva). V takto předběžně zúženém prostoru soudy členského státu mohou konkrétněji vyladovat a doladovat rovnováhu mezi soupeřícími právy, přičemž vezmou v úvahu lidskoprávní tradice svého státu či judikaturu svého ústavního soudu. Srov. MALENOVSKÝ, J. – VILÍMKOVÁ, V. Co vyvodí Soudní dvůr ze svých rozsudků Åkerberg Fransson a Melloni pro svou budoucí judikaturu? *Soudní rozhledy*. 2014, č. 11–12, s. 386–391.

³⁴ Takové názorové napětí příležitostně „vyvě“ ostatně i ve vztazích mezi národními soudy a Soudním dvorem EU. Pomineme-li proslulou doktrínu *ultra vires* německého Ústavního soudu (srov. MALENOVSKÝ, J. Sur le passé, le présent et l’avenir du contrôle *ultra vires*. In: A. Tizzano – A. Rosas – R. Silva de Lapuerta – K. Lenaerts – J. Kokott. *La Cour de justice de l’Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003–2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*. Bruxelles: Bruylant, 2015, s. 427–443), do níž vepsal svou kapitolu i český ústavní soud (srov. ZEMÁNEK, J. L’arrêt de la Cour constitutionnelle tchèque du 31 janvier 2012, les Retraites slovaques XVII: Le principe de l’égalité de traitement – Un motif de rébellion contre la Cour de justice de l’Union européenne? *Cahiers de droit européen*. 2012, No. 3, s. 709–732), lze např. poukázat na rozsudek pětičlenného senátu Soudního dvora ve věci *Sturgeon* (ze dne 19. listopadu 2009, C-402/07, EU:C:2009:716), zpochybnovaný některými německými či britskými soudy a „dovysvětený“ a stvrzený na jejich formální podnět rozsudkem velkého senátu ve věci *Nelson* (právo cestujících v letecké dopravě na odškodnění za významné zpoždění letu) (ze dne 23. října 2012, C-581/10, EU:C:2012:657). Srov. např. GARBEN, S. The Turbulent Life of Regulation 261: Continuing Controversies Surrounding EU Air Passenger Rights. In: M. Bobek – J. Prassl (ed.). *Air Passenger Rights. Ten Years on*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2016, s. 259–294.

³⁵ Srov. LOUIS, J.-V., op. cit., pozn. 30, s. 7.

vyplývající nárok na mezinárodní soudní ochranu přeměnily v pouhý poradní procesní nástroj, *za druhé*, aby strany EÚLP omezily rozsah efektivních pravomocí ESLP pomocí nové podmínky přijatelnosti stížností formulované tak, že napříště by tento soud posuzoval ve věci samé jen případy, jež vykazují zjevná pochybení národních soudů, a, *za třetí*, aby byl „vtesán do kamene“ princip subsidiarity, zaručující smluvním státům diskreci při výkladu EÚLP.³⁶ Tento princip měl být vložen do substantivního textu Úmluvy.³⁷

V důsledku odporu většiny ostatních smluvních stran byly původní britské požadavky převzaty do schváleného textu Brightonské deklarace v podstatně mírnější, kompromisní podobě. Konzultativní pravomoc ESLP neměla jeho stávající závaznou pravomoc v rozhodování individuálních stížností nahradit, nýbrž ji pouze doplnit, což bylo nakonec uskutečněno Protokolem č. 16 k EÚLP.³⁸ Právo individuální stížnosti tak zůstalo beze změn. Návrh na zavedení výše uvedené drastické podmínky přijatelnosti stížností byl odmítnut jako takový. Realizace požadavku, aby byl „vtesán do kamene“ princip subsidiarity, byla otupena tak, že výslovný odkaz na něj měl být zakotven v preambuli, nikoli v operativním textu EÚLP. S „preambulním“ řešením britská vláda souhlasila. Poukázala na čl. 31 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, který stanoví, že preambule tvoří nedílnou součást mezinárodní smlouvy, a je proto relevantní i pro její výklad.³⁹ Takto modifikované britské návrhy byly převzaty do bodů 11 a 12 schválené Brightonské deklarace.

6. POZNÁMKY K VÝKLADU A K MOŽNÝM DŮSLEDKŮM PROTOKOLU Č. 15

Jak již bylo osvětleno výše, britská iniciativa se zjevně zhlédla v původní koncepci EÚLP, na níž se Spojené království významně podílelo. Předpokládá, že sféry vnitrostátního a mezinárodního práva budou při aplikaci EÚLP odděleny a ESLP bude moci zakročit v případech kvalifikovaných selhání a excesů, k nimž došlo ve fázi vnitrostátního uplatňování Úmluvy.

Výslovně zakotvený princip *subsidiarity* bude podle britských představ napříště usměřňovat nejen chování smluvních stran (primární povinnost států zaručit práva osobám podléhajícím jejich jurisdikci i povinnost dát těmto osobám k dispozici soustavu účinných opravných prostředků), ale bude zavazovat i ESLP, jenž je povolán k výkladu a aplikaci textu EÚLP, tedy i ve znění Protokolu č. 15. Ze smluvního zakotvení subsidiarity vyloučí ESLP povinnost se s touto zásadou ve svých rozhodnutích vypořádat. Britové zřejmě očekávají, že ESLP ponese „důkazní břemeno“ v ohledu, jak své povinnosti uložené mu z titulu subsidiarity unesl – podobně jak se to očekává od Evropské komise v prostředí Unie.⁴⁰

³⁶ Ibidem, s. 13.

³⁷ MILLER, V. *Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights: subsidiarity and the margin of appreciation*. House of Commons Library, Commons Briefing papers SN07053. 4 December 2014. Dostupné z: <www.parliament.uk>.

³⁸ STCE No. 214. Otevřen k podpisu 2. října 2013. Není dosud platný. K 1. dubnu 2016 jej ratifikovalo 6 stran EÚLP. V platnost vstoupí po uložení ratifikačních listin desátým státem v pořadí. ČR jej dosud ani nepodepsala.

³⁹ MILLER, V., op. cit., pozn. 37, s. 3.

⁴⁰ Ibidem, s. 8.

Pokud jde o *prostor států pro uvážení*, v britských představách jej nejspíše zaručuje samotná EÚLP, nikoli ESLP prostřednictvím své judikatury, jež je z povahy věci v dispozici soudu. Poučný je v daném ohledu názor britského parlamentního Společného výboru pro lidská práva, který tento orgán zaujal k Protokolu č. 15 a spojil s ním své doporučení, aby britská vláda tento protokol ratifikovala. Společný výbor se domnívá, že v případech, kdy je vnitrostátní systém ochrany lidských práv dobře nastaven a projednání žalované věci vedlo ke zdůvodněnému hodnocení vnitrostátního práva i praxe národních orgánů z hlediska EÚLP i judikatury ESLP, je takto provedené hodnocení „pravděpodobně“ vyhrazeno jen smluvnímu státu, v závislosti na povaze daného práva.⁴¹ V praxi se tak patrně má prosazovat domněnka, že posoudí-li národní soud takto korektně projednávaný případ, není již ESLP oprávněn jej ve věci samé přezkoumat, ledaže uvedenou domněnku aktivně a prokazatelně vyvrátí. Britská iniciativa tedy ve svých důsledcích zjevně směřuje ke zúžení kontroly, kterou ESLP v současné době vykonává.⁴²

Znění Protokolu č. 15 do značné míry britským představám odpovídá. Věta, jež bude uzavírat preambuli Úmluvy, výslovně stanoví, že „*prostoru pro uvážení*“ „*požívají*“ „*smluvní státy*“, kdežto ESLP přísluší pouze pravomoc dohledu. Ve spojení s pojmem „*prostoru pro uvážení*“ se v ní navíc neobjevuje slovo „*doktrína*“, které naopak v těchto souvislostech zdůrazňují jak samotný ESLP, tak nauka. Výraz „*doktrína*“ se sice opakovaně objevuje v důvodové zprávě k Protokolu č. 15, ta však není jeho závaznou součástí. Význam důvodové zprávy pro výklad preambule proto bude spíše jen okrajový.

Z předchozí krátké úvahy plyne, že doplněk preambule EÚLP provedený Protokolem č. 15 je vybaven *potencialitou* k tomu, aby vyvolal změny v mechanismech evropského systému kontroly ochrany lidských práv. Je způsobilý vést k systematictějšímu třídění nápadů s cílem identifikovat případy, v nichž bylo zjištěno *zjevné porušení* Úmluvy. Může posílit postavení a úlohu národních soudů coby „*soudců EÚLP*“ a naopak oslabit postavení ESLP. Lze dokonce očekávat, že v některých smluvních státech se postupně objeví vnitrostátní prostředky i procedury, jež dovolí příslušným národním orgánům přezkoumat, zda se ESLP v určitém svém rozhodnutí náležitě řídil požadavky, jež mu plynou ze zásady subsidiarity a „*prostoru států pro uvážení*“.⁴³ V případech, kdy takový následný přezkum odhalí nedostatky, nelze vyloučit, že národní soudní orgán označí příslušné rozhodnutí ESLP za akt *ultra vires* obdobně, jak to jsou již nyní připraveny vyslovit německý Spolkový ústavní soud a některé další ústavní soudy v ohledu aktů vydaných orgány EU a, mezi těmito akty, především v poměru k rozhodnutím Soudního dvora EU (viz výše).

Takto načrtnutý eventuální budoucí vývoj štrasburského kontrolního systému by neměl být apriorně odmítán. Pokud by se totiž měl realizovat, nepochybně by se výrazně zvýšily a prohloubily kapacity ESLP, použitelné k všestrannému posouzení typových případů ochrany lidských práv, které mají skutečný evropský rozměr.

⁴¹ Ibidem, s. 4.

⁴² Srov. FABBRINI, F. The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison. *Courts Working Paper Series*. 2015, No. 15, s. 13–14.

⁴³ CASSESE, S. Une administration indirecte: la subsidiarité judiciaire à la CEDH. Projev na semináři uspořádaném ESLP ve Štrasburku 30. ledna 2015 na téma *Dialogue entre juges. „Subsidiarité : une médaille à deux faces ?“* Dostupné z: <http://www.echr.coe.int/Documents/Dialogue_2015_FRA.pdf>, s. 13.

Takový vývoj by posílil i pozici vysokých vnitrostátních soudů, která v současnosti trpí „jednosměrností“ celého systému. ESLP totiž nejen diktuje „pravidla hry“, ale nejednou poněkud aktivisticky odmítne vývody vnitrostátního soudu, jež jsou podloženy zvláštnostmi daného národního prostředí a národní úpravy. Takové zvýšené usměrňování z „centra“ bylo zásadně legitimní v etapě překotného rozšiřování působnosti EÚLP do střední a východní Evropy, tedy období, kdy se kvalitní zákony i soudní soustavy v nově demokratických státech teprve utvářely. Nezkoušenost tamních soudců a z toho plynoucí nebezpečí přehmatů představovaly v době přechodu k právnímu státu reálný jev. Desátá léta 21. století jsou z uvedeného pohledu naopak již obdobím stabilizovaným. Národní soudy by proto mohly a měly požívat větší důvěry ESLP i mít k dispozici předvídatelný širší prostor pro vlastní hodnotové úvahy a úsudky.

Tím ovšem není řečeno, že se popsaná potencialita Protokolu č. 15 přetaví do reálného provádění EÚLP. Důvodová zpráva k tomuto protokolu (bod 8) připomíná, že ESLP přísluší úloha „*autenticky vykládat Úmluvu*“. Z této výsadní pozice bude tedy ESLP interpretovat i Protokol č. 15.

Nelze přehlédnout odpor ESLP ke kodifikaci „prostoru pro uvážení“. Odcházející místopředsdkyně tohoto soudu, F. Tulkens, odsoudila vepsání tohoto obratu do preambule EÚLP jako nebezpečné, neboť frontálně vyvolává pochybnosti o nezávislosti ESLP při autentickém výkladu Úmluvy.⁴⁴

Jak vyplývá ze stanoviska ESLP k Protokolu č. 15,⁴⁵ předmětný doplněk preambule EÚLP je podle názoru pléna tohoto soudu třeba považovat za kodifikaci judikatury ESLP.⁴⁶ Nevyjadřuje tedy úmysl smluvních států „*změnit podstatu Úmluvy a systému jejího mezinárodního a kolektivního uskutečňování*“ (§ 5 stanoviska). I když plénum připomíná ve stanovisku dřívější výhrady, které ESLP vznesl proti záměru pojem „prostoru pro uvážení“ kodifikovat, a podotýká, že ESLP by uvítal rozvinutější znění preambulního doplněk než to, na němž se strany EÚLP dohodly, smířlivě připouští, že dohodnuté znění má povahu kompromisu, nutného k tomu, aby byl dosažen všeobecný souhlas s Protokolem č. 15 jako takovým.

Lze proto očekávat, že ESLP bude Protokol č. 15 interpretovat ve shodě se svou ustálenou judikaturou. Pokud se tento předpoklad potvrdí, bude zacházet s „prostorem pro uvážení“ jako se svou vlastní doktrínou, již bude používat v míře a způsoby, o nichž sám rozhodne, navzdory tomu, že ze znění nového odstavce preambule EÚLP fakultativnost v používání nijak nevyplývá.

Zajisté možno souhlasit s tvrzením, že principu subsidiarity i „prostoru pro uvážení“ se budou moci s odkazem na nově doplněnou preambuli EÚLP napříště dovolávat smluvní státy přímo vůči ESLP,⁴⁷ avšak taková demarše nebude mít patrně valné účinky.

⁴⁴ TULKENS, F. La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir. *Cahiers de droit européen*. 2012, No. 2, s. 332.

⁴⁵ Srov. Stanovisko ESLP k návrhu Protokolu č. 15, přijaté 6. února 2013. Dostupné z: <www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_ENG.pdf>.

⁴⁶ Srov. též HERVIEU, N. Cour européenne des droits de l'homme : Bilan d'étape d'un perpétuel chantier. *La Revue des Droits de l'homme*. Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF – Paris Ouest Nanterre – La Défense), 3 septembre 2013. Dostupné z: <<http://revdh.org/2013/09/03/cedh-perpetuel-chantier-institutionnel>>.

⁴⁷ Srov. CASSESE, S., op. cit., pozn. 43, s. 7.

Konečné slovo při výkladu Úmluvy přísluší ESLP, který na jejím základě závazně rozhoduje. Jejím stranám není k dispozici žádný arbitrážní mechanismus, s jehož pomocí by bylo možno řešit spor mezi nimi a ESLP o to, zda a jak měl štrasburský soud princip subsidiarity či prostor pro uvážení v dané věci použít. Rozhodl-li by se zainteresovaný stát v případě svého nesouhlasu s postupem ESLP, že jeho rozsudek nebude respektovat, takové opomenutí by aktivovalo mechanismus předvídaný Úmluvou pro situace vadného nebo neprovedeného výkonu rozsudků, v němž má ESLP taktéž klíčové postavení (čl. 46 [5] EÚLP).

7. ŠIRŠÍ SOUVISLOSTI PROTOKOLU Č. 15

Jak bylo výše uvedeno, Spojené království patrně sledovalo záměr obrátit vývoj evropského mechanismu ochrany lidských práv zpět, k dualistické profilaci Úmluvy. Ukazuje to na mimořádnou setrvačnost právních poměrů i právního vědomí v tomto evropském, avšak současně ostrovním státu. Původ vytrvalých dualistických preferencí Spojeného království lze spatřovat v jeho imperiální minulosti a zvláště v období, kdy se britská koloniální říše začala drobit. Rozkládající se impérium charakterizovala od druhé poloviny 19. století metoda tzv. nepřímé správy.⁴⁸ Při jejím uplatňování se pružně kombinovala rozsáhlá autonomie místních orgánů s pragmaticky prováděným dohledem britského centra (zejména na územích, na nichž tvořili britští a další evropští kolonisté významnou část obyvatelstva).

Britské společenství národů rozhodně nebylo ani není příkladem federativního uspořádání. Lze je spíše označit za personální unii s konfederativními rysy.⁴⁹ Způsob nepřímé správy Společenství, nikoli nepodobný vnitřní organizaci Říše římské, představoval efektivní nástroj ke zvládnutí koexistence různých právních řádů uvnitř tohoto heterogenního celku a zamezoval jejich konfliktům.⁵⁰ Federativní celky jsou naopak rigidněji uspořádané, mají hierarchickou povahu a nahrazují pragmatismus přísným ústavním pravidlem primátu práva celku (*Bundesrecht bricht Landesrecht*).

Stabilizované chování Spojeného království vůči svým dominiím i dlouhodobé právní i administrativní tradice jasně determinují volby tohoto státu při regulaci jeho užší spolupráce s jinými, přátelskými státy. Spojené království dává přednost takovým formám, v nichž dominují konfederativní, nikoli federativní prvky. Tyto své preference britská diplomacie prosazovala poměrně úspěšně i v negociacích předcházejících sjednání EÚLP na přelomu 40. a 50. let 20. století.

Zatímco diplomatickou stránku svých mezinárodních styků Spojené království zvládá tradičně s vysokou efektivitou, zkušenost jeho diplomatů nestačí a naráží v poměru ke společným mezinárodním orgánům, ustaveným na základě odbornosti a politické nezávislosti jejich členů. Takovým orgánem je i ESLP. Rozhoduje „nediplomaticky“ – nezávisle a nestranně v kontradiktorním řízení, v němž je protistranou britské vládě jednotlivec a případně jeho právní zástupce. Současné závazné pravomoci, jimiž je ESLP vybaven

⁴⁸ Ibidem, s. 10.

⁴⁹ Srov. též OUTFRATA, V. *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: Orbis, 1960, s. 74–77.

⁵⁰ CASSESE, S., op. cit., pozn. 43, s. 10.

při posuzování stížností podaných soukromými osobami, jsou konceptuálně sotva sluchitelné s původní výrazně dominantní mezistátní dimenzí EÚLP a posouvají celé smluvní ústrojí k federalismu. Taková metamorfóza systému štrasburské kontroly se Spojenému království zjevně nelíbí.

Novější vývoj v provádění EÚLP podvázal kapacity výkonu svrchované moci Spojeného království. V uvedeném úhlu pohledu lze Protokol č. 15 považovat za diplomatický, tedy politický pokus „repatriovat“ část ztracených prvků britské suverenity,⁵¹ tj. omezit rozsah mezinárodní soudní kontroly dodržování lidských práv a nahradit nebo alespoň rozředit její závazné formy formami konzultativními.

Spojené království ostatně obdobně hodnotí a usměřňuje i dynamiku Evropské unie. Jeho diplomacie se nespokojila s podrobnou úpravou zásady subsidiarity v čl. 5 Smlouvy EU i v Protokolu č. 2 o používání zásad subsidiarity a proporcionality, jež představují pojistku proti extenzivnímu výkladu pravomocí, jež vykonává Unie a jež jí svěřily členské státy. Britská vláda požádala dopisem svého předsedy D. Camerona z 10. listopadu 2015 adresovaným předsedovi Rady D. Tuskovi o zahájení reformu, s cílem zajistit Spojenému království v Unii „zvláštní status“, který má částečně restituovat jeho pravomoci předané Unii. V dopisu se mimo jiné žádá, aby Spojené království bylo formálně, závazně a nezvratně vyvázáno z povinnosti „pokračovat v procesu vytváření stále užšího svazku mezi národy Evropy“ (viz výše). D. Cameron také požaduje, aby Unie plně dodržovala své závazky stran subsidiarity. Očekává jasné návrhy s tím, že Evropa bude jednat jen tam, kde je to „nezbytné“, zatímco členské státy všude tam, kde je to „možné“.⁵²

Britské návrhy projednalo zasedání Evropské rady ve dnech 18. a 19. února 2016. V ohledu citovaného „stále užšího svazku“ uznali šéfové států a vlád sdružených v Evropské radě, že se Spojené království nebude účastnit případné hlubší politické integrace v EU. Při příští revizi budou unijní smlouvy v tomto smyslu jednoznačně doplněny. Pokud jde o požadavek důsledné, striktní subsidiarity, Evropská rada vzala zejména na vědomí Deklaraci Evropské komise, jíž se tento orgán zavazuje ustavit mechanismus, s jehož pomocí bude z hlediska svého souladu s principy subsidiarity a přiměřenosti posouzeno současné zákonodárství Unie, s cílem zajistit plné uplatňování těchto principů.⁵³

Protokol č. 15 by měl být ale zasazen i do souvislostí, které nejen částečně přesahují „britskou dimenzi“ kritiky EÚLP, ale v jistém smyslu dokonce i hranice evropského kontinentu.

D. Cameron ve zmíněném dopisu adresovaném předsedovi Rady Unie opakovaně upozorňuje na zvláštní postavení Spojeného království v Unii i ve světě. Na jedné straně připomíná, že počet jeho obyvatel dosáhne brzy 70 miliónů a kolem r. 2050 se Spojené království stane v Unii nejlidnatějším. Na straně druhé zdůrazňuje, že britská ekonomika je druhou největší v Unii a pátou nejvyšší na světě. Tomu odpovídá politický, hospodářský a finanční příspěvek, který Spojené království Unii poskytuje.

Demografické i ekonomické údaje, které D. Cameron zdůraznil, mají doložit regionální, ba celosvětovou výjimečnost Spojeného království. Tu koneckonců podporuje i jeho

⁵¹ LOUIS, V., op. cit., pozn. 30, s. 15.

⁵² „Dear Donald...“ The text of David Cameron's letter to Donald Tusk. Dostupné z: <<http://blogs.lse.ac.uk/brexitvote/2015/11/10/dear-donald-the-text-of-david-camerons-letter-to-donald-tusk>>.

⁵³ Srov. dok. EUCO 1/16 z 19. února 2016, francouzská verze, s. 16 a 32.

postavení stálého člena Rady bezpečnosti OSN. Za slovy britského premiéra tedy nelze nevidět *hrdost velmocí s jejichmi zvláštními zájmy*. Potřeby velmocí se ale někdy pramálo snášejí s fungováním nadstátních struktur nebo mezinárodních institucí s federativními prvky, spojeným s nezbytným omezením národní suverenity členských států a se zvýšenou solidaritou, již si úzká spolupráce mezi spřízněnými členy nevyhnutelně žádá.⁵⁴

Je v jistém smyslu paradoxním zjištěním, že Spojené království coby stát s hlubokými a trvalými demokratickými základy a rozvinutou, důkladnou soudní soustavou chrání efektivně práva britských občanů na základě jejich rovnosti měl a v nemalé míře dosud má – ve srovnání s tímto svým vnitrostátním uspořádáním – hluboce jiné představy o tom, jak má být organizováno *mezinárodní společenství* a jaká je úloha Spojeného království v něm.

V 19. století tvořilo Spojené království součást „evropského koncertu“ a pomocí řady exekutivních rozhodnutí schvalovaných na konferencích či kongresech evropských velmocí (počínaje Vídeňským kongresem v r. 1815) spoluřídilo evropské záležitosti.⁵⁵ Spojené království, spolu se Spojenými státy, sehrálo i klíčovou roli při pařížské mírové konferenci po 1. světové válce i při utváření Společnosti národů. Ta sice měla být vybudována na základě posledního z tzv. čtrnácti bodů prezidenta Wilsona, dokumentu z 8. 1. 1918, jako „*sdružení národů garantující politickou a územní nezávislost malým i velkým státům*“,⁵⁶ avšak zakládající Pakt Společnosti se stal v podstatě výlučně plodem kompromisu dohodnutým oběma uvedenými státy, k němuž ostatní zúčastnění přispěli jen v malé míře. Není proto divu, že Pakt zohledňoval hlavně zájmy těchto dvou velkých států.⁵⁷ Britským návrhům na pařížské mírové konferenci bylo vlastní rozlišování mezi právním postavením velkých a malých států, založené na principu tzv. *funkční rovnosti*. Ten měl odůvodnit asymetrii v právech i povinnostech běžných států na jedné straně a velmocí na straně druhé, ve jménu silné reálné moci velkých států v mezinárodním společenství a z ní plynoucí jejich zvýšené odpovědnosti.⁵⁸

Taktéž na konferenci v San Francisku v roce 1945 požívalo Spojené království výsadní pozice, umožněné jeho předchozí účastí na třístranné jaltské konferenci vítězných států ve 2. světové válce. Spojené království tak mělo zcela výjimečný vliv při utváření Charty OSN, včetně prosazení výsady veta zaručené touto smlouvou pěti velmocím (mj. Spojenému království) při hlasování o neprocedurálních otázkách v Radě bezpečnosti,⁵⁹ nebo zvláštního postavení těchto velmocí pro případ revize Charty.

⁵⁴ D. Cameron se na závěr uvedeného zasedání Evropské rady v únoru 2016 obrátil na britské občany a vyzval je, aby v nadcházejícím referendu o setrvání Spojeného království v reformované Unii hlasovali kladně. Použil přitom následující argument: „*Evropská unie je životním nástrojem k tomu, aby se zvýšila moc našeho národa ve světě, i k ochraně britských zájmů. Naši mimoevropští přátelé Nový Zéland, Austrálie, Kanada, USA chtějí, abychom zůstali v Unii, a my jim musíme naslouchat.*“ Srov. <http://www.lemonde.fr/international/article/2016/02/19/brexit-donald-tusk-annonce-un-accord_4868772_3210.html>.

⁵⁵ Svěráznou pozdní recidivu „evropského koncertu“ – s částečně jiným složením – představuje ostatně Mnichovská konference, na níž mělo Spojené království výjimečné postavení a vyjednálo s Německem, za účasti Francie a Itálie, změnu československých hranic, a to bez účasti ČSR.

⁵⁶ Srov. HOBZA, J. *Dokumenty ke studiu mezinárodního práva*. Praha: vlastní náklad, 1931, s. 12.

⁵⁷ Srov. KOLB, R. (dir.) *Commentaire sur le Pacte de la Société des Nations*. Bruxelles: Bruylant, 2015, s. 40–42 a 70–73.

⁵⁸ Srov. např. SCELLE, G. *Manuel de droit international public*. Paris: Domat-Montchrestien, 1948, s. 307–308.

⁵⁹ K takřka kurióznímu případu konsenzu velmocí při uplatňování výsady veta nad rámec stanovený Chartou OSN v případě anexy Krymu Ruskou federací srov. MALENOVSKÝ, J. Poznámky k mezinárodněprávním aspektům projednání otázky Krymu v OSN. *Mezinárodní vztahy*. 2015, č. 3, zvl. s. 31–35. Šlo o docela flagrantní

Není cílem tohoto článku hodnotit názory a chování Spojeného království v souvislostech té či oné události, kterou v minulosti vyvolalo, nebo se na ní podílelo. Takové hodnocení by jistě nebylo černobílé. Z výše letmo zmíněných mezníků světové historie lze ovšem snadno dovodit, že jejich společným jmenovatelem je to, že Spojené království vystupovalo jako velmoc, která zásadně ovlivňovala formy i obsah mezinárodní spolupráce, do níž se zapojila. Není proto překvapivé, že Spojené království jen obtížně snáší situace, kdy provádění určité mezinárodní smlouvy, již je stranou, uniká jeho rozhodujícímu vlivu a kontrole a kdy svobodu jeho mezinárodněpolitických, ba vnitropolitických voleb usměrňuje či dokonce omezuje v mezích smluvní úpravy „cizí“ nezávislý orgán. To lze proto také považovat za společný jmenovatel případů tu a tam projevovaného odporu Spojeného království vůči tomu či onomu závaznému rozhodnutí mezinárodního subjektu disponujícího pravomocemi supranacionální povahy. Odtud jeho opakované diplomatické pokusy dostat takovou „neuchopitelnou“ situaci zpět pod svou svrchovanou kontrolu. Zkrátka, v uvedeném ohledu je možno označit ochranu britských zájmů za problém Spojeného království coby *velmoci*.

Spojené království ostatně není jedinou velmocí, jež složitě kombinuje své zájmy s povinnostmi plynoucími z Úmluvy. Francie ratifikovala EÚLP až s odstupem, jako poslední z původních signatářů, po více než dvaceti letech od jejího vstupu v platnost (v roce 1974).

Ruská federace jako jediný vymykající se stát, pozdržela svou nečinností platnost a účinnost Protokolu č. 14, a tedy reformu ESLP jím provedenou, o několik let. Důvody tohoto blokování byly zjevně jak politické, tak právní. Navenek však Rusko odmítalo, aby jediný, neruský soudce, mohl v ESLP rozhodovat o stížnostech proti ruskému státu, ale i to, že by ruský soudce neměl zasedat *ex lege* v tříčlenném výboru při projednávání a posuzování „ruských“ stížností.⁶⁰ Nicméně, aniž by se následně přikročilo k renegociacím Protokolu č. 14 a aniž by se specificky upravily případné kolidující normy ruského práva, Ruská federace nakonec Protokol č. 14 ratifikovala.

Ruská federace nezůstala u tohoto „varování“. Zjevně v reakci na rozsudek ESLP ve věci *Jukos*, jenž konstatoval porušení čl. 6 EÚLP a čl. 1 Protokolu č. 1 k EÚLP Ruskem,⁶¹ a následný rozsudek v téže věci, který tomuto státu uložil spravedlivé zadostiučnění ve výši přibližně 1,87 miliardy eur,⁶² Rusko přikročilo k dramatické změně národního práva. Prezident Putin podepsal v prosinci 2015 zákon, jenž váže vnitrostátní provádění rozsudků ESLP na podmínku, že jejich výkon není v rozporu s ruskou ústavou. V pochybnostech

případ nerespektování zákazu účasti člena Rady bezpečnosti na hlasování o sporu, v němž je tento člen stranou (*nemo iudex in re sua*). Účinky sporného ruského veta byly tacitně akceptovány mj. všemi ostatními velmocemi, včetně Spojeného království (které paradoxně na jaltské konferenci samo zákaz hlasování strany ve sporu navrholo). Tato situace za hranou Charty OSN i Vídeňské úmluvy o smluvním právu nutí nauku konstruovat krkolomně její mezinárodněprávní kvalifikaci přece jen slučitelnou s oběma uvedenými mezinárodními smlouvami. Srov. MILANO, E. Russia's veto in the Security Council: Whither the Duty to Abstain under Article 27(3) of the UN Charter. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. 2015, sv. 75, č. 1, s. 215–231.

⁶⁰ FLAUSS, J.-F. Le Protocole No. 14bis de la Convention européenne des droits de l'homme. *Revue générale de droit international public*. 2009, No. 3, s. 623.

⁶¹ Rozsudek ESLP ze dne 20. září 2011 ve věci *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, č. 14902/04.

⁶² Rozsudek ESLP ze dne 31. července 2014 ve věci *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia* (just satisfaction), č. 14902/04.

o ústavnosti takového výkonu, a tudíž o aplikovatelnosti daného rozsudku ESLP, rozhodne na návrh vlády nebo prezidenta Ústavní soud Ruské federace.⁶³

Tento zcela explicitní zákon, který prošel Dumou fascinujícím poměrem 434 hlasů ze 438, budí již na první pohled odůvodněné pochybnosti o svém souladu s čl. 27 Vídeňské úmluvy o smluvním právu, podle něž „*strana se nemůže dovolávat ustanovení svého vnitrostátního práva jako důvodu neplnění smlouvy*“ (Rusko je její stranou od roku 1986) a jež se navíc všeobecně považuje za součást obecného, tedy obyčejového mezinárodního práva. Vznik uvedeného zákona determinoval předchozí náleží Ústavního soudu RF ze 14. července 2014, který připustil, že některé rozsudky ESLP, které by konstatovaly porušení EÚLP Ruskou federací, nelze na ruském území vykonat, a to pokud by jejich výkon byl v rozporu s ruskou ústavou. Ústavní soud se přitom odvolal na obdobnou praxi nejvyšších soudů ve Spojeném království či v Německu.⁶⁴

S přihlédnutím ke všemu uvedenému lze tedy velmoci sotva označit za „dobré žáky“ ve třídě evropské integrace – lidskoprávní, ekonomické či politické.

ZÁVĚRY

Článkem 1 Protokolu č. 15 se doplňuje preambule EÚLP závěrečným odstavcem, jež výslovně odkazuje na princip subsidiarity a „prostor pro uvážení“. Tento doplněk lze po jeho posouzení ve všech relevantních souvislostech považovat za opatření, jímž se mají rozmělnit a oslabit kvazifederativní prvky v provádění EÚLP. Úměrně tomu se mají částečně restituovat intergovernmentální pilíře, jež sice tvořily páteř této úmluvy v době jejího vzniku, ale později byly z velké části rozebrány ofenzivní judikaturou ESLP a následně odstraněny rozsáhlou revizí Úmluvy, konkrétně Protokolem č. 11.

Hlavním iniciátorem uvedené změny EÚLP je Spojené království, jež *na jedné straně* tradičně upřednostňuje dualistickou recepci mezinárodních smluv, která se pramálo snáší s nyní převládajícím modelem provádění EÚLP uvnitř smluvních států. Z toho rezultuje určité pnutí mezi britskými soudy a ESLP. Britský Human Rights Act z roku 1998 se pokusil skloubit monistické uplatňování EÚLP s dualistickým recepčním prostředím Spojeného království, avšak jen s částečným úspěchem. *Na straně druhé*, za britským návrhem změny preambule EÚLP stojí setrvačnost představ tohoto historicky mocného státu o formách užší mezinárodní spolupráce s blízkými státy. Spojené království zjevně dává přednost volnému „konfederalnímu“ typu spolupráce před rigidnějšími prvky federalismu. Proto se paralelně pokouší dosáhnout obdobného rozmělnění i uvnitř EU.

Části evropských států, či spíše vládám těchto států, je britský přístup ke způsobům vnitrostátního uplatňování EÚLP blízký, a proto změnu její preambule vítají. Jiné smluvní státy, jež by možná raději pokračovaly bez čl. 1 Protokolu č. 15, jsou ochotny tuto svou preferenci obětovat za cenu, že Spojené království zůstane součástí evropských struktur.

⁶³ Plateforme d'information humanrights.ch: *La Russie n'appliquera plus les arrêts de Strasbourg – un exemple pour la Suisse* ? 13. ledna 2016. Dostupné z: <<http://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-internationaux/nouvelles/organes-du-conseil-de-leurope/russie-credh>>.

⁶⁴ Russia beyond the Headlines: *La cour constitutionnelle russe autorise la non-exécution de décisions de la CEDH*. 16. července 2015. Dostupné z: <http://fr.rbth.com/2015/07/16/la-cour-constitutionnelle-russe-autorise-la-non-execution-de-decisions-de-la-cedh_258685>.

V důsledku této kombinace je Spojené království v prosazování svých rozvolňovacích iniciativ relativně úspěšné.

Není ovšem vůbec jisté, zda si britské představy osvojí i ESLP, jenž má při výkladu a aplikaci EÚLP poslední slovo. V negativním případě lze očekávat další růst tenzí v kombinovaném evropském a vnitrostátním provádění Úmluvy.

Čl. 1 Protokolu č. 15 je také možno považovat za další z indicií dokumentujících komplikace při uskutečňování mezinárodní spolupráce se supranacionálními prvky, spojené s účastí *velmocí*. Ty totiž tradičně hájí primárně své národní zájmy a zdůrazňují svou výjimečnost v mezinárodním společenství. Prvky svrchované moci, které do supranacionální spolupráce s blízkými státy původně vložily, mají tendenci následně „repatriovat“, neboť v nadnárodním prostředí nejsou schopny prosazovat dostatečně svůj velmocenský vliv a musí se podřizovat vůli „cizích“ orgánů.

Pokud ovšem v integračním celku trpí velmoc, mělo by to být pro ostatní integrované státy spíše signálem, že jejich práva a zájmy jsou ve společném celku dobře chráněny. Je naopak kuriózní, pokud se státy, jež nemají parametry velmocí, připojují ke kritice fungování evropských struktur, vyvolané a determinované konkrétními neuspokojenými velmocenskými zájmy.

MELČÁK NEBO MELČÁCI? ÚSTAVNÍ SOUDY RUŠÍCÍ ÚSTAVNÍ ZÁKONY

Martin Madej*

Abstrakt: Nález českého Ústavního soudu ve věci Melčák vyvolal debatu nejen o stupňovitosti ústavního pořádku České republiky, ale také o pravomocích Ústavního soudu z ní vyplývajících. K dovození těchto pravomocí je nezbytná možnost ústavních novelizací, oddělení původního a odvozeného ústavodárce, existence orgánu dohlížejícího nad ústavními novelizacemi, existence ústavních a nadústavních principů a zvláštní požadavky na změnu ústavy. Pro pečlivé zhodnocení otázky překročení těchto pravomocí je vhodné analyzovat situaci ve srovnatelných zemích. Ústavní zákon dosud zrušily ústavní soudy Rakouska, Litvy a Rumunska. Zatímco rumunská Ústava tento typ ústavního přezkumu explicitně předpokládá, rakouský a litevský ústavní soud musely svou pravomoc dovodit a jejich nálezy je možné srovnat s nálezem Melčák. V závěru autor dochází k zjištění, že nález Melčák není ojedinělý a že navíc existují další soudy, které mají potenciál k abrogaci ústavního zákona a které na svou příležitost teprve čekají.

Klíčová slova: Melčák, zrušení ústavního zákona, moc ustavující, klauzule nezměnitelnosti, materiální jádro, procedurální přezkum ústavnosti, substantivní přezkum ústavnosti

ÚVODEM

Dne 24. března 2009 vyslovila Poslanecká sněmovna poměrem hlasů 101 : 96 nedůvěru vládě M. Topolánka, která vzápětí podala demisi. Protože se zákonodárci nemohli shodnout na novém kabinetu, dohodli se na konání předčasných voleb, a tak byl o necelé čtyři týdny později schválen návrh ústavního zákona o zkrácení pátého volebního období Poslanecké sněmovny. Nálezem Pl. ÚS 27/09 ze dne 10. září 2009 (dále jen „nález Melčák“) byl přijatý ústavní zákon zrušen pro jeho rozpor s ústavním pořádkem.¹ Ústavní soud České republiky tak vyhověl stížnosti poslance Miloše Melčáka, který namítal mj. zásah do svého práva na nerušený výkon veřejné funkce. Změna ústavy *ad hoc* je podle Ústavního soudu nepřijatelná, protože se neshoduje se zásadou obecnosti zákona, která je součástí tzv. podstatných náležitostí demokratického právního státu dle čl. 9 odst. 2 Ústavy. Jako důvod pro zrušení byla shledána i rektroaktivita napadeného ústavního

* Martin Madej, Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: artemisuv@gmail.com. Článek vznikl v rámci projektu SVV 260134/2015 *Milníky v činnosti Ústavního soudu České republiky – okolnosti, kauzy, osobnosti*. Můj dík patří doc. JUDr. Janu Kyselovi, Ph.D. a JUDr. Janě Ondřejkové, Ph.D., z Katedry politologie a sociologie Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze za to, že mi umožnili se tohoto projektu účastnit a byli mi vždy k dispozici se svými bystrými podněty. Rád bych poděkoval všem, kteří mi pomohli práci dovést do finálního stavu, jmenovitě Janu Chmelovi, Marii Pechancové, Tomáši Friedelovi, Janu Venclíkovi a Janu Hořeňovskému. Konečně děkuji mé mamince a doc. JUDr. PhDr. Janu Wintroví, Ph.D., mému učiteli a příteli, za jejich podporu v mé autorské tvorbě.

¹ Vlastní rozbor nálezu Melčák není meritem této práce. Různých jeho analýz a kritik jsou už ostatně plné nejen pražské knihovny. Viz MOLEK, P. Hluboce inspirující nález Pl. ÚS 27/09 a utržené ucho materiálního jádra Ústavy. *Soudní rozhledy*. 2009, č. 10, s. 46–52; WINTR, J. Desáté září českého ústavního systému. *Jurisprudence*. 2010, č. 1, s. 4–17; ŠIMÍČEK, V. Materiální ohnisko ústavního pořádku, jeho ochrana a nález Ústavního soudu ve věci M. Melčáka. In: *Vladimír Klokočka – liber amicorum*. Praha: Linde Praha, 2009, s. 217–234. Zajímavé reakce přineslo i *On-line symposium Jiného práva k nálezů Ústavního soudu v kauze Melčák*, dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.be/2009/09/on-line-symposium-jakub-vosahlo-ustavni.html>>.

zákona. Ačkoli zrušovací pravomoc Ústavního soudu ve vztahu k ústavním zákonům neplyne z čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy výslovně, dovodilo ji plénum soudu na základě teleologického, komparativního a systematického výkladu ustanovení v čl. 1 odst. 1, čl. 9 odst. 2, čl. 39 odst. 4 nebo čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy.

Přístup odborné veřejnosti k nálezům Ústavního soudu k nálezům Melčák se i po více než pěti letech jeho existence různí. V nejnovějším vydání učebnice ústavního práva a státovědy,² kterou studenti prvního ročníku pražské právnické fakulty čtou jako povinnou literaturu, se dozvíme, že jde o nález „problematický“, naplňující doktrínu soudního aktivismu Ústavního soudu a potvrzující trend Ústavního soudu „*přisvojovat si roli strážce ústavnosti Ústavy*“.³ V učebnici brněnské najdeme pochybnosti o takové kompetenci Ústavního soudu⁴ a normativní větu o nutné zdrženlivosti vůči legitimnímu ústavodárci.⁵ Jde však o nález, jenž v evropském prostoru (stále) nemá srovnání? Cílem této práce je uvést čtenáře do problematiky rušení ústavních zákonů, empiricky zhodnotit, jak k této problematice přistupují ústavní soudy některých evropských zemí, blíže se zaměřit na ústavní soudy, které se v této oblasti ukázaly jako „nejaktivnější“, a nakonec posoudit, jak si mezi nimi stojí Ústavní soud České republiky.

1. TEORETICKÁ VÝCHODISKA

Abychom mohli vůbec hovořit o zrušení (anulaci, abrogaci) ústavního zákona, je potřeba zohlednit řadu právních a právně-filozofických momentů. Jsou jimi: 1) možnost ústavní novelizace, 2) oddělení původního a odvozeného ústavodárce,⁶ 3) existence orgánu dohlížejícího nad ústavními novelizacemi, 4) existence ústavních a nadústavních principů a zvláštní požadavky na změnu ústavy.⁷ Zkrátka, zrušení je svým způsobem sankcí (sankcí neplatnosti⁸) a jako taková vyžaduje řídicí právní normu, protiprávní jednání a trestající orgán.

1) Jako základní zákon státu je ústava přijímána ne na rok nebo na generaci, nýbrž pokud možno natrvalo. Její změna znamená zásah s celospolečenským dopadem, a je tak způsobila společnost destabilizovat. Skutečně, první ústavy, jako třeba Ústava Virginie z roku 1776, s žádnými změnami nepočítaly.⁹ Velmi brzy se ale přišlo na to, že je čas od

² PAVLÍČEK, V. a kolektiv. *Ústavní právo a státověda, II. díl. Ústavní právo České republiky*. 1. úplné vydání. Praha: Leges, 2011.

³ PAVLÍČEK, V. a kolektiv. *Ústavní právo a státověda*, op. cit., s. 964.

⁴ FILIP, J. *Ústavní právo České republiky*. 4. vydání. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2011, s. 76–77.

⁵ FILIP, J. *Ústavní právo České republiky*, op. cit., s. 90.

⁶ Pojem ústavodárce, jenž pochází z německé ústavní teorie, nám může znít, jako bychom měli na mysli jakéhosi „dárce Ústavy“, tj. např. ústavodárné shromáždění. Níže budu pracovat jednoduše s tím, že zákonodárce přijímá běžné zákony, ústavodárce zákony ústavní, jak ostatně píše Jan Kysela: „*Ústavodárce je lid, Parlament jako orgán moci ustavené je ústavní zákonodárce, resp. ústavodárce zmocněným, odvozeným.*“ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 127.

⁷ Slovem „ústava“ s malým písmenem „ú“ míním buď jakoukoli ústavu, anebo všechny ústavní zákony daného státu ve smyslu českého „ústavního pořádku“. Počáteční velké písmeno znamená, že jde o konkrétní listinu (např. v ČR ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky).

⁸ FILIP, J. *Ústavní právo České republiky*, op. cit., s. 47.

⁹ ROZNAI, Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Londýn: The London School of Economics and Political Science, 2014, s. 10.

času potřeba reagovat na sociálně-ekonomický vývoj a ke změně ústavy přistoupit. Dnes, jestliže hovoříme o rigiditě ústav, nemáme na mysli jejich nezměnitelnost, protože všechny ústavy nějakým způsobem měnit anebo doplňovat lze. Většinou se tak děje prostřednictvím tzv. ústavních zákonů (čl. 9 odst. 1 Ústavy ČR).

2) Druhé východisko, týkající se původního a odvozeného ústavodárce, úzce souvisí s rozlišováním moci ustavující (*pouvoir constituant*) a moci ustavené (*pouvoir constitué*).¹⁰ Jak upozorňuje Jan Kysela, „*pojmy, moc ustavující a, moc ústavodárná rozhodně nemust být synonymy*“.¹¹ Jde v podstatě o východisko, které je sdíleno zastánci anulační pravomoci ústavních soudů. Jeho důležitým axiomem je, že ať ústavu přijme sám lid nebo ji oktrojuje sám panovník, nebo ji přijme až lidem či panovníkem zmocněné ústavodárné shromáždění, vždy v rozhodném ústavním momentu dochází k projevu moci ustavující, která ze své vlastní podstaty nemůže vázat sebe sama.¹² Váže toliko moc ustavenou, tedy odvozenou, a i kdyby tato měla sebevětší demokratickou legitimitu (např. jednomyslná shoda v Parlamentu), nemůže vystoupit proti vůli moci ustavující, aniž by jednala *ultra vires*. Jinak řečeno, podstatu ústavy má v dispozici¹³ pouze a jen moc ustavující, nikdy ne odvozený ústavodárce.¹⁴

Výše uvedený koncept ovšem není všeobecně přijímán. Myšlenku tzv. „tyranie z hrobu“ zavrhovali už američtí klasikové Thomas Jefferson a Thomas Paine.¹⁵ Vzpomeňme na čl. 29 francouzské Ústavy z 24. června 1793, podle kterého platí, že „*lid má vždy právo revidovat, reformovat a změnit svou Ústavu, žádná generace nesmí svým zákonům podrobit generaci budoucí*“. Podle Radoslava Procházky není jakýkoli důvod rozlišovat zdrojového a pozdějšího nositele moci.¹⁶ Podobně argumentoval ve svém odlišném stanovisku k nálezu Melčák i ústavní soudce Musil, když označil „*požadavek, aby ústavodárce potřeboval k tvorbě jakýchkoli ústavních zákonů obecné nebo speciální zmocnění, které by uděloval sám sobě*“ za logický nonsens.

Alternativním názorem pak je, že orgánem přijímajícím ústavu a orgánem ji měnícím je jeden a tentýž, respektive dělení ústavodárců je zavádějící. V takovém případě, píše Mark Tushnet, „*není zřejmé, proč by měl výkon ústavodárné moci dříve převýšit nad*

¹⁰ SIEYÈS, E.-J. *Qu'est-ce que le Tiers Etat?* Původní znění v anglickém překladu dostupné z: <<http://pages.uoregon.edu/dluebke/301ModernEurope/Sieyes3dEstate.pdf>>.

¹¹ KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, op. cit., s. 130.

¹² Třeba prof. Šamalík tvrdil, že se zřízením právního státu moc ustavující zaniká. ŠAMALÍK, F. *Ústava sevrěná v protikladech restaurace*. Brno: Doplněk, 2008, s. 83 an.

¹³ Dispozice s materiálním jádrem přitom nemusí být jen násilná (revoluce), ale i nenásilná, tj. revoluce v právním smyslu, spojená s ústavní diskontinuitou. K té může dojít jak formou referenda, tak formou aplikace materiálního jádra ústavy: „*Perhaps constitutional theory should treat an unconstitutional amendment as a pro tanto exercise of the right to revolution through the form of law, a form that allows fundamental change to occur without violence.*“ TUSHNET, M. Constitution-making: An Introduction. *Texas Law Review*. 2013, Vol. 91, s. 2007. Velmi podobně KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, op. cit., s. 128 *infra*.

¹⁴ Koneckonců, ještě v dobách absolutní monarchie Karl von Rotteck usuzoval, že vydáním ústavy se panovník mění v orgán moci ustavené, takže její jednostranné změny jsou mimo jeho dispozici. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, op. cit., s. 125.

¹⁵ ROZNAI, Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments*, op. cit., s. 213.

¹⁶ „*Neexistuje jediný relevantný právní, politický, morálny alebo iný dôvod, pre ktorý by sme sa s takouto priepasťou my, neskorší zdrojoví nositelia moci, mali zmierovať a zároveň ju prehlbovať pre tých, ktorí prídu po nás. Naša moc musí mať rovnakú kvalitu ako moc tých pred nami a moc tých po nás musí byť rovnaká ako tá naša...*“ PROCHÁZKA, R. *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011. Citováno dle: MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy: věčný limit evropské integrace?* Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 25–26.

výkonem ústavodárné moci později“.¹⁷ Teprve spatřujeme-li vztah nadřazenosti mezi tím, kdo přijímá ústavní text v jeho celistvosti, a tím, kdo tento text mění nebo doplňuje,¹⁸ je připravena půda pro zrušení ústavního zákona.

3) Jako třetí podmínku pro možnost zrušení ústavního zákona jsem uvedl existenci určitého orgánu. Bez orgánu dohlížejícího nad ústavními novelizacemi přirozeně nelze o anulaci ústavních zákonů uvažovat.¹⁹ Jak se ukáže v případové studii níže, není nezbytné, aby tato pravomoc byla explicitně zakotvena.

4) Jak ústavní, tak nadústavní²⁰ principy bývají základním referenčním kritériem při přezkumu materiální ústavnosti ústavního zákona. Podle Yaniva Roznaie jsou nadústavní principy taková omezení ústavodárné moci, která stojí mimo ústavní systém a zároveň nad ním (*limitations that are external to the constitutional system and above it*).²¹ Ztotožňuje je tak s „vnější nadústavností“ (*external supra-constitutionality*) Louise Favore a označení „vnitřní nadústavnost“ považuje za nepřesné, protože ani takové principy nemohou stát nad mocí, která za ústavou stojí, tj. mocí ustavující.²² Mezi nadústavní principy řadí Yaniv Roznai především principy přirozeného práva a mezinárodního či evropského práva.²³ Yaniv Roznai tak *de facto* nahlíží na ústavní přezkum očima právního pluralisty, hledaje určité všeobecně sdílené principy, které existují nezávisle na vnitrostátním ústavním pořádku. Ani tyto principy však nemusí být nezbytně nadústavní (neakceptujeme-li plně Kelsenův monismus),²⁴ stojí vedle ústavního pořádku jako zvláštní referenční rámec pro ústavní soud.²⁵ Ani jeden z těchto celků není druhému nadřazený a nepůsobí tak na druhý derogačně; podle Jana Kysely je třeba hovořit o tzv. „překládání“ a aplikační přednosti.²⁶

¹⁷ TUSHNET, M. *Constitution-making*, op. cit., s. 2005. Žalimas by mu odpověděl, že „[c]onstitutions should not become an instrument to ‚democratic suicide‘“. ŽALIMAS, D. *Eternity Clauses: a Safeguard of Democratic Order and Constitutional Identity*, s. 2. Dostupné z: <http://www.gjk-ks.org/repository/docs/Speech_of_the_President_of_the_Constitutional_Court_of_Lithuania_Prof.Dr._Dainius_alimas.pdf>.

¹⁸ V části VI. a nálezu Melčák Ústavní soud hovoří o „originárním ústavodárci“.

¹⁹ „Judicial review provides (legal) ‚teeth‘ to the eternity clause.“ BARAK, A. Unconstitutional constitutional amendments. *Israel Law Review*. 2011, roč. 44, s. 333.

²⁰ Tj. takové principy nebo pravidla, které jsou postaveny explicitně nebo implicitně nad obsah ústavy. Srov. ARNÉ, S. Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles?. *Revue du Droit Public et de la science politique*. 1993, s. 460–461.

²¹ ROZNAI, Y. The Theory and Practice of ‘Supra-Constitutional’ Limits on Constitutional Amendments. *International and Comparative Law Quarterly*. 2013, roč. 62, č. 3, s. 558.

²² Tím pádem nejsou nadústavní, ale jen ústavní. ROZNAI, Y. *The Theory and Practice*, op. cit., s. 559. Na druhou stranu, vzpomeňme, že ještě v roce 1992 platil ústavní zákon č. 23/1991 Sb., který předpokládal soulad všech ústavních zákonů s Listinou základních práv a svobod (srov. § 1 odst. 1 ústavního zákona). Jak ale označit vztah, kdy jedna právní norma může být zrušena pro rozpor s druhou, již existující právní normou, a přitom s ní netvořit jeden hierarchický systém?

²³ Ibidem.

²⁴ Principy evropského práva nejsou nadústavní, existuje-li možnost vystoupit z EU. Principy mezinárodního práva také nejsou nadústavní, lze-li vypovědět smlouvu či odmítnout jiný pramen práva, kterými je jinak i ústavodárce vázán. Za nadústavní lze podle mého považovat toliko kogentní normy mezinárodního práva. Co se týče principů přirozeného práva, jejich nadústavnost plyne z jejich transcendentální povahy, avšak na rozdíl od předešlých právních systémů není existence přirozeného práva všeobecně přijímána. Téma připuštění vnějších nadústavních principů musím ponechat na tomto místě otevřené.

²⁵ Konflikt vnějších a vnitřních principů při hodnocení ústavnosti popsal Shany ve svém konceptu střetu věrností (*mixed loyalties*). Srov. SHANY, Y. *Dédoulement fonctionnel and the Mixed Loyalties of National and International Judges*. In: F. Fontanelli – G. Martinico – P. Carrozza. *Shaping rule of law through dialogu*. Groningen: Europa Law Publishing, 2010, s. 27–44.

Můžeme však spatřit subordinační vztah mezi ústavními normami a principy? Teorie zvláště důležitých ústavních principů, které jsou způsobilé svou závazností převážit ostatní komponenty ústavního pořádku, se může jevit jako matoucí. Je všeobecnou zásadou, že pro změnu právního předpisu je třeba nového předpisu stejné nebo vyšší právní síly. Přijetí ústavního zákona měnicího nebo doplňujícího ústavu by pak v souladu se zásadou *lex posteriori derogat legi priori* znamenalo formálně správnou ústavní novelizaci, která představuje legitimní projev politické vůle ústavního zákonodárce. Jediný způsob, jak zabránit ústavní novele, je odvolání se na normu vyšší důležitosti, tedy přijmout jakousi vnitřní ústavní hierarchii.²⁷ Vše, co stojí v ústavní hierarchii nad ostatními ústavními normami, považují za materiální ohnisko ústavy. Toto ohnisko však nemohou tvořit principy nadústavní, nýbrž jen ústavní. Na druhou stranu, otázka nadřazenosti materiálního jádra ústavy nemusí být pro zrušení ústavního zákona vůbec relevantní; důvodem pro zrušení ústavního zákona může být chybějící kompetence orgánu, který jej přijal. Při nedodržení formálních náležitostí ústavního zákona zase může ústavní soud předpis zrušit s poznámkou, že jej materiálně za ústavní zákon nelze považovat.²⁸

Existují-li formální požadavky na ústavní zákon, platí, že tyto jsou součástí materiálního jádra ústavy, jinak mohou být ústavním zákonodárcem volně odstraněny.²⁹ Nemají-li důležité ústavní principy padnout s rozhodnutím okamžitě kvalifikované většiny parlamentu, je potřeba přiznat jim nadústavní povahu.

Zvláštní požadavky na změnu ústavy jsou v podstatě ve vztahu substitute k ústavním principům podle předchozího bodu. Pokud bychom měli např. absolutně nehodnotovou Ústavu, její nehodnotovost není překážkou k existenci alespoň formálních omezení ústavodárci a jejich aplikaci Ústavním soudem.³⁰

Souhlasím s Pavlem Molkem, že je třeba rozlišovat tzv. klauzule věčnosti či nezměnitelná ustanovení na straně jedné a materiální jádro či materiální ohnisko na straně druhé. „Zatímco prve jmenované termíny označují ta ustanovení, o nichž sama ústava prohlašuje, že nejsou změnitelná; materiální jádro či ohnisko označuje spíše ty normy, které určují samotné základy ústavního uspořádání.“³¹ Jinak řečeno, zatímco materiální

²⁶ KYSELA, J. Mění se struktura právního řádu a jeho atributy. *The Eric Stein Working Papers*. 2009, č. 1, s. 4–5.

²⁷ K tématu vnitřní hierarchie Ústavy viz GARLICKI, L. – GARLICKA, Z. External review of constitutional amendments? International law as a norm of reference. *Israel Law Review*. 2012.

²⁸ Kromě nálezu *Melčák* to platí i pro litevský zrušovací nález, který byl postaven na porušení ustanovení o zákonodárné iniciativě. V nálezu U-I-778/2002 chorvatský Ústavní soud judikoval: „there is no legal or actual possibility of reviewing whether these provisions substantially conform with any higher legal act, being that the Constitution is the basic and highest legal act of a state. Thus no one has the jurisdiction to decide on the substantive constitutionality of such provisions, including the Constitutional Court.“ (srov. bod III.1 nálezu). Vzápětí však napadený ústavní zákon zrušil z ryze procedurálních důvodů, pro které se ústavním zákonem nikdy nemohl stát, nechav tak naši otázku neřešenou.

²⁹ Jako ilustrace explicitního vyjádření tohoto pravidla poslouží čl. 77 Ústavy Lotyšska, který stanoví nutnost referenda mj. i pro změnu formálních požadavků na novelu ústavy. Můj názor nemusí být všeobecně přijímán, ale domnívám se, že toto pravidlo platí *ex vi termini* pro všechny ústavodárce. Není akceptovatelné, aby si jednoduchý ústavní zákonodárcem volně změnil pravidla pro změnu ústavy, tak jako nelze, aby si jednoduchý zákonodárcem volně změnil pravidla pro změnu zákona. Princip svrchovanosti lidu, z něhož veškeré ústavní právo vychází, to nepřipouští. V tomto světle je tudíž materiálním jádrem české ústavnosti jak čl. 9 odst. 1, tak i čl. 39 odst. 4 Ústavy ČR.

³⁰ I nehodnotová ústava může mít např. pravidlo 2/3 většiny poslanců pro změnu formy vlády a zároveň klauzuli věčnosti, která stanoví, že toto dvoutřetinové pravidlo je nezměnitelnou náležitostí Ústavy.

³¹ MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy*, op. cit., s. 138.

jádro může být implicitní (a později ústavním soudem nalezeno), klauzule věčnosti musí být explicitně vyjádřena.³²

2. KATEGORIZACE ÚSTAVNÍCH SOUDŮ PODLE PŘÍSTUPU K ANULACI ÚSTAVNÍCH ZÁKONŮ

Shrnutí přístupů některých evropských ústavních soudů ke zrušování ústavních zákonů již přede mnou provedl Ondřej Preuss.³³ Preuss zkoumané ústavní soudy rozdělil do čtyř skupin.

„První skupinu tvoří orgány, jež jsou připraveny kontrolovat ústavní novely jak po materiální, tak po procesní stránce, a to neohledně na to, zda se již jedná o účinnou změnu (Indie, Turecko, částečně SRN). Často k tomu využívají určitou formu klauzule věčnosti, nicméně lze si představit, že by mohly obdobně postupovat i bez jejího výslovného zakotvení.

Druhou skupinu tvoří orgány, které jsou ochotné kontrolovat ústavní novely jak po materiální, tak po procesní stránce, ale pouze před jejich vstupem v život (Rumunsko).

Třetí možný přístup tkívá v omezení možné kontroly na toliko procedurální otázky (USA).

Čtvrtou možností je pak odmítnutí jakékoliv možnosti omezit ústavodárce v jeho dispozici s ústavou (Švédsko).“³⁴

Preussovo dělení není chybné, avšak nezohledňuje, jak ostatně sám přiznává, využití těchto kompetencí v praxi. Ve skutečnosti je proměnných při hodnocení aktivismu ústavních soudů celá řada. Vyjádřil se už někdy ústavní soud ke své pravomoci? Jestliže ne, stanoví zákon explicitně pravomoc procedurálního a substantivního přezkumu? Anebo jen procedurálního? Nestanoví zákon explicitně ani jednu z obou pravomocí anebo obě explicitně zcela vylučuje?

Jestliže se kdy ke své pravomoci vyjádřil, dovedil, že má pravomoc k oběma typům přezkumů, jen procedurálnímu anebo žádnému? A jestliže tu pravomoc dovedil, využil ji? Jak ji dovedil?

Vše lze navíc hodnotit prizmatem počtu příležitostí k anulaci, počtu skutečně anulovaných zákonů a tenoru jejich odůvodnění. Jak vidno, pro znázornění pozice ústavního soudu v tomto spektru možností by nám nestačil ani trojrozměrný, natož dvojrozměrný prostor.

Rozhodl jsem se podrobit srovnání celkem 16 evropských ústavních soudů, které byly vybrány jako místně a funkčně nejpodobnější.³⁵ Pokud bychom se vrátili k Preussovu dělení jako k dostačujícímu pro základní přehled o stavu ve zkoumaných zemích, dostaneme těchto pět skupin evropských ústavních soudů:

- A) s pravomocí rušit ÚZ, které tuto pravomoc využily (ČR, Rakousko, Litva, Rumunsko)
- B) s pravomocí rušit ÚZ, které tuto pravomoc nevyužily (Německo, Itálie)
- C) s pravomocí rušit ÚZ jen z procedurálních důvodů (Chorvatsko)

³² Podle srovnávací analýzy *Comparative Constitutional Project* obsahuje klauzuli věčnosti jen 35 procent ústav. Analýza je ke stažení na <<http://comparativeconstitutionsproject.org/download-data/>>.

³³ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava? Klauzule nezměnitelnosti na příkladech vybraných států. *Právník*. 2013, č. 8, s. 790–808.

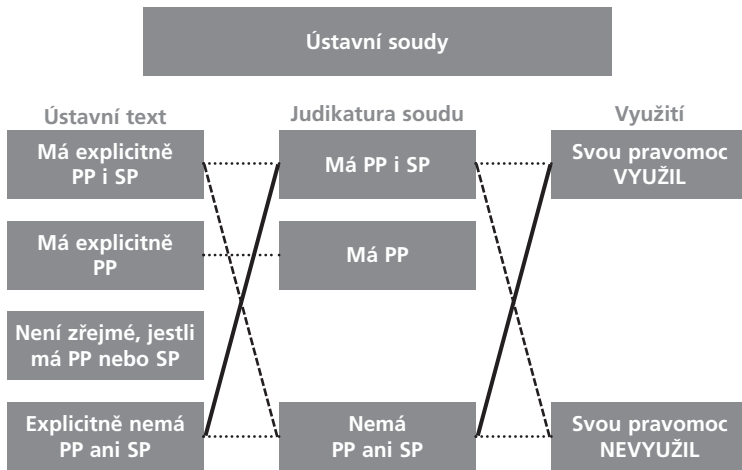
³⁴ PREUSS, O. Nezměnitelná ústava?, op. cit., s. 808.

³⁵ Srovnání je provedeno k právnímu stavu ze dne 22. června 2015.

D) bez pravomoci rušit ÚZ (Slovinsko, Belgie, Francie)

E) bez možnosti se ke své pravomoci rušit ÚZ vyjádřit (Slovensko, Polsko, Bulharsko, Lotyšsko, Španělsko, Portugalsko)³⁶

Níže se už budu zabývat jen těmi ústavními soudy, které svou pravomoc přezkumu (a tedy i zrušení) ústavního zákona dovodily a které ji zároveň alespoň jednou využily (skupina A). Vedle ÚS ČR jde o ústavní soudy Rakouska, Litvy a Rumunska.



Obrázek č. 1: („PP“ = pravomoc procedurálního přezkumu, „SP“ = pravomoc substantivního přezkumu) Schéma na obrázku shrnuje přístupy k anulaci, které mohou ústavní soudy zaujmout, a jejich právní zakotvení. Jeden extrém tvoří ústavní soudy vedoucí svou judikaturu zleva směrem nahoru, druhý ústavní soudy vedoucí svoji judikaturu směrem dolů.

3. RAKOUSKO: DER ÖSTERREICHISCHE VERFASSUNGSGERICHTSHOF

Rakouský Ústavní soudní dvůr představoval v nálezu Melčák vedle německého soudu hlavní inspirační zdroj pro rozhodnutí o zrušení ústavního zákona.³⁷ Cesta tohoto dvojčete českého Ústavního soudu k nalezení své pravomoci však nebyla jednoduchá a k jejímu pochopení se musíme obrátit jak ke znění ústavy, tak k soudní judikatuře a ústavněprávní nauce.

Instituce ústavního soudu je upravena ve Spolkovém ústavním zákoně z roku 1920 (*Bundes-Verfassungsgesetz, B-VG*), konkrétně v čl. 137–148. Podle čl. 140 odst. 1 a 3 má soud pravomoc rušit zákony (*von Gesetzen*) pro jejich protiústavnost. Pokud jde o materiální jádro Ústavy, obsahuje rakouská *Grundnorm* pouze čl. 44 odst. 3 hovořící o „celkové změně spolkové ústavy“ (*Gesamtänderung der Bundesverfassung*). Co představuje

³⁶ Tj. ústavní soudy, kterým se takový návrh ještě nedostal. V zemích jako je Portugalsko nebo Lotyšsko se však lze domnívat, že by ústavní soud v závislosti na povaze návrhu mohl k anulaci ÚZ přistoupit.

³⁷ Srov. část IV. nálezu *Melčák*.

její „celkovou změnu“, ústava nespécifikuje. Článek 44 odst. 3 každopádně není klauzulí věčnosti, protože sice stanoví přísnější požadavky na celkovou změnu ústavy, jejich změna je ale možná; nezměnitelná ustanovení v rakouské Ústavě neexistují.³⁸

B-VG rozeznává čtyři režimy změn ústavy. Podle čl. 44 odst. 1 *B-VG* je třeba k přijetí ústavního zákona nebo ústavního ustanovení, obsaženého v obyčejném zákoně, dvou třetin přítomných poslanců za účasti alespoň poloviny z nich. Tento režim lze označit za obecný. V případě tzv. celkové změny ústavy nebo požádá-li o to alespoň jedna třetina poslanců Národní rady nebo jedna třetina členů Spolkové rady, musí být takový ústavní dodatek schválen v referendu. *A contrario*, ustanovení dosahující intenzity celkové změny ústavy, která nebyla předmětem všelidového hlasování, nejsou ústavními předpisy a Ústavní soudní dvůr je povinen takové předpisy zrušit. Takovou protiústavnost nicméně vnímáme jako ryze formální; materie ústavy byla v letech 1952–2001 z dosahu zkoumání Ústavního soudního dvora absolutně vyloučena.

Ve svém nálezu z 12. prosince 1952,³⁹ kdy měl vůbec poprvé možnost se k anulaci ústavních dodatků vyjádřit, soud konstatoval, že má pravomoc rušit předpisy se silou ústavního zákona pro jejich procedurální protiústavnost.⁴⁰ Bylo to v tomto nálezu, kde Ústavní soudní dvůr prohlásil, že do celkové změny ústavy lze zařadit vše, co se dotýká jejich vůdčích principů (*leitender Grundsatz*): demokracie, právního státu a spolkového uspořádání.⁴¹ Uznal tak existenci stupňovité výstavby ústavy, plynoucí z tzv. kvalifikovaných ustanovení, která „mají větší závaznost než ostatní a tvoří základní principy ústavy (*Baugesetze der Verfassung*), které stojí nad ostatními ústavními zákony a jsou měřítkem jejich ústavnosti, tvoří tedy materiální jádro rakouské ústavnosti“.⁴² Vlastní materii ústavy (ve smyslu obsahu vůle ústavního zákonodárce) soud ze svého dosahu vyloučil.⁴³ Jde o klasicky kelsenovské pojetí Ústavy jako „základních pravidel hry“, které ústavní právo limituje na organizační a procedurální rámec politiky bez hodnotových konotací. Toto pojetí se stalo základem pro doktrínu sebeomezení, jež provázelo judikaturu Ústavního soudního dvora až do konce 70. let.⁴⁴

³⁸ Srov. Zprávu rakouského Ústavního soudu Konferenci o teoretických a praktických aspektech přezkumu ústavnosti ústavních norem, konané ve dnech 29.–30. června 2013 v Batumi v Gruzii, s. 5, nebo MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy*, op. cit., s. 124.

³⁹ VfSlg. 2.455/1952. Napadenou byla nepřímá novela Ústavy zavedením jednotného spolkového občanství z roku 1949.

⁴⁰ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*. Bursa: Ekin Press, 2008, s. 35–36.

⁴¹ Mezi komponenty materiálního ohniska rakouské Ústavy řadí Heinz Mayer zastupitelskou demokracii, spolkové uspořádání, liberální právní stát a dělbou moci. HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 59. Funk to doplňuje o liberální princip obrany individuální a kolektivní svobody proti státní moci. FUNK, B. Ch. *Einführung in das österreichische Verfassungsrecht*. Graz: Leykam, 2003, s. 84. Ačkoli federalismus mezi vůdčí principy soud zařadil, nespatořoval v suspendování zemského občanství porušení spolkového principu. Protiústavnost ústavního zákona tak dovozena nebyla. GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments*, op. cit., s. 37.

⁴² MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy*, op. cit., s. 122.

⁴³ „Since, in general, any standard for such an examination is missing.“ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments*, op. cit., s. 35–36.

⁴⁴ „E.g. in connection with two politically sensitive norm review proceedings in the seventies (concerning abortion and university organisation) the Court dismissed the applications. These judgments have been heavily criticised by the opposition party and by legal doctrine. It has to be emphasised that these critics correctly pointed out that also judicial self-restraint may have a political function, because of supporting the legitimacy of the political

Pozoruhodný právní názor ve vztahu k čl. 44 odst. 3 *B-VG* představil rakouský ústavní soud na konci 80. let. Mezi léty 1986 a 1999, kdy koalice dvou velkých politických stran dosahovala dvou třetin křesel v dolní komoře, se totiž v Rakousku stalo praxí, že ustanovení obyčejných zákonů, která byla ústavním soudem zrušena, byla v totožném znění přijata Národní radou znovu jako ústavní zákony, a tím tak Národní rada opakovaně obcházela nálezy Ústavního soudního dvora.⁴⁵ Rakouská jurisprudence 80. a 90. let proto hovoří o „plíživé celkové změně Ústavy“ (*creeping total revision, Schleichende Gesamtänderung*).⁴⁶ Ústavní soudní dvůr reagoval (*obiter dictum*) nálezy,⁴⁷ podle nichž k celkové změně ústavy mohou vést nejen závažné a rozsáhlé zásahy do základních principů, nýbrž i opatření byť s jen dílčím účinkem, jsou-li příliš četná.⁴⁸ Také u ústavních ustanovení je třeba přistupovat k ústavněkonformnímu výkladu, tj. výkladu v souladu s vůdčími principy ústavy.

Ke zrušení ústavního zákona se Ústavní soudní dvůr uchýlil poprvé a dosud naposledy v roce 2001,⁴⁹ když Parlament doplnil zemský zákon o veřejných zakázkách o ústavní ustanovení,⁵⁰ kterým znemožnil soudní přezkum zemských zákonů o veřejných zakázkách poté, co Ústavní soudní dvůr rozhodl o protiústavnosti analogických zákonů spolkových.

Akt parlamentu označil soud za protiústavní, neboť vyjmul pravidla kontroly zadávání veřejných zakázek z dosahu ústavy (označil je za ústavněkonformní *ex lege*), a tak ústavu suspendoval pro konkrétní oblast práva.⁵¹ Takové jednání parlamentu je v rozporu nejen s principem právního státu, ale i dělby moci, jelikož fakticky vytěsňuje Ústavní soudní dvůr z přezkumu základních lidských práv, neboť takový zásah by byl *ipso iure* v souladu s ústavou.⁵² Ústavní soudnictví totiž, jak soud judikoval, tvoří základ ústavního pořádku a omezení pravomocí ústavního soudu nelze kvalifikovat jinak než jako celkovou změnu ústavy.⁵³ K té ale parlament potřebuje souhlas v referendu. Protože ho neměl, Ústavní soudní dvůr jeho normu se silou ústavního zákona zrušil. Soud tak učinil s vědomím, že mu ústava tuto pravomoc explicitně nesvěřila, avšak s pocitem nutnosti napravit protiprávní stav nastalý poté, co ústavodárce pracoval s materiálním jádrem ústavy, které ve smyslu čl. 44 odst. 1 není v jeho dispozici.⁵⁴ Před

party in power.“ Ze zprávy předložené Konferenci o teoretických a praktických aspektech přezkumu ústavnosti ústavních norem, konané ve dnech 29.–30. června 2013 v Batumi v Gruzii, s. 8. Zpráva je dostupná na webu Benátské komise. Dostupné z: <[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2013\)006-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2013)006-e)>.

⁴⁵ MOLEK, P. *Materiální ohnisko ústavy*, op. cit., s. 124.

⁴⁶ EBERHARD, H. – LACHMAYER, K. Constitutional Reform 2008 in Austria: Analysis and Perspectives. *ICL – Journal*. 2008, č. 2, s. 116. Dostupné z: <<http://www.osce.org/odihr/37170?download=true>>.

⁴⁷ Ani jeden však nebyl zrušovací. Viz GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments*, op. cit., s. 37–38.

⁴⁸ GRINC, J. *Přezkum ústavních zákonů v Rakousku a v České republice*. In: J. Wintr – J. Kysela. *Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narozeninám*. Praha, 2009.

⁴⁹ VfSlg. 16.327/2001.

⁵⁰ § 126a předmětného zákona zněl: „*Ustanovení zemských zákonů platných ke dni 1. ledna 2001, týkající se organizace a příslušnosti orgánů, jimž přísluší právní ochrana ohledně zadávání veřejných zakázek, platí jako nikoli rozporné se Spolkovou ústavou.*“

⁵¹ Srov. par. 3 odůvodnění nálezu.

⁵² Srov. část Rechtsatz, par. 4 odůvodnění nálezu.

⁵³ Srov. příspěvek „*The Austrian Constitutional Court's Influence on the Legal Order*“ od Dr. Brigitte Bierlein z *Konference při příležitosti 20. výročí od založení slovenského Ústavního soudu*, 9. dubna 2013, Košice.

⁵⁴ Srov. shrnutí ÚS ČR v části IV. nálezu *Melčák*.

vlastním zrušením soud konstatoval, že z doslovného znění, systematických souvislostí, historického účelu napadaného ustanovení a kontextu jeho přijetí nelze normu vyložit jako ústavněkonformní.⁵⁵

Podle některých kritiků soud tímto rozhodnutím překročil mantinely, které si sám ve svém nálezu z roku 1952 vytyčil. Argumentují, že „celkovou změnou ústavy“ je třeba číst tak, jak to čte ten, komu byla ústava dána – lidu. Z tohoto úhlu pohledu tak jde jednoduše o ústavní „komplexní pozměňovací návrh“ a nikoli o vůdčí principy, které si podle potřeby definuje a užívá Ústavní soudní dvůr.

4. LITVA: *LIETUVOS RESPUBLIKOS KONSTITUCINIS TEISMAS*

Domnívám se, že českou ústavní naukou dosud neobjevený je Ústavní soud Litevské republiky („ÚSLR“). Ten se snaží dlouhodobě prezentovat jako soud proevropský,⁵⁶ vzdělaný v západních hodnotách,⁵⁷ který se nebojí vystoupit proti ostatním složkám moci.⁵⁸ Pokud jde o téma ústavnosti ústavních zákonů, je tato otázka málokde tak aktuální jako v pobaltských zemích.⁵⁹

Podle čl. 102 Ústavy rozhoduje ÚSLR o konfliktu zákonů a jiných aktů *Seimasu* (zákonodárného sboru) s ústavou. O jiných aktech se hovoří i v čl. 107 Ústavy, který zakládá neaplikovatelnost protiústavních zákonů a jiných aktů *Seimasu*. Článek 147 Ústavy stanoví, že navrhnout změnu nebo doplnění ústavy může pouze jedna čtvrtina členů *Seimasu* anebo alespoň 300 000 voličů. Do ústavy nelze zasahovat ve stavu nouze nebo ve válečném stavu. Článek 148 Ústavy vyžaduje souhlas nejméně 75 % Litevců v referendu ke změně prvního článku (svrchovaný demokratický stát), souhlas alespoň poloviny Litevců v referendu ke změně I. hlavy (Litevský stát) a stanoví jiné technické požadavky pro přijetí ostatních ústavních zákonů.

Navzdory absenci výslovného ústavního zmocnění přistoupil ÚSLR k anulaci ústavního zákona v lednu roku 2014.⁶⁰ Napadený ústavní zákon byl přijat v kontextu přípravy

⁵⁵ Srov. § 3 odůvodnění nálezu.

⁵⁶ Srov. projev předsedy Ústavního soudu Žalimase. ŽALIMAS, D. *The principle of the geopolitical orientation of the state in the Constitution of the Republic of Lithuania*. Dostupné z: <http://www.lrkt.lt/data/public/uploads/2015/04/zalimas_en2014-10-24.pdf>.

⁵⁷ Viz VÁLOVÁ, I. „Gediminas Mesonis: Litevský ústavní soudce, který obdivuje Masaryka“. *Česká justice*. 26. dubna 2014. Dostupné z: <<http://www.ceska-justice.cz/2014/04/gediminas-mesonis-litevsky-ustavni-soudce-ktery-obdivuje-masaryka/>>, [cit. 2015-06-04], nebo text bývalého předsedy soudu KŮRIS, E. The impact of the decisions of the European Court of Human Rights on the national legal system viewed from the standpoint of the Constitutional Court of Lithuania. In: *Evropský soud pro lidská práva. Dialogue between judges*. 2006.

⁵⁸ DVORÁČEK, M. „Litva ukázala Evropě první impeachment“. *iDnes.cz*. 6. dubna 2014. Dostupné z: <http://zpravy.idnes.cz/litva-ukazala-evrope-prvni-impeachment-fc1-/zahranicni.aspx?c=A040406_151009_zahranicni_kot>, [cit. 2015-06-04].

⁵⁹ Současně bývalými zeměmi Sovětského svazu, členskými státy NATO, Evropské unie a eurozóny, zároveň v pozici závislosti na ruských energiích stojí Litva, Lotyšsko a Estonsko na geopolitickém rozcestí, které pro ně může mít nečekané ústavněprávní důsledky. K tématu doporučuji článek LIEKIS, Š. – JURKYNAS, M. „How to become Westerners?“. *The Lithuania Tribune*. 2. listopadu 2013. Dostupné z: <<http://www.lithuaniantribune.com/55663/opinion-how-to-become-westerners-201355663/>>, [cit. 2015-06-04], nebo z dlouhodobého pohledu KASEKAMP, A. Baltic states and the EU: a rocky road from „outside“ towards the „core“. In: A. Grigas – A. Kasekamp – K. Maslauskaitė – L. Zorgenfreijs. *The Baltic states in the EU: yesterday, today and tomorrow*. Berlín: Notre Europe – Jacques Delors Institute, 2013, s. 16–32. *Studies & Reports*, č. 98.

⁶⁰ Nález č. 22/2013 z 24. ledna 2014.

na přijetí evropské měny. Nesouhlas navrhujících poslanců s obsahem ústavního zákona plynul z vadné procedury jeho přijetí. Znění poslaneckého legislativního návrhu totiž směřovalo k pouhému vypuštění slovíčka „výlučnou“ z čl. 125 odst. 2 Ústavy.⁶¹ Pozměňovací návrh právního výboru *Seimasu*, který byl nakonec v parlamentu přijat, však odst. 2 zcela zrušil a dosavadní odst. 3 upravil do podoby, která zákonodárci umožňovala rozhodovat o právním postavení guvernéra Litevské Banky.

Ústavní soud rozhodl o zrušení ústavního zákona s argumentací, že došlo k porušení čl. 147 odst. 1 Ústavy, dle něhož má „ústavodárnou iniciativu“ jen skupina poslanců nebo určitý počet voličů, nikoli však parlamentní výbor.⁶² S tímto názorem lze souhlasit; opačný závěr by vedl k tomu, že by si každý další účastník legislativního procesu mohl návrh komplexně pozměnit, aniž by měl podle Ústavy kompetenci navrhnout ústavní změnu. Jsem však pevně přesvědčen o tom, že se Ústavní soud významně odchýlil od petitu poslanců, když se uchýlil k ústavnímu přezkumu obsahu pozměňovacího návrhu.⁶³ Standardní přezkum ústavnosti v pořadí kompetenční, procedurální a substantivní přezkum má totiž svůj význam v tom, že ke zhodnocení obsahu napadeného předpisu mají ústavní soudy přistupovat teprve po vyloučení jiných důvodů protiústavnosti. Litevský ÚS upozornil na hodnotové základy litevského státu a zejména na jeho geopolitické postavení a v *ratu decidendi* prohlásil, že ústavní zákony o nepřipojení Litevské republiky k postsovětským východním organizacím a o členství Litevské republiky v Evropské unii, které byly dosud vnímány jako běžné ústavní zákony ve výlučné dispozici ústavodárce (kvalifikované většiny parlamentu), jsou oba *de iure* součástí normy v čl. 1 Ústavy,⁶⁴ a tudíž těšící se silnější ochraně.⁶⁵ Jde o velice neobvyklou ústavní úpravu, kdy není speciálně chráněno vlastní jádro ústavní listiny, nýbrž i jiná součást ústavního pořádku.⁶⁶

Nález 22/2013 se tak zařadil do série rozhodnutí, v nichž Ústavní soud dotváří princip geopolitické orientace litevského státu.⁶⁷ Ačkoli jde podle mých informací o první litevský zrušovací nález,⁶⁸ v jeho odůvodnění není nikde výslovně řečeno, zda a proč může Ústavní soud zrušit předpis nejvyšší právní síly.

⁶¹ „*Litevská Banka má výlučnou pravomoc vydávat měnu.*“

⁶² Srov. výrok č. 1 a bod 8.3 odůvodnění.

⁶³ Jde o moment, v němž se normativní ústavní teoretici štěpí na dvě skupiny: zatímco někteří vnímají ústavní soud jako výsostně politický orgán, jako jednu z politických arén, v níž lze očekávat i mimoprávní argumenty, jiní ho vnímají jako orgán v prvé řadě neutrální, právní, který by se neměl účastnit politického diskursu a už vůbec ne z vlastní iniciativy.

⁶⁴ „*Litevský stát je svrchovaná, demokratickou republikou.*“

⁶⁵ Srov. bod 6.2.1 nálezů.

⁶⁶ Představme si, že by česká právní doktrína do nezměnitelného jádra ústavy neřadila jen některá vybraná ustanovení Ústavy, ale třeba i ústavní zákon č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky.

⁶⁷ Tak např. v nálezu z 11. července 2014 bod 5.3 se ÚS vyjádřil takto: „[...] *it is not permitted to adopt any such amendments to the Constitution that would destroy the innate nature of human rights and freedoms, democracy, or the independence of the state. [...]*“ a podrobněji v bodě 5.2 „*it is not permitted to make any such amendments to the Constitution that would deny the international obligations of the Republic of Lithuania (inter alia, the obligations of the Republic of Lithuania arising from its membership in NATO, which are preconditioned by the geopolitical orientation of the Republic of Lithuania) and at the same time – the constitutional principle of pacta sunt servanda, as long as the said international obligations have not been renounced in accordance with the norms of international law.*“ Podobné závěry nalezneme v rozhodnutích z 15. března 2011 a 7. července 2011.

⁶⁸ Vyplynulo to i z mé e-mailové korespondence s Ústavním soudem.

5. RUMUNSKO: *CURTEA CONSTITUȚIONALĂ A ROMÂNIEI*

Ústavní soud Rumunska má výslovnou pravomoc přezkoumávat ústavnost ústavních dodatků (čl. 146 písm. a) Ústavy), a to *ex ante*.⁶⁹ Souhlas Ústavního soudu je podmínkou platnosti ústavních dodatků, schválených předepsanou ústavní většinou. Na vyhlášení rozhodnutí má soud pouhých deset dní od doručení. Při posuzování souladu ústavního dodatku s ústavním pořádkem vychází soud především z čl. 152 Ústavy, který v podstatě taxativně určuje věcná a časová omezení pro ústavní změny. Na rozdíl od ostatních zkoumaných ústavních soudů je u rumunského soudu prakticky nemožné dovodit nějaký soudcovský aktivismus. Jeho zmocnění k rušení ústavních zákonů vyplývá přímo z Ústavy, která také vyčísluje její nezměnitelné části. Hovořím-li o rušení ústavních zákonů, dopouštím se samozřejmě nepřesnosti, jelikož neschválený (a tedy neplatný) ústavní zákon nemůže být zrušen. Domnívám se však, že pro potřeby tohoto článku lze postavit apriorní a aposteriorní přezkum ústavnosti na roveň.

Před revizí ústavních zákonů byl tento Ústavní soud postaven vícekrát. Jako ilustrační může sloužit usnesení č. 148 z 16. dubna 2003, týkající se vstupu Rumunska do Evropské unie a NATO a souvisejícího přesunu části pravomocí ze státu na mezinárodní organizaci. Ústavní soud zde judikoval, že Parlament překročil mantinely, které mu byly k této příležitosti dány čl. 148 Ústavy, a proto některá ustanovení návrhu ústavní novely pro jejich protiústavnost neprošla. Parlament reagoval novou debatou a schválil ten samý ústavní zákon, jenž byl upraven podle námitek Ústavního soudu, které byly součástí výroku jeho rozhodnutí. Celkem 69 poslanců opozice pak toto pozměněné znění napadlo u Ústavního soudu znovu, avšak Ústavní soud ve svém rozhodnutí č. 686 z 30. září 2003 judikoval, že mu z Ústavy nepřísluší pravomoc k přezkumu ústavních dodatků *ex post*.⁷⁰

V letech 1992 až 2014 zkoumal Ústavní soud celkem sedm novel Ústavy, z nichž tři označil za ústavněkonformní, u tří konstatoval protiústavnost jejich částí a jedenkrát zastavil návrh ústavní novely kompletně.⁷¹

6. ČESKÝ NÁLEZ V EVROPSKÉM KONTEXTU

Nález Melčák nebyl prvním ani posledním svého druhu v Evropě. Svou pravomoc k přezkumu materiální ústavnosti ústavních zákonů si před českým ÚS dovodily ústavní soudy Rakouska, Rumunska, (Německa, Itálie a)⁷² po něm ještě Ústavní soud Litvy. Byly tyto ve srovnatelném postavení? A jak rozhodly? K zodpovězení položené otázky je třeba komparovat prvky, které jsou k nalezení ve všech čtyřech zrušovacích nálezech. Zaměř-

⁶⁹ Podle § 19 an. zákona č. 47/1992, o organizaci a činnosti Ústavního soudu, se návrh ústavního zákona přezkoumává hned dvakrát. Ještě před projednáním v zákonodárném sboru musí být návrh předložen Ústavnímu soudu, který má 10 dní na vyjádření. Navrhovatel může návrh Parlamentu předložit pouze ve spojení s rozhodnutím Ústavního soudu o jeho ústavní konformitě. Po přijetí ústavního zákona má soud ještě pět dní na to, aby jeho finální znění *ex officio* přezkoumal a v případě zjištěné protiústavnosti zrušil.

⁷⁰ GÖZLER, K. *Judicial Review of Constitutional Amendments*, op. cit., s. 8.

⁷¹ Data jsem čerpal z oficiálních statistik na této webové stránce: <https://www.ccr.ro/uploads/Statistica/2015/Sin_mar_15_en.pdf> a na této adrese: <https://www.ccr.ro/uploads/Statistica/2015/Activitate_mar_2015en.pdf>.

⁷² Německo (1951) a Itálie (1988) si sice tuto pravomoc dovodily, ale dosud ji nevyužily, byť teoreticky příležitosti měly.

me se nyní na obsah návrhu, způsob dovození zrušovací pravomoci, způsob dovození materiálního ohniska a nosné důvody rozhodnutí.⁷³

Petitem Melčákovy stížnosti bylo zrušení ústavního zákona o zkrácení pátého volebního období Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR pro jeho rozpor s čl. 9 odst. 2 Ústavy ČR, jmenovitě pro neobecnost, retroaktivitu, suspendování ústavy pro konkrétní případ a zásah do svobodné a volné soutěže politických stran. Ústavní soud se pak s jeho návrhem – snad jen bez zmínky k poslednímu důvodu – zcela ztotožnil.

Litevští poslanci argumentovali ve výše zmíněném případě porušením článku Ústavy, který jim dával právo zákonodárné iniciativy k ústavním zákonům. Soud jim dal za pravdu a využil příležitost k vyjádření se k obsahu napadaného ÚZ. Rumunští zákonodárci napadli většinu novelizačních bodů ústavního zákona, přičemž Ústavní soud vyslovil protiústavnost jen u některých z nich, u zbylých reagoval konkrétními doporučeními ústavodárci.

Český Ústavní soud svou zrušovací pravomoc dovodil částečně jazykovým výkladem čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy, ale především skrze komparativní argumenty a na základě teleologické úvahy.

Tím se diametrálně lišil od litevského a rakouského soudu, které se ke zdroji své pravomoci buď vůbec nevyjádřily, anebo jen velmi vágně. Tudíž lze konstatovat, že český Ústavní soud se k odůvodnění své kompetence postavil zodpovědněji než jeho zahraniční kolegové.

V podobném stylu náš Ústavní soud argumentoval při hledání materiálního jádra Ústavy. Kromě toho, že zohlednil materiální ohniska v zahraničí a že citoval svou starší judikaturu, použil něco, co bychom mohli nazvat důsledkovým přístupem.⁷⁴

Důsledkový přístup použil i litevský ÚS, který pracoval s extenzivním jazykovým výkladem základních ustanovení⁷⁵ a který použil tzv. princip geopolitické orientace, o nichž jsem hovořil v první části (apeloval na postavení Litvy jako členského státu NATO, EU a státu vázaného mezinárodním právem). Zatímco rumunský ÚS mohl vycházet z nynějšího čl. 152 Ústavy, rakouský ponechal svou úvahu mezi řádky.⁷⁶

Poslední zkoumanou kategorií jsou nosné důvody rozhodnutí, které soudce-zpravodaj Pavel Höllander zařadil do části VI./c nálezu. Rozhodujícím byl rozpor s klauzulí nezměnitelnosti obsaženou v čl. 9 odst. 2 Ústavy, který vyvěral mj. z retroaktivní a *ad hoc* povahy ústavního zákona, zasahující do principu právního státu.

Právní stát se stal dominantní ústavní hodnotou i v případě rakouského nálezu, který odsoudil suspendování ústavy pro určitou oblast práva a vyloučení Ústavního soudního dvora ze soudní ochrany lidských práv, a to vedle demokratického principu, narušeného tím, že o celkové změně ústavy rozhodoval toliko „prostý ústavodárc“ (*einfachen Verfassungsgesetzgeber*). Formální požadavky na ústavní zákon hrály stěžejní roli i v litevském nálezu, kde došlo k porušení práva „ústavodárné iniciativy“ skupiny poslanců.

⁷³ Mimo srovnávané kategorie bychom mohli zvážit i „politické důsledky“ jednotlivých nálezů. Pro tak obtížné téma už však v textu tohoto rozsahu není dostatek prostoru.

⁷⁴ Pokud bychom nezařadili princip obecnosti zákona do materiálního jádra Ústavy, jaká budoucí rizika by to pro Ústavu představovalo?

⁷⁵ Např. do „demokratického státu“ podle čl. 1 zahrnul princip evropské geopolitické orientace.

⁷⁶ Respektive svou pravomoc v nálezu explicitně nedovodil.

Euronovela rumunské Ústavy pak byla podle soudu v rozporu především s klauzulí věčnosti a s Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod.

Jak vyplývá z tohoto stručného exkursu, nálezní Melčák má v evropských ústavních systémech své sourozence, od nichž se výrazným způsobem neliší, a jestliže liší, tak spíše v „dobrém smyslu“ (např. má bohatší argumentaci⁷⁷). Judikatura pouhých tří nebo pěti dalších ústavních soudů samozřejmě nemůže sama o sobě sloužit jako ospravedlnění aktivního vystupování proti ústavodárné moci, avšak domnívám se, že s trendem sílícího vlivu ústavních soudů a naopak stále slabšího a slabšího mandátu ústavního zákonodárce od – pro někoho nevyzpytatelného – lidu, mohou být tyto soudy důležitou inspirací pro další vývoj.

ZÁVĚR

Na předchozích řádcích jsem se pokusil uvést některé základní teoretické dimenze problematiky anulace ústavních zákonů a následně je podložit případovou studií. Mým cílem bylo analyzovat relevantní legislativu a judikaturu ve vzorku vybraných zemí a jmenovat ty, které jsou přibližně v takovém stavu, v jakém je Ústavní soud České republiky po nález Melčák z roku 2009. Ukázalo se, že ústavní soudy čtyř z 16 srovnávaných zemí už někdy ústavní zákon zrušily (Rumunsko, Rakousko, Litva, ČR), dva dovodily pravomoc substantivního i procedurálního přezkumu ústavnosti (Německo, Itálie) a jeden připustil toliko procedurální přezkum (Chorvatsko). Zároveň existují země jako Portugalsko nebo Lotyšsko, u nichž lze mít za to, že by v závislosti na povaze návrhu mohly k anulaci ÚZ přistoupit. Ve zbytku práce jsem se blíže zaměřil na skupinu abrogujících ústavních soudů. Podobně jako český musel jít i litevský ústavní soud stěžovateli „naproti“, aby se mohl vyjádřit k vlastní materii ústavního zákona.⁷⁸ Podobně jako český vycházel i rakouský a litevský ústavní soud především z principu právního státu. Pokusil jsem se obhájit argument, že nálezní Melčák je spíše potvrzením všeobecného trendu sílícího vlivu ústavních soudů než ojedinělým výstřelkem tzv. druhého Ústavního soudu České republiky.

⁷⁷ Na bohatost argumentace měla zřejmý vliv předchozí publikační činnost soudce-zpravodaje. Srov. HOLLÄNDER, P. Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce. *Právník*. 2005, č. 4, s. 313–336.

⁷⁸ Litevský ÚS se k materii vyjádřil, i když petit mřil na procedurální protiústavnost, český ÚS se zase rozhodl Melčákovu ústavní stížnost přijmout, i když padly názory, že poslanci chyběla aktivní legitimace. Zcela opačně rozhodl např. slovenský ÚS v Pl. ÚS 153/2013 (59/2013 Z. z.), když návrh na zrušení ústavního zákona pro nedostatek aktivní legitimace odmítl.

SBĚR ETNICKÝCH DAT V ČESKÉM PRÁVNÍM PROSTŘEDÍ

Miroslav Knob*

Abstrakt: Cílem článku je obhájit sběr etnických dat v českém právním prostředí. Článek je zaměřen především metodologicky, kdy nejprve popisuje základní metody, které lze ke sběru etnických dat obecně použít, a následně pracuje s metodou sběru neadresných dat realizovaného metodou identifikace třetí osobou jako metodou nejuhodnější. Ve své úvodní části článek popisuje, jaká data jsou při tvorbě etnických statistik sbírána, jaké jsou cíle sběru těchto dat a jaké jsou nejběžnější metody jejich sběru. Cílem tohoto úvodního pojednání je jasně stanovit rámec následné debaty. Ve své druhé části článek pracuje s metodou sběru etnických dat metodou identifikace třetí osobou. Na úvod definuje nejčastější námitky proti tomuto sběru, které vyvolávají konflikty při realizaci takových výzkumů. Jimi jsou námitka popření práva na sebeidentifikaci, ochrana osobních údajů, obava o zneužití dat a nejasnost pojmu etnicity. V jednotlivých podkapitolách věnovaných každému konfliktu článek argumentuje proti všem námitkám, aby v závěru potvrdil možnost takto realizovaného sběru dat v prostředí České republiky. Článek pracuje s příkladem takto realizovaného výzkumu v českém právním prostředí, tedy s výzkumem Veřejného ochránce práv k etnickému složení žáků základních škol speciálních, který slouží jako ukázka dobré praxe.

Klíčová slova: etnicita, statistika, etnická statistika, sběr dat, veřejný ochránce práv

ÚVOD

Statistika je mocný nástroj. Právníci mají obecně tendenci sílu statistiky podceňovat, ale její význam pro pochopení okolního světa je neoddiskutovatelný. Ostatně i v právní vědě se emancipoval jako jeden ze směrů empirického právního výzkumu výzkum na základě kvantitativních metod, který používá statistiku jako hlavní nástroj pro ověřování hypotéz.¹ Na základě statistických údajů jsou formulovány politiky států, nastolována témata ve veřejné debatě a analyzovány v podstatě veškeré lidské činnosti. Na základě statistiky je cílena reklama, která má prodávat výrobek určité cílové skupině, stanovuje se důchodová politika a regulují se další oblasti lidské činnosti. Obecně lze konstatovat, že pokud máme o určitém jevu údaje, které jsou následně zpracovány statistickými metodami, můžeme dostat ucelený obraz o populaci, o konkrétní lidské činnosti, o společnosti obecně.

Základem každé statistiky jsou data.² Statistika je použitelná pouze do té míry, do jaké jsou k dispozici data o zkoumané populaci.³ Za tímto účelem instituce a vědci sbírají různé údaje a zpracovávají je do ucelených datasetů, které následně slouží k empirickému výzkumu.⁴ Samotný sběr dat představuje základnu, na které se následně staví každá statistika. A statistika je pouze tak dobrá, jak dobrá jsou data, na kterých je založena.

* Mgr. Miroslav Knob, Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: mirek.knob@gmail.com. Za kritické poznámky a komentáře děkuji především Davidu Kosařovi a Hubertu Smekalovi. Všechny chyby jsou mojí vlastní zodpovědností.

¹ Ohledně kvantitativních metod více v GOERTZ, G. – MAHONEY, J. *A tale of two cultures, qualitative and quantitative research in the social sciences*. Princeton: Princeton University Press, 2012.

² K pojmu „data“ v rámci empirického výzkumu více EPSTEIN, L. – MARTIN, A. D. *An introduction to empirical legal research*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 59 an.

³ *Ibidem*, s. 57 an.

⁴ *Ibidem*, s. 59 an.

V podstatě denně jsou o každém jednotlivci sbírána data, která jsou následně používána ve statistice. Státy tato data sbírají cíleně, aby získaly na základě těchto dat informace o populaci, o dopadech formulovaných politik či pro formulaci politik nových. Stát má o svých občanech a obyvatelích státního území tradičně k dispozici data o jejich věku, zdravotním stavu, rodinném stavu, bydlišti, náboženství a ve spoustě dalších oblastí lidské činnosti, týkající se jak mimořádných událostí, tak událostí všedních dní. Sběr dat budí i kontroverze,⁵ v případě České republiky (a pochopitelně nejen České republiky) je jednou z kontroverzí sběr dat o etnicitě. Ucelený pokus o tento sběr u určité konkrétně definované skupiny obyvatel (žáků základních škol speciálních) vyvolal v české společnosti kritické reakce.⁶ U jiných skupin obyvatel (například u pravomocně odsouzených, u vězňů, a celkově u celé populace) se o tento sběr dat v České republice zatím stát nepokusil.

Obecně bude cílem článku shrnout dosavadní debatu o sběru etnických dat v kontextu českého právního řádu a obhájit jeho realizaci. Tato obhajoba se ponese primárně v rovině metodologické. Článek pracuje s popisem jednotlivých metod sběru etnických dat.

V článku budou nejprve vyložena základní východiska pro sběr etnických dat, tedy jaká data se standardně v rámci potřeby tvorby etnických statistik sbírají, proč je dobré tato data znát a jaké jsou metody pro jejich sběr.

Ve svých dalších částech bude článek pracovat již s modelem sběru neadresných dat na základě identifikace třetí osobou, což je metoda, která bude vysvětlena níže. V další kapitole budou nastíněny základní konflikty, které tento sběr vyvolává, přičemž v rámci jednotlivých podkapitol bude každý z možných konfliktů analyzován právě v kontextu sběru neadresných dat metodou identifikace třetí osobou, přičemž cílem této stěžejní části je vyvrátit možné argumenty, které jsou na základě rizik identifikovaných z této kritiky proti sběru etnických dat vznášeny, a to jak z pohledu metodologického, tak ústavněprávního. Závěr článku představuje obhajobu sběru neadresných etnických dat metodou identifikace třetí osobou v České republice.

1. OBECNĚ O SBĚRU DAT

Cílem první kapitoly je shrnout základní údaje a poznatky o sběru dat obecně. Tato kapitola je důležitá především pro stanovení rámce, ve kterém se budou pohybovat všechny následující úvahy v článku, čímž má za cíl předejít možným konfliktům a nepochopení v dalším textu. Jak již bylo řečeno výše, problematika sběru dat o etnicitě budí značné kontroverze, přičemž pokud bude jasně předestřen rámeček, ve kterém se o tématu bude dále pojednávat, eliminuje se tím možnost, že některé argumenty proti tezi předestřené v článku budou vedeny mimo tento rámeček.

⁵ V rámci Evropské unie je aktuálně velmi kontroverzním tématem sběr dat na internetu v kontextu evropské právní úpravy, jako příklad lze uvést článek COLLONA, L. Article 4 of the EU Data Protection Directive and the irrelevance of the EU–US Safe Harbor Program? *International Data Privacy Law*. 2014, č. 4 (3), s. 203–221.

⁶ Nejvýraznější kritiku představuje článek Jiřího Pilaře v Lidových novinách z 25. 9. 2013, ve kterém autor kritizoval sběr etnických dat Českou školní inspekcí, článek k dispozici na webu EDUin, PILAŘ, J. *Jiří Pilař považuje sčítání Romů v praktických školách za zbytečné*. EDUin [online]. [2015-09-07]. Dostupné z: <<http://www.eduin.cz/clanky/lidove-noviny-jiri-pilar-povazuje-scitani-romu-v-praktickych-skolach-za-zbytecne/>>.

Problematika sběru etnických dat není oblastí neprobádanou, a to jak v mezinárodním měřítku, tak v měřítku České republiky. Druhým cílem této úvodní kapitoly je stručné shrnutí dosavadní odborné debaty, která je k tématu sběru etnických dat vedena na stránkách odborných časopisů. Je nutné upozornit, že článek nemá v žádném případě ambici být komparativní analýzou, s ohledem na rozsah a zaměření článku.

Struktura následující kapitoly sleduje základní úvahu, která je důležitá při přemýšlení o metodě jakéhokoliv sociálněvědního výzkumu – nejprve se tedy vymezí cíl, který výzkum sleduje, následně se stanoví okruh dat, která pomohou tento cíl naplnit, a závěrem se popíše samotná metoda, jež povede ke sběru takových dat, která pomohou naplnit základní cíl výzkumu.

V první kapitole bude popsáno, k čemu data o etnicitě sbírat, přičemž uvedené případy nejsou dozajista úplným výčtem situací, pro které je znalost těchto informací důležitá, představují však několik základních situací, které slouží k obhajobě tvorby etnických statistik za účelem získání informací pro jejich věcné a racionální řešení. Druhou část kapitoly představuje analýza samotných údajů o etnicitě v kontextu zacházení s těmito údaji jako s proměnnými v kvantitativním výzkumu a na závěr bude pojednáno o nejvhodnější metodě pro sběr těchto dat.

1.1 Proč data sbírat

Obečně je jako subjekt, který tato data shromažďuje, chápán vždy stát, respektive orgány státu. Další důležité subjekty, které tato data využívají, především nevládní organizace a akademické instituce, jsou v tomto pojednání záměrně vynechány. Důvody této redukce jsou následující. V kontextu nevládních organizací je to především překryv cílů, které nevládní organizace sledují s cílem státu – nevládní organizace používají data ke stejným účelům, jako vlády, respektive je používají k tomu, aby ovlivnily veřejnou debatu ve prospěch své mise či k politickému lobbingu se stejným cílem – tím je odstranění diskriminace na základě etnicity. Akademické instituce sledují velmi specifické cíle, které spočívají ve výzkumu jistých jevů ve společnosti (ač jistý překryv s cíli nevládních organizací a státu je zřejmý), proto bude rámec článku operovat pouze se situací, kdy sběr etnických dat realizuje stát.

Hlavním důvodem, který by měl vést stát ke sběru a znalosti dat o etnicitě, je obecné nastavení diskriminační politiky. Ringelheim definuje tři základní důvody, proč mají státy sbírat data o etnické skladbě jejich obyvatel. V první řadě musí být státy pro definování jejich antidiskriminační politiky schopny identifikovat zranitelné skupiny, které jsou obětí diskriminace,⁷ k čemuž jim slouží právě etnická statistika. Druhým důvodem, který je provázán s důvodem prvním, je zmapování, jaké je složení těchto zranitelných skupin, co je pro ně charakteristické a jak tedy cíleně zamířit efektivní antidiskriminační politiku právě na tyto skupiny.⁸ Pouze údaje ze statistického poznání situace zranitelných skupin

⁷ RINGELHEIM, J. Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies: How to Reconcile the Promotion of Equality with the Right to Privacy? *Jean Monnet Working Paper*. 2006, 8, s. 11.

⁸ RINGELHEIM, J. Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies, s. 12, shodně potom MAJTÉNYI, B. – PAP, A. L. Should ethnic data be standardized?: Different situations of processing ethnic data. In: M. D. Szabó (ed.). *Privacy protection and Minority Rights*. Budapešť: Eötvös Károly Policy Institute, 2009, s. 63.

umožňují státům přijmout opatření k zamezení diskriminace. Jak uvádí výsledná zpráva Veřejného ochránce práv k výzkumu etnického složení žáků základních škol speciálních, sběr etnických dat je nutný k tomu, „(...) aby bylo možné vytvořit, implementovat a průběžně hodnotit antidiskriminační politiku a konkrétní programy rovného zacházení, zainteresované strany musí mít k dispozici data, která jim umožní důkladně popsat a pochopit danou situaci“.⁹

Třetím důvodem podle Ringelheim je následné využití etnických dat oběťmi diskriminace, které mohou na základě oficiálně prokazaného nerovného zacházení vznášet antidiskriminační žaloby a požadovat odškodnění v civilních soudních sporech.¹⁰ Důležitost tohoto hlediska se ukázala naplno v rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ve věci *D. H. a ostatní proti České republice*,¹¹ kdy právě absence věrohodných dat, na kterých by byl rozsudek ESLP postaven, představuje jeden z nejslabších článků tohoto rozhodnutí.¹²

Absence sběru etnických dat ze strany státu je dokonce některými autory označována jako „volba ignorace“,¹³ pokud totiž ve veřejné debatě tyto kategorie rezonují, stát si nemůže dovolit předstírat, že je nevidí. Obecně panuje na poli akademické obce shoda, že se „nejedná o dobrou politiku“.¹⁴ Státy si zároveň nevystačí s konceptem občanství, který se s kategorií etnicity nepřekrývá¹⁵ a operování pouze s kategorií občanství by celou problematiku spíše zamlžilo. V Listině základních práv a svobod (dále jen „Listina“) není právo na rovné zacházení navázáno na občanství, na rozdíl od jiných, například politických práv.¹⁶

Po vymezení základních důvodů, proč by státy měly etnická data sbírat, přejdeme k vymezení toho, jaká data vlastně pro tyto potřeby sbírat.

1.2 Jaká data sbírat?

Cílem tvorby etnické statistiky je získat informace o etnickém složení konkrétní populace. Prvotním problémem, který je tedy potřeba vyřešit, je definice údaje o etnicitě samotné, tedy „co je to etnicita“ a následně definovat, jaký má být obsah sbíraných údajů, tedy zda má jít o sběr dat adresných či neadresných.

Samotný pojem „etnicita“ je značně komplikovaný a v případě sběru etnických dat představuje metodologický problém, který přesahuje hranice tohoto článku, nicméně blíže mu bude věnována pozornost v následujících kapitolách. Obecně lze konstatovat,

⁹ VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PŘÁV. *Popis metody a výsledky výzkumu etnického složení žáků bývalých zvláštních škol v ČR v roce 2011/2012*. Brno, 2013, s. 3.

¹⁰ RINGELHEIM, J. *Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Antidiscrimination Policies*, s. 14.

¹¹ Rozsudek velkého senátu ESLP ze dne 13. 11. 2007 ve věci *D. H. a ostatní proti České republice*, stížnost č. 57325/00, dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int/>>.

¹² Obecně k této úloze etnických dat více v kapitole 2.3 tohoto článku. O dopadech rozhodnutí *D. H. v. SMEKAL, H. – ŠIPULOVÁ, K. DH v Czech Republic Six Years Later: On the Power of an International Human Rights Court to Push through Systemic Change*. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 2014, roč. 32, č. 3, s. 288–321.

¹³ SIMON, P. *The Choice of Ignorance: The Debate on Ethnic and Racial Statistics in France*. *French Politics, Culture & Society*. 2008, č. 1, s. 8.

¹⁴ PAP, A. L. *Criminal Justice and Ethnic Data Collection in Hungary*. *Acta Juridica Hungarica*. 2006, č. 2, s. 158.

¹⁵ SIMON, P. „Ethnic“ statistics and data protection in the Council of Europe countries: *Study Report*. Strasbourg, 2007, s. 26.

¹⁶ Ke klasifikaci základních lidských práv více FILIP, J. *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*. Vyd. 2. dopl. Brno: Edice učebnic PrF MU, 2001, s. 100 an.

že vymezení pojmu „eticita“ je komplikované i ze sociologického hlediska¹⁷ a na toto vymezení navazuje veškerý další postup, který bude v rámci výzkumu prováděn – respektive, vymezení tohoto pojmu představuje základní úskalí při tvorbě metodologického zázemí konkrétního výstupu.¹⁸

Za data adresná lze považovat taková data, která lze adresně přiřadit ke konkrétní osobě. Stručně řečeno, o adresná data se jedná za situace, kdy můžeme ke konkrétně identifikované osobě přiřadit sledovanou proměnnou – tedy z dat lze určit, že osoba X je Čech a osoba Y je Rom. Za data neadresná z logiky věci považujeme data, u kterých není možné určit, které konkrétní osobě je přiřazena jaká proměnná, tedy například data, která nám řeknou, že ze vzorku 25 žáků je 20 Čechů a 5 Romů, aniž by bylo možné určit, která hodnota proměnné byla přiřazena osobě X a osobě Y.

V rámci etnické statistiky je pochopitelně možné sbírat jak data adresná, tak data neadresná. Typickým příkladem sběru dat adresných může být údaj o národnosti v dotazníku ke Sčítání lidu.¹⁹ Zde je na základě konkrétního dotazníku možné vyhodnotit, k jaké etnické příslušnosti se konkrétní respondent řadí. Samotné výsledky jsou však vždy uváděny ve své neadresné podobě, tedy ze zveřejněných výsledků nelze dovodit, jaká konkrétní osoba se považuje za příslušníka jakého konkrétního etnika. Ostatně, takové prezentování výsledků by ani nebylo možné s odkazem na ochranu osobních údajů.²⁰

Adresný sběr dat vychází z principu sebeidentifikace tak, jak jej stanovuje ustanovení čl. 3 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, dle kterého „[k]aždý má právo svobodně rozhodovat o své národnosti. (...)“. Druhou stranou tohoto práva je zároveň zákaz odnárodnění²¹ – tedy, pokud se příslušník národnostní menšiny cítí být tímto příslušníkem, státu je zakázáno ho této národnosti zbavovat. Pro následující úvahy je však podstatná povaha kategorie národnosti jako objektivní kategorie.²² Subjektivní povaha národnosti (a ve své podstatě i příslušnosti k určité etnicitě) má svůj odraz spíše v právu nebýt odnárodněn, kdežto následující úvahy v článku budou operovat spíše s kategorií národnosti a etnicity jako objektivního prvku, který je dán souborem sociálních, kulturních a fyziologických znaků.²³

Nevýhodou tohoto způsobu sběru dat je právě základní, výše popsaná výhoda – tedy že důsledně ctí princip sebeidentifikace. Příslušníci etnických menšin jsou v prvé řadě vedeni obavami o zneužití dat o jejich etnicitě, respektive ze zneužití jejich sebeidentifikace jako příslušníka menšiny, a zároveň ačkoliv nikdo nemůže být nucen, aby byl řazen k určité etnicitě, realita různých forem diskriminace nikdy neoperuje s principem sebeidentifikace. Sebeidentifikace se proto stává pro statistické zachycení určitých forem

¹⁷ Jako příklad lze uvést publikaci NOBLES, M. *Shades of Citizenship. Race and the Census in Modern Politics*. Stanford: Stanford University Press, 2000.

¹⁸ Jako příklad vypořádání se s tímto metodologickým problémem může sloužit výzkum Veřejného ochránce práv ohledně etnického složení žáků základních škol speciálních, více VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PRÁV. *Popis metody a výsledky výzkumu etnického složení žáků bývalých zvláštních škol v ČR v roce 2011/2012*, s. 5.

¹⁹ Sčítací formulář ke Sčítání lidu, domů a bytů 2011 dostupný na ČESKÝ STATISTICKÝ ÚŘAD. *Sčítání lidu, domů a bytů 2011* [online]. [2015-09-16]. Dostupné z: <https://www.czso.cz/csu/sldb/scitaci_formulare>.

²⁰ K této problematice více kapitola 1.3 tohoto článku.

²¹ WAGNEROVÁ, E. – ŠIMÍČEK, V. – LANGÁŠEK, T. – POSPÍŠIL, I. a kolektiv. *Listina základních práv a svobod: komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2012, s. 112.

²² *Ibidem*, s. 112 a s. 552 an.

²³ *Ibidem*, s. 552 an.

především nepřímé, strukturální diskriminace, metodou nevhodnou, o čemž bude pojednáno dále v rámci vypořádání konkrétních problematických aspektů sběru etnických dat.

Notoricky známý rozpor, deklarující relevantnost první námitky proti adresnému sběru dat, můžeme nalézt ve výsledcích posledního Sčítání lidu, domů a bytů 2011. K romské národnosti se na základě výsledků tohoto sčítání přihlásilo 5 135 osob,²⁴ kvalifikovaný odhad Úřadu vlády České republiky z roku 2006 hovořil o populaci romské menšiny na území České republiky v počtu 150 000 až 300 000 osob,²⁵ přičemž není možné, aby za tak krátkou dobu došlo k tak rapidnímu poklesu populace na celém území České republiky. Výše uvedené údaje proto ukazují na značný rozpor mezi počtem Romů, kteří se v adresném výzkumu ke své národnosti přihlásili a počtem příslušníků této menšiny v České republice, který zde pravděpodobně žije.²⁶ Výše uvedený rozpor představuje již sám o sobě značnou komplikaci pro každého, kdo by z něj chtěl vyvozovat jakékoliv závěry o romské populaci. Jedním z možných²⁷ vysvětlení tohoto rozporu může být právě strach příslušníků menšiny se ke své národnosti adresně hlásit, což vychází z negativních konotací k rasově založeným opatřením především v průběhu první poloviny 20. století²⁸ a z obavy o možné zneužití těchto údajů samotným státem.²⁹ Výzkum na základě sebeidentifikace proto prokazatelně neposkytuje ve všech případech objektivní data o etnickém složení populace.

Druhým problémem adresného způsobu sběru dat je fakt, že menšina nečelí etnické diskriminaci na základě sebeidentifikace. Tento způsob sběru etnických dat nemůže objektivně analyzovat případy, kdy společnost jedná s jedincem diskriminačně nikoliv na základě jeho subjektivní sebeidentifikace, ale na základě faktu, že právě diskriminující společnost zařadí osobu do kategorie etnické menšiny pozorováním na základě objektivního zařazení jako příslušníka zranitelné skupiny. Touto problematikou se článek bude dále zabývat v podkapitole o metodě sběru dat (kapitola 1.3).

Zdokumentovaný případ diskriminace Romů v přístupu ke vzdělání, kdy jsou právě Romové častěji zařazováni do základních škol speciálních, by se nikdy na základě metody sběru dat sebeidentifikací nepodařilo zmapovat, a to z toho důvodu, že podle údajů ze Sčítání lidu 2011 zde žádná relevantní romská menšina není (v adresném výzkumu se k ní její příslušníci nehlásí).

²⁴ Údaj citován dle ČESKÝ STATISTICKÝ ÚŘAD. *Sčítání lidu, domů a bytů 2011* [online]. [2015-09-16]. Dostupné z: <https://vdb.czso.cz/vdbvo2/faces/cs/index.jspx?_afPp=Vystup-objekt>.

²⁵ Údaj z roku 2006 dostupný z VLÁDA ČESKÉ REPUBLIKY. *Romská národnostní menšina*. [online] [2015-09-16]. Dostupné z: <<http://www.vlada.cz/cz/ppov/rnm/mensiny/romska-narodnostni-mensina-16149/>>, novější údaje nejsou bohužel k dispozici.

²⁶ Alternativním vysvětlením však je, že Romové se do Sčítání lidu vůbec nezapojili. Tuto námitku však nelze relevantně vyvrátit na základě dostupných dat, přičemž platí základní premisa, že vyplnění dotazníku je povinné pro všechny občany České republiky.

²⁷ A dozajista ne jediným. Avšak jak je dále uvedeno v následujících poznámkách pod čarou, tato obava rezonuje v samotné romské komunitě.

²⁸ Jedná se především o události romského holocaustu v průběhu druhé světové války, k problematice romského holocaustu více v BÁRSONY, J. – DARÓCZI, Á. *Pharrajimos: the fate of the Roma during the Holocaust*. English ed. New York: IDEBATE Press, 2008.

²⁹ Ty vyjádřila např. Lýdia Poláčková v článku KOMÁREK, Michal. David Beňák v anketě serveru Romea.cz: Bez „etnických statistik“ jsme de facto slepí. In: *Romea* [online]. 2015. [2015-09-16]. Dostupné z: <<http://www.romea.cz/cz/zpravodajstvi/david-benak-v-ankete-serveru-romea-cz-bez-etnickych-statistik-jsme-de-facto-slepi>>. Více k této problematice kapitola 2.3 tohoto článku.

Respektive – toto chápání by bylo značně zjednodušující. Obecně můžeme konstatovat, že úspěch adresného sběru etnických dat závisí na důvěře etnických menšin k instituci, která výzkum realizuje. Už tento faktor sám o sobě je pro výzkumný závěr velmi problematický, protože se jedná o faktor, který lze jen složitě verifikovat pro potřeby kvantitativního výzkumu a zároveň představuje značný prvek náhody, bez ohledu na fakt, že důvěra romské komunity v ČR k institucím obecně je velmi nízká. Výzkum etnického složení žáků základních škol speciálních postavený na metodě sebeidentifikace by byl s největší pravděpodobností odsouzen k neúspěchu z toho důvodu, že značná část Romů by se ke své etnické příslušnosti ve výzkumu nepřihlásila. K diskriminaci však nedochází na základě jejich samotné sebeidentifikace, jak by tomu mohlo být v případě přímé diskriminace, například na základě zodpovězení dotazníku u zápisu do základní školy. Dochází k ní z důvodu nepřímého, přičemž reálné zastoupení romské menšiny by dotazníkové šetření vůbec neodhalilo. Výsledkem takového hypotetického výzkumu by byl fakt, že v českém školství nejsou Romové vůbec. Ostatně, výsledkem dotazníkového šetření s otázkou na národnost, jako bylo sčítání lidu, je, že v ČR Romové nejsou vůbec (jak bylo popsáno výše).

Východiskem z výše popsaných problematických bodů je metoda neadresného sběru dat. Respektive metoda neadresného sběru dat pomocí pozorování třetí osobou, o čemž bude pojednáno dále v kapitole 1.3 článku. Ostatní metody se ukazují z metodologického hlediska jako nevhodné, přičemž základní metodologické problémy budou popsány dále.

1.3 Jak data sbírat

Způsob sběru dat následně určuje samotnou metodu sběru dat. Obecně lze data o etnicitě sbírat na základě tří základních metod – metodou sebeidentifikace, metodou identifikace na základě přijetí členy komunity a na základě metody určení třetí osobou.

O metodě sebeidentifikace bylo pojednáno do značné míry výše. Jak již bylo uvedeno, tato metoda počítá s přihlášením se příslušníka menšiny k této své etnické příslušnosti, což lze realizovat na základě dotazníku. O nevýhodách této metody bylo z metodologického hlediska podrobně pojednáno výše v kontextu sběru adresných dat (kapitola 1.1 článku).

Metoda identifikace na základě přijetí členy komunity vychází z principu úpravy práv menšin v hlavě třetí Listiny základních práv a svobod, respektive jejího čl. 25 odst. 1, dle kterého „[o]bčanům tvořícím národní nebo etnické menšiny se zaručuje všestranný rozvoj, zejména právo společně s jinými příslušníky menšiny rozvíjet vlastní kulturu, právo rozšiřovat a přijímat informace v jejich mateřském jazyku a sdružovat se v národnostních sdruženích. (...)“. Tato metoda předpokládá, že existuje určitá vnitřní organizace relevantní menšiny a za příslušníka této menšiny se považuje ten, který je touto strukturou uznán. Úskalí této identifikace člena menšiny je nasnadě – je nutná právě jakási příslušnost k organizované menšině, která musí být pro potřeby sběru dat jednoznačně prokazatelná, aby bylo možno získat relevantní údaje o počtech členů menšiny. Zde se v podstatě opakují problémy metody sběru dat na základě identifikace – předpokládá se jakási ochota členů menšiny být viděn pro ostatní společnost, která však v otázkách diskriminace není příliš reálná. Z tohoto důvodu je nutno i tuto metodu označit za nevhodnou.³⁰

Poslední metodou je metoda na základě určení třetí osobou. Jedná se o neobjektivnější způsob, jak určit příslušníka menšiny pro potřeby neadresného výzkumu etnického složení. Tento fakt je dán především skutečností, že pouze tato metoda umožňuje kódování dat nezávisle na výše uvedených faktorech, které byly popsány jako problematické, tedy bez návaznosti na vnímání samotných členů menšiny, ale pouze na základě vnímání těchto osob příslušníky majoritní společnosti. Právě tato metoda je založena na subjektivním přiřazení etnické kategorie na základě pozorování třetí osobou, čímž ve své podstatě objektivizuje získané údaje pro potřeby sběru etnických dat. Osoba je kódována jako příslušník menšiny tehdy, pokud ji většinová společnost jako příslušníka zařadí.

Základní výhodou i rizikem je, že nelze ovlivnit, jak bude konkrétní osoba pro potřeby sběru dat zařazena.³¹ Kódování probíhá na základě subjektivního pozorování a přiřazení hodnoty nezúčastněným pozorováním, které v podstatě simuluje zařazení subjektu do konkrétní skupiny v běžném životě a představuje jejich objektivizaci. Pokud je osoba terčem diskriminace pro svoji etnicitu, neděje se tak z důvodu přihlášení se této osoby k menšinovému etniku, ale právě z toho důvodu, že společnost tuto osobu za toto etnikum považuje, tedy na základě fyzického vzhledu a na základě dalších kritérií, která většinová společnost této menšině přiřazuje (např. jméno či sociální prostředí, ze kterého osoba pochází). Přičemž je nutné dodat, že pro potřeby sběru etnických dat není důležité, nakolik je daná osoba objektivně příslušníkem menšiny (jelikož tento závěr je možno učinit pouze na základě sebeidentifikace), ale zda je s ní jako s příslušníkem menšiny zacházeno a je tedy potenciální obětí nerovného zacházení. Tedy i za předpokladu, že se některá osoba necítí být objektivně příslušníkem menšiny (její sebeidentifikace příslušnost k menšině nezahrnuje), společnost ji jako příslušníka menšiny vidí a jako s příslušníkem menšiny s ní zachází. Cílem metody na základě určení třetí osobou je právě překlenutí tohoto rozporu.

Výsledná zpráva Veřejného ochránce práv k výzkumu etnického složení žáků základních škol speciálních k této metodě uvádí, že „[z] hlediska diskriminačního jednání v praxi nezáleží na skutečnosti, zda jednotlivec sám sebe identifikuje jako člena etnické menšiny nebo ho tak identifikují ostatní členové této etnické skupiny, ale postačí, pokud jako člen etnické menšiny vypadá a většinová společnost s ním na základě jeho vzhledu tak zachází“.³² Zároveň dodává, že „i když identifikace třetí osobou na základě pozorování nemusí být vždy v souladu s identitou, kterou by uvedl sám respondent, zjevně odpovídá tomu, jak je jednotlivec vnímán“.³³

Ve výše zmíněném výzkumu Veřejného ochránce práv byla rozlišena metoda pozorování (o které bylo pojednáno výše) a metoda identifikace na základě nepřímých kritérií,³⁴ přičemž obě tyto metody spadají do širšího rámce metody určení třetí osobou, proto se článek tohoto rozlišení nebude držet a zahrne je do obecné kategorie identifikace třetí osobou.

³⁰ Shodně SIMON, P. The Choice of Ignorance, s. 18.

³¹ Respektive, toto platí za předpokladu, že jsou osoby kodérů samotní příslušníci majoritní většiny.

³² VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PŘÁV. *Popis metody a výsledky výzkumu etnického složení žáků bývalých zvláštních škol v ČR v roce 2011/2012*, s. 7.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

Závěrečná zpráva Veřejného ochránce práv uzavírá, že „[z] hlediska porozumění nepříznivému zacházení, kterému je tento jednatel potenciálně vystaven, je metoda identifikace třetí stranou na základě pozorování vhodnější a užitečnější než metoda sebeidentifikace nebo identifikace členy komunity“.³⁵ Následující text tedy bude pojednávat pouze o metodě neadresného sběru dat na základě metody určení třetí osobou.

2. KONFLIKTY PŘI SBĚRU ETNICKÝCH DAT

V následující kapitole budou popsány základní konflikty, které mohou při neadresném sběru dat na základě metody určení třetí osobou vzniknout. V obecných kategoriích se bude jednat o konflikty spojené se třemi základními problémy, které v případě sběru etnických dat vznikají – konflikt s právem na sebeurčení, konflikt s ochranou osobních údajů a obava s následným zneužitím dat v neprospěch respondentů výzkumu. Těmto konfliktům se bude věnovat každá z následujících kapitol, vždy se zaměřením na situaci v České republice. Cílem každé podkapitoly je přesvědčivě vyvrátit obavy, které jsou s tímto problémem běžně spojovány, a cílem celé kapitoly je přinést argumenty na podporu tohoto způsobu sběru etnických dat. Dalším cílem je analyzovat možné konflikty z hlediska jejich ústavněprávní relevance – tedy posoudit jejich ústavněprávní konotace.

Obecně popsal nejčastější konflikty při sběru etnických dat Patrik Simon,³⁶ který tak učinil v kontextu debaty ve Francii, avšak jeho závěry lze použít i pro potřeby debaty v českém právním prostředí, protože mají obecnou platnost v podstatě v kontextu celého právního řádu Evropské unie. Simon uvádí jako nejčastější argumenty proti sběru etnických dat³⁷ 1) užívání těchto proměnných jako objektivních kategorií nekoresponduje s právem na sebeurčení, 2) užívání etnicity jako proměnné povede k narušení práva na soukromí, 3) použití etnické statistiky není ospravedlněno bojem proti diskriminaci, tato data se dají získat i jinak, respektive zde rezonuje argument neužitelnosti dat, 4) kategorie etnicity je ve své podstatě kategorií neurčitou, „rozmazanou“, takto získaná data navíc podporují obecně sdílené předsudky.³⁸ Článek se ve své struktuře bude držet takto načrtnuté kategorizace Simona. Obsahově se však se všemi těmito argumenty vyrovná.

2.1 Právo na sebeurčení

O problematice práva na sebeurčení bylo částečně pojednáno výše. Toto právo je zakotveno především v Listině základních práv a svobod, přičemž možný konflikt s problematikou sběru etnických dat byl naznačen již výše – tedy že nikdo nemůže být nucen k přihlášení se k etnicitě.³⁹

³⁵ Ibidem.

³⁶ SIMON, P. The Choice of Ignorance, s. 14 an.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Simon sám uvádí například jiné objektivní metody, např. na základě sledování jména typického pro příslušníka zranitelné skupiny. Tento článek však tyto metody zahrnuje do souboru metody objektivního získávání dat o etnicitě, proto je tento poslední Simonův argument pro potřeby článku nepoužitelný a nepředstavuje v podstatě konflikt. Viz SIMON, P. The Choice of Ignorance, s. 14.

³⁹ K limitům metody sebeidentifikace více RINGELHEIM, J. Processing Data on Racial or Ethnic Origin for Anti-discrimination Policies, s. 56 an.

Toto riziko tohoto konfliktu je akcentováno i ve Spojené 10. a 11. periodické zprávě o plnění závazků plynoucích z Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace,⁴⁰ která byla schválena usnesením Vlády České republiky ze dne 10. 12. 2013 č. 936, ke Spojené 10. a 11. periodické zprávě o plnění závazků plynoucích z Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace. Zde Vláda konstatuje, že „[d]alším důvodem je i právo každé osoby svobodně si zvolit vlastní národnost bez jakéhokoliv vlivu či nátlaku. Získat údaje o počtech Romů či jiných etnických menšin je tak možné buď skrze jejich výslovné přihlášení se k dané menšině, (...)“.⁴¹

Vláda ve své zprávě pokračuje dále, kdy tuto svoji výhradu k problematice sběru etnických dat formou adresného sběru dat mírní odkazem právě na formu neadresného sběru dat, konkrétně zde k neadresnému sběru dat konstatuje, že „[e]tnický původ je tedy přiřazován druhými osobami na základě vnějších znaků bez ohledu na názor samotných identifikovaných osob. Tím může docházet k rozdílům mezi subjektivním a objektivním vnímáním etnického původu“.⁴² Zpráva dále nespécifikuje, proč situace, kdy dochází k rozdílu mezi subjektivním a objektivním vnímáním etnického původu, považuje za problém. Proto se článek v následující části bude věnovat argumentaci, proč tento rozpor, který je nezpochybnitelný, nepředstavuje riziko, ale naopak umožňuje kvalifikovaně určit míru nepřímé diskriminace zranitelných skupin uvnitř společnosti.

Stěžejním argumentem pro přiklonění se k neadresnému sběru etnických dat realizovanému metodou identifikace třetí osobou je odpověď na otázku, jak určit příslušníka menšiny ve spojení s realitou nepřímé diskriminace.⁴³ Tento v podstatě pragmatický argument představuje důvod, proč je obecně pro naplnění cílů sběru etnických dat lepší používat tuto metodu, místo metody sebeidentifikace i za předpokladu, že některé osoby budou pro účely statistiky evidovány jako příslušníci etnika, ke kterému se v rámci adresného sběru dat metodou sebeidentifikace nepřihlásili.⁴⁴ Tento problém ovšem částečně nastává i v případě přímé diskriminace; následující text proto bude tyto dva argumenty směřovat dohromady, přičemž důvod je nasnadě – argumenty pro sběr neadresných údajů metodou identifikace třetí osobou jsou stejně platné jak pro přímou, tak i nepřímou diskriminaci, přičemž u nepřímé diskriminace je jejich validita mnohem výraznější právě s odkazem na povahu nepřímé diskriminace, která se děje na základě objektivních kritérií a má povahu tzv. strukturální diskriminace.⁴⁵

⁴⁰ Zpráva dostupná na VLÁDA ČESKÉ REPUBLIKY. *Zprávy: plnění mezinárodních úmluv: Úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace* [online]. [2015-09-21]. Dostupné z: <<http://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/dokumenty/zpravy-plneni-mezin-umluv/umluva-o-odstraneni-vsech-forem-rasove-diskriminace-17715/>>.

⁴¹ Spojená 10. a 11. periodická zpráva o plnění závazků plynoucích z Mezinárodní úmluvy o odstranění všech forem rasové diskriminace, s. 8, dostupná na VLÁDA ČESKÉ REPUBLIKY. *Zprávy: plnění mezinárodních úmluv: Úmluva o odstranění všech forem rasové diskriminace* [online]. [2015-09-21]. Dostupné z: <<http://www.vlada.cz/cz/ppov/rlp/dokumenty/zpravy-plneni-mezin-umluv/umluva-o-odstraneni-vsech-forem-rasove-diskriminace-17715/>>.

⁴² Ibidem.

⁴³ Více se k tomuto tématu vyjadřuje Patrik Simon – SIMON, P. The Choice of Ignorance.

⁴⁴ Shodně tvrdí SIMON, P. The Choice of Ignorance, s. 17.

⁴⁵ Strukturální diskriminací se myslí především nepřímá diskriminace zranitelných skupin v kompletním přístupu k některému ze statků, ke kterému by měl být rovný přístup. Pochopitelně je možné si představit i strukturální diskriminaci přímou, v podmínkách demokratického právního státu je to však v podstatě nemožné. Jen stěží si lze představit zákonnou úpravu, která by například přímo vydělovala Romy z hlavního vzdělávacího proudu. Nepřímou zákonnou úpravu se stejným výsledkem si však představit již lze.

Na úvod je vhodné vymezit samotný pojem nepřímé diskriminace. Ta je v odborné literatuře obecně definována jako diskriminace, ke které dochází na základě zdánlivě neutrálního kritéria, které však ve svém důsledku zakládá nerovné zacházení na základě diskriminačního důvodu, respektive nepřiměřeně dopadá na zranitelnou skupinu.⁴⁶

Zároveň se v případě nepřímé diskriminace jedná o velmi složitý koncept, který je dále rozváděn jak v rámci teoretické reflexe,⁴⁷ tak v rámci rozhodovací praxe nadnárodních soudů,⁴⁸ Soudního dvora Evropské unie⁴⁹ či národních soudů.⁵⁰ Na rozdíl od diskriminace přímé, která je založena na principu přímého rozdílného zacházení na základě příznané etnicity, metoda nepřímá je založena na relativně objektivních kritériích. Samotný koncept nepřímé diskriminace je do určité míry problematický, především s ohledem na fakt, že se nemusí vždy jednat o úmyslné jednání – tedy ono diskriminační kritérium (které nemusí být zcela jasné) může být samo o sobě kritériem racionálním. Zákonná úprava nepřímé diskriminace však s touto problematikou počítá, když v ustanovení § 3 odst. 1 antidiskriminačního zákona uvádí, že „[n]epřímou diskriminací není, pokud toto ustanovení, kritérium nebo praxe je objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky k jeho dosažení jsou přiměřené a nezbytné“, tedy pokud ono pravidlo ob stojí v testu proporcionality, nejedná se o nepřímou diskriminaci.

Pokud by v hypotetickém státě existovalo pravidlo, na základě kterého je Romům odepřen přístup ke vzdělání, přičemž za Roma je považován každý, kdo sám sebe považuje za Roma, byla by metoda sběru dat na základě sebeidentifikace relevantní pro zjištění dopadu tohoto zjevně diskriminačního pravidla na populaci. Stát by jednoduše zjistil, kdo se hlásí k romské etnicitě a toto procento populace školního věku by bylo obětí této přímé diskriminace. Je však zjevné, že realita diskriminace, a to i diskriminace přímé, je mnohem složitější.

V prvé řadě v případě přímé diskriminace dochází k identifikaci osoby jako příslušníka zranitelné (diskriminované) skupiny na základě sekundárních znaků, tedy ne přímo na základě přímého přihlášení se ke zranitelné skupině. Respektive, diskriminovaná osoba se ke zranitelnému etniku přihlásí až na základě přímého dotazu na svoje etnikum, který je veden poté, co nepřímé znaky vedou k podezření, že je jejím příslušníkem,

⁴⁶ Nepřímá diskriminace je definována antidiskriminačním zákonem v § 3 odst. 1 jako „*takové jednání nebo opomenutí, kdy na základě zdánlivě neutrálního ustanovení, kritéria nebo praxe je z některého z důvodů uvedených v § 2 odst. 3 osoba znevýhodněna oproti ostatním. Nepřímou diskriminací není, pokud toto ustanovení, kritérium nebo praxe je objektivně odůvodněno legitimním cílem a prostředky k jeho dosažení jsou přiměřené a nezbytné.*“ Specificky k nepřímé diskriminaci z důvodu zdravotního postižení se vztahuje ustanovení § 3 odst. 2 antidiskriminačního zákona. K pojmu nepřímé diskriminace více BOBEK, M. – BOUČKOVÁ, P. – KÜHN, Z. *Rovnost a diskriminace*. Praha: C. H. Beck, 2007.

⁴⁷ Například HUNTER, R. *Indirect Discrimination in the Workplace*. Sydney: The Federation Press, 1992 či HAVELKOVÁ, B. Nepřímá diskriminace z důvodu pohlaví v judikatuře Evropského soudního dvora. *Právní rozhledy*. 2006, č. 6, s. 213.

⁴⁸ Jako příklady rozhodovací praxe Evropského soudu pro lidské práva ve věci nepřímé diskriminace lze uvést například rozsudek *D. H. a ostatní proti České republice*, cit. pozn. pod č. 10, či rozsudek velkého senátu ze dne 16. března 2010 ve věci *Oršus a ostatní proti Chorvatsku*, stížnost č. 15766/03, dostupné z: <<http://hudoc.echr.coe.int/>>.

⁴⁹ K problematice rozhodovací praxe Soudního dvora EU ve věci nepřímé diskriminace více TOBLER, CH. *Indirect Discrimination: A Case Study Into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination Under EC Law*. Antverpy – Oxford: Intersentia, 2005.

⁵⁰ Například náleží Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 1136/13 ze dne 12. 8. 2015, dostupný z: <<http://nalus.usoud.cz/Search/Search.aspx>>.

což zjevně nekoresponduje s předpokladem diskriminace na základě sebeidentifikace. Obecně je etnicita pojem objektivní, je většinovou společností jako objektivní vnímán. Etnicitu definuje soubor objektivních znaků, které dále vedou k subjektivnímu chápání příslušníka etnika, promítnutého i do práva na sebeurčení zakotveného v Listině základních práv a svobod. O problematice etnicity blíže pojedná kapitola 2.4 tohoto článku.

Jako příklad může sloužit případ přímé diskriminace při pronájmu bytů Romům, který řešil Veřejný ochránce práv, konkrétně ve stanovisku Ochránce sp. zn. 112/2012/DIS ze dne 10. 12. 2014.⁵¹ Kancelář Veřejného ochránce práv provedla v rámci svého šetření podnětu na přímou diskriminaci Romů při přístupu k pronájmu bytů situační testování, kdy figurantka (pracovnice nevládní organizace) poptávala u několika makléřských společností pronájem pro fiktivní romskou klientku. Výsledné přepisy telefonních rozhovorů figurantky a realitních makléřů ukazují, že po sdělení jména fiktivní klientky, které bylo romské, následoval dotaz, zda klientka není náhodou Romka, protože makléři byty Romům na přání majitele nepronajímají. Tento příklad ukazuje, že ač figurantka následně přiznala, že její klientka je Romka, makléři tuto skutečnost, respektive podezření na ni, získali na základě nepřímého znaku – v tomto případě jména. Stejnou skutečnost dokumentují i popsané případy odmítnutí pronájmu bytu Romům po osobní prohlídce, kdy makléř, či majitel bytu, identifikoval osobu na základě vzhledu jako Roma.

Výše uvedený příklad ukazuje, že ani pro situace, kdy ve společnosti dochází k přímé diskriminaci na základě etnika, není metoda pouhé sebeidentifikace metodou vhodnou pro to, aby byla diskriminace ve společnosti dostatečně zmapována a aby vyšel najevo její plný rozsah. V podstatě nikdy ani přímá diskriminace neprobíhá na základě samotné sebeidentifikace oběti diskriminace jako příslušníka zranitelné skupiny. Naopak, z logiky věci se příslušníci zranitelné skupiny ke svému etniku sami od sebe příliš nehlásí, protože jejich zájem je pochopitelně získat „statek“⁵² i přes svoji příslušnost k diskriminované skupině a nebýt tak obětí diskriminace. Snahou diskriminující strany je naopak identifikovat příslušníka zranitelné skupiny, aby reálně mohla naplnit svůj diskriminační požadavek, který je z jejího pohledu žádoucí.

U nepřímé diskriminace, která je z pohledu antidiskriminačního práva mnohem složitější, je výše uvedený rozpor ještě více markantní. Zde není rozdělení na diskriminujícího a diskriminovaného natolik jasné, respektive, diskriminace konkrétní zranitelné skupiny nemusí vůbec být úmyslem diskriminujícího. Může se jednat o vedlejší efekt objektivně nastaveného kritéria, které je z obecného hlediska racionální, avšak ve své podstatě vede k faktické diskriminaci zranitelné skupiny. Tato diskriminace nemusí být

⁵¹ Stanovisko Ochránce sp. zn. 112/2012/DIS ze dne 10. 12. 2014, dostupné ze: <<http://eso.ochrance.cz/Nalezene/Edit/2000>>.

⁵² Ve smyslu zákona č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a o právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon) je tím myšleno právo na zaměstnání a přístup k zaměstnání, přístup k povolání, podnikání a jiné samostatné výdělečné činnosti, k pracovním, služebním poměrům a jiné závislé činnosti, včetně odměňování, členství a činnosti v odborových organizacích, radách zaměstnanců nebo organizacích zaměstnavatelů, včetně výhod, které tyto organizace svým členům poskytují, členství a činnosti v profesních komorách, jakož i výhod, které tyto veřejnoprávní korporace svým členům poskytují, sociálnímu zabezpečení, přiznání a poskytování sociálních výhod, přístup ke zdravotní péči a její poskytování, přístup ke vzdělání a jeho poskytování, přístup ke zboží a službám, včetně bydlení, pokud jsou nabízeny veřejnosti nebo při jejich poskytování.

na první pohled patrná, její kontury jsou nejasné a velmi často nemůžeme ani s určitostí konstatovat, že dochází k nějaké diskriminaci.

To je přesně situace, kdy se ukáže sběr etnických údajů na základě metody identifikace třetí osobou a jejich následné statistické zpracování jako jediná možnost, jak diskriminaci jako nežádoucí jev odhalit. A právě tato statistika může sloužit jako podklad pro nápravu tohoto nežádoucího stavu – například změnou nastaveného kritéria, které již v kontextu zjištěného diskriminačního dopadu neobstojí jako racionální.

Jako příklad v České republice může sloužit realita nepřímé diskriminace Romů v přístupu ke vzdělání. Česká republika je po rozsudku Evropského soudu pro lidská práva ze dne 13. 11. 2007 ve věci *D. H. a ostatní proti České republice* konstantně kritizována za diskriminaci Romů v přístupu ke vzdělání. Na závěry ESLP navázal Veřejný ochránce práv ve svém Výzkumu etnického složení žáků základních škol speciálních v roce 2011/2012. Právě výzkum Veřejného ochránce práv může jednoznačně sloužit jako ukázka důležitosti sběru etnických dat pro prokázání nepřímé diskriminace, proto je dobré se na něj zaměřit dále.

Nejprve je nutné se podívat na údaje, které k problematice etnického složení žáků základních škol speciálních (dříve zvláštních škol) uvádí ESLP v rozsudku *D. H. a ostatní proti České republice*. ESLP zde konstatuje, že „[v] posuzovaném případě byly statistické údaje předložené stěžovateli získány z dotazníků rozeslaných ředitelům zvláštních a základních škol v Ostravě v roce 1999. Z údajů vyplývá, že tou dobou tvořili Romové 56 % všech žáků zvláštních škol, zatímco z celkového počtu žáků základních škol v Ostravě tvořili pouze 2,26 %. Navíc, zatímco z žáků neromského původu jich bylo do zvláštních škol zařazeno jen 1,8 %, podíl ostravských Romů zařazených do zvláštních škol činil 50,3 %. Podle vlády nejsou tyto údaje dostatečně přesvědčivé, neboť vyjadřují pouze subjektivní názor ředitelů škol. Vláda také podotýká, že neexistují žádné oficiální informace o etnickém původu žáků a že v ostravském regionu žije jedna z největších romských populací.“⁵³ Ač soud této námitce Vlády nepřisvědčil, představuje jedno ze stěžejních slabin samotného rozhodnutí Velkého senátu. Kritika způsobu získání statistických údajů o etnicitě, které se neopíraly o žádnou podrobně popsanou a verifikovatelnou metodu, je zajisté oprávněná. Realita nepřímé diskriminace romského etnika v českém školství zůstává tušenou skutečností.

Výše popsanou mezeru se svým Výzkumem etnického složení žáků základních škol speciálních (dříve zvláštních) pokusil překlenout Veřejný ochránce práv. Zvolenou metodou byl právě neadresný sběr dat na základě pozorování třetí osobou. Nejprve proběhl náhodný výběr škol, na kterých bude výzkum probíhat, následně školy navštívili ve dvojicích zaměstnanci Kanceláře Veřejného ochránce práv (dále jen „KVOP“), kteří provedli identifikaci na základě prostého pozorování žáků ve třídě. Tento údaj byl verifikován dotazníkovým šetřením mezi učiteli škol.

Výsledný závěr šetření byl shrnut v závěrečné zprávě Veřejného ochránce práv, dle kterého „[c]o se týká výsledků výzkumu, lze konstatovat, že třídní učitelé i pracovníci KVOP se v odhadovaném podílu romských žáků shodují: tento podíl představuje 35 %, resp. 32 %. Dva různé odhady získané dvěma odlišnými metodami založenými na odlišných výcho-

⁵³ *D. H. a ostatní proti České republice*, odstavec 190.

discích se shodují na tom, že podíl romských žáků ve sledovaných školách představuje zhruba jednu třetinu“.⁵⁴

Na základě výzkumu se dlouho tušená skutečnost stala empiricky ověřeným faktem. Údaje Veřejného ochránce práv byly následně potvrzeny dalšími výzkumy především České školní inspekce. Jejich výsledek lze ukázat jako jednoznačné potvrzení síly sběru etnických dat, který, pokud je prováděn na základě jasné a verifikovatelné metodologie, představuje nejučinnější nástroj pro odhalování nepřímé diskriminace. Pouze na základě takto získaných údajů lze nepřímou diskriminaci nejen odhalit, což má být vždy pouze první krok, ale následně i učinit opatření, která povedou k jejímu odstranění.

Výše uvedenou argumentaci ve své podstatě potvrdil i Ústavní soud České republiky ve svém nálezu Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 1136/13 ze dne 12. 8. 2015.⁵⁵ Ústavní soud v tomto nálezu přezkoumával předchozí rozhodnutí Nejvyššího soudu, jehož předmětem bylo mimo jiné obrácení důkazního břemene v případech tvrzené diskriminace podle ustanovení § 133a písm. b) zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění účinném od 1. září 2009, dle kterého „[p]okud žalobce uvede před soudem skutečnosti, ze kterých lze dovodit, že ze strany žalovaného došlo k přímé nebo nepřímé diskriminaci (...), je žalovaný povinen dokázat, že nedošlo k porušení zásady rovného zacházení“.

Ústavní soud, ač následně z důvodů věcné nedůvodnosti ústavní stížnosti rozhodnutí Nejvyššího soudu nezrušil, potvrdil, že samotná skutečnost, že žalobce uvedl statistické údaje, které prokazovaly neproporcionální zastoupení romské menšiny na tehdejších zvláštních školách, vede k obrácení důkazního břemene na žalovaného, který je povinen prokázat, že k diskriminaci nedošlo (což v projednávaném případě žalobce dle značně kontroverzního tvrzení Ústavního soudu prokázal).

Obecné soudy, respektive Nejvyšší soud, ve svém posouzení věci operovaly s pojmem statistická významnost⁵⁶ a dovodily, že tvrzené disproporční zastoupení Romů na zvláštních školách jí nedosáhlo. Tato argumentace však byla Ústavním soudem odmítnuta. Naopak Ústavní soud uvedl, že „[p]ředpoklad nepřímé diskriminace by se ve věci stěžovatele naopak mohl odvíjet od zjištění zjevné disproporce mezi podílem počtu dětí příslušejících do chráněné skupiny, jež byly zařazeny do zvláštních škol, na celkovém počtu takto zařazených dětí, a podílem celkového počtu dětí příslušejících do chráněné skupiny na celkovém počtu dětí na území, kde mělo k diskriminační praxi docházet (případně podílem celkového počtu obyvatel příslušejících do chráněné skupiny na celkovém počtu obyvatel.)“.⁵⁷

Ústavní soud uzavírá, že „[v] projednávané věci se obecné soudy při hodnocení stěžovatelem předložených statistických údajů omezily na posouzení jimi stanovené hranice statistické významnosti. Takovéto posouzení je ovšem zcela nedostatečné a pro závěr, že stěžovatel neprokázal předpoklad nepřímé diskriminace, neposkytuje – z důvodů výše uvedených – rozumný základ. Ústavní soud proto spatřuje v uvedeném závěru vybočení

⁵⁴ VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PRÁV. *Popis metody a výsledky výzkumu etnického složení žáků bývalých zvláštních škol v ČR v roce 2011/2012*, s. 20.

⁵⁵ Viz citace pozn. pod č. 48.

⁵⁶ Přičemž pojem „statistická významnost“ používaly obecné soudy zcela chybně, za tento postřeh děkuji Hubertu Smekalovi.

⁵⁷ Nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 1136/13 ze dne 12. 8. 2015, odst. 51.

*z požadavků plynoucích pro rozhodování obecných soudů z práva na soudní ochranu podle čl. 36 odst. 1 Listiny a čl. 6 odst. 1 Úmluvy.*⁵⁸

Výše uvedené rozhodnutí Ústavního soudu, ač ve svém výsledku znamenalo pro stěžovatele nepříznivé rozhodnutí, jednoznačně prokazuje důležitost etnických statistik pro individuální stěžovatele při prokazování nároků na odškodnění v případě nepřímé diskriminace.

Právě realita nepřímé diskriminace, již simuluje neadresný sběr dat realizovaný metodou identifikace na základě objektivních kritérií, kdy má kodér při sběru dat „úlohu (...) pohlédnout na žáky očima majoritní společnosti, která identifikuje Romy na první pohled, bez osobní známosti“⁵⁹ je metodou, která odstraní všechny výše uvedené rozpory při sběru etnických dat.

2.2 Osobní údaje

O problematice osobních údajů bylo částečně pojednáno v předchozí kapitole. Závěrem, na kterém bude tato kapitola stavět, je fakt, že v případě neadresného sběru dat metodou identifikace třetí osobou nejsou shromažďovány žádné osobní údaje z pohledu zákona o osobních údajích. Tento konflikt, jak bude dále ukázáno, je tedy pouze zdánlivý.

V případě neadresného sběru dat odpadá strach ze zneužití osobních či citlivých údajů jednak z pohledu komunity, tak i z pohledu právní úpravy ochrany osobních údajů, protože se žádné osobní údaje pro účely takto designovaného výzkumu nesbírají. Zároveň pouze sběr tohoto typu dat je realizovatelný metodou pozorování třetí osobou.

Osobním údajem se podle § 4 písm. a) zákona č. 101/2000 Sb., o ochraně osobních údajů a o změně některých zákonů (dále jen zákon o ochraně osobních údajů), rozumí „*jakákoliv informace týkající se určeného nebo určitelného subjektu údajů. Subjekt údajů se považuje za určený nebo určitelný, jestliže lze subjekt údajů přímo či nepřímo identifikovat zejména na základě čísla, kódu nebo jednoho či více prvků, specifických pro jeho fyzickou, fyziologickou, psychickou, ekonomickou, kulturní nebo sociální identitu*“, citlivým údajem se podle ustanovení § 4 písm. b) zákona o ochraně osobních údajů rozumí „*osobní údaj vypovídající o národnostním, rasovém nebo etnickém původu, politických postojích, členství v odborových organizacích, náboženství a filozofickém přesvědčení, odsouzení za trestný čin, zdravotním stavu a sexuálním životě subjektu údajů a genetický údaj subjektu údajů; citlivým údajem je také biometrický údaj, který umožňuje přímou identifikaci nebo autentizaci subjektu údajů*“.

Je tedy zjevné, že v případě sběru neadresných údajů, které neumožňují identifikaci sledované proměnné s konkrétním subjektem, nedochází k získávání takových dat, na základě kterých by se subjekt údajů přímo či nepřímo identifikoval zejména na základě čísla, kódu nebo jednoho či více prvků, specifických pro jeho fyzickou, fyziologickou, psychickou, ekonomickou, kulturní nebo sociální identitu, protože žádný z těchto určujících identifikátorů není předmětem sběru dat pro potřeby neadresného výzkumu.

⁵⁸ Nález Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 1136/13 ze dne 12. 8. 2015, odst. 52.

⁵⁹ VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PRÁV. *Popis metody a výsledky výzkumu etnického složení žáků bývalých zvláštních škol v ČR v roce 2011/2012*, s. 14.

Výsledný dataset se bude sestávat pouze s kvantifikovaných počtů sledovaných proměnných, přičemž není možné zpětně rekonstruovat, kterému subjektu byla přiřazena jaká proměnná.

Na tomto místě je potřeba pojednat i o ustanovení § 4 písm. c) zákona o ochraně osobních údajů, podle kterého se anonymním údajem rozumí „*takový údaj, který buď v původním tvaru, nebo po provedeném zpracování nelze vztáhnout k určenému nebo určitelnému subjektu údajů*“. Zákon o ochraně osobních údajů dále nestanoví žádné povinnosti pro sběr a uchování anonymních údajů. Z pohledu práva na ochranu osobních údajů proto není žádný rozdíl v tom, pokud se v rámci výzkumu nejprve sbírají data adresná, která jsou následně anonymizována, a pokud se sbírají data neadresná. Rozdíl je však v úskalí metody sběru adresných dat, jak jsou popsána výše. Navíc, sběr adresných dat se před anonymizací musí řídit zákonem o ochraně osobních údajů, protože jsou v jeho rámci sbírány citlivé údaje, což při realizaci sběru neadresných dat nejsou. Dalším výrazným rozdílem je v případě sběru dat samotná důvěryhodnost takto získaných dat, jak bylo popsáno výše.

Ze znění zákonné úpravy ochrany osobních dat je tedy zřejmé, že výše popsáný konflikt, kterým je často argumentováno jako znemožňujícím sběr etnických dat, je pouze zdánlivý a nemá oporu v realitě právního rámce, ve kterém by byl výzkum realizován. Ke stejným závěrům dospěl i Veřejný ochránce práv ve svém výzkumu etnického složení žáků základních škol speciálních, kdy Veřejný ochránce práv ve své závěrečné zprávě konstatoval, že „*[n]aopak, jsou-li zjišťovány údaje vypovídající o etnickém složení určité skupiny jako celku (školy, lokality, pracoviště aj.), aniž lze identifikovat, kterým jedincům z této skupiny údaje o etnicitě patří, nelze hovořit o adresném sběru dat. Výsledkem je pouze číslo, procentuální podíl. Na neadresné zjišťování dat zákon o ochraně osobních údajů nedopadá.*“⁶⁰

Případný konflikt se tedy týká pouze sběru adresných etnických dat, nejčastěji realizovaného na základě metody sebeidentifikace, popřípadě metody identifikace na základě identifikace členy skupiny. I zde se však nejedná o nepřekonatelnou překážku – takto realizovaný výzkum se však musí řídit zákonem o ochraně osobních údajů.

2.3 Zneužití dat

Obava ze zneužití dat sebraných pro potřeby etnické statistiky je jedním z častých argumentů, který proti její realizaci zaznívá především ze strany samotných zranitelných skupin. Jako příklad může být anketa webu Romea, ve které tuto obavu vyjádřila Lýdia Poláčková, členka Rady vlády pro záležitosti romské menšiny.⁶¹ Strach ze zneužití údajů obecně souvisí s nedůvěrou zranitelných skupin ke státu jako instituci a je založena na velmi neblahé historické konotaci, o čemž bylo stručně pojednáno výše v úvodní kapitole.

Tato obava je však, stejně jako všechny výše uvedené, lichá. Jak bylo argumentováno výše, při sběru neadresných etnických dat není možné identifikovat, který jedinec je

⁶⁰ VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PRÁV. *Popis metody a výsledky výzkumu etnického složení žáků bývalých zvláštních škol v ČR v roce 2011/2012*, s. 7.

⁶¹ KOMÁREK, Michal. David Beňák v anketě serveru Romea.cz: Bez „etnických statistik“ jsme de facto slepí. In: *Romea* [online]. 2015.

považován za příslušníka zranitelné skupiny a státní aparát tak sběrem etnických údajů na základě metody identifikace třetí osobou nezískává data, která by byla zneužitelná k represí konkrétních osob. Kde má tato výhrada jisté opodstatnění je však možnost systémové státní represe.

Systémovou státní represí je myšleno nastavení takové politiky, která bude mít záměrně nepřímou diskriminační charakter. Základní riziko spočívá ve faktu, že stejné závěry, které plynou z etnických statistik, mohou sloužit jako podklad pro zlepšení situace zranitelné skupiny pomocí nastavení konkrétních, především sociálních politik, popřípadě k odstranění systémové nepřímé diskriminace, ale stejně tak mohou etnické statistiky sloužit k opačnému účelu.

Lze si představit takovou politiku státu, která by například do míst s vysokým podílem romské populace zastavila peněžní toky na určité sociální projekty se skrytým argumentem „nebudeme dávat peníze Romům“. Ani tento argument však nemůže sloužit jako obhajoba pro absenci sběru údajů o etnicitě, právě naopak.

Pokud budou data mapující etnické složení obyvatelstva k dispozici, mohou sloužit nejen státu jako organizaci, ale také samotným zranitelným skupinám. Tyto údaje tak mohou sloužit i jako opatření proti těmto politikám státu. Pokud k podobnému opatření dojde, jednotlivcům a především nevládním organizacím se nabízí data, na základě kterých mohou požadovat nápravu, jak bylo popsáno výše na příkladu nálezu Ústavního soudu. Princip je v podstatě stejný, jako v případě jakékoliv jiné nepřímé diskriminace – pokud existují data, která tuto nepřímou diskriminaci prokazují, jednoznačně je pozice diskriminované skupiny lepší, než pokud tato data neexistují. Tedy i v případě, že se tato data stanou podkladem pro nepřímou diskriminaci, zároveň usvědčují instituci, která diskriminuje. Potenciální oběti mají navíc mnohem lepší důkazní pozici před soudy, které je mají před diskriminací chránit.

Argument zneužitím dat proto může sloužit stejně jako argument pro sběr etnických dat – respektive, vždy se jedná o dvě strany téže mince, pokud stát na základě těchto dat nastaví systémovou nepřímou diskriminaci, její oběti mají velmi silnou pozici při zjednávání nápravy, popřípadě pro domáhání se odškodného. I tento argument proti sběru etnických údajů se proto ukazuje jako nedůvodný.⁶²

2.4 Nejasnost pojmu etnicity

Problematika pojmu etnicity není primárně problematikou práva. Jedná se o pojem, se kterým obecně pracují sociální vědy, přičemž na jeho obsahu nepanuje jasná shoda, tedy neexistuje obecně sdílená definice pojmu etnicita.⁶³ S tímto závěrem pracoval i výzkum Veřejného ochránce práv citovaný výše.⁶⁴

Obecně argument nejasností etnicity nabourává výsledky etnických statistik s ohledem na jejich platnost (*reliability*) a spolehlivost (*validity*) a obecně tedy nabourává

⁶² Ke stejnému závěru dochází i Patrik Simon – SIMON, P. The Choice of Ignorance.

⁶³ Viz poznámka pod čarou 19. tohoto článku. Jako další příklad možno uvést např. RUMBAUT, R. G. The Crucible Within: Ethnic Identity, Self-Esteem, and Segmented Assimilation Among Children of Immigrants. *International Migration Review*. 1994, Vol. 28, č. 4, s. 748–794.

⁶⁴ VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PRÁV. *Popis metody a výsledky výzkumu etnického složení žáků bývalých zvláštních škol v ČR v roce 2011/2012*, s. 5.

platnost (*measurement*) takto získaných dat. Platnost výsledku obecně znamená, že při opakovaném měření dostáváme stále stejný výsledek,⁶⁵ spolehlivost potom znamená, že výsledek, který dostáváme, odpovídá realitě.⁶⁶

Problém lze překlenout jasnou definicí toho, co za dané znaky etnicity považovat. Tedy pokud součástí designu výzkumu bude vodičko, které pomůže kodérům určit, které znaky představují důvod pro to, koho lze považovat za příslušníka konkrétního etnika. Závěrečná zpráva Veřejného ochránce práv k etnickému složení žáků základních škol speciálních cituje následující faktory, které mohou ovlivňovat etnicitu dané osoby: „*zejména rodový původ, kulturu, sociální kontext, ve kterém osoba žije (vesnický nebo městský), rasu, národnost, zemi narození, občanství, náboženství a jazyk*“.⁶⁷

V rámci metody identifikace na základě pozorování třetí osobou budou hlavní znaky identifikovatelné nezávisle na samotném subjektivním určení osoby, ale na základě subjektivního určení kodéra. Tedy především vzhled osoby, jméno, jazyk, kulturní či sociální prostředí, ze kterého osoba pochází.

Pokud budou takto definovány znaky sledované etnicity, výzkum se stane měřitelným, tedy bude naplněna platnost a spolehlivost výzkumu. Jednotliví kodéři by měli přiřadit ke každé osobě stejnou proměnnou, která by měla odpovídat jeho etnicitě. Tímto postupem je vyvrácena i čtvrtá a poslední námitka, kterou formuloval Simon.

ZÁVĚR – OBHAJOBA SBĚRU ETNICKÝCH DAT

András Pap ve své obhajobě sběru etnických dat cituje na závěr rozhodnutí amerického Nejvyššího soudu v kauze *Bakke*,⁶⁸ ve kterém soudce Harry Blackmun konstatoval, že „*pokud chceme překonat rasismus, musíme počítat s rasou (...) a (...) pokud chceme s některou osobou zacházet stejně, musíme s ní (...) zacházet odlišně*“.^{69,70} Tato památná věta přesně vyjadřuje paradox práva na rovné zacházení, který je stěžejním pro obhajobu sběru etnických dat.

Pokud má stát za cíl prosazovat právo na rovné zacházení pro všechny příslušníky etnických menšin, musí znát situaci těchto etnických menšin a musí vědět, kde jsou práva těchto menšin porušována. Tento princip je základním argumentem pro sběr etnických dat. Stát nemůže etnicitu ignorovat, pokud tak činí, nikdy nemůže účinně zamezovat diskriminaci zranitelných skupin. Základním východiskem pro nastavení antidiskriminační politiky je znalost diskriminační praxe.

Výše byly nastíněny základní konflikty, které jsou v debatě o sběru etnických dat uváděny. Dle kritiků této praxe při sběru etnických dat dochází k popření práva na sebeurčení u zranitelných skupin, je ohroženo právo na soukromí a etnické skupině, která bude takto zmapována, hrozí nebezpečí perzekuce.

⁶⁵ EPSTEIN, L. – MARTIN, A. D. *An introduction to empirical legal research*, s. 48.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 49.

⁶⁷ VEŘEJNÝ OCHRÁNCE PRÁV. *Popis metody a výsledky výzkumu etnického složení žáků bývalých zvláštních škol v ČR v roce 2011/2012*, s. 5.

⁶⁸ *Regents of University of California v. Bakke*, (438 US 265, 1978).

⁶⁹ „*To get beyond racism, we must take account of race ... and ... to treat some persons equally, we must ... treat them differently.*“

⁷⁰ Citace dle PAP, A. L. *Criminal Justice and Ethnic Data Collection in Hungary*, s. 182.

Při bližším pohledu na všechny tyto námitky však docházíme k závěru, že konflikty jsou v případě sběru neadresných etnických dat metodou identifikace třetí osobou pouze zdánlivé. Právo na sebeidentifikaci není touto metodou narušeno, navíc diskriminace se neděje na základě sebeidentifikace osob jako příslušníků zranitelné skupiny, ale na základě zařazení těchto jednotlivců k příslušníkům zranitelné skupiny majoritní společnosti. Při sběru neadresných dat nejsou zároveň získávány osobní údaje ve smyslu zákona o ochraně osobních údajů, ani tato námitka tedy nemá oporu v realitě. Příslušníci zranitelných skupin navíc nejsou na základě těchto údajů identifikovatelní jako jednotlivci, celá skupina pak profituje z těchto informací jako z podkladů pro zlepšení svého statusu a při domáhání se soudní ochrany před diskriminací. Obava ze zneužití znalostí o situaci zranitelných skupin je stejnou stranou mince jako informace sloužící ke zlepšení těchto skupin. I třetí námitka proti sběru etnických dat proto neobstojí v konfrontaci s realitou.

Příklady dobré praxe z České republiky, především výzkum Veřejného ochránce práv k etnickému složení žáků základních škol speciálních, navíc ukazují, že sběr neadresných etnických dat metodou identifikace třetí osobou je realizovatelný v právním řádu České republiky.

DISKUSE

ALEXYHO VÁŽÍCÍ FORMULE

Jan Wintr*

Abstrakt: *Princip proporcionality je dnes jedním z nejvýznamnějších metodických vodítek pro rozhodování ústavních soudů. V roce 2003 přišel Robert Alexy se svou vážící formulí coby nástrojem k posouzení nejproblematičtějšího ze tří kritérií testu proporcionality, onoho třetího, jehož pravidlo poměřování formuluje Robert Alexy takto: „Čím větší je míra nenaplnění či omezení jednoho principu, tím větší musí být důležitost naplnění principu jiného.“ Alexyho vážící formuli se věnuje tento článek. Snaží se ji co nejsrozumitelněji vysvětlit a poté aplikovat na několik vybraných rozhodnutí českého Ústavního soudu. Cílem je experimentálně ověřit, zda se jedná o praktický a přesvědčivý nástroj poměřování kolidujících principů a zda jeho prostředí může případně přispět k identifikaci rozdílnosti v názorech v situaci rozumné neshody. Článek dospívá k závěru, že se o použitelný nástroj ústavněprávní argumentace jedná a že jej lze použít jak pro přezkum individuálních zásahů do základních práv, tak pro abstraktní kontrolu ústavnosti nebo dokonce i na střety právních principů organického ústavního práva. Vážící formule může přispět přinejmenším ke zpřehlednění a lepšímu pochopení argumentace ústavních soudů. Článek také reaguje na některé kritiky, které jsou vůči vážící formuli vznášeny.*

Klíčová slova: *princip proporcionality, vážící formule, přezkum ústavnosti, základní práva*

ÚVOD

Princip proporcionality, jemuž se věnuje série článků časopisu Právník, započatá loňským textem Roberta Alexyho,¹ je dnes jedním z nejvýznamnějších metodických vodítek pro rozhodování ústavních soudů.

Princip proporcionality byl vytvořen a rozvinut dlouhodobou činností německého Spolkového ústavního soudu;² lze jej formulovat jako příkaz veřejné moci, aby zasahovala do ústavně chráněných principů a hodnot (zejména základních práv a svobod občanů) jen v nezbytných případech a za použití jen takových prostředků nezbytných k dosažení cíle, které představují nejmenší zásah do ústavně chráněného principu či hodnoty. Hlavní opěrný bod pro zásadu proporcionality v našem ústavním pořádku nalezneme v čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, podle kterého při používání

* Doc. JUDr. PhDr. Jan Wintr, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: wintr@prf.cuni.cz. Zpracováno v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově (PRVOUK), P 04, s názvem *Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu*. Za připomínky a diskuse v různých fázích zpracovávání příspěvku děkuji Marku Antošovi, Danielu Askarimu, Aleši Gerlochovi, Janu Chmelovi, Filipu Jelínkovi, Vojtěchu Kilianovi, Tomáši Sobkovi a Pavlu Ondřejkovi. Velkou inspirací pro mne byly kromě Alexyho textů též jeho přednášky na Univerzitě Karlově a její právnické fakultě, na Ústavním soudu a na Ústavu státu a práva Akademie věd ČR v. v. i., jakož i následně neformální diskuse.

¹ ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 867–878.

² K vývoji detailně např. ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 136 an. nebo HOLLÄNDER, P. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 3, s. 261–284.

ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu.

Při posuzování možnosti omezení základního práva či svobody ve prospěch jiného základního práva (nebo jiné ústavní hodnoty) se tedy zkoumá proporcionalita (přiměřenost) takového omezení. Prvním kritériem je kritérium vhodnosti, tj. odpověď na otázku, zdali právní prostředek, omezující určité základní právo, vůbec umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (ochranu jiného základního práva nebo jiné ústavní hodnoty). Druhým kritériem je kritérium potřebnosti, spočívající v porovnávání právního prostředku omezujícího základní právo respektive svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod. Jinými slovy, obstat může jen takové opatření, které v porovnání s jinými opatřeními způsobitelnými chránit druhé základní právo či hodnotu představuje minimální zásah do prvního základního práva. Třetím kritériem je kritérium přiměřenosti, tj. porovnání závažnosti obou v kolizi stojících základních práv, včetně úvahy o tom, zda zkoumaný právní prostředek nezasahuje do samotné podstaty dotčeného prvního základního práva, zatímco neexistence toho institutu by pro zachování chráněného druhého základního práva či hodnoty měla méně závažné důsledky.

Zhruba takto vyložil test proporcionality Ústavní soud v nálezu Pl. ÚS 4/94, č. 214/1994 Sb., k přípustnosti anonymního svědka (viz níže). Soudce-zpravodaj Pavel Holländer studoval v letech 1992–1993 v německém Kielu u Roberta Alexyho, jenž v knize *Teorie základních práv*³ a četných časopiseckých článcích nejvýznamněji přispěl k teoretické reflexi používání principu proporcionality německým Spolkovým ústavním soudem.

V roce 2003 přišel Robert Alexy se svou vážicí formulí⁴ coby nástrojem k posouzení nejproblematictějšího ze tří kritérií testu proporcionality, onoho třetího, jehož pravidlo poměrování formuluje takto: „*Čím větší je míra nenaplnění či omezení jednoho principu, tím větší musí být důležitost naplnění principu jiného.*“⁵

Alexyho vážicí formulí chci věnovat tento článek. Pokusím se ji nejprve co nejsrozumitelněji vysvětlit a poté aplikovat na několik vybraných rozhodnutí českého Ústavního soudu. Cílem je ověřit, zda se jedná o praktický a přesvědčivý nástroj poměrování kolidujících principů a zda může případně přispět k identifikaci rozdílnosti v názorech v situaci rozumné neshody.⁶

1. VÁŽÍCÍ FORMULE A JEJÍ SLOŽKY

Vážicí formuli vyjadřuje Robert Alexy jednoduchým matematickým vzorcem:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

³ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

⁴ ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, roč. 16, č. 4, s. 433–449; ALEXY, R. Die Gewichtsformel. In: J. Jickeli – P. Kreutz – D. Reuter (Hg.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenstein*. Berlin: De Gruyter, 2003, s. 771–794. Alexy však v diskuzích na konferencích doporučuje tento nástroj používat ke strukturaci úvahy a analýze rozhodnutí, ne však vpisovat přímo do odůvodnění rozsudků.

⁵ ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 870.

⁶ SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 82–90.

Poměřujeme tu kolidující principy P_i a P_j . $G_{i,j}$ je výsledkem poměrování, vyjadřuje konkrétní váhu principu P_i ve vztahu k principu P_j . Bude-li výsledek $G_{i,j}$ vyšší než 1, převažuje princip P_i ; při výsledku nižším než 1 převažuje princip P_j , pat (výsledek roven 1) dává prostor zákonodárci pro volbu řešení.⁷ Do poměrování vstupují tři proměnné – intenzita zásahu (I), abstraktní váha principu (G) a míra spolehlivosti empirických a normativních předpokladů ohledně intenzity zásahu (S). K těmto třem faktorům se záhy vrátíme.

Alexyho vážící formule není v českém prostředí neznámá. David Kosař představil Alexyho vážící formuli už v roce 2008 a její zjednodušenou verzi použil na známou kauzu Rejžek vs. Vondráčková.⁸ Zabýval se jen intenzitou zásahu a konstatoval značnou intenzitu zásahu do svobody projevu, neboť kritika Jana Rejžka se týkala otázky vyrovnávání se s minulostí, což je otázka veřejného zájmu. Naproti tomu zásah do práva na ochranu osobnosti je nejvýše středně intenzivní, neboť Helena Vondráčková je osobou veřejně známou, která může na kritiku snadno v médiích reagovat. Svoboda projevu tedy stejně jako v nálezů Ústavního soudu I. ÚS 453/03 převážila.⁹

Další autoři Alexyho vážící formuli vysvětlovali nebo na ni odkazovali.¹⁰ Patrně prvním, kdo v české literatuře provedl celý výpočet na konkrétním příkladu, byl Vojtěch Kilian ve své diplomové práci *Právo na informace o platech a odměnách zaměstnanců veřejné správy*, vedené Františkem Korbelem a odevzdané v březnu 2016 na katedře správního práva a správní vědy Právnické fakulty UK. Pro názornost vysvětlím Alexyho vážící formuli na příkladu, který ve své práci použil, tj. na kolizi práva na informace a práva na ochranu soukromí.

Vraťme se tedy k oněm třem proměnným.

Intenzita zásahu. I_i vyjadřuje intenzitu zásahu do principu P_i , I_j důležitost realizace kolidujícího principu P_j , čili také intenzitu hypotetického zásahu do P_j , pokud bychom nezasáhli do P_i . Proměnná I může nabývat hodnot $2^0 = 1$ pro lehkou, $2^1 = 2$ pro střední a $2^2 = 4$ pro značnou intenzitu zásahu. Vojtěch Kilian hodnotil intenzitu zásahu do práva na informace v případě neposkytnutí informace o platu státního úředníka jako značnou ($2^2 = 4$), neboť bez přístupu k této informaci nelze dobře kontrolovat hospodaření s veřejnými prostředky. Naproti tomu nucené poskytnutí informace o platu zasahuje do práva na ochranu soukromí státního úředníka jen středně ($2^1 = 2$), neboť sama informace o výši platu nemá podle autora negativní či difamující charakter.

Abstraktní váha. Proměnné G_i a G_j vyjadřují abstraktní váhu principů P_i a P_j . Proměnná G může rovněž nabývat hodnot $2^0 = 1$ pro malou, $2^1 = 2$ pro střední a $2^2 = 4$ pro velkou abstraktní váhu principu. Zde Vojtěch Kilian přiřadil oběma principům, představujícím důležitá základní práva, váhu velkou, tedy $2^2 = 4$.¹¹ Odpovídá to pohledu Roberta Alexyho potud, že základní práva jsou *prima facie* rovnocenná; zde o rovnocennosti práva na informace a práva na ochranu soukromí není důvod pochybovat.

⁷ ALEXY, R. On Balancing..., s. 443; ALEXY, R. Die Gewichtsformel..., s. 791.

⁸ KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. 2008, č. 1, s. 3–19.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Srov. vedle Ondřejkových textů a článku VYHNÁNEK, L. Proporcionálně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, roč. XXII, č. 3, s. 203–221, též olomouckou diplomovou práci Zdeňka Červínka z roku 2012 a pražskou diplomovou práci Jana Broze z roku 2014.

¹¹ Z důvodů, které uvádím níže, bych zde přiřadil oběma principům abstraktní váhu střední, tedy 2.

Spolehlivost předpokladů. S_i konečně představuje spolehlivost empirických a normativních předpokladů o tom, jak intenzivní je zásah do P_i , a S_j spolehlivost empirických a normativních předpokladů o tom, jak intenzivní by byl zásah do P_j , kdyby nedošlo k zásahu do P_i . Proměnná S může nabývat hodnot $2^0 = 1$ pro jistý, $2^{-1} = \frac{1}{2}$ pro plauzibilní a $2^{-2} = \frac{1}{4}$ pro nikoli evidentně nesprávný předpoklad. Vojtěch Kilian považoval zásah do práva na informace v případě neposkytnutí informace o platu za jistý ($2^0 = 1$), zatímco na druhé straně přihlédl k tomu, že informace o platech státních úředníků nejsou zveřejňovány plošně, nýbrž jen na základě individuálních žádostí o poskytnutí informací, pročež předpoklad, že do práva na ochranu soukromí bude zasaženo, je nejvýše plauzibilní ($2^{-1} = \frac{1}{2}$). Vojtěch Kilian tak dospěl k následujícímu celkovému výsledku:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} = \frac{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1}} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{16}{4} = 4$$

Protože $G_{i,j}$ je větší než 1, právo na informace má v konkrétním případě poskytování informací o platech státních úředníků vyšší konkrétní váhu než právo na ochranu soukromí. K témuž závěru co do výsledku dospěl rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozhodnutí ze dne 22. 10. 2014, č. j. 8 As 55/2012-62.

Ještě se na chvíli zastavme u oné proměnné S , která se jeví na první pohled jako nejméně srozumitelná. Robert Alexy ji vysvětluje pomocí „epistemického“ pravidla poměrování: „Čím závažnější je zásah do základního práva, tím větší musí být jistota ohledně předpokladů odůvodňujících takový zásah.“¹² Jako příklad takové nejistoty uvádí ve svém článku v Právniku slavný rozsudek německého ústavního soudu BVerfGE 115, 118 (*Luftsicherheitsgesetz*) z 15. února 2006, v němž jedním z důvodů, proč není právně přípustné sestřelovat letadlo unesené teroristy, je nemožnost učinit si spolehlivý úsudek, zda jsou životy cestujících již *de facto* ztraceny.¹³ To je příklad spolehlivosti oněch empirických předpokladů. Za příklad spolehlivosti normativních předpokladů bych považoval v případě uvedeném výše rozptyl názorů ve společnosti ohledně toho, jak citelným vpádem do soukromí je uveřejnění výše našich příjmů (srov. i níže).

Dosavadní kritiku Alexyho vážící formule dobře shrnuje ve svém článku v Právniku č. 4/2016 Pavel Ondřejek. Podle kritiků 1) Alexyho vážící formule vytváří zavádějící obraz exaktnosti poměrování, 2) ona tři kritéria jsou navzájem nesouměřitelná, je to jako rozhodovat s nedávno zesnulým soudcem Nejvyššího soudu USA Antoninem Scaliou, zda je určitá čára delší více, než je určitý kámen těžší,¹⁴ a 3) není jasné, jak měřit abstraktní váhu principu v druhém kritériu.

Domnívám se, že opodstatněnost či neopodstatněnost této kritiky se ozřejmí poté, co se pokusíme aplikovat Alexyho vážící formuli na několik známých kauz českého Ústavního soudu a zamyslíme se nad přesvědčivostí výsledků, k nimž takto dospějeme.

¹² ALEXY, R. On Balancing..., s. 446; ALEXY, R. Die Gewichtsformel..., s. 789.

¹³ ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip..., s. 872.

¹⁴ Scaliovo odlišné stanovisko k rozhodnutí Nejvyššího soudu USA, 486 U. S. 888 (1988), Bendix Autolite Corp. v Midwesco Enterprises, Inc. Cit. podle ONDŘEJEK, P. Poměrování: klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 4, s. 349–368.

2. EXPERIMENTÁLNÍ UŽITÍ VÁŽÍCÍ FORMULE NA NĚKTERÉ KAUYZ ROZHODOVANÉ ÚSTAVNÍM SOUDEM

Už bylo řečeno, že Ústavní soud poprvé test proporcionality použil a zevrubně popsal v nálezu Pl. ÚS 4/94, č. 214/1994 Sb., k přípustnosti anonymního svědka.¹⁵ Od té doby jej používá poměrně hojně, databáze rozhodnutí Ústavního soudu NALUS obsahuje 128 nálezů, ke kterým je jako „předmět řízení“ přiřazen „princip proporcionality“.¹⁶ Alexyho vážící formule je sice nástrojem k provedení třetího kroku testu proporcionality, avšak nálezů Ústavního soudu, které byly explicitně rozhodnuty až v třetím kroku testu proporcionality, je naprosté minimum. Vedle nálezu o anonymním svědkovi je to už jen často citovaný nález III. ÚS 256/01 o rekognici fotografiemi.¹⁷

Domnívám se ale, že pro ilustraci fungování vážící formule lze využít i jiné kauzy, v nichž Ústavní soud test proporcionality neprováděl, ale obsahují zajímavou kolizi ústavních principů.

Vždy budeme poměřovat kolidující principy P_i a P_j , přičemž principem P_i bude ten, do kterého je posuzovaným právním předpisem nebo individuálním právním aktem zasahováno, a principem P_j ten, jež má posuzovaný právní předpis či individuální právní akt chránit. Nejprve se budeme zabývat abstraktní vahou obou principů (G), poté intenzitou zásahu (I) a nakonec mírou spolehlivosti empirických a normativních předpokladů ohledně intenzity zásahu (S). Oproti Alexyho vzorci jsem otočil pořadí abstraktní váhy principu (G) a intenzity zásahu (I). Alexy patrně vychází z toho, že intenzita zásahu je nejdůležitější a abstraktní váha a spolehlivost ji korigují. Mně přijde praktičtější nejprve identifikovat kolidující principy a určit jejich abstraktní váhu, a teprve pak se zabývat intenzitou zásahu a její spolehlivostí. Matematicky to ale samozřejmě vede ke shodnému výsledku.

a) Anonymní svědek (Pl. ÚS 4/94). Ústavní soud v říjnu 1994 dospěl k závěru, že institut anonymního svědka podle § 55 odst. 2 trestního řádu nepřiměřeně omezuje právo obviněného na obhajobu a na spravedlivý proces (P_i). Chráněným principem je nedotknutelnost osoby svědka podle čl. 7 odst. 1 Listiny (P_j).

Začneme abstraktní vahou kolidujících principů (G). Podle Alexyho mají ústavní principy zpravidla shodnou abstraktní váhu; jako výjimku Alexy uvádí převahu práva na život nad obecnou svobodou jednat podle čl. 2 odst. 1 německého Základního zákona¹⁸ nebo vyšší váhu principu lidské důstojnosti.¹⁹ Protože se ve všech případech omezíme na třístupňovou škálu, nemáme jinou volbu než většině základních práv a svobod přiznat

¹⁵ Lze ale souhlasit s Pavlem Ondřejkem, že fakticky byl princip proporcionality použit už v nálezu Pl. ÚS 43/93 (č. 91/1994 Sb.), jímž Ústavní soud zrušil trestnost hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu jako nepřiměřené omezení svobody projevu. Ústavní soud v odůvodnění říká: „Protože každý zákon obsahující příkazy a zákazy zasahuje do svobody jednotlivce a jeho základních práv, je třeba uvážit, zda a do jaké míry jsou příkazy zákona zřetelné a přesně definovány, ale také zda jsou svému účelu přiměřené, vhodné a potřebné.“ Srov. ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Leges, Praha 2012, s. 155.

¹⁶ Srov. <http://nalus.usoud.cz/> [cit. 2015-03-05].

¹⁷ Srov. např. KOSAŘ, D. – VYHNÁNEK, L. – KÜHN, Z. – ANTOŠ, M. *Ústavní právo. Casebook*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 366–375.

¹⁸ ALEXY, R. *On Balancing...*, s. 440; ALEXY, R. *Die Gewichtsformel...*, s. 778.

¹⁹ ALEXY, R. *Lidská důstojnost a princip...*, s. 871.

váhu střední, vybraným nejdůležitějším základním právům váhu velkou a například většině sociálních práv (jejichž slabší pozici postuluje čl. 41 odst. 1 Listiny) a některým veřejným zájmům či ústavním principům váhu malou.

Základní právo na obhajobu a na spravedlivý proces tak nutně bude mít váhu střední, ovšem nedotknutelnosti osoby jako jednomu z nejdůležitějších základních práv lze přiznat onu výjimečnou váhu velkou.

Intenzitu zásahu do práva na obhajobu a na spravedlivý proces pokládá sám Ústavní soud za značnou, s čímž lze souhlasit; Ústavní soud zásah vidí ve snížené příležitosti vypořádat se s věrohodností svědka a důkazní silou jeho výpovědi a vyčítá zákonodárci, že se nepokusil minimalizovat nějakým způsobem tento zásah. Rovněž intenzita zásahu do práva svědka na nedotknutelnost osoby je nepochybně značná, svědek může být v některých trestních řízeních značně ohrožen.

Pokud jde o spolehlivost předpokladů, zásah do práva na obhajobu je nepochybně jistý, k omezení tohoto práva prostě dochází. Naproti tomu jistota toho, že svědkovi bude ublíženo, tu dána není; v závislosti na konkrétním trestním řízení, závažnosti posuzovaného trestného činu, na okolnosti, zda v řízení figuruje organizovaná zločinecká skupina, variuje hodnota S_j mezi stupněm „plauzibilní“ a „nikoli evidentně nesprávný“ předpoklad.

V prvním případě tak vážící formule vychází takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{8}{8} = 1$$

Ve druhém případě pak takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^{-2}} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot \frac{1}{4}} = \frac{8}{4} = 2$$

Tedy – kdybychom považovali empirický předpoklad, že svědkovi může být ublíženo, jen za nikoli evidentně nesprávný, je výsledek $G_{i,j}$ větší než 1, převáží tudíž právo na obhajobu a institut anonymního svědka je protiústavní. Kdybychom ovšem empirický předpoklad možné úhony svědka považovali za plauzibilní, dostáváme se k výsledku $G_{i,j} = 1$ čili principy nedotknutelnosti osoby na straně jedné a práva na obhajobu na straně druhé mají tu mají shodnou konkrétní váhu. Tuto situaci označuje Alexy jako pat (viz výše) a přenechává v takovém případě rozhodnutí zákonodárci. V naší kauze by to znamenalo, že by zákonodárcovo nastavení institutu anonymního svědka před Ústavním soudem obstálo.

Právě u prostoru pro uvážení zákonodárce se na chvíli zastavme. Už kvůli silné převaze demokratické legitimacy na straně zákonodárce oproti ústavnímu soudu je dobré s prostorem pro uvážení zákonodárce počítat, ostatně tak činí i sám Alexy ve svých starších pracích, když formální princip rozhodování skrze demokraticky legitimovaného zákonodárce považuje za součást poměrování.²⁰ Alexy vypočítává i důvody ve prospěch rozhodovací kompetence zákonodárce v oblasti základních práv, např. „silnější demokra-

²⁰ Srov. např. ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte...*, s. 267.

*tickou legitimitu parlamentního zákonodárce, jeho větší schopnost adekvátně posuzovat komplexní věcné otázky, lehčí opravitelnost a větší míru akceptace jeho rozhodnutí“.*²¹ Ve prospěch ústavního soudu naproti tomu hovoří vyšší míra nestrannosti, schopnost rozhodovat právní otázky a nižší sklon podléhat tlaku okamžiku.²²

Otázkou však je, zda by v Alexyho vážící formuli byl pro princip rozhodování demokratického zákonodárce dostatek prostoru, kdyby se k němu přihlíželo jen v případě patu, kdy konkrétní váha kolidujících principů je shodná a $G_{i,j} = 1$.²³

Alexy a někteří autoři navazující na něho ale prostor pro zákonodárce našli též v proměnné S, vyjadřující míru spolehlivosti empirických a normativních předpokladů ohledně intenzity zásahu.²⁴ To je totiž spojené s posuzováním věcných otázek, k němuž je i podle Alexyho lépe uzpůsoben parlament než ústavní soud. Velikost prostoru pro zákonodárce bude také nepochybně záviset na posuzovaném případě, ohledně rozsahu sociálních práv bude jistě větší, ohledně nejdůležitějších základních lidských práv a svobod spíše menší.

Ve světle těchto úvah se můžeme ptát, kdo lépe posoudí, zda předpoklad, že neanonymní svědek může dojít úhony, je „plauzibilní“, nebo „nikoli evidentně nesprávný“, jestli zákonodárce, nebo ústavní soud. Zákonodárce (společně s vládou, která obvykle podává návrhy zákonů) si může snáze obstarat například analýzy či statistiky ohledně četnosti a závažnosti útoků na svědky.²⁵

Riziko útoku na svědka tu ale bude především, jak už bylo řečeno, záviset na konkrétním trestním řízení, například na závažnosti posuzovaného trestného činu, nebo na okolnosti, zda v řízení figuruje organizovaná zločinecká skupina. Tehdejší znění § 55 odst. 2 trestního řádu bylo dosti vágní („Hrozí-li svědku nebo osobě jemu blízké v souvislosti s podáním svědeckví zjevně újma na zdraví nebo jiné vážné nebezpečí, jméno a příjmení svědka a jeho další osobní údaje se do protokolu nezapisují...“) a umožňovalo patrně utajovat svědka i v případech, kdy předpoklad zásahu do základního práva svědka byl jen „nikoli evidentně nesprávný“. Ústavní soud konstatoval, že „při závažném zásahu do práva obviněného na obhajobu, a tím i do principů spravedlivého procesu, bylo tudíž povinností zákonodárce hledat rovněž možnosti minimalizace takového zásahu a zakotvit tomu odpovídající nástroje“, přičemž „volba nástroje... je již v kompetenci demokratického zákonodárce“.

Zákonem č. 152/1995 Sb. pak byly do § 55 odst. 2 trestního řádu k institutu anonymního svědka doplněny podmínky – jednak hrozící újmě svědka musí nasvědčovat zjištěné okolnosti, jednak lze institut využít jen, „nelze-li ochranu svědka spolehlivě zajistit jiným způsobem“. Lze říci, že tím byl institut anonymního svědka omezen na situace,

²¹ Ibidem, s. 497.

²² Ibidem.

²³ Byť tento prostor není zas až tak malý, používáme-li třístupňovou škálu. I na našich několika příkladech můžeme vidět, že k výsledku $G_{i,j} = 1$ dochází poměrně často.

²⁴ Srov. např. KLATT, M. – SCHMIDT, J. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 57 an., ALEXY, R. Die absolute und die relative Dimension der Grundrechte. In: V. Göttinger (ed.). *Evropský konstitucionalismus v kontextu soudního dialogu*. Brno: Ústavní soud, 2016, s. 82–84.

²⁵ Nicméně ústavní soudy v poslední době taková odůvodnění od parlamentu požadují a pak přezkoumávají; asi nejznámější je rozhodnutí německého ústavního soudu BVerfGE 125, 175 (Hartz IV) z 9. února 2010, kde zákonné stanovení životního minima pro některé skupiny lidí bylo zrušeno, protože německý zákonodárce podle soudců z Karlsruhe nepředložil transparentní kalkulaci, jak k částkám došel.

kdy už předpoklad, že svědek může dojít úhony, je „plauzibilní“. Při výsledku $G_{i,j} = 1$ tak při ústavním přezkumu ob stojí a skutečně v této podobě je institut anonymního svědka součástí českého právního řádu dodnes. Ústavní soud ho podruhé už nezrušil, jen trval na tom, že k odsouzení nemůže dojít výlučně a ani v převážné míře na základě výpovědi anonymních svědků (srov. např. náleží III. ÚS 499/04 z 9. února 2006).

Můžeme tedy uzavřít, že v tomto případě se výsledky naší analýzy pomocí Alexyho vážící formule shodují s postojem Ústavního soudu, a možná dokonce lze optimisticky tvrdit, že vážící formule učinila ústavněprávní posouzení zřejmějším.

b) Rekognice fotografiemi (III. ÚS 256/01). V této kauze rozhodoval Ústavní soud o ústavní stížnosti osob, jejichž fotografie byly použity k rekognici, tedy jako fotografie nezúčastněných osob, mezi kterými má typicky oběť trestného činu nebo svědek poznat fotografii pachatele. Tento institut podle § 93 odst. 2 a § 103 trestního řádu zasahuje do práva na ochranu soukromí podle čl. 10 odst. 1 Listiny, ovšem ve snaze chránit veřejný zájem na náležitém objasnění trestných činů a spravedlivém potrestání jejich pachatelů v řádném procesu, respektujícím čl. 39 a 40 Listiny.

Abstraktní váhu obou kolidujících principů lze považovat za střední. Právo na ochranu soukromí je klasické základní právo, čemuž střední abstraktní váha odpovídá (viz výše). Veřejný zájem na náležitém objasnění trestných činů a spravedlivém potrestání jejich pachatelů natolik úzce souvisí s ochranou důležitých základních práv, jako je právo na život, právo vlastnit majetek, atd., jakož i s právem na obhajobu a na spravedlivý proces, že nelze uvažovat o nižší abstraktní váze, než je střední.

Menší shoda asi bude panovat ohledně intenzity zásahu. Osobně bych považoval intenzitu zásahu do práva na ochranu soukromí v tomto případě za lehkou, neboť fotografie se ukazují neveřejně, relativně malému okruhu osob a za okolností, kdy je zřejmé, že jde převážně o nezúčastněné osoby. Umím si ale představit, že někdo může intenzitu zásahu považovat už za střední. Tato nejistota ohledně intenzity zásahu se může vyjádřit nižší hodnotou u spolehlivosti předpokladů, přičemž v tomto případě jde o spolehlivost normativních předpokladů, nikoli empirických. Vyjadřujeme tím neshodu hodnotového posouzení, o jak citelný zásah do práva na ochranu soukromí jde.

Z matematického hlediska vyjde nastejno, budeme-li zásah považovat za lehký, ale jistý ($1 \times 1 = 1$), nebo za střední, ale v této intenzitě už jen plauzibilní ($2 \times \frac{1}{2} = 1$).²⁶ Řekněme tedy, že intenzita zásahu do práva na ochranu soukromí je střední ($I_1 = 2$), ale spolehlivost normativních předpokladů o takové intenzitě je z důvodu hodnotové neshody ve společnosti jen plauzibilní ($S_1 = \frac{1}{2}$).

Nebýt rekognice fotografiemi (a zároveň *a minore ad maius* ani rekognice pomocí skutečných přítomných lidí), veřejný zájem na náležitém objasnění trestných činů a spravedlivém potrestání jejich pachatelů by byl podle mého názoru dotčen značně ($I_j = 4$). To je však jen můj odhad, připouštím zde rozhodně určitou míru nejistoty ohledně tohoto závěru, tentokrát nejistoty empirické. Spolehlivost takového předpokladu bych tedy vyjádřil stupněm „plauzibilní“, tedy $S_j = \frac{1}{2}$.

²⁶ Na tomto případě vidíme, že v případě nejistoty ohledně intenzity zásahu, chceme-li ji vyjádřit v hodnotě S , musíme intenzitu I stanovit vyšší. K jednoznačně chybnému výsledku bychom došli, kdybychom se přiklonili k lehké intenzitě zásahu ($I = 1$), a zároveň vyjádřili nižší míru spolehlivosti tohoto závěru snížením na $S = \frac{1}{2}$. Celkový výsledek $\frac{1}{2}$ by neodpovídal naší úvaze.

Dospíváme tedy k následujícímu závěru:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{2}{4} = \frac{1}{2}$$

Výsledek $G_{i,j} = 1/2$ je menší než 1, tudíž převážil veřejný zájem na náležitém objasnění trestných činů a spravedlivém potrestání jejich pachatelů, a k zásahu do práva stěžovatelů na ochranu soukromí nedošlo. K témuž závěru dospěl Ústavní soud, který ústavní stížnost zamítl.

Protiústavnost by podle mého názoru mohl konstatovat jen při $G_{i,j}$ větším než 1,²⁷ tedy například, kdybychom střední intenzitu zásahu do práva na ochranu soukromí považovali za jistou ($I_i = 2$; $S_i = 1$) a zároveň případný zásah do veřejného zájmu na řádném vyšetření trestných činů za střední a opět jen plauzibilní ($I_j = 2$; $S_j = 1/2$).

V tomto případě by výsledek vypadal takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{2} = 2$$

Domnívám se ale, že tento výsledek je méně přesvědčivý než ten předchozí, takže i zde se s výsledkem řízení před Ústavním soudem můžeme shodnout.

c) *Rejžek vs. Vondráčková (I. ÚS 367/03) a Zeman vs. Brezina (I. ÚS 453/03)*. Tato známá dvojice nálezů z roku 2005 se týká kolize svobody projevu podle čl. 17 Listiny s právem na ochranu dobrého jména a pověsti podle čl. 10 odst. 1 Listiny. V prvním případě hudební kritik Jan Rejžek prohlásil o zpěvačce Heleně Vondráčkové, že se zapletla s minulým režimem a že se jí zřejmě podařilo neztratit kontakt na mafiány, kteří ji tehdy podporovali. Ústavní soud odlišil skutková tvrzení (která má ten, kdo je tvrdí, prokázat) od hodnotících soudů, jejichž pravdivost prokázat nelze, a tak jen postačuje, že dané, byť třeba expresivní hodnocení má faktický podklad. Zde připustil, že obecně známé skutečnosti o pop-music 70. a 80. let byly dostatečným podkladem pro Rejžkovo použití slova „mafie“. Přihlédl rovněž k tomu, že soukromí známých osob je přirozeně veřejností více sledováno, a že ale i mají snazší přístup do médií, tak se mohou bránit polemikou.

V druhé kauze tehdejší předseda vlády Miloš Zeman nepravdivě nařkl novináře Ivana Brezinu, že je zkorumpovaný, protože jeho články o energetice platí ČEZ. Šlo tedy o nepravdivé skutkové tvrzení. Ústavní soud přihlédl i k tomu, že výrok pronesla veřejně činná osoba, vrcholný politik v exekutivní funkci.

Abstraktní váha svobody projevu a práva na ochranu dobrého jména a pověsti bude v obou kauzách shodná, tedy střední, jde o klasická základní práva (viz výše); tedy ve všech případech $G = 2$.

U intenzity zásahu v první kauze lze souhlasit s Davidem Kosařem citovaným výše. Intenzita zásahu do svobody projevu Jana Rejžka je značná ($I_i = 4$), zatímco intenzita zásahu do práva na ochranu dobrého jména a pověsti Heleny Vondráčkové nanejvýš

²⁷ I když připouštím, že můj předpoklad, že při $G_{i,j} = 1$ má Ústavní soud nezasahovat, tedy nerušit rozhodnutí obecných soudů, je méně samozřejmý, než byl při kontrole ústavnosti zákonů, kde pro zákonodárce mluvila demokratická legitimita. Nicméně i zde se lze opřít o zásadu *self-restraint*, podle které se má Ústavní soud sebeomezovat, nejsa, podle svých vlastních slov, další instancí obecných soudů (poprvé patrně v nálezu I. ÚS 68/93).

střední ($I_j = 2$). A zatímco zásah do Rejzkovy svobody projevu uložením povinnosti omluvit se je jistý ($S_j = 1$), váhání mezi střední a lehkou intenzitou zásahu do zpěvačiny osobnostní sféry se opět projevuje nejistotou normativních předpokladů; závěr o střední intenzitě zásahu tak bude nanejvýš plauzibilní ($S_j = \frac{1}{2}$); Helena Vondráčková se jistě mohla bránit Rejzkovým hodnotícím soudům na stránkách tisku.

Pro první kauzu tedy formule dopadá takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{8}{2} = 4$$

Závěr o přednosti svobody projevu je v tomto případě dosti jednoznačný.

V druhé kauze vyčnívá především značná intenzita zásahu do osobnostní sféry občana, kterého nepravdivě nařkne vrcholný politik. Ústavní soud k tomu uvedl: „*Informacím poskytovaným předsedou vlády je ze strany občanů státu vždy přikládána větší váha než informacím pocházejícím od jiných osob, včetně médií. Občan demokratického právního státu od ústavních činitelů zcela přirozeně očekává pravdivé informace a dále očekává, že ústavní činitelé budou zachovávat naprostý respekt k jednotlivým osobám – členům občanské společnosti.*“ Naproti tomu intenzitu omezení svobody projevu předsedy vlády, který nebude moci o občanech pronášet nepodložená obvinění, bych považoval jen za lehkou. Spolehlivost zásahu je v obou případech nejspíše jistá.

Dostáváme tedy následující výsledek:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^0 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0} = \frac{2 \cdot 1 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{2}{8} = \frac{1}{4}$$

Zde tedy zase dospíváme k jednoznačné převaze práva na ochranu dobrého jména a pověsti. Domnívám se na základě dosud prezentovaných kauz, že vážící formuli lze použít jak na abstraktní kontrolu ústavnosti zákonů, tak při konkrétním posuzování individuálních zásahů do základních práv a svobod.

Použijme ji nyní poněkud neobvyklým způsobem na poměrování dvou principů organického ústavního práva.

d) Velký volební nález (Pl. ÚS 64/2000) a pětiprocentní klauzule v evropských volbách (Pl. ÚS 14/14). Ústavní soud se již několikrát zabýval ústavností volebního systému. I v těchto případech dochází k poměrování. Už v nálezu k pětiprocentní klauzuli ve sněmovních volbách (Pl. ÚS 25/96, č. 88/1997 Sb.) Ústavní soud uvádí, že je „*třeba vždy poměřovat, zda toto omezení rovnosti volebního práva je minimálním opatřením nezbytným pro zajištění takové míry integrace politické reprezentace, jež je nutná k tomu, aby složení zákonodárního sboru umožnilo formaci většiny nebo většin potřebných pro přijetí rozhodnutí a pro vznik vlády opřené o parlamentní důvěru.*“

V roce 2000 ODS a ČSSD prosadily zákonem č. 204/2000 Sb. volební systém, který podle Ústavního soudu koncentroval integrační stimuly natolik, že tyto ve svém souhrnu vytvořily jakýsi hybrid mezi poměrným zastoupením a většinovým systémem, který se už vymyká ústavnímu požadavku poměrného zastoupení: „*Zvýšení počtu volebních krajů na 35 (§ 27 věta první), stanovení nejnižšího počtu mandátů v kraji na 4 (§ 48 odst. 4) a způsob výpočtu podílů a přiřazování mandátů pomocí upravené d'Hondtovy formule*

(§ 50 odst. 1, 2, 3) představuje ve svém úhrnu takovou koncentraci integračních prvků, jež ve svých důsledcích vede již k opuštění kontinua, ještě způsobilého zaznamenávat alespoň ‚přivrácení‘ k modelu poměrného zastoupení.“

Pokud bychom prováděli celý test proporcionality tohoto zásahu do principu poměrného zastoupení podle čl. 18 odst. 1 Ústavy, sledovaný cíl, tedy integraci politické reprezentace, sice tímto volebním systémem dosáhnout lze (test vhodnosti), vyvstávají ale silné pochybnosti, zda ta koncentrace reálně čtyř- až osmimandátových obvodů a umělého ztížení zisku prvního mandátu (v klasické d'hondtovské řadě dělitelů 1, 2, 3, 4, ... byl první nahrazen hodnotou 1,42) projde testem potřebnosti.

Neprojde-li opatření testem potřebnosti, je protiústavní, a třetí krok, tedy test přiměřenosti, třeba pomocí Alexyho vážící formule, se už provádět nebude. Předpokládejme ale, že by opatření testem potřebnosti prošlo.

Domnívám se, že abstraktní váha obou kolidujících principů je shodná. Jsou to principy organického ústavního práva, ovlivňující podobu státní moci. Princip poměrného zastoupení sice německý ústavní soud spojuje se základním právem volit za splnění podmínky rovnosti volebního práva, nicméně česká Ústava mezi rovností volebního práva a principem poměrného zastoupení rozlišuje.²⁸ Veřejný zájem na poměrném zastoupení zakotveném v čl. 18 odst. 1 Ústavy a veřejný zájem na akceschopnosti parlamentu se jeví být rovnocenné. Není přitom rozhodující, zda jim přiřkneme abstraktní váhu malou, nebo střední; vzhledem k důležitosti obou pro demokracii jako jeden ze zásadních ústavních principů bych volil spíše střední, odpovídající standardní abstraktní váze základních práv a svobod.

Zdá se být nepochybné, že intenzita zásahu daného volebního systému do principu poměrného zastoupení je značná a jistá ($I_i = 4$; $S_i = 1$); hovoří pro to okolnost, že na mandát patrně nedosáhnou strany, které ve všech volebních obvodech mají přes 10 % hlasů a v některých dokonce přes 15 % (srov. odůvodnění nálezu ohledně přirozených prahů).

Otázkou je, jak hodnotit intenzitu zásahu do veřejného zájmu na akceschopnosti parlamentu pro případ nezavedení takového volebního systému. Mám za to, že výše zmíněná pochybnost o potřebnosti takového zásahu (tedy že by stačil zásah mírnější) téměř nutně vede k závěru, že intenzita zásahu do veřejného zájmu na akceschopnosti parlamentu by tu byla jen lehká. Přírůstek míry ochrany tohoto veřejného zájmu oproti použití mírnějšího, ale rovněž účinného prostředku (například malými volebními obvody bez modifikace d'Hondtovy formule) je malý, protože patrně nepotřebný.

Tato úvaha vede podle mého názoru k obecnějšímu závěru, že zásah, který neprojde nebo sotva projde testem potřebnosti, by právě z tohoto důvodu téměř nutně prohrál i ve vážící formuli – intenzita dotčení chráněného zájmu tím, že takový nepotřebný nebo sotva potřebný zásah neprovedeme, bude jen lehká a hodnota $I_j = 1$ se projeví na výsledku v neprospěch tohoto chráněného zájmu, jak ostatně brzy uvidíme.

Ještě dodejme, že onen lehký zásah do veřejného zájmu na akceschopnosti parlamentu už je jistý; vytlačení malých stran by tvorbu většin v parlamentu posílilo jistě. Hodnota S_j je tedy 1.

²⁸ Srov. argumentaci ve WINTR, J. Pětiprocentní uzavírací klauzule ve volbách do Evropského parlamentu. In: *Jiné právo* [online]. 3. 1. 2015. Dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.cz/2015/01/jan-wintr-petiprocentni-uzaviraci.html>>.

Tudíž:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^0 \cdot 2^0} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 1 \cdot 1} = \frac{8}{2} = 4$$

Přesvědčivě tedy vítězí potřeba chránit princip poměrného zastoupení, a nastolený volební systém byl tak skutečně protiústavní.

V nálezů Pl. ÚS 14/14 k pětiprocentní klauzuli ve volbách do Evropského parlamentu navázal Ústavní soud na své názory ohledně přípustnosti pětiprocentní klauzule v jiných typech voleb a upozornil na rostoucí význam Evropského parlamentu a potřebu jeho akceschopnosti.²⁹ Odlišil se tak od německého Spolkového ústavního soudu, který posuzuje důvody pro omezení rovnosti volebního práva uzavírací klauzulí přísněji a dospěl k závěru, že omezení pětiprocentní (a pak ani tříprocentní) klauzulí není nezbytné pro akceschopnost Evropského parlamentu.

Pokusme se i tuto kauzu posoudit pomocí Alexyho vážící formule. Abstraktní váha kolidujících principů musí být stejná jako v předchozím případě; jde o tytéž principy a v mezidobí těžko došlo k zásadnímu posunu v jejich obecném vnímání, tedy i zde v čitateli i ve jmenovateli bude $G = 2$.

Intenzitu zásahu do rovnosti volebního práva (poměrné zastoupení totiž ústavní pořádek ČR pro volby do Evropského parlamentu nepožaduje, a Ústavní soud je vázán ústavním pořádkem) vnímám jako lehkou; z používaných disproporčních prvků ve volebních systémech pětiprocentní uzavírací klauzule patří mezi nejmírnější. Lze si představit, že okolnost, že čtyřprocentní straně všechny hlasy propadnou, někdo vnímá už jako zásah střední intenzity. Pokud bychom ale intenzitu zásahu dali střední ($I_1 = 2$), bude nutno snížit hodnotu S_1 na „plauzibilní“ kvůli snížené normativní spolehlivosti takového zásahu v situaci názorové neshody ve společnosti (viz výše).

Neshoda ohledně intenzity dopadu na akceschopnost Evropského parlamentu podle mého názoru velmi dobře vysvětluje rozdíl mezi výsledkem řízení před německým a českým ústavním soudem. Německý ústavní soud považuje dopady zrušení pětiprocentní klauzule na fungování Evropského parlamentu za tak nevýznamné, že to možná hraničí až s propadnutím v testu potřebnosti, a tak intenzita zásahu do akceschopnosti parlamentu bude pro něj nejspíše lehká.³⁰ Český Ústavní soud v bodech 70 a násl. odůvodnění nálezu Pl. ÚS 14/14 s německým ústavním soudem výslovně polemizuje a poukazuje na rostoucí význam Evropského parlamentu a rostoucí potřebu jeho akceschopnosti. S jeho argumenty se ztotožňuji, dávám tedy intenzitu zásahu střední. Empirická nejistota ohledně dopadů na akceschopnost Evropského parlamentu se ale projeví v jen plauzibilní spolehlivosti předpokladů takového zásahu, takže to bude $I_j = 2$ a $S_j = \frac{1}{2}$.

²⁹ Základem řízení byly volební stížnosti České pirátské strany a Strany zelených, které by ve volbách z května 2014 za svých 4,78 %, respektive 3,77 % hlasů při neexistenci pětiprocentní klauzule získaly po jednom mandátu.

³⁰ V rozhodnutí BVerfGE 129, 300 z 9. listopadu 2011 německý ústavní soud sice připustil, že v Evropském parlamentu po zrušení klauzule přibude stran s jedním či dvěma poslanci, ale nejsou doklady, že to způsobí strukturální změny a ovlivní fungování Evropského parlamentu, navíc nutné důvody pro akceschopnost Evropského parlamentu v primárním právu Unie podle něho chybí. Detailněji srov. WINTR, J. Pětiprocentní uzavírací klauzule ve volbách do Evropského parlamentu. In: *Jiné právo* [online]. 3. 1. 2015. Dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.cz/2015/01/jan-wintr-petiprocentni-uzaviraci.html>>.

Ve vážící formuli se to projeví takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}}{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{2}{2} = 1$$

Výsledný pat znamená, jak bylo řečeno výše, prostor pro uvážení zákonodárce, který v tomto případě dal přednost pětiprocentní klauzuli. I tento závěr odpovídá výsledku řízení před Ústavním soudem a diskusím, které v odborné veřejnosti tuto kauzu provázely.

Myslím, že se podařilo prokázat, že i zde lze vážící formuli použít, že tedy její aplikace není omezena na lidskoprávní témata, ale může posloužit i pro poměrování jiných právních principů.

e) Právo na informace o členství soudců v KSČ (I. ÚS 517/10). Touto poslední kauzou se tematicky vracíme na začátek tohoto pojednání, kde jsme se už jednou právem na informace zabývali. Ústavní soud v předmětné věci vyhověl ústavní stížnosti proti odmítnutí žádosti o poskytnutí informace, kteří soudci Vrchního soudu v Olomouci byli ke dni 17. listopadu 1989 členy nebo kandidáty KSČ. Odůvodnění nálezu je značně rozsáhlé a odkazuje na řadu textu včetně filosofických. Lze se i tady zorientovat v problému pomocí Alexyho vážící formule?

Začneme-li abstraktní vahou kolidujícího práva na svobodný přístup k informacím (čl. 17 Listiny) a práva na ochranu soukromí (čl. 10 Listiny), musíme ve shodě s předchozími případy připsat oběma těmto klasickým základním právům váhu střední ($G=2$).

Věnujme se nyní zásahu do práva na informace. Podle Ústavního soudu údaj o členství soudce v KSČ „se týká veřejné sféry, neboť může být otázkou veřejného zájmu“ (bod 53 odůvodnění nálezu), o zásah se tedy jedná. Podle Ústavního soudu dále „informace o členství soudce v KSČ ke dni 17. 11. 1989 představuje jeden z pomocných prostředků občanské společnosti, aby se – v návaznosti na soudcovské rozhodování jednotlivých případů v minulosti a v budoucnosti – ujistila, že konkrétní soudci svou funkci vykonávali a vykonávají v souladu s ústavním cílem svého poslání“ (bod 75). I s ohledem na tyto argumenty můžeme zásah do práva na informace považovat za středně intenzivní a přitom jistý ($I_1 = 2$; $S_1 = 1$). Pro střední intenzitu hovoří i porovnání tohoto zásahu s odepřením informace o výši platu úředníka, jež Vojtěch Kílian vyhodnotil značně intenzivní zásah (viz výše); ať už ho zařadíme jakkoli, odepření informace o vynakládání veřejných prostředků se mi jeví být závažnějším zásahem do práva na informace než odepření informace o členství soudců v KSČ.

Méně jednoznačné je posouzení, do jaké míry veřejná přístupnost informace o členství v KSČ zasahuje do osobnostní sféry soudce. Ústavní soud k tomu podotýká, že byli soudce členem KSČ, pak „tím, že po pádu totalitního režimu setrval ve své funkci (či soudcovskou funkci nově nabyt), se dobrovolně a nevyhnutelně vystavil možné veřejné pozornosti a ve vztahu ke své osobě i důsledkům veřejného mínění“ (bod 116). Negativní pocity spojené s tímto vpádem do soukromí se budou patrně u různých osob dosti lišit, což bude platit obdobně jako v případě veřejné ventilace výše platu. Pro interpretaci práva bude však více než toto subjektivní hledisko důležité hledisko objektivní, tedy,

za jak citelný jako takový je zásah obecně společností považován. Myslím, že v porovnání s jinými možnými zásahy do osobnostní sféry půjde o zásah nejvýše střední ($I_j = 2$).

V kritériu spolehlivosti předpokladů sehraje pak významnou roli jeho normativní složka, tedy míra neshody ve společnosti na tom, za jak citelný zásah do osobnostní sféry soudce to lze považovat. Argumentem ve prospěch spíše lehčí intenzity zásahu může být citovaná úvaha Ústavního soudu v bodě 116, že se soudce přijetím významné veřejné funkce dobrovolně vystavuje veřejné pozornosti. Spolehlivost předpokladů tedy může být nanejvýš na stupni „plauzibilní“ ($S_j = 1/2$).

Výsledek vypadá takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{2} = 2$$

Převažuje tedy právo na informace. I v tomto případě docházím k závěru, že Alexyho vážící formule vhodně strukturuje úvahu; případný oponent tohoto závěru (shodného se závěrem Ústavního soudu) by musel argumentovat, proč zásah do práva na informace považuje jen za lehce intenzivní, popřípadě nejistý, anebo proč zásah do osobnostní sféry soudce považuje za značně intenzivní, popřípadě středně intenzivní, ale jistý.

Po představení experimentálního užití vážící formule na některé známé kauzy rozhodované Ústavním soudem, které byly vybírány i s ohledem na jejich pestrost, tedy můžeme přistoupit k závěrečnému shrnutí, co z toho může vyplývat.

3. ZÁVĚR

Především mám za to, že se prokázala hlavní přednost Alexyho vážící formule, totiž zpřehlednění argumentace. Je dobré uvědomit si, zda se náš případný odlišný názor na správný výsledek poměrování opírá o jinou představu abstraktní váhy některého principu (G), zda považujeme zásah do jednoho z kolidujících právních principů za intenzivnější, nebo naopak za méně intenzivní (I), anebo zda se lišíme v názoru na spolehlivost empirických nebo normativních předpokladů ohledně intenzity zásahu (S).

Alexyho vážící formule nám umožňuje identifikovat bod, ohledně kterého se nacházíme ve stavu rozumné neshody, jenž je pro liberální společnost typický.³¹ Vážící formule s třemi proměnnými a třemi stupni je přijatelně jednoduchá, přehledná a použitelná, aniž by nějaké významné kritérium úvahy chybělo.

Rozhodně ale dávám přednost výše popsané jednoduché verzi vážící formule před následující zpracovanější verzí:³²

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n}$$

V zpracovanější formuli Alexy zvlášť uvádí spolehlivost empirických předpokladů a spolehlivost normativních předpokladů, čímž ale ve vzorci roste dopad kritéria

³¹ SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 82–90.

³² Srov. např. ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, č. 11, s. 871.

spolehlivosti předpokladů, které však není podle mého názoru dvakrát důležitější než abstraktní váha principu nebo intenzita zásahu.³³

Je zřejmé, že Alexyho vážící formulí, použijeme-li ji jako analytický nástroj, je třeba vždy používat s rozmyslem, a nikoli mechanicky, a být se vždy vědomi, co porovnáváme s čím a jaká reálná úvaha se za dosazováním čísel skrývá.

Pokud se tohoto postupu budeme držet, mám za to, že vážící formule může být dobrým sluhou, který se dokáže vyhnout úskalím, jež shrnul výše citovaný Pavel Ondřejek. Vyjádřím se postupně ke všem třem kritikám, které uvedl:

Ad 1) *Alexyho vážící formule vytváří zavádějící obraz exaktnosti poměrování.* Jsem přesvědčen, že tomu tak není. Snad se mi na provedených příkladech podařilo ukázat, že vážící formule mnohem spíše strukturuje argumentaci a slouží k odůvodnění, než že by prostě bez dalšího odůvodnění řekla „dvojka“ jako profesor Janda rodičům žáka Plhy v klasickém českém filmu *Marečku, podejte mi pero!* a takový závěr se stal bez dalšího nosným důvodem soudního rozhodnutí.

Ad 3) *Není jasné, jak měřit abstraktní váhu principu v druhém kritériu.* Zde se podle mého názoru ukazuje výhoda třístupňové škály, která umožňuje slušnou míru shody mezi různými interprety i bez exaktního „měření“. Myslím, že výše používaný postup, podle něhož většině základních práv a svobod přiznáme váhu střední, vybraným nejdůležitějším základním právním váhu velkou a například většině sociálních práv a některým veřejným zájmům či ústavním principům váhu malou, nevykazuje žádné mimořádné známky svévole a může být přijat.

Ad 2) *Ona tři kritéria jsou navzájem nesouměřitelná.* Část problému se snad podařilo vyřešit nalezením jednoduchého způsobu, jak se vypořádat s abstraktní vahou principů (G). A další dvě kritéria, totiž intenzita zásahu (I) a spolehlivost empirických a normativních předpokladů (S), spolu úzce souvisejí a nelze je od sebe oddělit. Jen je třeba mít na paměti, jak bylo uvedeno výše, že ve vážící formulí vyjde nastejno, budeme-li zásah považovat za lehký, ale jistý ($1 \times 1 = 1$), nebo za střední, ale v této intenzitě už jen plauzibilní ($2 \times \frac{1}{2} = 1$), popřípadě za značný, ovšem v této intenzitě už jen se spolehlivostí předpokladů na stupni „nikoli evidentně nesprávný“ ($4 \times \frac{1}{4} = 1$). Tato vazba mezi intenzitou

³³ Ukažme si rozdíl na jednoduchém příkladu. Předpokládejme kolizi dvou principů o obvyklé střední abstraktní váze. Zatímco první princip je zasažen středně a jistě, druhý princip je zasažen sice značně, ale spolehlivost jak empirických, tak normativních předpokladů je jen na stupni „plauzibilní“.

V jednoduché vážící formulí o třech číselných v součinu považují za správné udat celkovou spolehlivost předpokladů $S_j = \frac{1}{2}$; tedy, jsou-li empirické i normativní předpoklady plauzibilní, celková spolehlivost předpokladů je na stupni „plauzibilní“. Vyjde to tedy v daném případě jako pat:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{4} = 1$$

Pokud bychom ale spolehlivost empirických a normativních předpokladů uváděli zvlášť, převážil by první princip:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^0 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1} \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2} \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{2} = 2$$

Propracovanější verze Alexyho vážící formule tak dává úvaze o spolehlivosti předpokladů dvojnásobnou váhu oproti úsudku o intenzitě zásahu, což nepovažuji za správné – za klíčové hledisko poměrování pokládám totiž intenzitu zásahu, zatímco ostatní kritéria ho mají doplnit a korigovat, ne ale přebít.

a spolehlivostí zásahu podle mě ozřejmuje, jak se s nimi má v úvaze zacházet, což jsem se rovněž snažil doložit na příkladech.

V souvislosti s aplikací Alexyho vážící formule na konkrétní případy vyvstávají i obecnější otázky týkající se principu proporcionality jako takového. Může být test proporcionality bez významnějších modifikací používán jak na kontrolu ústavnosti právních předpisů, tak na posuzování ústavnosti individuálních zásahů do základních práv? Skýtá ta metodologie dostatek prostoru pro rozhodování demokraticky legitimizovaného zákonodárce? Domnívám se, že odpověď zní v obou případech ano, ale rozbor těchto problémů by již dalece přesáhl rámec tohoto článku.

RECENZE

Šimečková Eva – Jordánová Jitka. Násilí na pracovišti a jeho řešení v právním řádu České republiky, Francie a Itálie.

Praha: Leges, 2015, 192 s.

Lidstvo je v podstatě neustále spojeno s násilím. Stačí zmínit biblického Kaina nebo naopak z hlediska chronologického na opačné straně stojící současný kult násilí v masmédiích. I když dnešní lidé nejsou svou podstatou jiní než jejich předci, přesto jsme stále více svědky, že v současné atomizované společnosti se vyskytují díky řadě faktorů nové, doposud právní vědou komplexně nezmapované fenomény. Ať už se jedná o případ jistého nechvalně proslulého dlouhodobě nezaměstnaného z Uherského Brodu či příběh zaměstnance, který je deprivovaný, a proto ublíží spoluzaměstnancům. I když násilí, ať již psychické či fyzické, je samo o sobě zavrženíhodné, neznamená to, že si jej můžeme dovolit ignorovat v netrestních oborech právní vědy. Ke konci minulého roku se na pulty odborných knihkupectví dostal ojedinělý publikační počín zkušené vysokoškolské pedagožky *Evy Šimečkové* a její studentky *Jitky Jordánové*, který je více než záslužnou publikací pojednávající o velmi důležitém, aktuálním (jak ukazuje stoupající nápad soudních sporů) a přitom neprávem opomíjeném tématu – násilí na pracovišti. Stejně jako u domácího násilí je jeho latence značná, těžko se však odhaluje a někdy může vést k fatálním následkům.

Předmětná publikace je pokusem o komplexní právní pohled na tuto problematiku. Osobně ji považuji též za ojedinělý a mimořádný počín v rámci české odborné literatury. Autorkám se daří optimálně skloubit jednak rozsáhlé teoretické znalosti, jednak bohaté praktické zkušenosti. Zejména díky *E. Šimečkové*, která těží ze své dlouholeté praxe přísedícího v pracovních sporech, je v předmětné odborné publikaci detailně analyzována četná judikatura okresních a krajských soudů, k níž se jinak ani odborně aktivní čtenář nemá možnost dostat. Autorky pochopitelně v dostatečném rozsahu analyzují též judikaturu vyšších soudů, jak českých, tak Evropského soudu pro lidská práva a Soudního dvora Evropské unie.

S hlavními formami násilí na pracovišti, s nimiž se v praxi můžeme nejčastěji setkat a kterým se předmětná publikace též podrobně věnuje v úvodním psychologickém rozboru, jsou *mobbing*, *bossing*, obtěžování, sexuální obtěžování, *staffing* a ne příliš odborně známý *chairing*. Všechny tyto termíny jsou sice autorskou dvojicí analyzovány v dalším textu více než dostatečně, přesto se nelze hned na počátku čtení ubránit určitému pocitu ztracení. Přemíra cizích odborných pojmů by si zasloužila alespoň pokus o překlad do českého jazyka. Obtěžováním (neboli *mobbing* či prostě *bullying*) je nežádoucí chování související s anti-diskriminačními znaky (1), jehož záměrem nebo důsledkem je snížení důstojnosti osoby a vytvoření zastrašujícího, nepřátelského, ponižujícího, pokořujícího nebo urážlivého prostředí (2a), nebo které může být oprávněně (objektivně) vnímáno jako podmínka pro rozhodnutí ovlivňující výkon práv a povinností vyplývajících z právních vztahů (2b). V závislosti na počtu obtěžovatelů se rozlišuje *bullying* (obtěžování jednotlivcem) či *mobbing* (obtěžování skupinou). *Staffing* je šikana mezi zaměstnanci, kdy kolektiv jednoho či více spoluzaměstnanců (typicky nováčky) znevýhodňuje. *Staffing* není koordinován zaměstnavatelem, ale je umožněn nedostatkem kontroly z jeho strany. Poslední odborný pojem – *chairing* – je prostým pojmenováním boje o moc či funkce. Další doporučenou změnou by byl úvodní rozcestník, který by čtenáři poskytl jednoduchým a přitom zajímavým způsobem stručný přehled o pojednávaných problémech.

Předmětná publikace úsporně a přitom účelně analyzuje relevantní právní úpravu obsaženou v Listině základních práv a svobod, zákoníku práce, antidiskriminačním zákonu a občanském zákoníku a dalších právních předpisech, čemuž odpovídá i samotné členění kapitol podle jednotlivých, z hlediska zvoleného tématu relevantních oborů práva, jako jsou soukromé právo, trestní a správní právo. S ohledem na zvolené místo projevu násilí je pocho-pitelně zvlášť důkladná pozornost věnována pracovněprávním aspektům násilí, což se projevuje nejen v samostatné kapitole věnované tomuto oboru, ale též v další kapitole nazvané *Zásada rovnosti a zákaz diskriminace*, v níž autorky poukazují na způsoby obrany proti násilí.

Hodnotu publikace mimořádně zvyšuje komparativní práce: vhléd do zahraničních právních úprav, a to do francouzské a italské úpravy. I při výběru komparovaných zahraničních právních řádů měly autorky vhodnou ruku. Vhléd do francouzského právního prostředí je nesporně více než inspirativní pro antimobbingový zákon a soudní praxi spojenou s jeho aplikací. I když Itálie má stejně jako Česká republika zkoumanou problematiku řešenou primárně „pouze“ skrze antidiskriminační legislativu, poznatky spojené s existencí italských neformálních struktur představují velmi podnětný obrázek pro řešení této problematiky komplexně, tedy též aktivizací občanské společnosti.

Jednoznačným přínosem aplikační vědecké činnosti obou autorek je návodná pomoc obětem násilí na pracovišti v obraně jejich práv, a to jak soukromoprávní, tak veřejnoprávní cestou. Násilné jednání agresora může být v některých případech postíženo i jako přestupek podle zákona o přestupcích; další možnost obrany poskytuje pak trestní zákoník. Těžištěm zájmu autorek nicméně z pochopitelných důvodů zůstal obor pracovního práva, a také zde svým publikačním počinem zásadním způsobem napomáhají obětem ve vypořádání se s obtížemi spojenými s prokázáním násilného jednání zaměstnavatele, spoluzaměstnance či jiné osoby. Autorky tak činí návodnými radami a za pomoci rozboru konkrétních praktických příkladů. S přihlédnutím ke stoupajícímu počtu odhalených případů domácího násilí se autorky nebojí provokativně zeptat, zda též násilí v jiné tradičně uzavřené skupině – pracovním kolektivu – není latentně vysoké a zda tedy není na místě adekvátní zásah zákonodárce. Ten by měl spočívat jednak v uchopení této oblasti skrze bližší vymezení zakázaného jednání v podobě *mobbingu* a *bossingu*, jednak v rozšíření právních nástrojů obrany obětí tohoto protiprávního jednání např. skrze antimobbingový zákon inspirovaný úspěšným francouzským předchůdcem.

Závěrem lze shrnout, že předmětná odborná publikace konečně zaplňuje doposud prázdné místo v právní nauce analyzující fenomén násilí v moderní společnosti. Na publikaci je zvlášť cenné, že dává četné náměty *de lege ferenda* a ukazuje tak, jakým směrem by se právní úprava měla ubírat. Publikace *Násilí na pracovišti a jeho řešení v právním řádu České republiky* nesporně zaujme jak odbornou, tak širší laickou veřejnost.

Martin Štefko*

* Doc. JUDr. Martin Štefko, Ph.D., Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i. a Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: martin.stefko@ilaw.cas.cz.

**Sandel Michael J. Spravedlnost: co je správné dělat.
Praha: Karolinum, 2015, 303 s.**

Právo a spravedlnost nejsou totéž. Současně spolu, jak cítí právníci i právní laici, *nějak* souvisí. Ale jak? A co vlastně spravedlností rozumět? Tomu se i přes zřetelnou souvislost práva a spravedlnosti na právnických fakultách věnuje překvapivě málo času. Ostatně, i studijní programy se jmenují spíš „Právo a právní věda“ než „Právo a spravedlnost“. Spravedlnosti i po odstudování řady fakultních let zkrátka máme tendenci rozumět spíš intuitivně, aniž bychom dokázali přesvědčivě vysvětlit, co za ni považujeme a co nás k tomu vede. O to významnější se jeví recenzovaná kniha harvardského profesora práva *Michaela Sandela*, jejímž ústředním tématem je právě spravedlnost.

Hlavní výzva stojící před každým autorem, který se rozhodne napsat knihu o tak „nekonečném“ tématu, jakým bezesporu spravedlnost je, může být shrnuta do čtyř slov: neutopit se v něm. Druhou výzvou pak je neutopit v tématu svého čtenáře, respektive neunudit ho k smrti nekonečným proudem pojetí spravedlnosti v dlouhých právních dějinách. Harvardskému profesoru slouží ke cti, že oběma výzvám dostál, a to nadstandardně.

Jelikož si je Sandel vědom náročnosti svého tématu, snaží se debatu o spravedlnosti především zpřehlednit, respektive připravit pro ni půdu. Popisuje tři základní přístupy ke spravedlnosti a ty postupně představuje a nechává vůči sobě navzájem formulovat nejvýznamnější námitky. Odlišuje je podle toho, podle čeho přistupují k distribuci společenských statků. Spravedlivá společnost distribuuje své statky – hmotné bohatství, práva a povinnosti, úřady a vyznamenání – spravedlivým způsobem, tj. dává každému to, co jeho jest. Každý ze tří přístupů ke spravedlnosti odpovídá odlišně na to, komu má být co dáno proto, abychom žili ve spravedlivé společnosti. Utilitarismus tvrdí, že spravedlivá společnost maximalizuje prospěch co největšího množství lidí. Proto ve známém případě britských námořníků, kteří tváří tvář smrti hladem snědli nejslabšího člena posádky, souhlasí s jejich postupem. Podobně tak souhlasí s mučením teroristů podezřelých z nastražení bomby, která může usmrtit mnoho lidí, nebo s nekřesťanským divadlem v antickém Koloseu, kde lvi trhají bezbranné křesťany k velké radosti početného publika. Oproti tomu liberální přístup namísto celkového prospěchu co největšího počtu lidí sleduje svobodu – tvrdí, že některá práva je třeba dodržet i bez ohledu na jejich společenské dopady. Zastává koncepci univerzálních práv, odpovědnosti za sebe a svůj život, představu, že vlastníme sami sebe, své tělo i život – a proto můžeme svobodně rozhodnout o tom, že prodáme jednu ze svých ledvin, zaplatit náhradní matce za to, že nám odnese dítě, či prodat své tělo kanibalovi. Liberálové tvrdí, že svobodný trh dokáže nastavit spravedlivou distribuci, regulovat trh je proto nespravedlivé, protože to omezuje svobodu volby každého jednotlivce.

Koncepce spravedlnosti založené na ctnosti souhlasí s liberály v tom, že prospěch většiny lidí nemá být jediným důležitým kritériem, nesouhlasí ovšem s tím, že trh dokáže spravedlivě rozdělit společenské statky. Mnoho rozhodnutí učiněných v prostředí „svobodné“ tržní společnosti není totiž zdaleka tak svobodných, jak se může zdát (např. přihlášení se do profesionální armády, do které se disproporčně často hlásí lidé z nižších sociálních vrstev oproti lidem z bohatších rodin) a některá jednání degradují tím, že je možné si je koupit (třeba právě službu v armádě či porotě u soudu – která zatím zůstává povinností, kterou nelze koupit). Koncepce spravedlnosti založené na ctnosti proto zdůrazňují, že je třeba každému dát to, co si morálně zaslouží, tj. distribuovat společenské statky tak, aby distribuce odměňovala či posilovala ctnostný život, aby prosazovala kvality dobrého života. Nevyhýbá se proto nutnosti stanovit náležitosti toho, co daná společnost považuje za dobré, věří, že bez toho není možné určit, co je a co není spravedlivé. Pokud nestanovíme smysl univerzity, těžko můžeme

určit, komu dát stipendium a zda není nespravedlivé přijmout ty, kteří nabídnou nejvíce peněz. Podobně tak nemůžeme určit náležitosti dobré ústavy, pokud si předtím nestanovíme náležitosti dobrého života, který má ústava chránit a podporovat. Řada nejpálčivějších témat spravedlnosti a lidských práv zkrátka nemůže být vyřešena bez toho, abychom se obsahově zabývali kontroverzními etickými otázkami, jakkoli je to často mimořádně obtížné.

Sandelovi se daří prezentovat pojetí spravedlnosti jednotlivých filosofů jako dobrodružství, které s ním čtenář postupně objevuje a uvědomuje si jejich dopady na jednotlivé oblasti lidského života i života společnosti, a platí to do značné míry i u autorů, které čtenář vlastně už zná. *Sandel* totiž není nijak inovativní v tom, komu se ve své knize věnuje – postupně představuje teorie spravedlnosti klasických autorů od *Aristotela* přes *Benthama* a *Kanta* až po *Rawlse*.

Značný vliv na to má obdivuhodná *Sandelova* schopnost pracovat s příklady. Autor si úzkostlivě dává pozor, aby popisované teorie vysvětloval na konkrétních příkladech. Neustále má zkrátka na mysli čtenáře své knihy, kterého nechce po cestě ztratit. Navíc nikoli čtenáře jakéhokoli, ale čtenáře na prahu 21. století, který věru žije jinými tématy i příklady než političtí a morální filosofové, jejichž díla *Sandel* rozebírá. Vedle dobových příkladů jednotlivých autorů proto přidává celé nové patro příkladů, které jednotlivé teorie přenáší do současnosti. Kantovo pojetí morálky vysvětluje na *Clintonovu* skandálu s *Monikou Lewinsky*, kritiku utilitarismu na rozdíl mezi *Simpsonovými* a *Shakespearem*, *Aristotelovu* spravedlnost na příkladu texaské roztleskávačky na vozíku, kterou pro její handicap vyřadili z oficiálního cheerleaderovského týmu její školy. Při hledání spravedlnosti si pomáhá i dialogem z filmu *Woodyho Allana*, osudem basketbalisty *Michaela Jordana* či knížkou *A. Milneho Medvídek Pú*. Nejde mu přitom o senzacnost, ale o to ukázat, že „dávné“ úvahy kanonických autorů bezprostředně souvisí s naším současným životem a způsobem, jak vnímáme a uspořádáváme naši společnost.

Představy o tom, jak vypadá spravedlivá společnost, mají lidé tendenci brát velmi osobně, a tudíž není vůbec složité se jich dotknout či je dokonce urazit. *Sandel* si toho je vědom a počíná si citlivě, byť se nevyhýbá ani kontroverzním tématům. Dokonce právě naopak – právě kontroverzní témata poměrně obšírně rozebírá, protože si je vědom, že právě na nich se často ukazuje to nejdůležitější. Jednotlivá pojetí spravedlnosti proto testuje příklady legalizace prostituce, stejnopohlavních manželství, afirmativní akcí, náhradním mateřstvím, obchodováním s lidskými orgány, mučením teroristů i příkladem kanibalismu.

Představu o autorově stylu i způsobu uvažování mohli čtenáři získat ze série přednášek dostupných na justiceharvard.org. Podobně jako tento svůj online dostupný kurz, ani svoji knihu *Sandel* nezačíná přehledem dostupných teorií spravedlnosti, ale konkrétním, dobře srozumitelným a emoce vzbuzujícím příkladem – v knize se jedná o šponování cen v čase přírodní katastrofy. Je spravedlivé, že obchodníci několikanásobně zvýší ceny, když o jejich služby v čase nouze mají lidé zvýšený zájem? Autor má dar psát i mluvit srozumitelně, pointovaně, věcně a nerozvláčně. V jednom ze svých románů říká *Karel Čapek* ústy jedné ze svých postav, že kdybychom zjednodušili některým lidem slovník, neměli by co říct. Že je zvláštní, „*jak se z velkých slov dají snadno dělat velké myšlenky*“.¹ To naštěstí věru není problém

¹ ČAPEK, Karel. *Život a dílo skladatele Foltýna*. Praha: Československý spisovatel, 1989. Širší citát o skladateli Foltýnovi zní takto: „*Nebo žvanil o umění; osvojil si asi tucet velkých slov, jako je intuice, podvědomí, prapodstata a já nevím co ještě, a teď toho měl plnou hlavu. Zvláštní, jak se z velkých slov dají snadno dělat velké myšlenky! Zjednodušte některým lidem slovník, a nebudou vůbec mít co říci. Když slyším nebo čtu takové tlachy o duchovní krystalizaci, tvarovém předpodstatnění, tvůrčí syntéze nebo jak se tomu říká, dělá se mi špatně. Můj ty bože, lidi, myslím si, strčit vám nos do organické chemie (a to ještě nemluví o matematice), to by se vám potom těžko psalo!*“

Michaela Sandela, což je třeba ocenit o to víc, že velké téma spravedlnosti k velkým slovům vyloženě svádí. V přednáškách se *Sandel* věnuje tématům, která zpracovává ve své knize, a jejich pojetí dobře odpovídá i autorovu stylu psaní. Jako by se potvrdilo, že řada z těch nejlepších právnických knih vznikala původně jako soupis přednášek, případně na základě přednášek autora – podobně jako *Fullerova Morálka práva* a snad prý i *Hartův Pojem práva*.

Sympatické na *Sandelově* knize také je, že se harvardský profesor neschovává jen za ostatní autory, že po dvou stovkách stránek, na kterých rozebírá zejména myšlenky jiných autorů, „nezůstane (mlčícím) filosofem“, ale nabídne syntézu představených koncepcí a jasně se přihlásí ke konkrétnímu pojetí spravedlnosti. Neskončí tedy u všeobecného relativismu či skeptického konstatování, že pojetí spravedlnosti je mnoho a není možné mezi nimi vybrat. Samotný závěr, ve kterém naznačuje, jaké konkrétní kroky povedou k lepšímu prosazení pojetí spravedlnosti založeném na ctnosti, které považuje za nejperspektivnější pro současný svět, zůstává sice poněkud stručným a jen částečně uspokojivým, nicméně přesto zřetelným vykročením konkrétním směrem. Je proto nepochybně potěšující, že se *Sandelova* kniha dočkala po šesti letech českého vydání, což snad usnadní její cestu do kánonu děl, se kterými by se neměl minout žádný student právnické fakulty.

Michal Urban*

**Martin Denis – Morsa Marc – Gosseries Philippe a kol.
Droit du travail européen – Questions spéciales, 1re édition.
Bruxelles: Larcier, 2015, 880 s.**

V roce 2015 byla v nakladatelství Larcier vydána publikace s názvem *Droit du travail européen – Questions spéciales* (Evropské pracovní právo – zvláštní otázky). Toto poměrně rozsáhlé dílo s celkovým počtem 880 stran bylo zpracováno kolektivem mladých právníků pod vedením *Denise Martina* – člena právní služby Evropské komise a vyučujícího na Katolické univerzitě v Lovani, *Marca Morsy* – poradce a právníka působícího v belgické státní službě v oblasti sociálního zabezpečení a *Philippa Gosseriese* – emeritního poradce Kasačního soudu Belgie a profesora na Katolické univerzitě v Lovani.

Na rozdíl od převážné většiny literatury věnované pracovnímu právu EU, která se zaměřuje na unijní pracovní právo v celém jeho rozsahu, jsou předmětem této publikace pouze některé vybrané oblasti pracovního práva upravené na unijní úrovni. Autorům jednotlivých částí tak byl poskytnut dostatek prostoru pro rozbor aktuálních problémů pracovního práva EU. Kromě unijního práva a relevantní judikatury Soudního dvora EU ve zvolených oblastech se autoři jednotlivých částí zaměřují na implementaci vybraných předpisů sekundárního práva EU do belgického právního řádu.

Publikace je rozdělena do deseti částí, které podávají rozbor vybraných problémů pracovního práva upravených na unijní úrovni. Jednotlivé části jsou dále rozděleny do tematických kapitol a kratších podkapitol, což čtenáři umožňuje lépe se zorientovat v poměrně rozsáhlém a na první pohled poněkud nepřehledném textu.

* JUDr. Mgr. Michal Urban, Ph.D., Katedra politikologie a sociologie Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze. Tato recenze vznikla v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově (PRVOUK), P 04, řešeném na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: urbanm@prf.cuni.cz.

První část publikace, jejímž autorem je jeden z hlavních koordinátorů knihy *Philippe Gosseries*, je věnována aktuálním tématům, která mají v současné době nezanedbatelný vliv na podobu evropského pracovního práva, mezi něž patří zejména finanční, hospodářská a sociální krize z let 2008 až 2014. Autor se zaměřuje zejména na rozhodnutí přijatá orgány Unie a členských států v rámci úsporných opatření a rozebírá jejich možné pozitivní a negativní dopady na sociální Evropu. Nevyhýbá se kritickému pohledu na politiku úsporných opatření. Zvláštní pozornost věnuje uplatňování práv zakotvených v Listině základních práv Unie v souvislosti s politikou úsporných opatření jak na unijní úrovni, tak na úrovni jednotlivých členských států.

Druhá část knihy pojednává o volném pohybu občanů Unie, kteří nevykonávají výdělečnou činnost. Její autor se zaměřuje na poněkud kontroverzní problematiku tzv. sociální turistiky, kterou se rozumí migrace v rámci členských států Unie za účelem pobírání sociálních dávek. Zamýšlí se mimo jiné nad otázkou, do jaké míry je třeba bojovat proti osobám, které zneužívají jedné ze základních svobod občanů Unie za účelem pobírání dávek sociálního zabezpečení. Rozebírá aktuální judikaturu Soudního dvora EU týkající se vztahu mezi právem občanů Unie na volný pohyb osob a koordinací národních systémů sociálního zabezpečení.

Třetí část publikace je věnována individuálnímu pracovnímu právu, konkrétně úpravě dovolené v právu EU. Její autorka se zaměřuje na požadavky vyplývající z unijního práva na vnitrostátní úpravu dovolené za kalendářní rok jako doby odpočinku, která náleží každému zaměstnanci, a na úpravu mateřské a rodičovské dovolené, které náležejí v souvislosti s narozením a péčí o dítě a na rozdíl od dovolené jsou poskytovány nikoli za účelem odpočinku, nýbrž za účelem sladování rodinného a pracovního života. Kromě unijního rámce týkajícího se dovolené za kalendářní rok, mateřské dovolené a rodičovské dovolené analyzuje implementaci předpisů sekundárního práva upravujících tuto problematiku do belgického právního řádu.

Následující část knihy je rovněž věnována individuálnímu pracovnímu právu, a to pracovní pohotovosti, která je chápána jako časový úsek, v němž je zaměstnanec k dispozici svému zaměstnavateli, aniž by plnil pracovní úkoly, přičemž její autoři rozlišují mezi pracovní pohotovostí, která je vykonávána na pracovišti, a pracovní pohotovostí, během níž se zaměstnanec nachází na jiném místě. Autoři této části publikace se zaměřují na otázku, za jakých podmínek je třeba pracovní pohotovost chápat jako pracovní dobu a za jakých podmínek může být podřízena jinému režimu. V této souvislosti poukazují na relevantní judikaturu Soudního dvora EU a aktuální rozhodovací praxi belgických soudů, přičemž se zamýšlejí nad nutností upravit unijním právem kromě pracovní doby a doby odpočinku rovněž třetí časový úsek, který by pokrýval právě doby pracovní pohotovosti.

Pátá část publikace se zaměřuje na problematiku bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, zejména na vliv unijního práva na belgickou právní úpravu. Autoři této části nejprve podrobně rozebírají teoretická východiska zakotvení úpravy bezpečnosti a ochrany zdraví při práci v právu EU včetně vývoje pravomocí orgánů původních Společenství přijímat legislativu v této oblasti. Následně hodnotí reformu belgického právního řádu, k níž došlo v důsledku povinnosti implementovat předpisy unijního práva do vnitrostátního právního řádu. Poukazují na některé problematické aspekty unijního práva, mimo jiné na v odborné literatuře poměrně často diskutovaný vztah úpravy bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a rovného zacházení s muži a ženami v zaměstnání a povolání.

Následující část knihy se zabývá v současné době značně aktuálním tématem ochrany zaměstnanců vyslaných do jiného členského státu v rámci poskytování služeb. Její autor, kterým je jeden z hlavních koordinátorů knihy *Marc Morsa*, se zaměřuje na rozbor směrnice

Evropského parlamentu a Rady 2014/67/EU o prosazování směrnice 96/71/ES o vysílání pracovníků v rámci poskytování služeb. Kromě samotného rozboru unijního práva se zaměřuje na ekonomická a právní východiska úpravy ochrany zaměstnanců vysílaných na území jiného členského státu a na rozbor relevantní judikatury Soudního dvora EU. Součástí jeho příspěvku je rovněž zhodnocení opatření, která byla belgickou vládou přijata za účelem boje proti zneužívání vysílaných zaměstnanců a sociálnímu dumpingu.

Sedmá část publikace pojednává o zásadě rovného zacházení a zákazu diskriminace, která je v současné době považována za základní zásadu unijního práva. Autorka této části se zaměřuje na právo na rovné zacházení v pracovněprávním vztahu, problematiku práva na rovné zacházení v oblasti sociálního zabezpečení a při poskytování zboží a služeb určených veřejnosti, které jsou rovněž unijním právem upraveny, ponechává v souladu se zaměřením publikace stranou. Po obecném úvodu do problematiky rovného zacházení, který zahrnuje popis právní úpravy, definování základních pojmů v oblasti diskriminace, vysvětlení výjimek z práva na rovné zacházení a vymezení rozsahu působnosti unijního antidiskriminačního práva, je věnována hlubší pozornost implementaci směrnic EU týkajících se rovného zacházení v zaměstnání do belgického právního řádu. Zvláště je rozebrána úprava důkazního břemene ve věcech diskriminace a zákazu diskriminace na základě věku, která je v současné době v mnoha členských státech poměrně častým předmětem sporů mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem.

Na problematiku rovného zacházení v zaměstnání volně navazuje následující část knihy, která se zabývá rozбором zákazu diskriminace z důvodu věku, zejména analýzou rozsudku Soudního dvora EU ve věci *Komise proti Maďarsku* (C – 286/12), který mezi odbornou veřejností vyvolal značný ohlas. Autoři této části poukazují na zvláštní postavení věku jako možného diskriminačního důvodu, které se ve vztahu k zajištění práva na rovné zacházení v zaměstnání a povolání projevuje velkým množstvím výjimek, kdy je rozlišování mezi zaměstnanci nebo uchazeči o zaměstnání přípustné. Zvláštní pozornost je věnována zejména legitimním cílům rozdílného zacházení z důvodu věku a přiměřenosti a nutnosti prostředků nezbytných k jejich dosažení.

Předposlední část knihy pojednává o ochraně osobních údajů zaměstnanců. Její autorka nejprve představuje právní úpravu týkající se této problematiky na evropské a vnitrostátní úrovni. Zvláštní pozornost věnuje návrhu aktu sekundárního práva upravujícího ochranu osobních údajů, který byl v době zpracování publikace v legislativním procesu. Následně se zaměřuje na ochranu osobních údajů při uplatňování práva na zaměstnání, tedy ještě v době před vznikem pracovněprávního vztahu. Poukazuje na zvláštní postavení citlivých údajů, kterými jsou zejména rasový původ, politický názor, náboženské vyznání, sexuální život a členství v odborech. Podrobně se zaměřuje rovněž na získávání informací o zdravotním stavu uchazeče o zaměstnání.

Poslední část publikace je věnována kolektivnímu pracovnímu právu, přesněji informování zaměstnanců a projednání s nimi. Autorka této části se zaměřuje na úpravu práva zaměstnanců na informace a projednání v právu EU s výjimkou práva na informace a projednání v případě hromadného propouštění. Poukazuje na význam tohoto práva, které je zakotveno mimo jiné v Evropské sociální chartě a Listině základních práv Unie. Následně podrobně rozebírá směrnici 2002/14, kterou se stanoví obecný základ pro informování zaměstnanců a projednání se zaměstnanci v ES a směrnicí 2009/38 o zřízení evropské rady zaměstnanců nebo vytvoření postupu pro informování zaměstnanců a projednání se zaměstnanci v podnicích působících na úrovni Společenství a skupinách podniků působících na úrovni Společenství. Po rozboru rámce přijatého na evropské úrovni se zaměřuje na transpozici předpisů sekundárního práva do belgického právního řádu.

Jako celek podává publikace pohled na aktuální témata, která jsou předmětem úpravy pracovního práva EU. Skutečnost, že si nekladla za cíl obsáhnout materii evropského pracovního práva jako celek, umožnila jejím autorům rozebrat vybraná téma v širším kontextu a prezentovat vlastní pohled na zkoumanou problematiku. Pro českého čtenáře může být přínosný rozbor implementace vybraných předpisů unijního práva do belgického právního řádu. Získá tak povědomí o problémech, s nimiž se belgický zákonodárce při implementaci některých předpisů sekundárního práva potýká, což mu poskytne prostor pro srovnání s právní úpravou České republiky v dané oblasti. Publikace je bezesporu přínosná nejen pro akademické pracovníky, kteří se věnují sociální politice EU, nýbrž i pro odbornou veřejnost zabývající se pracovním právem v celém jeho rozsahu.

Jana Komendová*

* JUDr. Jana Komendová, Ph.D., Právnická fakulta Masarykovy univerzity. E-mail: jana.komendova@law.muni.cz.

Decoding the Text, Causes for, and Consequences of Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights

Jiří Malenovský

Abstract: Protocol No. 15 adds a recital to the Preamble of the European Convention on Human Rights. It refers to the principle of subsidiarity and to the „margin of appreciation“. The assessment of this amendment results in perceiving it as a measure which aims at diluting quasi-federal elements in the Convention implementation mechanisms. Proportionately to this weakening, intergovernmental pillars should be partially reinstated. The latter ones once constituted the core of this Convention. However, they were largely dismantled by the assertive case-law of the European Court of Human Rights, and eventually removed by Protocol No. 11. The main instigator of this change is the United Kingdom. Nevertheless, it is not sure whether the British ideas will be shared by the European Court of Human Rights, who is the ultimate interpreter of the Convention, otherwise further tensions in the application of the Convention may be expected. Protocol No. 15 may be equally seen as another instance demonstrating difficulties in the realization of international cooperation with supranational elements when Great Powers are participating. Those Powers have the tendency to seek subsequent “repatriation” of the elements of their sovereign powers which they had originally put in that cooperation with like-minded states. The reason is that they fail to adequately exert their influence within the supranational environment and have to follow the will of “foreign” bodies.

Key words: European Court of Human Rights, Protocol No. 15, United Kingdom, subsidiarity and margin of appreciation, Great Powers

Melčák or Melčáks? Constitutional Courts repealing Constitutional Acts

Martin Madej

Abstract: Czech Constitutional Court’s judgment known as Melčák provoked a debate not only about the hierarchy in the Czech constitutional order, but also about the powers of the Constitutional Court. In order to deduce these powers there needs to be a possibility of constitutional revision, as well as the separation of original and derived constitution-maker, existence of a body overseeing the revisions, existence of constitutional and supra-constitutional principles and special requirements for constitutional revision. If we wish to assess thoroughly the question of exceeding these powers, we need to analyse the situation in comparable countries. Until now, the Constitutional Courts of Austria, Lithuania and Romania have repealed constitutional acts. While the Romanian Constitution explicitly presumes this type of constitutional review, Austrian and Lithuanian courts had to ‘find’ their powers and thus their judgments are capable of comparing with Melčák. In the end, the author reaches the conclusion that judgment Melčák is not unique and there are more courts to be found, which have the potential to repeal constitutional act and which have yet not had the right opportunity to do so.

Key words: Melčák, annulment of constitutional act, constituent power, eternal clause, unamendable constitutional provisions, procedural constitutional review, substantive constitutional review

Ethnic Data Collecting in the Case of the Czech Republic Legal System

Miroslav Knob

Abstract: The goal of the article is to justify ethnic data collecting in the case of the Czech legal system. The article’s focus is mostly methodological; firstly it describes the basics of methodology and methods concerning ethnic data collecting and then focuses on the method of collecting unfocused data collected by the method of identification by third person. The main goal of the opening part is to set the framework for the following part of the paper. In the second part, the article focuses on the

method of collecting unfocused data collected by the method of identification by third person. First part defines the main counterarguments against ethnical data collection by the method of collecting unfocused data collected by the method of identification by third person, which presents the main conflicts against such researches. These are: violation of the right to self-identification, violation of the right to privacy, fear of misusing such data and the argument that category of ethnic is hazy. In the next subchapters the article deals with every argument and at the end it justifies the possibility of such research in the Czech legal system. The article analyses an example of such research in the Czech Republic – Survey into the Ethnic Composition of Pupils of Former Special Schools (2012) conducted by Czech Public Defender of Rights. This survey is presented as an example of good practise in the Czech Republic.

Key words: ethnicity, statistic, ethnical statistic, data collecting, Public Defender of Rights

Alexy's Weight Formula

Jan Wintř

Abstract: *The proportionality principle is one of the most important contemporary methodological guidelines for decision-making of constitutional courts. In 2003 Robert Alexy introduced his concept of the Weight Formula as a tool for assessment of the most problematic of the three criteria of the proportionality test. The balancing rule of that last criterion has been described by Robert Alexy as follows: "The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other." Alexy's Weight Formula constitutes the subject matter of this paper. The author attempts to elucidate the Formula as clearly as possible and subsequently apply it to a number of selected decisions of the Czech Constitutional Court. The aim of the paper is to experimentally validate the hypothesis that the Weight Formula is a practical as well as convincing instrument of balancing colliding constitutional principles. It should also answer the question to what extent the Formula can help identify the differences in relevant opinions in the event of rational disagreement. The paper concludes the Formula does constitute an applicable instrument of constitutional argumentation. It can be employed in the process of judicial oversight over individual breaches of basic rights as well as exercising constitutional review powers. The Formula's applicability extends even into the sphere of disputes within organic constitutional law. The Weight Formula serves in the very least as a tool to make argumentation of constitutional courts clearer and easier to understand for the public. Among other aspects, the paper reacts to some of the criticisms which have been mounted against the Formula.*

Key words: proportionality principle, Weight Formula, constitutional review, fundamental rights



XXIV. Karlovarské právnické dny

Zveme Vás na XXIV. Konferenci Karlovarské právnické dny
16.–18. června 2016

Kongresový sál hotelu Thermal, Karlovy Vary

Ve dnech 16.–18. 6. 2016 se v Karlových Varech uskuteční již XXIV. ročník odborné právnické konference Karlovarské právnické dny, kde již tradičně se svými příspěvky vystoupí řada předních právníků jak z oblasti právní teorie, tak i právní praxe, vrcholní představitelé justice a státní správy, a to z ČR, SR, Rakouska, Německa a dokonce z Lucemburku.

První den konference zahájí blok týkající se závazkového práva. Odpolední blok prvního dne se pak ponese v duchu občanského práva procesního. Následovat bude jistě živá diskuze o procesních otázkách a jejich dopadu do teorie i praxe.

V pátek se můžete těšit nejprve na trestněprávní blok, kde vystoupí vrchní státní zástupkyně JUDr. Bradáčová a předseda NS prof. Šámal. Trestní právo bude zastoupeno i v dalším pátečním bloku, kde vystoupí např. předseda NSS JUDr. Baxa. Letošní ročník konference navštíví i Marc Jaeger, předseda Tribunálu Soudního dvora EU, který vystoupí s příspěvkem na téma „Problematika nalézání práva Soudním dvorem EU“. Páteční program pak uzavře ministr spravedlnosti JUDr. Pelikán, který poreferuje o aktuálním výhledu legislativy v ČR.

I sobotní program nabídne zajímavé příspěvky z různých oblastí práva. Na řadu přijde blok věnovaný korporátnímu právu. Konferenci zakončí referáty z oblasti insolvenčního práva, konkrétně na téma insolvenčních věřitelů.

Účast na konferenci Základní poplatek za účast na třídní konferenci a slavnostní recepci činí 9.200,- Kč + DPH.

Konference je simultánně tlumočena ČJ/NJ.

Počet účastníků je OMEZEN na zhruba 150 osob.

PODMÍNKY ÚČASTI A REGISTRAČNÍ FORMULÁŘ NALEZNETE NA WWW.KJT.CZ