

STATI

Soudní aktivismus a soudní zdrženlivost v judikatuře rakouského Ústavního soudního dvora

Harald Eberhard*

Abstrakt: Abstraktní kontrola norem, zejména přezkoumávání zákonů, představuje jednu ze základních úloh rakouského Ústavního soudního dvora. V rámci své působnosti za dobu přesahující 100 let své existence se tento institut neustále vyvíjel především ve světle europeizace právního řádu. Zejména v oblasti ústavního pořádku jsou zřejmé tendence k významnějšímu soudcovskému aktivismu vůči zákonodárci. Rakouský soudní dvůr se zapojil do dialogu s Evropským soudem pro lidská práva a Soudním dvorem Evropské unie a akceptoval řadu podnětů těchto soudů. Tím se v Rakousku v posledních desetiletích proměnilo i chápání ústavy ve smyslu materiálního hodnotového systému. Tendence judikatury Ústavního soudního dvora však nejsou jednotné. Právě v poslední době jsou zřetelné příklady soudcovského aktivismu v oblasti základních práv, ale též, a to zejména, v souvislosti s krizovými stavy, znaky i určitého soudcovského sebeomezení vůči zákonodárci. V posléze uvedených případech je možno též pozorovat, že rakouský Ústavní soudní dvůr přijímá v oblasti správy roli obecného normotvůrce zejména v rámci kontroly správních nařízení, což představuje významný korektiv pro tuto oblast.

Klíčová slova: covid-19, Evropský soud pro lidská práva, přezkum zákonů, zásada rovnosti, základní práva, soudcovský aktivismus, soudcovské sebeomezení, kontrola norem, soukromý a rodinný život, eutanazie, ústavní soudnictví, ústavní svazek, chápání ústavy, přezkoumání nařízení, řízení o předběžné otázce u SDEU

1. Ústavní soudní dvůr jako soud pro kontrolu norem

Rakouský ústavní soudní dvůr (dále Ústavní soud) má ve své současné podobě dlouhou historii. Je starý skoro jako Rakouská republika. V diskusích o Ústavním soudu byla a je vždy v centru pozornosti jeho role jako nejvyšší soudní instance. Mnoho z jeho rozhodnutí v průběhu let bylo podnětem pozoruhodných ideologických debat. Témata soudního (též soudcovského) aktivismu a soudní zdrženlivosti jsou – a to lze říci i o posledním vývoji v Rakousku – aktuálnější než kdy dříve.

Otázky soudní zdrženlivosti (soudcovského sebeomezení) mají dnes mnoho společného s inovací, která se tak proslavila v roce 1920 a dnes symbolizuje vlastní „model“ ústavní jurisdikce: systém centralizované kontroly norem.¹ Rakouský příklad tohoto systému předpokládá, že Ústavní soud je jediným soudem, který má pravomoc rušit zákony.

* Univ.-Prof. dr. Harald Eberhard, Wirtschaftsuniversität Wien. Tento článek rozvíjí myšlenky, které byly poprvé formulovány v autorově příspěvku *Judicial activism and judicial self restraint in der Judikatur des VfGH*. In: FS Kopetzki. 2019, s. 141. Autor děkuje Mag. Jakobu Fuxovi, BA, za jeho obětavou podporu. Podstatný obsah článku autor přednesl na Fóru Centra právní komparatistiky PF UK dne 2. června 2022. Překlad Luboš Tichý.

¹ Viz ÖHLINGER, T. Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich – Der Wandel von Funktion und Methode in einer neunzigjährigen Geschichte. In: WRASE, M. – BOULANGER, Ch. (eds). *Die Politik des Verfassungsrechts*. Nomos, 2013, s. 243.

Všechny ostatní soudy jsou do tohoto systému začleněny tak, že mohou podávat žádosti o přezkum zákonů a nařízení. Touto kompetencí se Ústavní soud transformoval ze soudu, který měl rozhodovat² o politických právech a otázkách sporů o kompetence ve federálním státě,³ na ústavní soud ve skutečném smyslu, do jehož kontrolního systému byly integrovány i akty zákonodárného sboru. Ústředním prvkem je především možnost Ústavního soudu zahájit řízení o kontrole norem z moci úřední.⁴ V praxi to poskytuje Ústavnímu soudu obrovské možnosti také ohledně přístupu k právním předpisům, které mají být aplikovány v jakémkoli jiném řízení před ním probíhajícím, tedy – podle jeho slov – jsou „prejudiciální“,⁵ což je důkazem jeho zvláštní funkce jako „zvláštního správního soudu“.⁶ Pravomoc rozhodovat o ústavnosti nálezů a rozhodnutí správních soudů (čl. 144 Spolkové ústavy, dále Ústava) představuje „dvojitou funkci“, a to rozhodování o ústavní stížnosti a rozhodování o abstraktní kontrole norem⁷ jako ústředního kontrolního a zároveň vrcholného systému individuální právní ochrany veřejných práv.⁸ Jeho předchůdce, Říšský soud (*Reichsgericht*), který byl zřízen ústavou z prosince 1867, ještě neměl pravomoc k přezkumu právních norem;⁹ ta je inovací Ústavy z roku 1920. Jinak existovala rozsáhlá kontinuita mezi Říšským soudem a (republikánským) Ústavním soudem: § 2 odst. 1 zákona ze dne 22. listopadu 1918 o soudnictví¹⁰ stanovil, že pravomoc soudů upravuje zákon. Pravomoci Říšského soudu byly přeneseny na budoucí Ústavní soud podle zákona z roku 1919.¹¹ Za tímto účelem se příslušné zákony z let 1867 a 1869¹² staly znovu účinnými.¹³ I úkoly bývalého Státního soudního dvora (*Staatsgerichtshof*) přešly na Ústavní soud.¹⁴

2. Vývojové tendence

2.1 Základní práva

Stejně jako v mnoha jiných kontextech je i pro toto téma smysluplný historický přehled. Ústavní soud měl v prvních desetiletích zřetelnou tendenci k soudní zdrženlivosti.¹⁵ To

² Čl. 2 Státního základního zákona (*Staatsgrundgesetz*), označovaného též jako „Ústava“ či „Prosinčová ústava“ ze dne 21. prosince 1867 o zřízení říšského soudu, RGBI 1867/143.

³ Čl. 3 písm. b Státního základního zákona ze dne 21. prosince 1867 o zřízení říšského soudu, RGBI 1867/143.

⁴ Čl. 139 odst. 1, první věta a čl. 140 odst. 1, první věta, písm. b) rakouské Spolkové ústavy.

⁵ Viz podrobně rozhodovací praxe Ústavního soudu, podle níž se soud při zkoumání přípustnosti řídí hmotněprávními úvahami, KUNESCH, A. *Prejudizialität in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes*. Verlag Österreich, 2018, s. 91 an., s. 177 an.

⁶ K tomu KNEIHS, B. – ROHREGGER, M. k čl. 144 Ústavy. In: KORINEK, K. – HOLOUBEK, M. et al. (eds). *Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar*. 13. Auflage. 2017, marg. č. 4 an.

⁷ KNEIHS, B. – ROHREGGER, M. Komentář k čl. 144 Ústavy, marg. č. 4.

⁸ Ibidem.

⁹ Ohledně judikatury Reichsgerichtu v otázkách základních práv viz WIEDERIN, E. Die Rechtsprechung zum Staatsgrundgesetz. In: MERLI, F. – PÖSCHL, M. – WIEDERIN, E. (eds). *150 Jahre Staatsgrundgesetz*. Manz, 2018, s. 71, (72 an).

¹⁰ StGBI 1918/38.

¹¹ § 1 zákona ze dne 25. ledna 1919 o zřízení Ústavního soudu, StGBI 1919/48.

¹² Zákon ze dne 18. dubna 1869 o organizaci Říšského soudu, řízení před ním a výkonu jeho rozhodnutí, RGBI 1869/44.

¹³ § 2 zákona ze dne 25. ledna 1919 o zřízení Ústavního soudu, StGBI 1919/48.

¹⁴ Zákon ze dne 3. dubna 1919, kterým úkol bývalého Státního soudního dvora přechází na Ústavní soud a zákon ze dne 25. ledna 1919 St.G.Bl. č. 48, o zřízení Ústavního soudu, kterým se mění a doplňuje, StGBI 1919/212.

¹⁵ Viz však seznam v ÖHLINGER, T. Die Grundrechte in Österreich. *EuGRZ*. 1982, s. 216 (244), podle kterého Ústavní soud „přes veškerou tendenci k soudní zdrženlivosti“ v době mezi obnovením své činnosti v roce 1947 a 31. prosincem 1979 – tedy před rozvojem jeho soudnictví v oblasti základních práv v 80. letech – uznal porušení základního práva v rámci přezkumného řízení ve 113 případech.

se projevilo zejména v otázkách základních práv, kde test proporcionality odhalil, že zákonodárce měl velkou volnost při volbě veřejných zájmů a jejich zvažování. Potíže při soudní aplikaci základních práv spočívají především ve stručné formulaci a chybějícím systematickém přístupu.¹⁶ Podle pražského rodáka Hanse Kelsena, tvůrce rakouské Spolkové ústavy z roku 1920, byla základní práva upravena ve Státním základním zákoně z roku 1867, kde byla zakotvena s výhradou zákona, vystavena riziku, že budou jednoduchým zákonem derogována.¹⁷

Ve svém rozhodnutí z roku 1928¹⁸ Ústavní soud nezpochybnil, že zákon musí sloužit veřejnému zájmu („obecnému dobru“). „Obecné dobro“ však podle Ústavního soudu není právně výstižný pojem; jeho konkretizace je tedy výhradně věcí zákonodárce. Judikatura vyvrcholila slavným výrokem: „*Je téměř hlavním úkolem zákonodárce formulovat názor na hodnotu mnoha protichůdných zájmů a upřednostnit to, co považuje za vyšší zájem, nebo dosáhnout kompromisu mezi protichůdnými zájmy. Ústavní soud však musí rozhodně odmítnout se k takové otázce vyjádřit.*“¹⁹

Toto hledisko se změnilo v souvislosti s diferenciací testu proporcionality a tím i obohacením právních výhrad.²⁰ Ústavní soud ještě v roce 1928 o otázce přípustného vyvlastnění nebo omezení základního vlastnického práva rozhodl,²¹ že jediným úkolem zákonodárce je definovat „obecné dobro“.²² Ale již v 50. letech Ústavní soud konstatoval, že vyvlastnění musí být ve veřejném zájmu a že zákonodárce je odpovědný za posouzení této otázky v rámci své kontroly.²³ Následně byla omezení vlastnictví také spojována se – soudem ověřitelným – veřejným zájmem.²⁴

Poučná je i judikatura týkající se svobody podnikání, dalšího vysoce relevantního základního práva. Podle relevantního ustanovení²⁵ Ústavy z prosince 1867 je zákonodárce oprávněn vázat svobodu podnikání na „zákonné podmínky“.²⁶ Právě toto základní právo je paradigmatickým vývojem judikatury, která sahá od předpokladu neomezené svobody zákonodárce k (v praxi mimořádně důležité) zásadě proporcionality.²⁷ Od roku 1987²⁸ se používá tento vzorec: Omezení svobody výkonu ekonomické aktivity jsou přípustná pouze tehdy, jsou-li vyžadována veřejným zájmem, jsou-li vhodná k dosažení cílů, jsou-li přiměřená a lze-li je i jinak objektivně ospravedlnit.

¹⁶ Viz ÖHLINGER, T. – EBERHARD, H. *Verfassungsrecht*. 13. Auflage. Facultas, 2022, marg. č. 685.

¹⁷ Viz KELSEN, H. *Allgemeine Staatslehre*. Mohr Siebeck Verlag, 1925, s. 155.

¹⁸ VfSlg 1123/1928.

¹⁹ Takto zdrženlivá judikatura Ústavního soudu byla také označována jako „excesivní judikatura“, viz HOLOUBEK, M. Komentář k čl. 7 Ústavy. In: KORINEK, K. – HOLOUBEK, M. et al (eds). *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*. 12. doplněk 2018, marg. č. 37 an.

²⁰ STELZER, M. *Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Verlag Österreich, 1991, s. 3.

²¹ Čl. 5 StGG 1867.

²² VfSlg 1123/1928.

²³ VfSlg 1853/1949, 3666/1959.

²⁴ VfSlg 9911/1983.

²⁵ Čl. 6 StGG 1867.

²⁶ Dále k vývoji, koncepčnímu a strukturálnímu zakotvení tohoto institutu viz BEZEMEK, Ch. Die Erwerbsfreiheit im StGG – Schutzgegenstand und Stellung. *Juristische Blätter*. 2014, č. 8, s. 477 (480 an.).

²⁷ Viz VfSlg 10.179/1984 (*Schrottlenkung*). Tento název je v judikatuře Ústavního soudu často chápán jako „zlomový bod“ ve výkladu právních výhrad (srov. STELZER, M. *Wesensgehaltsargument*, s. 104 s dalšími odkazy). Podle WIEDERIN, E. daný název představoval spíše závěr ústavně-soudního vývoje testu proporcionality než jeho začátek: viz WIEDERIN, E. *Rechtsprechung zum Staatsgrundgesetz*, s. 92; k vývoji zásady proporcionality v judikatuře BVerG viz např. SCHLINK, B. Freiheit durch Eingriffsabwehr. *EuGRZ*. 1984, s. 457 (460 an.) s dalšími odkazy.

²⁸ VfSlg 11.483/1987.

Tímto prismatem se zkoumání základních práv v praxi změnilo v diferencovanou – neboť odstupňovanou – kontrolu legislativy, která ponechává soudu široký prostor působnosti.²⁹ Jakýmsi historickým „mezistupněm“ byla tzv. teorie podstaty (*Wesensgehaltstheorie*):³⁰ Tato teorie, terminologicky vycházející z německého Základního zákona (GG, ústava),³¹ předpokládala, že zákonná omezení základního práva nesmí narušovat jeho „podstatu“, což by nastalo v případě, že by se tato omezení ve výsledku rovnala zrušení onoho základního práva.³² V tomto ohledu zahrnují ustanovení o základních právech nejen oprávnění k jejich omezení, ale i omezení tohoto oprávnění („omezení omezení“). Tento kontrolní mechanismus určuje, do jaké míry soud osciluje mezi *soudcovským aktivismem* a *soudcovskou zdrženlivostí*.

2.2 Pochopení Ústavy

Tento vývoj judikatury v oblasti základních práv má však i významný protějšek v obecné rovině, ve smyslu chápání samotné Ústavy. Starší názor, který dlouho převládal, chápal ústavní právo jako přísně formální právo.³³ Jeho základ spočíval v tom, že ústavní právo bylo koncipováno jako procesní základ pro zákonodárce a tedy jako „ústavní pravidla hry“, která primárně stanoví procesní rámec pro utváření vůle státu, jsou ale záměrně zdrženlivá ohledně jejího obsahu. To vedlo k potřebě striktního výkladu textu právního předpisu při ignorování smyslu a účelu příslušné právní úpravy (ve smyslu teleologického výkladu).

I toto chápání se změnilo, a to v tom smyslu, že podle dnes převládajícího názoru jsou základní ideje pro společnost zakotveny v ústavním právu; jejich konkretizace je úkolem jednotlivých právních odvětví. Čistě formální chápání musí z velké části zmizet. Díky tomu je pochopitelné, že to byla právě základní práva, která otevřela cestu materiálnímu chápání Ústavy. To je založeno na koncepci základních práv jako zásad, které vyžadují konkretizaci. S tím související povinnosti poměrování stále častěji přebírá sám Ústavní soud, jak lze ilustrovat na postavení vlastnického práva a svobody povolání.

Z historického hlediska je zajímavé, že v míře, v jaké Ústavní soud rozvinul své pravomoci směrem k *soudnímu aktivismu*, reagoval zákonodárce tak, že zrušil některá ustanovení byť jen podezřelá z protiústavnosti nebo je změnil tak, aby se vyhnul jejich přezkoumání Ústavním soudem.³⁴ Z toho je zřejmé, že mezi ústavním zákonodárstvím a Ústavním soudem existovalo napětí, které má základ v ústavě.³⁵ Ústavní soud „řešení“ tohoto problému shrnul³⁶ v roce 2001 tak, že v rámci abstraktní kontroly norem může přezkoumávat i ustanovení Ústavy, protože je lze měřit se základními ústavními principy.³⁷ Mezi ně patří

²⁹ Ve svém nálezu VfSlg 3118/1956 o znárodnění soud poprvé uvedl, že jednoduchý zákon by porušil základní právo na svobodu podnikání, pokud by znárodnil celé odvětví a tím by v celém sektoru „zlikvidoval“ základní právo.

³⁰ Ústavní soud označil jádro základního práva za jeho „podstatný obsah“ poprvé ve VfSlg 3505/1959.

³¹ Čl. 19 odst. 2 Základního zákona pro Spolkovou republiku Německo: „V žádném případě nesmí být základní právo ve své podstatě dotčeno.“

³² Více o reakci právní doktríny na tento závazek Ústavního soudu vůči „teorii podstaty“ viz STELZER, M. *Wesensgehaltsargument*, s. 8 an.

³³ ADAMOVIČ, L. sen. Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit. *Juristische Blätter*. 1950, Vol 75, sešit 4, s. 73 (74).

³⁴ K této ochraně politických kompromisů na ústavněprávní úrovni došlo např. v právu silničního provozu nebo v právu důchodového zabezpečení (různý věk odchodu do důchodu).

³⁵ K mezinárodní debatě o tzv. „protiústavním ústavním právu“ viz např. ROZNAI, Y. *Unconstitutional Constitutional Amendments*. Oxford University Press, 2017.

³⁶ VfSlg 16.327/2001.

³⁷ ÖHLINGER, T. – EBERHARD, H. *Verfassungsrecht*, marg. č. 66 an.

především principy demokracie, republikového uspořádání, ale také právního státu. Součástí principu právního státu je podle judikatury Ústavního soudu³⁸ také a především systém veřejnoprávní ochrany s Ústavním soudem v čele. Jádrem kompetencí Ústavního soudu je – a tím se kruh uzavírá – kompetence abstraktní kontroly norem. Je-li jeho pravomoc nepatříčně omezena, jedná se o porušení principu právního státu. Poprvé takto rozhodl Ústavní soud v roce 2001 ohledně jednoho ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek. Ostatní normy tohoto zákona „nepovažoval za neústavní“.³⁹

Tehdejší rozhodnutí také jasně ukázalo, že pro zákonodárce existují limity, které jsou vymezeny zejména rozhodováním Ústavního soudu v rámci kontroly norem. Uvedený případ může tak sloužit jako důkaz autority Ústavního soudu, neboť od té doby k obdobnému případu „protiústavního práva“ nedošlo. Z jedinečnosti této judikatury však jasně vyplývá, že se jedná jen o „ultimativní pojistky“, které začnou fungovat jen v případech ústavních zákonů vykazujících zřejmá a závažná porušení základních principů.

2.3 Princip rovnosti a soudní aktivismus

Relevantní je také zvláštní ústavní kontext, který je středem diskuse o *soudcovském sebeomezení* Ústavního soudu. V rámci tohoto kontextu hraje klíčovou roli princip rovnosti.⁴⁰ Princip rovnosti je dnes mezi všemi základními právy ustanovením, kterým Ústavní soud nejčastěji zdůvodňuje zrušení zákona. Princip rovnosti je tak dnes prakticky neúčinnější ústavní bariérou normotvorby vůbec. Jako téměř žádné jiné ústavní ustanovení se zásada rovnosti adresovaná zákonodárci dynamicky rozvíjela v soudním dotváření práva.⁴¹

Co vyžaduje princip rovnosti od zákonodárce? Vyžaduje to stejně zacházet s jednou osobou jako s osobou druhou, neexistují-li konkrétní důvody, proč tak nečinit. Slovy Ústavního soudu: princip rovnosti zakazuje zákonodárci vytvářet jiné než věcně odůvodnitelné rozdíly mezi adresáty právní normy.⁴² Rozdíly lze činit jen na základě relevantních skutkových odlišností; jen tak je to v souladu s ústavní zásadou rovnosti.⁴³ Zásada rovnosti nejen zakazuje zacházet se stejným nerovným způsobem, ale také zakazuje s nerovným nakládat bez relevantních důvodů rovným způsobem.⁴⁴

Rozhodujícím faktorem byl a je další rozvoj tohoto principu samotným Ústavním soudem: vedle zákazu irelevantních odlišností či požadavku na věcně důvodné odlišení adresátů norem dovodil Ústavní soud z čl. 7 Ústavy obecně závazný požadavek objektivitu, který příležitostně aplikuje, aniž by provedl srovnání (které je principu rovnosti pojmově imanentní).⁴⁵ V tom spočívá jádro *soudního aktivismu* v judikatuře, protože úplné zrušení zákona, který umožňuje zadávat zakázky podle neobjektivně diferencovaných kritérií,

³⁸ Srov. VfSlg 11.196/1986, 16.245/2001.

³⁹ VfSlg 16.327/2001.

⁴⁰ Čl. 7 Ústavy a čl. 2 StGG.

⁴¹ Pro tento vývoj viz HOLOUBEK, M. *Komentář k čl. 7 Ústavy*, marg. č. 16 an., a PÖSCHL, M. *Gleichheit vor dem Gesetz*. Verlag Österreich, 2008, s. 119 an. K prvořadému významu zásady rovnosti v kontextu řízení o přezkumu zákona viz také ÖHLINGER, T. *Die Grundrechte in Österreich*, s. 225 a 244.

⁴² Viz například VfSlg 8169/1977.

⁴³ Viz například VfSlg 4392/1963.

⁴⁴ Např. VfSlg 12.641/1991.

⁴⁵ Viz např. VfSlg 15.173/1998 o protiústavnosti „zbytečného“ předpisu. Viz také například ÖHLINGER, T. – EBERHARD, H. *Verfassungsrecht*, marg. č. 767.

vytváří politický tlak na zákonodárce.⁴⁶ Ústavní soud však pravidelně zdůrazňuje legitimní prostor zákonodárce pro tvorbu právní politiky. Je to zřejmé z jeho konstantní formulace „*to, zda je úprava vhodná a výsledek je ve všech případech vnímán jako uspokojivý, nelze měřit mírou principu rovnosti*“.⁴⁷

Z tohoto obecného požadavku objektivitě vycházelo v posledních desetiletích velké množství zrušovacích rozhodnutí. Nejde o cynismus, označuje-li se tento základní princip jako „obecná klauzule“, která se používá i v těch kontextech, v nichž pravomoc k ochraně jiných základních práv není dána.⁴⁸ V poslední době se proto princip rovnosti stále více formuje jako základní právo rovného nakládání se silnými rysy *soudního aktivismu*. Proto se tradovalo, že „*princip rovnosti je takový, jaký si z něj ústavní judikatura udělá*“.⁴⁹ Nedávná judikatura však také ukázala, že Ústavní soud se stále více zdráhá uplatňovat obecný požadavek objektivitě.⁵⁰

3. Evropeizace ústavní jurisdikce a její dopady

Specifickým rysem rakouského systému základních práv je, že práva podle EÚLP mají ústavní status od roku 1958, tedy od přistoupení Rakouska k této úmluvě.⁵¹ To znamená, že se jich jako ústavně zaručených práv lze domáhat i u Ústavního soudu.⁵² Tato zvláštnost vedla k tomu, že ESLP a Ústavní soud komentovaly stejná ustanovení EÚLP. To vedlo k velmi významné interakci.⁵³ Ústavní soud se tak ve většině případů řídil rozhodnutími ESLP a základní práva vykládal shodně. Po počátečních „*dogmatických pokusech o imunizaci*“⁵⁴ přijal Ústavní soud nejen určitý způsob hodnocení v jednotlivých případech, ale především styl odůvodnění, takže v případech rozvíjejících se práv má jeho judikatura větší význam. Ústavní soud ostatně již dlouho konstatuje, že ESLP je „*živým nástrojem*“ a že základní práva je proto třeba přizpůsobit příslušnému vývoji ve společnosti.⁵⁵ Toto chápání bylo pro Ústavní soud zpočátku nové – pokud se znovu zamyslíme nad již zmíněným dřívějším konvenčním formálním chápáním ústavy – ale postupně se stalo pro jeho judikaturu určujícím. O to kritičtěji bylo registrováno a diskutováno těch několik málo případů, kdy došlo ke „*vzpourě*“ proti ESLP.⁵⁶

⁴⁶ Viz již ÖHLINGER, T. *Die Grundrechte in Österreich*, s. 225.

⁴⁷ Viz např. VfSlg 12.416/1990, viz také starší poznatky k otázce právní politiky při omezování přístupu k manželství párům opačného pohlaví (VfSlg 19.682/2012) a přístupu k registrovanému partnerství párům stejného pohlaví (VfSlg 19.492/2011).

⁴⁸ Holoubek nazývá princip rovnosti „veselým vtipálkem“ doktríny základních práv: HOLOUBEK, M. *Komentář k čl. 7 Ústavy*, marg. č. 27.

⁴⁹ HOLOUBEK, M. *Komentář k čl. 7 Ústavy*, marg. č. 19.

⁵⁰ Viz VfSlg 19.894/2014, 20.241/2018. Viz také WIEDERIN, E. *Rechtsprechung zum Staatsgrundgesetz*, s. 93 s dalšími odkazy.

⁵¹ BGBl. 1964/59.

⁵² Viz VfSlg 4.924/1965 o ústavním postavení Listiny základních práv EU, viz VfSlg 5102/1965 o přímé použitelnosti práv podle Úmluvy.

⁵³ HOLOUBEK, M. Das Verhältnis zwischen europäischer Gerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtshof. In: GRABENWARTER, Ch. – BERGER, M. (eds). *Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen*. 12. Österreichischer Europarechtstag 2012, 2013, s. 157, (158 an.).

⁵⁴ BERKA, W. Die Europäische Menschenrechtskonvention und die österreichische Grundrechtstradition. ÖJZ. 1979, s. 365. Například Ústavní soud v souvislosti s čl. 6 EÚLP varoval před „přímo převratnými“ důsledky rakouského právního řádu: VfSlg 5102/1965.

⁵⁵ Viz poprvé ESLP 24. 4. 1978, 5856/72, *Tyrer v. Spojené království*, podle něhož je EÚLP „živým nástrojem, který je třeba vykládat ve světle současných podmínek“.

Tento vývoj měl dopad i na „rozdělení rolí“ mezi zákonodárnou a soudní mocí. Čím aktivnější byl Ústavní soud ve své judikatuře, tím důležitější byla role „soudce“ a tedy soudní moci.⁵⁷ V dřívějším chápání to byl parlament, který musel reagovat na ohrožení svobody prostřednictvím zákonů, takže třetí moc se stala korektivem v případě ohrožení svobody, které může mít základ v zákonné úpravě. Kromě vlivu uplatňovaného ESLP jistě působila i orientace na judikaturu německého Spolkového ústavního soudu, i když ne komplexně.⁵⁸ V této souvislosti se také hovoří o přechodu od „právního státu“ ke „státu soudce“, jak to ve své stěžejní práci z roku 1957 vyjádřil⁵⁹ René Marcic.

Tato tendence byla v Rakousku posílena v době jeho přistoupení k Evropské unii.⁶⁰ Podle rakouského ústavního práva bylo toto přistoupení prvním případem tzv. „celkové změny“, kterou nejen musela reflektovat Ústava, ale muselo se také konat referendum.⁶¹ Vstup Rakouska do EU měl řadu dopadů na rakouské právo. V tomto kontextu to mělo také vážné důsledky pro ústavní rozhodování. Jak známo, soudní moc v rámci EU hraje důležitou roli. Je zřejmé, že Ústavní soud v průběhu let také vstoupil do pozoruhodného „dialogu“ s SDEU. Byl prvním ústavním soudem, který v prvních několika letech po přistoupení zahájil ve větším měřítku důležitá řízení o předběžné otázce.⁶² Ústavní soud také odvedl významnou průkopnickou práci v otázce přizpůsobení rakouského ústavního práva právu EU.⁶³ Konstatoval například, že rakouské právo je vázáno unijním i rakouským ústavním právem, pokud první ponechává dostatečný prostor.⁶⁴ Z dnešního pohledu je to jasná indikace fáze *soudního aktivismu*.

Dnes je tato tendence opět posílena interakcí s SDEU v otázkách ochrany základních práv.⁶⁵ Od roku 2009 v důsledku Lisabonské smlouvy má EU výslovný a právně závazný katalog základních práv v podobě Listiny základních práv EU. Je pozoruhodné, že od roku 2012 využívá Ústavní soud Listinu jako standard přezkumu v rámci kontrolní činnosti, „pokud příslušná garance Listiny základních práv v její znění a smyslu odpovídá ústavně zaručeným právům rakouské spolkové ústavy“.⁶⁶

⁵⁶ Zvláště kontroverzní byly otázky týkající se výkladu čl. 6 EÚLP, srov. HOLOUBEK, M. *Verhältnis*, s. 159 an.

⁵⁷ Viz například THÜRER, D. Die Worte des Richters. Gedanken rund um die Verfassungsgerichtsbarkeit. In: *FS Öhlinger*. Wien, 2004, s. 272 (288 an.).

⁵⁸ S dalšími odkazy EBERHARD, H. Funktionalität und Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Judikatur des VfGH. In: GAMPER, A. – VERSCHRAEGEN, B. (eds). *Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode*. Wien: Verlag Jan Srammek, 2013, s. 141 (148 an.).

⁵⁹ MARCIC, R. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*. Wien: Springer, 1957.

⁶⁰ K tomu blíže ÖHLINGER, T. Gesetz und Richter unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, Anmerkungen zu einem Prozess der „Amerikanisierung“ des europäischen Rechts. In: *FS Fleiner*. 2003, s. 719 (729 an.).

⁶¹ ÖHLINGER, T. – EBERHARD, H. *Verfassungsrecht*, marg. č. 135 an.

⁶² VfSlg 15.450/1999, 16.050/2000, 16.100/2001, 19.702/2012.

⁶³ Viz HOLZINGER, F. – FRANK, S. L. Auswirkungen des Unionsrechts auf die Verfassungsgerichtsbarkeit. In: GRILLER, S. et al. (eds). *20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs*. Verlag Österreich, 2015, s. 545 (547 an.).

⁶⁴ K principu „dvojitě vazby“ viz VfSlg 14.863/1997, 17.967/2006, 18.642/2008, 19.529/2011; viz také ÖHLINGER, T. – POTACS, M. *EU-Recht und staatliches Recht*. 2020, s. 131 an. a 174.

⁶⁵ ÖHLINGER, T. – EBERHARD, H. *Verfassungsrecht*, marg. č. 205 an.

⁶⁶ VfSlg 19.632/2012. Srov. GAMPER, A. Wie viel Kosmopolitismus verträgt eine Verfassung? *Juristische Blätter*. 2012, s. 763 (769 an.); GRABENWARTER, C. Europäische Grundrechte in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes. *JRP*. 2012, sešit 4, s. 298; HELLER, B. Die Anwendung der Grundrechte der Europäischen Union durch den Verfassungsgerichtshof. *Juristische Blätter*. 2012, s. 675; MAYR, S. Verfassungsgerichtlicher Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab im Spannungsfeld nationaler, konventionen und unionsrechtlicher Grundrechtsgewährleistungen. *Zeitschrift für Verwaltung*. 2012, s. 401 (409 an.); MERLI, F. Umleitung der Rechtsgeschichte. *JRP*. 2012, s. 355; PÖSCHL, M., Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon. *Österreichische zeitschrift für öffentliches Recht*. 2012, s. 587.

Ústavní soud v posledních letech tohoto standardu přezkumu v některých případech využívá i v rámci kontroly norem, např. při zrušení úpravy o ochraně osobních údajů.⁶⁷ Zde se ukazuje úzký kontakt mezi Ústavním soudem a SDEU. Zejména v tomto kontextu byl Ústavní soud ve věci *Digital Ireland*⁶⁸ téměř „transformátorem“ rozsudku SDEU.

4. Aktuální příklady z judikatury Ústavního soudu

V závětrí všech těchto vlivů – EÚLP na jedné straně a judikatury ESLP na druhé straně – učinil Ústavní soud v poslední době značně kontroverzní rozhodnutí. Nejprve se této tématice podrobněji věnuji na příkladech, které ukazují obraz velmi „aktivního“ Ústavního soudu, pak ale analyzuji rozhodnutí, ze kterých lze vyčíst pravý opak.

4.1 Aktivismus

4.1.1 „Manželství pro všechny“

Nejprve je třeba poukázat na zjištění, s nímž byly rozdíly mezi manželstvím jako partnerstvím osob různého pohlaví a partnerstvím osob stejného pohlaví považovány za neústavní.⁶⁹ Důvodem tohoto rozhodnutí byl případ páru, který již žil v registrovaném partnerství a ucházel se o uzavření manželství.⁷⁰ Na rozdíl od roku 2003, kdy Ústavní soud považoval odpovídající předpisy za ústavní, neboť zastával názor, že ani z principu rovnosti podle Ústavy, ani z judikatury ESLP neplyne požadavek rozšířit manželství na páry stejného pohlaví,⁷¹ v prosinci 2017 zrušil příslušné ustanovení rakouského občanského zákoníku⁷² a odpovídající ustanovení Zákona o registrovaném partnerství s odkazem⁷³ na zásadu rovnosti, z níž plyne zákaz diskriminace.⁷⁴ Rozhodujícím faktorem pro toto rozhodnutí bylo, že se oba právní instituty i nadále právně sblíží a že zákon poskytuje párům stejného pohlaví velké množství možností společného rodičovství.⁷⁵ S odkazem na historii sociální a právní diskriminace osob se sexuální orientací stejného pohlaví Ústavní soud uvedl, že *„zařazování vztahů, které jsou svou povahou a významem pro jednotlivce v zásadě stejné, do různých právních institutů má diskriminační charakter, který právě čl. 7 odst. 1 věta*

⁶⁷ VfSlg 19.892/2014.

⁶⁸ SDEU 8. 4. 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 a C-594/12.

⁶⁹ VfSlg 20.225/2017. K tomu kriticky RUPPE, H. G. Ehe für alle – Grundrechtjudikatur auf neuen Wegen? *Juristische Blätter*. 2018, s. 428; SCHODITSCH, T. Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht? Anmerkung zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017, ÖJZ 2018, s. 381.

⁷⁰ Žádost byla zamítnuta radou města Vídně a toto rozhodnutí bylo potvrzeno správním soudem ve Vídni, viz rozhodnutí z 21. 12. 2015, VGW-101/020/11808/2015-11, VGW-101/V/020/11809/2015 a následující zrušení nálezu 17. 12. 2017, VGW-101/020/16339/2017/E.

⁷¹ VfSlg 17.098/2003. Ústavní soud ještě v roce 2014 dospěl k závěru, že různé právní instituty (registrované partnerství a manželství) neospravedlňují žádnou nepřipustnou diskriminaci, viz VfSlg 19.865/2014. Více o tom RUPPE, H. G. *Ehe für alle – Grundrechtjudikatur auf neuen Wegen?*, s. 428.

⁷² § 44 ABGB, JGS 1811/946.

⁷³ Spolkový zákon o registrovaném partnerství (zákon o registrovaném partnerství – EPG).

⁷⁴ Konkrétně slovní posloupnost „různá pohlaví“ v § 44 Obecného občanského zákoníku (ABGB), v platném znění, JGS 1811/946 a slovní posloupnost „páry stejného pohlaví“ v § 1, „stejně pohlaví“ v § 2 a § 5 odst. 1 písm. 1 Z 1 Spolkového zákona o registrovaném partnerství (zákon o registrovaném partnerství – EPG) BGBl I 2009/135 ve znění BGBl I 2017/161, který se zvažuje.

⁷⁵ Například adopce nevlastních dětí a adopce dětí, §§ 193 ABGB (viz VfSlg 19.442/2014 pro adopci dítěte) nebo lékařsky asistovaná reprodukce (VfSlg 19.824/2013), která byla zavedena novelou zákona o reprodukční medicíně z roku 2015.

druhá Ústavy zakazuje.⁷⁶ Ústavní soud tak konstatoval, že právní následky obou institutů – manželství i registrovaného partnerství – jsou nyní přibližně stejné, zákonodárce ale přesto rozlišuje dva instituty: manželství je otevřeno pouze heterosexuálním vztahům, registrované partnerství pouze homosexuálním vztahům. Podle Ústavního soudu právě toto rozlišování je protiústavní.

Na rozdíl například od Nizozemí nebo Německa to v Rakousku nebyl zákonodárny orgán, ale soud, kdo učinil toto klíčové rozhodnutí o právní rovnosti.⁷⁷ Skutečnost, že politicky kontroverzní otázka možnosti manželství pro páry stejného pohlaví nebyla zákonodárcem zodpovězena, vyvolala kritiku právněpolitického přístupu Ústavního soudu.⁷⁸

Zrušení dosavadní úpravy nabylo účinnosti 31. prosince 2018. To zpočátku vedlo ke snaze tehdejších vládních stran obejít účinky rozhodnutí Ústavního soudu zakotvením principu manželství osob opačného pohlaví do ústavy.⁷⁹ Vzhledem k tomu, že se v parlamentu nepodařilo dosáhnout dvoutřetinové většiny potřebné pro tento projekt, jsou od 1. ledna 2019 jak manželství, tak registrované partnerství otevřena pro páry stejného i opačného pohlaví.⁸⁰

4.1.2 „Třetí pohlaví“

Další přelomové rozhodnutí vydal Ústavní soud v červnu 2018. Na základě stížnosti intersexuální osoby soud z úřední povinnosti přezkoumal § 2 odst. 2 odst. 3 matričního zákona (*Personenstandsgesetz*, PStG)⁸¹ a dospěl k závěru, že povinnost zapsat pohlaví do matričních záznamů je třeba vykládat ústavně konformním způsobem, a dovolil, aby byl takový záznam učiněn v souladu s pohlavní identitou jedince.⁸² Ústavní soud uznal, že čl. 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod – právo na soukromý a rodinný život – přiznává lidem s nebinární pohlavní charakteristikou ústavně zaručené právo uznat jejich odlišnost jako nezávislou pohlavní identitu, které je chrání před přiřazením k pohlaví na základě vnějšího/cizího zásahu.⁸³ Podle Ústavního soudu by rakouská právní úprava⁸⁴ měla být v souladu s ústavou také takto vykládána, a proto nemusí být rušena.⁸⁵ Ústavní soud tímto rozhodnutím navázal na orientaci rozsudků ESLP, podle kterých je svobodná

⁷⁶ VfSlg 20.225/2017, marg. č. 16.

⁷⁷ Rakousko se připojuje k Nizozemsku, Belgii, Španělsku, Norsku, Švédsku, Portugalsku, Islandu, Dánsku, Francii, Spojenému království, Lucembursku, Irsku, Finsku, Maltě a Německu na rostoucím seznamu evropských zemí, které mají právo na manželství osob stejného pohlaví poskytnout. Návrh parlamentní iniciativy na změnu § 44 ABGB však v červnu 2017 nenašel většinu, viz Parlamentní korespondence č. 834 ze dne 29. 6. 2017.

⁷⁸ Viz například SCHODITSCH, T. Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht? Anmerkung zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017. ÖJZ. 2018, s. 381.

⁷⁹ Viz prohlášení vedoucích klubů ÖVP a FPÖ z 11. 10. 2018, ots.at/presseaussendung/OTS_20181011_OTS0201/woegingerrosenkranz-weder-spoee-noch-neos-wollen-traditione-ehe-between-mit-und-frau23-zakotvit-veťšinu-v-ustave (17. 5. 2022).

⁸⁰ Pro podrobnou analýzu nálezů viz *Khakzadeh-Leiler*, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017, EF-Z 2018, 52.

⁸¹ Spolkový zákon o úpravě osobního stavu/matriční zákon (*Personenstandsgesetz* 2013 – PStG 2013), BGBl I 2013/16.

⁸² VfSlg 20.258/2018.

⁸³ Základní ústavně zaručená práva v případě intersexuality viz PETRIČEVIĆ, M. Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit. Wien: Verlag Österreich, 2017.

⁸⁴ § 2 odst. 2 bod 3 PStG.

⁸⁵ Viz blíže DENG, A. – SCHRANZ, J. Das dritte Geschlecht – Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 15. 6. 2018 G 77/2018. RdM. 2018, sešit 6, s. 272, také NEUMAYR, M. Verfassungsgerichtshof: „unbestimmtes“, nicht „drittes Geschlecht“. ÖZPR. 2018, s. 126. Zu den Auswirkungen auf das Personenstandsrecht, viz AICHHORN, A. Intersexualität und der Eintrag ins Personenstandsregister – Das „3. Geschlecht“ in Österreichs binärer Rechtsordnung. EF-Z. 2018, s. 161 (s. 163).

volba pohlavní identity lidským právem.⁸⁶ Také německý Spolkový ústavní soud (BVerfG) v roce 2017 uznal, že zápis jiného pohlaví než mužského nebo ženského spadá pod ochranu obecných osobnostních práv.⁸⁷

Poznatky o institutu manželství a právech intersexuálů sledují trend, podle něhož jsou impulsy pro inkluzivnější rodinné a statusové právo stále častěji poskytovány judikaturou ESLP či Ústavního soudu, a nikoli zákonodárcem.⁸⁸ Zejména v otázce zpřístupnění manželství všem je patrné, že Ústavní soud formálně zůstal v roli „negativního zákonodárce“, ale zrušením hodnotově specifických následků příslušných ustanoveních do značné míry determinoval činnost legislativy. Zejména poté, co zpřístupnění registrovaného partnerství párům opačného pohlaví zavedlo „občanské svazky“ (*Zivilpakte*), proti nimž se parlament v roce 2009 výslovně postavil.⁸⁹ Tento nejnovější vývoj znovu ukazuje, jak silně je dynamika vývoje základních práv podněcována judikaturou ústavních soudů.

4.1.3 Eutanazie

Nejaktuálnějším příkladem, který bych rád zmínil, je téma eutanazie, k němuž je velmi vášnivě diskutován nálezh Ústavního soudu nesoucí výrazné rysy *soudcovského aktivismu*. V roce 2020 se otázkou eutanazie musely zabývat nejvyšší soudy v několika evropských státech. Kromě „*Hoge Raad*“, Nejvyššího soudu Nizozemska, který měl rozhodnout o zákonnosti aktivní eutanazie v případě pacienta s pokročilou demencí,⁹⁰ se k zákazu placené eutanazie vyslovil německý Spolkový ústavní soud (BVerfG) v rámci přezkumného řízení.⁹¹ Soud dospěl k závěru, že ústavní právo na sebeurčení umírajícího lze dovodit z obecného osobnostního práva podle čl. 2 odst. 1 GG (německé ústavy) v kombinaci s programovým ustanovením o ochraně lidské důstojnosti v čl. 1 odst. 1 GG. To také zahrnuje svobodu získat dobrovolnou pomoc třetích stran k ukončení vlastního života a právo třetích stran nabízet tuto pomoc komerčně.⁹²

V této souvislosti bylo netrpělivě očekáváno rozhodnutí rakouského Ústavního soudu z prosince 2020.⁹³ Napadena byla ustanovení rakouského trestního zákoníku (§ 77 a 78 StGB),⁹⁴ která kriminalizují usmrcování na požádání, podněcování a napomáhání k sebevraždě. Stěžovateli byli dva těžce nemocní, kteří se svobodně a vážně rozhodli pro asistované ukončení života, dále osoba, která již byla pravomocně odsouzena za napomáhání

⁸⁶ K tomuto základnímu prohlášení týkajícímu se transsexuality viz ESLP z 12. 6. 2003, 35.968/97 *Van Kück v. Německo*.

⁸⁷ BVerfG 10. 10. 2017, 1 BVR 2019/16.

⁸⁸ K tomu blíže viz SCHODITSCH, T. Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht? Anmerkung zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017. *ÖJZ*. 2018, s. 382.

⁸⁹ AB 562 BlgNR 24. GP 3. Krátce před rozhodnutím ústavního soudu, v říjnu 2017, ESLP neshledal žádné porušení čl. 14 a čl. 8 EÚLP ve vyloučení párů opačného pohlaví z možnosti uzavřít registrované partnerství: ESLP 26.10.28.475/12, *Ratzenböck a Seydl v. Rakousko*.

⁹⁰ Hoge Raad 21. 4. 2020, 19/04910; K tomu blíže viz HÖRNLE, T. Der niederländische Hoge Raad und das BVerfG zu Fragen der Sterbehilfe: Die Abgrenzung von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Einzelfall und als Leitlinie für die Rechtspolitik. *Juristenzeitung*. 2020, s. 872.

⁹¹ BVerfG 26. 2. 2020, 2 BvR 2347/15 a další. Pro srovnání těchto rozhodnutí a rozhodnutí Ústavního soudu viz KNEIHS, B. Drei Mal Sterbehilfe: Drei europäische Höchstgerichte haben im vergangenen Jahr Entscheidungen zur Sterbehilfe getroffen – Ein Vergleich. *NLMR*. 2020, sešit 6, s. 425.

⁹² K tomu blíže viz HUBER, S. Sterbehilfe in Deutschland und Österreich – zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts. *JMG*. 2020, sešit 2, s. 67, také KALCHHAUSER, S. Das „Sterbehilfe-Erkenntnis“ des deutschen BvG – ein Wegweiser für Österreich? *JMG*. 2020, č. 3, s. 132 (136 an.).

⁹³ VfSlg 20.433/2020.

⁹⁴ Trestní zákoník (*Strafgesetzbuch*) – StGB, BGBl 1974/60.

k sebevraždě podle § 78 trestního zákoníku, a lékař, který v rámci své profese působí jako důvěrník těžce nemocných.⁹⁵

Ústředním bodem věcné analýzy soudu o vznesených otázkách bylo ústavně zaručené „právo na svobodné seburčení“, které Ústavní soud⁹⁶ dovodil z práva na soukromý život podle čl. 8 EÚLP, práva na život podle čl. 2 EÚLP a z principu rovnosti podle čl. 2 trestního zákoníku a čl. 7 odst. 1 Ústavy. To se týká kromě práva na utváření vlastního života i práva na důstojnou smrt. To zase zahrnuje právo využít k sebevraždě pomoc svolných třetích osob.⁹⁷ Jde o odvození obsahu nového základního práva z vícera základních práv, k němuž došlo bez velké opory v předchozí judikatuře a které se velmi blíží „obecné svobodě jednání“, jež jinak není v Rakousku ukotvena coby základní.⁹⁸ To samo o sobě činí tento závěr obzvláště pozoruhodným.

V návaznosti na to Ústavní soud rozlišil dva trestné činy podle § 78 trestního zákoníku. Pokud jde o první trestný čin, podněcování k sebevraždě, Ústavní soud neshledal žádné ústavní pochybnosti. Důvodem je, že rozhodnutí vzít si život za účasti třetích osob je chráněno základními právy pouze tehdy, bylo-li rozhodnutí učiněno svobodně a bez ovlivňování. Jelikož v případě podněcování nelze o svobodném rozhodnutí dotčené osoby mluvit, není § 78 odst. 1 trestního zákoníku ústavně napadnutelný.⁹⁹

Naproti tomu u druhého trestného činu podle § 78 trestního zákoníku vyjádřil soud oprávněné ústavněprávní obavy: V podstatě se jednalo o právo na seburčení, neboť upravuje existenciální rozhodnutí o utváření vlastního života a smrti. Z tohoto důvodu neexistuje žádný další právněpolitický prostor pro zákonnou úpravu.¹⁰⁰ Legislativa musí respektovat rozhodnutí spáchat sebevraždu, pokud je nepochybné, že je založeno na svobodném, samostatném a trvalém rozhodnutí. V tomto ohledu nelze „právo na ochranu života“ podle čl. 2 EÚLP změnit na „povinnost k životu“.¹⁰¹

Ústavní soud rovněž poukázal na různá zákonná ustanovení, v nichž právní úprava uznává a podrobně rozvádí právo na svobodné seburčení, ohledně otázek života a zdraví, a dospěl k závěru, že z hlediska základních práv není rozdíl, zda jsou život prodlužující či život udržující opatření v rámci suverenity léčby či jednání pacienta v případech resuscitačních a obdobných zákroků a situací odmítnuta, anebo zda jde o případy, kdy osoba chtějící spáchat sebevraždu za pomoci třetí osoby svůj život ukončí. Obojí se děje v mezích práva na seburčení.¹⁰² Z těchto důvodů není oprávněné bez výjimky upírat právo na seburčení v oblasti asistence třetích osob při sebevraždě.¹⁰³ Je však na legislativě, aby poskytla záruky, které zajistí, že lidé učiní rozhodnutí spáchat sebevraždu bez vlivu třetích osob.¹⁰⁴

Ústavní soud v důsledku toho v druhém případě zrušil § 78 trestního zákoníku jako protiústavní z důvodu porušení práva na seburčení, které lze odvodit z rakouské Spolkové

⁹⁵ VfSlg 20.433/2020, marg. č. 6.

⁹⁶ Mimo jiné ESLP 29. 4. 2020, 2346/02, *Pretty/Spojené království*; ESLP 20. 1. 2011, 31.322/07, *Haas v. Švýcarsko*; ESLP 19. 7. 2012, 497/09, *Koch v. Německo*; ESLP (Velký senát) 5.6.2015, 46.043/14, *Lambert et al. v. Francie*.

⁹⁷ KNEIHS, B. *Drei Mal Sterbehilfe: Drei europäische Höchstgerichte haben im vergangenen Jahr Entscheidungen zur Sterbehilfe getroffen – Ein Vergleich*, s. 431, s odkazem na marg. č. 65 an. nálezu.

⁹⁸ Na rozdíl např. od Německa: Čl. 2 odst. 1 GG.

⁹⁹ VfSlg 20.433/2020, marg. č. 108; viz také KNEIHS, B. *Drei Mal Sterbehilfe: Drei europäische Höchstgerichte haben im vergangenen Jahr Entscheidungen zur Sterbehilfe getroffen – Ein Vergleich*, s. 431.

¹⁰⁰ VfSlg 20.433/2020, marg. č. 83.

¹⁰¹ VfSlg 20.433/2020, marg. č. 84 an.

¹⁰² VfSlg 20.433/2020, marg. č. 86 an.

¹⁰³ VfSlg 20.433/2020, marg. č. 93, 98.

¹⁰⁴ VfSlg 20.433/2020, marg. č. 99.

ústavy, a to s přechodným obdobím do 31. prosince 2021. Nová úprava doplnila odpovídající ustanovení o odkaz na nově přijatý zákon o dispozicích umírajících (*Sterbeverfügungsgesetz*, StVfG),¹⁰⁵ který stanoví kritéria pro realizaci takových uspořádání na základě lékařských informací a samostatné úvahy. Verdikt a diskuse o nové úpravě mezitím zaznamenaly v rozsáhlé literatuře poměrně kritické ohlasy.¹⁰⁶ Ústavní soud tímto rozhodnutím navazuje na judikaturu německého Spolkového ústavního soudu. Oba soudy se opírají o ústavně zaručené právo na sebeurčení, odvozují je však z rozdílných úprav základních práv.¹⁰⁷

Všechna výše uvedená zjištění mají společné to, že byla kritizována především proto, že o těchto politicky kontroverzních otázkách nerozhodoval zákonodárce, ale Nejvyšší soud.¹⁰⁸ Tato zjištění ukazují, že Ústavní soud je ochoten – často v rozporu se zněním textu – korigovat jasná právní hodnocení, což je jasný příklad *soudcovského aktivismu*.¹⁰⁹ Ideologická dimenze se projevuje zvláště v případech nálezů o eutanazii, protože jde o zásadní záruku a především proto, že ještě před pár lety se justice ubírala úplně jiným směrem. To je ovšem jen část celkového obrazu.

4.2 Zdrženlivost: judikatura týkající se protiepidemických opatření (covid-19)

Jako příklad *soudcovské zdrženlivosti* vůči parlamentu bych rád uvedl další záležitost a popsal, jak se Ústavní soud vypořádal s otázkou pandemie viru covid-19 a jejích důsledků, které nás všechny zasáhly. Stejně jako v jiných zemích došlo i v Rakousku k několika blokádam/uzávěrám různého trvání a intenzity, a podle převažujícího názoru jde v celkovém pohledu o nejsilnější zásahy do základních práv za poslední desetiletí, především do práv na svobodu pohybu, ale také do práva na práci/podnikání a práva vlastnit majetek. Ústřední právní základ pro opatření realizovaná především vyhláškami ministra zdravotnictví vznikl v prvních dnech pandemie v březnu 2020 tzv. zákonem o opatřeních vůči viru covid-19 (*COVID-19-Maßnahmegesetz*).¹¹⁰

Vcelku se za tyto dva roky ukazuje následující obrázek: Všechny právní předpisy vydané v této souvislosti, především předpisy o protiepidemických opatřeních, byly shledány ústavními a ani proti ustanovení protiepidemického zákona nebyly vzneseny námitky

¹⁰⁵ BGBl I 2021/242.

¹⁰⁶ Srov. z literatury např. BRADE, A. – FRIEDRICH, R. Suizidhilfe-Erkenntnis des VfGH: Ein halbes Jahr später, *RdM*. 2021, s. 225; BURDA, G. Sterbehilfe: Das VfGH-Erkenntnis zur Verfassungswidrigkeit des § 78 StGB in der Handlungsalternative des Hilfeleistungens. *ÖJZ*. 2021, sešit 5, s. 220; FROESE, Judith. Absoluter Lebensschutz? *JRP*. 2020, s. 148; GAMPER, A. Gibt es ein „Recht auf ein menschenwürdiges Sterben“? Zum Erkenntnis des VfGH vom 11. 12. 2020, G 139/2019. *Juristische Blätter*. 2021, s. 137; KHAKZADEH, L. Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben. *RdM*. 2021, s. 48; LEWISCH, P. Quo vadis „strafbare Suizidhilfe“? Vom VfGH-Erk zur Neuregelung. *ÖJZ*. 2021, s. 978; KNEIHS, B. *Drei Mal Sterbehilfe: Drei europäische Höchstgerichte haben im vergangenen Jahr Entscheidungen zur Sterbehilfe getroffen – Ein Vergleich*, s. 425; KNEIHS, B. Verbot der Suizidhilfe verfassungswidrig. *JBÖR*. 2021, s. 199.

¹⁰⁷ Viz KNEIHS, B. *Drei Mal Sterbehilfe*. *NLMR*. 2020, sešit 6, s. 433. Německý Základní zákon výslovně uznává všeobecné osobnostní právo, které BVerfG použil v souvislosti s programovým ustanovením o lidské důstojnosti. Ústavní soud naproti tomu odkázal na čl. 2 a 8 EÚLP a úvahy o rovnoprávnosti.

¹⁰⁸ Viz např. SCHODITSCH, T. *Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht? Anmerkung zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017*, s. 381.

¹⁰⁹ Například otevřením registrovaného partnerství párům různého pohlaví byly zavedeny ony „občanské svazky“, proti kterým se Národní rada výslovně postavila již v roce 2009 (AB 562 BlgNR 24th GP, 3).

¹¹⁰ BGBl I 2020/12.

(s výjimkou již dříve platného ustanovení¹¹¹ o právní ochraně v případě izolace nemocných osob¹¹²).

Na jedné straně Ústavní soud konstatoval, že zákonodárce má široký právněpolitický prostor pro boj s ekonomickými důsledky pandemie covid-19.¹¹³ Dále uvedl, že „za zvláštních okolností a s odpovídajícími časovými, osobními a věcnými omezeními může být zákaz vycházení odůvodněný, pokud se takové opatření může ukázat jako přiměřené s ohledem na konkrétní intenzitu zásahu“. To ukazuje, že zákonodárce může v krizi zajít velmi daleko – se všemi hmotněprávními a procesními zárukami.

Z toho je zřejmé, že neuralgická pozice se posunula do roviny veřejné správy. Nebo slovy Ústavního soudu: zákon o proticovidových opatřeních dal zákonodárci „prostor pro hodnocení a prognózování“. K tomu podle Ústavního soudu¹¹⁴ patří i časový rozměr, který na jedné straně poskytuje dynamický přístup, na straně druhé jej také vyžaduje. Toto omezení souvisí s procesním požadavkem, že „rozhodující je splnění určitých požadavků na dokumentaci ve spisech v procesu vydávání vyhlášek“.

Na základě toho je od léta 2020 v judikatuře Ústavního soudu patrný příval přezkumných řízení, z nichž většina skončila zrušením (respektive konstatováním nezákonnosti) posuzovaných předpisů, protože chyběla dokumentace odůvodnění vyhlášek, která by tyto požadavky splňovala.¹¹⁵ Zejména první uzávěra byla uznána za protiústavní, i když až dodatečně, kvůli příslušným lhůtám.¹¹⁶ Až teprve od nedávna odolává většina předpisů kontrole, naposledy se to týkalo omezení vůči neočkovaným.¹¹⁷ Lze tak na rovinu říci, že nejen parlamentu přiznaná široká volnost, ale také že široká volnost, kterou poskytuje zákonodárce veřejné správě, vyžaduje poměrně přísnou kontrolu.

Co nám tato judikatura říká o vztahu mezi legislativou a veřejnou správou v době krize?¹¹⁸ Předně nám říká, že v krizi může zákonodárce v zájmu rychlejší reakce delegovat mnoho

¹¹¹ § 7 odst. 1a, druhá věta Protiepidemického zákona (*Epidemiegesetz*, EpiG) z roku 1950 ve znění BGBl I 2016/63: „Aby se zabránilo dalšímu šíření nákazy podléhající hlášení uvedené ve vyhlášce podle odst. 1, osobám, které jsou nemocné nebo podezřelé z nemoci či z nákazy, může být zamezen nebo omezen styk s vnějším světem, pokud v závislosti na povaze nemoci a chování dotyčné osoby existuje vážné a významné riziko pro zdraví jiných lidí, které nelze mírnějšími opatřeními odstranit. Zadržena osoba se může obrátit na okresní soud, v jehož obvodu se nachází místo zadržení, se žádostí o přezkum přípustnosti a zrušení omezení na svobodě podle § 2 Zákona o tuberkulóze. Každé zadržení je oznámeno okresnímu soudu okresním správním úřadem, který ji nařídil. Okresní soud musí z moci úřední přezkoumat přípustnost vazby při obdobném použití § 17 Zákona o tuberkulóze nejdéle do tří měsíců od zadržení nebo posledního přezkumu, pokud nebylo zadržení zrušeno dříve.“ (Překlad L. Tichý).

¹¹² Ústavní soud 10. 3. 2021, G 380/2020.

¹¹³ VfSlg 20.397/2020.

¹¹⁴ VfSlg 20.398/2020 (marg. č. 58); VfSlg 20.399/2020 (marg. č. 77).

¹¹⁵ VfGH 14. 6. 2022, V53/2022; VfGH 15. 12. 2021, V560/2020; VfGH 15. 12. 2021, V229/2021; VfGH 15. 12. 2021, V234/2021; VfGH 29. 9. 2021, V188/2021 ua; VfGH 16. 6. 2021, V34/2021 ua; VfGH 8. 6. 2021, V576/2020; VfGH 8. 6. 2021, V587/2020; VfGH 8. 6. 2021, V615/2020; VfGH 8. 6. 2021, V21/2020; VfGH 8. 6. 2021, V22/2020; VfGH 10. 3. 2021, V573/2020; VfGH 9. 3. 2021, V530/2020; VfGH 23. 2. 2021, V533/2020; VfGH 10. 12. 2020, V436/2020; VfGH 1. 10. 2020, G219/2020 ua; VfGH 1. 10. 2020, G272/2020 ua, V469/2020 ua; VfGH 1. 10. 2020, V405/2020; VfGH 1. 10. 2020, V392/2020; VfGH 1. 10. 2020, V428/2020; VfGH 1. 10. 2020, V429/2020; VfGH 1. 10. 2020, G271/2020, V463/2020 ua; VfGH 14. 7. 2020, V411/2020; VfSlg 20.399; VfGH 14. 7. 2020, V363/2020; VfSlg 20.398.

¹¹⁶ VfSlg 20.398/2020 pro první uzávěru (*lockdown*) od 16. března do 13. dubna 2020.

¹¹⁷ VfGH 3. 3. 2022, V 231/2021 (týkající se závěry od 12. prosince 2021 do 30. ledna 2022); 29. 4. 2022, V 23/2022 (týkající se závěry od 21. do 30. ledna 2022).

¹¹⁸ Více o tom a s dalším odkazem EBERHARD, H. Alte und neue verfassungs und verwaltungsrechtliche Strategien zur Ermöglichung und Bändigung von Verwaltungsspielräumen in der Krise. *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. 2022, s. 137 (144 an.); EBERHARD, H. Wie krisenfest ist unsere Verfassung? Anmerkungen aus der Perspektive der Gesetzgebung am Beispiel der COVID-19-Krise. *ÖJT/WJG* (Hrsg.). Wie krisenfest ist unsere Verfassung? 2022, s. 27 (34 an.).

pravomocí na veřejnou správu formou zmocnění. To totiž zjevně příliš rychle nenaráží na meze ústavních požadavků. Krize nezbavuje veřejnou správu povinnosti přesného zdůvodnění takto povolených kroků; ta musí jasně uvést, proč k těmto rozhodnutím dospěla, a musí to zdůvodnit formálně a přesně, a nikoli pouze obecně.¹¹⁹ V tomto ohledu je soudní *zdrženlivost* ve vztahu k legislativě nahrazena *soudcovským aktivismem* v oblasti správní kontroly.

Výhled

Dovolte mi na závěr uvést následující úvahy. Je zřejmé, že Ústavní soud v poslední době koriguje jasná a letitá rozhodnutí zákonodárce tím, že je ruší, a to zejména v ideově kontroverzních záležitostech. V pozadí této praxe je sledování odpovídající judikatury ESLP v těch případech, kdy Ústavní soud vykládá ustanovení EÚLP. To se však neomezuje pouze na pouhé následování judikátů ESLP, spíše, jak ukázaly nálezy o eutanazii, je stejně myslitelné řídit se při rozhodování jak jinými ústavními soudy, tak postupovat „po svém“, tedy bez zvláštního následování judikatury jiných soudů.

V této souvislosti má zvláštní význam judikatura k obecnému principu rovnosti, která je sama o sobě „ideologicky“ neutrální, ale ve svých hlavních rysech obsahuje široký rozsah posuzování „objektivitu“, kterou Ústavní soud opakovaně využívá. Činí tak však velmi pečlivě a především odmítá úvahy o účelovosti. Vždy přitom zachovává volnost zákonodárce, například v případě sociálních dávek¹²⁰ nebo daňového práva.¹²¹ Může tomu ale být i jinak – jak lze ukázat s odkazem na nálezy o „manželství pro všechny“ – a Ústavní soud tato ustanovení „koriguje“.

To znamená, že *soudcovská zdrženlivost* byla leitmotivem zejména na počátku „kariéry“ Ústavního soudu, kdy Ústavní soud upřednostňoval hodnocení parlamentního zákonodárce. Své vlastní hodnocení upozadil. To se změnilo nejpozději s přeorientováním judikatury v oblasti základních práv ve světle EÚLP. Vstup do EU, který s sebou dnes přinesl image evropské ústavní unie, povýšil národní ústavní soudy – konkrétně jako partnery pro dialog se SDEU – na „evropské ústavní soudy“. To však neznamená, že by stále nepřetržovaly tendence k *zdrženlivosti*, zejména v ryze „domácích“ záležitostech. Příkladem z poslední doby může být nakládání Ústavního soudu s právními předpisy pro boj s pandemií viru covid-19. Zde dostal zákonodárny sbor poměrně volnou ruku. Na oplátku byla o to přísněji kontrolována veřejná správa.

Celkově je Ústavní soud rozhodně ve všech ohledech „aktivnějším“ soudem, než tomu bylo před čtyřiceti lety, k čemuž významně přispěla internacionalizace právního řádu. Zároveň lze konstatovat, že určitá *zdrženlivost* zůstala zachována zvláště tam, kde se Ústavní soud nechce nechat zatahovat do politických sporů, kterých je přehršel: vždy prokazoval pozoruhodný smysl pro znalost míry, což mu v neposlední řadě zajistilo jeho autoritu. A to je pro každý soud nanejvýš důležité.

¹¹⁹ VfGH 10. 3. 2021, V 573/2020: „Materiál, u kterého není srozumitelné, do jaké míry byl podkladem pro vytvoření vůle, nemůže splnit dokumentační povinnost.“

¹²⁰ Paradigmaticky VfSlg 18.885/2009, 19.747/2013, 20.300/2018.

¹²¹ Srov. VfSlg 19.933/2014, 19.984/2015, 20.167/2017.

Judicial Activism and Judicial Restraint in the Case Law of the Austrian Constitutional Court

Harald Eberhard

Abstract: The abstract review of law constitutes one of the basic tasks of the Austrian Constitutional Court. In its more than 100 years of existence, this institution has constantly evolved, especially in the light of the Europeanisation. Particularly in the area of constitutional order, there are clear tendencies towards greater judicial activism vis-à-vis the legislature. The Austrian Court of Justice has engaged in dialogue with the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union and has accepted a number of suggestions from these courts. This has also transformed Austria's understanding of the constitution in terms of a material value system in recent decades. However, the trends in the case law of the Constitutional Court are not uniform. Especially recently, there are clear examples of judicial activism in the field of fundamental rights, but also, and especially, in the context of states of crisis (see covid 19 pandemic), signs of a certain judicial self-limitation towards the legislator. In some cases, it is also possible to observe that the Austrian Constitutional Court is assuming the role of a general rule-maker in the field of administration, particularly in the context of the review of administrative regulations, which represents an important corrective in this area.

Keywords: Covid-19, European Court of Human Rights, review of laws, principle of equality, fundamental rights, judicial activism, judicial self-limitation, review of norms, private and family life, euthanasia, constitutional justice, constitutional union, understanding the constitution, review of regulations, preliminary ruling procedure at the CJEU