

Proporcionalita opatření přijímaných ve výjimečných stavech*

Proportionality of Measures Adopted in the Emergencies

Pavel Ondřejek**

Abstrakt

O principu proporcionality se právem hovoří jako o klíčovém argumentu při přezkumu ústavnosti zásahu do základních práv. Nedávné události v souvislosti s epidemií nemoci COVID-19 ukázaly, že zásahy do základních práv mohou být dlouhodobé, citelné a značně omezující v porovnání s předchozí praxí. Základní tezí tohoto příspěvku je zdůvodnění potřeby argumentace proporcionalitou při přezkumu ústavnosti opatření přijímaných ve výjimečných stavech. Mimo jiné je argumentováno, že požadavek proporcionality jakožto univerzálního kritéria přezkumu ústavnosti posiluje koherenci práva, a tím i předvídatelnost rozhodnutí týkajících se omezení práv, která není v době výjimečného stavu nižší než mimo něj. Příspěvek rovněž naznačuje specifika aplikace principu proporcionality ve vztahu k opatřením přijatým ve výjimečných stavech, konkrétně zvýšenou míru nejistoty, potřebu zvýšené míry zdrženlivosti, jakož i otázky argumentačního břemene při argumentaci proporcionalitou.

Klíčová slova

Lidská práva; princip proporcionality; výjimečné stavy; prosystémový výklad práva; koherence podmínek limitace základních práv.

Abstract

The principle of proportionality is rightly referred to as a key argument in constitutional review in case of an interference with fundamental rights. Recent events related to the COVID-19 pandemic have shown that those interferences may be long-lasting, substantial, and severely limiting in comparison with the previous practice. The basic thesis of this contribution is to illustrate that proportionality is the proper test of constitutional review of measures adopted in emergencies. Among other things, it is argued that the requirement of proportionality as a universal criterion for constitutional review strengthens the coherence of the law, and thus the foreseeability of requirements to limit rights, which is equally important in times of emergency as it is under normal circumstances. The article suggests the specificities of the application of principle of proportionality in the emergencies, especially the higher degree of uncertainty, the need for a judicial restraint and the issue of the burden of argumentation.

* Příspěvek vznikl v rámci projektu GAČR č. 19-10723S s názvem „Co současné právo sjednocuje a co jej fragmentarizuje z pohledu právní teorie a soudní praxe?“ První verze příspěvku byla prezentována na konferenci Weyrovy dny právní teorie 2020 konané příznačně pro jarní měsíce roku 2020 distančně. Mé poděkování za cenné připomínky a komentáře k článku patří oběma anonymním recenzentům, Janu Wintrovi, Martinu Haplovi, hlavnímu organizátorovi konference Weyrovy dny právní teorie, stejně jako dalším jejím účastníkům.

** Doc. JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., Katedra teorie práva a právních učení, Právnická fakulta, Univerzita Karlova, Praha / Department of Legal Theory and Legal Doctrines, Faculty of Law, Charles University, Prague, Czech Republic / E-mail: ondrejek@prf.cuni.cz / ORCID: 0000-0001-6764-8993

Keywords

Keywords: Human Rights; Proportionality Principle; Emergency Regulation; Pro-systemic Legal Interpretation; Coherence of Conditions for Limitations of Fundamental Rights.

Úvod

Tento příspěvek se zabývá jedním z mnoha aspektů opatření přijatých ve výjimečných stavech, a to přiměřeností (proporcionalitou) zásahů do základních práv, která tato opatření způsobují. Zkoumání proporcionality představuje klíčový argument při přezkumu jejich ústavnosti a cílem tohoto článku bude argumentovat, že při meritorním přezkumu ústavnosti každého opatření musí být kritérium proporcionality vždy zkoumáno.¹ Tento přezkum nemůže být nahrazen jiným testem, i když vezmeme v úvahu fakt, že opatření přijímaná v době výjimečného stavu mohou být v řadě ohledů specifická. Důvod, proč se věnuji právě proporcionalitě opatření přijatých ve výjimečných stavech, je zřejmý: v České republice byly od března 2020 přijaty desítky více či méně obecně formulovaných opatření (vlády, Ministerstva zdravotnictví, ale i zákonů přijatých Parlamentem), které jako hlavní účel deklarovaly zvládnutí epidemie nemoci COVID-19, případně souvisejících, zejména ekonomických, škod či hrozeb.²

Zároveň se od dubna v České republice začala objevovat první soudní řízení, v nichž byla mimo jiné napadána disproportionalita těchto opatření. Ze strany navrhovatelů zazněly například argumenty, podle nichž jsou příslušná protiepidemická opatření disproportionalní, protože:

- jsou příliš plošná z hlediska osobní působnosti, a tedy dostatečně nereflektující fakt, že ne všechny osoby jsou ohroženou skupinou nemocí COVID-19,³

1 K základním doktrinárním přístupům k principu proporcionality v soudobé ústavní a právní teorii viz ČERVÍNEK, Zdeněk. Proporcionalita. In: SOBEK, Tomáš, MARTÍN HAPLA a kol. *Filosofie práva*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2020, s. 365–371.

2 Opatření vlády jsou dostupná z: <https://www.vlada.cz/cz/epidemie-koronaviru/dulezite-informace/prehled-kladnich-usneseni-od-vyhlaseni-nouzoveho-stavu-180608>; Mimořádná opatření Ministerstva zdravotnictví jsou dostupná z: http://www.mzcr.cz/obsah/aktualni-mimoradna-opatreni-a-rozhodnuti-ke-covid-19_4135_1.html; Jak však upozorňuje Jan Wintř, Ministerstvo zdravotnictví na konci května 2020 začalo z přehledu na svých internetových stránkách odstraňovat starší mimořádná opatření, která byla buď zrušena, nebo nahrazena novými – viz WINTŘ, Jan. K ústavnosti a zákonnosti opatření proti epidemii v jarních měsících roku 2020. *Správní právo*, 2020, č. 5–6, s. 296.

3 Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 7. 5. 2020, sp. zn. 10 A 35/2020-261, bod 4: „Mimořádné opatření bylo dle názoru žalobkyně nepřiměřené, protože u dětí se nemoc covid-19 projevuje jen mírnými příznaky, a tedy se nejedná o zvlášť ohroženou skupinu. Naopak skutečnost, že děti nenavštěvují školu, může vést k obrožení jejich prarodičů, kteří musí o děti ve zvýšené míře pečovat.“ Ponechme nyní stranou přesvědčivost argumentu, že prarodiče dětí o ně musejí ve zvýšené míře pečovat.

- jsou příliš široká z hlediska věcné působnosti (tedy předmětu regulace), zejména ve srovnání s jinými zdravotními hrozbami,⁴
- nereflktují jiné možnosti regulace, které omezují základní práva méně, avšak jsou s to dosáhnout sledovaného cíle,⁵
- nedostatečně zdůvodňují, proč právě konkrétní aktivita je omezena či zakázána, přestože jiné podobné aktivity zůstávají povoleny,⁶
- jsou nedostatečně odůvodněna odbornými informacemi.⁷

Výše uvedené argumenty navrhovatelů směřovaly proti určitému opatření, přičemž nikdy se nejednalo o individuální právní akt, nýbrž podle okolností o opatření obecné povahy, anebo právní akt vlády, který většina soudců Ústavního soudu hodnotila zprvu jako právní předpis *sui generis*, posléze jako právní předpis, protože materiálně splňoval kritéria obecně závazného normativního právního aktu.⁸ Právě toto hodnocení povahy

-
- 4 Usnesení Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 12/20, bod 6: „... Konečně je pak namítána nepřiměřenost přijatého opatření se zdůvodněním, že v době jeho vydání bylo na území České republiky potvrzeno 38 případů onemocnění SARS-CoV-2, což je v hrubém nepochybně s epidemii sezónní chřipky, kterou podle Pandemického plánu České republiky (dále jen „pandemický plán“) onemocní zhruba pět set tisíc až jeden milion obyvatel ročně. V této nepřiměřenosti spatřují stěžovatelky porušení § 2 odst. 3 správního řádu, vztahujícího se na výkon veškeré správní činnosti.“
- 5 Usnesení Ústavního soudu ze dne 22. 4. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 8/20, bod 10: „Konečně (za páté) stěžovatelka namítá, že jsou napadená opatření nepřiměřená – za efektivnější a méně omezující alternativu stěžovatelka považuje například zdravotní kontroly obyvatelstva či separaci osob vyššího věku.“; usnesení Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 13/20, bod 12: „Zadrubě, stěžovatel brojí proti omezení pohybu uvnitř státu a možnosti jej opustit. Porušení své svobody pohybu (a všech osob zdržujících se na území České republiky) spatřuje v nepřiměřeném uzavření hranic, lze-li například nařídít individuální karanténu po návratu ze zahraničí.“
- 6 Návrh skupiny senátorů ze dne 8. 10. 2020 na zrušení části krizového opatření vlády ČR dle usnesení č. 958 ze dne 30. 9. 2020, bod II.3., publikovaného pod č. 392/2020 Sb., řízení sp. zn. Pl. ÚS 102/20, odst. 19 a 20 návrhu. (dostupné z: <https://www.usoud.cz/projednavane-plenarni-veci>). V předmětném návrhu šlo o omezení počtu osob na bohoslužbách limitem 100 osob a dále o zákaz zpěvu na náboženských obřadech. Navrhovatelé argumentují jednak tím, že „vláda nedoložila žádné podkladové studie..., které by prokazovaly, že v České republice při náboženských obřadech dochází k výraznému přenosu virové infekce nemoci covid-19“, dále pak tím, že „vláda nedoložila žádné podkladové studie, které by prokazovaly, že zpěvem i přes dodržení všech hygienických standardů (roušky, rozeštypy a sociální distanc) při náboženských obřadech dochází v České republice k výraznému přenosu virové infekce nemoci covid-19.“ Zdůrazňování zvláštní výjimečnosti bohoslužeb je patrné z řady míst návrhu, například ze srovnání: „vláda nijak nezodpověděla, proč považuje za nutné z hlediska šíření viru SARS-CoV-2 přísně regulovat chrámy víry, avšak neregulovat ‚chrámy konzumu‘.“ (odst. 40 výše citovaného návrhu).
- 7 Usnesení Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 10/20, bod 11: „[Stěžovatel s]ouhlasí s nezbytností provedení určitých opatření a uvědomuje si, že je třeba důsledně chránit slabší jedince ve společnosti. Nelze tak ovšem činit absolutně na úkor veškerého dalšího života společnosti. Jakkoli proto považuje některé kroky vlády za nezbytné a samozřejmě se jim rád podřídí, vždy musí jít o kroky odůvodněné, podložené odbornými informacemi.“
- 8 Ke změně hodnocení povahy opatření vlády, ke kterému došlo v rozmezí přibližně dvou týdnů mezi přijetím prvních dvou a další skupiny nálezů Ústavního soudu, viz odlišná stanoviska soudce Vladimíra Sládečka k usnesením Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 13/20 ze dne 5. 5. 2020 a sp. zn. Pl. ÚS 15/20 ze dne 5. 5. 2020. V podrobnostech viz též WINTR, Jan. K ústavnosti a zákonnosti opatření proti epidemii v jarních měsících roku 2020. *Správní právo*, 2020, č. 5–6, s. 286 a násl.; WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 5. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 229–230; Vlastní hodnocení dané problematiky detailněji popsal soudce V. Sládeček v článku SLÁDEČEK, Vladimír. Vláda a nouzový stav. *Správní právo*, 2020, č. 5–6, s. 266–281.

dotčeného aktu bylo většinou určující pro výsledek sporu. Pokud se před Ústavní soud dostala stížnost, soudci většinou hlasů ve všech případech rozhodli o jejím odmítnutí, neboť byla podána osobou neoprávněnou (jeden z hlavních argumentů v této souvislosti byl, že v případě přiznání aktivní legitimity by se v českém právním řádu objevila *actio popularis*).⁹ Argumenty proporcionality právní úpravy se tak v případě nálezů Ústavního soudu vůbec meritorně neprojeďovaly a totéž bylo možné až do 11. listopadu 2020 (tedy téměř osm měsíců od vyhlášení prvního nouzového stavu v důsledku epidemie nemoci COVID-19) říci i o rozsudcích pražského Městského soudu.¹⁰

První, a tedy ojedinělé rozhodnutí, v němž český soud meritorně zkoumal princip proporcionality, byl rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. listopadu 2020, v němž tento soud zamítl žalobu mířící proti důsledkům mimořádného opatření vlády ze dne 30. března 2020 č. 334 (vyhlášeného pod č. 142/2020 Sb.), kterým vláda mimo jiné zakázala přeshraničním pracovníkům vycestovat z území České republiky do Německa a Rakouska, s výjimkou případů, pokud by vycestovali na dobu delší než 21 dní.¹¹ Žalobkyně byla samoživitelka pečující o dvě děti, takže její vycestování za hranice na minimálně tři týdny nepřicházelo v úvahu. Městský soud nakonec žalobu zamítl, když aplikoval vůči postupu vlády deferenční (zdrženlivý) přístup, přičemž důležitým argumentem bylo právě zhodnocení proporcionality daného opatření.¹²

Přestože k meritornímu přezkumu proporcionality právního aktu došlo zatím v ojedinělém případě, považuji bližší zkoumání tohoto kritéria přezkumu ústavnosti opatření přijatého ve výjimečném stavu za velmi podstatné.¹³ Jedním z důvodů je stabilita výkladu omezení základních práv, což má vliv na posilování právní jistoty adresátů práva, která

⁹ Neuspěl ani protiargument, podle něhož normativním aktem dochází k individualizovanému zásahu do základního práva stěžovatele. Viz odst. 25 odůvodnění usnesení Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2020 sp. zn. Pl. ÚS 13/20. S tímto závěrem nesouhlasila soudkyně Kateřina Šimáčková, která v disentech k několika rozhodnutím požadovala meritorní projednání případu s odkazy na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, který právě meritorní projednání v případech individualizovaného zásahu normativním aktem připouští – viz např. odlišné stanovisko soudkyně K. Šimáčkové k výroku i odůvodnění usnesení sp. zn. Pl. ÚS 13/20.

¹⁰ Jan Petrov kritizoval skutečnost, že k substantivnímu přezkumu opatření přijatých v České republice nedošlo kvůli formalistickému přístupu některých soudců obecné justice a minimalistickému přístupu Ústavního soudu – viz PETROV, Jan. The COVID-19 emergency in the age of executive aggrandizement: what role for legislative and judicial checks? *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, roč. 8, č. 1–2, s. 92.

¹¹ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. 11. 2020, sp. zn. 14 A 45/2020-131. Za upozornění na toto rozhodnutí děkuji recenzentovi článku.

¹² Podrobnosti ohledně aplikace jednotlivých složek testu proporcionality zhodnotím níže v části 2.

¹³ Zároveň však souhlasím s těmi, kdo tvrdí, že redukovat diskusi o přijatých opatřeních na otázky kompetence a proporcionality znamená vynechat řadu obecnějších otázek legitimacy státní moci, rozhodování státu ve výjimečných stavech, apod. Viz AGHA, Petr. Farmakon. In: ŠEJVL, Michal, Petr AGHA, Tomáš SOBEK, Jana KOKEŠOVÁ a David ČERNÝ. *Vítězové a poražení: Právní a etické problémy současné koronavirové krize*. Praha: Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2020, s. 34.

není v době výjimečného stavu menší než mimo něj.¹⁴ Konkrétním důvodům, proč je důležité zkoumat kritérium proporcionality i ve výjimečných stavech, se budu věnovat v následující části. Ve třetí části se zaměřím na jednotlivé složky testu proporcionality a jejich zkoumání u opatření přijatých ve výjimečných stavech, zejména s ohledem na roli diskrece zákonodárce a exekutivy. Závěrečná část pak shrnuje především specifikace aplikace principu proporcionality při opatřeních přijatých ve výjimečných stavech oproti klasickému zkoumání proporcionality opatření zasahujících do základních práv v čase „normality“. Zvláštní pozornost bude věnována otázce důkazního břemene při přezkumu proporcionality přijatých opatření, která souvisí s často diskutovanou otázkou odůvodnění protikrizových opatření.¹⁵

1 Proporcionalita opatření jako podmínka jejich ústavnosti rovněž ve výjimečném stavu

To, že v průběhu výjimečného stavu je zapotřebí zkoumat proporcionalitu přijatých opatření, odpovídá teorii, podle níž se i ve výjimečném stavu pohybujeme v určitém ústavním rámci. Kim Lane Scheppele a další současní autoři rozlišují legální a extralegální přístup k zvládnání výjimečného stavu.¹⁶ Typickým představitelem extralegálního přístupu byl německý ústavní teoretik Carl Schmitt, argumentující suverenitou, která se projevuje mimo jiné právě v době výjimečných stavů. Krize ostatně podle tohoto autora nemohou být normovány skrze obecná pravidla, protože jsou nepředvídatelné.¹⁷ Na jiném místě jsem argumentoval, že extralegální přístup může být v soudobém demokratickém právním státě zdrojem řady problémů, které mohou eventuálně vyústit až k zániku státního uspořádání v době „normality“.¹⁸ Právo v době výjimečného stavu naplňuje zejména následující tři funkce:

1. stejně jako mimo výjimečný stav se jedná o nástroj regulace práv a povinností adresátů,

¹⁴ Lze též tvrdit, že řádná aplikace principu proporcionality posiluje význam základních práv, která jsou v současných demokratických právních státech stěžejní (k významu základních práv a jejich filozofickému zdůvodnění viz HAPLA, Martin. Theory of Needs as Justification of Human Rights: Current Approaches and Problems of Uncertainty and Normativeness. *The Age of Human Rights Journal*, 2018, roč. 6, č. 10, s. 1–2; HAPLA, Martin. Teorie lidských práv. In: SOBEK, Tomáš, Martin HAPLA a kol. *Filosofie práva*. Brno: Nugis Finem Publishing, 2020, s. 337–338).

¹⁵ Kriticky k nedostatku zdůvodnění mimořádných opatření Ministerstva zdravotnictví viz např. WINTR, *Šprávní právo*, 2020, op. cit., s. 292; Obecněji k významu odůvodnění aktů státní moci srov. DOLEŽAL, Kryštof. K legitimitě krizových stavů a diskreční pravomoci státní moci v nich. In: ANTOŠ, Marek a Jan WINTR. *Ústavní právo a koronavirus*. Praha: Leges, 2021 (v tisku).

¹⁶ SCHEPPELE, Kim Lane. Legal and Extralegal Emergencies. In: WHITTINGTON, Keith E., Daniel KELEMEN a Gregory CALDEIRA (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 165.

¹⁷ SCHMITT, Carl. *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Chicago: University of Chicago Press, 2005, s. 6–7.

¹⁸ ONDŘEJEK, Pavel. Výjimečné stavy a úskalí legality. In: BÍLKOVÁ, Veronika, Jan KYSELA a Pavel ŠTURMA (eds.). *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016, s. 54.

2. představuje limit státní moci při činnosti směřující k odvracení výjimečného stavu,
3. je nástrojem obnovy normality.¹⁹

Všechny tyto funkce směřují k tomu, aby byl výjimečný stav pouze dočasným stavem a nestal se normou.²⁰

Vrátím-li se zpátky k otázce ústavnosti přijatých opatření v době výjimečného stavu, Benátská komise ve své zprávě věnované současným protiepidemickým opatřením přijatým v různých státech světa cituje vedle dočasnosti nezbytnost a proporcionalitu jako podmínky zachování demokracie, vlády práva a respektu k základním právům.²¹ Benátská komise speciálně u proporcionality připomíná tu skutečnost, že vždy je vyžadována volba adekvátních prostředků státní regulace, speciálně je zdůrazňováno, že opatření nesmí být excesivní z hlediska závažnosti (severity) a z hlediska místa, na něž dopadají opatření (geographical area covered by the emergency measures).²²

V této souvislosti je potřeba připomenout klíčový čl. 6 odst. 1 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky, v platném znění, podle něhož „[n]ouzový stav se může vyhlásit jen s uvedením důvodů na určitou dobu a pro určité území. Současně s vyhlášením nouzového stavu musí vláda vymezit, která práva stanovená ve zvláštním zákoně a v jakém rozsahu se v souladu s Listinou základních práv a svobod omezují a které povinnosti a v jakém rozsahu se ukládají. Podrobnosti stanoví zákon.“ Ústavní soud k výkladu tohoto ustanovení dodává: „Různá povaha krizových opatření ovšem nic nemění na tom, že tyto akty mohou být vydávány jen na základě zmocnění a v mezích stanovených ústavním pořádkem a že jimi nesmí být zasahováno do základních práv a svobod v rozporu s Listinou. Tato skutečnost je výslovně zdůrazněna v čl. 6 odst. 1 ústavního zákona o bezpečnosti České republiky, podle něhož může vláda současně s vyhlášením nouzového stavu omezit práva jen ‚v souladu s Listinou‘. Stanovení určité povinnosti nebo omezení krizovým opatřením vlády neznamená, že by se vůči základnímu právu nebo svobodě, do něhož je tímto způsobem zasahováno, neuplatnil požadavek podle čl. 4 odst. 4 Listiny, že při používání ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu a že taková omezení nesmějí být zneužívána k jiným účelům, než pro která byla stanovena.“²³

19 ONDŘEJEK, Pavel. Výjimečné stavy a úskalí legality. In: BÍLKOVÁ, Veronika, Jan KYSELA a Pavel ŠTURMA (eds.). *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016, s. 52–53.

20 ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, 2004, s. 1044–1045; S odkazy na Agambenovy práce se tomuto nebezpečí věnuje rovněž Petr Agha: AGHA, Petr. Farmakon. In: ŠEJVL, AGHA, SOBEK, KOKEŠOVÁ, ČERNÝ, 2020, op. cit., s. 33–34; K nebezpečí permanentního výjimečného stavu srov. též KYSELA, Jan. Právo jako relativně uzavřený systém a dvojí pojetí výjimečného stavu. Předběžné ohledání schmittovského tématu. In: BÍLKOVÁ, KYSELA, ŠTURMA, op. cit., s. 36–37.

21 ALIVIZATOS, Nikos, Veronika BÍLKOVÁ, Iain CAMERON, Oliver KASK a Kaarlo TUORI. Respect for Democracy, Human Rights and the Rule of Law during States of Emergency – Reflections. *Benátská komise* [online] CDP-PI(2020)005rev ze dne 26. května 2020, s. 3–4 [cit. 5. 7. 2020]. Dostupné z: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)005rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)005rev-e)

22 Ibid., s. 4–5, odst. 11.

23 Usnesení Ústavního soudu ze dne 5. 5. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 13/20, bod 24. Proporcionalitu opatření jako kritérium pro ústavně konformní omezení základních práv v době nouzového stavu explicitně zkoumá již zmíněný rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. 11. 2020, sp. zn. 14 A 45/2020-131, odst. 75.

Nutnost zkoumání proporcionality se dovozuje rovněž ze zákonných formulací vyžadujících přijetí opatření v „nezbytně nutném rozsahu a na nezbytně nutnou dobu“, případně o „je-li to nezbytné k ochraně veřejného zdraví“ nebo „je-li to nezbytné pro zamezení vzniku a šíření infekčních onemocnění.“²⁴ Odkazujeme tím nejen na předchůdce současného principu proporcionality, kterým byl princip nezbytnosti zásahu do základních práv rozvinutý v pruském správním právu konce 19. století,²⁵ ale zejména na obdobnou formulaci „nezbytnosti v demokratické společnosti“ jakožto podmínky zásahu do základního práva, která se objevuje například v Evropské úmluvě o lidských právech a z níž dovozujeme požadavek proporcionality přijatých omezení práv.²⁶

Požadavek proporcionality opatření v souvislosti s výjimečnými stavy je kromě soudní praxe uznáván i českou ústavní teorií.²⁷ Položme si však otázku, jaké by byly důsledky toho, kdybychom podmínku proporcionality opatření přijatých ve výjimečných stavech neuznávali.

V prvé řadě bychom zřejmě narazili na problém rozporu se zněním výše uvedeného čl. 6 odst. 1 ústavního zákona o bezpečnosti České republiky, který vyžaduje limitování základních práv v souladu s Listinou základních práv a svobod, kam požadavek proporcionality standardně řadíme.²⁸ I kdybychom od této pozitivněprávní úpravy odhlédli, nerespektováním proporcionality bychom otevřeli prostor pro přijímání plošných, širokých a dlouhotrvajících omezení základních práv, která by mohla limitovat zásadním způsobem celou škálu práv, aniž by se zkoumalo, zda jsou tato opatření vůbec způsobilá dosáhnout cíle odvrácení výjimečného stavu, pokud ano, zda jsou skutečně potřebná, a i kdyby byla, zda omezení práv nevede k daleko větší újmě než potenciální naplnění sledovaného cíle.

²⁴ § 5 odst. 1, § 6 odst. 1 zák. č. 240/2000 Sb., o krizovém řízení a změně některých zákonů (krizový zákon), v platném znění. Uvedené příklady související s ochranou veřejného zdraví nalezneme v § 69 odst. 2, § 84 odst. 1, § 89 odst. 1 zák. č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví, v platném znění. Viz též ŠEJVL, Michal. Lidská práva v současné situaci. In: ŠEJVL, AGHA, SOBEK, KOKEŠOVÁ, ČERNÝ, 2020, op. cit., s. 16; Podobné formulace nalezneme v jiných krizových zákonech, např. § 4 odst. 2 a § 21 zák. č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, v platném znění, upravující stav kybernetického nebezpečí a prováděná bezpečnostní opatření.

²⁵ ONDŘEJEK, Pavel. Zrod a utváření principu proporcionality v poválečném německém ústavním právu. *Acta Universitatis Carolinae – Iuridica*, 2015, č. 3, s. 157–158.

²⁶ K testu nezbytnosti v demokratické společnosti viz KOSAŘ, David. Omezení práv a svobod zaručených v Úmluvě. In: KMEC, Jiří, David KOSAŘ, Jan KRATOCHVÍL a Michal BOBEK. *Evropská úmluva o lidských právech. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 131–116.

²⁷ Viz z poslední doby články: DIENSTBIER, Jakub, Viktor DERKA a Filip HORÁK. Ústavnost mimořádných opatření podle zákona o ochraně veřejného zdraví. *Právník*, 2020, č. 5, s. 422; WINTR, *Správní právo*, 2020, op. cit., s. 283; BÍLKOVÁ, Veronika. Koronavirová krize a lidská práva. *Policy Paper* [online]. Ústav mezinárodních vztahů, s. 6 [cit. 5. 7. 2020]. Dostupné z: https://www.dokumenty-iir.cz/PolicyPapers/2020/VBilkova_COVID19.pdf

²⁸ KOSAŘ, David, ANTOŠ, Marek, KÜHN, Zdeněk a Ladislav VYHNÁNEK. *Ústavní právo. Casebook*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 362.

Odpůrci zkoumání proporcionality opatření by mohli rovněž argumentovat z pozic modernější podoby extralegálního přístupu k výjimečným stavům, která se objevuje po 11. září 2001 v právních stanoviscích administrativy prezidenta G. W. Bushe. Argument stavící efektivitu odvracení výjimečného stavu nad jakékoliv právní překážky je však stěží udržitelný, zejména vezmeme-li v potaz význam dodržování pravidel ze strany samotného státu pro legitimitu celé veřejné moci. Podíváme-li se blíže na extralegální argumentaci v americké praxi 21. století, lze konstatovat, že ji tamější Nejvyšší soud velkou většinou odmítl.²⁹

Mírnější podobu extralegálního přístupu představuje vytýčení oblasti, v níž je uznávána široká zdrženlivost (substantial deference), při níž soudy nejenže nepřezkoumávají uvážení, ale odmítají podobné případy vůbec rozhodovat.³⁰ Často diskutovaným tématem v této souvislosti je americká doktrína politické otázky anebo francouzská *actes de gouvernement*.³¹ Nabízí se určité srovnání s medicínskou otázkou, která by rovněž byla mimo přezkum soudů. Takovýto postup by však mohl znamenat příliš široký prostor pro nepřezkoumatelné akty exekutivy.³² V době výjimečného stavu by platila zásada: *inter arma silent leges*.³³

Při porovnání legálního a extralegálního přístupu ke zvládnutí výjimečných stavů je podle mého názoru z hlediska uchování současné podoby právního státu a standardu ochrany lidských práv vhodnější legální přístup. Odmítneme-li extralegální přístup k řešení výjimečného stavu, logicky se musíme věnovat i ústavnímu přezkumu přijatých opatření. Legální přístup však má úskalí v podobě vytváření možných překážek pro efektivní reakci (jak je vidět na příkladu epidemie nemoci COVID-19, opatření mohou omezovat základní práva i velmi významně a současně v řadě případů musejí být přijímána velmi rychle).

Namísto definování prostoru, v rámci něhož by nedocházelo k přezkumu opatření exekutivy a legislativy ze strany soudů, je možné za druhé jako alternativu k proporcionalitě uvažovat vytvoření odlišného testu namísto testu proporcionality (opět se nabízí srovnání britské doktríny vyloučení nerozumné úpravy – *unreasonableness*, případně

²⁹ SCHEPPELE, 2008, op. cit., s. 177.

³⁰ K rozdílu mezi minimální a širokou zdrženlivostí (minimal and substantial deference) viz KAVANAGH, Aileen. Deference or Defiance? The Limits of the Judicial Role in Constitutional Adjudication. In: HUSCROFT, Grant (ed.). *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 191.

³¹ V české literatuře viz podrobné zpracování MALÍŘ, Jan. Actes de gouvernement v soudobém francouzském právu: kompromis mezi soudním přezkumem a politikou. *Právník*, 2018, č. 2, s. 89–114; MALÍŘ, Jan. Klasická doktrína politické otázky v kontextu limitů soudního přezkumu v USA. *Jurisprudence*, 2018, č. 5, s. 15–29.

³² BRADY, Alan P. *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act. An Institutionally Sensitive Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 30.

³³ SCHEPPELE, 2008, op. cit., s. 176.

českého testu racionality).³⁴ Argumentem pro tento postup by mohla být tvrzení přislušnosti testu proporcionality a potřeba aplikovat mírnější test.³⁵ Nevýhoda tohoto postupu je oslabování jistoty účastníků ohledně toho, jaký test v hraniční věci použít, případně zda soud nevytvoří pro nový případ zcela nový test. Kromě toho Michal Šejvl představuje další argumenty proti aplikaci testu racionality: test racionality nezahrnuje kritérium nezbytnosti vyžadované legislativou, neaplikuje se standardně mimo sféru hospodářských, sociálních a kulturních práv a v případě zásahu do esenciálního jádra základního práva (k čemuž v době výjimečných stavů často dochází), bývá dle judikatury Ústavního soudu aplikován jako kritérium přezkumu test proporcionality, nikoliv test racionality.³⁶

Z výše uvedeného plynou výhody aplikace proporcionality jako kritéria přezkumu oproti alternativním modelům, které buď zcela nebo zčásti přezkum vylučují, anebo aplikují alternativní test. Odkaz na potřebu zkoumání proporcionality však veškeré problémy sám o sobě nevyřeší. Je totiž nutné podrobněji se zaměřit na dílčí aspekty aplikace principu proporcionality v době výjimečného stavu. Konkrétně jde například o to: Kdy, kým a jak má být proporcionalita zkoumána? Dále jde o posouzení toho, do jaké míry je současný test proporcionality vhodný pro aplikaci ve výjimečném stavu a do jaké míry je její potřeba adaptovat?

V prvé řadě se ukazuje, že i ve výjimečných stavech je klíčové pro posouzení proporcionality či disproporce přijatých opatření zkoumání nejen právních, ale i skutkových otázek. V některých případech je však řešení skutkových otázek ve výjimečných stavech mimořádně obtížné. To dokládá například požadavek vlády, aby v řízení před Městským soudem v Praze bylo provedeno znalecké zkoumání, bez něhož podle vlády není možné

³⁴ Literatura z posledních let k aplikaci testu racionality českým Ústavním soudem je rozsáhlá: ANTOŠ, Marek. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům: „nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší“? *Jurisprudence*, 2014, č. 6, s. 3–14; ANTOŠ, Marek. EET, kouření, hospodářská práva a jaderná tlačítka. *Jurisprudence*, 2019, č. 3, s. 1–5; ČERVÍNEK, Zdeněk. Poměřovat, anebo nepoměřovat sociální práva? K otázce, zda lze test racionality považovat za variantu na metodu proporcionality. *Jurisprudence*, 2019, č. 3, s. 15–27; ČERVÍNEK, Zdeněk. Proportionality or Rationality in Socio-Economic Rights Adjudication? Case Study of Czech Constitutional Court's Judgment in Compulsory Vaccination Case. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, 2018, č. 1, s. 86–102; GRINC, Jan a Kristina BLAŽKOVÁ. Ústavní soud a zákonodárce v hospodářských a sociálních otázkách: ochrana ústavnosti, nebo přetahovaná o politice? *Jurisprudence*, 2019, č. 3, s. 6–15; KRATOCHVÍL, Jan. Test racionality: skutečně vhodný test pro sociální práva. *Právník*, 2015, č. 12, s. 1052–1074; MUSIL, Jan. Soudní ochrana sociálních práv. In: GERLOCH, Aleš, Pavel ŠTURMA a kol. *Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011, s. 69–79; ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 164 a násl.; VYHNÁNEK, Ladislav. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2014, č. 3, s. 203–221; WINTR, Jan. První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*, 2008, č. 5, s. 31–39.

³⁵ ŠEJVL, Michal. Lidská práva v současné situaci. In: ŠEJVL, AGHA, SOBEK, KOKEŠOVÁ, ČERNÝ, 2020, op. cit., s. 19.

³⁶ *Ibid.*

exaktní test proporcionality provést.³⁷ V daném sporu obě jeho strany následně ponechaly na soudu to, zda nechá vypracovat znalecký posudek za účelem posouzení proporcionality daného opatření.³⁸ Soud ji však nakonec meritorně nepřezkoumával.

Soudce Jan Filip naznačil další problém v disentu k usnesení Pl. ÚS 8/20 (tedy v „pilotním“ rozhodnutí Ústavního soudu odmítajícím stížnost o porušení svobody pohybu v době nouzového stavu v České republice). Podle něj pro opatření přijatá ve výjimečném stavu „obecně platí, že jsou vydávána na základě uvážení příslušného orgánu výkonné moci, čemuž musí nutně odpovídat i měřítko jejich přezkumu... Přitom ale není vyloučeno, že někdy jiné než jediné řešení nebude přicházet do úvahy... bez ohledu na to, kolik se ‚po válce‘ objeví generálů. Jde přitom o účel těchto opatření, takže v takových případech se navrhuje připustit určitá velkorysost. Právě uvedení autoři hovoří o přijatelnosti trpěné nezákonnosti („geduldene Illegalität“) při hodnocení aktů správního uvážení.“³⁹ V této souvislosti se lze ptát, zda existuje obdobná přijatelná míra disproportionality opatření přijímaných ve výjimečných stavech?

Oba výše naznačené problémy poukazují na klíčovou otázku intenzity přezkumu proporcionality a s tím související požadavek na zdrženlivost soudů při přezkumu aktů přijatých na základě odborného posouzení veřejné správy v době výjimečného stavu.

2 Aplikace jednotlivých složek testu proporcionality ve výjimečných stavech

Výše zmíněnou zdrženlivost naznačují i české soudy nejen tím, že fakticky proporcionalitu opatření nepřezkoumávají a nenahrazují tak svým úsudkem uvážení exekutivy.⁴⁰ Z hlediska různých modelů zdrženlivosti soudu se domnívám, že je postupováno správně, když soudy uznávají princip proporcionality jako kritérium přezkumu ústavnosti i v době výjimečného stavu. Namísto vyloučení oblastí z přezkumu anebo vytvoření odlišného testu se mi jeví jako vhodnější postup přizpůsobení univerzálního testu proporcionality v jeho jednotlivých složkách. Obdobně argumentuje Alan Brady, když o proporcionalitě a zdrženlivosti (deferenci) hovoří o fenoménech, které jsou spolu propojeny, přičemž tomuto propojení je potřeba porozumět, tak abychom lépe pochopili aplikaci principu proporcionality.⁴¹

37 Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 23. 4. 2020, sp. zn. 14 A 41-2000, odst. 43: „dle odpůrce v daném případě není možné provést exaktní test proporcionality, jak indikuje návrh, a tím určit, jaké opatření je objektivně lepší (proporcionálnější) než druhé.“

38 Ibid., odst. 67.

39 Odlišné stanovisko soudce J. Filipa k usnesení Ústavního soudu ze dne 22. 4. 2020, sp. zn. Pl. ÚS 8/20, bod 34.

40 K problematice soudního přezkumu a proporcionality v českém správním soudnictví srov. KÜHN, Zdeněk a Josef STAŠA. Deference to the administration in judicial review in the Czech Republic. *The Lawyer Quarterly*, 2018, č. 4, s. 360–361.

41 BRADY, 2012, op. cit., s. 31.

Postupně lze identifikovat tři důvody pro uplatnění širší míry soudcovské zdrženlivosti:

- V rámci výjimečného stavu, kde se projevují ohrožení některého z veřejných zájmů chráněných právem, vystupuje do popředí důvod spočívající v nedostatku odbornosti v určité oblasti (například v oblasti zvládnání epidemie), což silně omezuje možnosti soudu nahradit vlastním uvážením expertní rozhodnutí.⁴²
- V menší míře se uplatňuje argument o nevhodnosti rozhodování o komplexních otázkách, které je vhodné pro legislativní normotvorbu, nikoliv soudní dotváření práva (vzhledem k tomu, že soudům chybí celá řada relevantních informací pro vydání takového rozhodnutí).⁴³
- Relativně nejméně se uplatní argument demokratickou legitimitou,⁴⁴ protože způsob přijímání rozhodnutí ve výjimečném stavu obvykle není založen na demokratické deliberaci, nýbrž na byrokratickém expertním rozhodnutí, s nímž demokraticky zvolené orgány souhlasí.

Pokud se zaměřím na jednotlivé dílčí složky testu proporcionality, test vhodnosti nám odpovídá na otázku, zda je opatření vůbec způsobilé dosáhnout legitimního cíle, za jehož účelem bylo přijato. V rozhodnutí týkajícím se přezkumu mimořádného opatření o zákazu osobní přítomnosti žáků na výuce se Městský soud v Praze věnoval rovněž požadavku proporcionality, který „nelze posuzovat izolovaně, bez přihlédnutí k relevantním skutkovým okolnostem a uznávanému stavu vědeckého poznání. Pokud by žalovaný postupoval způsobem zjevně rozporným s relativně ustáleným stavem vědeckého poznání a zasaboval do základních práv prokazatelně neúčelnými postupy, jednalo by se o relevantní právní hledisko při soudním přezkumu. Takto jednoduchá však situace zpravidla v krizových situacích nebývá a není taková ani v nyní projednávané věci.“⁴⁵ To samozřejmě neznamená, že by nemohlo být přijato opatření zcela nevhodné k dosažení určitého legitimního cíle. Příkladem je maďarský zákon ze dne 30. března 2020, který mimo jiné kriminalizoval sdělování skutečností, které narušují „úspěšnou ochranu“ veřejnosti.⁴⁶ Maďarská autorka působící v Německu Kriszta Kovács upozorňuje na fakt, že zákon bude platit i po skončení pandemie a bude patrně využíván k odstrašení kritiků vlády.⁴⁷ Problematická nová úprava regulující tisk nebo jinak zasahující do svobody projevu se objevila rovněž v Číně, Turecku nebo Íránu.⁴⁸

⁴² KAVANAGH, 2008, op. cit., s. 194 a násl.

⁴³ Ibid., s. 193–194.

⁴⁴ Ibid., s. 200 a násl.

⁴⁵ Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 7. 5. 2020, sp. zn. 10 A 35/2020-261, odst. 84.

⁴⁶ KOVÁCS, Kriszta. Hungary's Orbánistan: A Complete Arsenal of Emergency Powers. *Verfassungsblog* [online]. 6. 4. 2020 [cit. 5. 7. 2020]. Dostupné z: <https://verfassungsblog.de/hungarys-orbanistan-a-complete-arsenal-of-emergency-powers/>

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ YILDIZ, Ali. Human Rights in a State of Emergency. *LACL-AIDC Blog* [online]. 26. 3. 2020 [cit. 5. 7. 2020]. Dostupné z: <https://blog-iacl-aidc.org/2020-posts/2020/3/26/human-rights-in-a-state-of-emergency>

Existuje-li více možností právní úpravy, z nichž všechna jsou vhodná k dosažení cíle, poté se v této fázi testu proporcionality nehledá vhodnější řešení. Proto, aby byl splněn první krok testu proporcionality, postačí naopak způsoblost přijatého opatření ve vztahu k legitimnímu cíli. Ve výjimečném stavu sice nedochází k modifikaci testu vhodnosti oproti jeho aplikaci v běžných případech, co se však liší, může být kontext plynoucí z výjimečného stavu. To, zda bylo opatření racionální s ohledem na stav poznání v době jeho přijetí, se může lišit oproti tomu, jak danou situaci hodnotíme s odstupem času. Proto testem vhodnosti neprojde pouze opatření, které bychom mohli hodnotit už v době jeho přijetí s ohledem na stav poznání příslušných rizik jako nevhodné k dosažení cíle.

V rámci argumentace principem potřebnosti je za běžných okolností nutno přesvědčivě argumentovat, že jiná, podobně efektivní opatření nezasahují do dotčených práv méně.⁴⁹ Ve výjimečném stavu nastupují specifika daná určitou mírou nejistoty v době přijetí opatření. Potřebnost je tedy vždy třeba posuzovat podle toho, co příslušným orgánům mohlo a mělo být v době přijetí příslušného opatření známo.⁵⁰ Tento požadavek navržený M. Šejvlem se mi jeví rozumný, protože na jednu stranu nehodnotí zpětně výsledky přijatého opatření s ohledem na to, co je známo po skončení výjimečného stavu (viz výše uvedený citát z disentu soudce J. Filipa o tom, kolik se po bitvě objeví generálů). Na druhou stranu však vyžaduje i aktivní kroky vlády v tom směru, aby přijímala rozhodnutí na základě vědeckých (nikoliv ideologických, či politických) úvah. V tomto ohledu lze odkázat na dlouhou dobu přetrvávající odpor k nošení obličejových roušek ze strany představitelů republikánské strany USA, a to i v době, kdy se názory vědecké komunity jednoznačně přiklonily k názoru, že roušky jsou efektivním prostředkem omezujícím šíření nákazy nemoci COVID-19.

49 Při zkoumání zákazu vycestovat mimo ČR Městský soud v Praze správně zhodnotil efektivitu alternativních prostředků regulace: „Soud si je vědom, že legitimního cíle mohlo být dosaženo také například vyžadováním negativního testu na koronavirus. Toto opatření by však nebylo schopno veřejně zdraví ochránit ve srovnatelné míře. Při každodenních cestách se žalobkyně mohla nakazit kterýkoliv den. Přitom s ohledem na nutnost vyhodnocení PCR testu, který není okamžitý, nebylo možné požadovat každý den aktuální negativní test. Navíc je otázkou, zda každý den nový PCR test by byl s ohledem na svou značnou nákladnost pro práva žalobkyně šetrnější. Negativní test z několika dní starého vyšetření by nezaručil, že žalobkyně není nakažlivá v daný den“ (rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. 11. 2020, sp. zn. 14 A 45/2020-131, odst. 100).

50 ŠEJVL, Michal. Lidská práva v současné situaci. In: ŠEJVL, AGHA, SOBEK, KOKEŠOVÁ, ČERNÝ, 2020, op. cit., s. 19; Městský soud v Praze v rozsudku o zákazu vycestovat mimo ČR týkajícím se některých přeshraničních pracovníků uvádí, že „[v] počátcích pandemie nejde po vládě požadovat, aby pro všechny své kroky měla pečlivě analýzy, že se jedná o opatření, které je v dané situaci nezbytné z důvodu ochrany veřejného zdraví. Zákaz vycestování obsahoval několik výjimek, mimo jiné pro přeshraniční pracovníky jako je žalobkyně. Vláda tedy nepřijala plošný zákaz vycestování. Byla si patrně vědoma, že takové opatření by bylo nepřipustné. Zároveň však věděla, že koronavirus se do České republiky dostal ze zahraničí. Považovala tedy za potřebné, aby omezila přeshraniční cestování... Nicméně ani v tomto ohledu se nejednalo o plošné opatření. Pro pendlery do Polska a Slovenska omezení neplatilo. Vláda tedy vzala v potaz příznivější epidemiologickou situaci v těchto zemích ve srovnání s Německem a Rakouskem.“ (rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. 11. 2020, sp. zn. 14 A 45/2020-131, odst. 98–99).

Takovýto přístup rovněž respektuje požadavek předběžné opatrnosti.⁵¹ Přes snížený požadavek na přesnost zdůvodnění je však nutné naznačit, jaké alternativní prostředky byly zvažovány, a ukázat důvody, které vedly právě k tomuto rozhodnutí. Problémy při argumentaci potřebnosti přijatého opatření rovněž vyjádřil Městský soud v Praze v rozhodnutí ze dne 7. 5. 2020: „*Žalovaný byl [...] nucen rychle reagovat na brožbu pandemie, o níž existuje jen kusé, neustálené a stále se dynamicky vyvíjející vědecké poznání. Vedle toho se neustále mění i skutkové okolnosti spočívající zejména v počtech a geografickém rozložení nemocných stejně jako konkrétních projevech nemoci, respektive informacích o nich. Míře nejistoty musí být přímo úměrný i prostor žalovaného pro uvážení.*“⁵²

Právě určitá míra nejistoty ohledně vývoje epidemiologické situace se projevila zejména v požadavku předběžné opatrnosti, což vedlo k urychlenému omezování celé řady práv. Zároveň však přezkum rozhodnutí přijatých s ohledem na princip předběžné opatrnosti vyžaduje přiznání určité míry diskrece; bylo by totiž nanejvýš problematické, pokud by se soudy snažily hodnotit, zda by v případě mírnějších protiepidemických opatření mohlo být například dosaženo požadovaného cíle. K vyslovení takového závěru by podle mého názoru chyběly jednoznačné důkazy.

S problematikou potřebnosti souvisí rovněž otázka porovnání jednotlivých omezení. Silným argumentem proti potřebnosti opatření omezujících zasedání zastupitelstev územních samosprávných celků je proto skutečnost, že ve stejné době existovaly výjimky pro výkon povolání, kde například nebyl nikdy omezen počet současně přítomných osob v jedné místnosti.⁵³

V poměrování, tedy třetím kroku testu proporcionality, obecně zkoumáme, zda je újma na jednom právu nebo veřejném zájmu vyvážena přínosem na kolidujícím právu nebo veřejném zájmu.⁵⁴ I zde se projevuje silným způsobem nejistota ohledně přesných účinků přijatého opatření, a případně i některé důsledky omezení práva mohou být nezamýšlené.⁵⁵

⁵¹ Tomáš Sobek hodnotí význam principu předběžné opatrnosti při rozhodování v době výjimečných stavů jako rozhodování o přijatelném riziku. Spíše je potřeba vycházet z toho, že katastrofa hrozí, než že nehrozí, protože i při přijetí přísnějších opatření jsou důsledky lepší než v opačném případě, kdy dojde k podcenění nebezpečí. V podrobnostech viz SOBEK, Tomáš. Jaké je to být odepsaný. In: AGHA, Petr. Farmakon. In: ŠEJVL, AGHA, SOBEK, KOKEŠOVÁ, ČERNÝ, 2020, op. cit., s. 40–41.

⁵² Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 7. 5. 2020, sp. zn. 10 A 35/2020-261, odst. 84.

⁵³ MAINCLOVÁ, Eliška. Právo na samosprávu během pandemie. In: ANTOŠ, Marek a Jan WINTR (eds.). *Ústavní právo a koronavirus*. Praha: Leges, 2021 (v tisku).

⁵⁴ Není na tomto místě detailně popisovat různé přístupy k poměrování, případně kritiku takového postupu. Například Kai Möller uvádí, že řešení kolizí základních práv nemá být založeno na utilitaristické argumentaci – MÖLLER, Kai. Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *International Journal of Constitutional Law*, 2007, roč. 5, č. 3, s. 462; na druhou stranu ale neplatí tvrzení, že utilitarismus je neslučitelný s koncepcí lidských práv – k tomuto argumentu podrobněji viz HAPLA, Martin. Utilitarismus a lidská práva. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2020, roč. 28, č. 3, s. 321–336.

⁵⁵ Robert Alexy ve vážící formulaci hovoří o empirické i normativní spolehlivosti – v českém překladu Jana Broze viz ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*, 2015, č. 11, s. 871.

V případě, že opatření nevyvolává požadované účinky, případně není dostatečně efektivní, je potřeba opatření změnit. Totéž platí o situaci, kdy s postupujícím časem vyjdou najevo určité nové skutečnosti týkající se efektivity přijatých opatření.

K naznačeným krokům testu proporcionality je potřeba doplnit obecnější specifika pro aplikaci tohoto testu v rámci výjimečných stavů. První skupina souvisí s časovým aspektem proporcionality opatření: především je třeba zdůraznit, že omezující opatření směřující k odvracení krizového stavu mají být dočasná (například trvalá opatření přijímaná kvůli probíhající epidemii nejsou přiměřená). Konkrétní opatření je třeba odlišit od trvalých systémových změn měnících obecná pravidla pro regulaci výjimečných stavů. Kromě toho je významné, že stejně jako v jiných případech i při přezkumu opatření přijatých v rámci výjimečných stavů je možná následná protiústavnost původně proporcionalního opatření. Jedná se o jeden z důsledků vazby proporcionality na faktický stav a vyplývá z něj požadavek trvajících zkoumání proporcionality opatření v průběhu času. Tak například zákaz vycházení z domovů může být sice proporcionalní v čase extrémního nebezpečí nákazy, nicméně v době, kdy již riziko pominulo, by nezrušení tohoto opatření vedlo k jeho protiústavnosti. Případný přezkum však musí zohlednit druhou důležitou stránku, kterou je míra nejistoty ohledně řady proměnných, které mají být přezkoumávány.

Z této druhé charakteristiky vyplývá jednak požadavek zdrženlivosti vůči expertnímu posouzení dané věci, dále je pak vhodné aplikovat určitou míru zvýšené opatrnosti, pokud se nacházíme ve stavu nejistoty (viz například současnou nejistotu ohledně míry šíření nemoci COVID-19, dopadů prodělání této nemoci na zdraví, rizikových faktorů a definování okruhu zranitelných osob apod.).

Poslední okolnost, na kterou se v tomto ohledu zaměřím, je otázka disproportionality nedostatečně zdůvodněného opatření přijatého ve výjimečném stavu. Aniž bych zpochybňoval potřebu odůvodnit jakékoliv rozhodnutí veřejné moci zasahující do práv jednotlivců, domnívám se, že samotná nedostatečnost odůvodnění neznamená automaticky disproportionality daného opatření. Absence odůvodnění však pravidelně bývá problémem z hlediska legitimacy veřejné moci spojené s požadavkem justifikace.⁵⁶ Principiálně je požadavek justifikace zásahů do základních práv požadavkem legitimacy jejich omezení a je rovněž součástí naší kultury. Nežijeme totiž v kultuře autority, kde by zásahy do práv nebylo potřeba zdůvodňovat, případně by postačil odkaz na autoritu, která tato

⁵⁶ K potřebě ospravedlnění obecně v souvislosti s principem proporcionality viz též COHEN-ELIYA, Moshe a Iddo PORAT. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 103 a násl.; Absence parlamentní diskuse a zdůvodnění však mohou představovat problém, na který upozornil Evropský soud pro lidská práva, když shledal britský zákon jako rozporný s Evropskou úmluvou v případě *Hirst vs. Spojené Království (č. 2)* – rozsudek ze dne 6. října 2005, stížnost č. 74025/01. V podrobnostech viz WINTR, Jan a Daniel ASKARI. *The Role of Parliamentary Autonomy in Constitutional Review*. *The Lawyer Quarterly* (v tisku).

opatření vydala.⁵⁷ V rozsudku, kterým Městský soud v Praze zrušil mimořádné opatření Ministerstva zdravotnictví ze dne 19. 10. 2020 právě pro nedostatky odůvodnění, se mimo jiné uvádí: „*Výkon veřejné správy by... měl být stavěn primárně na síle argumentů a nikoli na autoritě rozhodujícího orgánu. Základním účelem odůvodnění je proto vysvětlení skutkových a právních důvodů pro přijetí rozhodnutí (jiného správního aktu) tak, aby jeho adresáti věděli, proč správní orgán takto rozhodl, a aby se proti němu mohli bránit, případně i podáním návrhu k soudu. Aby se však mohl příslušný soud předmětným rozhodnutím (či jiným aktem) věcně zabývat, musí toto vyhovět základním požadavkům kladeným na jeho přezkoumatelnost.*“⁵⁸

Absence důvodů představuje problém zejména u individuálních či obecně konkrétních aktů, kde je odůvodnění vyžadováno zákonem. V případě opatření přijatých v době výjimečných stavů reflektuje odůvodnění rovněž větší či menší míru nejistoty ohledně řady faktorů, a také citlivost dané problematiky (kalkulování s počty obětí je pravidelně záležitost, která může být eticky problematická a také politicky neúnosná, nicméně adekvátní zvládnutí krizové situace může tyto úvahy vyžadovat).

Z výše uvedených důvodů je požadavek na vlastní zdůvodnění přijatého opatření méně přísný. V každém případě je však třeba argumentovat tak, aby zdůvodnění nebylo jen formální. Souhlasím tedy s názorem Městského soudu v Praze, který k této otázce dodává: „*Je však třeba na základě § 178 odst. 1 správního řádu aplikovat základní zásadu činnosti správních orgánů kodifikovanou v § 2 odst. 2 správního řádu, dle níž správní orgán uplatňuje svou pravomoc pouze k těm účelům, k nimž mu byla zákonem nebo na základě zákona svěřena. Aby bylo dodržení této zásady přezkoumatelné, musí ministerstvo v mimořádném opatření uvést důvody jeho vydání. Na mimořádná opatření vydaná v době epidemie jistě nelze mít přepjaté formalistické požadavky, a v závislosti na okolnostech tedy může postačovat i odůvodnění relativně stručné. Na druhé straně je však třeba zdůraznit, že by ministerstvo vždy mělo svá opatření odůvodnit v co nejkonkrétnější možné míře, tak aby veřejnosti bylo zřejmé, z jakých důvodů dochází k omezení práv. Obecně přitom platí, že s postupujícím časem od začátku epidemie lze předpokládat vyšší informovanost ministerstva o brozících rizicích i o něco nižší potřebu rychlých reakcí, a proto by měla být mimořádná opatření odůvodňována podrobněji.*“⁵⁹

Požadavky na zdůvodnění přijatých opatření rozvedl Městský soud v Praze v rozsudku ze dne 20. října 2020, kterým zrušil nařízení Hygienické stanice hl. m. Prahy č. 12/2020 zakazující osobní přítomnost studentů při studiu na pražských vysokých školách. V tomto rozhodnutí nejprve soud kritizoval, že předmětné opatření obecné povahy neobsahuje konkrétní důvody, proč bylo přikročeno k uzavření jen vysokých škol, nikoliv jiných škol

57 COHEN-ELIYA, PORAT, 2013, op. cit., s. 103; K rozlišování kultury autority a kultury ospravedlnění viz klasický text: MUREINIK, Etienne. „A Bridge to Where?“ Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*, 1994, roč. 10, s. 31–48; V české literatuře viz např. ČERVÍNEK, 2018, op. cit., s. 371–373.

58 Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 13. 11. 2020, sp. zn. 18 A 59/2020-224, odst. 136.

59 Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 7. 5. 2020, sp. zn. 10 A 35/2020-261, odst. 62.

anebo například barů, restaurací, obchodních center, sportovišť apod.⁶⁰ Následně uvádí, že „*absolutní nedostatek odůvodnění zdůvodnění přijatého základu znemožňuje přezkoum napadeného opatření z hlediska jeho proporcionality.*“⁶¹ V pozdějším rozsudku ze dne 13. listopadu 2020 tentýž soud uvádí, že „*[a]ni výjimečnost celé situace přitom nemůže být automaticky omluvou odpůrce pro ‚ulehčení si práce‘ s odůvodňováním mimořádných opatření: i v době nouzového stavu je nepochybně žádoucí trvat na dodržování určitých základních standardů kladených na postup veřejné správy a na přijímání správních aktů, mimořádná opatření podle zákona o ochraně veřejného zdraví nevyjímaje... Soud zde podotýká, že nyní se nacházíme již téměř tři čtvrtě roku od vypuknutí epidemie (nebo minimálně brožby epidemie) v České republice v březnu 2020, a přestože lze zřejmě opět hovořit o vážné a z mimořádné situaci, odpůrce by již měl být schopen dostát požadavkům na přezkoumatelnost odůvodnění jím vydávaných mimořádných opatření daleko lépe než na jaře.*“⁶²

Přestože na odůvodnění některých opatření v době jejich přijetí můžeme mít ve výjimečných stavech poněkud nižší nároky, situace se diametrálně změní ve chvíli, kdy dojde k soudnímu sporu, v němž je posuzována platnost či ústavnost tohoto opatření. Zde musí stát, potažmo jeho orgány, dokázat, že přijatá opatření jsou vhodná, potřebná a přiměřená.⁶³ Břemena tvrzení a argumentační břemena se přitom neliší od jiných sporů týkajících se proporcionality: protiústavnost tvrdí a prokazuje navrhovatel,⁶⁴ tvůrce příslušného opatření (vláda, ministerstvo, parlament) následně argumentuje jeho proporcionalitou.⁶⁵ Na samém počátku sporu tedy břemeno tvrzení a argumentace není na státu. Pokud by tomu tak bylo, argument potřebnosti přijaté právní úpravy by například v konečném důsledku vyžadoval zkoumání nekonečného množství alternativních úprav.⁶⁶

60 Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 20. 10. 2020, sp. zn. 5 A 3/2020-47, odst. 10.

61 Ibid., odst. 13.

62 Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 13. 11. 2020, sp. zn. 18 A 59/2020-224, odst. 149.

63 Viz rovněž vyjádření Jana Kysely. Kysela: Na zavřené hranice si nesmíme zvyknout. Je vidět, jak snadné je šířit strach. *DVTV* [online]. 21. 4. 2020 [cit. 5. 7. 2020]. Dostupné z: <https://video.aktualne.cz/dvtv/kysela-na-zavrene-hranice-si-nesmime-zvyknout-je-videt-jak-s/r~2a9a9fa8834211eab0f60cc47ab5f122/>

64 V tomto ohledu je zajímavý rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. 11. 2020, v němž soud zamítl návrh žalobkyně, přičemž v odůvodnění konstatuje, že byt' je vyjádření týkající se přiměřenosti opatření ze strany vlády velmi obecné, „*žalobkyně sama žádou bližší argumentaci ohledně nepřiměřenosti dopadů krizového opatření nevznášá.*“ (rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. 11. 2020, sp. zn. 14 A 45/2020-131, odst. 104).

65 Důvodem, proč by měla být v odůvodnění soudního rozhodnutí detailně popsána proporcionalita příslušného opatření, spočívá také v tom, aby dané rozhodnutí bylo racionální a přesvědčivé, chápeme-li soudní rozhodnutí jako dialog soudu s účastníky řízení, potažmo s dalšími soudy, které budou rozhodovat v téže nebo v podobné věci – GAZDA, Viktor. Variace na téma axiologických východisek aplikace práva. In: ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, Katarzyna, Zdeněk KÜHN, Karel BERAN, Pavel MARŠÁLEK, Jan WINTŘ, Pavel ONDŘEJJEK a Jan TRYŽNA (eds.). *Právo jako multidimenzionální fenomén. Pocta Aleš Gerlochovi ke 65. narozeninám*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 531; K významu diskurzu při ústavním přezkumu pro zlepšení veřejné deliberace srov. KLATT, Matthias. Judicial review and institutional balance. Comments on Dimitrios Kyritsis. *Revue*, 2019, č. 38, s. 31.

66 BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 449.

Závěr

Princip proporcionality je jakožto univerzální kritérium přezkumu ústavnosti nezbytné uplatňovat i při přezkumu opatření přijatých ve výjimečných stavech.⁶⁷ Výše zmíněné alternativy v podobě doktríny zdrženlivosti zcela vylučující přezkum určitých otázek, anebo vytváření nových testů jsou podle mého názoru deficitní. V prvním případě je tomu tak z hlediska současného standardu ochrany základních práv, ve druhém pak z důvodu požadavku právní jistoty adresátů práva. Zároveň se však nedomnívám, že by veškeré otázky ústavnosti či zákonnosti, a tím spíše ne otázky správnosti přijatých opatření, bylo možné řešit pouze s odkazem na argumenty proporcionality.

Proporcionalita současně vyžaduje zhodnocení adekvátní míry zdrženlivosti v rámci jednotlivých kroků testu proporcionality. Zdrženlivost reflektuje nejistotu ohledně celé řady skutečností doprovázejících opatření přijímaná ve výjimečném stavu, dále princip předběžné opatrnosti, který je preferovaný z důvodu přijatelnějších důsledků hrozících rizik. Konečně, vyšší míra zdrženlivosti soudů by měla reflektovat expertní uvážení, a dále v určité míře i komplexnost řešených otázek.

Přes požadovanou zdrženlivost je potřeba aplikovat test proporcionality na přezkum každého dílčího přijatého opatření. Dále lze vyžadovat přezkum trvání přiměřenosti opatření v čase, kde bychom zkoumali to, zda v minulosti zdůvodněná přiměřenost opatření trvá.⁶⁸ V případě sporu můžeme vyžadovat podrobné zdůvodnění proporcionality daného opatření v době jeho přijetí ze strany orgánu, který opatření vydal. Přitom však prvotní argument o tvrzené nepřiměřenosti musí předložit stěžovatel.

⁶⁷ K důležitosti ochrany základních práv v mimořádných stavech, kdy existuje zvýšené riziko porušování základních práv, srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 5. 2020, sp. zn. 6 Azs 89/2020-22, odst. 23, a rozsudek téhož soudu ze dne 4. 6. 2020, sp. zn. 6 As 88/2020-44, odst. 63.

⁶⁸ Souhlasit lze i s názorem Městského soudu v Praze, že časový aspekt hraje roli i při hodnocení intenzity přezkumu (a tedy míry zdrženlivosti). „*Velká deference tedy již nemusí být opodstatněna v pozdějších fázích pandemie, kdy lze od vlády očekávat, aby svá rozhodnutí přijímala na základě přesných informací a s ohledem na princip minimalizace zásahů do základních práv.*“ (rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 11. 11. 2020, sp. zn. 14 A 45/2020-131, odst. 108).