

**Univerzita Karlova v Praze**

**Právnická fakulta**

**DISERTAČNÍ PRÁCE**

**Princip proporcionality a jeho aplikace  
v oblasti lidskoprávních norem**

**The Principle of Proportionality and Its Application  
in the Field of Human Rights Norms**

Školitel: Prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

Doktorand: JUDr. Pavel Ondřejek

2011

**Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracoval samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených.**

.....  
Pavel Ondřejek

# Obsah

Obsah .....	i
Seznam použitých zkratk.....	iv
Seznam citované judikatury.....	v
Úvod .....	1
OBEČNÁ ČÁST.....	8
1. Přiměřenost jako inherentní hodnota v právu .....	9
1.1. Kontexty přiměřenosti v právu .....	11
1.2. Přiměřenost a spravedlnost.....	17
1.3. Princip proporcionality jako právní princip.....	20
2. Normativní zakotvení lidských práv a jejich omezení .....	22
2.1. Povaha právních norem garantujících lidská práva a jejich postavení v systému práva .....	26
2.2. Struktura právního vztahu upraveného právními normami garantujícími lidská práva.....	28
2.3. Omezení lidských práv .....	33
2.4. Esenciální jádro lidských práv: limit aplikace principu proporcionality? .....	37
3. Právněfilosofické pohledy na princip proporcionality .....	40
3.1. <i>R. Dworkin</i> : lidská práva jako trumfy politické morálky.....	41
3.2. <i>R. Alexy</i> : princip proporcionality a příkaz k optimalizaci.....	43
3.3. <i>A. Barak</i> : principiální poměrování.....	47
3.4. <i>D. Beatty</i> : princip proporcionality jako základ vlády práva .....	49
3.5. <i>P. Holländer</i> : princip proporcionality jako hermeneutická zásada .....	52
3.6. <i>J. Habermas</i> a jiní kritikové aplikace principu proporcionality.....	53
4. Intenzita přezkumu základních práv a svobod v ústavním právu .....	57
4.1. Teoretické přístupy k intenzitě soudního přezkumu .....	58
4.2. Intenzita přezkumu jakožto součást testu proporcionality.....	60
4.3. Rozdílná intenzita přezkumu v judikatuře Nejvyššího soudu USA a Evropského soudu pro lidská práva .....	62
4.4. Závěry .....	67
5. Princip proporcionality, jeho složky a struktura .....	69
5.1. Nejednotnost přístupů k principu proporcionality .....	69
5.2. Složky principu proporcionality.....	73
5.2.1. Test vhodnosti.....	75

5.2.2. Test potřeby.....	77
5.2.3. Test poměrování (proporcionality v užším slova smyslu).....	80
5.3. Pořadí složek testu proporcionality.....	82
6. Interpretace omezení lidskoprávních norem: úloha principu proporcionality...	85
6.1. Aplikace práva metodou subsumpce.....	85
6.2. Neurčitost vyjádření právních norem.....	87
6.3. Subsumpce a poměrování: protikladné a jednotící teorie.....	90
6.4. Analýza argumentačního postupu principem proporcionality.....	92
7. Princip proporcionality jako neutrální princip ústavního práva.....	97
7.1. Univerzalita principu proporcionality a její meze.....	97
7.2. Neutrální principy ústavního práva v díle <i>Herberta Wechslera</i> .....	100
ZVLÁŠTNÍ ČÁST .....	104
8. Modely principu proporcionality v různých právních systémech.....	105
9. Princip proporcionality ( <i>Verhältnismäßigkeitsprinzip</i> ) ve Spolkové republice Německo .....	109
9.1. Pruské policejní právo v 18. a 19. století a princip nezbytnosti .....	110
9.2. Vznik doktríny proporcionality po druhé světové válce .....	112
9.3. Princip praktické konkordance ( <i>praktische Konkordanz</i> ) v díle <i>Konrada Hesseho</i> .....	115
9.4. Utváření testu proporcionality v judikatuře Spolkového ústavního soudu.....	118
9.5. Současná aplikace principu proporcionality v Německu .....	120
10. Princip proporcionality v České republice.....	125
10.1. Zrod doktríny proporcionality v judikatuře Ústavního soudu .....	126
10.2. Metodologie aplikační praxe .....	128
10.3. Varianty testu proporcionality vytvořené Ústavním soudem.....	132
10.4. Test proporcionality a test racionality.....	134
10.5. Shrnutí: Může být test proporcionality univerzálním testem ústavnosti?.....	137
11. Vyvažování ( <i>balancing</i> ) v ústavním právu USA.....	140
11.1. Kategorizace při řešení kolizí základních práv versus metoda vyvažování ( <i>balancing</i> ) .....	140
11.2. Spor o použití proporcionality v případě <i>Heller</i> .....	145
11.3. Závěr: struktura základních práv v USA.....	147
12. Vyloučení iracionality ( <i>unreasonableness</i> ) a princip proporcionality ve Velké Británii.....	149
12.1. Test vyloučení iracionality v případě <i>Wednesbury</i> .....	149
12.2. Proporcionalita v právu Velké Británie .....	152
12.3. Závěr: cesta k jednotné metodě soudního přezkumu? .....	156
Závěr.....	158

Abstrakt.....	164
Abstract (in English language).....	168
Klíčová slova.....	172
SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY.....	173

## Seznam použitých zkratek

AC	Appellate Committee of the House of Lords (Odvolací komise Sněmovny Lordů britského parlamentu)
APLR	Všeobecné pruské zemské právo (Allgemeines Preußisches Landesrecht), kodex z roku 1794
BVerfGE	Sbírka rozhodnutí Spolkového ústavního soudu SRN (Bundesverfassungsgericht)
ECR	Sbírka rozhodnutí Evropského soudního dvora
ESLP	Evropský soud pro lidská práva
ESD	Soudní dvůr Evropské Unie
EWCA Civ	Court of Appeal of England and Wales (Civil Division) – Odvolací soud pro Anglii a Wales (občanskoprávní sekce)
GG	Grundgesetz (Základní zákon Spolkové republiky Německo) z roku 1949
KB	King's Bench (Královský soud v Anglii)
LZPS	Listina základních práv a svobod, vyhlášená usnesením předsednictva České národní rady publikovaným pod č. 2/1993 Sb.
obč. zák.	zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění
tr. zák.	zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, v platném znění
Úmluva	Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (Řím, 4.11.1950) ve znění protokolů k jejímu provedení
ÚS	Ústavní soud ČR
Ústava	ústavní zákon č. 1/1993 Sb., v platném znění
WLR	Weekly Law Reports (oficiální sbírka judikatury soudů ve Spojeném království)

## Seznam citované judikatury

### **Ústavní soud České republiky:**

(rozhodnutí dostupná na internetové stránce: <http://nalus.usoud.cz>)

Pl. ÚS 43/93 (trestný čin hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu) ze dne 12. 4. 1994

Pl. ÚS 4/94 (ústavnost institutu anonymního svědka) ze dne 12. 10. 1994

Pl. ÚS 15/96 (prodej bytů ozbrojených složek) ze dne 9. 10. 1996

Pl. ÚS 16/98 (podmínka bezúhonnosti podle zákona o střelných zbraních) ze dne 17. 2. 1999

III. ÚS 256/01 (rekognice) ze dne 21. 3. 2002

Pl. ÚS 3/02 (likvidační výše pokuty) ze dne 13. 8. 2002

Pl. ÚS 42/02 (odepření výkonu vojenské služby) ze dne 26. 3. 2003

Pl. ÚS 40/02 (extenze působnosti kolektivních smluv vyššího stupně) ze dne 11. 6. 2003

Pl. ÚS 41/02 (přístup obhájců k utajovaným skutečnostem) ze dne 28. 1. 2004

I. ÚS 353/04 (výstavba rodinného domu) ze dne 16. 6. 2005

IV. ÚS 412/04 (omezení procesní způsobilosti) ze dne 7. 12. 2005

Pl. ÚS 6/05 (uplatnění práv k restituovaným pozemkům) ze dne 13. 12. 2005

Pl. ÚS 61/04 (podmínky vyhlášení stávky) ze dne 5. 10. 2006

Pl. ÚS 83/06 (soulad zákoníku práce s ústavním pořádkem) ze dne 12. 3. 2008

Pl. ÚS 2/08 (neproplacení nemocenského v prvních třech dnech nemoci) ze dne 24. 4. 2008

Pl. ÚS 1/08 (poplatky ve zdravotnictví) ze dne 20. 5. 2008

IV. ÚS 1554/08 (odůvodnění předběžného opatření) ze dne 15. 1. 2009

Pl. ÚS 28/09 (ústavnost daně z převodu nemovitostí) ze dne 21. 4. 2009

Pl. ÚS 27/09 (zkrácení 5. volebního období Poslanecké sněmovny Parlamentu ústavním zákonem – „kauza Melčák“) ze dne 10. 9. 2009

Pl. ÚS 8/07 (zrušení redukční hranice u důchodů) ze dne 23. 3. 2010

Pl. ÚS 55/10 (přijímání zákona v legislativní nouzi) ze dne 1. 3. 2011

Pl. ÚS 43/10 (procesní způsobilost osob omezených na způsobilosti k právním úkonům) ze dne 13. 4. 2011

### **Vrchní správní soud Pruska:**

Rozhodnutí z 14. června 1882 „*Kreuzberg*“, Sbírnka rozhodnutí Vrchního správního soudu Pruska, sv. 9, 1882

### **Spolkový ústavní soud Spolkové republiky Německo:**

(rozhodnutí dostupná na internetové stránce: <http://www.servat.unibe.ch>)

BVerfGE 1, 167 „*Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden*“ ze dne 20. března 1952

BVerfGE 2, 1 „*SRP-Verbot*“ ze dne 23. října 1952

BVerfGE 3, 383 „*Gesamtdeutscher Block*“ ze dne 3. června 1954

BVerfGE 7, 198 „*Lüth*“ ze dne 15. ledna 1958

BVerfGE 7, 377 „*Apothekenurteil*“ ze dne 11. června 1958

BVerfGE 16, 147 „*Werkfernverkehr*“ ze dne 22. května 1963

BVerfGE 17, 306 „*Mitfahrzentrale*“ ze dne 7. dubna 1964

BVerfGE 19, 119 „*Kuponsteuergesetz*“ ze dne 24. září 1965

BVerfGE 19, 330 „*Sachkundenachweis*“ ze dne 14. prosince 1965

BVerfGE 30, 292 „*Erdöblevorratung*“ ze dne 16. března 1971

BVerfGE 53, 135 „*Schokoladenosterhase*“ ze dne 16. ledna 1980

BVerfGE 58, 137 „*Pflichtexemplar*“ ze dne 14. července 1981

BVerfGE 61, 126 ze dne 19. října 1982

BVerfGE 86, 1 „*Titanic/geb. Mörder*“ ze dne 25. března 1992

BVerfGE 90, 145 „*Cannabis*“ ze dne 9. března 1994



BVerfGE 93, 1 „Kruzifix“ ze dne 16. května 1995

BVerfGE 108, 282 „Kopftuch“ ze dne 24. září 2003

### **Nejvyšší soud Spojených států amerických**

(rozhodnutí dostupná na internetové stránce: <http://caselaw.lp.findlaw.com>)

*Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803) ze dne 24. února 1803

*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) ze dne 17. dubna 1905

*Panhandle Oil Co. v. Mississippi* 277 U.S. 218 (1928) ze dne 14. května 1928

*United States v. Carolene Products Company* 304 U.S. 144 ze dne 25. dubna 1938

*Korematsu v. United States* 323 U.S. 214 (1944) ze dne 18. prosince 1944

*Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1951) ze dne 4. června 1951

*New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964) ze dne 9. března 1964

*Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.* 486 U.S. 888 (1988) ze dne 17. června 1988

*District of Columbia v. Dick Anthony Heller* 554 U.S. 570 (2008) ze dne 26. června 2008

### **Soudy ve Spojeném království**

*Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* (1948) 1 KB 223

*Hall & Co. Ltd. v. Shoreham-by-Sea Urban District Council* [1964] 1 WLR 240

*De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture Fisheries Lands and Housing* [1998] 3 WLR 675

*Council for the Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374

*R. v. Secretary of State for the Home Department* [1991] 1 AC 696

*R. (Smith and others) v. Ministry of Defence* [1995] EWCA Civ 22

*A. v. Home Secretary* [2005] 2 WLR 87

R. (Fisher) v. English Nature [2005] 1 WLR 147

### **Ústavní soud Jihoafrické republiky**

(rozhodnutí jsou dostupná na internetové stránce: <http://www.saflii.org/za/cases>)

*Bel Porto School Governing Body and Others v. The Premier of the Province Western Cape and Another*, CCT 58/00, ze dne 21. února 2002

### **Mezinárodní soudní dvůr**

(rozhodnutí dostupná na internetové stránce <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3>)

Rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ze dne 9. července 2004 ve věci *Právních důsledků výstavby zdi na okupovaných palestinských územích*

### **Evropský soud pro lidská práva**

(rozhodnutí dostupná na internetové stránce: <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>)

*Handyside proti Spojenému království* ze dne 7. 12. 1976 (stížnost č. 5493/72)

*Dudgeon proti Spojenému království* ze dne 22. 10. 1981 (stížnost č. 7525/76)

*Lingens proti Rakousku* ze dne 8. 7. 1986 (stížnost č. 9815/82)

*Lithgow a ostatní proti Spojenému království* ze dne 8. 7. 1986 (stížnosti č. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9405/81)

*Leander proti Švédsku* ze dne 26. 3. 1987 (stížnost č. 9248/81)

*F. proti Švýcarsku* ze dne 18. 12. 1987 (stížnost č. 11329/85)

*Weber proti Švýcarsku* ze dne 22. 5. 1990 (stížnost č. 11034/84)

*Campbell proti Velké Británii* ze dne 25. 3. 1992 (stížnost č. 13590/88)

*McCann proti Spojenému království* ze dne 5. 9. 1995 (stížnost č. 18984/91)

*Smith and Grady proti Velké Británii* ze dne 27. 9. 1999 (stížnost č. 33985/96 a 33986/96)

*Lautsi a ostatní proti Itálii* ze dne 18. 3. 2011 (stížnost č. 30814/06)

### **Evropský soudní dvůr**

(rozhodnutí dostupná na internetové stránce:  
<http://curia.europa.eu/en/content/juris/>)

*Královna proti Ministerstvu, zemědělství, rybolovu a potravin a Státnímu tajemníkovi pro zdravotnictví, ex parte Fedesa* C-331/88 ze dne 13. 11. 1990, [1990] ECR 4023

*Fromaçais v. FORMA* 66/82 ze dne 23. 2. 1983 [1983] ECR 395

# Úvod

Teorie je podle *O. W. Holmese* nejdůležitější součástí právní nauky, tak jako architekt je osobou, která nejvíce ovlivňuje podobu nového domu.<sup>1</sup>

V této práci se pokusím popsat a rozvinout teorii principu proporcionality při rozhodování o mezích základních práv. Stejně jako dílo architekta není totožné s vlastní stavbou, tak i tato práce není praktickou příručkou mapující podrobně existující judikaturu týkající se principu proporcionality v České republice, popřípadě v zahraničí. Primárně teoretické zaměření této práce je však pouze jejím východiskem, nikoliv cílem, podobně jako cílem práce architekta není náskres stavby, která by se nikdy nemohla v praxi realizovat.

\* \* \*

V situaci, kdy je právo voláno stále častěji k řešení konfliktů ve společnosti, by významnou úlohu neměla hrát pouze soudní praxe, jejímž hlavním úkolem je tyto spory o právo řešit, nýbrž i právní věda, poskytující teoretický základ pro tato řešení.

V oblasti interpretace ústavního práva, které se vyznačuje vyšší mírou abstraktnosti vyjádření ústavním norem a principů, je úloha právní vědy možná ještě významnější než v ostatních oborech platného práva. Zejména z tohoto důvodu je důležité doktrinárně rozvíjet teorii aplikace základních práv.

Za jeden z nejvýznamnějších problémů související s ochranou základních práv je považováno nalezení rovnováhy mezi těmito právy a veřejnými zájmy společnosti.<sup>2</sup> V průběhu doby se vyvinuly rozdílné koncepce, jak řešit takovéto konflikty v ústavním právu, popřípadě konflikty mezi základními právy navzájem. Žádná z nich však nedosáhla takového rozšíření jako princip proporcionality.

---

<sup>1</sup> HOLMES, Oliver Wendell: *The Path of Law. The Boston Law School Magazine*, roč. 1, 1897, str. 17, reprint: *Harvard Law Review*, roč. 110, 1997, str. 1008.

<sup>2</sup> Takto o tom na příkladu Úmluvy hovoří R. Ryssdal, bývalý předseda Evropského soudu pro lidská práva: RYSSDAL, Rolv: *The Coming of Age of the European Convention on Human Rights. European Human Rights Law Review*, 1996, č. 1, str. 23.

Ústavněprávní doktrína zaznamenala velký rozvoj zejména ve Spolkové republice Německo po skončení druhé světové války. Není tedy divu, že princip proporcionality v jeho současné podobě vznikl právě tam. V dnešní době se však již aplikace tohoto principu neomezuje pouze na Německo; dokonce ani na Evropu: lze se s ním setkat mimo jiné v Kanadě, Jihoafrické republice, na Novém Zélandě, ve státech střední i jižní Ameriky a v mnoha jiných právních systémech států i mezinárodních organizací.<sup>3</sup>

Rozvíjení principu proporcionality v právních řádech patřících k různým právním kulturám, majícím odlišnou ústavní historii a tradici právní vědy představuje vynikající možnost porovnávání aplikace této argumentační metody, jakož i hledání jejích základů a podstatných rysů, které jsou ve všech právních řádech společné, a dalších znaků, které se naopak odlišují.

Vzhledem k tomu, že tato práce nemá být primárně popisem existujícího stavu, nýbrž rozvinutím teorie principu proporcionality, bude v ní postupováno nikoliv induktivně, tedy vytvářením jediného „ideálního“ modelu hledáním společných znaků existujících modelů, nýbrž analyticky – konstruováním modelu aplikace principu proporcionality na základě úvah o zakotvení a účincích lidských práv v právním řádu a jejich interpretaci.

Nejdříve bude proto v obecné části této práce pojednáno o teoretických východiscích, struktuře a modelu aplikace principu proporcionality. Postupně se budu věnovat proporcionalitě jakožto inherentní hodnotě v právu, různým projevům proporcionality v právu a vztahům k jiným hodnotám, které se v právu vyskytují, zejména k hodnotě spravedlnosti (kapitola 1). Následně poukážu na obecné otázky týkající se základních práv: jejich normativní zakotvení v právních řádech, strukturu právního vztahu upraveného normami garantujícími lidská práva a konečně problematiku omezení základních práv (kapitola 2).

Poté se budu věnovat právně-filosofickým pohledům na princip proporcionality a na problematiku kolizí základních práv. Z množství autorů pojednávajících o těchto tématech budou ve 3. kapitole vybrána a stručně shrnuta významná díla zahraniční i české právní vědy, ze kterých bude vycházet teorie principu proporcionality popisovaná v následujících částech této disertační práce.

---

<sup>3</sup> STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proporcionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*. roč. 47, 1994, str. 74, podrobněji viz kapitola 7.1.

Následující tři kapitoly se věnují struktuře, složkám a úloze principu proporcionality při interpretaci omezení základních práv. Nejprve se budu zabývat důležitou otázkou rozdílné intenzity přezkumu základních práv a svobod v ústavním právu (kapitola 4). Tato problematika, která umožňuje do určité míry překonat napětí mezi zákonodárnou a soudní mocí při uplatňování ústavního přezkumu zákonů, je důležitým předpokladem správné interpretace složek testu proporcionality (zejména testů potřebnosti a poměrování). Právě struktuře testu proporcionality je věnována 5. kapitola. V 6. kapitole se pak zabývám modelovým příkladem interpretace omezení základního práva.

Obecná část je zakončena shrnující úvahou o univerzalitě principu proporcionality, jakož i o mezích pojetí principu proporcionality jako univerzálního právního principu a zejména o nutnosti chápání principu proporcionality jako neutrálního principu v ústavním právu, umožňujícího objektivní a transparentní rozhodování (kapitola 7).

Zvláštní část této disertační práce se věnuje vzniku a aplikaci principu proporcionality (jakož i jiných teorií řešení kolizí základních práv) a je uvozena kapitolou o modelech principu proporcionality v různých právních systémech, přičemž jsou zdůrazněny zejména důvody jeho rozdílné aplikace (kapitola 8). Ty jsou následně podrobně popsány v kapitolách o principu proporcionality aplikovaném v jednotlivých státech (v 9. kapitole Spolkové republiky Německo, v 10. kapitole České republiky, v 11. kapitole Spojených států amerických a ve 12. kapitole Velké Británie).

Předtím, než se budu věcně zabývat tématem této disertační práce, je potřeba učinit několik úvodních poznámek.

Hovořím-li v této práci na mnoha místech o lidských či základních právech, je vhodné hned v úvodu učinit terminologickou poznámku o rozlišování různých významů příbuzných pojmů, s nimiž se lze v historii i současnosti setkat: jedná se o spojení lidská práva, občanská práva, základní práva, základní svobody atd.

Zatímco v případě „občanských práv“ a „práv všeobecných“ jde spíše o historické pojmy objevující se v prvních katalozích základních práv (viz níže), za stěžejní považuji rozdíl mezi termíny lidská a základní práva s tím, že pro jejich

odlišení budu vycházet zejména z prací německé právní vědy, kde jsou tyto terminologické otázky rozpracovány nejpodrobněji.

Zatímco francouzská deklaráce práv a svobod člověka a občana z roku 1789 hovoří o lidských či občanských právech (*droits de l'homme et du citoyen*), v Německu obsahuje návrh ústavy z roku 1849 pojem základní práva (*Grundrechten*) nahrazující dřívější terminologii (*allgemeine Rechten* – všeobecná práva, *staatsbürgerlichen Rechten* – státoobčanská práva, apod.).<sup>4</sup>

V rakouském právním prostředí obsahoval prvý katalog základních práv již návrh Pillersdorfovy ústavy z 25. dubna 1848, který však stejně jako návrh projednávaný na Kroměřížském sněmu v roce 1849 nikdy nenabyl účinnosti.<sup>5</sup> Základní práva podle návrhu ústavy z roku 1848 náležela převážně občanům (část III. ústavy byla nazvána v originálu *Staatsbürgerliche und politische Rechte der Staatseinwohner*). Některá práva pak příslušela rovněž cizincům (podle § 21 této ústavy požívají v tomto ustanovení taxativně vypočtených práv rovněž cizinci).<sup>6</sup>

Pojem základních práv (*Grundrechte*) se v německém konstitucionalismu vžil jako termín označující lidská práva zakotvená v ústavním katalogu.<sup>7</sup> Naproti tomu lidská práva (*Menschenrechte*) označují širší pojem práv nezávislých na pozitivně právní úpravě.<sup>8</sup> Je tedy zřejmé, že idea lidských práv ve filosofické, teologické či historicko-politické podobě předcházela samotnému zakotvení lidských práv do ústavních katalogů, k čemuž docházelo až v průběhu demokratických revolucí od 18. století.<sup>9</sup>

Další terminologická poznámka se týká pojmů „právo“ a „svoboda“. V různých historických souvislostech nabývaly tyto pojmy rozdílné významy.

Například v klasickém anglickém *common law* se pojmem subjektivní právo – „*right*“ označoval komplement něčí povinnosti (pokud měl subjekt A povinnost –

---

<sup>4</sup> STERN, Klaus: Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 2000, str. 33.

<sup>5</sup> ADAMOVIČ, Karolína: Občanská práva a svobody v rakouských ústavách 19. století. In: MALÝ, Karel, SOUKUP, Ladislav (eds.): *Vývoj české ústavnosti v letech 1618 – 1918*. Praha: Karolinum, 2006, str. 415.

<sup>6</sup> Text Pillersdorfovy ústavy je dostupný na internetu:

<http://www.jku.at/kanonistik/content/e95782/e95785/e95786/e95794/e104403/e104407/e98375/pillersdorfscheVerfassung.pdf>.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. (překl. Julian RIVERS, orig.: *Theorie der Grundrechte*. 3. vyd., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986), str. 19.

<sup>8</sup> V české literatuře k rozlišování lidských a základních práv viz zejm.: HOLLÄNDER, Pavel: *Základy všeobecné státovédy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, str. 110.

<sup>9</sup> STERN, Klaus: Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte..., str. 11.

*duty* – vůči subjektu B, ten měl zase právo – *right*, aby subjekt A odpovídajícím způsobem konal). Svoboda „*liberty*“ naproti tomu znamenala možnost jednat v rámci určitých mezí, aniž by této možnosti odpovídala povinnost jiného subjektu aktivně konat.<sup>10</sup> Tradičně tedy pojetí svobody implikovalo svobodnou sféru, do níž není možné zasahovat, zatímco práva vyžadovala aktivní plnění ze strany povinného subjektu. I v případě svobody však zůstávala zachována povinnost dalších subjektů zdržet se zásahů do této sféry.

Postupem času se však význam rozlišování práv a svobod relativizoval a dnes se již rozdíl mezi těmito pojmy jeví v mnoha případech umělé, neboť jak tradiční negativní povinnosti, tak pozitivní povinnosti se při ochraně základních práv doplňují.<sup>11</sup>

Pokud jde o prameny použité při psaní této práce, kromě literatury bylo pracováno i s množstvím českých i zahraničních soudních rozhodnutí. Je přitom zřejmé, že autor nebyl omezen na jejich studium z oficiálních tištěných sbírek a k jejich vyhledávání používal především internet. Přesto tam, kde to bylo možné, byla v souladu s praxí citace judikatury uváděna i čísla stran oficiálních sbírek, kde se příslušné soudní rozhodnutí vyskytuje (např. rozhodnutí Spolkového ústavního soudu Spolkové republiky Německo dostupná na internetové stránce <http://www.servat.unibe.ch>). Jinde je odkázáno na název rozhodnutí konkrétního soudu, které je snadno dohledatelné na internetových stránkách uvedených v seznamu použitých případů v příslušné části této práce.

Některé části této práce se objevily anebo objeví v mnou publikovaných článcích v odborných časopisech, kapitolách kolektivních monografií či sborníkových příspěvcích. Pro účely této disertační práce jsem své příspěvky vesměs dále rozpracoval.

Jedná se zejména o následující práce:

- článek „Účinky lidských práv v soukromém právu“, publikovaný v časopisu *Právník*, č. 1, 2011, str. 33 – 52;
- příspěvek „Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv“, publikovaný ve

---

<sup>10</sup> RADIN, Max: *Natural Law and Natural Rights*. *Yale Law Journal*, 1949-1950, roč. 59, str. 218.

<sup>11</sup> Podrobněji viz kapitola 2.



- sborníku editorů *M. Antoše a J. Wintra: Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, str. 164 – 173;
- příspěvek „Kolize základních práv a ústavní soudnictví. Teoretické modely a případová studie novely trestního řádu č. 52/2009 Sb.“, publikovaný ve sborníku editorů *J. Kysely a J. Wintra: Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narozeninám*, Praha, 2009, str. 65 – 72;
  - příspěvek „Obchodní společnosti ve vojenských operacích. Právní pluralismus a vyplňování právního vakua“, publikovaný ve sborníku editorky *D. Lengyelové: Pluralizmus moci a práva. Sborník z konferencie konanej v dňoch 25. – 27. marca 2009 v Tatranskej Štrbe*. Bratislava: Ústav štátu a práva Slovenskej Akademie Vied, Bratislavská vysoká škola práva, 2009, str. 450 – 462;
  - článek „Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv“ přijatý k publikaci v časopisu *Jurisprudence*;
  - příspěvek „Úloha zákonodárné a soudní moci při výkladu a prosazování sociálních práv“ připravený k publikaci ve sborníku editorů *M. Antoše a J. Wintra: Hospodářská, sociální a kulturní práva*;
  - příspěvek „Necessitas non habet legem. 24 hodin, v nichž mizí právo“ připravený k publikaci ve sborníku editora *O. Hamuláka: Právo v umění a umění v právu. Olomoucké debaty mladých právníků 2011*;
  - kapitola „Intenzita přezkumu základních práv a svobod v ústavním právu“ připravená k publikaci v monografii *P. Šturmy, A. Gerlocha a kol.: Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století (v českém, evropském a mezinárodním kontextu)* a
  - kapitola „Princip proporcionality a interpretace omezení základních práv“ připravená k publikaci v monografii *A. Gerlocha, J. Wintra a kol.: Metodologie interpretace práva jako záruka právní jistoty v soudobém demokratickém právním státě*.

\* \* \*

V úvodu bych rovněž rád vyjádřil několik poděkování: napsání této publikace by nebylo možné bez podpory rodiny a kolegů z Právnické fakulty

Univerzity Karlovy v Praze. Na prvním místě bych rád poděkoval svému školiteli *Prof. JUDr. Aleši Gerlochovi, CSc.* za vedení mé práce a podporu při mých zahraničních studijních cestách a účastech na konferencích, které pro mne byly cenným zdrojem inspirací.

Pro mou práci i celé doktorské studium byl významný zejména studijní pobyt v belgických Antverpách v akademickém roce 2006/2007. Zde jsem absolvoval lekce právní filosofie u *prof. M. Adamse*, úvodu do ochrany lidských práv u *prof. K. Rimanqua* a zejména kurz srovnávacího práva ústavního vedený *prof. D. Vanheulem*, který mne k tématu disertační práce přivedl.

Dalším impulzem pro sepsání této práce byly letní školy na Středoevropské univerzitě v Budapešti a Evropském univerzitním institutu ve Fiesole, které spoluorganizoval *prof. J. H. H. Weiler* a jeho žáci (dnes již rovněž uznávaní odborníci: *prof. B. de Witte*, *prof. M. Poiares Maduro*, *prof. D. Chalmers*, *prof. J. M. Areilza* a další), jejichž pohled na právo v kontextu jiných společenských věd mne v mnohém ovlivnil.

V neposlední řadě děkuji organizátorům a účastníkům pravidelných jarních a letních výjezdních seminářů studentů a pedagogů Právnické fakulty UK, zejm. *JUDr. PhDr. Marku Antošovi, Ph.D.*, *JUDr. PhDr. Janu Wintrovi, Ph.D.* a *doc. JUDr. Janu Kyselovi, Ph.D.*, jakož i účastníkům vědeckého semináře katedry teorie práva a právních učení.

Konečná verze této práce vznikla v rámci mého výzkumného pobytu na Institutu Maxe Plancka pro zahraniční právo veřejné a mezinárodní právo v Heidelbergu v listopadu 2011.

Závěrem, největší poděkování patří *Jance*, která mi byla po celou dobu psaní této práce oporou.

## **OBECNÁ ČÁST**

**Teoretická východiska, struktura a model aplikace principu proporcionality**

## KAPITOLA 1

# Přiměřenost jako inherentní hodnota v právu

Úvodní kapitola se zabývá nejrůznějšími významy proporcionality v právu.<sup>12</sup> Při popisování koncepcí proporcionality je totiž třeba především pamatovat na to, že v různých souvislostech se v právu můžeme setkat s jejími rozdílnými projevy. Při tomto „mapování“ používání pojmu proporcionalita nehledáme jeho obecnou definici, spíše se zaměříme na přesnější vymezení tomu významu principu proporcionality, který je předmětem této práce: principu proporcionality vyvinutému v rámci posuzování přípustnosti zásahu do základních práv. Východiskem bude etymologie pojmu proporcionalita.

Pojem „proporcionalita“ pochází z latinského spojení *pro portio* znamenající určitý vztah mezi dvěma nebo více prvky. V oblastech matematiky, logiky a v přírodních vědách obecně je možné tento vztah popisovat pomocí operátoru poměru (1:4, 2:1 atd.).<sup>13</sup> V této souvislosti se tedy jedná o pojem označující příslušný poměr mezi dvěma proměnnými veličinami na základě předem daného a konstatního měřítka.<sup>14</sup>

Naproti tomu v právu, kde se nejedná o objektivně dané či měřitelné vztahy, je projevem proporcionality zejména speciální technika ústavněprávní argumentace.<sup>15</sup> Právo je jevem sociálním, což nutně generuje otevřenost dílčích řešení, jistou míru neurčitosti, proměnlivosti, nikoliv matematickou exaktnost.<sup>16</sup>

Základním zdrojem úvah o principu proporcionality v právu souvisí s hodnotou přiměřenosti. Ta se odpočátku spojuje s racionalitou a spravedlností, a

---

<sup>12</sup> Souvislost mezi pojmy „přiměřenost“ a „proporcionalita“ bude podrobněji popsána níže. Přestože pojem „přiměřenost“ budu v této práci používat v souvislosti s hodnotou, zatímco pojem „proporcionalita“ s právním principem, zároveň jsem si vědom, že v běžném jazyce se oba pojmy používají jako synonyma.

<sup>13</sup> PANOMARIOVAS, Arturas, LOSIS, Egidius: Proportionality: from the Concept to the Procedure, *Jurisprudencija/Jurisprudence*, č. 2, 2010, str. 263.

<sup>14</sup> JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Köln, Berlín, Bonn, Mnichov: Carl Heymanns Verlag, 1985, str. 13.

<sup>15</sup> HOLLÄNDER, Pavel: *Ústavněprávní argumentace, ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, str. 21 a násl. Nověji viz též HOLLÄNDER, Pavel: *Základy všeobecné státovědy...*, str. 143 – 145.

<sup>16</sup> ELIÁŠ, Karel: Veřejnoprávní souvislosti soukromého práva. *Správní právo*, č. 1-2, 2011, str. 69.

je ji tedy možné kvalifikovat jako jednu z hodnot v právu (v konkrétní podobě se v právu hovoří o přiměřenosti trestu, poměrném rozdělování dober, atd.).

Tato kapitola pojednává především o výše uvedené hodnotě, která dala základ principu proporcionality.<sup>17</sup> Ten bývá v odborné literatuře popisován jakožto „soudem ustavená doktrína veřejného práva vyžadující, aby činnost orgánů veřejné správy byla přizpůsobena cílům, které činnost těchto orgánů sleduje.“<sup>18</sup>

Z principu proporcionality můžeme dále odvodit specifickou techniku právní argumentace, u níž dále rozlišujeme tři složky a specifickou strukturu. Tuto argumentační techniku, kterou aplikujeme v případě zkoumání, zda zásah do základního práva byl proveden v souladu s ústavou, budu dále nazývat test proporcionality.

Za bezprostředního předchůdce současného principu proporcionality je pak možné vnímat úvahy o nezbytnosti zásahu do přirozených práv, s nimiž přichází pruská osvícenská právní věda v 18. století (o ní bude blíže pojednáno v kapitole 9.1.). Teprve až po druhé světové válce dochází ke zrodu soudobého pojetí principu proporcionality, proto princip nezbytnosti i úvahy o přiměřenosti v právu je nutno považovat buď za předchůdce, anebo za ideové zdroje současného pojetí principu proporcionality (ke zrodu soudobého pojetí principu proporcionality viz podrobněji v kapitole 9.2.).<sup>19</sup>

V rámci popisu koncepce proporcionality v právu tedy v této práci bude rozlišováno mezi: **1)** hodnotou přiměřenosti, mající v právu mnoho různých podob, **2)** předchůdcem současného testu proporcionality – testem nezbytnosti a

---

<sup>17</sup> M. Jakobs v této souvislosti hovoří o principu proporcionality jako o právněteoretickém projevu úvah o přiměřenosti – viz JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, str. 45.

<sup>18</sup> SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law*. Londýn: Sweet and Maxwell, 1992, str. 679. Viz též EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*. Londýn: Kluwer Law International, 1996, str. 6.

<sup>19</sup> O těchto historických předchůdcích pojednává Franz Wieacker, který v této souvislosti hovoří o „prehistorii principu proporcionality“ (*Vorgeschichte des Verhältnismäßigkeitsprinzip*) – viz WIEACKER, Franz: *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*. In: LUTTER, Marcus, STIMPEL, Walter, WIEDEMANN, Herbert (eds.): *Festschrift für Robert Fischer*. Berlin, New York: de Gruyter, 1979, str. 874. Rupprecht von Krauss používá pojmu „předchůdce“ (*Vorläufer*) – viz KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*. Hamburg: Kommissionverlang Ludwig Appel, 1955, str. 3 a násl. Analogickou situaci bychom mohli zmínit v případě popisování koncepce lidských práv. Ty se ve své současné podobě objevují až v revolučním úsilí od konce 18. století (USA, Francie), přesto určité ideové zdroje lidských práv vnímáme již v dílech antických myslitelů. Klaus Stern v této souvislosti hovoří o formách předcházejících lidským právům (*Vorformen der Grundrechte*) – viz STERN, Klaus a kol.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, svazek III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. Mnichov: C. H. Beck, 1988, str. 57 a násl.

3) testem proporcionality vyskytující se v dnešní době v různých podobách v rozdílných právních rádech.

### 1.1. Kontexty přiměřenosti v právu

Úvahy o přiměřenosti určité právní úpravy se vyskytovaly odpradáвна. I v nejstarším známém dochovaném zákoníku z 18. stol. př. n. l. babylonského panovníka Chammurapiho se setkáme s požadavkem přiměřenosti, a to v několika podobách.

Výslovně se vyskytuje v podobě přiměřenosti odškodnění v případě vyhnání nájemce domu: „*Pokud muž pronajme dům a nájemce zaplatil vlastníkovu plný nájem na určitý počet let, a jestliže vlastník domu přikáže nájemci odejít před koncem této lhůty, vlastník domu, protože přikázal odejít z domu před tím, než lhůta nájemci skončila, musí vyplatit přiměřené množství toho, co mu nájemce zaplatil.*“<sup>20</sup> Toto pravidlo je projevem komutativní spravedlnosti popisované později Aristotelem. V daném případě pravidlo obecně směřuje k tomu, aby se pronajímatel neoprávněně neobohacoval na úkor nájemce.

Pokud jde o přiměřenost trestů v Chammurapiho zákoníku, na první pohled je její výskyt pouze omezený, neboť trest smrti se ukládal nejen pachateli vraždy, nýbrž i za řadu z dnešního pohledu drobnějších provinění.<sup>21</sup> Přesto v tomto zákoníku jistou podobu přiměřenosti nalézáme, a to například u trestů za krádež. Pokud byl pachatelem příslušník nejvyšší třídy, má zaplatit třicetnásobek jejich hodnoty, pokud je pachatelem občan střední třídy, musí zaplatit pouze desetinásobek. V obou případech vede nezaplacení příslušné částky ke zbavení života.<sup>22</sup>

E. Engle ve své studii konstatuje, že „koncepce přiměřenosti vykazuje v právu pozoruhodnou kontinuitu po několik století, dokonce tisíciletí.“<sup>23</sup> Za základ

---

<sup>20</sup> JOHNS, C. H. W.: *Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters*. New York: Charles Scribner's Sons, 1904, str. 50 – 51. Jedná se o část zákoníku, která se dochovala z kopií Ašurbanipalovy knihovny.

<sup>21</sup> Příkladem může být trest smrti ukládaný za krádež vloupáním (§ 6) či za ukrývání uprchlého otroku (§ 16), cit. dle: JOHNS, C. H. W.: *Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters...*, str. 44 – 45.

<sup>22</sup> Ibid. (§ 8 citovaného zákoníku).

<sup>23</sup> ENGLE, Eric: *The History of the General Principle of Proportionality: An overview*. dostupné na internetu: <http://ssrn.com/abstract=1431179>, str. 2.

současného principu proporcionality pokládá tento autor Aristotelovo učení o distributivní spravedlnosti.<sup>24</sup> Sám Aristoteles toto pojetí spravedlnosti popisuje pomocí úměry (proporcionality) mezi členy poměru.<sup>25</sup> Spojování hodnot spravedlnosti a přiměřenosti je pro starší období příznačné a projevuje se i v celkové koncepci práva (viz níže kapitola 1.2.).

To však neznamená, že by se proporcionalita v právu objevovala pouze v případech hledání spravedlivé alokace dober. Naopak, přiměřenost se v právu vyskytuje jako polysémnní výraz v celé řadě odvětví vnitrostátního i mezinárodního práva.<sup>26</sup>

Patrně v nejstarším významu se setkáváme s přiměřeností v případě ukládání sankce, za klíčovou v tomto ohledu lze považovat zejména koncepci přiměřeného trestu. Ospravedlnění trestu i pojetí jeho přiměřenosti se v průběhu dějin značně odlišovalo.<sup>27</sup> V současnosti chápeme přiměřenost trestu zejména v souvislosti s chápáním jeho účelu: jiný trest bude považovat za proporcionalní zastánce nápravného pojetí trestu a jiný zastánce preferující účelu trestu spočívajícího v potrestání pachatele za spáchaný trestný čin.<sup>28</sup> Není zde možné uvádět podrobné argumenty pro obě teorie, základní ideový rozdíl spočívá v tom, že zastánci retributivního účelu trestu vnímají trest jako odplatu (vyrovnání újmy způsobené pachatelem v minulosti), zatímco zastánci utilitaristického pojetí trestu si nevšímají minulosti, nýbrž pouze efektu trestu pro budoucí život pachatele a fungování celé společnosti.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> srov. též WIEACKER, Franz: *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung...*, str. 874 a násl.

<sup>25</sup> ARISTOTELES: *Etika Nikomachova*, Praha: Petr Rezek, 1996 (překl. Antonín KŘÍŽ), str. 129.

<sup>26</sup> PANOMARIOVAS, Arturas, LOSIS, Egidius: *Proportionality: from the Concept to the Procedure...*, str. 263. Již v prvním komplexním zpracování problematiky principu proporcionality v německé právní vědě se Rupperecht von Krauss zabývá paralelami principu proporcionality v ostatních právních odvětvích viz von KRAUSS, Rupperecht: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht...*, str. 20-22 (podrobněji k práci tohoto autora viz kapitola 9.2.)

<sup>27</sup> TEBBIT, Mark: *Philosophy of law: an introduction*. 2. vyd., New York: Routledge, 2005, str. 192.

<sup>28</sup> S odkazem na požadavek proporcionality trestu byl rovněž vyřešen spor mezi zastánci těchto dvou přístupů k trestání ohledně otázky, zda je za určitých okolností ospravedlnitelné potrestání nevinného člověka. Potrestání nevinného se jevílo již nejen jako morálně neobhajitelné, ale dokonce jako logicky chybné. Viz RYBERG, Jesper: *Ethics of Proportionate Punishment. A Critical Investigation*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 2006, str. 11.

<sup>29</sup> Podrobnější popis různých argumentů pro obě teorie lze nalézt v kapitole 12 (Theories of punishment) knihy M. Tebbita: TEBBIT, Mark: *Philosophy of law: an introduction...*, str. 192 a násl, zejm. str. 197.

Jasného vyjádření se požadavku přiměřeného trestání dostává v první obhajobě moderního pojetí trestního práva, s nímž přichází *C. Beccaria*. Podle něj „*je veřejným zájmem nejen to, aby se zločiny nepáchaly, ale i to, aby byly méně časté, pokud jde o míru škodlivosti, kterou způsobují společnosti. Tedy překážky, které odrazují lidi od zločinů, musejí být silnější, a to natolik, nakolik jsou v protikladu k veřejnému zájmu ... . To znamená, že mezi zločiny a tresty musí být úměrnost.*“<sup>30</sup>

Požadavek přiměřeného trestání souvisí zejména s funkcí moderního trestního práva, které by mělo být spojováno nikoliv pouze s odplatou, nýbrž s ochranou společnosti před kriminalitou.<sup>31</sup>

Obdoba výše uvedeného pojetí proporcionality trestu se objevuje i u jiných forem sankcí, například při odškodňování za vzniklou újmu. V případě majetkové újmy se dostáváme k Aristotelovu pojetí komutativní spravedlnosti vyžadující po škůdci uhradit ekvivalentní náhradu vzniklé škody. Přiměřenost náhrady však není možné vnímat pouze jako ekvivalenci vzniklé škody, neboť soud může mít pravomoc rozhodnout, že s ohledem na poměry účastníků nemusí být hrazen plný ekvivalent vzniklé škody. Tak je tomu v českém civilním právu, kde soud může z důvodů zvláštního zřetele hodných náhradu škody přiměřeně snížit (§ 450 obč. zák.).<sup>32</sup>

Kromě přiměřenosti trestu je v právní teorii dnes přiměřenost (proporcionalita) chápána obecně jako znak svémoci, tj. formy donucení, kdy útok či nebezpečí neodvrací veřejná moc.<sup>33</sup>

Historicky se tato koncepce proporcionality vyvinula v římském deliktním právu u okolností vylučujících protiprávnost. V *Justiniánových Digestech* bylo zachyceno pravidlo o přiměřenosti nutné obrany: „*Ti, kteří způsobí škodu, protože se jinak nemohou bránit, jsou bez viny... Proti útočníkovi je povoleno použít síly pouze tehdy, pokud je to nezbytné pro sebeobranu.*“<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> BECCARIA, Cesare: *O zločinoch a trestoch*. Bratislava: Kalligram, 2009, (překl. Ol'ga PAŽITKOVÁ. Orig. *Dei delicti e delle penne*.) str. 42.

<sup>31</sup> NOVOTNÝ, Oto: Právní stát a trestní právo. *Právo a zákonnost*, roč. 39, č. 1, 1991, str. 14 – 15.

<sup>32</sup> V návrhu nového občanského zákoníku schváleném usnesením vlády ze dne 18.5.2011 č. 357 existuje obdobná úprava – viz § 2923 (text návrhu je dostupný na internetu: [www.justice.cz](http://www.justice.cz)).

<sup>33</sup> GERLOCH, Aleš: *Teorie práva*. 5. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, str. 153.

<sup>34</sup> *Digesta* 43, 16, 3, 9, cit dle anglického překladu: ENGLE, Eric: *The History of the General Principle of Proportionality: An overview...*, str. 4.



Moderní trestně právní teorie uznává proporcionalitu jako znak krajní nouze i nutné obrany.<sup>35</sup> V současném českém trestním právu je rozlišována intenzita přiměřenosti zásahu u obou těchto kategorií. Pokud byla obrana zcela zjevně nepřiměřená způsobu útoku, nejedná se o nutnou obranu (§ 29 odst. 2 tr. zák.), zatímco u krajní nouze je podmínka stanovena přísněji: jestliže bylo možno nebezpečí přímo hrozící zájmu chráněnému trestním zákonem za daných okolností odvrátit jinak anebo způsobený následek je zřejmě stejně závažný nebo ještě závažnější než ten, který hrozil, nejedná se o krajní nouzi (§ 28 odst. 2 tr. zák.).

Ze stejných principů jako koncepce nutné obrany a krajní nouze vznikla v minulosti i teorie přiměřeného použití síly ve vztazích mezi státy, která zprvu vycházela z koncepce spravedlivé války. Poměrování mezi cíli a prostředky bylo prováděno tak, že na jedné straně byla posuzována negativa uchýlení se k válce, na druhé straně pozitiva následující po válce, z logiky věci vítězné.<sup>36</sup> Spravedlivý důvod použití síly nebo vedení války nesměl podle *E. de Vattel* (autora klasického díla *Le droit des gens – Právo národů* – z roku 1758) překračovat nezbytné prostředky k obraně států nebo zachování jejich práv.<sup>37</sup> Koncepce spravedlivé obrany států byla již ve středověku rozvíjena zejména pod vlivem křesťanské etiky,<sup>38</sup> původ úvah o spravedlivé obraně států však sahá až do antiky.<sup>39</sup> Koncepce proporcionality se přitom v teorii mezinárodního práva užívala jak při výše uvedeném rozhodování o vyhlášení války (*ius ad bellum*), tak i při volbě prostředků vedení války (*ius in bello*).<sup>40</sup>

Na těchto příkladech je patrné, že koncepce proporcionality se rozvinula jako kritérium hodnocení prostředků volených k dosažení určitého cíle. Patrně

---

<sup>35</sup> SOLNAŘ, Vladimír, FENYK, Jaroslav, CÍSAŘOVÁ, Dagmar: *Základy trestní odpovědnosti*. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: LexisNexis nakladatelství Orac, 2003, str. 141 a 147. Autoři zde sice formálně rozlišují mezi „vyloučením zcela zjevné nepřiměřenosti“ (u nutné obrany) a „proporcionalitu“ (u krajní nouze). Je však třeba souhlasit s tím, že nutná obrana je privilegovaným případem krajní nouze (srov. *Ibid.*, str. 141).

<sup>36</sup> GARDAM, Judith: *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, str. 9.

<sup>37</sup> de VATTEL, Emer: *The Law of Nations. Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Minneapolis: Liberty Fund, 2008 (překl. Thomas NUGENT, orig. *Le droit des gens. Ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*. Londýn, 1758), str. 483.

<sup>38</sup> GARDAM, Judith: *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States...*, str. 9.

<sup>39</sup> ENGLE, Eric: *The History of the General Principle of Proportionality: An overview...*, str. 4. K podrobnému rozpracování vztahu spravedlivé války a principu proporcionality viz zejm. SULLIVAN, Thomas E., FRASE, Richard S.: *Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions*. Oxford: Oxford University Press, 2009, str. 15 a násl.

<sup>40</sup> SULLIVAN, Thomas E., FRASE, Richard S.: *Proportionality principles in American law...*, str. 8.

nejpregnantnější vyjádření logicky odvoditelného vztahu cíle a prostředku nalezneme v *Teologické summě T. Akvinského*: „Kdykoliv je konkrétní věc volena k určitému cíli, její forma musí být určena přiměřeně k tomuto cíli; stejně jako tvar (forma) pily je vhodný k řezání. Stejně tak vše, co je normami a opatřeními přikazováno, musí mít přiměřenou formu.“<sup>41</sup>

Z několika výše zmíněných historických i současných příkladů požadavků na přiměřenost volby prostředků v různých právních odvětvích je možné učinit závěr, že hodnotu přiměřenosti lze považovat za inherentní kvalitnímu (dobrému) pozitivnímu právu.<sup>42</sup> V monografii *Pojmy dobrého práva* chápe JUDr. Bárány přiměřenost jako v zásadě dosažitelnou vlastnost objektivního práva, která často vystupuje jako dosažitelná mez čtveřice právních ideálů, mezi něž řadí lidská práva, spravedlnost, právní principy a přirozené právo.<sup>43</sup>

Chápeme-li právo jako nástroj ke snižování společenské entropie, tedy nástroj budování společenského řádu,<sup>44</sup> pojem úměrnosti (přiměřenosti) ze samotného pojmu řádu vyplývá.<sup>45</sup>

Přiměřenost v právu lze dát rovněž do souvislosti s dalšími hodnotami, ke kterým má právo směřovat.

Za jednu z těchto hodnot je považována rozumnost (anglicky *reasonableness*), kterou editoři sborníku *Reasonableness and Law* působící na Univerzitě v Bologně a Evropském univerzitním institutu ve Fiesole: G. Bongiovanni, G. Sartor a Ch. Valentini definují širěji než racionalitu. Rozumností chápou vyhledávání *praktické rovnováhy* v rámci aplikace práva mezi normativními možnostmi, opatřeními a argumenty na straně jedné a rozdílnými

---

<sup>41</sup> AKVINSKÝ, Tomáš: *Summa Theologica*. Anglický překlad dostupný na internetu: <http://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>, str. 1359.

<sup>42</sup> K pojmu „dobrého práva“ viz např. BÁRÁNY, Eduard: *Pojmy dobrého práva*. Bratislava: Eurokodex, 2007, str. 140 a násl.

<sup>43</sup> *Ibid.*, str. 152.

<sup>44</sup> Viz podrobněji GERLOCH, Aleš: *Teorie práva...*, str. 256. MARŠÁLEK, Pavel: *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008, str. 16. KNAPP, Viktor: *Teorie práva*. Praha: C.H.Beck, str. 32.

<sup>45</sup> PADOVANI, Andrea, STEIN, Peter: Preface. In: PADOVANI, Andrea, STEIN, Peter (ed.): *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, sv. 7, Dordrecht: Springer, 2007, str. XI. A. Padovani a P. Stein odkazují na definici práva Dante Aligieriho: Právo je vzájemný poměr lidí ve vztahu k věcem a lidem [*realis et personalis hominis ad hominem proportio*] a tento poměr, pokud je zachovávána rovnováha, udržuje blahobyt společnosti, pokud je však rovnováha porušena, společnost strádá [*servata hominum servat societatem et corrupta corrumpit*].

skutkovými okolnostmi případu na straně druhé.<sup>46</sup> Zjednodušeně řečeno jde vlastně o modifikaci právních argumentů v reakci na rozdílné skutkové a kontextuální okolnosti případu.

Podle *G. Sartora* je rozumnost v právu průnikem tří samostatných hodnot: racionality, morálky a souladnosti.<sup>47</sup> Aby bylo určité rozhodnutí rozumné, musí současně splňovat všechny výše uvedené podmínky: rozhodnutí, které je sice racionální (kognitivně optimální), ale amorální, nemůže být považováno za rozumné. Totéž platí i naopak o rozhodnutí, které je sice morální, avšak zároveň iracionální. Pod podmínkou souladnosti (konsonance) rozumí *G. Sartor* zasazení rozhodování do kontextu (kulturního, společenského, atd.), jež při rozhodování rovněž nemůže být ignorován.<sup>48</sup>

Z přispěvatelů do výše uvedeného sborníku *Reasonableness and Law* považují princip proporcionality za projev rozumnosti v právu např. *R. Alexy*,<sup>49</sup> *A. Morrone*<sup>50</sup> či *I. Porat*.<sup>51</sup> *G. della Cananea* si všímá souvislostí a rozdílů mezi koncepcí rozumnosti a principem proporcionality,<sup>52</sup> *W. Sadurski* pak rozlišuje pojem rozumnosti v politické filosofii a v právu s tím, že právní pojem rozumnosti v sobě zahrnuje mimo jiné požadavek proporcionality v případě soudního přezkumu.<sup>53</sup>

V německé právní vědě se rovněž často uvádějí souvislosti mezi principem proporcionality a rozumností (*Zumutbarkeit*).<sup>54</sup> Tamní právní věda i právní praxe

---

<sup>46</sup> BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara: Introduction. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. xi.

<sup>47</sup> SARTOR, Giovanni: A Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision-Making and Judicial Review. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 19.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert: The Reasonableness of Law. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 14.

<sup>50</sup> MORRONE, Andrea: Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 215.

<sup>51</sup> PORAT, Iddo: Some Critical Thoughts on Proportionality. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 243.

<sup>52</sup> della CANANEA, Giacinto: Reasonableness in Administrative Law. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 302.

<sup>53</sup> SADURSKI, Wojciech: "Reasonableness" and Value Pluralism in Law and Politics. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 129.

<sup>54</sup> EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law...*, str. 37.

vykládá princip proporcionality mimo jiné jako ochranu proti nerozumným omezením či sankcím ze strany veřejné moci.<sup>55</sup>

Z dalších hodnot prosazovaných právem má přiměřenost velice blízko ke spravedlnosti.

## 1.2. Přiměřenost a spravedlnost

Pojem spravedlnosti je podle V. Knappa intuitivně srozumitelný, jeho definování však působí problémy.<sup>56</sup> Stačí vzpomenout na Kelsenovu kritiku pojmu spravedlnosti, který podle něj nemůže být předmětem poznání, neboť pro určení spravedlnosti neexistují objektivní kritéria. V případě spravedlnosti se tak podle H. Kelsena jedná pouze o subjektivní hodnocení.<sup>57</sup>

Přes tento skepticismus se právo nutně orientuje na hodnotu spravedlnosti,<sup>58</sup> byť shoda o tom, co je v právu spravedlivé, nepadá. Podle V. Knappa vymezení pojmu spravedlnosti komplikuje také skutečnost, že se často používá v různých významech (např. spravedlnost v právu, morální spravedlnost, historická spravedlnost, sociální spravedlnost, atd.).<sup>59</sup>

Spravedlnost bývá popisována hledáním rovnováhy mezi kolidujícími hodnotami a zájmy. Její symbolikou se stala ženská postava s váhami (dalším atributy – meč a páska přes oči – se objevují v jejích zobrazeních až od středověku).<sup>60</sup> Tento symbol se v lidské civilizaci objevuje už více než 2000 let, přičemž v raných obdobích bývá spojováno s bohyněmi. Nejstarší nám známé zobrazení patří egyptské bohyni Ma'at, v antickém Řecku šlo o bohyně Themis a Díké, v Římě pak o bohyni Justitia. S nástupem křesťanství se o postavě spravedlnosti začíná hovořit jako o jedné ze čtyř klasických ztělesněných ctností.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> KNAPP, Viktor: *Teorie práva...*, str. 86.

<sup>57</sup> KELSEN, Hans: *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949 (překl. Anders WEDBERG), str. 6, 13. Ke Kelsenovu pojetí spravedlnosti viz též HOLLÄNDER, Pavel: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, str. 245.

<sup>58</sup> BOGUSZAK, Jiří: K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy). In: kol.: *Právnícká fakulta UK 1348 – 1998, jubilejní sborník*. Praha: Právnícká fakulta, 1998, str. 166.

<sup>59</sup> KNAPP, Viktor: *Teorie práva...*, str. 86.

<sup>60</sup> LOUGHLIN, Martin: *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2000, str. 55 – 56.

<sup>61</sup> CURTIS, Dennis E., RESNIK, Judith: Images of Justice. *Yale Law Journal*, roč. 96, 1986 – 1987, str. 1729 – 1730.

Hledání rovnováhy při poměřování skutků, práv a zájmů bývá tradičním významem symbolu vah, objevujícím se již v nejstarším dochovaném psaném textu – Eposu o Gilgamešovi.<sup>62</sup>

Symboliku spravedlnosti jakožto poměřování nalezneme ve starověkém Egyptě (podle mytologie váží 42 soudců – kněží výše zmíněné bohyně Ma'at – po smrti každého člověka jeho srdce, představující jeho jednání za života, s pírkem na druhé misce vah, symbolizujícím pravdu),<sup>63</sup> ale i v křesťanské tradici a islámu.<sup>64</sup>

Vztah spravedlnosti a přiměřenosti je i ve starších dobách patrný, například v řecké ideji o spravedlnosti jakožto rovnováze mezi přiměřeností, harmonií a pravidelností (označovanými pojmy *logos*, *nomos* a *taxis*).<sup>65</sup>

Jak si všímá *M. Loughlin*, je pozoruhodné, že i v dnešním světě, kde média vytvářejí symboly a mediální obrazy přetrvávající někdy jen pár dní, symbolické vyobrazení spravedlnosti ve vědomí veřejnosti přetrvalo.<sup>66</sup>

Od symbolického a historického pojmání spravedlnosti se nyní přesuňme k praktičtějším závěrům týkajícím se jednání naplňujícím hodnotu spravedlnosti.

Konat spravedlnost znamená rozhodovat takovým způsobem, který nejlépe odpovídá hodnoceným lidským potřebám.<sup>67</sup> Takové rozhodování vyžaduje podle *G. Sartora* zachování dvou hledisek: spravedlivá volba by měla maximalizovat užitek plynoucí z dopadů takového rozhodnutí na relevantní zájmy (princip maximalizace) a zároveň by měla brát v úvahu relativní význam těchto zájmů (princip poměřování).<sup>68</sup> Zde již lze spatřit úzký vztah mezi ideou spravedlnosti a proporcionality.

---

<sup>62</sup> Gilgameš je popisován jako „ten, kdo váží zřejmé a skryté vahami moudrosti“ viz PORAT, Iddo: The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law. *Cardozo Law Review*, roč. 27, 2005-2006, str. 1398.

<sup>63</sup> LOUGHLIN, Martin: *Sword and Scales...*, str. 55.

<sup>64</sup> Ibid., str. 56. Ve starších křesťanských pramenech se vyskytuje metafora „vážení duší“ v souvislosti s posledním soudem, přičemž váhy bývají atributem sv. Michala (viz PORAT, Iddo: The Dual Model of Balancing..., str. 1398). K dalším symbolickým významům spravedlnosti viz též COFFIN, Frank M.: Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice. *New York University Law Review*, roč. 63, 1988, str. 19 a násl.

<sup>65</sup> LOUGHLIN, Martin: *Sword and Scales...*, str. 56.

<sup>66</sup> Ibid., str. 61. Totéž však již nelze říci o vyobrazení jiných ctností (moudrosti – ženy hledící do zrcadla, umírněnosti – ženy nesoucí uzdu a džbán, statečnosti – ženy se lví kůží). Viz též CURTIS, Dennis E., RESNIK, Judith: *Images of Justice...*, str. 1731.

<sup>67</sup> SARTOR, Giovanni: Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality. *Artificial Intelligence and Law*, č. 2, 2010, 175.

<sup>68</sup> Ibid., str. 176.

Za spravedlivé rozhodování je tedy považováno pouze takové, které nevyvolává zbytečné negativní dopady na dotčené zájmy a hodnoty. Spravedlnost v takovém pojetí souvisí úzce i s efektivitou práva.<sup>69</sup>

Veškeré soudobé teorie spravedlnosti jsou podle *J. Boguszaka* aktualizacími variacemi forem ohraničených *Aristotelem*,<sup>70</sup> proto je vhodné jeho teorii v úvodu zmínit. Ze dvou pojetí spravedlnosti (komutativní a distributivní) je to právě distributivní spravedlnost, která pracuje s koncepcí přiměřenosti.

*Aristoteles* definoval distributivní (rozdělovací) spravedlnost pomocí matematické úměry (rovnosti poměrů). „Nutně tedy právo vyžaduje počtu nejméně čtyř; neboť jsou dvě osoby, pro něž jest právo, a dvě věci, v nichž se jim přiznává. ... Jest totiž rozděleno stejně, komu co náleží. Jako se tedy má *a* ku *b*, tak se bude mít *c* ku *d*...“<sup>71</sup> Tuto rovnost poměrů označujeme jako proporcionální či geometrickou rovnost, v níž jde o přidělování statků nebo úřadů.<sup>72</sup> Hodnotnější ze dvou statků či větší množství jednoho statku přísluší té osobě, která se odpovídajícím způsobem odlišuje od jiné osoby, jíž v souladu s tím přísluší méně hodnotný statek nebo menší množství jednoho statku. Přiměřenost je v Aristotelově pojetí principem difference, je založena na nerovnostech.<sup>73</sup> Vzhledem k tomu, že lidé si ve všech ohledech nejsou fakticky rovni, princip distributivní spravedlnosti tedy může v těchto situacích vést k nerovné distribuci statků. Ta odpovídá rozdílným poměrům jednotlivců, a tím směřuje k spravedlivějším výsledkům.

Samotná míra přerozdělování veřejných prostředků je však v soudobém demokratickém právním státě předmětem politického sporu. S výjimkou vyloučení extrémních situací (např. zbavení sociálních práv, přerozdělování vedoucí

---

<sup>69</sup> Uvedený názor je však potřeba poněkud korigovat, neboť diskuse, v jejímž základě se nachází spor mezi deontologickou koncepcí ovlivněnou I. Kantem a utilitaristickou koncepcí blízkou ekonomickým teoriím nebyla do dnešní doby vyřešena. Podrobněji viz HOLLÄNDER, Pavel: *Filosofie práva...*, str. 255.

<sup>70</sup> BOGUSZAK, Jiří: K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy)..., str. 166.

<sup>71</sup> ARISTOTELES: *Etika Níkomachova...*, str. 128 – 129.

<sup>72</sup> GÜNTHER, Klaus: „Každému to, co mu náleží“? K novému odhalení distributivní spravedlnosti. In: BAKEŠOVÁ, Alena, VELEK, Josef: *Spor o spravedlnost*. Praha: nakladatelství Filosofického ústavu AV ČR, 1997 (překl. Josef VELEK, orig. Was heisst: „Jedem das Seine?“ Zur Wiederentdeckung der distributiven Gerechtigkeit. In: FRANKENBERG, G. (ed.): *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994), str. 21.

<sup>73</sup> Ibid.

k rovnostářství) tak o přerozdělování rozhoduje v moderním demokratickém státě lid prostřednictvím voleb, případně přímo v referendech.<sup>74</sup>

### 1.3. Princip proporcionality jako právní princip

V právu se s přiměřeností setkáváme v několika významech, v řadě z nich se objevuje i spojení „princip proporcionality“. Problematičnost tohoto spojení je dána zejména tím, že o polysémnní výraz jde nejen v případě proporcionality v právu, o níž bylo pojednáno výše, ale i v případě pojmu „právní princip“. Jako v každém případě používání polysémnních výrazů v právu je tedy nejprve třeba vymezit význam proporcionality jakožto právního principu.

*J. Boguszak* popisuje s odkazem na *J. Wróblewského* základní významové rozdíly výrazu „právní princip“: jedná se o principy, které jsou pravidla, a principy, které nejsou pravidla.<sup>75</sup> Je tedy důležité rozlišovat mezi principem jakožto obecnou regulativní ideou a principem zobecňujícím určité společné znaky právní úpravy, který regulativní povahu nemá.<sup>76</sup> Uvedené dělení je však třeba vnímat jako idealizující, neboť právní principy nikdy nepůsobí jako konkrétní pravidla chování (tím by byl eliminován jejich rozdíl oproti právním normám), stejně tak nikdy nepůsobí pouze jako symboly pro charakteristickou úpravu určitého institutu, odvětví či celého právního řádu. Právní principy obecně plní řadu funkcí v právních řádech.<sup>77</sup> Totéž platí o principu proporcionality.

V případě principu proporcionality aplikovaném na omezení lidskoprávních norem jde o formální šablonu skládající se z několika postupně kladených otázek, používanou při hodnocení, zda určitý právní akt nezasahuje do základních práv více, než je nezbytné.

---

<sup>74</sup> Viz podrobněji BOGUSZAK, Jiří: K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy)..., str. 167. Projevem této skutečnosti je požadavek na rozdílnou míru intenzity přezkumu základních práv a svobod v závislosti na předmětu úpravy – podrobněji viz kapitola 4.

<sup>75</sup> BOGUSZAK, Jiří: Právní principy, hodnoty, finalita. In: BOGUSZAK, Jiří (ed.): *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, str. 24 – 25.

<sup>76</sup> K podrobnému rozboru pojmu právního principu viz zejm. WINTR, Jan: *Říše principů. Obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006, zejm. str. 97 – 106.

<sup>77</sup> KÜHN, Zdeněk: *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002, str. 138 a násl.

Složitost takového pojetí principu proporcionality spočívá mimo jiné v tom, že prostřednictvím něj dochází k řešení kolizí mezi ostatními principy.<sup>78</sup> Samotný princip proporcionality však již poměřován s jinými principy není – jako logická šablona působí v právním řádu jednotně. Jak však bude naznačeno v kapitole 4.2., tím není vyloučena jeho variabilní struktura v závislosti na předmětu přezkumu.

---

<sup>78</sup> Takovéto pojetí principu proporcionality rozpracovává podrobně zejména R. Alexy, v jehož pracích se tak princip proporcionality stává jakýmsi meta-principem – univerzálním principem sloužícím při aplikaci jiných principů (optimalizaci).



## KAPITOLA 2

### Normativní zakotvení lidských práv a jejich omezení

Právní zakotvení a institucionalizovaná ochrana lidských práv základním způsobem definují postavení jednotlivce ve vztahu k veřejné moci; patří tedy k charakteristickým znakům soudobého pojetí demokratického právního státu. Lidská práva jsou však chráněna rovněž v právu mezinárodním<sup>79</sup> a v neposlední řadě jsou státní mocí garantována v určité omezené podobě rovněž ve vztazích mezi soukromými subjekty, tedy v oblasti, kde základní práva tradičně neměla žádný účinek.<sup>80</sup>

Tato dominance základních práv v soudobém právním diskursu vede podle mnohých autorů k potlačení významu právních povinností. Podle *M. Loughlina* se tak moderní právní řád radikálně liší oproti klasickému, kde lidská práva buď vůbec nebyla uznávána, anebo byla založena na jiných východiscích, neboť byla podřízena koncepcím suverenity, nacionalismu či demokracie. Tradiční právní řád uznávající práva suveréna a podřízenost jednotlivců byl tak zcela obrácen: všichni lidé mají práva a stát (resp. společenství) má vůči nim povinnosti.<sup>81</sup> Asymetrie práv a povinností v případě základních práv a svobod je předmětem zvýšeného zájmu i současné české právní vědy.<sup>82</sup>

Zdánlivá podřízenost povinností vůči právům je však z více hledisek sporná. Právní vztahy jsou založeny na nutné korelaci práv a povinností. Jinými slovy

---

<sup>79</sup> Pokud jde o vázanost mezinárodních organizací základními právy, jak upozorňuje A. Peters, tradičně bývá tento přístup považován za poněkud kontroverzní, neboť mezinárodní organizace samotné většinou nejsou smluvními stranami úmluv garantujících lidská práva. Viz podrobněji KLABBERS, Jan, PETERS, Anne, ULFSTEIN, Geir: *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, str. 167 a násl. (autorka kapitoly Anne Peters).

<sup>80</sup> Podrobněji k problematice tzv. horizontálního účinku základních práv viz autorův článek: Účinky lidských práv v soukromém právu, *Právník*, č. 1, 2011, roč. 150, str. 33 – 52, a dále příspěvek ve sborníku: Obchodní společnosti ve vojenských operacích. Právní pluralismus a vyplňování právního vakua. In: LENGYELOVÁ, Daniela (ed.): *Pluralismus moci a práva. Sborník z konferencie konanej v dňoch 25. – 27. marca 2009 v Tatranskej Štrbe*. Bratislava: Ústav štátu a práva Slovenskej Akademie Vied, Bratislavská vysoká škola práva, 2009, str. 450 – 462.

<sup>81</sup> LOUGHLIN, Martin: *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 114.

<sup>82</sup> HOLLÄNDER, Pavel: *Základy všeobecné státovědy...*, str. 149 a násl. Velmi podrobnému rozboru této asymetrie práv a povinností v českém ústavním pořádku se kriticky věnoval prof. A. Gerloch v referátu: *Relace práv a povinností v Listině základních práv a svobod* předneseném jako úvodní referát mezinárodní konference s názvem „Ochrana základních práv a svobod v proměnách práva na počátku 21. století (v českém, evropském a mezinárodním kontextu)“ konané ve dnech 18. a 19. května 2011 na Právnické fakultě UK v Praze.

samotná existence práva implikuje existenci korespondující povinnosti (v případě tzv. absolutních práv minimálně povinnost do nich nezasahovat).<sup>83</sup>

Nejednoznačnost povinnostních subjektů pak má za následek snížení jistoty ohledně rozsahu určitého práva. V krajním případě si lze představit, že relativizací významu nositele právní povinnosti ve vztahu k základnímu právu se může změnit i samotná povaha základních práv, která již nemusejí být vnímána jako bezprostředně vymahatelná, nýbrž pouze jako politické cíle, ideové zdroje, morální apely na zákonodárce apod.<sup>84</sup>

Vyjasnění vztahu mezi základními právy na straně jedné a jim odpovídajícími povinnostmi na straně druhé je nezbytné pro vymezení metodologie interpretace jejich omezení.

Podobně významná je však i otázka původu a významu základních práv v současném demokratickém právním státě.<sup>85</sup> Podle *R. Alexyho* je otázka ospravedlnění lidských práv ústřední pro pochopení jejich podstaty a působení v právu.<sup>86</sup> *R. Alexy* z teorií, které nejsou k lidským právům skeptické, zmiňuje hned osm přístupů, z nichž některé jsou tradiční (teologická koncepce lidských práv), jiné zcela moderní (justifikace lidských práv na základě teorie diskurzu).<sup>87</sup> Vzhledem k podobnosti některých justifikačních teorií lidských práv bych zmínil dvě podle mého názoru nejvýznamnější, které stojí v příkrém protikladu. *H. Bielefeldt* hovoří o dvou „příbězích“ historie lidských práv, které nazývá *kvazi-biologický a politický*.<sup>88</sup>

Kvazi-biologická koncepce podle *Bielefeldta* považuje za základ lidských práv lidskou důstojnost, čímž je dán univerzalistický charakter lidských práv.

---

<sup>83</sup> Z tohoto hlediska bude níže popsán právní vztah upravený lidskoprávními normami – viz níže kapitola 2.2.. V německé ústavní teorii se otázka základních povinností jakožto korelátu základních práv začala poprvé objevovat na konci 70. let minulého století a dnes již lze říci, že je klasickým tématem tamní ústavní teorie – viz BLECKMANN, Albert: *Staatsrecht, 2. svazek – Grundrechte*. 4. vyd., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1997, str. 392 a násl.

<sup>84</sup> K povaze základních práv v historickém kontextu viz níže kapitola 2.1.

<sup>85</sup> Klasickou literaturou v českém prostředí je monografie B. Komárkové: KOMÁRKOVÁ, Božena: *Původ a význam lidských práv*. Praha: SPN, 1990.

<sup>86</sup> ALEXY, Robert: The Existence of Human Rights. In: NEUMANN, Ulfrid a kol.: *25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy. Abstract book*. Frankfurt am Main: Goethe Universität, 2011 (dostupné na internetu: [www.ivr2011.org](http://www.ivr2011.org)), str. 87.

<sup>87</sup> *Ibid.*, str. 88 (mezi oněch osm koncepcí náleží teologická, intuitivní, konsenzuální, biologická, kulturní, instrumentální, explikativní a existenční). *R. Alexy* preferuje kombinaci explikativní a existenční teorie; obě vycházejí z jeho teorie právní argumentace.

<sup>88</sup> BIELEFELDT, Heiner: Philosophical and Historical Foundations of Human Rights. In: KRAUSE, Catarina, SCHEININ, Martin (eds.): *International Protection of Human Rights: A Textbook*. Turku: Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, 2009, str. 9.

Proces formování lidských práv je pak popisován jako jejich „zrání“ v kontextu evropské kultury, jejíž náboženská a filosofická tradice vytvořila základ pro tato práva.<sup>89</sup> Výrazem takového pojetí lidských práv je americká ústava, která lidská práva považuje za „samozřejmé pravdy“.<sup>90</sup>

Z této, ve své podstatě idealistické, interpretace lidských práv lze dovozovat jejich univerzální povahu. Rozšíření lidských práv v průběhu dvacátého a na počátku jednadvacátého století s sebou nutně přináší otázky legitimizace těchto práv i v civilizačních okruzích, které jsou založeny na zcela jiných hodnotách.<sup>91</sup> Je třeba například poukázat na skutečnost, že dodnes je pro značnou část světa otázka rovnosti všech osob v právech považována do značné míry za cizí. Rovněž pojetí lidských práv se v řadě částí světa (např. Afrika, Asie) odklání od západního liberálního individualismu a přibližuje se více kolektivistickému chápání typickému pro danou kulturu.<sup>92</sup> Ideové zdroje lidských práv si rovněž jednotlivé státy často přizpůsobují. Například arabské státy odvozují ideu lidských práv z hodnot Koránu a islámského práva, nikoliv z výše popsaných myšlenkových zdrojů evropských a amerických myslitelů.<sup>93</sup> Ostatně myšlenka univerzalizmu „západních“ lidských práv byla v jiných částech světa již od konce druhé světové války, kdy se začala prosazovat, poněkud cizí.<sup>94</sup> Moderní lidská práva tak mohou být v rámci kvazi-biologické idealistické teorie popisována rovněž jako „mosty

---

<sup>89</sup> Ibid., str. 10 a násl.

<sup>90</sup> K vývoji lidských práv v počátcích americké ústavnosti viz např. ERBANOVA, Andrea: „Pokladáme za samozřejmé pravdy...“ Vývoj lidských práv v USA od roku 1776 do roku 1787. *Historia et Theoria Iuris*, č. 3, roč. 2, 2010, str. 51.

<sup>91</sup> Fenomén migrace s sebou však přináší i problém odlišného pojetí lidských práv v rámci subkultur žijících v uzavřených společnostech západního světa – k univerzalitě a regionální podmíněnosti lidských práv viz např. kapitola J. Kysely: Je to, co lid chce, dobré, protože to chce lid? In: PŘIBÁŇ, Jiří, HOLLÄNDER, Pavel a kol.: *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011, str. 135.

<sup>92</sup> S příkladem se autor této práce setkal na konferenci Dny práva 2008, pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity v Brně, kde Dr. Sergey Korolev na přednášce *The noble arrogance of jurisprudence: "refutatio juris" of some fallacies of classical economics* uvedl jako příklad odmítání liberálního přístupu k lidským právům společenskou situaci v nehostinných částech Ruské federace, kde by individualismus bez kolektivního přístupu k právům a povinnostem znamenal zánik jednotlivce.

<sup>93</sup> RIEDEL, Eibe: Universality of Human Rights and Cultural Pluralism, In: STARCK, Christian (ed.): *Constitutionalism, Universalism and Democracy: a comparative analysis*. Baden-Baden: Nomos, 1999, str. 35.

<sup>94</sup> Svědčí o tom m.j. stanovisko Americké antropologické společnosti z roku 1947, podle něhož Všeobecná deklarace lidských práv může snížit kulturní diverzitu. Viz podrobněji BIELEFELDT, Heiner: *Philosophical and Historical Foundations of Human Rights...*, str. 4.

mezi přítomností a minulostí“<sup>95</sup> – zahrnující kulturní tradice historie, v nichž jednotliví autoři spatřují zdroje současných lidských práv.

Druhá z teorií původu lidských práv je daleko pragmatičtější, neboť považuje lidská práva za výsledek neukončených procesů vývoje společnosti.<sup>96</sup> Na negativní historickou zkušenost jako determinantu lidských práv ve svém díle upozorňuje rovněž E. Bárány: „... lidská práva představují právní reakci na historicky konkrétní, subjektivně pocíťované vztahy člověka a společnosti a jejími institucemi“.<sup>97</sup>

Jako argument ve prospěch tohoto politického vnímání zrodu lidských práv odkazuje H. Bielefeldt na reakci konzervativních kruhů (zejména katolické církve) na revoluční situaci ve Francii na přelomu 18. a 19. století.<sup>98</sup> Celá idea lidských práv se tak zrodila mimo jiné v boji proti těmto koncepcím, nikoliv patrně tak, že by existující práva byla pouze „objevena“. Význam legitimizačních teorií v oblasti lidských práv spatřuji pro účely námi zkoumané problematiky mimo jiné v tom, že idealistické pojetí vytváří vyšší argumentační požadavky na ospravedlnění omezení základního práva v konkrétním případě než pojetí pragmatické.

Na úvod je však třeba zaměřit se na normativní postavení lidských práv v právním řádu. Dále bude poukázáno na techniky právního zakotvení omezení základních práv a nakonec bude identifikována rozdílná intenzita zásahů do základních práv.

---

<sup>95</sup> Ibid., str. 18.

<sup>96</sup> Ibid., str. 13.

<sup>97</sup> BÁRÁNY, Eduard: *Pojmy dobrého práva...*, str. 60 – 61. E. Bárány odkazuje na řadu německých autorů podporujících tuto tezi: H. Klennera, F. Ossenbühla, R. Alexyho či J. Habermase.

<sup>98</sup> Kromě známé kritiky E. Burkea v Úvahách o revoluci ve Francii jde o řadu církevních dokumentů, ve kterých jsou odsuzovány ideje svobody náboženského vyznání, svobody tisku apod. – svého vrcholu křesťanská anti-liberální politika dosáhla vydáním encykliky papeže Pia VI. *Syllabus Errorum* z roku 1864. Viz BIELEFELDT, Heiner: *Philosophical and Historical Foundations of Human Rights...*, str. 12.

## 2.1. Povaha právních norem garantujících lidská práva a jejich postavení v systému práva

V současnosti jsou právní normy garantující lidská práva pravidelně součástí ústavního práva jednotlivých států. „Pozitivizace“ lidských práv však sama o sobě nedává úplnou odpověď na otázku, jaká je jejich povaha.<sup>99</sup>

Ta byla silně diskutována již v 19. století a na počátku 20. století. Velmi kriticky se ke koncepci ústavně zaručených práv vyjadřovali zejména zástupci normativní školy. *H. Kelsen* poukazuje na to, že základní práva vznikla historicky „z přirozené představy jakýchsi absolutních, stát omezujících norem a stala se později, vyšedše z instance, jež je státu cizí, obsahem pozitivního práva.“<sup>100</sup>

Známé je v tomto smyslu vyjádření *F. Weyra* z roku 1937, podle něhož část německé literatury považovala „příslušná ustanovení ústavní o občanských právech a svobodách a jich zárukách namnoze toliko za pouhé akademické zásady, za ‚monology zákonodárcovy‘, jež nemají povahu norem závazných pro soudy a úřady správní.“<sup>101</sup> Tento závěr byl převažující pro tehdejší německou doktrínu, proti níž stála doktrína francouzská a americká, uznávající závaznost ústavy pro soudy i správní orgány.<sup>102</sup>

Modelově lze hovořit o programovém (tedy politickém, nikoliv právním) charakteru těchto norem, anebo o jejich normativním charakteru.<sup>103</sup> Speciální kategorii dále tvoří některá novější základní práva (typicky hospodářská, sociální či kulturní), která mohou být pojmána jako principy pro legislativce, anebo jejich ústavní úprava výslovně počítá s omezenými možnostmi jejich prosazování, zejména ze strany jednotlivců.<sup>104</sup>

---

<sup>99</sup> ZUCCA, Lorenzo: *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: Oxford University Press, 2007, str. 7. O „pozitivizaci“ lidských práv lze však hovořit pouze v tom smyslu, že základní práva si v moderním demokratickém právním státě ponechává svůj prepozitivní charakter (podrobněji k rozdílu mezi chápáním přirozeného práva na prepozitivním či suprapozitivním základě viz GERLOCH, Aleš: *Teorie práva...*, str. 22.)

<sup>100</sup> KELSEN, Hans: *Základy obecné teorie norem*. Brno: Barvič a Novotný, 1926 (překl. František WEYR), str. 48.

<sup>101</sup> WEYR, František: *Československé ústavní právo*. Praha: Melantrich, 1937, str. 248.

<sup>102</sup> HOLLÄNDER, Pavel: *Filosofie práva...*, str. 155.

<sup>103</sup> STERN, Klaus a kol.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland...*, str. 1177 a násl.

<sup>104</sup> V podrobnostech viz BOUČKOVÁ, Pavla: *Rovnost a sociální práva*. Praha: Auditorium, 2009, str. 37 a násl., Prvým příkladem je například indická ústava (čl. 36 – 51 nazvané Řídící principy státní politiky). Druhým z uvedených příkladů představuje česká Listina základních práv a svobod, omezující v čl. 41 odst. 2 vymahatelnost některých základních práv.

O závaznosti ústavních norem ve smyslu bezprostředně použitelných norem majících vyšší právní sílu než zákonné a podzákoné právní normy hovoříme obvykle až po druhé světové válce v souvislosti s přijetím nové ústavy – Základního zákona z roku 1949. Zároveň je však pravdou, že již v předválečném Německu se objevovaly zřídka názory, že lidská práva zakotvená ve Výmarské ústavě by měla tvořit základ celého právního řádu ve smyslu „legalizovaných hodnot.“<sup>105</sup>

Chápeme-li právní normy garantující lidská práva jako klasické právní normy s kondicionální strukturou a s abstraktní formulací hypotézy a dispozice, dospíváme k obtížné situaci v případě jejich konfliktu, kdy bychom měli rozhodnout o aplikační přednosti jednoho lidského práva před jiným. Tento postup je problematický, nejen pokud se rozhodneme apriorně přiznávat jednomu lidskému právu přednost před jiným, nýbrž do jisté míry i pokud rozhodujeme *ad hoc* o konfliktu při řešení individuálního případu.

Přednosti pojmání lidských práv jakožto právních principů nastínil *R. Alexy*. Jedná se o řešení jejich konfliktu cestou optimalizace, kdy ani jedno z lidských práv není zcela negováno druhým. Naopak výsledkem konfliktní situace je maximalizovaný rozsah aplikace obou těchto lidských práv.<sup>106</sup> K podobným závěrům ohledně aplikace právních norem garantujících lidská práva dochází i *J. Boguszak*, který však chápe lidská práva a svobody zároveň jako hodnoty, tedy konečné účely právní regulace, které již nemohou být pojaty jen jako prostředky k dosažení dalších účelů.<sup>107</sup>

Normy garantující lidská práva vyžadují stejně jako jiné právní normy interpretaci v procesu aplikace práva. Na rozdíl od jiných právních norem však mají specifické vlastnosti. V České republice je v článku 1 Listiny základních práv a svobod stanoveno, že základní práva a svobody jsou nezadatelné, nezczitelné,

---

<sup>105</sup> A. Stone Sweet a J. Mathews zmiňují např. G. Leibholze a R. Smendu (není náhodou, že obě tyto osobnosti se staly vůdčími postavami německého poválečného konstitucionalismu). Viz STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*. roč. 47, 1994, str. 104. R. Smend je podle K. Sterna tvůrcem prvního systematického pohledu na lidská práva v německé právní vědě – viz STERN, Klaus: Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 2000, str. 47.

<sup>106</sup> ALEXY, Robert: On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, č. 3, 2000, str. 296 a násl.

<sup>107</sup> BOGUSZAK, Jiří: Diferenciace lidských práv. *Právník*, č. 3, 2000, str. 259.

nepromlčitelné a nezrušitelné.<sup>108</sup> Tyto vlastnosti neznamenají, že by základní práva byla neomezená. Omezena mohou být jak veřejnými zájmy, tak jinými základními právy.<sup>109</sup> Z výše uvedené povahy základních práv však vyplývá, že ani tato omezení nemohou být jakkoli široká. V rámci základních práv tedy lze identifikovat určitou oblast charakterizovanou obvykle jako esenciální jádro základního práva (viz níže kapitola 2.4.).

Dalším obecným specifickým těchto norem je jejich na jedné straně vysoce abstraktní formulace, na druhé straně jejich bezprostřední aplikovatelnost. Řešením tohoto paradoxu lidských práv<sup>110</sup> jsou podle *P. Holländera* specifika při interpretaci ústavního práva, jejíž hlavní funkcí je „rekonstrukce ústavního účelu, což vzhledem k vysoké míře obecnosti ústavních norem vyžaduje určitou míru předvedění interpreta.“<sup>111</sup>

## **2.2. Struktura právního vztahu upraveného právními normami garantujícími lidská práva**

Za prvky právního vztahu se všeobecně považují: subjekt (tradičně oprávněný a povinný), objekt (jímž je chování požadované v právním vztahu) a obsah (vzájemná práva a povinnosti subjektů).<sup>112</sup>

*Subjektem* právního vztahu upraveného normami garantujícími lidská práva je především oprávněný, tedy člověk, jemuž jsou lidská práva garantována.<sup>113</sup> Z hlediska recentního vývoje lidských práv lze poukázat na trend omezování rozdílného zacházení, pokud jde o úroveň jejich ochrany. Přesto jsou dodnes zachovány z objektivních důvodů rozdíly v postavení určitých skupin osob.<sup>114</sup>

---

<sup>108</sup> Výše uvedený článek prof. J. Boguszaka však přesvědčivě dokládá, že otázka nezrušitelnosti základních práv, jakož i otázka rovnosti v právech pro všechny subjekty je v současném právu uplatňována s jistými výjimkami, podrobněji viz BOGUSZAK, Jiří: *Diferenciace lidských práv...*, str. 254 a násl.

<sup>109</sup> Podrobněji viz ONDŘEJJEK, Pavel: *Kolize základních práv a ústavní soudnictví. Teoretické modely a případová studie novely trestního řádu č. 52/2009 Sb.*, In: KYSELA, Jan, WINTR, Jan (eds.): *Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narozeninám*. Praha, 2009, str. 65.

<sup>110</sup> Prof. P. Holländer pojmenovává tento paradox po německém ústavním teoretikovi Ernstu-Wolfgangu Böckenförde. Viz HOLLÄNDER, Pavel: *Interpretace ústavního práva: metodologický hlavolam?* In: NOVOTNÝ, Oto (ed.): *Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám*. Praha: ASPI, 2002, str. 76.

<sup>111</sup> *Ibid.*, str. 89.

<sup>112</sup> KNAPP, Viktor: *Teorie práva...*, str. 203.

<sup>113</sup> Stranou zde ponecháváme otázku právnických osob jakožto subjektů základních práv.

<sup>114</sup> např. občanů státu a cizinců, dále např. těhotných žen, dětí apod.

Ani u oprávněného subjektu takovéhoztahu však nejsou všechny otázky vyřešeny. Především je třeba poukázat na skutečnost, že „existuje sice všeobecná shoda na tom, že dnes každá fyzická osoba požívá ochrany svých lidských práv, přesto není všeobecná shoda na tom, kdo je onou lidskou osobou.“<sup>115</sup> Tímto tvrzením je myšlen zejména problém práva na život plodu. K této otázce se vyjadřoval v jednom ze svých klasických rozhodnutí i Evropský soud pro lidská práva v případě paní *Thi-Nho Vo proti Francii*, přičemž dospívá k závěru, že „[n]a evropské úrovni Soud konstatuje, že neexistuje konsensus ohledně podstaty a právního postavení embrya a/nebo plodu, ačkoliv ve světle lékařského pokroku začínají získávat určitou formu ochrany... Soud je přesvědčen, že je nejen nevhodné, ale i nemožné zodpovědět na základě faktů v tomto případě otázku, zda nenarozené dítě je osobou ve smyslu článku 2 Úmluvy.“<sup>116</sup>

Ústředním tématem v právních vztazích upravených normami garantujícími lidská práva je však problematika povinného subjektu, respektive obsah jeho povinností. Otázkou zůstává jednak to, zda, a popřípadě do jaké míry, může být povinným subjektem soukromá osoba. Za druhé je to otázka, zda stát, který je tradičně považován za povinný subjekt v tomto vztahu, má odpovídat rovněž za porušení lidského práva způsobené jednotlivci jiným soukromoprávním subjektem. Obecně se dnes uznává, že určitá míra pozitivního závazku státu (tedy závazku aktivně bránit jednotlivce před porušováním lidských práv ze strany kohokoliv) je součástí povinnosti státu u většiny lidských práv zaručených vnitrostátními i mezinárodními dokumenty.<sup>117</sup> Tento problém pregnantně vyjádřil *E. Bárány*, podle něhož dochází k „posunu v chápání lidských práv. Jejich úloha jakožto prostředku ochrany před veřejnou mocí a hlavně státem je doplněna úkolem dosažení určitého výsledku v postavení či situaci subjektu lidských práv.“<sup>118</sup> Stejným způsobem charakterizuje lidská práva i *A. Bleckmann*, který je chápe jako „výdobytky vývoje lidské společnosti, jejichž primárním cílem nebylo pouze chránit

---

<sup>115</sup> ZUCCA, Lorenzo: *Constitutional Dilemmas...*, str. 63.

<sup>116</sup> Rozsudek Velkého senátu ze dne 8.7.2004 v případě *Vo proti Francii* (stížnost č. 53924/00), odst. 84 a 85.

<sup>117</sup> viz též ZUCCA, Lorenzo: *Constitutional Dilemmas...*, str. 44.

<sup>118</sup> BÁRÁNY, Eduard: *Pojmy dobrého práva...*, str. 63.



*jednotlivce proti státu, nýbrž zajistit základní předpoklady rozvoje svobodného individua v podmínkách demokratické společnosti.“<sup>119</sup>*

Otázkou každopádně zůstává, zda může stát odpovídat za jakékoliv porušení takového práva, kde tedy leží míra odpovědnosti státu za činnost soukromých subjektů porušující základní práva. Je totiž zřejmé, že příliš široké uplatňování pozitivního závazku státu s sebou přináší příliš vysokou míru ingerence státu do soukromé sféry jednotlivců (bude-li mít například stát povinnost bránit nezletilé před týráním ze strany rodičů, pravděpodobně to s sebou přinese vyšší míru ingerence do rodinného života, aby stát mohl kontrolovat, zda k týráním nedochází. Obdobná debata se ostatně vede i ohledně soukromí jednotlivců a zajištění veřejné bezpečnosti před teroristickými útoky.)

Dalším z prvků právního vztahu je *objekt*. Pokud jde o objekt právního vztahu upraveného normami garantujícími lidská práva, primárním objektem je chování jeho subjektů. V případě lidských práv může jít jednak o práva, kterým odpovídá povinnost jiného něco dát nebo konat, tak práva, jimž odpovídá absence práva kohokoliv jiného, resp. povinnost strpět výkon tohoto práva.<sup>120</sup>

Výše uvedená kategorizace se v podobě známého rozlišení pozitivního a negativního statusu ústavních práv objevuje již v díle *G. Jellineka* (1851 – 1911).<sup>121</sup> Současná německá právní věda používá pro práva, jimž odpovídá povinnost strpět jejich výkon, pojem „*Abwehrrechte*“, zatímco pro práva na plnění používá pojem „*Leistungsrechte*.“<sup>122</sup> Současná bohatá německá literatura se neomezuje pouze na Jellinekovo členění, nýbrž rozlišuje další atributy (resp. dimenze) základních práv, mezi něž patří: právo na rovné zacházení (*Gleichheitsrecht*),<sup>123</sup> práva na aktivní účast v politickém životě (*Teilhaberrechte*), procesní záruky (*Verfahrensgarantien*),

---

<sup>119</sup> BLECKMANN, Albert: *Staatsrecht, 2. svazek – Grundrechte*. 4. vyd., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1997, str. 15.

<sup>120</sup> V této charakteristice se opírám o starou, podle mého názoru však ve své podstatě přesvědčivou, analýzu právních pojmů podanou W. N. Hohfeldem, viz HOHFELD, Wesley Newcomb: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Legal Reasoning*, poprvé publikovanou ve dvou samostatných článcích časopisu *Yale Law Journal*, roč. 23, 1913 (str. 15 – 50) a roč. 26, 1917 (str. 710 – 770).

<sup>121</sup> JELLINEK, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. vyd., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1919, str. 87. Negativní status (status libertatis) je popisován jako sféra svobody jednotlivce (*individuelle Freiheitssphäre*), pozitivní status (status civitatis) jako pozitivní nároky jednotlivce. Kromě toho zde Jellinek popisuje ještě status aktivního občana, nazývaný aktivní status.

<sup>122</sup> STERN, Klaus a kol.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, svazek III/1...*, str. 558.

<sup>123</sup> EPPING, Volcker: *Grundrechte...*, str. 6 – 7.

hodnotový řád (*Wertordnung*), institucionální garance (*institutionelle Garantien*), a jiné.<sup>124</sup>

V rámci OSN se prosazuje od konce 80. let minulého století trichotomie povinností vyplývajících z právního vztahu upraveného normami garantující základní práva: jedná se o povinnost respektovat, chránit a naplňovat lidská práva.<sup>125</sup>

Současný vývoj směřuje k uznávání pozitivních povinností i u práv, která byla původně koncipována jako práva, do nichž nemělo být zasahováno. Takovým příkladem je podle *J. Griffina* právo na život, které bylo původně zamýšleno jako obrana proti svévolnému zbavení života ze strany státu, nyní však mu stále častěji rozumíme jako právo na důstojný život, čímž do tohoto práva zahrnujeme i aspekty sociálních práv.<sup>126</sup>

Podobně i v oblasti sociálních práv lze hovořit o povinnosti státu nezasahovat do výkonu základního práva, příklad zmiňovaný *J. Kratochvílem* je porušení sociálních práv obyvatel Palestiny výstavbou zdi na jejich okupovaném území.<sup>127</sup>

*Obsahem* právního vztahu upraveného právními normami garantujícími lidská práva jsou vzájemné práva a povinnosti subjektů. Vztah mezi právem a povinností je předmětem polemik.<sup>128</sup> Z hlediska deontické logiky však práva a povinnosti nemohou být vnímány odloučeně.<sup>129</sup> Podle *M. Radina* dokonce nelze ani

---

<sup>124</sup> STERN, Klaus: *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte...*, str. 62. K. Stern zde cituje zejména dílo A. Bleckmanna.

<sup>125</sup> Požadavek respektovat lidská práva znamená povinnost zdržet se určitého jednání ze strany státu, požadavek chránit lidská práva vyžaduje podniknutí přiměřených kroků ze strany státu tak, aby práva osob byla chráněna i proti zásahům jiných soukromých subjektů, povinnost naplňovat lidská práva implikuje přijetí legislativních a administrativních a dalších opatření, umožňujících plnou realizaci základních práv (cit. dle: KRATOCHVÍL, Jan: *Sociální práva v Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a mezinárodním paktu o občanských a politických právech*. Edice Prameny a nové proudy právní vědy, č. 46, Praha: Právnická fakulta UK, 2010, str. 29).

<sup>126</sup> GRIFFIN, James: *Human Rights: Whose Duties?* In: CAMPBELL, Tom, MILLER, Seumas (eds.): *Human Rights and the Moral Responsibilities of Corporate and Public Sector Organizations*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004, str. 34. Z práva na život (ve výše uvedeném podobě důstojného života) však lze dovozovat i další práva, například právo na příznivé životní prostředí.

<sup>127</sup> Rozhodnutí Mezinárodního soudního dvora ze dne 9. července 2004 ve věci Právních důsledků výstavby zdi na okupovaných palestinských územích, § 133 – 134 (cit. dle: KRATOCHVÍL, Jan: *Sociální práva v Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a mezinárodním paktu o občanských a politických právech...*, str. 32 – 33).

<sup>128</sup> Obecně viz KAMM, F. M.: *Rights*. In: COLEMAN, Jules, SHAPIRO, Scott: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 476.

<sup>129</sup> KNAPP, Viktor, GERLOCH, Aleš: *Logika v právním myšlení*. 3. vyd., Praha: Eurolex Bohemia, 2000, str. 98, viz též: PAVČNIK, Marijan: *Princip přiměřenosti (několik myšlenek k diskuzi)*. *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 1, 2009, str. 52 (překl. Jaromír TAUCHEN).

tvrdit, že by povinnost z práva vyplývala, anebo naopak právo z povinnosti. Jedná se o logickou identitu – jedno bez druhého zkrátka nemůže existovat.<sup>130</sup>

Povinnosti a jim odpovídající práva úzce souvisejí s požadovaným chováním povinného subjektu a odlišují se v závislosti na povaze základních práv. Podle klasických teorií ze základních práv, majících povahu svobod, vyplývá povinnost nezasahovat do jejich výkonu, zatímco z práv třetí generace, vyplývá aktivní povinnost něco dát nebo konat. Toto odlišování je však podle mnohých autorů již překonané, neboť povinnost aktivního konání přísluší i v rámci práv první generace (viz výše poznámka o objektu právních vztahů).

Kolize dvou právních norem spočívá podle *H. L. A. Harta* v logické nemožnosti chovat se takovým způsobem, který každá z nich požaduje.<sup>131</sup> Subjektivní práva založená permissivními právními normami poté nemohou navzájem kolidovat, pouze faktický výkon obou práv současně může být nemožný. Jako příklad uvádí *H. L. A. Hart* tyto dvě současně platné permissivní normy: „je povoleno otevřít okno“ a „je povoleno zavřít okno.“<sup>132</sup>

K tomuto však uvádí *L. Zucca*, že výše uvedené tvrzení nelze vykládat tak, že neexistují žádné konflikty mezi lidskoprávními normami. Kolize základních práv totiž spočívá v kolizi povinností z nich plynoucích.<sup>133</sup> Jak již bylo nastíněno výše, ze základních práv mohou podle povahy věci vyplývat povinnosti něco dát, aktivně konat nebo zdržet se určitého jednání, či jej strpět.

K uvedenému tvrzení lze uvést několik příkladů: svoboda projevu může implikovat zákaz cenzury, právo na ochranu osobnosti může implikovat zákaz projevu zveřejňujícího soukromé informace. Mezi oběma těmito povinnostmi však existuje normativní rozpor, z logického hlediska je zde tvrzeno *A* a zároveň *non A*. Obdobně právo vlastnit majetek implikuje absenci práva autora zabránit vlastníkovi věc, prostřednictvím které je dílo vyjádřeno, zničit (*ius abutendi*). Právo autora k výsledku své tvůrčí duševní činnosti (které může být chráněno buď extenzivním výkladem jako vlastnické právo nebo jako zvláštní právo k výsledkům tvůrčí duševní činnosti) implikuje povinnost vlastníka nezničit originální věc,

---

<sup>130</sup> RADIN, Max: *Natural Law and Natural Rights...*, str. 218.

<sup>131</sup> HART, Herbert L. A.: *Kelsen's Doctrine of Unity of Law*, In: PAULSON, Stanley L. and LITCHEWSKI PAULSON, Bonnie (eds.): *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1999, str. 566.

<sup>132</sup> *Ibid.*, str. 568 – 569.

<sup>133</sup> ZUCCA, Lorenzo: *Constitutional Dilemmas...*, str. 53.

prostřednictvím které je dílo vyjádřeno (byť v tomto posledním případě jde možná pouze o akademický spor, který lze v praxi řešit pomocí norem veřejného práva).

S otázkou obsahu právního vztahu, který se řídí lidskoprávními normami, souvisí rovněž problematika omezení základních práv, neboť tyto meze jsou rovněž zdrojem práv a povinností pro účastníky předmětného právního vztahu.

### 2.3. Omezení lidských práv

Omezení lidských práv plyne již z jejich samotné podstaty, neboť jejich výkon naráží na zájmy dalších jednotlivců či celého společenství. Výkonem jednoho základního práva tak logicky můžeme dojít k hranici sféry ochrany jiného základního práva příslušejícího jinému subjektu, anebo sféry ochrany společenských zájmů.<sup>134</sup>

Omezení základních práv však ne vždy plyne z jejich pozitivněprávního zakotvení v ústavách států. V některých ústavách je základní právo zakotveno pouze v podobě jeho garance a limity tohoto práva jsou pak ponechány soudcovskému rozhodování (klasickým příkladem mohou být Spojené státy americké a jejich prvních deset dodatků k ústavě).<sup>135</sup> Můžeme se setkat s imanentními omezeními plynoucími z povahy věci, anebo s omezeními danými interpretací, zejména sémantickou interpretací použitých pojmů. V obou případech však mohou být takováto omezení na újmu právní jistotě.

Zkoumáme-li blíže prostředky legislativní techniky zakotvení limitů v katalogích základních práv, můžeme podle *M. Kumma* rozlišit tři základní způsoby:<sup>136</sup>

Prvým je výše uvedený model USA, kde jsou omezení přijímána pouze zákony Kongresu, které jsou přezkoumávány soudy.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> STERN, Klaus: *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte...*, str. 92.

<sup>135</sup> ROBERTSON, David: *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010, str. 281.

<sup>136</sup> KUMM, Mattias: *Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review. New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, č. 09-10, 2009, dostupné na internetu: <http://ssrn.com/abstract=1356793>, str. 4 – 6. S podobnou kategorizací přichází W. Sadurski: SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008, str. 263 – 266.

<sup>137</sup> SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts...*, str. 263.

Případem, na kterém lze demonstrovat aplikaci širokého výkladu základních práv, je případ *District of Columbia v. Heller*,<sup>138</sup> v němž Nejvyšší soud USA zakázal washingtonskou úpravu zakazující vlastnit střelné zbraně, a to s ohledem na Druhý dodatek ústavy USA zakazující omezovat držení zbraní. Tento případ je pozoruhodný z hlediska tématu této práce rovněž vzhledem k odlišnému stanovisku soudce *S. Breyera*, které je pozoruhodnou analýzou testu proporcionality aplikovanému v podmínkách americké jurisprudence (podrobněji k tomuto případu proto viz kapitolu 11.2.).

V této chvíli postačí na případu *Heller* demonstrovat, že absencí explicitních omezení základních práv bylo možno dojít k velmi širokému výkladu základního práva (byť lze souhlasit s názorem, že absence textu jakožto základu pro rozhodnutí nebyla patrně hlavním kritériem rozhodování konzervativní většiny Nejvyššího soudu USA v této věci, minimálně však přispěla k širšímu poli argumentačních úvah většiny soudců).

Mladší technika formulace omezení základních práv se rozšířila po druhé světové válce. Je charakteristická formulováním pravidla a výjimky. Obsahuje totiž, pokud jde o základní práva, na prvním místě jeho garanci, zároveň však konstruuje z této garance výjimky, v nichž je upřesněn rozsah základního práva. Tento model je uplatňován například v Listině v České republice anebo např. v Základním zákoně SRN). V obecné části dokumentu garantujícího základní práva se v tomto případě nevyskytuje ustanovení o omezeních základních práv. Mohou se zde však vyskytovat jiná interpretační ustanovení (např. o nemožnosti odstranit podstatu základního práva, nezměnitelnosti části ústav, atd.).

*W. Sadurski* při zkoumání nových ústav zemí střední a východní Evropy tuto kategorii ještě dále dělí na ústavy, kde jsou omezení základních práv obsažena pouze u jednotlivých článků, které zmiňují vždy samostatné důvody omezení základních práv (jde o ústavy Bosny a Hercegoviny, Gruzie, Litvy a Makedonie), a ústavy, které kromě omezení u jednotlivých práv obsahují ještě obecnou klauzuli, která ale na důvody obsažené blíže u jednotlivých základních práv odkazuje (příkladem takovéto klauzule je i článek 4 české Listiny).<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> *District of Columbia v. Dick Anthony Heller*, 554 U.S. 570 (2008) ze dne 26. června 2008.

<sup>139</sup> *SADURSKI, Wojciech: Rights before Courts...*, str. 264. *W. Sadurski* však konstatuje, že z praktického hlediska se při aplikaci obou těchto technik formulování omezení základních práv nevyskytují rozdíly.

V zemích kontinentálního práva je problematice omezení základních práv věnována velká pozornost, což se projevuje i v ústavním zakotvení této problematiky v novějších katalogích práv (k příkladům viz níže). V takovém případě se soudy více než ve Spojených státech amerických přidržují textu ústavy, který je omezuje také při konstruování různých doktrín.<sup>140</sup> Například ve Spolkové republice Německo byla koncepce imanentních omezení základních práv Spolkovým ústavním soudem opuštěna a jedinými kritérii pro soulad omezení základního práva s ústavou byla shledána kritéria vyplývající přímo z ústavy.<sup>141</sup>

Třetí, nejmladší, systém je charakteristický generální klauzulí omezení práv. Vyskytuje se např. v Kanadě (čl. 1 Charty základních práv Kanady zní: „práva mohou být omezena zákonem, jsou-li prokazatelně ospravedlněna ve svobodné a demokratické společnosti.“), v čl. 36 ústavy Jihoafrické republiky, (který zní: „práva mohou být omezena zákonem všeobecné použitelnosti, pokud je toto omezení rozumné a ospravedlnitelné v otevřené a demokratické společnosti založené na lidské důstojnosti, rovnosti a svobodě. Jako relevantní musejí být zohledněny tyto faktory: 1. povaha práva, 2. význam a důvod omezení, 3. povaha a rozsah omezení, 4. vztah mezi omezením a jeho důvodem a 5. prostředky méně omezující lidská práva, které ale povedou k ekvivalentnímu výsledku.“).<sup>142</sup>

Nejnověji, a z hlediska České republiky patrně nejvýznamněji, je obecná klauzule omezení základních práv zakotvena v Listině základních práv EU. Její článek 52 odst. 1 zní: „1. Každé omezení výkonu práv a svobod uznaných touto listinou musí být stanoveno zákonem a respektovat podstatu těchto práv a svobod. Při dodržení zásady proporcionality mohou být omezení zavedena pouze tehdy, pokud jsou nezbytná a pokud skutečně odpovídají cílům obecného zájmu, které uznává Unie, nebo potřebě ochrany práv a svobod druhého.“<sup>143</sup>

Sporné na této úpravě se může jevit, do jaké míry omezuje klasickou doktrínu o absolutních právech, tj. právech nepodléhajících omezením (v Německu je například za toto právo chápána lidský důstojnost, podle Úmluvy jde např. o čl. 3

---

<sup>140</sup> Obdobně SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts...*, str. 263.

<sup>141</sup> STERN, Klaus: *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte...*, str. 92, odkazující na řadu rozhodnutí Spolkového ústavního soudu potvrzujících tento výklad.

<sup>142</sup> KUMM, Mattias: *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*. In: PAVLAKOS, George (ed.): *Law, Rights, and Discourse, The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007. str. 134 – 136.

<sup>143</sup> Úřední věstník Evropské unie, C 83/402 z 30.3.2010.

– zákaz mučení, krutého, nelidského a ponižujícího zacházení nebo trestu). Znamenala-by existence obecné úpravy omezení základního práva úplné vyloučení doktríny absolutních práv?

Domnívám se, že nikoliv. V ústavním právu hraje doktrína velmi velkou roli, zejména z důvodu nutnosti definovat relativně otevřený a výkladům nahrávající systém abstraktních pravidel. O východisku této situace a roli předvedění interpreta v ústavním právu viz rovněž komentář k dílům *P. Holländera* v kapitole 3.5.<sup>144</sup>

Z materiálního hlediska se ve většině katalogů základních práv ustálila trojice kritérií posuzování souladu ústavnosti, kterou lze výstižně shrnout pod zásady: legality, legitimacy a proporcionality. Námi zkoumaná část se nadále bude věnovat pouze principu proporcionality, vymezení byt' jen základů každé z těchto tří složek by vydalo na samostatnou knihu. V kapitole o interpretaci omezení základních práv (kapitola 6.4.) však bude poukázáno i na fakt, že oba dva testy (test legality a legitimacy), které testu proporcionality předcházejí, jsou neméně významné.

Normativní zakotvení principu proporcionality se rovněž liší: některé evropské ústavy v rámci klauzule o omezení základního práva odkazují přímo na princip proporcionality, jiné se inspiřují Úmluvou, když jako jednu z podmínek omezení stanoví „nezbytnost v demokratické společnosti“, některé ústavy kombinují obě podmínky (nezbytnost i přiměřenost).<sup>145</sup> V doktríně je však přes rozdílnost ústavních formulací standardně uplatňován test proporcionality (v rámci něhož test nezbytnosti – resp. přesněji potřebnosti, k jejich odlišení viz níže kapitola 5.2.2. – tvoří jednu z jeho složek).

Ohledně omezení základních práv je veden dlouhodobě spor, zda je možné aplikaci základního práva v konkrétním případě zcela vyloučit, anebo zda je nutné alespoň minimální obsah základního práva zachovat.<sup>146</sup> Tento limit omezení

---

<sup>144</sup> W. Sadurski si klade opačnou otázku: Znamená existence základního práva v textu ústavy při absenci explicitního omezení, že se jedná o absolutní právo? Podle citovaného autora nikoliv – viz podrobněji SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts...*, str. 283 a násl.

<sup>145</sup> První kategorii podle W. Sadurského představují ustanovení ústavy Albánie (čl. 17 odst. 1), Moldavska (čl. 54 odst. 2) a Rumunska (čl. 49 odst. 2), ve druhém případě tento autor zmiňuje Polsko (čl. 31 odst. 3), Estonsko (čl. 11), Rusko (čl. 55 odst. 3) a Slovinsko (čl. 15 odst. 2). Konečně poslední případ je vyskytuje v ústavě Rumunska (čl. 49) – cit. dle SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts...*, str. 266.

<sup>146</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 198 a násl.

základních práv (v německé ústavní teorii se někdy hovoří o *Schranken-Schranken*)<sup>147</sup> nachází své vyjádření v teorii esenciálního jádra lidských práv.

#### **2.4. Esenciální jádro lidských práv: limit aplikace principu proporcionality?**

V teoretických pracích zabývajících se lidskými právy se často vyskytuje úvaha o tom, že zásah do samotného „jádra“ lidského práva je třeba vnímat jako závažnější, než zásah do sféry lidského práva, která se podstaty tohoto práva nedotýká a o které *prima facie* není zřejmé, kam dosahuje.<sup>148</sup>

Původ teorie esenciálního jádra lidských práv lze vysledovat v povinnosti zachovávat esenciální obsah lidského práva, který byl normativně zakotven již v Základním zákoně Spolkové republiky Německo z roku 1949.<sup>149</sup> Ve Spolkové republice Německo však ideový původ této teorie lze vysledovat již u *C. Schmitta*, který považoval výhrady zákona ve výmarské ústavě za neslučitelné s požadavkem na zajištění lidských práv. „*Veškerá skutečná základní práva,*“ uvádí *C. Schmitt*, „*jsou absolutními v tom smyslu, že nejsou prováděna v mezích zákonů, jejich obsah nevyplývá ze zákona. Zákonné omezení je naopak výjimkou, z čehož vyplývá, že tato výjimka musí být principiálně omezená, určitelná a obecně regulována.*“<sup>150</sup>

Obdobně jako v ústavě SRN i česká LZPS konstruuje povinnost šetřit podstaty a smyslu základních práv a svobod při používání ustanovení o jejich mezích (čl. 4 odst. 4 Listiny). Je otázkou, zda pravidlo obsažené v Listině znamená vyloučení možnosti zásahu do esenciálního jádra anebo nikoliv. Půjde o otázku interpretace, neboť slovní formulace uvedeného pravidla není natolik jednoznačná, jako tomu bylo například v prozatímní ústavě Jihoafrické republiky

---

<sup>147</sup> STERN, Klaus: *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte...*, str. 93.

<sup>148</sup> BREHMS, Eva. Introduction, In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*. Antverpy: Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 5. Eva Brehms používá dichotomii „jádra“ a „periferie“ lidských práv. Druhý z uvedených pojmů však evokuje jakousi marginální sféru lidských práv, což by bylo podle mého soudu mylné.

<sup>149</sup> VAN DER SCHYFF, Gerhard. Cutting to the Core of Conflicting Rights: Cores in Comparative Perspective. In: BREHMS, Eva (ed.). *Conflict between Fundamental Rights*, Antverpy: Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 132. Čl. 19 odst. 2 Základního zákon SRN v originálu zní: *In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*

<sup>150</sup> SCHMITT, Carl: *Verfassungslehre*, 1928, str. 166, cit. dle: STERN, Klaus: *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte...*, str. 95.



z roku 1993, kde bylo vysloveně stanoveno v jejím článku 33 odst. 1 písm. b), že zásah do základního práva nesmí negovat jeho esenciální obsah.<sup>151</sup>

Bez ohledu na rozdílnost interpretačních závěrů o tom, zda a za jakých podmínek je možné esenciální jádro lidských práv omezit, anebo jak obtížné je nalézt hranici, kde končí, je podle mého názoru u většiny lidských práv myslitelné (snad s výjimkou absolutních práv, tj. práv, která podle převažujícího výkladu nepřipouštějí žádná omezení, kde by konstrukce esenciálního obsahu byla značně problematická).<sup>152</sup>

Jako příklad aplikace esenciálního jádra lze uvést osobní svobodu (a její garanci v článku 8 Listiny), kde její zbavení zasahuje do esenciálního jádra tohoto práva, zatímco její omezení v menší míře do jádra nezasahuje, přestože se o zásah do osobní svobody jedná.

Jiný příklad lze uvést právo na spravedlivý proces (garantované článkem 6 Úmluvy): v případě, že by trest odnětí svobody neukládal nezávislý soud nebo jiný nezávislý orgán zřízený zákonem, ale například policie nebo zpravodajská služba, jednalo by se o zásah do esenciálního jádra práva na spravedlivý proces. Pokud je soudní řízení v občanskoprávní věci v důsledku přetížení soudní soustavy a postupu druhé strany nepřiměřeně dlouhé, o zásah do jádra práva na spravedlivý proces pravděpodobně nepůjde (pokud zdržení nebude trvat mnoho let).

Kritériem závažnosti zásahu do základního práva popisuje *J. Rivers* na příkladech judikatury Evropského soudu pro lidská práva, že jádro lidských práv – v doktríně štrasburského soudu „samotná podstata“ lidského práva (angl. „*very essence*“) – souvisí s extrémním porušením lidského práva, což stojí v protikladu s typickým porušením.<sup>153</sup> Štrasburský soud tak například shledal extrémním porušením zasahující do podstaty práv švýcarský zákaz opětovného uzavření manželství ve lhůtě až tří let od rozvodu podle článku 150 Švýcarského občanského zákoníku.<sup>154</sup> Podle něj tento zákaz byl natolik disproporcionální, že

---

<sup>151</sup> Ibid., str. 142.

<sup>152</sup> Příkladem absolutního práva je výše uvedený zákaz mučení upravený v čl. 3 Úmluvy.

<sup>153</sup> RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review, *The Cambridge Law Journal*, roč. 65, č. 1, 2006, str. 184.

<sup>154</sup> Čl. 150 Švýcarského občanského zákoníku ve znění z roku 1912 zněl: „Pokud soud rozhodne o rozvodu, stanoví současně lhůtu minimálně jeden a maximálně dva roky, během níž se strana, která rozvod zavinila, nesmí znovu uzavřít sňatek; pokud je manželství rozvedeno z důvodu cizoložství, tato lhůta může být prodloužena až na tři roky.“

zasahoval do samotného jádra práva na uzavření manželství a založení rodiny garantovaného článkem 12 Úmluvy.<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> Rozhodnutí pléna Evropského soudu pro lidská práva ze dne 18. prosince 1987 ve věci *F. proti Švýcarsku* (stížnost č. 11329/85).

### KAPITOLA 3

## Právněfilosofické pohledy na princip proporcionality

V první kapitole bylo ve stručnosti pojednáno o historických předchůdcích a paralelách moderního principu proporcionality, jakož i o jeho vztahu k jiným hodnotám v právu. V této části bych se chtěl zabývat názory vybraných představitelů současné právní filosofie, jež mají podle mého názoru největší vliv na aktuální debaty týkající se ústavněprávních otázek souvisejících s poměřování základních práv. Půjde tedy o jisté „zmapování“ aktuálního odborného zkoumání principu proporcionality, nikoliv o historický exkurz k teoriím popisujícím zrod tohoto principu (o nich bude pojednáno samostatně v kapitole o historii tohoto principu v německé právní teorii a praxi – kapitola 9.).

Při výběru autorů byl brán zřetel zejména na význam jejich filosofie pro rozvíjení metodologie principu proporcionality. Důraz byl také kladen na rozmanitost právních kultur, z nichž tito autoři pocházejí (USA, Kanada, Německo, Izrael).

Je přirozeně nemožné zmínit na tomto místě všechny právní vědce, kteří se tomuto tématu v současnosti věnují. Vzrůstající množství odborných prací publikovaných na různých místech světa na toto téma je důkazem, že v posledních letech se jedná o nosné téma ústavněprávní teorie. Kromě níže uvedených „klasiků“ této problematiky se tedy v posledních letech objevuje řada mladých autorů, kteří základní díla o principu proporcionality rozvíjejí.<sup>156</sup>

Pokud jde o českou právní vědu, za hlavního proponenta používání tohoto principu v ústavním právu lze bez pochyb označit *P. Holländera*, profesora právní filosofie a dlouholetého soudce Ústavního soudu ČR. Podobně jako jinde ve světě lze o rozšiřování teorie principu proporcionality hovořit i v české právní vědě, což dokazují některé práce mladých autorů *D. Kosaře*, *J. Wintra* a jiných.

---

<sup>156</sup> Z mnoha jmen lze zmínit několik izraelských autorů, kteří navazují na dílo emeritního předsedy izraelského nejvyššího soudu A. Baraka: M. Cohen-Eliya, I. Porat, M. Cohn, G. Sapir, D. Barak-Erez a další. O řadě dalších autorů bude pojednáno níže v rámci specifických otázek, jimiž se v souvislosti s principem proporcionality zabývali. Práce některých výše uvedených autorů jsou dostupné na internetové adrese konference: *Rights, Balancing and Proportionality*, konané dne 4. – 5. ledna 2009 v Akademickém centru práva a obchodu v izraelském Ramat Ganu (<http://www.clb.ac.il/workshops/2009/index.html>).

Tato kapitola bude strukturována do dvou částí, v první bude pojednáno o proponentech používání principu proporcionality v ústavním právu (zmíněna budou nejprve východiska z díla *R. Dworkina* a dále práce *R. Alexyho*, *D. Beattyho*, *A. Baraka* a *P. Holländera*), v další části se zaměřím souhrnně na některé kritické poznámky při aplikaci tohoto principu (*J. Habermas*, *S. Tsakyrakis*, *A. Scalia*).

### **3.1. R. Dworkin: lidská práva jako trumfy politické morálky**

Vzhledem k tomu, že uznání osobnosti jednotlivce a jeho svobody je pro lidská práva zcela zásadní, není divu, že k hlavním představitelům lidskoprávní teorie patří liberálové. Moderní liberální teorii lidských práv můžeme nalézt v díle *Ronalda Dworkina* (nar. 1931), jednoho z nejvýznamnějších právních a politických filosofů 20. a 21. století.<sup>157</sup>

*R. Dworkin* vychází z kritiky *H. L. A. Harta* (1907 – 1992), když právo chápe nikoliv pouze jako soubor toliko právních norem (primárních a sekundárních), nýbrž jako systém tvořený kromě právních norem i jinými standardy, v rámci nichž rozlišuje zejména právní principy a právně-politické cíle.<sup>158</sup>

*Dworkin* je rovněž známý pro svou teorii soudcovského rozhodování, v níž přichází s postavou ideálního soudce (Herkula), „právníka vybaveného nadlidskou dovedností, učeností, trpělivostí a bystrostí.“<sup>159</sup> Při řešení obtížných případů aplikace práva mohou soudy obecně argumentovat buď principiálními argumenty, nebo právně-politickými argumenty. *R. Dworkin* dovozuje, že v demokratické společnosti, kde se soudy nemohou vzepřít demokraticky legitimovanému normotvůrci, je přípustná pouze argumentace právním principem, nikoliv právně-politickým cílem.<sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> Přestože *R. Dworkin* sám sebe za liberálního právního filosofa nepovažuje, v jeho díle lze podle mého názoru nalézt řadu myšlenek vlastních této politické ideologii. Obtížná klasifikace *Dworkinova* díla mezi klasické šablony právněfilosofických přístupů je podle mého názoru dána především tím, že *Dworkinova* teorie se přímo neopírá o konkrétní ideový zdroj, nýbrž je vystavěna na důsledné kritice právního pozitivismu (*COTTERRELL, Roger: The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*. 2. vyd., Oxford: Oxford University Press, 2003, str. 147).

<sup>158</sup> *DWORKIN, Ronald: The Model of Rules. University of Chicago Law Review*, roč. 35, 1967-68, str. 22. Tuto svou ústřední tezi *Dworkin* později rozpracovává v dalších dílech.

<sup>159</sup> *DWORKIN, Ronald: Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001 (překl. Zdeněk MASOPUST, orig.: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978), str. 141.

<sup>160</sup> *Ibid.*, str. 116.

Soudci tedy mají primárně povinnost rozhodovat na základě práva stanoveného zákonodárcem, pokud však toto právo nedává jasné odpovědi, je jejich povinností nalézt ten z morálních a politických principů, který nejlépe ospravedlňuje jejich rozhodnutí.<sup>161</sup> Tímto mimo jiné *R. Dworkin* polemizuje s názorem *H. L. A. Harta*, že soudce má při řešení obtížných případů volnost uvážení.<sup>162</sup> Právní principy podle *R. Dworkina* vedou soudce k jedinému správnému řešení obtížných případů aplikace práva.<sup>163</sup>

V důsledku *Dworkinovy* teze o interpretaci právu, která se podobá interpretaci literárního díla, musejí soudci vytvářet jednotlivé díly řetězu práva (*chain in law*), kde každá „přijatelná právní interpretace musí paralelně splňovat test dvou rovin: musí jednak zapadnout do existující praxe, a zároveň ukázat svůj aktuální smysl nebo svou hodnotu.“<sup>164</sup> Za ústřední metodologickou direktivu tak *Dworkin* považuje integritu v právu, která v sobě kombinuje retrospektivní i prospektivní pohledy na právo.<sup>165</sup>

Na řadě míst *Dworkinova* díla se setkáváme s argumentem, že lidská práva působí jakožto právní principy. Lidská práva v důsledku své morální povahy tedy působí jako „politické trumfy v rukou jednotlivců. Jednotlivci mají práva ve chvíli, kdy kolektivní cíl není z nějakého důvodu dostatečným ospravedlněním, aby se jim upíralo to, co jako jednotlivci chtějí mít nebo činit, nebo kdy není dostatečným ospravedlněním toho, aby se jim působila nějaká škoda nebo újma.“<sup>166</sup>

Jistým deficitem *Dworkinovy* koncepce aplikace lidských práv, potažmo právních principů, je otázka jejich interpretace v případě konfliktu. Pokud obě kolidující práva působí jako trumfy, jak lze definovat, které má soudce v konkrétním případě upřednostnit? Spolehnout se pouze na nepsané právní principy použitelné v konkrétním případě se může jevit jako poměrně vágní

---

<sup>161</sup> ZUCCA, Lorenzo: *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: Oxford University Press, 2007, str. 13.

<sup>162</sup> HART, Herbert L. A.: *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004 (orig. *The Concept of Law*, 2. vyd., Oxford: Hart Publishing, 1994), str. 139.

<sup>163</sup> V podrobnostech k *Dworkinově* teorii v české literatuře viz např. WINTR, Jan: *Říše principů. Obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006, str. 49 a násl., KÜHN, Zdeněk: *Aplikace práva ve složitých případech...*, str. 315 a násl.

<sup>164</sup> DWORKIN, Ronald: Law as Interpretation. *Texas Law Review*, roč. 60, 1981-82, str. 543.

<sup>165</sup> V podrobnostech viz DWORKIN, Ronald: *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986, str. 176 a násl.

<sup>166</sup> DWORKIN, Ronald: *Když se práva berou vážně...*, str. 12.

aplikační metoda, která v obdobných případech bude jen stěží naplňovat požadavky předvídatelného rozhodování.

„Morální čtení ústavy“<sup>167</sup> spolu s představou lidských práv jakožto trumfů v rukou každého jednotlivce sice zachovává lidským právům jejich specifický charakter, avšak vyhledávání takových právních principů, které poskytnou jedinou správnou odpověď tím, že nejlépe zapadají do existující praxe a zároveň ukazují svou hodnotu i pro budoucí možná rozhodnutí, je úkol hodný spíše ideálního než reálného soudce.

*Dworkinova* koncepce interpretace práva zohledňuje kontextuální zvláštnosti případu, což je předpoklad aplikace principu proporcionality. Na druhou stranu svou liberální orientací přikládá pomyslné závaží na miskou vah, kde se nachází subjektivní právo, což nemusí být samo sebou ospravedlnitelné. Právně-politické cíle totiž mohou odrážet souhrn subjektivních práv jiných osob (např. veřejná bezpečnost je hodnota skrývající v sobě práva na nedotknutelnost osob a majetku všech obyvatel určitého státu).<sup>168</sup>

### **3.2. R. Alexy: princip proporcionality a příkaz k optimalizaci**

*Robert Alexy* ve své *Teorii základních práv* publikované poprvé v roce 1986 vychází na jedné straně z *Dworkinovy* teorie lidských práv jakožto principů, na druhé straně ji však významným způsobem modifikuje.<sup>169</sup> Podobně jako u *R. Dworkin* hraje u *R. Alexyho* významnou roli soudní argumentace, rozlišování principů a pravidel a skepse k právnímu pozitivismu.<sup>170</sup> Na druhou stranu se tito dva autoři liší v pojetí vztahu základních práv a jiných v kolizi stojících veřejných zájmů, které jsou dle *R. Alexyho* způsobilé k poměrování s těmito základními právy.

---

<sup>167</sup> MAES, Evelyne: *Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights...*, str. 95.

<sup>168</sup> Tuto myšlenku obdobně rozpracovává R. Pound, který ve své teorii zájmů rozlišuje zájmy individuální, veřejné a sociální, přičemž za ústřední sociální zájem moderního liberálního státu považuje maximalizaci blahobytu jednotlivce. Tím se individuální zájem stává obecně i zájemem sociálním. Podrobněji viz COTTERRELL, Roger: *The Politics of Jurisprudence...*, str. 155.

<sup>169</sup> Alexy ve své teorii důsledně rozlišuje základní práva (*Grundrechte* – tj. práva, o nichž hovoří čl. 3 odst. 3 GG) a lidská práva jakožto morální práva. Existence lidských práv jakožto morálních práv zakládá zejména na své diskursivní teorii – viz. ALEXY, Robert: *The Existence of Human Rights...*, str. 88.

<sup>170</sup> KUMM, Mattias: *Constitutional rights as principem: On the structure and domain of justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights by Robert Alexy. International Journal of Constitutional Law*, č. 3, 2003, str. 595-596.

V úvodu *Teorie základních práv R. Alexy* svou nauku omezuje pouze a výlučně na německý právní řád,<sup>171</sup> komentáře k tomuto dílu však poukazují na to, že jeho závěry mají obecnou platnost.<sup>172</sup>

Svou teorii dále charakterizuje jako systémovou (strukturální) a opírá se v ní jak o strukturu pojmů základních práv a jejich vliv na právní řád, tak o vyvozování teorie z rozhodovací činnosti německého Spolkového ústavního soudu. Z toho důvodu bychom mohli jeho teorii charakterizovat jako empiricko-analytickou.<sup>173</sup>

Přitom je však třeba mít na paměti, že *Alexy* je představitelem non-pozitivistického směru v právní filosofii, což se projevuje zejména v tvrzení o nutném spojení práva a morálky.<sup>174</sup> Jedním z *Alexyho* znaků základních práv je tedy skutečnost, že jsou to rovněž práva morální.<sup>175</sup>

Strukturální teorie základních práv v podání *R. Alexyho* v sobě spojuje non-pozitivistické prvky s formálními. Sám *R. Alexy* popisuje tuto teorii na příkladu Německa, kde od počátku 50. let existuje velmi vysoká úroveň ochrany lidských práv a kde jsou lidská práva považována za „objektivní řád hodnot,“ na nichž je celý právní systém vystavěn.<sup>176</sup>

Výchozím argumentem *Alexyho* učení je aplikace jeho teorie právních principů rovněž na lidskoprávní normy.<sup>177</sup> Sám *Alexy* tuto skutečnost jasně vyjadřuje v dodatku své výše zmíněné monografie: „*Ústřední tezí této knihy je, bez ohledu na její více nebo méně přesné formulace, že ústavní práva jsou principy a*

---

<sup>171</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 3.

<sup>172</sup> MENÉNDEZ, Agustín José, ERIKSEN, Erik Oddvar: Introduction. In: MENÉNDEZ, Agustín José, ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.): *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, str. 4. MÖLLER, Kai: Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Constitutional Law*, č. 3, 2007, str. 457.

<sup>173</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 13 – 14.

<sup>174</sup> Podrobněji k těmto argumentům viz ALEXY, Robert: On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, č. 2, 2000, str. 138 – 147, ALEXY, Robert: The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, č. 2, 2010, str. 167 – 182.

<sup>175</sup> ALEXY, Robert: The Existence of Human Rights..., str. 87.

<sup>176</sup> Objektivní řád hodnot zmiňuje Spolkový ústavní soud poprvé v rozsudku Lüth ze dne 15. ledna 1958 (BVerfGE 7, 198), cit. dle: KOMMERS, Donald P.: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2. vyd., Durham and London: Duke University Press, 1997, str. 361.

<sup>177</sup> Zde je třeba rovněž učinit terminologickou poznámku, neboť pojmy, jako je právní princip, pravidlo či norma nejsou v právní teorii jednotně používány. Na terminologii R. Alexyho upozorňuje ve svém díle P. Holländer, když poukazuje na skutečnost, že zastřešující pojem právní norma (*Rechtsnorm*) obsahuje u R. Alexyho dvě kategorie – pravidla (*Regeln*) a principy (*Prinzipien*) – viz HOLLÄNDER, Pavel: *Filosofie práva...*, str. 141 – 142.

*principy jsou příkazy k optimalizaci.*<sup>178</sup> Teorie právních principů podle *R. Alexyho* vysvětluje řadu otázek interpretace a aplikace norem ústavního práva.<sup>179</sup>

V ústavách zakotvená základní práva však mohou mít kromě povahy právních principů rovněž povahu konkrétních norem.<sup>180</sup> Situace je složitější navíc v tom, že i konkrétní zakotvení lidského práva v podobě právní normy může obsahovat omezující ustanovení v podobě právních principů a obráceně.<sup>181</sup>

Ústřední metodou pro řešení konfliktů základních práv či jejich omezení majících podobu principů je princip proporcionality, který *R. Alexy* definuje v souladu s rozhodovací činností Spolkového ústavního soudu.<sup>182</sup>

Nejpodstatnější složkou principu proporcionality je poměrování v kolizi stojících práv a hodnot, které jsou *prima facie* rovnocenné. Hlavní metodologickou směrnicí při řešení této kolize je uplatnění tzv. zákona poměrování (*Law of Balancing*), který v obecné rovině zní: „Čím je větší míra nenaplnění či újma na jednom principu, tím vyšší musí být míra naplnění druhého principu.“<sup>183</sup> Tuto metodu poměrování poté *prof. Alexy* rozvádí do tří fází: nejprve jde o zjištění, do jaké míry je první princip omezen, ve druhé fázi jde o stanovení toho, jak se zvýšila realizace druhého principu a v závěrečné fázi jde o porovnání obou předchozích výsledků.<sup>184</sup>

Porovnávání těchto výsledků bude rovněž záležet na stupnici, jakou si subjekt provádějící poměrování zvolí. *R. Alexy* navrhuje základní třístupňovou stupnici, rozlišující malé, střední a velké porušení či naplnění principu.<sup>185</sup> Přitom je uplatněna rovněž tzv. vážící formule (*weighing formula*), která je v podobě

---

<sup>178</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 388.

<sup>179</sup> *Ibid.*, str. 44.

<sup>180</sup> Bližší příklady viz ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 80 a násl., v české literatuře vynikající komentované shrnutí tohoto Alexyho díla viz zejm. WINTR, Jan: *Říše principů...*, str. 66 – 72.

<sup>181</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 84.

<sup>182</sup> K tomuto vymezení viz podrobněji kapitola 9.4.

<sup>183</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 102.

<sup>184</sup> ALEXY, Robert: *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. Ratio Juris*, č. 2, 2003, str. 136.

<sup>185</sup> ALEXY, Robert: *The Construction of Constitutional Rights. Law & Ethics of Human Rights*. roč. 4, č. 1, 2010, str. 29. Jsou však teoreticky možné i složitější modely, např. devítistupňový popisovaný v: ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 412. Takovýto model však dle kritiků nepřispívá lepší orientaci, neboť právní diskurs nedokáže rozlišovat mezi zásahy podobné míry. Vezmeme-li si nejjednodušší případ devítisložkového měřítko, je závažnější „středně-nízké“ nebo „nízce-závažné“ porušení práva? Opravdu absurdní závěr si lze ilustrovat při aplikaci ještě podrobnějšího modelu, v němž bychom se mohli pokusit kvalifikovat „závažně mírné střední“ porušení práv – viz tento příklad: KUMM, Mattias: *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of justice...*, str. 581.



popisované *prof. Alexym* projevem Paretova optima v právu.<sup>186</sup> *R. Alexy* proto tento zákon poměrování vyjadřuje indifferenční křivkou, sloužící v ekonomii k zobrazení substituce různých zájmů, či produktů.<sup>187</sup>

Vážící formule stanoví ve své jednoduché podobě poměr omezení realizace jednoho principu a tomu odpovídajícímu zvýšení naplnění druhého principu. Ve své složitější podobě navíc zahrnuje i úvahy o abstraktním významu kolidujících principů a míře spolehlivosti empirických zjištění souvisejících s omezením či zvýšením realizace dotčených principů.<sup>188</sup>

Právě zde se již *R. Alexy* dostává do relativně obtížné situace hájit teoretické názory, které se však zásadně rozcházejí s praxí, která takto obtížné testy vesměs nevyužívá. Snahou o vysvětlení procesu poměrování jakožto racionálního procesu a z toho plynoucím požadavkem na aplikaci složité verze vážící formule tak *R. Alexy* poněkud paradoxně dospívá ve svých úvahách o interpretaci kolizí základních práv k podobně vysokým nárokům na soudce, jako *Dworkinem* popisovaný příklad soudce Herkula.

Samotná koncepce principů jakožto příkazů k optimalizaci se může rovněž jevit jako sporná. Zejména se můžeme ptát, zda v demokratickém systému máme při rozhodování soudy klást za všech okolností požadavek na hledání optimální, tj. nejlepší, úpravy. Podle *A. Bröstla* není právní princip příkazem k optimalizaci, nýbrž „normativně stanoveným hlediskem právního hodnocení, který příkazuje pouze zahrnout uvedené hledisko do hodnotících úvah.“<sup>189</sup>

I soudy samotné si totiž uvědomují, že specifčnost určitých typů rozhodování v ústavním právu (např. v otázce sociálních práv, daňových a jiných obdobných otázkách) vyžadují jistou míru uvážení zákonodárce – slovy českého Ústavního soudu v případě takového zákona „nemusí jít o prostředek nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.“<sup>190</sup>

Uspokojivý protiargument bez redefinování koncepce optimalizace, jakožto optimalizace za určitých podmínek, podle mého názoru není možno poskytnout.<sup>191</sup>

---

<sup>186</sup> ALEXY, Robert: *The Construction of Constitutional Rights...*, str. 28.

<sup>187</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 103.

<sup>188</sup> ALEXY, Robert: *The Construction of Constitutional Rights...*, str. 30.

<sup>189</sup> BRÖSTL, Alexander: O pravidlách správania a o princípoch. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 17, 2009, str. 51.

<sup>190</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 5. 10. 2006 sp. zn. Pl. ÚS 61/04 (podmínky vyhlášení stávký), odst. 41 odůvodnění. Podrobněji viz kapitola 10.4.

<sup>191</sup> K rozvedení těchto myšlenek viz zejm. kapitola 4.

Jiný argument proti *Alexyho* teorii lze nalézt u liberálních teoretiků, kteří odmítají „degradaci“ práv na úroveň celospolečenských zájmů, neboť v soudobém právním státu by lidská práva měla hrát větší roli.<sup>192</sup>

Tento argument lze však odmítnout, neboť vážící formule *R. Alexyho* poskytuje pouze formální pravidla, která musejí být naplněna právními principy a „kontextuálním okolím“ právního řádu. V díle *R. Alexyho* mají tyto principy non-positivistický základ, tudíž nelze říci, že by lidským právům byla odnímána jejich specifická úloha.

Přes některé další kritiky směřující k schematičnosti jeho práce<sup>193</sup> považujeme *Alexyho* teorii za velmi cennou, ať už proto, že se pokouší o právně přesné uvažování o základních právních pojmech a jejich vztazích, nebo o ucelenou teorii postavení základních práv v právním řádu včetně řešení jejich konfliktů.

### 3.3. A. Barak: principiální poměrování

Teorie proporcionality a jedné z jeho složek – poměrování – u *A. Baraka*, bývalého soudce Nejvyššího soudu Státu Izrael, vychází do značné míry z děl *R. Alexyho*. V některých otázkách však toto dílo dopracovává – zejména pokud jde o úlohu soudů v demokratickém právním státě.<sup>194</sup> Ideu proporcionality pak chápe rovněž jako *R. Alexy* spojenou s teorií lidských práv,<sup>195</sup> toto spojení je však dáno nutností koexistence jednotlivce ve společnosti.<sup>196</sup> Jako bývalý soudce si rovněž uvědomuje, že ani detailní akademický popis techniky poměrování z ní nečiní automatický proces, v němž by soudce ztratil možnost uvážení.<sup>197</sup>

Princip proporcionality chápe *A. Barak* jako zcela formální. Podle něj má každá společnost jiný pohled na lidská práva. Například Německo v důsledku druhé světové války klade velký důraz na důstojnost člověka, Jihoafrická republika v důsledku zkušenosti s apartheidem klade důraz na kombinaci rovnosti a

---

<sup>192</sup> Podrobněji viz níže kapitola 3.6.

<sup>193</sup> KUMM, Mattias: Constitutional rights as principles: On the structure and domain of justice..., str. 596.

<sup>194</sup> BARAK, Aharon: *The Judge in a Democracy*. Oxford, Princeton: Princeton University Press, 2008, str. 254 a násl.

<sup>195</sup> „Tak jako v současnosti žijeme v éře práv, žijeme rovněž v éře proporcionality.“ BARAK, Aharon: Proportionality and Principled Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*, roč. 4, č. 1, 2010, str. 14.

<sup>196</sup> BARAK, Aharon: Foreword: A Judge on Judging: The Role of the Supreme Court in a Democracy. *The Supreme Court Term 2001. Harvard Law Review*, roč. 116, 2002-2003, str. 94.

<sup>197</sup> *Ibid.*, str. 95.

důstojnosti a Izrael klade důraz nalezení rovnováhy mezi veřejnými zájmy a individuálními právy, přičemž specifický význam má zakotvení státu Izrael jako demokratického, ale též židovského.<sup>198</sup> Princip proporcionality představuje strukturu, kterou každá společnost může naplnit svým pojetím významu lidských práv. Je však otázkou, zda takto pojatý relativismus nezbavuje lidská práva některých jejich specifických vlastností.

Za ústřední problém při aplikaci principu proporcionality považuje *A. Barak* určení kritéria poměrování. Jsa si vědom kritických tezí o iracionalitě a nesouměřitelnosti hodnot při poměrování se *A. Barak* pokouší jako kritériem zvolit *relativní společenský význam (relative social importance)* příslušného práva či veřejného zájmu.<sup>199</sup> Tento relativní společenský význam nezjistíme abstraktním porovnáváním dotčených práv či hodnot, nýbrž pouze jejich zkoumáním v kontextu konkrétního případu. Zjistíme ho porovnáním *mezního užitku* jedné hodnoty a *mezní újmy* jiné hodnoty v případě přijetí sporného předpisu či výkonu sporného rozhodnutí.<sup>200</sup>

Poměrování v takovém případě není ani definiční (abstraktní)<sup>201</sup> ani ad hoc. Definiční poměrování spočívá v abstraktním posouzení hodnot, práv či zájmů, ad hoc poměrování znamená konkrétní posouzení s ohledem na skutkový stav případu.<sup>202</sup> *A. Barak* považuje za správný model nacházející se „mezi“ těmito dvěma způsoby poměrování, který nazývá *principiální poměrování (principled balancing)*.<sup>203</sup>

Principiální poměrování umožňuje popsat rovnováhu mezi kolidujícími právy a veřejnými zájmy s ohledem na okolnosti případu. Zohledněním různých kontextů lze z jediného pravidla základního (abstraktního) poměrování získat řadu

---

<sup>198</sup> BARAK, Aharon: Proportionality and Principled Balancing..., str. 4. Pojetí izraelského nejvyššího soudu je blízké i prof. Barakovi, podle nějž lidská práva i jejich omezení plynou ze stejného zdroje a reflektují stejné hodnoty – viz BARAK, Aharon: Proportional Effect: The Israeli Experience. *University of Toronto Law Journal*, roč. 57, 2007, str. 382.

<sup>199</sup> BARAK, Aharon: Proportionality and Principled Balancing..., str. 7.

<sup>200</sup> Ibid., str. 8.

<sup>201</sup> Aharon Barak tuto formu nazývá základní poměrování (*basic balancing*).

<sup>202</sup> Toto rozlišení se poprvé objevuje v klasickém článku prof. Aleinikoffa: ALEINIKOFF, Alexander: Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, roč. 96, č. 5, 1987, str. 948.

<sup>203</sup> Ve svých starších pracích prof. Barak principiální poměrování připodobňuje základnímu – viz např. BARAK, Aharon: Foreword: A Judge on Judging..., str. 95, BARAK, Aharon: *Purposive Interpretation in Law*. Oxford, Princeton: Princeton University Press, 2005, str. 179. Model principiálního poměrování rozpracovává na příkladech ústavního soudu Slovinska M. Novak: NOVAK, Marco: Three Models of Balancing (in Constitutional Review). *Ratio Juris*, roč. 23, č. 1, 2010, str. 108 a násl.

pravidel principiálního poměrování.<sup>204</sup> Příkladem může být nalezení rovnováhy mezi svobodou projevu a ochranou osobnosti: je všeobecně uznáváno, že ochrana osobnosti u celebrit a politiků, kteří se sami rozhodli stát součástí veřejného života, je nižší než u běžných lidí. Podobně svoboda projevu médií požívá obecně vyšší formy ochrany, pokud informuje o záležitostech celospolečenského zájmu. Principiální poměrování se tedy nesnaží nalézt jediné řešení kolize svobody projevu a ochrany osobnosti, nýbrž celou řadu těchto řešení v závislosti na okolnostech případu.<sup>205</sup>

*A. Barak* se odlišuje od teorie proporcionality *R. Alexyho* v modifikaci vážící formule, která u *A. Baraka* musí více naplňovat konkrétní okolnosti případu. Rozdíly ve výsledné aplikaci obou vážících formulí však nemusejí být diametrálně odlišné. Přestože *R. Alexy* formuluje svou vážící formuli v abstraktní rovině,<sup>206</sup> připouští, že v případě její aplikace musíme v konečném důsledku vždy hodnotit míru omezení určitého práva s ohledem na skutkové okolnosti (zdali jde o omezení malé, střední, či velké).<sup>207</sup>

Význam *Barakovy* teorie principiálního poměrování tak spočívá především ve zpřesnění abstraktního poměrování, při němž lze snížit širokou diskreci, což dle *A. Baraka* činí poměrování transparentnější, strukturovanější a předvídatelnější.<sup>208</sup>

#### **3.4. D. Beatty: princip proporcionality jako základ vlády práva**

Zaměříme-li se na dílo kanadského profesora *D. Beattyho*, zjistíme, že přisuzuje principu proporcionality v soudobém ústavním právu pokud ne rozhodující tak minimálně klíčový význam. Jeho kniha *The Ultimate Rule of Law*<sup>209</sup> bývá považována za jednu z nejvýznamnějších obhajob všeobecné aplikace

---

<sup>204</sup> BARAK, Aharon: *Proportionality and Principled Balancing...*, str. 12.

<sup>205</sup> V Barakově díle se neobjevuje výslovný odkaz na práce amerického profesora Melvilla Nimmlera, který již nakonci 60. let 20. století přichází s obdobnou teorií definičního vyvažování (definitional balancing), kterou charakterizuje na rozhodnutí amerického Nejvyššího soudu ze dne 9. března 1964 ve věci *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964). Podrobněji k této doktríně viz kapitola 11.1.

<sup>206</sup> K vážící formuli u *R. Alexyho* viz podrobněji výše kapitola 3.2.

<sup>207</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 405 - 406.

<sup>208</sup> BARAK, Aharon: *Proportionality and Principled Balancing...*, str. 14.

<sup>209</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

principu proporcionality v ústavních rádech všech států.<sup>210</sup> Na rozdíl od *R. Alexyho*, který za základ aplikace principu proporcionality vidí logický důsledek aplikace lidských práv jakožto právních principů, a *A. Baraka*, podle něhož princip proporcionality rovněž souvisí s rozhodováním o lidských právech, avšak především z důvodu nutné koexistence jednotlivce ve společnosti, *D. Beatty* považuje princip proporcionality za univerzální kritérium ústavnosti, nutnou součást každé ústavy<sup>211</sup> a za základní pravidlo řešení konfliktů v právním státu.<sup>212</sup> Princip proporcionality je tak spojován se soudobým pojetím demokratického právního (a ústavního) státu.<sup>213</sup>

*D. Beatty* prosazuje (podobně jako *A. Barak*) neutrální pohled na princip proporcionality, tj. takový pohled, který na rozdíl od *R. Dworkina* nepreferuje základní práva, ale ani v kolizi stojící ústavou chráněné veřejné zájmy.<sup>214</sup> Přesto je jeho charakteristika principu proporcionality modifikována tím, že v jednotlivých státech se princip proporcionality může jevit odlišně.<sup>215</sup> Základním argumentem pro *D. Beattyho* je koncept spravedlnosti, kterou chápe nikoliv jako univerzální, nýbrž jako místně podmíněnou (závislou na určité sociální realitě).<sup>216</sup> *N. Gibbs* v komentáři k *Beattyho* dílu však poukazuje na skutečnost, že touto argumentací je prosazovaná neutralita principu proporcionality vlastně omezována. Pokud je sice test prováděn neutrálním způsobem, tj. bez apriorního upřednostňování práv či společenských zájmů, avšak soudy musejí nejprve zjistit relativní význam těchto práv a hodnot v společnosti, de facto tím dopředu vytvářejí hierarchii práv či veřejných zájmů.<sup>217</sup>

---

<sup>210</sup> JACKSON, Vicki: Being Proportional about Proportionality. Review on The Ultimate Rule of Law by David Beatty. *Constitutional Commentary*. roč. 21, 2004, str. 803, GIBBS, Nathan: Getting Constitutional Theory into Proportion: A Matter of Interpretation? *Oxford Journal of Legal Studies*, roč. 27, č. 1, 2007, str. 175.

<sup>211</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 162.

<sup>212</sup> BEATTY, David: Law's Golden Rule. In: PALOMBELLA, Gianluggi, WALKER, Neil (eds.): *Relocating the Rule of Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009, str. 101.

<sup>213</sup> PORAT, Iddo: Some Critical Thoughts on Proportionality. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 245.

<sup>214</sup> Beatty považuje princip proporcionality za „prázdnou ideu“, tj. formu nenaplněnou žádným, ani morálním, obsahem – viz BEATTY, David: Law's Golden Rule..., str. 105. O neutralitě ve vztahu k principu proporcionality podrobněji pojednáno v kapitole 7.2.

<sup>215</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 168.

<sup>216</sup> Ibid., str. 167. Například právo na potrat v Irsku podle Beattyho podléhá většímu omezení než například v Japonsku, což je dáno náboženskou tradicí v Irsku.

<sup>217</sup> GIBBS, Nathan: Getting Constitutional Theory into Proportion..., str. 187.

R. Posner kritizuje *Beattyho* monografii *The Ultimate Rule of Law* jako projev čistého pragmatismu v právu.<sup>218</sup> Princip proporcionality podle něj není v *Beattyho* díle pouze popisován, nýbrž je hledána i jeho ideální verze, jež je spojena objektivitou, neutralitou a právě s pragmatismem.<sup>219</sup>

*Posner* dále zpochybňuje *Beattyho* dokazování celosvětového rozšíření principu proporcionality, neboť v celé výše zmíněné *Beattyho* monografii se objevují příklady judikatury z pouhých patnácti států.<sup>220</sup> Tato kritika však podle mého názoru není zcela korektní. Mezi jednotlivými státy lze totiž vysledovat takové, které se svými argumentačně propracovanými rozhodnutími stávají vzory pro rozhodování soudů jiných států. Klasickým příkladem je vliv Spolkového ústavního soudu SRN na judikaturu středoevropského prostoru (a nejen tohoto).

Jiným významným faktorem je osvojení si techniky proporcionality a poměřování nadstátními soudními instancemi (Evropským soudním dvorem, Evropským soudem pro lidská práva, rozhodčími orgány WTO apod.). I zde je vidět, že všechny členské státy předmětných mezinárodních organizací musejí aplikovat princip proporcionality stejným způsobem v takových sporech, které se věcně dotýkají problematiky posuzované těmito mezinárodními soudy.

Princip proporcionality v pojetí *D. Beattyho* usiluje o harmonizaci faktického s ideálním, globálního s lokálním pojetím práva, zahrnuje i koncept distributivní spravedlnosti, který je specifický pro každé společenství.<sup>221</sup> Celkově však jeho koncepce představuje jistý ideál, který se nenaplnuje v praktické právní argumentaci. To ovšem platí o řadě jiných právně-teoretických koncepcí. Samotný princip proporcionality totiž podle mého názoru stěží dokáže vyřešit napětí mezi hodnotami svobody, rovnosti a bratrství (*liberty, equality and fraternity*), jako *prof. Beatty* tvrdí.<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> POSNER, Richard: Constitutional Law from a Pragmatic Perspective. *University of Toronto Law Journal*, 2005, str. 299.

<sup>219</sup> JACKSON, Vicki: Being Proportional about Proportionality..., str. 807-808.

<sup>220</sup> POSNER, Richard: Constitutional Law from a Pragmatic Perspective..., str. 301.

<sup>221</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law*..., str. 168.

<sup>222</sup> *Ibid.*, str. 117.

### 3.5. P. Holländer: princip proporcionality jako hermeneutická zásada

Patrně není sporu o tom, že *prof. Pavel Holländer* je autor, který se principu proporcionality v České republice věnuje nejvíce.<sup>223</sup> Základem jeho teorie je dílo jeho kolegy *R. Alexyho*, ovšem podobně jako výše zmíněný *A. Barak* i *P. Holländer* se od něj v řadě případů odchyluje, zejména v posledním z výše uvedených děl, které je již vědomou polemikou s *Alexyho* exaktním až matematizujícím pojetím principu proporcionality.

Nutnost používání principu proporcionality vyplývá podle *P. Holländera* z principiální povahy lidskoprávních norem, při jejichž vzájemné kolizi nelze používat klasická interpretační pravidla aplikovaná v případě kolize dvou právních norem téže právní síly (*lex specialis derogat legi generali, lex posteriori derogat legi priori*).<sup>224</sup>

Ve *Filosofii práva* je teorie proporcionality dále rozvedena: konflikt pravidel představuje dle *P. Holländera* kolizi jejich dispozic, tj. normativních následků („situace, když za splnění subsumpčních podmínek dvou právních norem chování jejich adresátů zároveň je a není přikázáno“).<sup>225</sup>

Kolize principů není dle *P. Holländera* „otázkou rozporu v dispozicích právních norem, nýbrž posuzováno v rozporu stojících a k rozdílným závěrům směřujících subsumpčních podmínek, obsažených v hypotéze aplikovaného právního pravidla (právní normy). Kolize principů ve výkladu *Dworkinově* a *Alexyho* je proto komponentem jiné oblasti normativního usuzování než konflikt pravidel...“<sup>226</sup>

Zásada proporcionality je dle *P. Holländera* hermeneutickou strukturou, nikoliv kognitivním vzorcem.<sup>227</sup> Na aplikaci práva je třeba hledět jako na složitější proces, než je pouhá logická subsumpce. Podle *P. Holländera* jde o vzájemné

---

<sup>223</sup> Jeho publikační činnost o tomto tématu zahrnuje celou řadu děl: HOLLÄNDER, Pavel: Interpretace ústavního práva jako metodologický hlavolam?..., str. 47 a násl., HOLLÄNDER, Pavel: Ústavněprávní argumentace..., str. 21 a násl., HOLLÄNDER, Pavel: Zásada proporcionality: variabilita její struktury?, In: BRZOBOHATÁ, Karin (ed.). České právní myšlení a logika – minulost a perspektivy II. Brno: Masarykova univerzita, 2005, str. 15 – 33, HOLLÄNDER, Pavel: Filosofie práva..., str. 158 a násl., HOLLÄNDER, Pavel: Filipika proti redukcionismu. Bratislava: Kalligram, 2009, str. 139 a násl. Způsob publikování o tomto principu lze hodnotit jako evolutivní, tzn. autor své myšlenky postupně upřesňuje a doplňuje – na tuto skutečnost upozorňuje např. T. Sobek: SOBEK, Tomáš: Nemorální právo. Praha, Plzeň: Aleš Čeněk a Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2010, str. 6.

<sup>224</sup> HOLLÄNDER, Pavel: Ústavněprávní argumentace..., str. 21.

<sup>225</sup> HOLLÄNDER, Pavel: Filosofie práva..., str. 150.

<sup>226</sup> Ibid.

<sup>227</sup> HOLLÄNDER, Pavel: Filipika proti redukcionismu..., str. 162.

prolínání světa bytí a mětí: „kaskádu vzájemných korelací, přičemž obě korelující strany fungují podobně jako zoom – umožňují zaostření při vymezení relevantní oblasti skutkových zjištění (světa faktů) na jedné straně a skutkové podstaty relevantní normy (světa normativity) na straně druhé.“<sup>228</sup>

Proces aplikace principu proporcionality tak dle P. Holländera představuje „hermeneutický kruh (spirálu), v níž se interpret pohybuje mezi normou jednoduchého práva, svým předporozuměním, empirickými zjištěními týkajícími se účelu normy (plynoucími např. z důvodových zpráv zákonných předloh a parlamentních rozprav) a ústavními principy.“<sup>229</sup>

Koncepce proporcionality u P. Holländera se projevuje v činnosti českého Ústavního soudu, na němž působí od jeho vzniku, a např. bývalý soudce A. Procházka ho označuje za významou osobnost českého Ústavního soudu.<sup>230</sup> Jeho teorie principu proporcionality je pro české prostředí velmi významná, neboť propojuje zahraniční, zejména německou, teorii konstitucionalismu s tradicí české právní vědy.

### **3.6. J. Habermas a jiní kritikové aplikace principu proporcionality**

Kritika používání principu proporcionality v ústavním právu se týká několika oblastí, které je vhodné strukturovat. Na většinu těchto kritických poznámek poukázal ve svém díle německý právní filosof J. Habermas, jehož hlavní argumenty proti principu proporcionality jsou následující.

První argument nemíří ani tak k samotnému používání principu proporcionality, nýbrž souvisí s institucionální otázkou dělby moci a pravomocí soudu jakožto nevoleného orgánu přezkoumávajícího zákony a jiné právní předpisy, přijaté demokraticky legitimovaným zákonodárcem.<sup>231</sup> Podle J. Habermase by to měl být primárně sám zákonodárce, kdo by měl posoudit, zda úprava, kterou přijímá, je v souladu s ústavou. Proto je potřeba podrobně

---

<sup>228</sup> Ibid., str. 158.

<sup>229</sup> Ibid., str. 159.

<sup>230</sup> PROCHÁZKA, Antonín: *V boji za ústavnost. Ze vzpomínek bývalého ústavního soudce*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2008, str. 142.

<sup>231</sup> V kapitole 7.2. je o tomto problému s odkazem na A. Bickela a jiné převážně americké autory pojednáno jako o „counter-majoritarian problem“.



zdůvodnit, proč má být toto posouzení přenecháno ústavnímu soudu.<sup>232</sup> Tato linie argumentace se velmi podobá jedné ze stran debaty o úloze soudní moci, která je v posledních desetiletích velmi živá v USA.<sup>233</sup>

Předpokladem pro uplatnění tohoto typu argumentu, který v širším kontextu míří i proti používání principu proporcionality soudy, je však určitá úroveň legislativního procesu. V podmínkách České republiky lze jen obtížně obhajovat tvrzení, že zákonodárce na prvním místě vždy usiluje o maximální soulad jím přijímané úpravy s ústavou. Naopak, řada debat souvisejících s přijímáním zákonů v České republice naznačuje, že na první místo je často kladen požadavek efektivity určité úpravy, anebo dokonce prosazení partikulárních zájmů.<sup>234</sup>

Druhým z argumentů, mířícím již přímo proti používání principu proporcionality, je ohrožení specifické povahy lidských práv. *J. Habermas* k tomuto nebezpečí výstižně uvádí, že při aplikaci lidských práv jakožto ústavních hodnot způsobilých poměrování s libovolnou jinou hodnotou se ztrácí jejich normativní charakter. Prakticky kterýkoliv jiný zájem pak může převážit nad lidským právem, které je degradováno na jeden z mnoha společenských zájmů.<sup>235</sup> Logicky se poté ptá, jak mohou liberální práva vystavěná jako oblasti, do nichž legislativa nemůže zasahovat, obstát v pojetí poměrování.<sup>236</sup>

Souvisejícím argumentem je i iracionalita celého procesu poměrování. Pokud totiž přijmeme tezi, že lidská práva se neaplikují univerzálně v každé věci, nýbrž jsou pouze preferována v závislosti na okolnostech případu, vzhledem k nedostatku racionálních argumentů týkajících se procesu preferování jednoho z těchto práv existuje nebezpečí iracionálních a arbitrárních rozhodnutí.<sup>237</sup>

---

<sup>232</sup> HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2001. (překlad William REHG, orig. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986), str. 241 – 242. Viz též MAES, Evelyne: *Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights*. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*, Antverpy, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 81.

<sup>233</sup> Za jednoho z nejvýznamnějších kritiků praxe soudního přezkumu ústavnosti lze označit J. Waldrona – viz. WALDRON, Jeremy: *The Core of the Case against Judicial Review*. *Yale Law Journal*, roč. 115, 2006, str. 1346 – 1407. Viz též TUSHNET, Mark: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, str. 80 a násl.

<sup>234</sup> Podrobněji se k tomuto vyjadřují na jiném místě: ONDŘEJEK, Pavel: *Kolize základních práv a ústavní soudnictví. Teoretické modely a případová studie novely trestního řádu č. 52/2009 Sb.* In: KYSELA, Jan, WINTR, Jan (eds.): *Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narozeninám*, Praha: nákladem vlastním, 2009, str. 65 – 72.

<sup>235</sup> HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms...*, str. 258.

<sup>236</sup> *Ibid.*

<sup>237</sup> *Ibid.*, str. 259.

Konečně třetí ze série kritických poznámek vůči principu proporcionality souvisí s nesouměřitelností kolidujících hodnot. Pregnantně tento argument vyjádřil A. Scalia ve svém odlišném stanovisku k rozhodnutí *Bendix Autolite*:<sup>238</sup> poměřovat základní práva je možné pouze tehdy, pokud jsou souměřitelná, což podle soudce *Scalii* v daném případě nebylo.<sup>239</sup> Za této situace se poměrování podobá rozhodování, „zda je určitá čára delší více, než je určitý kámen těžší“.<sup>240</sup>

Vedle zmíněného argumentu A. Baraka týkajícího se mezní společenské účinnosti<sup>241</sup> jako protiargument proti tezi o nesouměřitelnosti základních práv, principů či hodnot navrhuje B. Chapman následující tezi: Představme si chovatelskou soutěž o nejlepšího psa, v němž by soutěžila různá plemena v rámci jedné kategorie. Jakým způsobem by měla porota rozhodnout, zda má v konkrétním případě zvítězit buldok nebo knírač? Řešení spočívá podle *Chapmana* v hledání ideálních vlastností konkrétního plemene a následném určení, nakolik se daný soutěžící k tomuto ideálu přibližuje. Je-li tedy například buldok v devadesáti procentech podobný ideálnímu typu buldoka, měl by zvítězit nad kníračem, který se ideálnímu typu podobá pouze z šedesáti procent.<sup>242</sup>

Argument B. *Chapmana* není podle mého názoru pouze akademický, neboť v životě činíme řadu rozhodnutí, o kterých by mnozí mohli tvrdit, že se týkají ne zcela souměřitelných hodnot. Z nejrůznějších důvodů je však třeba učinit rozhodnutí, a to i za cenu, že nenalezneme společná hodnotící kritéria.

Kritika J. *Habermase* směřuje z velké části proti dílu R. *Alexyho*, který na ni v řadě svých následných děl reaguje. Proti tezi o iracionalitě procesu poměrování staví výše zmíněnou vážící formuli, která by měla zajistit přezkoumatelnost aplikace tohoto principu.<sup>243</sup>

J. *Habermas* sám však na rozdíl od R. *Alexyho* nepřináší ucelenou metodologii řešení konfliktu základních práv, za základ řešení konfliktů považuje

---

<sup>238</sup> 486 U.S. 888 (1988) *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.* ze dne 17. června 1988.

<sup>239</sup> Případ se týkal posouzení ústavnosti promlčecí klauzule v soukromém právu ve státě Ohio, jejíž běh se v obchodních vztazích staví v případě, že žalovaný subjekt není v tomto státě přítomen. Kolidujícími hodnotami byl jednak zájem státu na podpoře místních podnikatelů, jednak požadavek na rovné zacházení a legitimní očekávání ze strany soukromých subjektů.

<sup>240</sup> 486 U.S. 888 (1988) *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.* ze dne 17. června 1988 – odlišné stanovisko soudce A. *Scalii*.

<sup>241</sup> Viz výše kapitola 3.3.

<sup>242</sup> CHAPMAN, Bruce: Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument. *University of Pennsylvania Law Review*, roč. 146, str. 1492, viz též rozpracování tohoto argumentu v příspěvku I. Porata: PORAT, Iddo: Some Critical Thoughts on Proportionality..., str. 246 – 247.

<sup>243</sup> ALEXY, Robert: Constitutional Rights, Balancing, and Rationality..., str. 135 a násl.

diskursivní teorii umožňující osvětlit kontext, tak aby byla aplikována jen jedna z kolidujících norem.<sup>244</sup> Souvislosti teorie právního diskursu a teorie základních byly ukázány i v díle *R. Alexyho* i *P. Holländera*. Jsem však toho názoru, že samotný diskurs nemůže veškeré otázky související s interpretací a aplikací omezení základních práv zodpovědět. Z toho důvodu považuji za potřebné popsat strukturální a metodologické aspekty aplikace principu proporcionality.

Kromě kritiky z pera *J. Habermase* lze z posledních let zmínit příspěvek *S. Tsakyrakis*, který označuje princip proporcionality dokonce za „útok“ na lidská práva.<sup>245</sup> Hlavní tezi jeho článku lze shrnout tak, že princip proporcionality tím, že jde o formální princip, omezuje morální debatu o lidských právech.<sup>246</sup> Všeobecné rozšíření principu proporcionality považuje *S. Tsakyrakis* za atraktivní ze tří hlavních důvodů: jednak usiluje o zahrnutí všech dotčených zájmů, jeho aplikace se jeví být jednoduchá a konečně jde o zdánlivě přesný systém pro řešení kolizí základních práv.<sup>247</sup>

Jak však bude nastíněno v dalších kapitolách, princip proporcionality se nesnaží být matematickou rovnicí, neboť nevyklučuje existenci diskrece<sup>248</sup> a dále působí silou přesvědčivosti jako technika ústavněprávní argumentace. Tato skutečnost podle mého názoru výše uvedené kritické poznámky do značné míry relativizuje.

---

<sup>244</sup> HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms...*, str. 260, viz též MAES, Evelyne: *Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights...*, str. 97.

<sup>245</sup> TSAKYRAKIS, Stavros: *Proportionality: An Assault on Human Rights?* *International Journal of Constitutional Law*, 2009, roč. 7, č. 3, str. 468 – 493.

<sup>246</sup> *Ibid.*, str. 475.

<sup>247</sup> *Ibid.*, str. 469.

<sup>248</sup> NOVAK, Marco: *Three Models of Balancing ...*, str. 105.

## KAPITOLA 4

# Intenzita přezkumu základních práv a svobod v ústavním právu

Německý ústavní teoretik *Martin Kriele* si všímá, že otázka aplikace základních práv úzce souvisí s dělbou moci. Chápeme-li základní práva jako záruky, do nichž nemůže být ze strany zákonodárné či výkonné moci zasahováno, je zřejmé, že jejich extenzivním výkladem omezujeme manévrovací prostor zákonodárci (výše uvedený autor používá pojmu *Gestaltungsspielraum*).<sup>249</sup> Napětí mezi demokratickým zákonodárcem a soudci majícími oprávnění neaplikovat, či dokonce zrušit zákon pro jeho rozpor s abstraktními ústavními normami a principy, je známo ze starší americké teorie.<sup>250</sup> V této kapitole se pokusím nastínit jedno z možných řešení tohoto sporu. Spočívá podle mého názoru v akceptaci rozdílné míry intenzity soudního přezkumu aktů zákonodárné a výkonné moci.

Vedle ujasnění si struktury testu proporcionality si musí každý soud při rozvíjení argumentace principem proporcionality zodpovědět otázku, zda je princip proporcionality jednotný, tj. zda soud bude klást stejně přísné nároky na proporcionalitu zásahu do základních práv ve všech případech, anebo zda je možná flexibilní aplikace principu proporcionality v závislostech na různých faktorech, zejména v závislosti na předmětu přezkumu.

Jako východisko pro zodpovězení této otázky bych zvolil odkaz na několik děl významných právních teoretiků.

---

<sup>249</sup> KRIELE, Martin: Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum. In: ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 2000, str. 102.

<sup>250</sup> Podrobnější rozpracování této problematiky se poprvé objevilo v monografii Alexandera BICKEL, Alexander: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. vyd., New Haven, Londýn: Yale University Press, 1962. Podrobněji viz níže kap. 7.2. Aktuálně tuto otázku zpracovává R. Procházka: viz PROCHÁZKA, Radoslav: *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011.

#### 4.1. Teoretické přístupy k intenzitě soudního přezkumu

V článku *Lona L. Fullera* z roku 1978 týkajícím se forem a limitů soudního rozhodování<sup>251</sup> autor pokládá ústřední otázku: Které druhy úkolů je obecně nevhodné řešit soudním rozhodováním?<sup>252</sup> Autor odpovídá, že soudy nejsou vhodné orgány pro řešení otázek dotýkajících se velkého počtu osob (*Fuller* hovoří o tzv. *polycentrických otázkách*).<sup>253</sup> Pro ilustraci je možné si představit rozhodování o výši platu, ke kterému by byly povolány soudy u všech povolání – polycentrické problémy si lze podle *Fullera* představit jako síť, kde zatažením za její jedno vlákno dojde k rozhýbání celé její struktury.<sup>254</sup>

Přestože nelze pominout fakt, že soudy svou rozhodovací činností v individuálních případech fakticky právo dotvářejí i v kontinentálním typu právní kultury, je potřeba si vždy uvědomit, že pro tvorbu práva nejsou vhodnými orgány – chybí jim totiž určitý typ informací, se kterými operuje exekutiva a zákonodárce při tvorbě práva. Důsledky této obecné úvahy lze tedy spatřovat v sebeomezení soudu při rozhodování určitých typů otázek dotýkajících se nikoliv pouze stran řízení, ale společnosti jako celku – například ve sporech týkajících se výše daní a poplatků, popř. povinného pojistného, otázek přerozdělování veřejných statků ve společnosti mající vliv na sociální práva, atd.

Ve svém dodatku k *Teorii základních práv* německý teoretik *Robert Alexy* uvádí, že legislativec má strukturální diskreci při tvorbě práva, tedy může tvořit takové právo, které ústava nezakazuje, ani nepřikazuje odlišnou úpravu.<sup>255</sup> To souvisí i s celkovou představou o postavení ústavního práva v právním řádu, kdy ústavní právo tvoří rámec legislativního rozhodování, nikoliv jeho základ v tom smyslu, že by veškerá úprava vyplývala z ústavy, která by byla pouze provedením

---

<sup>251</sup> Pod „limity“ rozumí *Lon Fuller* zejména otázku, které společenské úkoly by měly být přiřknuty soudům, „formami“ pak rozumí organizaci a vedení rozhodovacího procesu před soudy – viz *FULLER, Lon L. Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review*, roč. 92, 1978, str. 354.

<sup>252</sup> *Ibid.*, str. 393.

<sup>253</sup> *Ibid.*, str. 394 a násl., pojem polycentrických otázek je převzat z knihy *Michaela POLANYIE: The Logic of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press, 1951. Viz rovněž rozpracování této teze u *J. Riverse: RIVERS, Julian. Proportionality and Variable Intensity of Review...*, str. 176.

<sup>254</sup> *FULLER, Lon L. Forms and Limits of Adjudication...*, str. 395.

<sup>255</sup> *ALEXY, Robert. A Theory of Constitutional Rights...*, str. 394.

ústavy. R. Alexy zde rozvíjí teorii, se kterou přichází Ernst- Wolfgang Böckenförde, když rozlišuje pojetí ústavy jakožto *Rahmenordnung* a *Grundordnung*.<sup>256</sup>

Diskreci legislativce přitom ovlivňuje i existence určité míry nejistoty při hodnocení, zda ústava určitou úpravu zakazuje, anebo ji vůbec neupravuje.<sup>257</sup> Zákonná úprava tedy v žádném případě nemůže být nahlížena jako prováděcí úprava ústavy. Existuje prostor, v rámci něhož může zákonodárce přijmout rozdílnou úpravu, přičemž každá z nich bude ústavně konformní. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva ve Štrasburku v tomto smyslu hovoří o svobodné úvaze státu (*margin of appreciation*).<sup>258</sup>

Konečně s tím souvisí otázka, zda jsou soudy při hledání proporcionální úpravy omezeny na hledání jedné ideální úpravy: jinými slovy, zda se proporcionalita právní úpravy omezuje na jediné správné řešení, tak jak je popisuje ve svých dílech americký právní filosof *Ronald Dworkin*.<sup>259</sup> Podle mého názoru z výše uvedené konstrukce ústavního práva vymezujícího mantinely zákonodárci při normotvorbě vyplývá, že v řadě případů mohou soudy dospět k více ústavně konformním závěrům.

I kdybychom však připustili, že existuje jedno jediné optimální řešení z hlediska ústavního práva, problém vyvstává, pokud se jej pokusíme nalézt. Jak bylo uvedeno výše, soudy nemohou mít dostatek informací ohledně důsledků aplikace alternativní úpravy. Navíc, jak správně poznamenává *Wojciech Sadurski*, téměř vždy je myslitelná alternativní úprava, která by omezovala základní práva méně a přitom byla podobně efektivní.<sup>260</sup> Je tudíž nanejvýš sporné, že by reálný soudce v každém případě našel ideální úpravu, tj. tu nejvhodnější a nejracionálnější z hlediska požadavků ústavního práva. Toto je úkol pro *Dworkinova* ideálního soudce Herkula.

K argumentu *Lona Fullera* o obtížích spojených s řešením tzv. polycentrických otázek lze připojit dále institucionální argument spočívající v postavení soudů a úloze soudního přezkumu v politickém systému založeném na

---

<sup>256</sup> viz ALEXY, Robert. On Constitutional Right to Protection. *Legisprudence*, roč. 3, č. 1, 2009, str. 2.

<sup>257</sup> Tento druh diskrece nazývá R. Alexy gnozeologický – viz ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 414 a násl.

<sup>258</sup> podrobněji k této doktríně viz níže.

<sup>259</sup> DWORKIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001 (překl. Zdeněk MASOPUST, orig.: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978), str. 344 an.

<sup>260</sup> SADURSKI, Wojciech. *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008, str. 268 – 269.

dělbě moci. Idea soudního přezkumu musí být nutně spojena s představou o takovém omezení soudní moci, které je nezbytné proto, aby žádná ze státních mocí trvale nepřevažovala nad těmi ostatními.

Pravdou však je, že stále častěji jsou soudy povolávány k řešení sporů dotýkajících se politických otázek, tj. takových otázek, kde kromě ochrany subjektivních práv jde rovněž o ochranu celospolečenských zájmů. Může jít o spory ve věci daňové diskriminace, nároků plynoucích z veřejného pojištění, anebo jiné otázky související se sociálními právy, jejichž realizace je závislá na faktických možnostech konkrétního státu, neboť jejich prosazování přináší obvykle značné nároky na státní rozpočet.<sup>261</sup>

Pokud jsou tedy soudům předkládány v rámci přezkumu souladu zákonů s ústavou nejen otázky týkající se občanských a politických práv, ale např. i otázky související s ekonomickou aktivitou státu, je namístě zvažovat rozdílný přístup soudů k těmto případům. *Pavla Boučková* tuto tezi shrnuje s odkazem na rozhodnutí ústavního soudu Jihoafrické republiky: „ochrana se musí přizpůsobit právu, o něž jde, nikoliv naopak.“<sup>262</sup>

#### 4.2. Intenzita přezkumu jakožto součást testu proporcionality

Z teoretického hlediska se tématu intenzity přezkumu věnuje zejména britský profesor *Julian Rivers*, který se za požití *Alexyho* teorie základních práv pokouší nalézt odpověď na otázku adekvátní míry intenzity soudního přezkumu.<sup>263</sup> *J. Rivers* poukazuje na skutečnost, že z hlediska potřeby a proporcionality *stricto sensu* se úprava kolidujících práv či veřejných zájmů pohybuje mezi úpravou, která je zcela jednoduše proveditelná, avšak z hlediska míry ochrany dotčených ústavně zaručených práv zcela nepřijatelná, a úpravou,

---

<sup>261</sup> Přestože, jak bylo uvedeno výše v kapitole 2.2., v současnosti se v ústavněprávní teorii uznává, že stát má pozitivní závazky plynoucí rovněž ze základních práv tzv. první generace, v případě hospodářských, sociálních a kulturních práv jsou povinnosti státu aktivně konat daleko výraznější.

<sup>262</sup> BOUČKOVÁ, Pavla. *Rovnost a sociální práva...*, str. 182, citující rozsudek Ústavního soudu Jihoafrické republiky z 21. 2. 2002 *Bel Porto School Governing Body and Others v. The Premier of the Province Western Cape and Another*, CCT 58/00, str. 130, bod 62, dostupný na internetu: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/2.pdf>.

<sup>263</sup> RIVERS, Julian. *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*. In: PAVLAKOS, George (ed.). *Law, Rights, and Discourse, The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007, str. 167 – 188.

kteřá sice zcela naplňuje požadavky kolidujících práv, případně veřejných zájmů, avšak je fakticky nemožná (nerealizovatelná).

V rámci faktické a právní možnosti je tedy třeba nalézt adekvátní úpravu, kteřá může být jediná možná (stav blízky idealismu) nebo se může vyskytovat určitý průnik obou rovin, v němž existuje diskrece.<sup>264</sup>

Úvaha o diskreci v rámci soudního rozhodnutí jakožto důsledku diskrece zákonodárce při přijímání zákonů (k *Alexyho* koncepci strukturální diskrece zákonodárce viz výše) má nesporný význam pro identifikaci struktury principu proporcionality. Existence určité míry uvážení zákonodárce při tvorbě práva implikuje potenciální množinu několika právních úprav, z nichž každá bude rozdílně zasahovat do ústavně zaručených hodnot, ale ani jedna nebude protiústavní.

V rámci argumentačního schématu při aplikaci testu proporcionality lze odkázat na zde již jednou uvedený závěr *W. Sadurského*, že při zkoumání nezbytnosti či potřeby dané úpravy z hlediska plurality možných úprav je téměř vždy myslitelná úprava omezující dané ústavní právo méně.<sup>265</sup>

Rozdílná míra intenzity přezkumu může být podle mého názoru součástí prováděného testu proporcionality, a to jak ve fázi nezbytnosti či přesněji potřeby dané úpravy, tak v rámci závěrečného poměřování v kolizi stojících práv.<sup>266</sup>

Z praktického hlediska rozvíjejí teorii rozdílné intenzity přezkumu například soudy ve Velké Británii, které po účinnosti *Human Rights Act* musely rozlišovat mezi doktrínou proporcionality vyžadovanou štrasburskou judikaturou pro omezení základních práv plynoucích z Úmluvy a tradiční britskou doktrínou vyloučení iracionality uplatňovanou v ostatních případech. Doktrína proporcionality přitom znamenala vyšší míru intenzity přezkumu než judikaturou dovozené vyloučení iracionality.<sup>267</sup> Důsledkem takové metodologie bylo

---

<sup>264</sup> Ibid., str. 172 – 177.

<sup>265</sup> viz výše kapitola 4.1.

<sup>266</sup> Myšlenku o spojení testu proporcionality a intenzity přezkumu poprvé vyjádřil J. Rivers v roce 2006, aniž by však problematiku blíže rozvedl (viz RIVERS, Julian. *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, str. 207).

<sup>267</sup> Ibid., str. 202. Blíže k těmto doktrínám viz kapitola 12.1.



rozlišování intenzity přezkumu i v rámci provádění testu proporcionality u práv zaručených Úmluvou.<sup>268</sup>

Níže se na základě rozhodovací činnosti soudů a doktrinárních úvah pokusím nalézt kritéria, na základě nichž soudy přistupují k přísnějšímu přezkumu, anebo se naopak více omezí ve prospěch zákonodárné moci.

### **4.3. Rozdílná intenzita přezkumu v judikatuře Nejvyššího soudu USA a Evropského soudu pro lidská práva**

Patrně nejznámějším příkladem soudcovské argumentace rozlišující přísnost přezkumu určité právní normy oproti jiným normám je známá poznámka pod čarou č. 4 (*Footnote 4*) ve věci *United States v. Carolene Products Company* z roku 1938.<sup>269</sup> Pokusíme-li se odhlédnout od politického kontextu případu (návrh na změnu obsazení Nejvyššího soudu ze strany prezidenta *F. D. Roosevelta*, který si takto vynutil větší vstřícnost Nejvyššího soudu k jeho politice *New Deal*), nalezneme důležitou argumentaci ve prospěch rozdílné intenzity přezkumu v oblastech dotčených ekonomickými zájmy státu na straně jedné a základních práv menšin, které jsou samostatné a izolované (*discrete and insular*) a které mohou obtížně ovlivňovat politické rozhodování, na straně druhé. Svým rozhodnutím tak Nejvyšší soud dal najevo, že nehodlá rezignovat na ochranu základních práv v prvních deseti dodatcích a dále že speciální ochranu bude poskytovat těm, kteří v demokratickém procesu mohou pouze obtížně prosazovat svá práva. V ostatních případech týkajících se ekonomických aktivit státu bude intenzita přezkumu Nejvyšším soudem nižší.<sup>270</sup>

Zde můžeme vysledovat základ již výše zmíněného institucionálního argumentu o úloze parlamentu při rozhodování o alokaci veřejných zdrojů – tj. oblast daní, poplatků, ale i sociálních dávek.

Jiným příkladem, kdy naopak soudy přistupují k přísnějšímu přezkumu práv, je míra závažnosti určitého základního práva. Příkladem, opět z ústavního

---

<sup>268</sup> Ibid. (J. Rivers cituje například případy *A v. Home Secretary* [2005] 2 W.L.R. 87 a R. (Fisher) v. *English Nature* [2005] 1 W.L.R. 147).

<sup>269</sup> USSC 304 U.S. 144 ze dne 25. dubna 1938.

<sup>270</sup> Komentář k tomuto případu viz ELY, John Hart: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Londýn: Harvard University Press, 1980, str. 75 a násl.

práva USA, je případ *Fred Korematsu v. United States* z roku 1944.<sup>271</sup> I toto rozhodnutí bylo ovlivněno politickými okolnostmi, neboť šlo o přezkum přesídlení Američanů japonského původu do internačních táborů. Rozhodnutí obecně je považováno mnohými za neslavné, neboť přes zvýšenou úroveň přezkumu ponechalo značnou míru uvážení americké exekutivě, když přesídlování neoznačila za protiústavní.<sup>272</sup> Z metodologického pohledu však intenzivní zásah do osobní svobody na základě rasy byl považován za hodný velmi přísného přezkumu (*strict scrutiny*).

Jiným příkladem uplatňování rozdílné intenzity přezkumu v oblasti přezkumu lidských práv je příklad Evropského soudu pro lidská práva (ESLP) při aplikaci doktríny míry uvážení států – *margin of appreciation doctrine*.

ESLP uznává volnost států při uvážení ohledně úpravy omezení některých práv garantovaných Úmluvou. Tuto svou doktrínu formuloval v případě *Handyside proti Spojenému království*,<sup>273</sup> když uznal, že orgány státu (zákonodárné, výkonné i soudní) mohou lépe posoudit, zda je určité opatření v demokratické společnosti nezbytné. Tato volnost uvážení států však není absolutní, nýbrž podléhá určitým omezením.<sup>274</sup>

Přestože o volnosti uvážení hovoříme v případě omezení mezinárodních soudů ve prospěch vnitrostátních orgánů, vnitrostátně tomuto pojmu odpovídá rozdílná míra intenzity přezkumu aktů zákonodárných a exekutivních orgánů ze strany soudů.<sup>275</sup>

Faktory ovlivňující doktrínu volnosti uvážení pak autoři *M. Fordham* a *T. de la Mare* shrnují následujícím způsobem:<sup>276</sup>

---

<sup>271</sup> USSC 323 U.S. 214 ze dne 18. prosince 1944. K výbornému komentáři soudce amerického Nejvyššího soudu S. Breyera viz BREYER, Stephen: *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, str. 172 a násl.

<sup>272</sup> Ibid., str. 189. Viz též de LONDRAS, Fiona, DAVIS, Fergal M.: Controlling the Executive in Times of Terrorism: Competing Perspectives on Effective Oversight Mechanisms. *Oxford Journal of Legal Studies*, roč. 30, č. 1, 2010, str. 25 a násl a recenze tohoto článku od autora této disertační práce in: *Správní právo*, č. 3, 2011, str. 187.

<sup>273</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 7. 12. 1976 (stížnost č. 5493/72)

<sup>274</sup> odst. 48 a 49 odůvodnění výše uvedeného rozhodnutí, v nichž je spojována doktrína *margin of appreciation* s principem dohledu ze strany ESLP.

<sup>275</sup> RIVERS, Julian: Proportionality and Variable Intensity of Review..., str. 175.

<sup>276</sup> Následující pasáž je shrnutím analýzy rozhodovací činnosti ESLP: viz FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: Identifying the Principle of Proportionality. In: JOWELL, Jeffrey, COOPER, Jonathan (eds.): *Understanding Human Rights Principles*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2001, str. 55 – 59.

- 1) míru uvážení ovlivňuje **povaha dotčených práv**. Štrasburský soud vypracoval v průběhu své bohaté praxe rozsáhlou diferenciaci významu jednotlivých práv – např. v případě práva na život uplatňuje ESLP velmi přísný test plynoucí ze znění článku 2 odst. 2 Úmluvy<sup>277</sup> – viz případ *McCann proti Spojenému království*.<sup>278</sup> Jiným právem požívajícím silnou ochranu je svoboda projevu v kontextu úlohy tisku a novinářů v demokratické společnosti,<sup>279</sup> anebo ochrana soukromí v oblasti sexuálního života.<sup>280</sup> Naopak nižší míru ochrany Evropský soud pro lidská práva uznává v oblasti ochrany majetku.<sup>281</sup>
- 2) dalším faktorem je **míra zásahu do základního práva**. Základním principem uznávaným ESLP je přímá úměrnost mezi mírou zásahu do základního práva a přísností přezkumu. Zkoumán bývá i efekt zásahu – zdali je právo pouze omezeno nebo je jeho aplikace zcela vyloučena.
- 3) V případě **kolizí dvou práv** (typicky svobody projevu a ochrany osobnosti, či kolize vlastnických práv) je státu ponechána velká míra uvážení, umožňující, aby zásahy ESLP nebyly vnímány jako paternalistické vůči soukromoprávním vztahům.
- 4) Obdobně jako povahu základního práva hodnotí ESLP i povahu **dotčeného veřejného zájmu**. Vyšší míru ochrany veřejného zájmu, a tím i vyšší míru uvážení při identifikaci zásahu do určitého práva, požívá podle ESLP například ochrana před trestnou činností. Státy podobně mohou uplatnit vysokou míru uvážení při regulaci sociálních práv, které jsou předmětem politického rozhodování (právo na bydlení, na práci...).
- 5) Faktorem intenzity přezkumu je i **povaha předložených důkazů pro podporu tvrzení o existenci veřejného zájmu** limitujícího základní právo. Tam, kde jsou důkazní prostředky přesvědčivé, míra uvážení

---

<sup>277</sup> „(2) Zbavení života se nebude považovat za způsobené v rozporu s tímto článkem, jestliže bude vyplývat z použití síly, které není víc než zcela nezbytné...“

<sup>278</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 5. 9. 1995 (stížnost č. 18984/91).

<sup>279</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Lingens proti Rakousku* ze dne 8. 7. 1986 (stížnost č. 9815/82). K úloze médií a jejich svobody projevu v demokratické společnosti viz podrobněji ONDŘEJKA, Pavel: Kolize základních práv a ústavní soudnictví. Teoretické modely a případová studie novely trestního řádu č. 52/2009 Sb. In: KYSELA, Jan, WINTR, Jan (eds.): *Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narozeninám*, Praha: nákladem vlastním, 2009, str. 65 – 72.

<sup>280</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Dudgeon proti Spojenému království* ze dne 22. 10. 1981 (stížnost č. 7525/76).

<sup>281</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Lithgow a ostatní proti Spojenému království* ze dne 8. 7. 1986 (stížnosti č. 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9405/81).

státu je vyšší, zatímco v opačném případě je aplikován přísný test proporcionality.

- 6) **Otázka procesních záruk** ovlivňuje rovněž intenzitu přezkumu soudu: tam, kde stát zabezpečí možnost soudního přezkumu proti rozhodnutím omezujícím základní práva, je míra přísnosti přezkumu ze strany ESLP nižší. V případě *Leander proti Švédsku*<sup>282</sup> byl soudem uznán požadavek národní bezpečnosti. Pan *Leander* byl na základě negativní bezpečnostní prověrky propuštěn z pracovního poměru ve vojenském muzeu a domáhal se porušení řady svých práv (jakkoliv se v případě neoprávněného propuštění nejedná přímo o zásah do práva garantovaného Úmluvou, ESLP uznal vztah k právu na soukromý a rodinný život, svobodě projevu a právu na účinné ochranné prostředky). Vzhledem k poměrně podrobnému systému záruk – celkem 13 soudních i mimosoudních, jejichž výčet je uveden v odst. 62 odůvodnění rozsudku – však zásah do těchto práv neshledal.
- 7) **Existence pozitivního závazku státu:** ESLP umožňuje státům vyšší míru uvážení, pokud se jedná o pozitivní povinnost státu chránit a naplňovat práva a svobody garantované Úmluvou. Nižší míra přezkumu je naopak uplatňována v případě negativních závazků nezasahovat do práv. Stejný závěr dovozuje ve své analýze negativních a pozitivních závazků i *M. Kumm*.<sup>283</sup>
- 8) **Nezbytnost v demokratické společnosti** je základní kritérium plynoucí z Úmluvy, na základě kterého soud přezkoumává omezení základních práv, včetně požadavku na proporciónální úpravu. Pokud je omezení shledáno jako rozporné s principy tolerantní, demokratické a pluralitní společnosti, obvykle je ze strany ESLP velmi přísně přezkoumáváno.<sup>284</sup>
- 9) S předchozím kritériem souvisí **míra společného evropského standardu**, která ovlivňuje míru přezkumu, byť určitá specifika státu

---

<sup>282</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 26. 3. 1987 (stížnost č. 9248/81).

<sup>283</sup> KUMM, Mattias: Constitutional rights as principles: On the structure and domain of justice..., str. 586: „Soudní vynucování pozitivních práv je omezeno vyšší diskrecí poskytovanou politické moci při určování realizace určitého aktu.“

<sup>284</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci *Smith and Grady proti Velké Británii* ze dne 27. 9. 1999 (stížnost č. 33985/96 a 33986/96).

mohou být brána v potaz. Z recentních rozhodnutí viz např. kontroverzní rozhodnutí o umístění křížů v italských školách *Lautsi a ostatní proti Itálii*,<sup>285</sup> v němž Velký senát zvrátil předchozí rozhodnutí druhého senátu ESLP shledávající v italské praxi vystavování náboženských symbolů ve třídách porušením práva na vzdělání garantované čl. 2 Protokolu č. 1 k Úmluvě. K předchozímu rozhodnutí druhého senátu ESLP viz excelentní komentář *J. H. H. Weilera*, vystupujícího jako zástupce intervenujících vlád v řízení před Velkým senátem a obsáhle hájícího společné evropské hodnoty, na nichž je Úmluva vystavěna.<sup>286</sup>

Jakkoliv se i autoři výše uvedené studie domnívají, že jimi podaný výčet argumentů ESLP není konečný a v mnohém je odvislý od povahy ESLP jakožto mezinárodního soudu, určitě může být v mnohém inspirativní i pro „vnitrostátní“ soudy, které řeší podobný problém sebeomezení, nikoliv však vůči orgánům států (smluvních stran Úmluvy), nýbrž ve vztahu justice a dalších mocí ve státě.

Jiný anglický autor *J. Rivers* zmiňuje obecné pravidlo pro určení míry intenzity soudního přezkumu následujícím způsobem: čím je dotčené právo považováno za závažnější (*weighty*), tím by měla být snížena diskrece, a tím zvýšena přísnost přezkumu.<sup>287</sup> Toto pojetí přibližně odpovídá prvnímu pravidlu zmíněném u *M. Fordhama* a *T. de la Mare*.<sup>288</sup> O principu proporcionality umožňujícímu rozdílnou přísnost při přezkumu hovoří i *P. Craig*.<sup>289</sup>

Úvahy o rozdílné intenzitě přezkumu však nebyly doménou pouze britské právní vědy, což by se mohlo z výše uvedených příkladů jevit. Německý ústavní teoretik *E. Grabitz* již před téměř čtyřiceti lety uvádí, že míra přezkumu Spolkovým ústavním soudem není zcela volná, nýbrž závislá na předchozí judikatuře a v ní

---

<sup>285</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 18. 3. 2011 (stížnost č. 30814/06).

<sup>286</sup> WEILER, J. H. H.: Editorial. Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux, *The European Journal of International Law*, č. 1, roč. 21, 2010, str. 1 – 6. Český překlad Miroslava Hyrmana je dostupný v internetové verzi časopisu Všehrad: [www.vsehrad.cz](http://www.vsehrad.cz).

<sup>287</sup> RIVERS, Julian: Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing..., str. 187.

<sup>288</sup> Angličtí autoři *M. Fordham* a *T. de la Mare* (tedy autoři výše zmíněného podrobného zkoumání rozhodovací činnosti ESLP) shrnují při vlastní analýze principu proporcionality kritéria intenzity přezkumu do čtyřech následujících: 1) Jak fundamentální je povaha dotčeného práva? 2) Jak naléhavý je zamýšlený cíl? 3) Jaký je status rozhodujícího subjektu a povaha jeho opatření? a 4) Jak citlivý je kontext případu? – viz FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: Identifying the Principle of Proportionality..., str. 89.

<sup>289</sup> Podrobněji viz kapitola 12.2.

zobecněném přístupu tohoto soudu. Prvým kritériem je intenzita zásahu do základního práva, dalším významnost a naléhavost veřejného zájmu a konečně třetím ústavně chráněné a garantované individuální zájmy. Všechny tyto proměnné by podle *E. Grabitze* měly být brány v potaz při zohledňování potřeby ospravedlnění zásahu do základního práva.<sup>290</sup>

#### 4.4. Závěry

Výše byly popsány různé přístupy soudů i doktríny k identifikování přísného anebo naopak mírného přezkumu. Přestože jednotlivá kritéria nejsou jednotná, existuje shoda na tom, že soudy by k přezkumu měly přistupovat diferencovaně. Při zobecňujících úvahách ohledně kritérií lze dospět k následujícím nejvýznamnějším proměnným ovlivňujícím intenzitu soudního přezkumu:

- A) **Povaha dotčených práv a veřejných zájmů** (nejedná se ani tak o hierarchii základních práv, nýbrž o určení kontextů, v nichž si práva zaslouží podstatnou ochranu – např. ochrana osobnosti „běžného“ člověka je vyšší než celebrity, svoboda projevu tisku požívá zvláštní ochrany).
- B) **Povaha prvků právních vztahů** (subjekt, objekt, obsah)<sup>291</sup> **vyplývajících ze základního práva** (na pozitivní závazky lze klást nižší přísnost, než na negativní, soukromé subjekty ve fakticky nerovném postavení – např. nadnárodní obchodní společnosti – mohou podléhat přísnějšímu testu než fyzické osoby).
- C) **Intenzitu zásahu do základního práva a možnost alternativní ochrany** ze strany jiných subjektů – zejména nezávislých soudů.
- D) **Kontext demokratického právního státu, popřípadě relevantní zahraniční praxe, a jiné významné okolnosti případu** (zde již je na soudu, aby rozvíjel svou judikaturu a přidržel se předchozích rozhodnutí, anebo aby zdůvodnil, proč dané rozhodnutí není hodno následování v tomto případě).

---

<sup>290</sup> GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Rechts*, roč. 98, 1973, str. 581.

<sup>291</sup> podrobněji k prvkům právního vztahu upraveného normami garantujícími lidská práva viz autorův článek Účinky lidských práv v soukromém právu. *Právník*, č. 1, 2011, roč. 150, str. 33 – 52.

Jakkoliv doktrína i judikatura zahraničních soudů může být nápomocna soudu při formulování vlastních doktrín, míru intenzity přezkumu v konečném důsledku musí odůvodnit až v rozhodovací činnosti konkrétní soud, který ji bude rozvíjet a v rámci své judikatury precizovat.

V tomto ohledu by konzistentní aplikace jednotného, ale diferencovaného testu proporcionality zohledňovala nejen potřebu sebeomezení soudů při rozhodování případů zahrnujících otázky spadající do sféry politického rozhodování zákonodárce či expertního rozhodování veřejné správy, ale zejména by umožnila propracovat univerzální metodologií přezkumu základních práv, a tím přispívat k předvídatelnějším řešením obtížných případů aplikace práva.

Jakým způsobem by měla být tato metodologie začleněna do jednotlivých argumentů principu proporcionality, je předmětem následujících dvou kapitol.

## KAPITOLA 5

### Princip proporcionality, jeho složky a struktura

Princip proporcionality se v posledních desetiletích prosadil v Evropě a v mnohých dalších částech světa jako jedno z kritérií ústavnosti omezení základních práv.<sup>292</sup> Po svém rozšíření do ostatních právních systémů se na první pohled může zdát, že se princip proporcionality, nebo jinak nazvaný, avšak velmi podobný test, vyvinul v univerzální zásadu, regulující řešení ústavních rozporů ve všech státech. Jednota při používání tohoto principu v různých právních systémech je však pouze zdánlivá.

#### 5.1. Nejednotnost přístupů k principu proporcionality

Rozdíly v pojetí principu proporcionality jsou podle mého názoru dány několika souvisejícími faktory.

Na prvním místě bych zmínil skutečnost, že princip proporcionality se vyvinul v relativně nedávné době. Stačí jen porovnat zkoumání principu proporcionality s rozvíjením teorií demokracie, právního státu, suverenity, o kterých sice rovněž nepanuje shoda, avšak jsou zkoumány neporovnatelně déle. Hlavní rozdíl spočívá v tom, že v důsledku dlouhého zkoumání dochází k vytváření samostatného paradigmatu, k identifikaci různých vztahů k jiným problémům a vytváří se tak hlavní proud ve vědeckém zkoumání určitého jevu, přičemž se dále pokračuje v rámci tohoto hlavního proudu v hledání odpovědí na existující nezodpovězené otázky. Velmi přesně tento proces popisuje *T. S. Kuhn ve Strukturu vědeckých revolucí*.<sup>293</sup> Z českých autorů na souvislost *Kuhnovy* teorie změny vědeckých paradigmat a rozvíjení principu proporcionality poukazuje *P.*

---

<sup>292</sup> K rozšíření tohoto principu viz zejm. STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*. roč. 47, 1994, str. 112 a násl.

<sup>293</sup> KUHN, T. S.: *Struktura vědeckých revolucí*. Praha: OIKOYMENH, 1997, reprint 2008 (překl. Tomáš JENÍČEK, orig. *The Structure of Scientific Revolutions*, 3. vyd., Londýn, Chicago: The University of Chicago Press, 1996). T. S. Kuhn označuje tento hlavní vědecký proud jako paradigma, které se mění vědeckou revolucí ve chvílích, kdy předchodí paradigma obsahuje řadu nevyřešených otázek (anomálií) a nový proud na svou stranu získá většinu představitelů oboru.



*Holländer*.<sup>294</sup> Podle něj je zapotřebí rozpracovat zejména otázku struktury principu proporcionality a důvody aplikace přísného principu proporcionality na straně jedné a vyloučení toliko extrémní disproporcionality na straně druhé. V předcházející části jsem se k tomuto problému pokusil zaujmout stanovisko a s odkazem na některé zahraniční autory nabídl jako řešení zakomponování variabilní intenzity přezkumu přímo do testu proporcionality.

Při studiu *Kuhnovy* teorie se však podle mého názoru ještě více vybízí otázka, do jaké míry aplikace principu proporcionality a techniky poměrování, na níž je test proporcionality založen, proměnila klasickou nauku o aplikaci práva založenou na metodě subsumpce. Předtím než se pokusím v následující kapitole nabídnout odpověď na tuto složitou otázku, rád bych se zaměřil na popis struktury testu proporcionality a jeho složek.

Základním problémem při popisování tohoto problému různými autory je podle mého názoru teoretická nejasnost jeho základů. Mnozí autoři pojmají tento princip jako součást svých teorií zabývajících se však primárně jinými otázkami, než je omezení základních práv (ať už jde o teorii demokracie, legitimacy soudního přezkumu, právních principů, dělby moci, politických teorií, atd.). V důsledku teoretické nejasnosti pak váhá i soudní praxe při popisu struktury principu proporcionality, způsobech, kdy tento test používat, a jeho jednotlivých složek.

Princip proporcionality se z hlediska argumentace v oblasti omezení lidských práv vyskytuje na hranici, kde se stýká fakticita a normativita<sup>295</sup> – jeho hlavním smyslem je napevno stanovit metodologii, prostřednictvím které je možno určit, zda za konkrétních skutkových okolností je zásah do základního práva ústavně přijatelný.

Další spornou otázkou zůstává, zda je test proporcionality univerzálním testem při poměrování jakýchkoliv hodnot a principů,<sup>296</sup> anebo pouze ve specifické oblasti omezení základních práv. Například Spolkový ústavní soud test

---

<sup>294</sup> HOLLÄNDER, Pavel: *Filipika proti redukcionizmu...*, str. 154. K pojetí principu proporcionality jakožto hermeneutické zásady u prof. Holländera viz kapitola 3.5.

<sup>295</sup> ONDŘEJEK, Pavel: Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv. In: ANTOŠ, Marek, WINTR, Jan (eds.): *Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, str. 171.

<sup>296</sup> Tento přístup zastává zejména D. Beatty – viz BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 162. Beattyho teorie je popsána komplexněji výše v kapitole 3.4.

proporcionality aplikuje výlučně na otázky omezení základních práv,<sup>297</sup> v případě kolize kompetencí mezi Spolkem a jednotlivými zeměmi se tento princip nemá uplatňovat.<sup>298</sup> Český Ústavní soud naproti tomu umožňuje použití tohoto testu ve všech případech kolize ústavních principů (například řešení mimořádné situace přijetím ad hoc ústavního zákona – kauza Melčák<sup>299</sup>, pravidla legislativního procesu poměřovaná s oprávněnou důvěrou občanů v právo<sup>300</sup>). Někteří soudci ústavního soudu jdou v možnostech aplikace testu proporcionality ještě dále – viz např. *prof. Holländer*, který k tomu uvádí: „pravděpodobně pouze nedostatkem invence advokátního stavu vděčí Ústavní soud za to, že dosud nebyl konfrontován s návrhem podle § 74 zák. č. 182/1993 Sb. (tj. s návrhem na kontrolu norem akcesorickým k ústavní stížnosti), kterým by v trestní věci obviněný brojil proti disproportionalitě trestněprávní sankce, argumentujíc přitom optimalizačním příkazem.“<sup>301</sup>

V této práci se však zaměřuji pouze na oblast norem garantujících lidská práva a jejich omezení za použití testu proporcionality. Akceptujeme-li z teoretického hlediska názory *R. Alexyho* o nezbytném logickém propojení proporcionality a právních principů (viz výše kapitola 3.2.), patrně bychom měli chápat princip proporcionality jako princip univerzální anebo minimálně aplikovatelný v celém odvětví ústavního práva vyznačujícího se existencí nejen právních norem, nýbrž i pravidel vyššího stupně obecnosti.

Na druhou stranu je však zřejmé, že určité otázky (například výše zmíněný kompetenční konflikt) by patrně vyžadovaly jisté redefinování klasické tříložkové struktury proporcionality (například upřednostněním poměřování na úkor ostatních dvou složek).

---

<sup>297</sup> RÖHL, Klaus F., RÖHL, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*. 3. vyd., Kolín nad Rýnem: Carl Heymanns Verlag, 2008, str. 655.

<sup>298</sup> Ibid., autoři citují rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 9. března 1994 BVerfGE 90, 145 (Cannabis).

<sup>299</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 10.9.2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09 (zkrácení 5. volebního období Poslanecké sněmovny Parlamentu ústavním zákonem – „kauza Melčák“)

<sup>300</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 1.3.2011, sp. zn. Pl. ÚS 55/10 (přijímání zákona v legislativní nouzi). V separátním votu se soudce JUDr. Balík vyjádřil ke svému pojetí aplikace principu proporcionality na daný případ: „Jsem toho názoru, že v souzené věci měl být aplikován princip proporcionality, nikoliv však ve vztahu k jednotlivým dílčím krokům či etapám legislativního procesu, ale tak, že na jedné misce vah měly být váženy věcné důvody a úvahy o situaci, na niž měl přijímaný a Ústavním soudem nyní zrušený zákon reagovat, na druhé misce samotná procedura a práva parlamentní menšiny.“

<sup>301</sup> HOLLÄNDER, Pavel: *Filipika proti redukcionismu...*, str. 153.

Z výše uvedeného vyplývá, že je značně obtížné popisovat princip proporcionality jako jednotný a univerzálně aplikovatelný princip. Pravdou naopak je, že judikatura i doktrína nepřijímá jednotný výklad, ani pokud jde o složky a strukturu, ani pokud jde o aplikaci tohoto principu.

Předtím, než se pokusím vymežit strukturu a složky principu proporcionality, ohledně nichž však nepanuje v teorii i praxi shoda, je podle mého názoru vhodné zmínit některé jeho charakteristiky, které se přes výše uvedené rozličná vymezení jeví jako nesporné. Tím se dostaneme k samé podstatě principu proporcionality.

Předně, na zrod tohoto principu bychom neměli nahlížet ahistoricky, nýbrž je účelné všimnout si okolností, za kterých jej německý Spolkový ústavní soud začal aplikovat. Není totiž náhodou, že se tento princip vyvinul v právním systému s velmi rozvinutým systémem ochrany lidských práv, která vytvářejí jeho objektivní řád hodnot.<sup>302</sup> Nové směry v německé právní vědě po druhé světové válce (kromě všeobecně známého přirozenoprávního proudu reprezentovaného *G. Radbruchem*) je pro rozvoj principu proporcionality klíčová zejména sociologicky orientovaná jurisprudence, v poválečném období spojovaná například s osobou *R. Smenda*.<sup>303</sup> Právě snahy o efektivní působení práva ve společnosti považuje *J. Schwarze* za podstatu principu proporcionality. Konkrétně jde o požadavek, aby právo sloužilo užitečnému cíli a aby prostředky, které k tomuto cíli používá, byly odpovídající.<sup>304</sup> Vedle již zmíněného *R. Smenda* byly ústředními postavami německé právní teorie, kteří teoreticky rozvíjeli aplikaci testu proporcionality, zejména *R. von Krauss* a *P. Lerche*.<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> Tento pojem se poprvé vyskytl v rozhodnutí Lüth (BVerfGE 7, 198) a znamená, že hodnoty jsou vystaveny na prepozitivním základu a nejsou stanovovány přímo státní mocí. Viz BOUČKOVÁ, Pavla: *Rovnost a sociální práva...*, str. 26.

<sup>303</sup> Podrobněji k tomuto vývoji viz HOLLÄNDER, Pavel: *Interpretace ústavního práva jako metodologický hlavolam?...*, str. 47 a násl. V německé právní vědě byl však sociologický přístup k právu rozvíjen již dávno předtím, například v pozdějších pracích *Rudolfa von Jheringa*.

<sup>304</sup> SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, str. 679. V podobě vztahu mezi cílem a prostředkem k jeho dosažení se objevuje již předchůdce principu proporcionality v judikatuře Pruského nejvyššího správního soudu z konce 19. století, kde soud judikoval, že policejní orgány mohou použít z množství prostředků pouze ten nejvhodnější k dosažení cíle. Podrobněji k tomuto vývoji viz kapitola 9.1.

<sup>305</sup> Viz v podrobnostech: STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism...*, str. 104 – 106. *R. von Krauss* v roce 1953 ve své disertační práci položil základ třetí složce principu proporcionality (kterou nazval proporcionalita v užším slova smyslu), celý princip proporcionality chápal jako ústavní princip. *P. Lerche* v disertační práci z roku 1961 na *von Krausse* navázal a podrobněji rozebral jednotlivé složky principu proporcionality (podrobněji viz kapitola 9.2.).

## 5.2. Složky principu proporcionality

Pro test proporcionality je příznačná existence jeho jednotlivých složek. Hlavní důvody pro tento „rozpad“ hlavního testu proporcionality do jednotlivých „sub-testů“ je jeho tvrzená složitost,<sup>306</sup> neboť při zkoumání přiměřenosti určité úpravy je potřeba zodpovědět mnoho skutkových i právních otázek. Jak však bude nastíněno níže, důvodem jednotlivých složek může být i usnadnění argumentace o proporcionalitě či nalezení rovnováhy mezi kolidujícími právy a veřejnými zájmy, protože nároky na argumentační přesnost v rámci jednotlivých složek testu proporcionality postupně narůstají.

Test proporcionality, který prostřednictvím logické šablony otázek, které měly být zodpovězeny, stanovoval, zda nedošlo k protiústavnímu zásahu do základních práv,<sup>307</sup> se rozvinul v německé právní vědě.

Pokud jde o jednotlivé složky principu proporcionality, *W. van Gerven*<sup>308</sup> si při analýze judikatury Evropského soudního dvora všímá, že tento soud uznává v některých případech tři složky principu proporcionality (vhodnost, nezbytnost a absenci disproporce),<sup>309</sup> zatímco v jiných případech aplikuje pouze dvousložkový test proporcionality (obsahující pouze test vhodnosti a nezbytnosti).<sup>310</sup>

Německý Spolkový ústavní soud popisuje od roku 1958 standardně tři složky principu proporcionality (vhodnost, potřebnost a proporcionalitu stricto sensu), podrobnosti viz kapitola 9.4.<sup>311</sup> Závěry tohoto soudu a dále německé

---

<sup>306</sup> RIVERS, Julian: Proportionality and Variable Intensity of Review..., str. 181.

<sup>307</sup> Takto charakterizují jeden z aspektů principu proporcionality M. Fordham a T. de la Mare. Viz FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: Identifying the Principle of Proportionality. In: JOWELL, Jeffrey, COOPER, Jonathan (eds.): *Understanding Human Rights Principles*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2001, str. 27.

<sup>308</sup> van GERVEN, Walter: The Effect of Proportionality on the Actions of the Member States of the European Community: National Viewpoint from Continental Europe. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford, Portland Oregon: Hart Publishing, 1999, str. 37 – 38.

<sup>309</sup> Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 13. 11. 1990 ve věci *Královna proti Ministerstvu, zemědělství, rybolovu a potravin a Státnímu tajemníkovi pro zdravotnictví, ex parte Fedesa* C-331/88 [1990] ECR 4023.

<sup>310</sup> Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 23. 2. 1983 ve věci *Fromçais v. FORMA* 66/82 [1983] ECR 395, para 8.

<sup>311</sup> V odborné literatuře se však setkáme i s opačným názorem, že Spolkový ústavní soud zahrnuje otázku legitimního cíle do testu proporcionality – viz např. KUMM, Mattias: Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS, George (ed.): *Law, Rights, and Discourse, The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Portland: Hart

doktríny měly největší vliv na formulování principu proporcionality v České republice, kde se rovněž vychází z třístupňového testu.

Britská doktrína naproti tomu vychází převážně ze čtyřstupňového testu proporcionality, zahrnujícího v prvním kroku identifikaci legitimních cílů určitého aktu<sup>312</sup> a dále již známou triádu podle německého vzoru.<sup>313</sup> Výhoda takového postupu spočívá v tom, že krok vhodnosti určitého aktu vzhledem k legitimním cílům můžeme logicky navázat v druhém kroku na identifikaci těchto cílů v úvodu.

Proti této čtyřstupňové koncepci lze však uvést, že je přesto vhodné mezi principy legitimacy a proporcionality rozlišovat. Vzhledem k tomu, že obě tato kritéria jsou zaměřena na splnění odlišných cílů, nepovažují legitimitu určité úpravy za složku proporcionality (skutečnost ještě více vynikne, srovnáme-li test proporcionality s testem legality). Z těchto důvodů budu v této práci setrvávat na ustálené koncepci omezení základních práv plynoucích z triády legalita, legitimita a proporcionalita.

Na okraj tohoto srovnání lze konstatovat, že právní teorie i soudní praxe je ve formulování struktury testu proporcionality velmi pestrá. Například ve Slovinsku, které se německým konstitucionalismem zjevně inspirovalo, přistupuje slovinský ústavní soud k formulování následné struktury testu proporcionality: „Princip přiměřenosti je dvousložkový. V prvním stupni je třeba zjistit, zda jsou účel právního aktu (např. ustanovení zákona) a opatření (prostředku), prostřednictvím kterého má být dosaženo účelu, v souladu s právem (ústavnost a zákonnost). Jedná se o test legitimacy... Poté následuje druhý stupeň, jehož úlohou je přezkoumat povahu prostředku a zjistit, zda mezi účelem a prostředkem existuje odpovídající (právně správný) vztah (tzv. princip přiměřenosti v užším slova smyslu).“<sup>314</sup> V rámci tohoto druhého kroku tedy můžeme rozlišit opět dvě složky úvah: 1) zkoumání povahy prostředku, což se děje testem vhodnosti a potřebnosti, a 2) test poměrování, který je označen za jádro celého testu proporcionality.<sup>315</sup> Celkově lze tedy shrnout, že

---

Publishing, 2007. str. 137. Tento názor však není většinový – viz např. ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 66, hovořící o třech složkách testu proporcionality.

<sup>312</sup> Pod pojmem akt obecně zahrnují jak individuální, tak normativní právní akt (tj. rozhodnutí i právní předpis).

<sup>313</sup> RIVERS, Julian: *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, str. 181.

<sup>314</sup> PAVČNIK, Marijan: Princip přiměřenosti (několik myšlenek k diskuzi). *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 1, 2009, str. 51 – 54 (překl. Jaromír TAUCHEN), str. 53.

<sup>315</sup> *Ibid.*

přes formální rozdíly se struktura testu proporcionality oproti některým jiným státům podstatně neliší.

Podobně jako výše nastíněný příklad judikatury různých soudů se i v právní teorii setkáváme s mnoha odlišnými názory ohledně struktury principu proporcionality (k nim podrobněji viz kapitola 5.1.). Na tomto místě lze připomenout např. teorii *D. Beattyho*, který poněkud relativizuje rozčlenění testu proporcionality do tří složek, když uvádí, že první dvě složky (test vhodnosti a nezbytnosti) jsou jednoznačné příklady aplikace třetí, složitější, složky (testu poměrování).<sup>316</sup> Jedná se o aplikaci poměrování na jednoznačné případy, kdy je předmětná úprava vždy disproporcionální.

Nyní se zaměřím na jednotlivé složky principu proporcionality, přičemž u každé z nich se budu věnovat jednak její podstatě, jednak různým způsobům právní argumentace, tak jak je popisuje odborná literatura i vybraná soudní rozhodnutí.

Před samotným rozbořem jednotlivých složek tříložkového testu proporcionality, ke kterému se v této práci kloním, je však třeba připomenout, že před samotným zkoumáním přiměřenosti určité úpravy je třeba zkoumat legalitu zásahu do základního práva a dále skutečnost, zda tento zásah sleduje legitimní cíl (v podrobnostech k aplikačnímu procesu viz kapitola 6.).

### 5.2.1. Test vhodnosti

Podstatou této první složky zkoumání proporcionality určitého aktu je úvaha o právních prostředcích k dosažení určitého cíle. Východiskem je konstatování, že přiměřené nemohou být takové právní prostředky, pokud vůbec nejsou způsobilé dosáhnout cíle, ke kterému mají směřovat.<sup>317</sup> *J. Rivers* v této souvislosti hovoří o řetězci ospravedlnění (*chain of justification*) vedoucího zpět od přijatého rozhodnutí k legitimnímu cíli tohoto rozhodnutí, který existuje na počátku celého procesu.<sup>318</sup>

---

<sup>316</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 163.

<sup>317</sup> RÖHL, Klaus F., RÖHL, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre...*, str. 655.

<sup>318</sup> RIVERS, Julian: *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, str. 196.

Při odpovědi na tuto otázku jde o zkoumání primárně faktických, nikoliv právních, otázek<sup>319</sup> a splnění této složky testu proporcionality je nejméně náročné, neboť jen zřídka se stává, že by úprava omezující základní práva nebyla způsobilá dosáhnout svého cíle. Při hledání odpovědi, zda je určitý prostředek vhodný k dosažení cíle, nejde o to, zda ve zpětném pohledu bylo cíle skutečně dosaženo, nýbrž o to, zda za normálních okolností by bylo možno sledovaného cíle zvoleným prostředkem dosáhnout.<sup>320</sup> Pouze absolutní nezpůsobilost k dosažení cíle vede k neústavnosti úpravy limitující základní práva.

R. Alexy připomíná případ před Spolkovým ústavním soudem, v němž byla konkrétní právní úprava shledána jako rozporná s principem vhodnosti.<sup>321</sup>

Obdobně ve Slovinsku bylo jako zcela nevhodné shledáno opatření, které za účelem zajištění nestrannosti soudců a státních zástupců omezovalo možnosti advokátů při volbě svého místa podnikání.<sup>322</sup>

V případě *Weber proti Švýcarsku*<sup>323</sup> byl Evropským soudem pro lidská práva shledán rozporný s principem vhodnosti rozsudek nad panem Franzem Weberem, švýcarským novinářem, který ve svém článku zveřejnil informace o zahájeném trestním řízení, což je podle zákona o trestním řízení švýcarského kantonu Vaud považováno za pořádkový delikt sankcionovaný pokutou.

V daném případě však byla informace o zahájeném trestním řízení již v minulosti zveřejněna. Udělení pokuty panu Weberovi za vyjádření informace, která je sice formálně označena za důvěrnou, avšak která již ztratila tento svůj charakter, neboť byla v mezidobí zveřejněna, nemůže naplňovat cíl předmětné právní úpravy, kterým je ochrana před zasahováním do trestního řízení. Z tohoto důvodu Švýcarsko porušilo článek 10 Úmluvy, když omezení práva na svobodu projevu nebylo shledáno jako v demokratické společnosti nezbytné z hlediska dosažení legitimního cíle.<sup>324</sup>

Význam požadavku na vhodnost určité úpravy spočívá také v odpovědnosti veřejných orgánů, které musejí demonstrovat nejen to, že určitou úpravou sledují

---

<sup>319</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 397.

<sup>320</sup> Podrobněji viz též RIVERS, Julian: *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, str. 197.

<sup>321</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 397 – 398. R. Alexy cituje rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 14. prosince 1965 BVerfGE 19, 330, 338 (Sachkundenachweis), jehož shrnutí uvádím níže v kapitole 9.5.

<sup>322</sup> PAVČNIK, Marijan: *Princip přiměřenosti (několik myšlenek k diskuzi)...*, str. 54.

<sup>323</sup> rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 22. 5. 1990 (stížnost č. 11034/84).

<sup>324</sup> odst. 52 citovaného rozhodnutí.

legitimní cíl, nýbrž i skutečnost, že tato úprava přímo k naplnění tohoto cíle směřuje.<sup>325</sup> V praxi je bohužel zejména normotvorná činnost někdy poněkud liknavá při zpracovávání analýz předcházejících tvorbě nových právních předpisů. Jinými slovy výše zmíněná ideální představa *J. Reverse* o počátečním existujícím legitimním cíli a pečlivé volbě vhodných prostředků se ne vždy naplňuje. Při následném sporu pak může dojít k situaci, že i když jsou nalezeny určité legitimní důvody nové úpravy, vztah prostředků regulace a tvrzených cílů může být pouze velmi vzdálený.

### 5.2.2. Test potřeby

I v případě, že určité prostředky směřují k dosažení cíle, který je shledán legitimní, stále se nemusí jednat o takovou úpravu, která je ústavně konformní. Důležitým požadavkem plynoucím z principu proporcionality je rovněž potřeba dané úpravy ve smyslu nezasahování do základních práv větším způsobem, než je přípustné. V anglickém prostředí se při analýze této složky principu proporcionality hovoří o prostředcích „šitých na míru“ (*narrowly tailored*).<sup>326</sup>

Z teoretického hlediska může každý prostředek k dosažení určitého cíle vyvolávat vedlejší efekty.<sup>327</sup> Z principu právního státu vyplývá požadavek na právo dosahující určité kvality, nechtěné vedlejší efekty a dodatečné náklady právní regulace by proto měly být omezeny na minimum.

Obdobně jako v případě testu vhodnosti jsou i v případě testu potřeby zkoumány skutkové okolnosti, nyní však nikoliv hypotetické možnosti dosažení zvoleného cíle, nýbrž alternativní hypotetické právní prostředky, které dosahují identického cíle.<sup>328</sup>

Vzhledem k tomu, že o příkladech aplikace principu proporcionality ve Spolkové republice Německo je uceleně pojednáno v samostatné kapitole zvláštní části disertační práce, zde bude poukázáno na příklady aplikace tohoto principu

---

<sup>325</sup> RÖHL, Klaus F., RÖHL, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre...*, str. 655.

<sup>326</sup> SULLIVAN, Thomas E., FRASE, Richard S.: *Proportionality principle in American law...*, str. viii.

<sup>327</sup> RÖHL, Klaus F., RÖHL, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre...*, str. 655 – 656.

<sup>328</sup> RIVERS, Julian: *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, str. 198.



v jiných státech. Přesto lze i zde odkázat na příklady aplikace jednotlivých složek principu proporcionality ve Spolkové republice Německo.<sup>329</sup>

Ve Slovinsku byla úprava zajišťovacích prostředků v rámci trestního řízení shledána rozporná s principem potřebnosti, neboť jediným zajišťovacím prostředkem byla vazba.<sup>330</sup> Jako důvod předmětné slovinské úpravy byl uváděn požadavek na ochranu života a zdraví osob, jisté však je, že šlo o příliš excesivní úpravu.

V řadě rozhodnutí i části odborné literatury se hovoří o testu nezbytnosti (*necessity*), když se zdůrazňuje, že úprava musí být absolutně nejvhodnější k dosažení legitimního cíle. Jinými slovy kdykoliv se nalezne jiná úprava, dosahující srovnatelného cíle, avšak omezující základní právo méně, musí být existující úprava, která nesplňuje toto kritérium, označena jako protiústavní. Představitelem tohoto názoru je např. *J. Schwarze*, který konstatuje, že princip nezbytnosti předpokládá, že neexistuje jiný mechanismus v pravomoci příslušného orgánu, který by příslušnou svobodu omezoval méně.<sup>331</sup> Obdobně argumentuje i *D. Beatty*, když uvádí, že neexistuje racionální důvod ani legitimní zájem, proč by neměla být prosazována alternativa naplňující sledované cíle, která je zároveň ve vztahu k základním právům méně omezující a méně drakonická.<sup>332</sup>

Takovýto výklad testu potřebnosti je však podle mého názoru chybný (k teoretickým výtkám vůči tomuto pojetí viz výše kapitola 4). Soudy by neměly být postaveny do role, v níž by nepřiznávaly v žádné otázce zákonodárné a výkonné moci možnost volby mezi rozdílnými ústavně konformními způsoby regulace. Takovýto soud by si činil neoprávněně nároky na to být ústředním tvůrcem politických rozhodnutí ve státě.<sup>333</sup>

V rámci zkoumání potřebnosti je tedy po hledání alternativních prostředků v druhé řadě potřeba identifikovat adekvátní míru intenzity soudního

---

<sup>329</sup> Viz kapitola 9.5.

<sup>330</sup> PAVČNIK, Marijan: Princip přiměřenosti (několik myšlenek k diskuzi)..., str. 54.

<sup>331</sup> SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, str. 687.

<sup>332</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 163.

<sup>333</sup> FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: Identifying the Principle of Proportionality..., str. 83. Srov. též PROCHÁZKA, Radoslav: *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii...*, str. 6. („Legitimita rozhodnutí orgánu veřejné moci je přímo úměrná kvalitě shody, o kterou se toto rozhodnutí opírá, přičemž definičním parametrem takového kvality je rovnost ve svobodě všech, kteří se na této shodě smejí podílet – a to jsou všichni, kteří budou vázáni jejími výsledky.“)

přezkumu.<sup>334</sup> Pouze poté je možné říci, zda mají státní orgány větší nebo menší míru uvážení, z čehož bude vyplývat rozdílný nárok na přísnost potřebnosti zkoumaného aktu ve vztahu k prosazovanému cíli. V určitých případech se test potřebnosti může blížit kritériu nezbytnosti (nízká míra státního uvážení), v jiných naopak se bude blížit toliko vyloučení extrémní disproporcionality v podobě vyloučení zcela excesivní a příliš omezující úpravy (např. zákaz nočního vycházení z důvodu snížení noční kriminality, zákaz řízení automobilů pro osoby mladší 25 let z důvodu ochrany života a zdraví osob, které jsou jako řidiči nejčastěji oběťmi dopravních nehod).

Klasickým důvodem porušení testu potřebnosti je tedy přílišná šíře omezení plynoucích z určité úpravy.<sup>335</sup> Tak tomu bylo i v případě *Campbell proti Velké Británii*.<sup>336</sup> V dané věci šlo o pravidelné kontroly korespondence mezi vězněm, panem Campbellem, a jeho právníkem. Tvrzeným důvodem byla ochrana národní bezpečnosti, neboť v korespondenci mezi advokátem a odsouzeným se v případě absence kontroly mohou vyskytovat nejrůznější informace ohrožující bezpečnost osob a umožňující pokračování v páchání trestné činnosti. Z tohoto důvodu existovala ve Velké Británii praxe kontrol vězeňské korespondence. ESLP sice uznal požadavek ochrany před zločinem jako legitimní a prostředky směřující k jeho ochraně jako způsobilé, avšak z hlediska potřebnosti již shledal porušení Úmluvy (konkrétně jejího článku 8 – práva na soukromí).

V daném případě totiž je umožněno dosáhnout podobného účinku i způsobem, který právo na soukromí omezuje v menší míře. Konkrétně jde o kontrolu korespondence, ke které by docházelo pouze v takových případech, kdy by bylo možné předpokládat, že v korespondenci bude docházet k porušování práva. V ostatních případech je nutné dát přednost právu na soukromí a zachování důvěrného vztahu mezi advokátem a klientem.<sup>337</sup>

---

<sup>334</sup> Podrobněji k ní viz kapitola 4.

<sup>335</sup> K německému pojetí zákazu příliš omezující úpravy (*Übermaßverbot*) viz kapitola 9.2.

<sup>336</sup> Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ze dne 25. 3. 1992 (stížnost č. 13590/88).

<sup>337</sup> odst. 48 a 52 odůvodnění citovaného rozhodnutí

### 5.2.3. Test poměrování (proporcionality v užším slova smyslu)

Zbývá popsat poslední složku testu proporcionality, která však vyžaduje nejpropracovanější a na rozdíl od předchozích příkladů výlučně právní, tj. nikoliv skutkovou, argumentaci. Podle *R. Alexyho* vyžaduje ústavní princip proporcionality nejen optimální realizaci z hlediska *fakticky* možné právní úpravy (zabezpečenou testem vhodnosti a potřebnosti), ale také *právně* možné úpravy zabezpečené principem proporcionality v užším slova smyslu spočívajícím v poměrování v kolizi stojících práv a hodnot (veřejných zájmů).<sup>338</sup> Test proporcionality stricto sensu tedy vyžaduje, aby „závažnost zásahu a tíha důvodů ospravedlňujících tento zásah byly ve vzájemném vztahu.“<sup>339</sup>

Z hlediska vztahu účelu a prostředků totiž i v právu platí, že účel nesvětí prostředky. Z principu právního státu vyplývá, že právní prostředky nemohou odviset pouze od sledovaných cílů, nýbrž musejí mít svou samostatnou existenci a vyžadují tak samostatné ospravedlnění. Je tedy možné, že i ty nejmírnější prostředky k dosažení určitých cílů budou shledány v právu nepřiměřené.<sup>340</sup>

Příkladem by mohla být hypotetická úprava spočívající v povinné ochraně dětí prostřednictvím zakotvení povinnosti nosit elektronický čip umožňujícího vysílání signálu o poloze dítěte a obsahující informace o jeho bydlišti, rodičích, případných zdravotních potřebách apod. Takováto úprava, byť je vhodná k dosažení legitimního cíle a při zachování určité míry omezení a záruk by ji bylo dokonce možné označit za potřebnou pro dosažení vysokého stupně ochrany dětí a mladistvých, nemůže uspět v konfrontaci s převažující ochranou soukromí (do něhož tato úprava zasahuje značným způsobem).

Reálným příkladem zmíněným *M. Fordhamem* a *T. de la Mare* je případ *F. proti Švýcarsku*<sup>341</sup> (jehož skutkový základ byl zmíněn výše – viz kapitola 4). Zákaz státu uzavřít další manželství ve lhůtě tří let po rozvodu, ospravedlňovaný paternalistickou ochranou práv a svobod osob (zde jde dokonce o ochranu práva

---

<sup>338</sup> ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 401.

<sup>339</sup> rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 19. 10. 1982 BVerfGE 61, 126, 135, cit. dle: EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study...*, str. 32. Podrobněji k německému pojetí viz též kapitola 9.5.

<sup>340</sup> RÖHL, Klaus F., RÖHL, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre...*, str. 635.

<sup>341</sup> Rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva ze dne 18. 12. 1987 (stížnost č. 11329/85) cit dle: FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: *Identifying the Principle of Proportionality...*, str. 53.

rozvedeného před sebou samým!)<sup>342</sup> neobstojí v kolizi s právem na rodinný život garantovaným čl. 12 Úmluvy.

Mnohými autory bývá tato třetí složka principu proporcionality popisována s ohledem na ekonomickou teorii jako analýza nákladů a zisků: jestliže je ztráta (náklady určitého práva) vyšší než zisk (hodnota dosažená cílem), pohybujeme se v situaci čisté ztráty a dotčený akt je proto třeba hodnotit jako disproporcionální.<sup>343</sup> Je však třeba si uvědomit, že kalkulace celkového užitku vycházející z utilitaristické koncepce nemusí být jediná možná. Jak poukazuje *K. Möller*, pojem užitku v tomto smyslu nemusí být nutně spojen s utilitaristickým pojetím, může naopak implikovat i deontologický základ.<sup>344</sup>

Klíčové je měřítko, podle něhož zkoumáme kolidující základní práva. V právní teorii autoři přicházejí pro tyto účely s tzv. vážící formulí, tedy s kritérii, podle kterých bude poměrování základních práv probíhat.

V úvahu připadá zejména vážící formule, kterou v České republice vytvořil Ústavní soud již svým prvním nálezem aplikujícím princip proporcionality – šlo konkrétně o zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů.<sup>345</sup> Aplikací těchto argumentů v konkrétním případě tak z původně *prima facie* rovnocenných základních práv a veřejných hodnot určíme ty, jež v daném případě převáží nad ostatními. Při rozvíjení tohoto způsobu argumentace však český Ústavní soud není důsledný, jak např. poukazují *P. Holländer* při analýze

---

<sup>342</sup> *Ibid.*, odst. 37 výše uvedeného rozhodnutí.

<sup>343</sup> RIVERS, Julian: *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, str. 200. Riversova teorie je rozpracováním teorie R. Alexyho, který vidí pod třetí složkou principu proporcionality projev Paretova optima v právu – viz ALEXY, Robert: *The Construction of Constitutional Rights...*, str. 28 – 29. Viz též kapitola 3.2.

<sup>344</sup> MÖLLER, Kai: *Balancing and the Structure of Constitutional Rights...*, str. 462. Při tomto pojetí je namísto daleko větší důraz na intenzitu přezkumu v rámci testu poměrování, neboť deontologická omezení, v rámci nichž bude argumentace probíhat, mohou klást přísnější omezení jednotlivým kolidujícím právům a zájmům.

<sup>345</sup> Nález ÚS ze dne 12.10.1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94 (ústavnost institutu anonymního svědka): „Empirickým argumentem lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva (v posuzovaném případě jde o nárůst případů vyhrožování a zastrašování svědků ze strany organizovaného zločinu). Systémový argument znamená zvažování smyslu a zařazení dotčeného základního práva či svobody v systému základních práv a svobod (právo na řádný proces je v této souvislosti součástí obecné institucionální ochrany základních práv a svobod). Kontextovým argumentem lze rozumět další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného (v daném případě možnost zneužití institutu anonymního svědka v trestním procesu). Hodnotový argument představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.“ V podrobnostech k tomuto případu viz níže kapitola 10.1.

rozhodnutí o výši poplatků ve zdravotnictví,<sup>346</sup> či *D. Kosař* v obsáhlejší analýze rozhodnutí Ústavního soudu.<sup>347</sup> Podrobněji je o judikatuře českého Ústavního soudu pojednáno v kapitole 10.

Alternativní koncepce vážící formule se vyskytuje v německé teorii. Teoreticky je rozpracována v díle *R. Alexyho*, přičemž nejjednodušší model vážící formule je možné popsat srovnáním míry zásahů do právem chráněných hodnot.<sup>348</sup> Tyto zásahy mohou nabývat intenzity nízké, střední nebo vysoké. Jak sám *prof. Alexy* poukazuje, třístupňová škála není v dané věci podstatná.<sup>349</sup> Podstatné je, že je možné vyjádřit hodnocení a srovnání zásahu do určitých práv.

Metodu poměrování založenou na srovnání intenzity zásahů do kolidujících práv a dober popisuje v české literatuře *J. Wintr*.<sup>350</sup>

Nelze nevidět, že *Alexym* popsaná kritéria hodnocení kolidujících práv, vycházející z judikatury Spolkového ústavního soudu (zejm. případ *Titanic*<sup>351</sup>) a tvořící vážící formuli, se do určité míry překrývají s kritérii hodnocení míry intenzity přezkumu základních práv.<sup>352</sup> Z tohoto důvodu se lze domnívat, že rozdílná míra intenzity se uplatní i v rámci zkoumání kolidujících základních práv a veřejných zájmů (ke konkrétní aplikaci viz kapitola 6). Soudy aplikující přísnější přezkum budou tíhnout k jedinému správnému řešení kolize práv a hodnot, zatímco soudy uplatňující ve větší míře sebeomezení budou požadovat toliko alespoň minimální míru realizace obou v kolizi stojících práv a hodnot.<sup>353</sup>

### 5.3. Pořadí složek testu proporcionality

Nyní, když jsem popsal jednotlivé složky testu proporcionality, zbývá zodpovědět otázku, zda pořadí aplikace složek testu proporcionality je nahodilé,

---

<sup>346</sup> HOLLÄNDER, Pavel: Filipika proti redukcionizmu..., str. 161 – 162, nález Ústavního soudu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08 (poplatky ve zdravotnictví).

<sup>347</sup> KOSAŘ, David: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, č. 1, 2008, s. 3 – 19.

<sup>348</sup> ALEXY, Robert: On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, č. 4, 2003, str. 443. R. Alexy svou jednoduchou verzi vážící formule ve výše uvedeném článku dále teoreticky rozpracovává a doplňuje o další dílčí složky (kterými jsou abstraktní významnost jednotlivých práv a zájmů a míra spolehlivosti úsudku o výchozích bodech poměrování – tj. empirický faktor).

<sup>349</sup> *Ibid.*, str. 440.

<sup>350</sup> WINTR, Jan: *Principy českého ústavního práva (s dodatkem principů práva evropského a mezinárodního)*. Praha: Eurolex Bohemia, 2006, str. 108.

<sup>351</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu z 25. března 1992 BVerfGE 86, 1.

<sup>352</sup> K nim obecně viz výše kapitola 4.4.

<sup>353</sup> RIVERS, Julian: Proportionality and Variable Intensity of Review..., str. 201.

anebo zda je nutné toto pořadí dodržovat a případně jaké následky plynou z porušení jedné z podmínek.

Jako východisko při zodpovězení této otázky bych odkázal na výše uvedený názor *D. Beattyho*, podle něhož jsou testy vhodnosti a potřeby pouhým zjednodušením testu poměrování, stanovícím určité exemplární případy, kdy je určitá úprava disproporcionální. Je totiž zřejmé, že pokud určitá úprava není způsobila naplnit cíl, který sleduje, není rovněž možné, aby byla ve vztahu k tomuto cíli potřebná, a už vůbec nemůže být chápána jako přiměřená při poměrování v kolizi stojících práv a hodnot.

Jako nepřiměřenou budeme vždy chápat rovněž úpravu, která nespĺňuje kritérium potřeby, tj. existuje alternativa omezující základní právo méně, přičemž veřejný orgán nedisponuje takovou mírou uvážení, která by tento nedostatek ospravedlnila.

Jednotlivé složky principu proporcionality nejsou uspořádány nahodile, nýbrž mají svůj konkrétní smysl a jsou seřazeny od kritéria, které lze nejnáze splnit, až po nejobtížnější kritérium poměrování vyžadující aplikace vážící formule (viz výše – kapitoly 5.2.1. – 5.2.3.).

Při takovémto chápání složek principu proporcionality se blížíme při jeho aplikaci k tzv. kaskádové metodě. Jde o teorii známou např. ve francouzském právu, požadující, aby výčet podmínek byl zkoumán jedna po druhé, přičemž nedodržení jediné podmínky vede ke konečnému interpretačnímu závěru.<sup>354</sup> Podobný závěr, byť pro test poněkud jiné struktury, dovozuje i *M. Pavčnik*, když hovoří o stupňovité povaze testu proporcionality<sup>355</sup> (podrobněji ke struktuře testu proporcionality ve slovinské právní teorii i praxi viz výše).

V případě testu proporcionality jde tedy o to, že zkoumáme v rámci konstantního daného pořadí jednu složku za druhou s tím, že pokud zkoumaný akt bude shledán jako odporující jedné z nich, je nutno učinit závěr o jeho disproporcionalitě.<sup>356</sup>

---

<sup>354</sup> Za seznámení s touto metodou vděčí autor Prof. Dr. Karen Vanderkerckhove, profesorce Právnické fakulty Univerzity Antverpy, a její komentář k metodě určení jurisdikce podle nařízení Evropského Parlamentu a Rady č. 44/2001 o uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (nařízení Řím I.).

<sup>355</sup> PAVČNIK, Marijan: Princip přiměřenosti (několik myšlenek k diskuzi)..., str. 53.

<sup>356</sup> Podrobněji viz ONDŘEJEK, Pavel: *Lidská práva v soukromém právu*. Rigorózní práce. Praha: Právnická fakulta, 2009, str. 107 a násl. V české literatuře též názor vyslovuje M. Tomoszek:

Pořadí výše uvedených jednotlivých složek se u jednotlivých autorů nemění (jde samozřejmě o autory, uznávající tři složky testu proporcionality). Nejprve je zkoumána vhodnost určitého aktu úpravy, dále jeho potřebnost a konečně na závěr se posuzují argumenty v kolizi stojících práv nebo veřejných zájmů.

V praxi (např. českého Ústavního soudu) se vyskytují situace, kdy interpret ponechává určitou složku testu proporcionality nerozhodnutou. Podle mého názoru se nejedná v takové situaci o případ odmítnutí spravedlnosti (*denegationis iustitiae*), neboť rozhodnutí případu přichází na základě dalšího z kroků testu proporcionality.<sup>357</sup>

Lze však vznést námitky proti praxi, kdy je interpretem určitý akt označen jako porušující jednotlivou složku principu proporcionality (např. test vhodnosti), avšak dále je v argumentaci pokračováno ve zkoumání další složky testu proporcionality. Z hlediska logiky testu proporcionality je zjevné, že proporcionalní úprava či rozhodnutí musí splňovat kumulativně všechny složky testu proporcionality.

Pokračování v argumentaci testem proporcionality po shledání porušení jeho jedné složky je tak nutno považovat za zjevně nadbytečné a z hlediska procesní ekonomie je nutno ho odmítnout.<sup>358</sup>

---

TOMOSZEK, Maxim: Nezměnitelnost materiálního jádra ústavy jako řešení konfliktu ústavních hodnot. *Časopis pro právní vědu a praxi*. roč. 18, č. 4, 2010, str. 329.

<sup>357</sup> Takto koneckonců ÚS postupoval ve výše zmíněných nálezech Pl. ÚS 4/94 (ústavnost institutu anonymního svědka) a IV. ÚS 1554/08 (odůvodnění předběžného opatření soudem).

<sup>358</sup> M. Tomoszek považuje pokračování v dalších krocích testu proporcionality poté, co soud učiní závěr o porušení jeho první anebo druhé složky, za obiter dictum – viz TOMOSZEK, Maxim: Nezměnitelnost materiálního jádra ústavy jako řešení konfliktu ústavních hodnot..., str. 329.

## KAPITOLA 6

# Interpretace omezení lidskoprávních norem: úloha principu proporcionality

Vzhledem k tomu, že právo se uskutečňuje zejména jeho realizací ze strany subjektů, případně aplikací orgány veřejné moci,<sup>359</sup> při popisu principu proporcionality v právu není možné zůstat pouze u sledování zdrojů tohoto principu, jeho struktury a složek. Ucelený obraz ohledně úlohy principu proporcionality lze získat až při sledování způsobů jeho aplikace v konkrétním právním řádu.

V této kapitole se budu zabývat společnými otázkami interpretace omezení lidskoprávních norem se zdůrazněním úlohy principu proporcionality. Budu přitom vycházet z teoretické struktury tohoto principu popsané v předcházejících kapitolách. Konkrétní případy aplikace pak jsou obsaženy ve zvláštní části této práce (kapitoly 9 až 12).

### 6.1. Aplikace práva metodou subsumpce

V právní teorii bývá tradováno, že aplikace práva spočívá na metodě subsumpce, tj. podřazení skutkového stavu v reálném světě pod abstraktní právní normu.<sup>360</sup> Řešení konkrétního právního případu má tak podobu sylogismu.<sup>361</sup> Jak uvádí *G. Sartor*, v právu je sylogismus kombinací logických argumentů *modus ponens* a individualizace. Prvý z těchto argumentů umožňuje při znalosti podmínky

---

<sup>359</sup> MARŠÁLEK, Pavel: *Právo a společnost...*, str. 139.

<sup>360</sup> Podle prof. H. Schlossera spočívá subsumpce ve třech krocích: 1. nalezení právní normy spadající pod reálný skutkový stav, 2. porovnání skutkového stavu s právní normou a jeho podřazení pod právní normu, 3. zodpovězení otázky právního následku – výsledek subsumpce (viz VEČEŘA, Miloš, GERLOCH, Aleš, SCHLOSSER, Hans, BERAN, Karel, RUDENKO, Slavomír: *Teória práva*. 4. vyd., Bratislava: Eurokodex s.r.o., 2011, str. 161-162 – autor kapitoly H. Schlosser).

<sup>361</sup> Zrod metody sylogismu v právu ve 12. století v rámci školy glosátorů popisuje A. Errera – viz ERRERA, Andrea: *The Role of Logic in the Legal Science of Glossators and Commentators. Distinction, Dialectical Syllogism, and Apodictic Syllogism: An Investigation into the Epistemological Roots of Legal Science in the Late Middle Ages*. In: PADOVANI, Andrea, STEIN, Peter (ed.): *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, sv. 7, Dordrecht: Springer, 2007, str. 105.



a antecedentu dovodit konsekvent, prostřednictvím druhého z nich lze vyvodit z obecné podmínky podmínku individuální.<sup>362</sup>

Horní premisu sylogismu v právu tvoří normativní právní text, který je předmětem interpretace, dolní premisu tvoří zjištěný skutkový stav, který spadá pod hypotézu právní normy, a závěr – tj. výsledek sylogismu – má podobu rozhodnutí orgánu aplikujícího právo.<sup>363</sup>

Z hlediska právní logiky je subsumpce normativně-logickým závěrem, v rámci něhož dochází k vyvození závěru z normativní věty (právní normy vztahující se na neurčitý okruh subjektů) a výrokové věty (skutkového stavu týkajícího se individuálně určeného subjektu).<sup>364</sup>

Aplikaci práva lze charakterizovat rovněž jako proces individualizace právní normy, která je obecná, na jedinečný skutkový stav. Při aplikaci práva jsou tedy právní normy zpětně konfrontovány se skutečností.

Zároveň je však třeba poznamenat, že výše popsany proces aplikace práva je přirozeně modelovým případem. V praxi proces aplikace práva obsahuje hodnocení právních i skutkových otázek, které se často prolíná.<sup>365</sup>

Hranice mezi skutkovými zjištěními a právními posouzeními však není zcela ostrá a o řadě právních institutů nepanuje jednota, zda jejich hodnocení náleží to oblasti skutkových zjištění nebo právních posouzení.<sup>366</sup> A. Winterová v této souvislosti také hovoří o smíšených poznacích skutkových i právních a jako příklad uvádí např. dobrou víru, příčinnou souvislost, omyl anebo otázku zavinění.<sup>367</sup>

---

<sup>362</sup> SARTOR, Giovanni: *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to Law*. A Treaties in Legal Philosophy and General Jurisprudence, sv. 5, Dordrecht: Springer, 2005, str. 426.

<sup>363</sup> VEČEŘA, Miloš, GERLOCH, Aleš, SCHLOSSER, Hans, BERAN, Karel, RUDENKO, Slavomír: *Teória práva...*, str. 168.

<sup>364</sup> WEINBERGER, Ota: *Právo a instituce*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, str. 56. Podle prof. Weinbergera je výsledkem subsumpce individuální normativní věta. V tomto textu se budu držet klasického rozlišení normativních aktů a aktů aplikace práva, což však neznamená, že bych aktu aplikace práva upíral preskriptivní povahu. Teorii právní subsumpce podrobněji v německé literatuře zpracoval zejména Karl Larenz, viz LARENZ, Karl, CANARIS, Claus-Wilhelm: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. vyd., Berlín: Springer, 1985, str. 91 a násl.

<sup>365</sup> MARŠÁLEK, Pavel: *Právo a společnost...*, str. 162 a násl., obdobně prof. H. Schlosser In: VEČEŘA, Miloš, GERLOCH, Aleš, SCHLOSSER, Hans, BERAN, Karel, RUDENKO, Slavomír: *Teória práva...*, str. 166. V návaznosti na hermeneutické principy a německou literaturu shrnuje podobný přístup P. Holländer – viz: HOLLÄNDER, Pavel: *Filipika proti redukcionizmu...*, str. 155 a násl. (podrobněji viz kapitola 3.5.).

<sup>366</sup> WINTEROVÁ, Alena a kol.: *Občanské právo procesní*. 6. vydání, Praha: Linde, 2011, str. 258.

<sup>367</sup> A. Winterová rovněž poukazuje na rozlišování mezi skutkovými a právními otázkami u předválečných procesualistů ovlivněných ryzí naukou právní, kteří za odlišující kritérium

Z výše uvedeného plyne, že aplikace práva většinou neprobíhá jako automatizovaný a plně programovatelný rozhodovací proces.<sup>368</sup> Výjimkami jsou tzv. uzavřené kondicionální procesy aplikace práva, které v české literatuře popisuje s odkazem na teorii rozhodování *J. Boguszak*. V takových případech orgán aplikující právo nemá po zjištění vstupních skutkových a právních informací v axiologickém stadiu rozhodovacího procesu žádnou diskreci, neboť všechny premisy pro závěrečné rozhodnutí jsou jasně dány.<sup>369</sup>

V této práci se však zabývám pouze aplikací práva v takových kondicionálních procesech, které jsou charakterizovány existencí hodnotících úvah orgánu při aplikaci práva a jsou označovány za otevřené.<sup>370</sup> Hodnocení orgánu v rámci diskrece přitom může obecně nastat v kterékoli části právní normy (hypotéze, dispozici i sankci).<sup>371</sup>

## 6.2. Neurčitost vyjádření právních norem

Hodnocení v rámci otevřených kondicionálních procesů je důsledkem mimo jiné neurčitosti vyjádření právních norem v pramenech práva. Jak poznamenává *H. L. A. Hart*, lidští zákonodárci nemohou znát všechny možné kombinace okolností, které může přinést budoucnost. Znakem všech jazyků, právního nevyjímaje, je používání obecných pojmů.<sup>372</sup> *Hart* rozvíjí starší lingvistické teorie o sémanticky

---

považovali dichotomii „sein“ (co je) pro otázky skutkové a „sollen“ (co má být) pro otázky právní. Závěry dalších procesualistů (Hora, Štajgr, Fiala) směřují k odlišovacímu kritériu smyslového vnímání (skutkové otázky) a rozumové činnosti (právní otázky). I tak je podle A. Winterové celkové vyznění většiny těchto teorií takové, že určitá otázka může být v konkrétním kontextu posuzována jako skutková a v jiném jako právní. WINTEROVÁ, Alena a kol.: *Občanské právo procesní...*, str. 227 – 228.

<sup>368</sup> Tento závěr však nezpochybňuje skutečnost, že pravidla logiky nemohou být využity pro dovozování závěrů v rámci právní argumentace. Jde pouze o to, že podmínkou správných závěrů je úplnost a správnost použitých premis – viz podrobněji kapitola A. Gerlocha a J. Tryzny: *Závaznost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace lege artis*. In: GERLOCH, Aleš, TOMÁŠEK, Michal a kol.: *Nové jevy v právu na počátku 21. století. Část II. Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Karolinum, 2010, str. 32.

<sup>369</sup> BOGUSZAK, Jiří: *K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy)...*, str. 169 – 170.

<sup>370</sup> *Ibid.*, str. 172.

<sup>371</sup> *Ibid.*, str. 172 – 173. Obdobně viz KÜHN, Zdeněk: *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře...*, str. 35 – 36.

<sup>372</sup> HART, Herbert L. A.: *Pojem práva...*, str. 132 – 133. Notoricky známý příklad, který Hart uvádí, je zákaz vjezdu vozidel do parku. Otázkou přitom je, zda do pojmu vozidlo spadá například jízdní kolo, kolečkové brusle či dětské auto poháněné elektřinou. Tuto vlastnost práva nazývá Hart otevřená textura (*open texture*).

jasné a neurčité oblasti pojmů,<sup>373</sup> když rozlišuje jádro jistoty a polostín pochybností při aplikaci právní normy.<sup>374</sup> Tento polostín se však vyskytuje pouze v obtížných případech aplikace práva. *Hart* proto právo nevnímá ani jako „vznešený sen“, v němž je konzistentní a kompletní sada pravidel vždy jednoznačně zjistitelná, ani jako „noční můru“, v němž soudci rozhodují zcela libovolně.<sup>375</sup>

V současnosti je již rozlišování oblastí pojmů při interpretaci práva všeobecně akceptováno a používáno například k popisu argumentační techniky redukce, restriktivní a extenzivní interpretace anebo dotváření práva.<sup>376</sup>

V současné americké teorii právní interpretace bývá podobně rozlišováno mezi interpretací textu právní normy, kde dochází k rozšiřování významu psaného textu, avšak interpret nepřekračuje význam pravidla daný zákonodárcem. Proti interpretaci práva stojí dotváření práva (*construction*), kdy již interpret přesahuje text právní normy a dostává se do obrazného okolí právní normy, v němž se nachází sféra politických principů a idejí.<sup>377</sup>

V německé tradici je rozvíjena podobná teorie *Phillipa Hecka* o oblastech významu pojmů. Podle této teorie se rozlišuje *jádro pojmu (Begriffskern)*, *neurčitá oblast pojmu (Begriffshof)* a *oblast mimo rozsah pojmu*.<sup>378</sup>

---

<sup>373</sup> T. Sobek poukazuje na to, že pojem „otevřená textura práva“ převzal H. L. A. Hart od svého oxfordského kolegy Friedricha Waismana (WAISMAN, Friedrich. Verifiability, In: *Proceedings of the Aristotelian Society*, sv. 19, 1949, cit dle: SOBEK, Tomáš: *Argumenty teorie práva*, Praha, Plzeň: Aleš Čeněk a Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2008, str. 79). Obdobně viz např. COTTERRELL, Roger: *The Politics of Jurisprudence...*, str. 99. F. Schauer dále poukazuje na skutečnost, že pojem „jádro“ a „polostín“ u významu pojmů zmiňoval již filosof Bertrand Russel ve svém článku „Vagueness“, publikovaném v *Australasian Journal of Psychology and Philosophy*, roč. 1, 1923, str. 84 a násl. – viz SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2009, str. 153.

<sup>374</sup> HART, Herbert L. A.: *Pojem práva...*, str. 127.

<sup>375</sup> COTTERRELL, Roger: *The Politics of Jurisprudence...*, str. 100. R. Cotterrell odkazuje na známý Hartův esej: HART, Herbert L. A.: *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. In: HART, Herbert L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983 (reprint 2001), v němž H. L. A. Hart popisuje dva extrémní přístupy aplikace práva.

<sup>376</sup> PECZENIK, Alexander: *On Law and Reason*. 2. vydání, Law and Philosophy Library, sv. 8, Springer, 2009, str. 317 a násl.

<sup>377</sup> WHITTINGTON, Keith E. *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Kansas: University Press of Kansas, 1999, str. 10. Prof. Whittington odkazuje v tomto případě na teorii E. Corwina (CORWIN, Edward S. *Constitution v. Constitutional Tudory: The Question of the States v. the Nation*. In: LOSS, Richard (ed.): *Corwin on the Constitution*, New York: Cornell University Press, 1981 – 1988, sv. 2, str. 186).

<sup>378</sup> Podrobněji viz např. RÖHL, Klaus F., RÖHL, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre...*, str. 34 a násl. V české odborné literatuře podrobně viz MELZER, Filip: *Metodologie nalézání práva*, Praha, C. H. Beck, 2010, str. 96 a násl. anebo HLOUCH, Lukáš: *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, str. 55.

Podle *T. Sobka* souvisí problematika vágnosti v právu s existencí tzv. hraničních případů v právu. V těch nepanuje obecná shoda na tom, zda je lze podřadit pod určitou konkrétní právní normu, anebo nikoliv.<sup>379</sup> Hraniční případ v oblasti lidských práv může spočívat v tom, že interpret X vyloží skutek jako spadající pod ochranu osobnosti, zatímco interpret Y vyloží skutek tak, že se na něj právo na ochranu osobnosti nevztahuje.

*T. Sobek* však poukazuje také na skutečnost, že problematika vágnosti se má tendenci opakovat i ve vyšších rádech argumentace. V situaci, kdy jeden z interpretů bude určitou situaci vnímat jako jednoznačnou a druhý jako hraniční, neurčitost se posouvá na vyšší rovinu, o takovém případě by bylo možno tvrdit, že je hraniční – hraniční.<sup>380</sup> Pokud tedy interpret X vykládal daný skutek jako spadající pod právo na ochranu osobnosti, zatímco interpret Y by o něm tvrdil, že jde o hraniční případ, spor by se vedl o to, co je hraniční případ práva na ochranu osobnosti. Konstruovat obdobné spory na vyšších rovinách neurčitosti je podle mého názoru pro praktickou aplikaci práva neúčelné a spadají tak spíše do sféry logicko-teoretických argumentů. Obdobně je pro praxi nevhodné dovozovat z hraničních případů majících vždy povahu *hard cases* nemožnost kvalifikovat jasné případy aplikace práva.<sup>381</sup>

*T. Sobek* naznačuje, že hraniční případy ve vyšších rovinách sporů nelze řešit idealizací super-kognitivního soudce (např. *Dworkinova* soudce Herkula), neboť neurčité a hraniční pojmy (veřejný pořádek, soukromí, lidská důstojnost) nemají odraz v reálném světě, nýbrž jsou normativní konstrukcí.<sup>382</sup> Řešení spočívající v hledání autoritativního interpreta těchto pojmů pro účely definování hraničních případů nás vrací na počátek k postavení originárního ústavodárce a soudce ústavu vykládajícího, resp. k úlohám zákonodárce a soudce.

Teorie jádra a neurčité oblasti právních pojmů je podle mého názoru vhodně aplikovat na metodologii interpretace omezení lidských práv, neboť se přímo vztahuje k obdobné teorii týkající se samotných norem zaručujících lidská

---

<sup>379</sup> SOBEK, Tomáš: *Argumenty teorie práva...*, str. 74 a násl.

<sup>380</sup> *Ibid.*, str. 75.

<sup>381</sup> F. Schauer odkazuje na Edmunda Burkea, který prohlásil, že existence soumraku není důvodem, proč bychom neměli rozlišovat mezi dnem a nocí – SCHAUER, Frederick: *Thinking Like a Lawyer...*, str. 153.

<sup>382</sup> SOBEK, Tomáš: *Argumenty teorie práva...*, str. 77.

práva. Jedná se o teorii tzv. esenciálního jádra lidských práv (k této teorii viz detailněji výše – kapitola 2.4.).

Uvedené rozlišování mezi zásahem do esenciálního jádra lidských práv a omezením lidského práva obecně kombinované s neurčitostí vyjádření norem garantujících lidská práva vede k závěru, že spory o výklad lidských práv a jejich omezení jsou potenciálně daleko častější než v jiných oborech práva.

Při rozhodování, zda určitý skutkový stav lze subsumovat pod normu garantující ochranu určitého základního práva, je tedy účelné posuzovat, zda právní vztah spadá do oblasti jádra lidského práva, anebo nikoliv. Toto jádro lidského práva (terminologicky samotná podstata lidského práva) v sobě kombinuje jak oblast pojmů, prostřednictvím kterých je lidskoprávní norma vyjádřena a o kterých nelze pochybovat, tak i podstatu lidského práva jako takového, v případě jejíhož porušení neexistuje pochybnost o omezení lidského práva.<sup>383</sup>

### 6.3. Subsumpce a poměřování: protikladné a jednotící teorie

V protikladu pojmu subsumpce používají někteří autoři pojem poměřování. Nejznámější jsou v tomto ohledu příspěvky *R. Alexyho*, který se věnuje srovnávání těchto modelů aplikace práva ve svých několika novějších pracích.<sup>384</sup> Základní *Alexyho* teze spočívá v tvrzení, že poměřování jakožto část principu proporcionality je nutně aplikována namísto klasické subsumpce v případech řešení sporů mezi lidskými právy, popřípadě lidskými právy a jinými obecnými zájmy, které nemají povahu definitivních příkazů (tak jako běžné právní normy), nýbrž příkazů k optimalizaci.<sup>385</sup>

Podle mého názoru však subsumpci a poměřování není možné vnímat jako dvě protichůdné metody aplikace práva, z nichž jedna se aplikuje na „běžné“ právní normy, zatímco druhá na normy garantující lidská práva. Metoda

---

<sup>383</sup> Příkladem takového zásahu do jádra základního práva by v České republice mohl být výslech příslušníkem Policie ČR za použití hrubého fyzického násilí vůči podezřelé osobě – viz čl. 7 odst. 2 LZPS.

<sup>384</sup> ALEXY, Robert: On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison..., str. 433 – 449; ALEXY, Robert: The Construction of Constitutional Rights..., str. 20 – 32.

<sup>385</sup> ALEXY, Robert: The Construction of Constitutional Rights..., str. 21.

poměrování, tak jak ji například popisuje *R. Alexy*,<sup>386</sup> sice popisuje řešení konfliktů norem garantujících lidská práva, popřípadě jiných legitimních právněpolitických cílů působících jako omezení základních práv (jako jsou např. veřejná bezpečnost, veřejný pořádek), nicméně samo o sobě nedostatečně vysvětluje proces hodnocení skutkového stavu jakožto předpokladu aplikace určitých důsledků obsažených v právu. Prvým krokem při posuzování aplikace určité právní normy je vždy vyřešení otázky, zda skutkový stav spadá pod abstraktně formulovaný text – tedy subsumpci skutkového stavu pod právní normu.

V případě abstraktní kontroly ústavnosti, v němž sice nejde o proces aplikace práva, dochází obdobným způsobem k přezkumu sporného ustanovení zákona z hlediska jeho souladu s ústavou. Pokud například stát přijme zákon zakazující vyvěšovat ve školách náboženské symboly, půjde *prima facie* o konflikt mezi náboženskou svobodou a jejím omezením z důvodu veřejného pořádku zahrnující zákaz státu vázat se na výlučné náboženství nebo ideologii. Samotný přezkum sporného ustanovení předmětného zákona je však právě věcí posouzení konkrétního zákazu buď jako omezení náboženské svobody, nebo jako legitimní důvod tohoto omezení. K určení hypotézy právní normy, pod kterou tento zákaz spadá, je možné aplikovat princip proporcionality.<sup>387</sup>

Po podrobném popisu tohoto principu v předcházejících kapitolách se nyní můžeme vrátit zpět k otázce položené v úvodu 5. kapitoly: Do jaké míry aplikace principu proporcionality a techniky poměrování, na níž je tato argumentační metoda založena, proměnila klasickou nauku o aplikaci práva založenou na metodě subsumpce?

Jeden z pohledů na tento princip jej označuje za nevyhnutelný a radikálně měnící proces aplikace práva.

Jak je však uvedeno podrobněji výše, podle mého názoru vhodnější uvažovat o syntéze metod subsumpce a poměrování v případě aplikace právních principů, anebo norem garantujících lidská práva.

Princip proporcionality tedy nepřináší podle mne revoluční změnu paradigmatu v aplikaci práva. Jedná se maximálně o specifikum (slovy *T. S. Kuhna* anomálii), se kterým se teorie práva musí vypořádat. To nelze učinit jinak, než

---

<sup>386</sup> Viz zejm. jeho díla uvedená v předchozích poznámkách pod čarou.

<sup>387</sup> Podrobněji viz HOLLÄNDER, Pavel: *Filosofie práva...*, str. 150. Podrobněji k argumentaci prof. Holländera viz kapitola 3.5.

pečlivým zkoumáním sporných momentů, které obtížné případy aplikace práva při řešení kolize základních práv přinášejí.

#### 6.4. Analýza argumentačního postupu principem proporcionality

Při popisu obecného argumentačního schématu testu proporcionality je možné zvolit takový přístup, který by porovnával a zkoumal již existující teoretické modely.<sup>388</sup> Vhodnější způsob se však jeví aplikace teoretických úvah popsanych výše v této kapitole a dále v kapitolách o struktuře a složkách principu proporcionality a intenzitě přezkumu jakožto součásti testu proporcionality na imaginárním příkladu. Při popisování jednotlivých argumentů pak bude odkázáno na odlišné modely řešení u různých autorů.

Příkladem, na kterém budu argumentační postup popisovat, bude fiktivní úprava zasazená do právního řádu České republiky:<sup>389</sup> představme si novelu trestního řádu (zák. č. 141/1961 Sb., v platném znění), který by zaváděl následující úpravu:

#### § X

- (1) Postup orgánů činných v trestním řízení je v přípravném řízení neveřejný.
  
- (2) Orgány činné v trestním řízení, osoby, proti nimž se řízení vede, a jejich zákonní zástupci, tlumočník, obhájce, zúčastněná osoba, poškozený, zmocněnec poškozeného, zmocněnec zúčastněné osoby, svědek, znalec, osoby podávající odborné vyjádření, jakož i další osoby, které se podle zákona účastní přípravného řízení, jsou povinni zachovávat o probíhajícím řízení mlčenlivost.

---

<sup>388</sup> Z množství děl lze zmínit např. HOLLÄNDER, Pavel: *Filosofie práva...*, str. 158 a násl., WINTR, Jan: *Principy českého ústavního práva...*, str. 107 a násl., ALEXY, Robert: *The Construction of Constitutional Rights...*, str. 24 a násl., SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts...*, str. 266 a násl., FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: *Identifying the Principle of Proportionality...*, str. 27 a násl., KUMM, Mattias: *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement...*, str. 137 a násl., TELEC, Ivo: *Váhy a meč aneb test poměrnosti cíle a prostředku. Právník*, č. 7, 2009, roč. 148, str. 673 a násl.

<sup>389</sup> V určitých ohledech se nechávám volně inspirovat švýcarskou úpravou popsanou výše v kapitole 4.2.1., která byla předmětem řízení před Evropským soudem pro lidská práva ve věci *Weber proti Švýcarsku* – rozsudek ESLP z 22. 5. 1990 (stížnost č. 11034/84).

(3) Za porušení povinnosti podle odst. 2 může v přípravném řízení státní zástupce uložit pořádkovou pokutu do 50.000,- Kč.

Předpokládejme, že oprávněný navrhovatel se obrátil na Ústavní soud s návrhem na zrušení tohoto ustanovení s argumentem, že nepřiměřeně zasahuje do práva na svobodu projevu podle článku 17 Listiny. Jakým způsobem Ústavní soud posoudí daný návrh?

Na prvý pohled jde o případ, který se dotýká více základních práv a jejich omezení. Prvým krokem tedy bude identifikace všech základních práv a hodnot, čímž dojde k vymezení právních otázek případu.<sup>390</sup> I. Porat popisuje v tomto ohledu jako problematický přístup, kdy v rámci testu proporcionality je třeba zkoumat *všechny* zájmy ve *všech* úrovních a kontextech, které se určitým způsobem dotýkají případu. Přílišné „zahlcení“ orgánu aplikujícího orgánu otázkami nepodstatných zájmů vede pouze k formálnímu přezkoumávání v kolizi stojících práv a zájmů.<sup>391</sup> K tomu je však třeba dodat, že takovouto argumentací dochází ke směšování nesouvisejících důvodů (zhodnocení všech kolidujících zájmů jakožto jádra principu proporcionality, administrativní a časové možnosti rozhodování orgánů veřejné moci).

Z hlediska analýzy zásahu do základního práva jde rovněž o to stanovit, zda předmětný akt zasahuje do esenciálního jádra určitého práva (například naprostým vyloučením jeho výkonu ze strany oprávněných subjektů),<sup>392</sup> anebo nikoliv.

Tvrzený zásah v této fázi zkoumání je pouze *prima facie* porušením základního práva, neboť bude následovat druhý krok, kterým bude zjišťováno, zda je možné ospravedlnit zásah do určitého práva.

Ve zkoumané úpravě jde o konflikt na jedné straně svobody projevu (osoby, která zveřejňuje určitou informaci) a práva na informace (všech ostatních

---

<sup>390</sup> M. Kumm při obecné analýze argumentace principem proporcionality uvádí následující dva obecné kroky: 1) zjištění, zda akt zasahuje do sféry některého práva, 2) zjištění, zda v případě *prima facie* zásahu do práva je tento zásah ospravedlnitelný. KUMM, Mattias: *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement...*, str. 135.

<sup>391</sup> PORAT, Iddo: *Some Critical Thoughts on Proportionality*. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 248-249.

<sup>392</sup> V podrobnostech k tomuto pojmu viz výše v kapitole 2.4.



subjektů) a na druhé straně ochraně důstojnosti, cti a dobré pověsti osoby, proti níž se řízení vede, poškozeného, případně dalších osob a dále hodnoty nerušeného výkonu činnosti orgánů činných v trestním řízení (což bychom mohli považovat za aspekt ovlivňující veřejnou bezpečnost).

Aspekt práva na informace je zde skutkově zvýrazněn i tím, že jde o informace o spáchání trestného činu, na kterém může mít v konkrétním případě veřejnost zájem (nejde jen o informaci o nebezpečném pachateli na svobodě, ale také třeba o vážná podezření z korupčního jednání určitého politika).

Po identifikaci v kolizi stojících práv a veřejných zájmů je možné stanovit, zda omezení odpovídá ústavním kautelám legality, legitimacy a proporcionality. Předpokládejme, že princip legality byl dodržen a z výše uvedeného vyplývá, že cíle sledované úpravou jsou legitimní (ústavně aprobované jako základní práva nebo omezení základních práv z důvodu veřejné bezpečnosti).<sup>393</sup>

V rámci posledního kroku – testu proporcionality budeme postupně aplikovat jednotlivé kroky (popsané výše v kapitole 5.):

Pokud jde o analýzu vhodnosti, zvolené prostředky jsou způsobilé v abstraktní rovině dosáhnout výše uvedených legitimních cílů.

V případě analýzy potřebnosti zvolené regulace však narážíme na několik problémů. Z hlediska plurality možných úprav je snadno myslitelná odlišná úprava, než je v daném případě, která by zohlednila dotčená základní práva a přitom stejně efektivně chránila veřejný zájem. V úvahu by přicházela například povinnost anonymizovat informace o veškerých osobách, hrozba sankce za ovlivňování průběhu přípravného řízení, výjimka pro zveřejňování informací o záležitostech ve veřejném zájmu. V daném případě není zapotřebí volit rozsáhlou argumentaci o adekvátní přísnosti přezkumu, neboť zkoumaná úprava by nevyhověla i poměrně nízkému stupni intenzity soudního přezkumu (ke kterému navíc v daném případě patrně neexistují rozumné důvody).

Aniž by bylo nutné zkoumat poslední krok testu proporcionality lze již na tomto místě učinit závěr, že úprava neprošla testem potřebnosti, je tudíž disproportionalní ve vztahu k sledovanému cíli a tudíž protiústavní.

---

<sup>393</sup> Byť u posledně jmenovaného veřejného zájmu bychom asi museli provést důkladnější analýzu, pro odlišné argumenty v jiném případě viz nálezn Ústavního soudu ze dne 7.12.2005 sp. zn. IV. ÚS 412/04 (omezení procesní způsobilosti).

Nyní předpokládejme, že v našem zkoumaném případě došlo k dalšímu vývoji: Parlament po zrušení úpravy Ústavním soudem přijme poněkud odlišnou úpravu, která bude splňovat všechny výše uvedené výtky, pro které předchozí úprava neprošla testem potřebnosti – tj. umožňuje anonymizovat informace o všech osobách za účelem poskytování důležitých informací veřejnosti. Dokonce v případech, kdy je to v zájmu ochrany života a zdraví osob či jiných podobně významných zájmů bude umožněno i informovat o totožnosti a podobě nebezpečného pachatele.

Přesto, jak už je v posledních letech v České republice zvykem, bude nová úprava opět předmětem přezkumu Ústavním soudem. Předpokládejme nyní, že nová úprava prošla všemi výše uvedenými testy a nyní zbývá přezkum v rámci poměrování v kolizi stojících práv a hodnot (třetí složka testu proporcionality).

Zde již není situace jednoduchá, a proto je třeba zvážit i míru uvážení státu při úpravě omezení svobody projevu a práva na informace. Přitom je třeba zhodnotit zejména povahu dotčených práv a zájmů, intenzitu zásahu do základního práva a možnost alternativní úpravy, byť i méně efektivní (tj. nad rámec zkoumání provedeného v rámci testu potřebnosti) a další okolnosti daného případu (kontext demokratického právního státu, relevantní zahraniční praxe v demokratických zemích apod.)<sup>394</sup>

Jak svoboda projevu a právo na informace, tak ochrana osobnosti požívá velmi vysokého stupně ochrany a souvisí v daném případě rovněž s úlohou tisku v demokratické společnosti. Evropský soud pro lidská práva považuje svobodu projevu novinářů za základní podmínku fungování demokratické společnosti, bez svobodného šíření informací o věcech veřejných není ani možné vytvářet svobodně politickou vůli občanů. Média přitom slouží jako hlídací psi demokracie (*watchdogs of democracy*).<sup>395</sup>

Pokud jde o kolidující zájem na nerušeném výkonu činnosti veřejného orgánu, nelze říci, že by v obecné rovině převažoval (výjimku by mohly tvořit například informace chráněné zvláštním zákonem, jichž se však úprava nedotýká, popřípadě mimořádné stavy, jako je stav ohrožení státu, válečný stav apod.).

---

<sup>394</sup> Podrobněji viz kapitola 4.4.

<sup>395</sup> Podrobněji k tomuto tématu v obdobném kontextu viz můj příspěvek: Kolize základních práv a ústavní soudnictví. Teoretické modely a případová studie novely trestního řádu č. 52/2009 Sb. In: KYSELA, Jan, WINTR, Jan (eds.): *Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narozeninám*, Praha: nákladem vlastním, 2009, str. 71.

Celkově se nezdá, že by stát požíval široké míry uvážení při úpravě omezení svobody projevu a práva na informace. Je tedy na místě zvolit přísnější přezkum předmětné úpravy.

Okolností, která bude mít na hodnocení proporcionality *stricto sensu* vliv, bude malá rozrůzněnost případů, na které právní norma dopadá. Jinými slovy, norma postihuje stejně případy, kdy je chráněna důstojnost oběti trestného činu na straně jedné a čest veřejného činitele obviněného z korupce.

Provedeme-li poměrování dotčených práv a veřejných zájmů, zjistíme, že předmětná úprava zasahuje do svobody projevu a práva na informace značným způsobem (tím, že zcela vylučuje jejich uplatnění). Adekvátní přínos ochrany osobnosti je dán, avšak pouze u některých případů (obětí trestné činnosti, dětí a mladistvých, apod.). V jiném případě (trestné činy veřejných činitelů) je naopak úprava ochrany osobnosti osoby, proti níž se řízení vede, ve zjevném nepoměru k veřejnému zájmu na šíření informací.

V daném případě se tedy zdá, že z důvodu nerozlišení odlišných situací právní úpravou dochází k jejímu rozporu s principem poměrování v některých případech. Vzhledem k tomu, že náprava není možná ústavně-konformní interpretací, neboť ta by již šla nad rámec textu ustanovení, není jiná možnost, než i tuto úpravu prohlásit za disproporcionální a jako takovou ji zrušit pro rozpor s čl. 17 Listiny.

## KAPITOLA 7

# Princip proporcionality jako neutrální princip ústavního práva

V předcházejících kapitolách jsem se pokusil popsat používání principu proporcionality při aplikaci omezení norem garantujících základní práva. Můj popis se pohyboval v obecné rovině, byť jsem si vědom toho, že základní práva jsou vždy normativně zakotvena v jednotlivých právních řádech. Prepozitivní základ lidskoprávních norem spolu s internacionalizací práva i právní doktríny v oblasti lidských práv však umožňují do značné míry konstruovat teorie, které jednotlivý právní systém překračují.<sup>396</sup>

Z tohoto důvodu se v úvodu této kapitoly zaměřím na problematiku univerzality principu proporcionality, resp. na otázku, co je limitujícím faktorem pro uniformní chápání tohoto principu.

Dále se budu věnovat klíčové otázce neutrality principu proporcionality, která je podle mého názoru jedním z nejdůležitějších předpokladů správné aplikace tohoto principu. Pokusím se uvést argumenty, proč se domnívám, že neutralita při aplikaci principu proporcionality může vyvrátit některé názory kritiků na jeho používání v ústavním právu.

### 7.1. Univerzalita principu proporcionality a její meze

Princip proporcionality a technika poměřování jsou považovány za typické příklady doktrín, které se přenesly do mnohých právních řádů. *J. Bomhoff* s odkazem na další autory hovoří o produktu globalizace v právu,<sup>397</sup> nového

---

<sup>396</sup> Lidská práva jsou vzhledem ke své tvrzené univerzalitě oblastí, v nichž je velmi snadné „vypůjčovat“ si určité doktríny zahraničních soudů (k této problematice viz např. McCRUDDEN, Christopher: *A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. Oxford Journal of Legal Studies*, roč. 20, č. 4, 2000, str. 506 a násl. Analýza Ch. McCruddena jde však dále, když se pokouší nalézat limity přenositelnosti závěrů jednotlivých rozhodnutí mezi státy (viz *Ibid.*, str. 518 – 527).

<sup>397</sup> KENNEDY, Duncan: *The Globalization of Law and Legal Thought. Suffolk University Law Review*, roč. 36, 2003, str. 631, cit. dle: BOMHOFF, Jacco: *Balancing, the Global and the Local: Judicial*

poválečného paradigmatu (*postwar paradigm*) rozhodování v ústavním právu.<sup>398</sup> A. Stone Sweet a J. Mathews píše o produktu „nového konstitucionalismu,“<sup>399</sup> A. Aleinikoff o éře vyvažování (*age of balancing*), v níž ústavní právo trpí tím, že úvahy o právech jsou nahrazovány úvahami o zájmech.<sup>400</sup> V úvodu této práce již bylo naznačeno, že současná podoba principu proporcionality se rozšířila z poválečného Německa do řady dalších států. Přestože stále existují země, jimž se doktrína aplikace tohoto principu vyhýbá,<sup>401</sup> přijímání nových ústav v devadesátých letech minulého století a vliv mezinárodního práva přinášejí další významné rozšíření tohoto principu.

Hovořit o univerzálním principu proporcionality a technice poměrování má však svá rizika. Jak uvádí M. Damaška, pokud mnoho autorů popisují společné téma, nemusí to nutně znamenat, že všichni účastníci tohoto diskurzu rozumějí určitému pojmu stejně.<sup>402</sup> Jak bude ukázáno ve zvláštní části této práce, princip proporcionality jakož i technika poměrování mají v různých státech poněkud rozdílné podoby.<sup>403</sup> Proto je v případě principu proporcionality důležité sledovat, do jaké míry je jeho aplikace v určitém právním řádu specifická a jak se liší od testů proporcionality uplatňovaných v jiných jurisdikcích.

Na příkladu Spojených států amerických lze spatřovat, že tradice kategorizace jakožto konkurenční techniky k poměrování může prosazení poměrování, potažmo principu proporcionality, úspěšně bránit.<sup>404</sup> Nadto, jak připomíná V. Jackson, každý stát při interpretaci spoléhá na tradiční metody, které se nemusejí shodovat s metodami používanými v jiných státech, svou úlohu hrají i soudní precedenty.<sup>405</sup>

---

Balancing as a Problematic Topic of Comparative (Constitutional) Law. *Hastings International and Comparative Law Review*, roč. 31, 2008, str. 556.

<sup>398</sup> WEINRIB, Lorraine: The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. In: CHOUDRY, Sujit (ed.): *The Migration of Constitutional Ideas*. 2006, str. 84, cit. dle BOMHOFF, Jacco: Balancing, the Global and the Local..., str. 557.

<sup>399</sup> STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., str. 74.

<sup>400</sup> ALEINIKOFF, Alexander: Constitutional Law in the Age of Balancing..., str. 1004.

<sup>401</sup> Neznámějším případem jsou Spojené státy americké – viz podrobněji kapitola 11.

<sup>402</sup> DAMAŠKA, Mirjan: The Faces of Justice and Authority, 1986, str. 67, cit. dle: BOMHOFF, Jacco: Balancing, the Global and the Local..., str. 557.

<sup>403</sup> Opačný názor však zastává např. prof. I. Telec, podle nějž má test proporcionality „univerzální, všelidský charakter a lze jej použít prakticky kdekoli, kdykoli a kýmkoli.“ (zvýrazněno v originále) – viz TELEC, Ivo: Váhy a meč anebo test poměrnosti cíle a prostředku..., str. 682.

<sup>404</sup> Podrobněji k doktríně Spojených států amerických viz kapitola 11.

<sup>405</sup> JACKSON, Vicki: Being Proportional about Proportionality..., str. 842.

Ani akceptace principu proporcionality jakožto doktríny řešení kolize základních práv tak nemusí nutně znamenat, že tento test bude prováděn v odlišných právních systémech jednotně. Základní limitující faktor přenositelnosti principu proporcionality lze spatřovat v omezeních daných textem ústavních předpisů.<sup>406</sup> V kapitole 2.3. byly nastíněny typické modely formulování klauzulí omezujících základní práva (generální klauzule, speciální klauzule anebo implicitní omezení, která nevyplývají z textu ústavy). Princip proporcionality ovlivňují zejména rozdílná znění klauzulí umožňující omezení základních práv.

Situaci lze ilustrovat na příkladu Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (Úmluva): Podle jejího článku 2 odst. 2 se „zbavení života nebude považovat za způsobené v rozporu s tímto článkem, jestliže bude vyplývat z použití síly, které není víc než zcela nezbytné, při: a) obraně každé osoby proti nezákonnému násilí;...“ (zvýrazněno autorem). V kapitole 4.3. zabývající se intenzitou přezkumu základních práv a svobod před ESLP bylo konstatováno, že omezení práva na život je štrasburským soudem přezkoumáváno přísně. Samotné znění článku 2 odst. 2 Úmluvy tomu odpovídá, z jeho formulace vyplývá, že diskrece soudu je snížena na minimum. Jednání, aby splňovalo podmínky Úmluvy, musí být absolutně nezbytné – tj. jediné možné řešení k naplnění cíle (např. obrany osoby proti nezákonnému násilí).

Srovnáme-li toto ustanovení s klauzulemi omezující práva chráněná v článcích 8 až 12 Úmluvy (podle nichž jsou tato omezení stanovena zákonem a jsou nezbytná v demokratické společnosti), zjistíme, že nezbytnost v těchto případech je potřeba patrně vykládat mírněji než absolutní nezbytnost uvedenou v článku 2 odst. 2 Úmluvy.

Srovnání limitačních klauzulí vynikne ještě více, pokud zmíníme čl. 1 odst. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě. Podle tohoto ustanovení má „každá fyzická nebo právnická osoba právo pokojně užívat svůj majetek. Nikdo nemůže být zbaven svého majetku *s výjimkou veřejného zájmu a za podmínek, které stanoví zákon a obecné zásady mezinárodního práva*“ (zvýrazněno autorem). Zde se již o nezbytnosti vůbec nehovoří, z čehož vyplývá, že míra uvážení soudu by v tomto případě měla být ze sledovaných případů největší.

---

<sup>406</sup> Viz SCHAUER, Frederick: Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. *Law & Ethics of Human Rights*. roč. 4, č. 1, 2010, str. 34 – 45.

Není to však pouze samotný text, který o interpretaci základních práv rozhoduje, důležitou roli hraje i doktrína. Právní text však vytváří mantinely doktrinárních úvah založených na právní komparaci a naopak může být důležitým argumentem, proč je v určitém právním řádu nutné interpretovat kolizi jistých práv jinak, než v jiném.

K důležitým charakteristikám ovlivňujícím rozšíření principu proporcionality patří podle *J. Bomhoffa* pojetí tohoto principu založeném na racionalitě<sup>407</sup> a neutralitě.<sup>408</sup> Přes tyto integrující tendence je však zřejmé, že test proporcionality je do značné míry ovlivňován právní kulturou, tradicí, ale i rolí jednotlivých složek státní moci v každém jednotlivém právním řádu, v němž je aplikován. Úlohou právní vědy je pak tato různá pojetí principu proporcionality zkoumat a srovnávat.<sup>409</sup>

## 7.2. Neutrální principy ústavního práva v díle *Herberta Wechslera*

Poválečná ústavněprávní teorie ve Spojených státech amerických byla podobně jako západoevropská doktrína zaměřena proti těm právním teoriím, o kterých panovala představa, že přispěly k rozšíření totalitních ideologií.

Zatímco v Evropě se tento přístup projevil v renesanci přirozenoprávní tradice, ve Spojených státech byla situace složitější. Částí teorie však byly kritizovány sociologické směry, které svým morálním relativismem nemohly poskytnout adekvátní kritiku nacistického či komunistického práva.<sup>410</sup> Na rozdíl od Evropy, kde právní pozitivismus musel být postaven na zcela nových základech (hovoříme o neopozitivismu), americké sociologické směry (např. právní realismus) nezanikly, pouze se staly jedněmi z mnoha proudů právní vědy, což vedlo k současné pluralitě přístupů k právu.

Jedním z nejprogresivnějších poválečných směrů byla orientace na soudní rozhodování, nikoliv však z hlediska právně sociologického, nýbrž z hlediska legitimacy soudního přezkumu a principů soudního rozhodování. Stěžejním dílem, které dalo základ takovému přístupu, byl článek *Herberta Wechslera* o

---

<sup>407</sup> Ať už je založena na formálních kritériích jako u *R. Alexyho*, nebo na výsledcích, což je převažující pojetí v americké právní vědě.

<sup>408</sup> BOMHOFF, Jacco: *Balancing, the Global and the Local...*, str. 579.

<sup>409</sup> *Ibid.*, str. 586.

<sup>410</sup> WHITTINGTON, Keith E.: *Constitutional Interpretation...*, str. 19.

neutrálních principech ústavního práva.<sup>411</sup> Základní myšlenkou tohoto příspěvku je požadavek na principiální (neutrální a zobecňující) rozhodování ze strany soudů, tj. takové rozhodování, kde pravidlo, na základě něhož soud rozhoduje, je obecné a způsobilé uplatnění ve všech následujících obdobných případech.<sup>412</sup>

Požadavek na neutralitu vyplývá mimo jiné ze skutečnosti, že na rozdíl od jiných složek státní moci si soudní moc nemůže zvolit, *zda* určitou problematickou otázku bude řešit. Soudy jsou povinny rozhodnout jakýkoliv spor, který mu je žalující stranou předložen. V některých případech pak dokonce rozhodování zahrnuje aktivní volbu soudce mezi různými hodnotami.<sup>413</sup> Neutrální principy interpretace práva chrání soudy před kritikou, že „nadržují“ jedné ze stran sporu,<sup>414</sup> ale dokonce i ospravedlňují hodnotovou volbu soudce v dané věci a vylučují, aby byl soud pojímán jako „orgán holé moci“ (*naked power organ*).<sup>415</sup>

*H. Wechsler* ve svém článku například kritizuje rozhodování týkající se desegregace. Jeho kritika však nesměřuje ke zrušení politiky segregace, kterou považuje za morálně nepřijatelnou, nýbrž pouze k metodologii aplikované Nejvyšším soudem USA.<sup>416</sup> Rozhodnutí tohoto soudu totiž jednak nedostatečně osvětluje, proč byl požadavek na desegregaci uplatněn pouze ve veřejném vzdělávání a nedotýkal se jiných důležitých činností. Složitější otázka pak spočívala v tom, proč právo na sdružování černošského obyvatelstva převažuje nad právem na sdružování ostatních.<sup>417</sup> Je tedy rovněž možné provádět desegregaci i proti vůli znevýhodněné menšiny.<sup>418</sup>

*Wechslerovy* závěry se stal základem řady děl významných autorů. Jedním z nich byl např. *A. Bickel* definující problém soudního rozhodování bez ohledu na vůli většiny (*counter-majoritarian problem*). Podle něj soudní přezkum představuje v politickém systému sílu jdoucí proti většinovému rozhodování (*counter-majoritarian force*), soudci tak mohou vůli většiny svým rozhodnutím zvrátit.<sup>419</sup>

---

<sup>411</sup> WECHSLER, Herbert: Towards Neutral Principles in Constitutional Law, *Harvard Law Review*, roč. 73, 1959, č. 1, str. 1 – 35.

<sup>412</sup> Ibid., str. 1 a 19. „Principiální rozhodnutí ... se zakládají na důvodech ..., které ve svém zobecnění a neutralitě přesahují jednotlivý případ.“

<sup>413</sup> Ibid., str. 19.

<sup>414</sup> Ibid., str. 10.

<sup>415</sup> Ibid., str. 19.

<sup>416</sup> Podrobněji k analýze Wechslerova díla viz BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 161.

<sup>417</sup> Ibid.

<sup>418</sup> WECHSLER, Herbert: Towards Neutral Principles in Constitutional Law..., str. 32 – 33.

<sup>419</sup> BICKEL, Alexander: *The Least Dangerous Branch...*, str. 16 – 17.



Otázkou pak je, jakým způsobem lze smířit dvě protichůdné tendence: na jedné straně vůli většiny, projevující se v přijímání zákonů, které mají sloužit k uspokojování aktuálních potřeb lidu, a na druhé straně soudní kontroly, jejímž cílem je chránit hodnoty ústavnosti. Podle *A. Bickela* je klíčovou metodou při rozhodování soudů zdrženlivost a zásadovost.<sup>420</sup>

Další odraz *Wechslerova* díla lze spatřovat u *J. H. Elyho* považujícího za základní kritérium legitimacy soudního přezkumu ochranu menšin, které se mohou později stát většinami.<sup>421</sup> Obdobně jako u *Wechslera* bychom jeho teorii mohli nazývat čistě procedurální. Představitel interpretačního směru originalismu *R. Bork* se rovněž inspiroje *Wechslerovou* tezí o neutralitě, kterou spatřuje v požadavku na interpretaci původních významů pojmů vyskytujících se v ústavách.<sup>422</sup>

Proponovaná neutralita principu proporcionality by se měla projevovat v obecné rovině, což znamená, že princip proporcionality z hlediska své struktury nefavorizuje žádné jednotlivé základní právo, ani skupinu práv, ani určitý veřejný zájem.<sup>423</sup> V konkrétním případě naopak test proporcionality umožňuje nalézt, které základní právo, popř. veřejný zájem, převáží.

Jakožto složka zkoumání omezení základních práv naplňuje princip proporcionality koncepci, podle níž do základních práv není možné zasahovat, aniž by nebyly vystaveny hranice tomuto omezování. Princip proporcionality tak

---

<sup>420</sup> PROCHÁZKA, Radoslav: *Lud a sudcovia v konstitučnej demokracii...*, str. 71 – 72. R. Procházka však dodává, že tento „protivětšinový problém“ se v Evropě „nikdy nestal reálnou právně-politickou těžkostí, i z důvodu odlišné historické zkušenosti: na rozdíl od evropských kataklizmat, na kterých se masy podílely s ochotou větší než malou a které nelze připisovat pouze tyranům stojícím v jejich čele, na největších selháních americké demokracie (snad s výjimkou zápasu o Lebensraum s Indiány) se více než davy a zastupitelské instituce podílely elity, exekutivní i soudcovské... zatímco v Americe to byl Nejvyšší soud, který často v součinnosti s exekutivou nechal hníť ve vězení regulérního politického vězně, který posvětil internaci na principu kolektivní, etnické viny a který otroctví přiznal ústavní ochranu, norimberské zákonodárství bylo dílem parlamentu a opíralo se o zjevný souhlas většiny.“ (Ibid, str. 76).

<sup>421</sup> ELY, John Hart: *Democracy and Distrust...*, zejm. kapitoly 5 a 6, str. 105 – 179.

<sup>422</sup> V podrobnostech viz BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 161.

<sup>423</sup> V kapitole 3 již byly podrobněji rozebrány argumenty A. Baraka (kapitola 3.3.) a D. Beattyho (kapitole 3.4.). Uvedený bázor zastávají ale i další autoři, např.: von ARNAULD, Andreas: Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, In: HATJE, Armin, NETTESHEIM, Martin (eds.): *Grundrechtsschutz im Dreieck von nationalem, europäischem und internationalem Recht*, Europarecht, Beiheft č. 1, 2008, str. 42.

pomáhá zachovávat maximální účinek základních práv i v situacích, kdy je nezbytné jejich omezení.<sup>424</sup>

Právě neutralita principu proporcionality je považována za největší přednost při jeho aplikaci.<sup>425</sup> Chceme-li, aby soudy rozhodovaly principiálně, tj. aby jejich rozhodování nebylo ovlivňováno předsudky v konkrétních věcech, je potřeba vybudovat takovou metodologii, která bude po soudech vyžadovat přesnou argumentaci, odkrývající právní důvody, na základě kterých rozhodly danou věc. Čím propracovanější metodologie bude vytvořena, tím náročnější bude pro soudy skrýt skutečné záměry svých rozhodnutí za určitou právní argumentaci. Právě o budování metodologie principu proporcionality v různých právních systémech pojednávají další části této práce.

---

<sup>424</sup> Princip proporcionality je tak projevem zásady praktické konkordance, kterou popisuje německý konstitucionalista K. Hesse (viz kapitola 9.3.).

<sup>425</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 162.

## ZVLÁŠTNÍ ČÁST

### **Princip proporcionality v jednotlivých právních systémech**

## KAPITOLA 8

# Modely principu proporcionality v různých právních systémech

Po nastínění obecných východisek, teoretického základu, struktury a aplikace principu proporcionality se budu věnovat konkrétnímu vývoji principu proporcionality v jednotlivých právních řádech. Jak již bylo naznačeno, tato práce vychází z teoretického modelu principu proporcionality, který je však ovlivněn ústavním zakotvením v jednotlivých právních systémech.

V každém z těchto systémů je vhodné sledovat jednak normativní zakotvení principu proporcionality (pokud se v právním řádu vyskytuje), dále praxi soudcovského rozhodování, doktrinární analýzy a úvahy jednotlivých autorů vztahující se jak k teorii, tak i k soudní praxi, a konečně i historický vývoj tohoto principu, jakož i současné tendence ovlivňování jednotlivých modelů různých právních systémů.

Ovlivňování a přenos jednotlivých modelů aplikace principu proporcionality má význam sledovat v kontextu právního pluralismu, kdy na jednom území může působit i několik nezávislých právních systémů.<sup>426</sup> Nejpraktičtějším příkladem z hlediska evropských států je koexistence národního, mezinárodního a evropského právního řádu v členských státech Evropské unie.

Z výše uvedeného plyne, že je velmi vhodné pozorovat, jakým způsobem dochází u principu proporcionality k ovlivňování právních doktrín a judikatury, neboť jak mezinárodní právo (systém Úmluvy garantovaný Evropským soudem pro lidská práva ve Štrasburku), tak evropské právo (zejména prostřednictvím judikatury Evropského soudního dvora v Lucemburku) s principem proporcionality pracují a vzhledem k požadavkům na jednotnou aplikaci nadstátních systémů v právních řádech všech států, které jsou smluvními stranami

---

<sup>426</sup> K této problematice viz zejm. KYSELA, Jan: Mění se struktura právního řádu a jeho atributy. *Eric Stein Working Papers*, č. 1/2009, dostupný na internetu: <http://www.ericsteinpapers.eu/info/eric-sten-wp/2009-1>, str. 1.

příslušných zakládacích smluv, dochází k sblížení původně rozdílných pojetí principu proporcionality.<sup>427</sup> Také tomuto procesu se budu věnovat.

Obecná část této práce končila konstatováním, že princip proporcionality nelze bez dalšího vnímat jako univerzální princip objevující se v jakémkoliv období v každém právním řádu. Samotný fakt, že se v určitém státě hovoří o aplikaci principu proporcionality, nestačí k vytvoření závěru, že je aplikován stejným způsobem jako v jiném právním řádu. Podobně však platí i obrácené tvrzení. Skutečnost, že v určitém právním řádu se o principu proporcionality vůbec nehovoří anebo se dokonce jeho aplikace programově odmítá, neznamená, že argumentace odlišnými metodami vede ke zcela jiným výsledkům, než kdyby byl aplikován princip proporcionality.

Z tohoto hlediska bude zkoumáno několik právních řádů, kde je princip proporcionality aplikován, anebo kde se hovoří o nutnosti jej aplikovat. V této disertační práci jsem zvolil čtyři právní řády, které se mnohým způsobem odlišují a kde z historických i jiných důvodů aplikace principu proporcionality nabývá různých podob.

Na prvním místě jsem zvolil Spolkovou republiku Německo (kapitola 9). Jak již bylo uvedeno v úvodu této práce, volba je nutná vzhledem k tomu, že princip proporcionality se vyvinul právě v tomto státě. Značný zájem tedy bude věnován genezi tohoto principu a historických souvislostí jeho utváření v doktríně i soudní judikatuře.

V následující kapitole 10 je popsána aplikace principu proporcionality v České republice, přičemž volba tohoto státu byla rovněž zcela logická. Jedná se o stát s kontinentálním typem právní kultury, jehož ústavní systém transformovaný po roce 1989 se v mnohém německou tradicí inspiroval, což se projevuje mimo jiné v přenosu doktríny proporcionality do českého ústavního pořádku již v první polovině devadesátých let.

Zároveň se jako relativně mladý demokratický stát bez hluboké tradice konstitucionalismu v jeho doktríně i judikatuře objevují instituty pronikající z jiných států, které je zapotřebí sjednotit a jejich aplikaci harmonizovat. Příkladem může být dále podrobněji popisované řešení kolize sociálních práv metodou

---

<sup>427</sup> Obecně viz von ARNAULD, Andreas: Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiele des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit..., str. 41 – 64.

racionality (*rational basis test*), kterou v posledních letech aplikuje český Ústavní soud.

Spojené státy americké, o nichž je pojednáno v 11. kapitole, jsou naopak příkladem státu s bohatou ústavní tradicí, která však v posledních letech vyústila k specifickému vnímání zahraničního práva v americké doktríně, pro něž se vžil termín známý z teorie mezinárodních vztahů – *excepcionalismus*.<sup>428</sup> Nedávné debaty o používání zahraniční judikatury a teorie se nevyhnuly ani srovnávání přístupu americké doktríny k vyvažování lidských práv chráněných dodatky americké ústavy (*balancing*) a principem proporcionality. V této práci bude nastíněn zrod techniky vyvažování a rozdíly v pojetí vyvažování a proporcionality. V závěru bude poukázáno na reflexi disentu soudce Nejvyššího soudu USA *Stephena G. Breyera* v případě *Heller*,<sup>429</sup> kde je v judikatuře tohoto soudu poprvé zmíněn požadavek na aplikaci principu proporcionality v americkém ústavním právu.

Pro závěrečný příklad (kapitola 12) byl zvolen model řešení kolize základních práv ve Velké Británii, neboť tamější doktrína se musela vypořádat s požadavkem na aplikaci principu proporcionality plynoucí z členství Spojeného království v Evropské unii a dále z požadavku na výklad Úmluvy, jíž je Spojené království smluvní stranou, v duchu judikatury ESLP. Tradiční doktrína suverenity britského parlamentu a jeho zákonů, která se projevovala nižší intenzitou přezkumu ze strany britských soudů při kontrole ústavnosti zákonů, ale i aktů aplikace práva, tak musela být omezena, zejména zákonem *Human Rights Act* z roku 1998. Specifické problémy nastávají v situaci existence dvou testů ústavnosti zásahu do základního práva (v případech zahrnujících právo Evropské unie či Úmluvu je zapotřebí aplikovat test proporcionality a v ostatních případech méně přísný test vyloučení iracionální úpravy založený rozhodnutím *Wednesbury*).<sup>430</sup>

Je zřejmé, že výše uvedený výčet modelů by bylo možné doplnit o mnoho dalších specifických příkladů aplikace principu proporcionality, ať již v Kanadě, Jihoafrické republice nebo v jiných mladých demokraciích. Přehlédnout rovněž

---

<sup>428</sup> Viz podrobně: IGNATIEFF, Michael: Introduction: American Exceptionalism and Human Rights. In: IGNATIEFF, Michael (ed.): *American Exceptionalism and Human Rights*. Oxford, Princeton: Princeton University Press, 2005, str. 1 – 26.

<sup>429</sup> *District of Columbia v. Dick Anthony Heller*, 554 US 570 (2008).

<sup>430</sup> *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* (1948) 1 KB 223.

nelze stále častější aplikaci tohoto principu u mezinárodních a nadstátních organizací a institucí (viz výše zmíněné příklady ESLP a Soudního dvora EU, ale také například orgány soudního typu Světové obchodní organizace – WTO).

Z výše uvedených příkladů lze konstatovat, že největší vliv na model aplikace principu proporcionality má jednak jazykové vyjádření garantovaných základních práv a dále pak jejich omezení (podrobněji viz kapitola 2.3.). V situaci, kdy zakotvení lidských práv neobsahuje omezující klauzule, aplikace principu proporcionality je obtížněji doktrinárně prosaditelná.<sup>431</sup> Naproti tomu například řada postkomunistických států ve svých ústavách zakotvila princip proporcionality či obdobné kritérium (zásadu nezbytnosti zásahu do základních práv).<sup>432</sup>

Druhým významným faktorem zrodu principu proporcionality je postavení státních orgánů, zejména soudů a parlamentu. Na příkladu Spojeného království je zřejmé, že silné postavení parlamentu brání soudy ustaveným doktrínám vedoucím potenciálně k expanzivní judikatuře prosazující se na úkor zákonodárné moci. Naproti tomu ve Spolkové republice Německo po druhé světové válce či v České republice a jiných postkomunistických státech v období transformace právního řádu měly soudy, zejména ty ústavní,<sup>433</sup> poměrně silné postavení.

Třetím fenoménem majícím vliv na formování principu proporcionality je globalizace v právu ovlivňující výše zmíněný efekt „vypůjčování“ pojmů ústavního práva (*constitutional borrowing*) a z něj vyplývající globalizace právní doktríny.<sup>434</sup>

---

<sup>431</sup> Viz příklad USA uvedený v kapitole 11.

<sup>432</sup> Viz výše kapitola 2.3. Explicitně je princip proporcionality rovněž zmíněn v čl. 52 odst. 1 Listiny základních práv EU.

<sup>433</sup> Podle některých autorů má samotný fakt rozvoje ústavního soudnictví odděleného od obecných soudů pozitivní vliv na rozvoj doktrín týkajících se základních práv. (viz např. komentář Mattiase Kumma k referátu M. Cohena-Eliyy a I. Porata: The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, přednesený na konferenci: *Rights, Balancing and Proportionality*, konané dne 4. – 5. ledna 2009 v Akademickém centru práva a obchodu v izraelském Ramat Ganu, zvukový záznam je dostupný na internetu: <http://www.clb.ac.il/workshops/2009/index.html>).

Příklady Spojeného království a USA tomuto výkladu spíše nasvědčují. Zajímavá bude v tomto ohledu například judikatura Nejvyššího soudu založeného ve Spojeném království v roce 2009.

<sup>434</sup> Viz výše kapitola 7.1., kde je rovněž připomenuto, že je třeba vždy zkoumat faktickou aplikaci principu proporcionality, nikoliv pouze sledovat právní diskurs operující s tímto pojmem.

## KAPITOLA 9

# Princip proporcionality (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) ve Spolkové republice Německo

Současná podoba třístupňového testu proporcionality, která se prosadila s různými modifikacemi v řadě zahraničních právních systémů, včetně toho českého, vznikla ve Spolkové republice Německo. Jak již bylo uvedeno v úvodní kapitole, princip proporcionality se prosazoval v právních řádech postupně, na prvním místě se proto budu věnovat vzniku a rozvinutí tohoto principu ve Spolkové republice Německo.

Přestože se princip proporcionality plně rozvinul až s rozmachem novodobého německého konstitucionalismu po skončení druhé světové války, ideologické zdroje a historické předobrazy principu proporcionality nalezneme v německé právní historii již daleko dříve. Přitom je příznačné, že na doktrinárním utváření principu proporcionality měly zásadní vliv rozdílné právněteoretické školy, které se na území dnešního Německa vyskytovaly.

Odhlédneme-li od úvah o přiměřenosti jakožto svého druhu spravedlnosti (viz podrobněji kapitola 1.2.), byl to koncept liberálního státu a přirozených práv, který položil základ německé doktríně nezbytnosti zásahů státu do práv občanů – což byl základ současného pojetí proporcionality. Předchůdce principu proporcionality tak v Německu (resp. přesněji řečeno v tehdejší Prusku) sloužil k ochraně přirozených práv.<sup>435</sup>

Hlavním impulzem pro rozvoj současné podoby principu proporcionality byla poválečná německá koncepce ústavy jakožto „objektivního řádu hodnot“, kde ústřední úlohu hraje ochrana základních práv a koncepce materiálního právního státu. S nově koncipovanou širokou mírou ochrany základních práv se však pojila

---

<sup>435</sup> PORAT, Iddo, COHEN-ELIYA, Moshe: American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, č. 2, roč. 8, 2010, str. 5, autoři poukazují zejména na odlišné ideové zdroje doktríny vyvažování práv (*balancing*) ve Spojených státech amerických (v podrobnostech viz kapitola 11.1.). SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, str. 679. Viz též HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Otto Schwartz Verlag & Co., 1981, str. 2 a násl. V podrobnostech k vývoji principu proporcionality viz zejm. REMMERT, Barbara: *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*. Heidelberg: C.F.Müller, 1994.



nutnost soudního řešení limitů těchto práv v demokratické společnosti. Rozšiřování účinků lidských práv i do sfér, kam původně nezasahovala – typicky právo soukromé – je také možné považovat za zdroj pozdější judikatury německého Spolkového ústavního soudu k principu proporcionality.<sup>436</sup>

Níže se jednak podrobněji zaměřím na jednotlivá historická období formování principu proporcionality v Německu, poté se budu věnovat analýze soudobé rozhodovací činnosti a její reflexi v německé právní vědě.

### **9.1. Pruské policejní právo v 18. a 19. století a princip nezbytnosti**

Doktrína, která se zrodila v pruské osvícenské právní vědě v 18. století a předcházela současnému principu proporcionality, je odbornou literaturou označována jako zásada nezbytnosti zásahu orgánu státní moci do autonomie jednotlivce.<sup>437</sup>

Tento princip se tehdy vytvořil jako základní princip tzv. policejního práva (*Polizeirecht*), které přibližně odpovídalo dnešnímu právu správnímu; jako ústavněprávní princip byl převzat až v polovině 20. století.<sup>438</sup>

Z pruských teoretiků to byl zejména *Carl Gottlieb Svarez*, kdo se již v 18. století zabýval otázkou, do jaké míry je ospravedlnitelný zásah státní moci do autonomní sféry jednotlivce.<sup>439</sup> Základní zásadou veřejného práva byla podle Svareze zásada, že „stát může omezovat svobodu jednotlivce *pouze* do té míry, pokud je to nezbytné k zachování svobod a jistoty ostatních.“<sup>440</sup> Následně měl tento autor významný vliv na tvorbě všeobecného občanského zákoníku (APLR) z roku 1794, podle jehož článku 10 odst. 2: „policie vykonává *nezbytná* opatření

---

<sup>436</sup> Přestože je obvykle v právní vědě tradováno, že první rozhodnutí, v němž Spolkový ústavní soud aplikoval princip proporcionality byl případ *Apothekenurteil* (viz níže kapitola 9.4.), zárodek pojetí proporcionality při řešení kolizí základních práv objevuje již v klíčovém rozsudku Spolkového ústavního soudu BVerfGE 7, 198 „*Lüth*“ ze dne 15. ledna 1958 (viz LARENZ, Karl, CANARIS, Claus-Wilhelm: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...*, str. 226.

<sup>437</sup> Např. SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, str. 685.

<sup>438</sup> STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism...*, str. 98.

<sup>439</sup> *Ibid.*, str. 98 – 99.

<sup>440</sup> von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht...*, str. 3-4.

k udržování veřejného míru, bezpečnosti a pořádku.“<sup>441</sup> Limity správní činnosti tak nebyly nastaveny pouze pomocí cílů, ke kterým určitá činnost směřovala (jako např. veřejná bezpečnost, pořádek, atd.), nýbrž rovněž pomocí prostředků, jak těchto cílů dosahovat. Nikoliv jakýkoliv zásah ze strany orgánu veřejné moci, byť by byl veden i legitimním cílem, byl považován za legální, pokud současně nesplňoval podmínku nezbytnosti, tj. absenci jiných prostředků, které by stejného cíle dosáhly při menším omezení práv osob.

Jak přitom poznamenávají *A. Stone Sweet* a *J. Matthews*, ve *Svarezově* teorii se při poměrování projevuje jeho preference přirozených práv člověka. V případě jakékoliv nejistoty jsou váhy obrazně poměřující právo a obecný zájem vychýleny ve prospěch práv.<sup>442</sup> Není tedy divu, že i další autoři zastávající teorie přirozeného práva rozvíjeli toto pojetí principu nezbytnosti.

Jedním z těchto autorů byl *Günther Heinrich von Berg*, který je odbornou literaturou zmiňován jako první, kdo popisuje dvě složky současného principu proporcionality – test potřebnosti a nezbytnosti.<sup>443</sup> Tým autor je považován *M. Jakobsem* za prvního německého autora, který používal termín „proporcionalita“.<sup>444</sup>

Další významný autor *Otto Mayer* chápal princip proporcionality jako omezení policejní (tj. správní) moci. V prvním svazku svého díla „*Deutsches Vewaltungsrecht*“ popisuje princip proporcionality takto: „Zásady přirozeného práva vyžadují přiměřenost zásahu, čímž zabezpečují určité omezení policejní pravomoci.“<sup>445</sup>

*I. Porat* a *M. Cohen-Eliya* hovoří v této souvislosti o principu nezbytnosti jako o důležité součásti koncepce právního státu (*Rechtsstaat*). V klasickém pojetí právního státu je možné zasahovat do práv pouze na základě zákona. Princip nezbytnosti však zásadu legality rozvíjí o další důležitou podmínku.<sup>446</sup> Zásah do

---

<sup>441</sup> PORAT, Iddo, COHEN-ELIYA, Moshe: American balancing and German proportionality..., str. 271. Podle autorů se jedná o první základ principu proporcionality v textu právního předpisu. Viz též HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, str. 3.

<sup>442</sup> STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., str. 98.

<sup>443</sup> Ibid., str. 99. *A. Stone Sweet* a *J. Matthews* však připomínají, že Bergovy názory neznamenaly, že by disproporcionální rozhodnutí muselo být zároveň nelegálním omezením základních práv, jehož ilegality by bylo možné deklarovat soudem. Původní smysl principu proporcionality tak byl pouze v „interní“ směrnici pro legislativní tvorbu práva.

<sup>444</sup> JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, str. 2.

<sup>445</sup> Ibid., str. 4.

<sup>446</sup> PORAT, Iddo, COHEN-ELIYA, Moshe: American balancing and German proportionality..., str. 272.

práv tedy nestačí ospravedlnit pouze zákonným podkladem, musí být rovněž nezbytný k dosažení svého cíle.

Na tomto místě je však nutné zdůraznit, že teoretické myšlenky *Svareze*, včetně jejich reálného provedení v APLR, neznamenal, že by již v 18. století docházelo k soudnímu přezkumu správních rozhodnutí; k tomu dochází až o mnoho desetiletí později, zejména v souvislosti se založením pruského Vrchního správního soudu – *Oberverwaltungsgericht* v roce 1875.<sup>447</sup>

V pruském správním soudnictví se princip nezbytnosti stal jedním ze základních principů správního práva. Prvním a nejcitovanějším z řady rozhodnutí pruského Vrchního správního soudu byl případ *Kreuzberg* z roku 1882, v němž tento soud zrušil nařízení města Berlína, zabraňující ve výstavbě budov, které by bránily výhledu na kulturní památky. Takovéto nařízení by totiž podle soudu muselo být nezbytné k dosažení některého z legitimních cílů stanovených zákonem, mezi něž nepatří estetické cítění.<sup>448</sup>

Na konci 19. století se v souvislosti s konstantní judikaturou správních soudů hovoří již o podmínce nezbytnosti zásahů do základních práv.<sup>449</sup> Zatímco teoretikové správního práva ve svých pracích často zmiňují přirozenoprávní základ principu proporcionality, tak jak jej nacházíme například u *Svareze*, praxe správních soudů byla ovládána spíše formalistickým, pozitivistickým přístupem k právu.<sup>450</sup>

## 9.2. Vznik doktríny proporcionality po druhé světové válce

Přestože chápání lidských práv jako základů ústavnosti se objevuje v pracích některých německých autorů ještě před nástupem nacismu k moci,<sup>451</sup> o

---

<sup>447</sup> STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., str. 100.

<sup>448</sup> Rozhodnutí z 14. června 1882, Sbírka rozhodnutí Vrchního správního soudu Pruska, sv. 9, 1882, str. 353 a násl., cit. dle: PORAT, Iddo, COHEN-ELIYA, Moshe: American balancing and German proportionality..., str. 271.

<sup>449</sup> Množství soudních rozhodnutí z různých oblastí Německa zmiňuje J. Schwarze – viz SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, str. 686.

<sup>450</sup> PORAT, Iddo, COHEN-ELYIA, Moshe: American balancing and German proportionality..., str. 273 – 274.

<sup>451</sup> STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., str. 102 – 103. Autoři zmiňují např. *R. Smenda*, *G. Leibholze*, budoucí vůdčí postavy poválečného ústavního práva SRN.

doktrinárním utváření principu proporcionality lze hovořit až po skončení druhé světové války.

V úvodu této kapitoly jsem zmínil dva základní zdroje současného principu proporcionality v SRN: na jedné straně to byla tradice pruské policejní vědy a správního soudnictví zdůrazňující hodnotu liberalismu, na druhé straně šlo o koncepci ústavy jakožto objektivního řádu hodnot, v němž hrají ústřední úlohu základní práva. Nově koncipované hodnoty ústavního práva se často dostávaly do konfliktu, přičemž požadavek pojmání ústavy jakožto řádu hodnot vylučoval absolutní preferování jedné z nich na úkor jiné. Jakékoliv individuální lidské právo nebo veřejný zájem jsou tudíž vnímány jako součást řádu hodnot.<sup>452</sup>

Hlavními ústavními teoretiky podporujícími myšlenku proporcionality byl *Rupprecht von Krauss* a *Peter Lerche*, jejichž disertační práce ovlivnily pojetí proporcionality jakožto ústavního principu.<sup>453</sup>

*R. von Krauss* ve své práci publikované v roce 1955 teoreticky rozpracovává třetí složku principu proporcionality (princip proporcionality v užším slova smyslu, který nazývá *Ermessen* – poměřování).<sup>454</sup> Podle něj v ústavním právu nelze vystačit pouze s principem nezbytnosti, neboť kdyby se jednalo o konečný prostředek záruky ústavnosti, poté by i podstatný zásah do základního práva musel být strpěn za účelem ochrany třeba jen nevýznamného veřejného zájmu, pokud by tento zásah byl nezbytný.<sup>455</sup>

*P. Lerche* publikoval v roce 1961 práci o takové regulaci, která z důvodu své široké působnosti zasahuje přespříliš do základních práv, a tudíž ji je potřeba jako protiústavní odmítnout.<sup>456</sup> Zákaz takovéto úpravy (v originálu *Übermaßverbot*) byla alternativní koncepcí principu proporcionality, tehdy již prosazovanému Spolkovým ústavním soudem.

Z hlediska aplikace je princip zákazu nadměrných zásahů podle *P. Lercheho* jeden z ústředních ústavněprávních principů vedle příkazu k rovnému zacházení

---

<sup>452</sup> EMILIOU, Nicolas: The Principle of Proportionality in European Law..., str. 19.

<sup>453</sup> Ibid., str. 104 – 106.

<sup>454</sup> von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht...*, str. 53.

<sup>455</sup> STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., str. 107.

<sup>456</sup> KIRCHHOF, Paul: Gleichmass und Übermass. In: BADURA, Peter, SCHOLZ, Rupert (eds.): *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 70. Geburtstag*. Mnichov: C.H.Beck, 1993, str. 133.

(*Gleichheitsgebot*), určitosti (*Bestimmtheit*) a vhodnosti (*Geeignetheit*).<sup>457</sup> Právě oddělení zásady vhodnosti a nadměrnosti zásahů, kdy posouzení kritéria vhodnosti právní úpravy podle *Lercheho* předchází posouzení, zda úprava není příliš široká, a tím disproporční,<sup>458</sup> je možné vnímat jako základní rozdíl oproti principu proporcionality.

*Lerche* se na rozdíl od *von Krausse* dále ve své práci zabývá přesnějším vztahem mezi testem nezbytnosti a poměřování a dovozuje přitom, že bez poměřování by princip nezbytnosti neměl význam, neboť „jakékoliv opatření omezující základní práva by mohlo být považováno za nezbytné, pokud by účel, kterému má sloužit, byl definován dostatečně široce.“<sup>459</sup>

Přes některé teoretické rozdíly ve struktuře principů proporcionality a zákazu nadměrných zásahů se ve výsledku tyto principy v zásadě neliší. Možná z toho důvodu je dodnes zákaz příliš omezující úpravy (*Übermaßverbot*) považován za specifický případ disproporcionální úpravy.<sup>460</sup> Někteří autoři princip zákaz nadměrných zásahů považují i dnes za zastřešující pojem, zahrnující jak princip proporcionality v užším slova smyslu, tak i principy vhodnosti a potřeby.<sup>461</sup>

Výše uvedený příklad dokládá nejasnost terminologie spojené s omezeními základních práv, která se podle *M. Jakobse* i některých dalších autorů objevuje ve starší německé právní doktríně i v judikatuře Spolkového ústavního soudu.<sup>462</sup>

Odkaz na doktrinární základy poválečného principu proporcionality je třeba doplnit o inspirace staršími pracemi německých právních sociologů. Právní

---

<sup>457</sup> Ibid., str. 585.

<sup>458</sup> IPSEN, Jörn: *Staatsrecht II. Grundrechte*. 12. vyd., Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009, str. 48.

<sup>459</sup> LERCHE, Peter: *Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung der Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. Köln: Heymanns, 1961, str. 20, cit. dle: STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism...*, str. 106.

<sup>460</sup> Princip zákazu nadměrnosti zásahů do práv a svobod (zjevně inspirovaný německým pojetím *Übermassverbot* chápe český Ústavní soud jako synonymum – viz náleží Ústavního soudu ze dne 13.8.2002 Pl. ÚS 3/02 (likvidační výše pokuty).

<sup>461</sup> REMMERT, Barbara: *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes...*, str. 2.

<sup>462</sup> JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*, str. 8 a násl. Kromě výše uvedeného pojmu *Übermaßverbot*, který zavádí P. Lerche, panuje neshoda ohledně složek principu proporcionality: Manfred Gentsz rozlišuje mezi principy vhodnosti a proporcionality (pod princip proporcionality řadí principy potřeby a proporcionality v užším slova smyslu). Podobně Peter Wittig považuje pojmy nezbytnost a potřeba za synonymní a spolu s proporcionalitou je řadí jako složky principu zákazu nadměrnosti zásahu (*Übermaßverbot*), který odlišuje od principu vhodnosti.

sociologie sice nenašla odraz v převážně pozitivisticky laděné judikatuře předválečných německých soudů, avšak po válce některým dílům nelze upřít vliv na formování principu proporcionality.

Na prvním místě je třeba zmínit *R. von Jheringa* a jeho pojetí účelů v právu a jejich konfliktů.<sup>463</sup> Kromě toho je významná i škola zájmové jurisprudence (*Interessenjurisprudenz*), jejímž představitelem byl *P. Heck, E. Stampe, M. Rümelin* aj.<sup>464</sup> Svým úsilím o vyplňování mezer v právu prostřednictvím analýzy zájmů se tato škola podstatným způsobem odlišovala od školy pojmové jurisprudence.<sup>465</sup> Právě aplikace kolidujících zájmů jako řešení právních problémů je metodologicky podobná poměřování kolidujících práv a hodnot, přestože zásadní rozdíl spočívá v pojetí pramene práva u obou těchto přístupů.

### **9.3. Princip praktické konkordance (*praktische Konkordanz*) v díle *Konrada Hesseho***

Současné pojetí principu proporcionality v dílech německé právní teorie<sup>466</sup> i rozhodovací praxe soudů čerpá mimo jiné z koncepce praktické konkordance objevující se v díle slavného poválečného konstitucionalisty *Konrada Hesseho*, působícího od šedesátých let minulého století na Univerzitě ve Freiburgu a později také jako soudce Spolkového ústavního soudu.

Pojem praktické konkordance je v *Hesseho* díle vymezen jako požadavek na dosažení maximálního účinku kolidujících práv a veřejných zájmů: „hodnoty chráněné ústavním právem musí být při řešení případů v takovém vzájemném vztahu, aby každá hodnota mohla být realizována. V případě jejich konfliktu, žádná z nich nemůže být prováděna na úkor druhé, ani unáhleným poměřováním hodnot, ani na základě abstraktních úvah.“<sup>467</sup>

Pojem praktické konkordance je nutné rovněž dát do souvislosti s dalšími principy výkladu ústavy, které *K. Hesse* zmiňuje, zejména s principem jednoty

---

<sup>463</sup> SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, str. 679.

<sup>464</sup> BOMHOFF, Jacco: Genealogies of Balancing as Discourse. *Law & Ethics of Human Rights*. roč. 4, č. 1, 2010, str. 126.

<sup>465</sup> Ibid.

<sup>466</sup> Viz zejm. komentář k dílu R. Alexyho v kapitole 3.2.

<sup>467</sup> HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller, 1999, str. 28.

ústavy, z něhož vyplývá požadavek na optimalizaci práv a hodnot: „Kolidující práva a zájmy musejí podléhat omezením, tak aby každé právo a každý zájem dosáhl optimálního účinku. Z toho vyplývá, že omezení musejí být přiměřená ve světle specifických skutečností. Nesmějí jít dále, než je nutné k vytvoření souladu (konkordance) kolidujících ústavních hodnot.“<sup>468</sup> Z tohoto vymezení jasně plyne, že kolize práv je závislá na specifických okolnostech případu, což vysvětluje význam slova „praktická“.<sup>469</sup>

Rysem *Hesseho* teorie je rovněž skutečnost, že s kolidujícími právy a zájmy zacházel jako s rovnocennými hodnotami a nepovažoval tudíž základní práva za apriorně nadřazená společenským zájmům, toto pojetí je důsledkem chápání výše zmíněného principu jednoty ústavy.<sup>470</sup> Právě skutečnost, že ústavy ve většině případů nestanovují apriorní hierarchii hodnot, případně základních práv a veřejných zájmů, vede k nutnosti jejich optimalizace.<sup>471</sup>

Kromě jednoty ústavy a praktické konkordance považoval *K. Hesse* za principy interpretace ústavního práva rovněž funkční správnost (*funktionelle Richtigkeit*), vycházející z hodnotové orientace ústavy, integrující účinek (*integrierende Wirkung*), zejména ve vztahu k zachování politické jednoty, a normativní sílu ústavy (*normative Kraft der Verfassung*), související s reálnou vynutitelností norem a principů ústavního práva.<sup>472</sup>

Pokud se zaměříme na odraz této *Hesseho* teorie v judikatuře Spolkového ústavního soudu, zjistíme, dnešní aplikace principu praktické konkordance ve Spolkové republice Německo se poněkud odlišuje od původní koncepce. *K. Hesse* aplikoval tento princip jako samostatný model řešení kolize základních práv, v dnešní judikatuře se tento princip projevuje v rámci hodnocení proporcionality v užším slova smyslu, kdy dochází k finálnímu hodnocení, které právo či veřejný zájem v daném případě převáží. Navíc, argumentace principem praktické konkordance se podle převažující části teorie neaplikuje v případě konfliktu základního práva a kolidujícího veřejného zájmu, nýbrž v případě konfliktu dvou

---

<sup>468</sup> Ibid.

<sup>469</sup> MARAUHN, Thilo, RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*. Antverpy, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 281.

<sup>470</sup> Ibid.

<sup>471</sup> JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, str. 83.

<sup>472</sup> HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, str. 28 – 29.

základních práv. Častěji se používá v případě základních práv, která neobsahují limitační klauzuli.<sup>473</sup>

*E. Grabitz* srovnává princip proporcionality s principem praktické konkordance a všímá si rozdílu, že v případě principu proporcionality jde v některých případech o vyloučení disproporcionální úpravy, zatímco v případě praktické konkordance jde o nalezení optimální úpravy<sup>474</sup> (uplatňuje se zde tedy nižší míra uvážení soudů při hledání ústavně konformního řešení).

*T. Marauhn* a *N. Ruppel* poukazují na příklady rozhodování Spolkového ústavního soudu, v němž tento soud aplikoval princip praktické konkordance. Jedna skupina případů se týká náboženské svobody chráněné článkem 4 odst. 1 GG.

V kontroverzním případě *Krucifix*<sup>475</sup> hodnotil kolizi náboženské svobody věřících osob (pozitivní náboženská svoboda) a svobody přesvědčení osob bez vyznání (negativní náboženská svoboda). Spolkový ústavní soud rozhodl, že umístěním kříže ve školách, v nichž je povinná školní docházka a která není náboženskou školou, porušuje svobodu vyznání v čl. 4 odst. 1 GG.<sup>476</sup> V jiném, neméně kontroverzním, případě – *Kopftuch*<sup>477</sup> – Spolkový ústavní soud prohlásil, že bez zákonné úpravy nemůže být zakázáno nosit muslimský šátek učitelce ve škole. Bylo tedy ponecháno na spolkových zemích, aby samostatně upravily případný zákaz nošení muslimských šátků učitelkami.<sup>478</sup>

---

<sup>473</sup> MARAUHN, Thilo, RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court..., str. 282 – 284. T. Marauhn a N. Ruppel citují např. názory K. Sterna, B. Pierotha, B. Schlinka.

<sup>474</sup> GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., str. 576. Rozdílů mezi pozitivním vyjádřením (optimalizací základních práv, resp. veřejných zájmů) a negativním vyjádřením (vyloučením disproporcionality) si všímá i M. Jakobs – viz JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., str. 84 – 85. Podle M. Jakobse je princip praktické konkordance zaměřen převážně na normotvůrce, kterému přikazuje brát ohled na kolidující práva a zájmy při tvorbě práva, zatímco princip proporcionality je poté aplikováním podobných pravidel soudy a správními orgány přezkoumávajícími proporcionalitu takto vytvořených aktů (Ibid., str. 85 – 86). K tomu je třeba dodat, že jde o otázku terminologickou, neboť podobně lze argumentovat, že i zákonodárce je vázán principem proporcionality – k tomuto pojetí viz POHL, Ottmar: *Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?* Köln: V. Kleikamp, 1961.

<sup>475</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 16. května 1995 BVerfGE 93, 1.

<sup>476</sup> Komentář k tomuto případu viz MARAUHN, Thilo, RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court..., str. 292 – 294.

<sup>477</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 24. září 2003 BVerfGE 108, 282.

<sup>478</sup> Komentář k tomuto případu viz MARAUHN, Thilo, RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court..., str. 289 – 292.



Z výše uvedených příkladů je zřejmé, že používání techniky praktické konkordance vede k rozdílným právním závěrům s ohledem na skutkový stav. Na druhé straně je zjevné, že řešení kolize dvou základních práv patří v řadě případů k politicky kontroverzním záležitostem. Otázkou je, zda s použitím metodologie praktické konkordance mohou soudy přesvědčivěji vyargumentovat právní závěr, než kdyby byl použit princip proporcionality. V následujícím textu se proto podrobněji zaměřím na utváření testu proporcionality v judikatuře Spolkového ústavního soudu, jakož i jeho současnou aplikační praxi v této oblasti.

#### **9.4. Utváření testu proporcionality v judikatuře Spolkového ústavního soudu**

Již krátce po druhé světové válce existovalo několik kvalitních odborných děl, ze kterých mohl Spolkový ústavní soud na konci 50. let minulého století čerpat, když začal prosazovat doktrínu proporcionality.<sup>479</sup> Původ principu proporcionality shledává Spolkový ústavní soud v zásadě právního státu, konkrétně jeho materiálního pojetí.<sup>480</sup>

Zpočátku své činnosti byl však princip proporcionality používán zřídka a bez viditelného rozlišování jeho jednotlivých složek.<sup>481</sup> Příklady několika takovýchto rozhodnutí z počátku padesátých let uvádí *E. Grabitz*. Spolkový ústavní soud v jednom z nich například hovoří o zásadě přiměřenosti (*Grundsatz der Angemessenheit*) prostředků k policejnímu zásahu, kterou prohlašuje za všeobecně platné pravidlo právního státu (*allgemein gültige rechstaatliche Regel*).<sup>482</sup>

Prvním rozhodnutím, v němž se vyskytlo spojení princip proporcionality (*der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), které je zmiňováno *D. Grimmem*, se týká

---

<sup>479</sup> Kromě již výše zmíněné práce R. von Krausse, je to například: KRÜGER, Herbert: Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz, Deutsches Verwaltungsblatt, 1950, str. 625 a násl, cit. dle STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., str. 104.

<sup>480</sup> GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., str. 584 a judikatura Spolkového ústavního soudu zde zmiňovaná. VOŠKUHLE, Andreas: Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Juristische Schulung*, č. 5, 2007, str. 429.

<sup>481</sup> EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law...*, str. 24 – 25.

<sup>482</sup> Rozhodnutí ze dne 23. října 1952 BVerfGE 2, 1, 79 (SRP-Verbot) viz: GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., str. 569.

ústavnosti volebního zákona ve spolkové zemi Severní Porýní – Vestfálsko.<sup>483</sup> Spolkový ústavní soud zamítl stížnost několika politických stran na zákon této spolkové země o volbách do tamního parlamentu. Sporné ustanovení mimo jiné požadovalo zajištění 100 podpisů pod kandidátní listinou u strany, která v době voleb nemá alespoň tři zástupce v parlamentu.<sup>484</sup> Podle Spolkového ústavního soudu účelem tohoto ustanovení je zabránění fragmentace politické vůle, přičemž zkoumané ustanovení „je vhodný prostředek k dosažení tohoto cíle. Nepřekračuje hranice mezi cílem a prostředkem dané principem proporcionality. V rámci těchto hranic má zákonodárce při absenci konkrétních ustanovení ústavy volbu ohledně úpravy, kterou zvolí.“<sup>485</sup>

*Dieter Grimm* si všímá ještě starších rozhodnutí z počátku padesátých let,<sup>486</sup> kde například Spolkový ústavní soud hovoří o rozdílné situaci zásahu do práv v případě období mimořádného stavu. I s ohledem na takovou situaci však zásah musí být dle Spolkového ústavního soudu nezbytný k dosažení cíle.<sup>487</sup>

Situace se změnila od rozhodnutí z 11. června 1958 (*Apothekenurteil*)<sup>488</sup>, odkdy je princip proporcionality používán Spolkovým ústavním soudem jednotně a pravidelně zahrnuje tři složky.<sup>489</sup> Je přitom překvapivé, že se v tomto rozhodnutí nejen že neopřel o žádnou autoritu, avšak ani blíže neosvětlil, z jakých důvodů princip proporcionality vůbec aplikoval.<sup>490</sup>

V daném případě šlo o to, že Bavorsko udělovalo licenci na provoz lékáren pouze za podmínky, že nové lékárny nebudou konkurovat těm existujícím.

Spolkový ústavní soud prohlásil, že na omezení svobody podnikání bude aplikovat test proporcionality.<sup>491</sup> Tyto složky principu proporcionality popsal jako:

---

<sup>483</sup> Rozhodnutí ze dne 3. června 1954, BVerfGE 3, 383 (Gesamtdeutscher Block), cit. dle: GRIMM, Dieter: Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*, roč. 57, 2007, str. 385.

<sup>484</sup> BVerfGE 3, 383 (1954), 385.

<sup>485</sup> Ibid., str. 398.

<sup>486</sup> Rozhodnutí ze dne 20. března 1952 BVerfGE 1, 167 (Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden). Viz též GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., str. 569.

<sup>487</sup> GRIMM, Dieter: Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence..., str. 385.

<sup>488</sup> BVerfGE, 7, 377.

<sup>489</sup> EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law...*, str. 24 – 25.

<sup>490</sup> STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., str. 107.

<sup>491</sup> V případě BVerfGE, 7, 377 je na straně 407 tento princip popisován následovně: „... Zde platí princip proporcionality v tom smyslu, že předepsané podmínky nesmějí zůstat beze vztahu k zamýšlenému účelu řádného plnění činnosti povolání.“

a) zkoumání, zda omezení práva, které je prostředkem k dosažení cíle, se nezdá zcela nevhodné k dosažení cíle (test vhodnosti),<sup>492</sup> b) zda je zkoumaná úprava nutná (*zwingend erforderlich*)<sup>493</sup> – tj. zda jiná úprava dosahující téhož cíle nelimituje právo méně (test nezbytnosti) a c) zda existuje adekvátní vyvážení mezi omezením práva a z něj plynoucím prostředkem k dosažení veřejného zájmu (princip proporcionality v užším slova smyslu spočívající v poměrování dotčených práv, resp. cílů).<sup>494</sup>

V daném případě bylo Spolkovým ústavním soudem konstatováno, že úprava licencí nesplňuje požadavek potřebnosti dané úpravy, neboť požadovaného cíle, tj. zabránění neomezeného nárůstu počtu lékáren, což by vedlo v konečném důsledku ke zhoršení dostupnosti léčiv a služeb občanům, je možno dosáhnout i jiným způsobem. Na základě obsáhlé skutkové argumentace i s uváděním zahraničních příkladů dospěl Spolkový ústavní soud k názoru, že licencování není k dosažení sledovaného cíle potřebné.

## 9.5. Současná aplikace principu proporcionality v Německu

Z hlediska aplikační praxe Spolkového ústavního soudu si lze všimnout některých významných znaků jednotlivých složek testu proporcionality.

Při zkoumání první složky testu proporcionality, testu vhodnosti (*Geeignetheit*),<sup>495</sup> spatřuje Spolkový ústavní soud určitý prostředek jako vhodný, pokud s jeho pomocí lze dosáhnout požadovaného účinku.<sup>496</sup>

---

<sup>492</sup> BVerfGE 7, 377, (1958), 412.

<sup>493</sup> Ibid.

<sup>494</sup> K tomuto testu však Spolkový ústavní soud podrobně nepřistoupil, neboť dotčená úprava licencí pro lékárny byla shledána protiústavní z důvodu porušení principu nezbytnosti. Spolkový ústavní soud při popisu poměrování hovoří o určitém „stupni“ úpravy zasahující do základního práva, který musí být vyvážen adekvátním přínosem pro veřejné dobro. Jakýkoliv vyšší stupeň zásahu do základního práva je poté možný pouze v tom případě, kdy předchází „stupeň“ úpravy není s to efektivně naplnit předmětný veřejný zájem – viz BVerfGE 7, 377, (1958), 408. Zde vidíme, že poměrování kolidujícího práva a veřejného zájmu (tj. třetí krok aplikace principu proporcionality) je do jisté míry spojeno s argumentací týkající se nezbytnosti dané úpravy.

<sup>495</sup> Z terminologického hlediska se používá v některých případech i pojem „*Tauglichkeit*“ (který rovněž znamená vhodnost, způsobilost), podle M. Jakobse se tento pojem objevuje již v judikatuře pruského Nejvyššího správního soudu – viz JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, str. 64.

<sup>496</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 16. března 1971 BVerfGE 30, 292 (Erdöblevorratung), cit. dle: GRABITZ, Eberhard: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts...*, str. 571 – 572.

Přitom se může jednat i o jen částečné splnění cíle zákonodárce. Rovněž není nutné, aby cíle bylo skutečně dosaženo, postačuje pouhá možnost dosažení cíle, která byla v době přijímání předpisu či aktu pravděpodobná.<sup>497</sup> Tato pravděpodobnost však musí vyplývat z objektivních faktorů, nikoliv pouze ze subjektivního přesvědčení, že určitý prostředek je způsobilý dosáhnout sledovaného cíle.<sup>498</sup> Posuzování této složky testu proporcionality se tedy pojí s dobou přijetí zkoumaného aktu, nikoliv s dobou následující.

Z výše uvedeného vyplývá, že Spolkový ústavní soud přezkoumává kritérium vhodnosti určitého legislativního či exekutivního aktu relativně mírně. Testem ústavnosti tak neprojde pouze takový akt, který je naprosto nevhodný (*schlechthin ungeeignet*).<sup>499</sup>

Příkladem takovéto naprosto nevhodné úpravy byl zákaz centrál spolujízdy *Mitfahrzentrale* (institucí zavedených po druhé světové válce za účelem posílení možnost dopravy jednotlivců tím, že jim budou zprostředkovávány spolujízdy). Hlavní účel zákazu byl spatřován v bezpečnosti silničního provozu. Spolkový ústavní soud však správně podotýká, že k dosažení tohoto cíle je tato úprava objektivně nevhodná (*objektiv untauglich*).<sup>500</sup>

Jiným příkladem z německé praxe je zákon o povinné kvalifikaci obchodníků ve vztahu ke zboží, které prodávají. Tato kvalifikace mohla být nahrazena dostatečnou praxí v oboru, přičemž hlavním důvodem byla tvrzená ochrana spotřebitelů.

V konkrétním případě šlo o to, že majitel kadeřnického salónu byl pokutován za umístění automatu na prodej cigaret ve své provozovně bez povolení. Následně žaloval správní orgán proti pokutě a odvolací soud v Saarbrückenu se obrátil na Spolkový ústavní soud s žádostí o přezkum ústavnosti předmětné právní úpravy.

---

<sup>497</sup> Ibid., str. 572. E. Grabitz s odkazem na rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 9. března 1971 BVerfGE 30, 250, 263 „Absicherungsgesetz“ hovoří rovněž o možnosti omylu zákonodárce o průběhu budoucích událostí (*Recht zum Irrtum*).

<sup>498</sup> EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study...*, str. 28.

<sup>499</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 24. září 1965 BVerfGE 19, 119, 127 (Kuponsteuergesetz), cit. dle: MICHAEL, Lothar: Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit. *Juristische Schulung*, č. 7, 2001, str. 656.

<sup>500</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 7. dubna 1964 BVerfGE 17, 306 (Mitfahrzentrale), cit. dle: EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study...*, str. 26.

Podle Spolkového ústavního soudu nemůže předkládání osvědčení o způsobilosti k prodeji cigaret obchodníky, kteří požadují umístění prodejního automatu ve své provozovně, bezprostředně naplnit cíle, které veřejné orgány s takovou úpravou spojují. Úprava tedy byla shledána jako zcela nevhodná k dosažení sledovaného cíle, a tudíž porušující princip proporcionality.<sup>501</sup>

Druhá složka, princip potřeby (*Erforderlichkeit*), znamená, že nebylo možné zvolit jiný, podobně účinný, ale lidské právo méně omezující, prostředek.<sup>502</sup> Při tomto zkoumání se již nehledí na legitimitu cílů prosazovaných zákonodárcem (ty byly přezkoumány v rámci testu legitimacy a testu vhodnosti). Uznává se, že zákonodárce může v rámci své volnosti směřovat k jakémukoliv ústavně konformnímu cíli.<sup>503</sup> Při sledování testu potřeby se německé soudy zaměřují na prostředky.

Zkoumání testu potřeby se tedy rozpadá do dvou složek: **a)** posouzení, zda je určitý alternativní prostředek mírnější **b)** zkoumání, zda je tento mírnější prostředek způsobilý dosáhnout sledovaného cíle.<sup>504</sup>

Příkladem může být německý systém kvót a koncesí na dálkovou kamionovou dopravu. Ten sice dosahuje ústavou chráněných cílů, avšak je představitelné, že týchž cílů je možné dosáhnout zvláštním zdaněním dálkové kamionové dopravy.<sup>505</sup> Jednalo se o podobný případ jako výše zmíněné licencování lékáren v Bavorsku, které bylo odůvodňováno nutností omezit konkurenci mezi lékárnami.<sup>506</sup> I v tomto případě se Spolkový ústavní soud postavil proti příliš omezující regulaci svobody podnikání.

Dalším příkladem může být německý zákaz prodávat náhražky čokolády z pražené rýže, a to z důvodu ochrany spotřebitelů. Spolkový ústavní soud tuto úpravu rovněž zrušil s odůvodněním, že je možné dosáhnout stejného cíle

---

<sup>501</sup> rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 14. prosince 1965 BVerfGE 19, 330, 338 (Sachkundenachweis), cit. dle: ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 397 – 398.

<sup>502</sup> GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., str. 573.

<sup>503</sup> Ibid.

<sup>504</sup> MICHAEL, Lothar: Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit..., str. 656 – 657.

<sup>505</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 22. května 1963 BVerfGE 16, 147, 173 (Werkfernverkehr), cit. dle: GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., str. 574.

<sup>506</sup> Viz výše kapitola 9.4.

(ochrany spotřebitele), avšak jinými důsledky – zřetelným označením na obalu produktu.<sup>507</sup>

Z výše uvedeného vyplývá, že Spolkový ústavní soud považuje za porušení testu potřebnosti situace, kdy buď je v době přijímání určité úpravy zřejmé, že je stejného cíle možné dosáhnout i mírnějšími prostředky, anebo v rámci následného zkoumání se ukáže, že zvolené prostředky ve srovnání s jinými představují větší omezení.<sup>508</sup>

Konečně poslední složka principu proporcionality, test proporcionality v užším slova smyslu (*Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*), vyžaduje, aby „závažnost zásahu a tíha důvodů ospravedlňujících tento zásah byly ve vzájemném vztahu.“<sup>509</sup> Určitý vztah mezi metodou regulace a cílem, který úprava sleduje, je ostatně jádrem celé doktríny proporcionality. Zde se uplatňuje technika vyvažování v kolizi stojících práv a zájmů společnosti.

V obecné části bylo poukázáno na případ *Titanic*,<sup>510</sup> který je *R. Alexym* často používán jako příklad pro vyvažování kolidujících práv.<sup>511</sup> Satirický časopis *Titanic* zveřejnil článek o vojákově, který zůstal i po vážné nehodě, po které byl upoután na invalidním vozíku, v německé armádě v pozici překladatele (pro nás není nezajímavé, že byl překladatelem do českého jazyka). V satirickém článku byly osoby doplněny o přídomek „rozený“, což mělo vyjadřovat určité vlastnosti – v daném případě byl zvolen přídomek vrah (v originálu: *geb. Mörder*).

Spolkový ústavní soud v tomto případě rozhodl, že obecné soudy ve Spolkové republice Německo nevzaly v úvahu význam svobody projevu v případě satirických děl. Spolkový ústavní soud tedy v rozhodnutí neprováděl podrobné poměrování mezi kolidujícími právy: ochranou osobnosti a svobodou projevu, nýbrž pouze konstatoval, že nezohledněním svobody projevu bylo zasaženo do práv stěžovatele (vydavatele časopisu *Titanic*).

---

<sup>507</sup> rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 16. ledna 1980 BVerfGE 53, 135, 146 (Schokoladenosterhase), cit. dle: ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights...*, str. 398 – 399.

<sup>508</sup> GRABITZ, Eberhard: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts...*, str. 574 – 575.

<sup>509</sup> rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 19. 10. 1982 BVerfGE 61, 126, 135, cit. dle: EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study...*, str. 32.

<sup>510</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 25. března 1992 BVerfGE 86, 1.

<sup>511</sup> ALEXY, Robert: *Balancing and Subsumption. A Structural Comparison...*, str. 437 a násl., ALEXY, Robert: *The Construction of Constitutional Rights...*, str. 29 a násl.

Jiným příkladem poměrování je úprava hesenského tiskového zákona z roku 1949 vyžadující, aby každý vydavatel v Hesensku na vlastní náklady poskytl povinný výtisk své knihy tamější zemské knihovně.<sup>512</sup> Spolkový ústavní soud v řízení potvrdil, že omezení vlastnického práva z důvodu společenských zájmů musí podléhat principu proporcionality.

Výše popsaná úprava tiskového zákona byla shledána Spolkovým ústavním soudem rozporná s německým GG v rozsahu, v jakém je umožněno nařídít předání každého vytištěného tisku zemské knihovně. Soud však ustanovení nezrušil, nýbrž přijal ústavně-konformní výklad, podle něhož se ustanovení zákona nepoužije v případech, kdy je vydáván náklad v malých počtech kusů, neboť zaslat povinný výtisk na vlastní náklady zemské knihovně nepřiměřeně omezuje vlastnické právo majitele výtisků.<sup>513</sup>

*L. Michael* v komentáři k tomuto rozhodnutí konstatuje, že Spolkový ústavní soud mohl danou úpravu posuzovat již s ohledem na potřebnost tohoto zákonného ustanovení. Konkrétně měl zkoumat, zda neexistuje alternativní prostředek k dosažení sledovaného cíle (zajištění veřejného zájmu na rozšiřování kulturního a duchovního dědictví). Za mírnější prostředek, než je poskytnutí výtisku na vlastní náklady, je poskytnutí elektronické formy výtisku, popřípadě půjčení výtisku za účelem zhotovení jeho kopie knihovnou.<sup>514</sup>

---

<sup>512</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 14. července 1981 BVerfGE 58, 137 (Pflichtexemplar), cit. dle: MICHAEL, Lothar: Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit..., str. 657.

<sup>513</sup> BVerfGE 58, 137. K tomuto postupu je třeba kriticky dodat, že z hlediska dnešních obecně přijímaných metod interpretace práva se tento výklad patrně nachází již za hranicích toho, co je ještě možné označit za dotváření zákona ústavně konformní interpretací.

<sup>514</sup> MICHAEL, Lothar: Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit..., str. 657.

# Princip proporcionality v České republice

Ústavní soudnictví v České republice, podobně jako v ostatních střeoevropských státech, které na přelomu 80. a 90. let minulého století přecházely k demokracii a budovaly právní a ústavní stát, bylo budováno na základě již existujících zahraničních vzorů, a proto není divu, že vedle organizace přejímalo i řadu zahraničních doktrín. Volba modelu koncentrovaného ústavního soudnictví, v němž rozhoduje jediná instituce, formálně odděleného od systému obecné justice, utváření těchto doktrín ještě zvýraznila.

Ze srovnávacího hlediska získaly soudy postkomunistických států střední Evropy relativně silné pravomoci<sup>515</sup> (viz např. níže zmiňovanou úlohu Sněmovny lordů ve Spojeném království v kapitole 12), což ještě zvýšilo potřebu přesvědčivé ústavněprávní argumentace v jejich rozhodnutích, tak aby nebyly vnímány jako orgány politické moci. Přestože ústavní soudnictví je legitimováno skutečností, že práva jednotlivců nemohou být ponechána k ochraně politické většině,<sup>516</sup> nýbrž zvláštnímu, nezávislému orgánu, rozhodování o řadě ústavních otázek nelze zcela oprostít od politických hodnocení.<sup>517</sup>

Klasickým případem složité ústavněprávní argumentace, která bývá často předmětem kritiky pro subjektivismus, arbitrárnost či pronikání politických úvah do rozhodnutí ústavních soudů, je aplikace principu proporcionality.<sup>518</sup> Tato kritika může být namísto v případě nedostatečného či jinak vadného používání principu proporcionality, podle mého názoru však nevyvrací samotnou potřebu aplikovat test proporcionality v ústavním právu.

Na příkladu České republiky lze názorně ukázat zrod a utváření této ústavněprávní doktríny v podmínkách opětovného obnovování demokratického právního státu. Dále bude poukázáno na podle mého názoru neblahou praxi

---

<sup>515</sup> ROBERTSON, David: *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review...*, str. 83.

<sup>516</sup> SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts...*, str. 27 a násl.

<sup>517</sup> *Ibid.*, str. 266.

<sup>518</sup> V české literatuře je kritický pohled představen v díle J. Tryzny – viz TRYZNA, Jan: *Právní principy a právní argumentace: K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010, str. 306.



pronikání dalších metod řešení kolize základních práv, které postupně vedou k vytváření nepřehledné soudní praxe v této oblasti. Přitom budou zmíněna některá nejvýznamnější rozhodnutí, která tvoří základ pro dnešní aplikaci principu proporcionality v českém ústavním právu.

### 10.1. Zrod doktríny proporcionality v judikatuře Ústavního soudu

Přestože za první rozhodnutí Ústavního soudu, které explicitně řeší konflikty základních práv prostřednictvím testu proporcionality, bývá považován nálezn sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. října 1994 ve věci ústavnosti institutu anonymního svědka v trestním řízení, podíváme-li se do ještě starší judikatury Ústavního soudu, nalezneme i jiná rozhodnutí, v nichž je problematika kolizí základních práv popisována, či dokonce je nastiňováno určité řešení.

Zásadu přiměřenosti Ústavní soud zmiňuje například v rozhodnutí, kterým zrušil trestný čin hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu.<sup>519</sup> V odůvodnění rozhodnutí, kterým vyhověl návrhu prezidenta republiky, mimo jiné uvádí: „Protože každý zákon obsahující příkazy a zákazy zasahuje do svobody jednotlivce a jeho základních práv, je třeba uvážít, zda a do jaké míry jsou příkazy zákona zřetelně a přesně definovány, ale také zda jsou svému účelu přiměřené, vhodné a potřebné.“<sup>520</sup>

V tomto případě označil Ústavní soud za prvek právního státu zásadu přiměřenosti, kterou vymezil jako „odpovídající přiměřenou korelaci mezi cílem a použitými prostředky.“<sup>521</sup> V daném případě Ústavní soud prohlásil úpravu trestného činu hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu za odporující zásadě nezbytnosti, kterou implicitně podřadil pod princip přiměřenosti.<sup>522</sup>

Tento princip byl rozpracován o půl roku později v rozhodnutí týkajícím se posuzování ústavnosti úpravy anonymního svědka v trestním řízení. Soudem

---

<sup>519</sup> Nález ÚS ze dne 12. 4. 1994 sp. zn. Pl. ÚS 43/93 (trestný čin hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu).

<sup>520</sup> Ibid.

<sup>521</sup> Ibid. Jedná se o první vymezení principu proporcionality v judikatuře Ústavního soudu, ovšem bez podrobnějšího vymezení struktury tohoto testu.

<sup>522</sup> Jeden z hlavních argumentů spočíval v tom, že výše uvedené ústavní orgány jsou chráněny i jinými skutkovými podstatami trestního zákona.

nastíněný test poměrování je již velmi podobný testu proporcionality, aplikovanému v mnohých západoevropských zemích.<sup>523</sup>

Hlavní sporná otázka v tomto případě byla, zda úprava institutu anonymního svědka neporušuje právo na spravedlivý proces obžalovaného, protože tento svědek nemůže být v trestním řízení před soudem konfrontován s dotazy obžalovaného, jeho výpověď však může sloužit jako usvědčující důkaz.

Ústavní soud poprvé popsal podmínky, za nichž lze omezit základní právo i v případě, kdy toto omezení ústava nepředpokládá: „*Základní je v této souvislosti maxima, podle které základní právo či svobodu lze omezit pouze v zájmu jiného základního práva či svobody.*“<sup>524</sup>

Podmínky omezení základního práva ve prospěch jiného základního práva pak dovodil z článku 4 odst. 4 LZPS: „*Při posuzování možnosti omezení základního práva či svobody ve prospěch jiného základního práva resp. svobody lze stanovit tyto podmínky, za jejichž splnění má prioritu jedno základní právo či svoboda: První podmínkou je jejich vzájemné poměrování, druhou je požadavek šetření podstaty a smyslu omezovaného základního práva resp. svobody (čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod).*“<sup>525</sup>

Následovalo vymezení podmínky poměrování (kterou v následujících nálezech již tento soud nazývá principem proporcionality): prvním je kritérium vhodnost, druhým je kritérium potřebnosti a třetím je porovnání závažnosti obou v kolizi stojících základních práv. Nejpodrobněji Ústavní soud vymezil třetí podmínku, v rámci níž uvádí specifickou vážící formuli, spočívající ve zvažování empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů.<sup>526</sup>

Pokud jde o druhou z výše nastíněných podmínek, podmínku minimalizace zásahů do základního práva, zde Ústavní soud naprosto explicitně nevyjádřil, zda ji chápe jako samostatný test, anebo jako součást testu poměrování. *D. Kosař* vykládá judikaturu v tom smyslu, že se jedná o samostatný test, přičemž se však správně ptá, zdali test minimalizace zásahů do základních práv obsahuje navíc nějakou

---

<sup>523</sup> Obdobně jako v padesátých letech Spolkový ústavní soud SRN i český Ústavní soud neodkázal při nastínění metodologie kolize základních práv použitím principu proporcionality ani na zahraniční judikaturu, ani na doktrínu (minimálně v zahraničí bylo možné nalézt řadu případů).

<sup>524</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 12. 10. 1994 sp. zn. Pl. ÚS 4/94 (ústavnost institutu anonymního svědka).

<sup>525</sup> *Ibid.*

<sup>526</sup> Význam jednotlivých argumentů je podrobněji uveden v části 5.2.3.

další podmínku, která by nebyla zkoumána v testu proporcionality.<sup>527</sup> V nálezech, které Ústavní soud přijal v krátké době po svém rozhodnutí ve věci anonymního svědka, již úpravu minimalizace zásahů do základních práv aplikuje jako součást složky poměrování.<sup>528</sup>

Dalším významným nálezem rozvíjejícím praxi Ústavního soudu při aplikaci principu proporcionality byl nále z roku 1996 týkající se přezkoumání ústavnosti zákazu prodeje bytů ozbrojených složek v domech ve vlastnictví města, v němž Ústavní soud poprvé poměřoval základní právo (vlastnické právo obce) a veřejný zájem (zjištění bezpečnosti státu).<sup>529</sup>

Současná judikatura Ústavního soudu dále propracovala příklady tzv. ústavně imanentních omezení základních práv a svobod. V rozhodnutí týkajícím se procesní způsobilosti osob, jimž byla omezena způsobilost k právním úkonům podle zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů, Ústavní soud stanovil, že imanentní omezení mohou vyplývat pouze z důvodů ochrany základních práv jiných osob, anebo za účelem ochrany veřejného zájmu, který je v podobě principu či hodnoty obsažen v ústavním právu jako celku.<sup>530</sup>

## 10.2. Metodologie aplikační praxe

Z výše uvedeného vyplývá, že Ústavní soud se již ve svém prvním rozhodnutí k aplikaci principu proporcionality pokusil vypracovat velmi komplexní metodu pro řešení optimální rovnováhy kolidujících práv. Možná právě ona komplexnost byla důvodem toho, proč v některých dalších případech Ústavní soud buď na

---

<sup>527</sup> KOSAŘ, David: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR..., str. 6.

<sup>528</sup> Nálezy Ústavního soudu ze dne 9. 10. 1996 sp. zn. Pl. ÚS 15/96 (prodej bytů ozbrojených složek) a ze dne 17. 2. 1999 sp. zn. Pl. ÚS 16/98 (podmínka bezúhonnosti podle zákona o střelných zbraních). Jednoznačně stanovený byl tento závěr v nálezu Ústavního soudu ze dne 21. 3. 2002 sp. zn. III.ÚS 256/01 (rekognice): „ ... komponentem metody proporcionality je i zvažování možností minimalizace omezení jednoho v kolizi stojícího základního práva a svobody, resp. veřejného dobra (plynoucí z čl. 4 odst. 4 Listiny).“

<sup>529</sup> HOLLÄNDER, Pavel: *Filipika proti redukcionizmu...*, str. 143. V nálezu ze dne 9. 10. 1996 sp. zn. Pl. ÚS 15/96 (prodej bytů ozbrojených složek) Ústavní soud shledal ustanovení zákona umožňující zakázat prodej těchto bytů nepřiměřeně zasahující do základního práva vlastnit majetek.

<sup>530</sup> Nále z Ústavního soudu ze dne 13. 4. 2011 sp. zn. Pl. ÚS 43/10 (procesní způsobilost osob omezených na způsobilosti k právním úkonům). Viz též nále z Ústavního soudu ze dne 26. 3. 2003 sp. zn. Pl. ÚS 42/02 (odepření výkonu vojenské služby).

metodu proporcionality explicitně vůbec nepoukazuje, anebo jednotlivé složky testu proporcionality používají odlišným způsobem.

Na podobný závěr odkazuje rovněž *D. Kosař* v dosud nejpodrobnější analýze rozhodovací činnosti Ústavního soudu ČR týkající se principu proporcionality shrnující prvních třináct let aplikace tohoto principu. Poukazuje na následující skutečnosti týkající se rozhodování Ústavního soudu ve věci kolize základních práv:

„[Č]eský test proporcionality, jak jej judikoval ÚS, obsahuje přinejmenším tři zvláštnosti: (1) není jasné, zdali test minimalizace zásahu do základního práva je součástí testu proporcionality nebo se aplikuje samostatně; (2) třetí kritérium testu proporcionality, tj. kritérium poměřování, je úzce spjato s kritériem druhým, tj. testem potřebnosti; a konečně (3) Ústavní soud aplikuje v řízení o abstraktní kontrole norem test proporcionality odlišný od testu v řízení o individuální ústavní stížnosti.“<sup>531</sup>

*P. Holländer* však již ve své *Filosofii práva* zmiňuje test proporcionality jako univerzální test, který se aplikuje rovněž v případě konkrétní kontroly ústavnosti a dokládá tuto skutečnost nálezem (sp. zn. III. ÚS 256/01), v němž Ústavní soud zamítl stížnost týkající se používání fotografií s uvedením osobních údajů pro účely rekognice v trestním řízení.<sup>532</sup> V argumentaci, že používání osobních údajů nevinných osob při rekognici nevede k protiústavnímu zásahu do práv na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí, použil Ústavní soud tři klasické složky principu proporcionality.<sup>533</sup>

*D. Kosař* výše uvedené rozhodnutí považuje za „vzácnou výjimku“<sup>534</sup> a poukazuje na novější rozhodnutí ve věci sporu o vlastnické právo při výstavbě rodinného domu, v němž Ústavní soud použil metodologii řešení sporu mezi vlastnickým právem a legitimním očekáváním nabytí majetku ze smlouvy, spočívající v následujících krocích: „(1) v identifikaci základních práv, jež stojí v kolizi; (2) ve snaze zachovat z obou základních práv co nejvíce; a teprve (3) pokud

---

<sup>531</sup> KOSAŘ, David: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR..., str. 6.

<sup>532</sup> HOLLÄNDER, Pavel: *Filosofie práva...*, str. 162.

<sup>533</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 21. 3. 2002 sp. zn. III.ÚS 256/01 (rekognice).

<sup>534</sup> KOSAŘ, David: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR..., str. 8.

druhý krok není úspěšný, tak ÚS dá přednost tomu základnímu právu, v jehož prospěch svědčí „obecná idea spravedlnosti, resp. obecný princip.“<sup>535</sup>

Přes tyto rozdílné přístupy Ústavního soudu studiem novější judikatury lze vysledovat trend, že v současné době rovněž v případě řízení o ústavních stížnostech Ústavní soud stále častěji aplikuje princip proporcionality ve své klasické podobě. Nedlouho po rozhodnutí ve věci výstavby rodinného domu se v řízení o konkrétní kontrole ústavnosti Ústavní soud vyjádřil ve prospěch univerzální aplikace principu proporcionality, avšak na rozdíl od předchozí praxe použil jinou strukturu tohoto testu. Ústavní soud v daném nálezu uvádí: „Potenciální omezení ... základních práv ... vždy musí být provedeno proporcionalně. Test principu proporcionality se odvíjí ve třech následujících krocích, které je třeba vztáhnout jak na zákon, který omezuje tato základní práva, tak na jeho interpretaci a aplikaci nacházející odraz ve vydání individuálního rozhodnutí:

- 1) Je sledovaný cíl legitimní? Je sledován a prosazován cíl nezbytný ve svobodné demokratické společnosti?
- 2) Je dáno racionální spojení mezi cílem a prostředky vybranými k jeho prosazení?
- 3) Existují alternativní způsoby dosažení cíle, jejichž využití by učinilo zásah do základního práva méně intenzivní, popř. jej zcela vyloučilo?“<sup>536</sup>

V jednom z novějších nálezů ve věci konkrétní kontroly ústavnosti Ústavní soud v roce 2009 potvrdil, že bude aplikovat stejný test proporcionality jako v případě abstraktní kontroly ústavnosti, dokonce se přidržel i klasické struktury testu proporcionality.<sup>537</sup>

---

<sup>535</sup> Ibid., str. 9 odkazující na nález ÚS ze dne 16. 6. 2005 sp. zn. I. ÚS 353/04 (výstavba rodinného domu).

<sup>536</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 7. 12. 2005 sp. zn. IV. ÚS 412/04 (omezení způsobilosti k právním úkonům - zvýrazněno autorem).

<sup>537</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2009 sp. zn. IV. ÚS 1554/08 (odůvodnění předběžného opatření), kde ÚS uvádí: „Test proporcionality se odvíjí ve třech krocích. Prvním krokem je hodnocení zásahu hlediskem vhodnosti, jehož obsahem je zvažování zásahu z pohledu možného naplnění sledovaného účelu. Není-li daný zásah způsobilý sledovaného účelu dosáhnout, jde o projev svévole, jenž se považuje za rozporný s principem právního státu. Druhým krokem testu je posouzení zásahu kritériem potřeby, jež sleduje analýzu plurality možných prostředků ve vztahu k zamýšlenému účelu a jejich subsidiaritu z hlediska omezení ústavou chráněné hodnoty – základního práva nebo veřejného statku. Lze-li sledovaného účelu dosáhnout alternativními prostředky, je pak ústavně konformní ten, jenž danou ústavně chráněnou hodnotu omezuje v míře nejmenší. Sleduje-li prověřovaný zásah ochranu určité z ústavně chráněných hodnot, současně však

Z výše uvedeného vyplývá, že kromě kritických poznámek *D. Kosaře* k aplikaci testu proporcionality českým Ústavním soudem, lze připojit ještě další, které jsou podle mého názoru ještě závažnější:

První poznámka se týká konzistentnosti při používání testu proporcionality. I když Ústavní soud v mnoha rozhodnutích deklaruje, že aplikuje na daný případ test proporcionality, jednotlivé senáty Ústavního soudu (resp. jednotliví jeho soudci) aplikují tento test různě, tj. nepřiznávají principu proporcionality tutéž strukturu. Nejedná se přitom pouze o odlišný standard intenzity přezkumu v podobných případech; neshoda panuje také nad samotnými složkami principu proporcionality.

Základní podoba testu proporcionality vychází z třístupňové struktury (uplatněním kritérií vhodnosti, potřebnosti a poměřování v kolizi stojících základních práv).<sup>538</sup> Kromě toho se však objevují nálezy (jednotlivých senátů) Ústavního soudu, např. výše zmíněný nález ve věci omezení způsobilosti k právním úkonům rozhodnutím soudu,<sup>539</sup> kde jsou jako složky principu proporcionality uváděny jiné argumenty. Například v nálezu sp. zn. II. ÚS 94/05 z 1.12.2005 Ústavní soud vymezuje princip proporcionality pouze jako kritérium, „zda jednomu právu nebyla bezdůvodně dána přednost před právem druhým.“ Nadále však na strukturu principu proporcionality není vůbec nijak odkazováno.

Lze tedy shrnout, že problém aplikace testu proporcionality netkví ani tak v tom, že pro abstraktní a konkrétní kontrolu ústavnosti je v některých případech používán rozdílný test, nýbrž že tento test je volen často arbitrárně a není zřejmé, jaký test proporcionality v daném případě Ústavní soud bude aplikovat.

Dalším specifickým problémem je existence alternativních testů, o nichž není vždy zřejmé, zda se mají aplikovat samostatně, anebo spolu s testem proporcionality – viz např. test minimalizace zásahů do základních práv (o němž již bylo řečeno, že je v novější judikatuře aplikován jako součást testu poměřování

---

jinou omezuje, pak třetí hledisko principu proporcionality, jímž je poměřování, představuje metodologii vážení těchto v kolizi stojících ústavních hodnot.“ (odst. 16 odůvodnění nálezu).

<sup>538</sup> viz výše zmiňované nálezy Ústavního soudu ve věci Pl. ÚS 4/94 (ústavnost institutu anonymního svědka), sp. zn. Pl. ÚS 15/96 (prodej bytů ozbrojených složek), sp. zn. Pl. ÚS 16/98 (podmínka bezúhonnosti podle zákona o střelných zbraních), sp. zn. III. ÚS 256/01 (rekognice), sp. zn. IV. ÚS 1554/08 (odůvodnění předběžného opatření). Dále je to např. nález ÚS ze dne 28.1.2004 sp. zn. Pl. ÚS 41/02 (přístup obhájců k utajovaným skutečnostem).

<sup>539</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 7. 12. 2005 sp. zn. IV. ÚS 412/04 (omezení způsobilosti k právním úkonům).

- třetí složky testu proporcionality). Jiným příkladem alternativního testu je test racionality, o němž bude pojednáno níže (viz kapitola 10.4.).

Konečně v jiné části této práce (kapitola 5.3.) byl zmíněn i fakt, že test proporcionality je potřeba vnímat jako test kaskádové či stupňovité povahy, což znamená, že pokud postupně zkoumáme jednotlivé složky testu proporcionality a dospějeme k závěru, že došlo k porušení principu vhodnosti či potřebnosti, není vhodné z důvodu procesní ekonomie i přesvědčivosti právní argumentace pokračovat v následném kroku, tj. zkoumat potřebnost či poměřovat v kolizi stojící práva či hodnoty. Praxe Ústavního soudu je však zatím odlišná: například v odůvodnění nálezu o souladu nového zákoníku práce s ústavou nejprve konstatuje porušení zásady vhodnosti, poté pokračuje v posouzení právní úpravy z hlediska zásady potřebnosti.<sup>540</sup>

Podobně vyznívá i zrušovací důvod ustanovení soudního řádu správního o povinnosti ustanovit opatrovníka každé osobě, jíž byla soudem omezena (nikoliv tedy zbavena) způsobilost k právním úkonům.<sup>541</sup> Ústavní soud uvádí, že „*toto ustanovení nesleduje legitimní účel, resp. nejde o prosazení cíle, který je nezbytný pro svobodnou demokratickou společnost...*“<sup>542</sup> Pokud zastáváme odlišení testu legality, legitimacy a proporcionality, stejně jako pojetí principu proporcionality, které obsahuje tři složky, odůvodnění Ústavního soudu se nám může jevit jako logicky rozporné, neboť již samotný důvod nesledování legitimního účelu by měl být dostačující k vyslovení konečného závěru o protiústavnosti dané úpravy.

### **10.3. Varianty testu proporcionality vytvořené Ústavním soudem**

Od uznání principu proporcionality jakožto součást instrumentária ústavněprávní argumentace se český Ústavní soud přiklonil k podobě velmi přísného testu proporcionality. To se projevuje zejména v posuzování kritéria potřebnosti dané úpravy. Zde bývá posuzována analýza plurality možných prostředků ve vztahu k zamýšlenému účelu a jejich subsidiarita z hlediska ústavou

---

<sup>540</sup> Viz náleží Ústavního soudu ze dne 12.3.2008 sp. zn. Pl. ÚS 83/06 (soulad zákoníku práce s ústavním pořádkem), odst. 271 – 272. K obecné kritice této metody rozhodování ÚS viz též: KOSAŘ, David: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR..., zejm. str. 14.

<sup>541</sup> Viz § 33 odst. 3 věty první zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění před 19.5.2011.

<sup>542</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 13. 4. 2011 sp. zn. Pl. ÚS 43/10 (procesní způsobilost osob omezených na způsobilosti k právním úkonům).

chráněné hodnoty – základního práva nebo veřejného zájmu. Lze-li sledovaného účelu dosáhnout alternativními prostředky, je pak ústavně konformní ten, jenž danou ústavně chráněnou hodnotu omezuje v míře nejmenší.<sup>543</sup>

Jakkoliv lze souhlasit s výtkami *W. Sadurského*, že téměř v každém případě je myslitelná určitá úprava dosahující identického účelu a zároveň omezující základní právo v menší míře,<sup>544</sup> český Ústavní soud vzhledem k výše zmíněné nejasnosti struktury principu proporcionality kritérium potřeby nechápal ve většině případů jako absolutní nezbytnost.

Například v prvním nálezu aplikujícím test proporcionality v jeho třech složkách (výše zmíněný nález týkající se ústavnosti úpravy anonymního svědka – sp. zn. Pl. ÚS 4/94) nebyla úprava anonymního svědka shledána jako odporující kritériu potřeby, nýbrž jako rozporná s testem minimalizace zásahů do základního práva, kterou, jak bylo naznačeno výše v kapitole 10.1., Ústavní soud zahrnul do rámce testu proporcionality.

Následně se však Ústavní soud při precizování aplikace principu proporcionality musel vypořádat s otázkou vyšší míry uvážení zákonodárce v některých otázkách.<sup>545</sup> To vedlo Ústavní soud k rozdělení principu proporcionality do dvou základních podob: 1) **klasický (přísný) test proporcionality** (ten Ústavní soud – patrně omylem – nazval *suspect classification* podle amerického způsobu přezkumu některých kritérií antidiskriminačního práva) a 2) test proporcionality aplikovaný v podobě **vyločení extrémní disproportionality** (tj. mírnější test, který – opět patrně omylem Ústavní soud připodobnil k testu *rational basis test* – následně, jak ještě bude zmíněno, přišel Ústavní soud se samostatným testem racionality, uplatněným při přezkumu sociálních práv).<sup>546</sup> V daném případě Ústavní soud přezkoumával prekluzivní dvouletou lhůtu na převod pozemku ve vlastnictví po rozhodnutí Pozemkového

---

<sup>543</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 15. 1. 2009 sp. zn. IV.ÚS 1554/08 (absence odůvodnění předběžného opatření), odst. 16.

<sup>544</sup> SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts...*, str. 268 – 269. Viz výše kapitola 4.1.

<sup>545</sup> Podrobněji k teoretickému základu těchto úvah viz HOLLÄNDER, Pavel: *Filipika proti redukcionizmu...*, str. 148 a násl.

<sup>546</sup> Poprvé explicitně v nálezu Ústavního soudu ze dne 13. 12. 2005 sp. zn. Pl. ÚS 6/05 (uplatnění práv k restituovaným pozemkům). K americkým doktrínám *strict scrutiny* a *rational basis test* viz BOBEK, Michal, KÜHN, Zdeněk, BOUČKOVÁ, Pavla (eds.): *Rovnost a diskriminace*. Praha: C.H.Beck, 2007, str. 47. Ke kritice použité terminologie viz též KÜHN, Zdeněk: K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví. In: JIRÁSKOVÁ, Věra, SUCHÁNEK, Radovan. *Pocta Zdeňku Jičínskému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2009, str. 48.



úřadu a shledal ji jako protiústavní. V odůvodnění však bohužel Ústavní soud podrobněji nerozvinul výše nastíněnou argumentaci dvěma formami testů proporcionality.

Postup českého Ústavního soudu, kdy rozlišil různou míru přísnosti svého přezkumu a rozlišil dvě podoby původně jednotného testu proporcionality, není z komparativního ohledu nikterak výjimečný. Naopak, podle *Michaela Fordhama* a *Thomase de la Mare* je rysem pokročilého vývoje doktrín soudů, pokud dojde k sebeomezení soudu v případech, které se dotýkají politiky státu spíše než základních práv.<sup>547</sup>

Počáteční úvahy o rozlišování původně jednotného testu proporcionality byly potvrzeny v případě rozhodování v daňových otázkách. V konkrétním případě z roku 2009 šlo o posouzení ústavnosti daně z převodu nemovitosti a Ústavní soud shrnul dosavadní judikaturu týkající se daňové oblasti následujícím způsobem: „*K aplikaci vhodné metodologie pro přezkum ústavnosti zákonné úpravy daně, poplatku, příp. jiné obdobné zákonem stanovené povinné dávky, jakož i peněžitých sankcí se Ústavní soud vyjádřil v nález ve věci posouzení podmínek a sazeb zákonného pojištění odpovědnosti zaměstnavatele za škodu při pracovním úrazu anebo nemoci z povolání, kde aplikoval strukturu zásady proporcionality v užším smyslu, a to zásadu proporcionality ve smyslu vyloučení toliko extrémní disproportionality.*“<sup>548</sup>

#### **10.4. Test proporcionality a test racionality**

K dalšímu odlišení od klasického modelu přezkumu základních práv a svobod došlo v důsledku rozhodování Ústavního soudu ve věcech sociálních práv. Tato práva se liší od klasických liberálních práv a svobod v mnoha oblastech. Základním rozdílem je podmíněnost realizace těchto práv faktickými možnostmi konkrétního státu, neboť jejich prosazování přináší obvykle značné nároky na státní rozpočet. V České republice je na rozdíl od některých jiných ústav vymahatelnost sociálních práv omezena, jednak ustanovením článku 41 Ústavy

---

<sup>547</sup> FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: Identifying the Principle of Proportionality..., str. 65. K rozdílné intenzitě přezkumu základních práv a svobod v ústavním právu viz obecně kapitola 4.

<sup>548</sup> nález Ústavního soudu ze dne 21. 4. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 28/09 (ústavnost daně z převodu nemovitosti), odst. 43 odůvodnění.

a dále častými odkazy na podrobnější úpravu přenechanou zákonu.<sup>549</sup> Omezení podle čl. 41 Ústavy se však nevztahuje na přezkum ústavnosti zákona nebo jiného právního předpisu podle čl. 87 odst. 1 písm. a) a b) Ústavy.

Ústavní soud České republiky byl již v řadě případů konfrontován s požadavkem na přezkum sociálních práv<sup>550</sup> a pro jejich přezkum neaplikuje test proporcionality, nýbrž metodu, kterou nazývá, patrně s odkazem na judikaturu Nejvyššího soudu USA, test racionality. Podle Z. Kühna byl poprvé tento test použit v nálezu týkajícím se ústavnosti omezení práva na stávku.<sup>551</sup>

Je otázkou, jaké úvahy vedly Ústavní soud k vytvoření nového testu. Patrně měl pocit, že specifikům sociálních práv by neodpovídala metodologie testu proporcionality, jež Ústavní soud nastavil jako poměrně přísný test a z něhož poté činil výjimky za účelem sebeomezení v politicky citlivých otázkách (např. daňových).

V oblastech sociálních práv patrně Ústavní soud usiloval o větší míru sebeomezení, než mu umožňovala aplikace testu vyloučení extrémní disproportionality. Podle Ústavního soudu „*testem ústavnosti v tomto smyslu projde taková zákonná úprava, u níž lze zjistit sledování nějakého legitimního cíle a která tak činí způsobem, jež si lze představit jako rozumný prostředek k jeho dosažení, byť nutně nemusí jít o prostředek nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.*“<sup>552</sup>

Test racionality podle Ústavního soudu spočívá na následujících dvou kritériích: **a)** úprava sleduje legitimní cíl, **b)** prostředek k dosažení cíle si lze představit jako rozumný (tj. nikoliv nejlepší, nejvhodnější, atd.).

V následné praxi Ústavní soud svou metodologii přezkumu sociálních práv rozvinul na příkladu rozhodování o zdravotnických poplatcích, když zpřesnil použití tohoto testu pouze na případy, kdy nebude zasaženo esenciální jádro

---

<sup>549</sup> v podrobnostech viz BOUČKOVÁ, Pavla: *Rovnost a sociální práva...*, str. 40 – 41.

<sup>550</sup> Z mnoha lze zmínit např. nálezy Ústavního soudu: ze dne 11. 6. 2003 sp. zn. Pl. ÚS 40/02 (extenze působnosti kolektivních smluv vyššího stupně), ze dne 12. 3. 2008 sp. zn. Pl. ÚS 83/06 (ústavnost nového zákoníku práce), ze dne 24. 4. 2008 sp. zn. Pl. ÚS 2/08 (neproplacení nemocenského v prvních třech dnech nemoci), ze dne 23. 3. 2010 sp. zn. Pl. ÚS 8/07 (zrušení redukční hranice u důchodů) a dále některé níže citovaná nálezy.

<sup>551</sup> Viz KÜHN, Zdeněk: K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví..., str. 48, jde o nálezy Ústavního soudu ze dne 5. 10. 2006 sp. zn. Pl. ÚS 61/04 (podmínky vyhlášení stávky).

<sup>552</sup> *Ibid.*, odst. 41 odůvodnění.

sociálního práva. V případě, že zkoumaná úprava zasahuje do esenciálního práva, je namístě podle Ústavního soudu použít přísnější test, a to test proporcionality.<sup>553</sup>

Toto rozhodnutí se stalo z mnoha ohledů předmětem kritiky: jednak samotné vymezení esenciálního jádra může být sporné (což ostatně potvrdila i poměrně málo přesvědčivou argumentací i majorita soudu kritizovaná disentem předsedy Rychetského),<sup>554</sup> ovšem i následná analýza po definování esenciálního jádra může vyvolat spory. S deklarovanou zdrženlivostí Ústavního soudu není podle *J. Wintra* zcela kompatibilní představa o zrušení zákona, který nezasahuje do esenciálního jádra sociálního práva.<sup>555</sup>

Podobně se však lze stavět kriticky k druhému případu, kdy potenciální zásah do esenciálního jádra základního práva může být ospravedlněn principem proporcionality.

Pokud bychom důsledně přijali argumentaci Ústavního soudu, lze se ptát, zda v rámci omezitelného esenciálního jádra základního práva se nenachází ještě „menší“ jádro, které již omezitelné není. Pokud by totiž omezení základního práva nebylo samo nijak limitováno, bylo by možné dojít do stavu, kdy by zásah do základního práva nepředstavoval již jen omezení, nýbrž celkové odstranění tohoto práva. Takový postup by však již byl patrně v rozporu s článkem 4 odst. 4 LZPS.

Ještě více kritizovanou skutečností při aplikaci testu racionality bývá nekonzistentnost soudního rozhodování. V některých případech totiž Ústavní soud bez hlubšího vysvětlení tento test při přezkumu souladu zákonů se sociálními právy nepoužívá. Souběžně s výše uvedeným rozhodováním o zdravotnických poplatcích Ústavní soud přezkoumával i ústavnost neproplacení nemocenského v prvních třech dnech nemoci (které ze sporných důvodů vyloučil k samostatnému

---

<sup>553</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08 (poplatky ve zdravotnictví), odst. 103.

<sup>554</sup> Ke kritice viz též KÜHN, Zdeněk: K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví..., str. 47. JUDr. Rychetský ve svém separátním votu mimo jiné uvádí: „Nyní jsme však svědky závěru, že ‚esenciálním obsahem čl. 31 věty druhé Listiny je ústavní zakotvení obligatorního systému veřejného zdravotního pojištění, který vybírá a kumuluje prostředky od jednotlivých subjektů (plátců), aby je mohl na základě principu solidarity přerozdělit a umožnit jejich čerpání potřebným, nemocným, chronikům. Ústavní garanci, na základě které se bezplatná zdravotní péče poskytuje, požívá pouze a jenom suma takto shromážděných prostředků.“

<sup>555</sup> WINTR, Jan: První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*, č. 5, 2008, str. 38.

projednání).<sup>556</sup> V případě řízení o ústavnosti neproplácení nemocenského však Ústavní soud test racionality vůbec neaplikoval, přičemž odlišnost v ústavněprávní argumentaci u obou typově podobných případů zásahů do sociálních práv rozhodovaných v téže době je obtížně vysvětlitelná.<sup>557</sup>

### **10.5. Shrnutí: Může být test proporcionality univerzálním testem ústavnosti?**

Lze tedy shrnout, že Ústavní soud se vypořádal s požadavkem na zdrženlivost při rozhodování o určitých otázkách v rámci ústavního přezkumu tím, že pro posuzování rozdílných základních práv vytvořil odlišné testy, které se snaží se střídavými úspěchy konzistentně aplikovat. Zatímco samotná variabilní intenzita přezkumu Ústavním soudem v závislosti na předmětu sporu není teorií odmítána, vytváření samostatných testů pro každý nový případ naopak kritizovat možno lze.<sup>558</sup>

Při abstraktní formulaci základních práv je to často judikatura soudů, která adresátům zprostředkovává konkrétnější obsah práv a povinností plynoucích z aplikace základních práv v právních vztazích. Pokud se budou lišit nejen výsledky aplikované konstantní metodou interpretace práva, nýbrž i samotná metodologie právní interpretace tím, že Ústavní soud bude vytvářet výjimky z testů, které aplikuje, popřípadě bude vytvářet testy zcela nové, hrozí, že až se objeví situace, která dosud žádným z testů upravena nebyla, jednotlivci nebudou schopni v žádném případě předvídat závěry soudu o obsahu práva.

Otázkou je, zda teorie může nabídnout řešení, v němž ponechá soudům možnost uplatňovat rozdílnou intenzitu přezkumu základních práv a přitom bude představovat relativně předvídatelný a racionální model takového přezkumu. Jsem toho názoru, že vytváření samostatných testů pro každý odlišný případ není vhodným řešením, neboť nepřispívá k jistotě subjektů nejen co do výsledku

---

<sup>556</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 24. dubna 2008 sp. zn. Pl. ÚS 2/08 (neproplácení nemocenského v prvních třech dnech nemoci).

<sup>557</sup> KÜHN, Zdeněk: K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví..., str. 56, WINTR, Jan: První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv..., str. 38 – 39.

<sup>558</sup> viz např. KÜHN, Zdeněk: K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví..., str. 57.

argumentace provedené soudem, nýbrž dokonce co do metodologie, kterou soud pro svou argumentaci zvolí.

Situace, kdy soudy vytvářely nové a nové testy pro přezkum složitých vztahů je v současnosti realitou například v právu Evropské unie, pokud jde o přezkum opatření omezujících volný pohyb zboží. Není na tomto místě možné ani rámcově popsat danou problematiku, neboť složitá síť pravidel a výjimek již dnes tvoří téměř iracionální systém, v němž například dvě právní úpravy mající tentýž efekt mohou být posuzovány rozdílně v závislosti na tom, jak budou soudem na základě ustálené judikatury kategorizovány.

Rovněž na příkladech z rozhodovací činnosti Ústavního soudu uvedených výše v této kapitole lze poukázat na nejednotnost posuzování použitých testů – např. v nálezu týkajícím se zákona o kolektivním vyjednávání a omezení práva stávky, v němž Ústavní soud poprvé použil test racionality, zastávala v separátním votu *E. Wagnerová* názor, že „účast jednotlivců na stávce je nepochybně realizací jejich politických základních práv, a to práva shromažďovacího ... a práva na svobodný projev. ... Nahlížíme-li ovšem úpravu ... touto naznačenou optikou, pak nepochybně bylo namístě provést test proporcionality ve vztahu k omezení shora uvedených základních práv politických a jsem hluboce přesvědčena o tom, že toto ustanovení by v provedeném testu neobstálo.“<sup>559</sup>

Jiným příkladem je posouzení výše zmíněné ústavnosti daně z převodu nemovitosti, kde návrhové (kterým byl v souladu s čl. 95 odst. 2 Ústavy Nejvyšší správní soud) doporučil Ústavnímu soudu aplikovat v případě ústavnosti daně z převodu nemovitosti test racionality. Ústavní soud však setrval na testu proporcionality v podobě vyloučení extrémní disproportionality. Oba testy jsou si však co do výsledku velmi podobné.<sup>560</sup>

Alternativním řešením oproti vytváření nových testů přezkumu ústavnosti se mi jeví, v souladu s mými závěry z obecné části této práce, zakomponování

---

<sup>559</sup> Separátní votum JUDr. Elišky Wagnerové k nálezu Ústavního soudu ze dne 5. 10. 2006, sp. zn. Pl. ÚS 61/04 (podmínky vyhlášení stávky). Byť názory ve výše uvedeném separátním votu mohou být shledávány jako sporné, ukazují podle mého názoru na obecnější závěr. Rozlišování v různých metodologických přístupech pouze v závislosti na podřazení skutkového stavu pod určité základní právo může být problematické v situaci, kdy nepanuje jednotna na tom, zda spadá pod základní právo občanské či politické, anebo pod právo hospodářské, sociální či kulturní.

<sup>560</sup> nálezu Ústavního soudu ze dne 21. 4. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 28/09 (ústavnost daně z převodu nemovitostí).

proměnné intenzity přezkumu do testu proporcionality jakožto univerzálního testu ústavnosti zásahu do základních práv.

## KAPITOLA 11

### Vyvažování (*balancing*) v ústavním právu USA

Jádro katalogu základních práv ve Spojených státech amerických se v podobě prvních deseti dodatků k ústavě objevuje již na konci 18. století. Na počátku 19. století zde pak vzniká jako v prvním státě světa doktrína soudního přezkumu ústavnosti zákonů (*constitutional review*).<sup>561</sup> Dlouhá historie americké ústavnosti tak umožňuje sledovat, jakým způsobem vznikaly tamější ústavní doktríny, včetně řešení kolizí lidských práv či jejich omezení.

#### **11.1. Kategorizace při řešení kolizí základních práv versus metoda vyvažování (*balancing*)**

Až do 30. let dvacátého bylo dominantním řešením omezení základních práv technika kategorizace, spočívající v identifikaci a následné aplikaci jediného relevantního základního práva, nešlo o různou míru aplikace všech dotčených práv.<sup>562</sup> Přestože si soudci i v této době patrně byli vědomi konfliktů zájmů při řešení sporů, ve svém řešení obtížných případů hledali za pomocí interpretačních metod optimální výklad ústavního textu, který by umožnil subsumpci konkrétního případu pod jediné ustanovení.

Kupříkladu ochrana majetku je v americké ústavě zaručena pátým a čtrnáctým dodatkem (čtrnáctý dodatek přijatý krátce po občanské válce obsahuje obdobnou úpravu jako pátý dodatek, avšak na úrovni států) – tzv. *procedural due process clause* („Nikdo nesmí být zbaven ... majetku bez řádného právního procesu“).<sup>563</sup> V průběhu devatenáctého a na počátku dvacátého století byla soukromému vlastnictví poskytována velmi široká míra ochrany, vylučující například i státní zásahy do úpravy délky pracovní doby a jiné navrhované sociální

---

<sup>561</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803) ze dne 24. února 1803.

<sup>562</sup> ALEINIKOFF, Alexander: *Constitutional Law in the Age of Balancing...*, str. 951.

<sup>563</sup> “[No person] shall be deprived of ... property without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

zákonodárství. Problémem amerického zakotvení lidských práv spočívá, jak již bylo naznačeno v kapitole 2.3., v absenci omezujících klauzulí.

Právě rozhodnutí *Lochner v New York*,<sup>564</sup> v němž Nejvyšší soud zrušil maximální šedesátihodinovou týdenní pracovní dobu v pekárnách ve státě New York, je považováno za vzorový příklad kategorizace v ústavním právu. Nejvyšší soud v tomto případě vůbec neposuzoval kolidující zájmy účastníků sporu, nýbrž pouze konstatoval, že regulace zasahuje do ochrany vlastnictví.<sup>565</sup>

V roce 1937 však došlo k opětovnému zvolení *F. D. Roosevelta*, jehož program zahrnoval boj proti velké hospodářské krizi. Nejvyšší soud se však dosud stavěl proti vládním zásahům do ekonomiky a jakékoliv nové předpisy v této oblasti rušil. V období mezi lety 1880 a 1935 bylo soudy ve Spojných státech amerických prohlášeno za protiústavní přibližně 170 zákonů z oblasti sociálního zákonodárství.<sup>566</sup> Prezident *Roosevelt* však pohrozil změnou v obsazení soudu (zejm. zvýšením počtu soudců), což v konečném důsledku vedlo Nejvyšší soud k reinterpetaci ústavy v tom smyslu, že vládní zásahy do ekonomických aktivit (jako např. stanovení minimální mzdy nebo maximální délky pracovní doby) nevede k protiústavnímu zásahu do vlastnických práv.

Jedním z nejvýznamnějších případů znamenajících reinterpetaci významu některých klasických liberálních práv je známý případ *Carolene Products*,<sup>567</sup> jehož poznámka pod čarou č. 4 položila základ kromě procedurálně orientované teorie demokracie rovněž diferenciaci v ochraně jednotlivých základních práv, přičemž úroveň ochrany vlastnictví se po tomto případě ocitla zjevně v nižší sféře ochrany než například svoboda projevu garantovaná Prvým dodatkem americké ústavy.<sup>568</sup>

Politický kontext byl podle *A. Aleinikoffa* jedním ze tří faktorů proměny rozhodovací praxe Nejvyššího soudu a prosazení doktríny vyvažování.<sup>569</sup>

Další dva faktory (doktrína, zejména vznikající doktrína právního realismu, a soudní rozhodování) souvisely s tehdy moderní filosofií pragmatismu a rozvojem

---

<sup>564</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) ze dne 17. dubna 1905.

<sup>565</sup> ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, 1987, č. 5, str. 951.

<sup>566</sup> WALDRON, Jeremy: The Core of the Case against Judicial Review..., str. 1348.

<sup>567</sup> *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 – 153, n. 4 (1938).

<sup>568</sup> ELY, James W.: Property Rights and Free Speech: Allies or Enemies? *Social Philosophy and Policy*, 2004, č. 2, str. 179. Podrobněji k slavné "Footnote 4" případu *Carolene Products* viz zejm. ELY, John H.: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1980, str. 75 a násl. Viz též komentář v kapitole 4.3.

<sup>569</sup> ALEINIKOFF, Alexander: Constitutional Law in the Age of Balancing..., str. 953.



právní sociologie a s tím souvisejícím odklonem od formalistických představ v právní vědě.

*M. Cohen-Eliya* a *I. Porat* uvádějí jako ideový zdroj techniky vyvažování *O. W. Holmese*, který se svou teorií postavil proti formalistickým představám o právu tehdejší americké právní vědy.<sup>570</sup> Typickým příkladem vlivu právní sociologie na právní myšlení byl dobový spor z konce 19. století mezi zastánci formalismu a právní sociologie.

Ideové rozdíly lze nastínit na neshodě ohledně účinků doručení pojistné smlouvy do schránky. Představitelé právního formalismu pracovali s právními pojmy jako s absolutními kategoriemi. Na základě tohoto učení logicky dovedl *Christopher C. Langdell*, děkan harvardské právnické fakulty v druhé polovině devatenáctého století a významný představitel americké civilistické vědy, že účinky doručení nastávají až poté, co se adresát se smlouvou skutečně seznámí.<sup>571</sup>

Proti tomuto výkladu se postavil *O. W. Holmes* a další, podle nichž *Langdellovo* pojetí neplní účel v obchodních transakcích, kterým by právo mělo napomáhat.<sup>572</sup> Již v některých svých disentujících stanoviscích z 20. let 20. století chápal právo „jako otázku míry“,<sup>573</sup> tj. nikoliv absolutních kategorií.

O zrodu techniky vyvažování tedy nelze hovořit jako o jednom momentu. Spíše šlo o postupný vývoj doktrinárních a judiciálních argumentů zdůrazňujících pojetí práva jakožto společenského fenoménu, které se v příhodný politický okamžik prosadilo.

Právě politický kontext prosazení techniky vyvažování stojí za nejvýznamnějšími kritikami tohoto postupu, neboť z výše uvedeného vývoje je zřejmé, že vyvažování se prosadilo jako koncepce proti příliš širokému pojetí lidských práv.

Po druhé světové válce se na jedné straně technika vyvažování silně rozšířila, na druhé straně se však už objevují první kritiky, které se zaměřují zejména na fakt, že vyvažování sloužilo k dosahování zamýšlených cílů při

---

<sup>570</sup> COHEN-ELIYA, Moshe, PORAT, Iddo: American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, roč. 8, č. 2, 2010, str. 276.

<sup>571</sup> *Ibid.*, str. 277.

<sup>572</sup> *Ibid.*, str. 277-278.

<sup>573</sup> *Panhandle Oil Co. v. Mississippi* 277 U.S. 218 (1928), 223 ze dne 14. května 1928 (dissent soudce Holmese) cit. dle: ALEINIKOFF, Alexander: *Constitutional Law in the Age of Balancing...*, str. 954.

soudním rozhodování<sup>574</sup> (např. obhajoba politiky New Deal před druhou světovou válkou, či ospravedlnění omezení Prvého dodatku americké ústavy – svobody projevu – v 50. letech 20. století v období McCarthyismu<sup>575</sup>).

Rozhodování metodou kategorizace se projevuje například tím, že určité záležitosti, které bychom mohli označit za spadající do významové sféry jistého práva, nadále jako projev tohoto práva hodnoceny nebudou. Naproti tomu v případě vyvažování (*balancing*) se kolidující práva zhodnotí a následně upřednostní určité právo před druhým. Za ilustrativní a často diskutovaný případ aplikace metod kategorizace anebo poměřování práv v americkém ústavním právu lze uvést problematiku ochrany svobody projevu podle Prvého dodatku k americké ústavě.

Právě vyvažování práv garantovaných Prvním dodatkem americké ústavy se v praxi stalo předmětem velkých kritik. Prvý dodatek je totiž obdobně jako jiná práva americké ústavy formulován jako bezvýjimečné právo (viz výše kapitola 2.3.), přitom se však z povahy věci v případě svobody projevu o ničím nelimitované právo jednat nemůže.

Technika poměřování kolidujících práv a zájmů se poprvé v judikatuře týkající se Prvního dodatku objevila již v roce 1939,<sup>576</sup> teprve po výše zmíněném rozhodnutí *Dennis v United States* z roku 1951 a dalších rozhodnutích z 50. a počátku 60. let minulého století se proti zájmům vyvažujícím svobody chráněné v rámci Prvého dodatku zdvihla v americké doktríně vlna kritiky.<sup>577</sup>

Tři nejvýznamnější argumenty těchto kritiků shrnuje *J. Bomhoff*:<sup>578</sup> 1) technika vyvažování omezuje působnost Prvého dodatku takovým způsobem, že v některých případech se vůbec neaplikuje, 2) vyvažování umožňuje definovat rozsah ochrany svobody projevu samotným legislativcem, protože soudy se mu podřizují, 3) vyvažování klade menší limity na odůvodnění omezení práv ze strany

---

<sup>574</sup> BOMHOFF, Jacco: Genealogies of Balancing as Discourse. *Law & Ethics of Human Rights*. roč. 4, č. 1, 2010, str. 132.

<sup>575</sup> *Dennis v. United States* 341 U.S. 494 (1951) ze dne 4. června 1951 (konkurující stanovisko soudce Frankfurtera).

<sup>576</sup> FRANTZ, Laurent B.: The First Amendment in the Balance. *Yale Law Journal*, roč. 71, 1962, str. 1425, citující rozhodnutí *Schneider v. State* 308 US 147 (1939).

<sup>577</sup> např. REICH, Charles A.: Mr. Justice Black and the Living Constitution. *Harvard Law Review*, č. 4, roč. 76, 1963, str. 673 – 754, FRANTZ, Laurent B.: The First Amendment in the Balance..., str. 1424 – 1450, MEIKLEJOHN, Alexander: The First Amendment Is an Absolute. *The Supreme Court Review*, 1961, str. 245 – 266 a mnohé další.

<sup>578</sup> BOMHOFF, Jacco: Genealogies of Balancing as Discourse..., str. 132 a násl.

státní moci a vytváří nebezpečný efekt „šikmé plochy“. Efekt šikmé plochy při rozhodování o omezení lidských práv se poprvé objevuje v článku *Charlese A. Reicha*, který uvádí, že Nejvyšší soud pokaždé pokládá za základ své argumentace již jednou dosaženou míru omezení základního práva, kterou již podruhé neodůvodňuje.<sup>579</sup> Odůvodnění většího omezení práv tak pro soud nevyžaduje velké argumentační obtíže, což ve svém efektu může vést ke stále většímu omezování svobody projevu.

Specifickou techniku vyvažování aplikoval Nejvyšší soud v případě *New York Times Co. v. Sullivan*.<sup>580</sup> Šlo o spor městského komisaře odpovědného za policii ve městě Montgomery L. B. Sullivana, který požadoval náhradu újmy ve výši 500.000 USD za údajně nepravdivý článek o zásahu policistů, neboť měl být spojován s jeho osobou, jakožto velitelem policie.<sup>581</sup>

Nejvyšší soud při zvažování klasického problému kolize svobody projevu s ochranou soukromí (osobnosti) přistoupil k poměrování, ovšem nikoliv konkrétních případů, nýbrž abstraktních práv aplikovaných ve standardizovaných případech. *M. Nimmler* toto vyvažování charakterizuje jako definiční (*definitional balancing*).<sup>582</sup>

Soudy v nižší instanci panu *Sullivanovi* vyhověly, avšak Nejvyšší soud rozhodl, že tato rozhodnutí porušovala svobodu projevu podle Prvého dodatku k americké ústavě. Svoboda projevu chrání i hanlivé projevy proti veřejně činné osobě; pouze v případě, že jsou tyto projevy učiněny „s vědomím, že jsou nepravdivé, anebo bez jakéhokoliv úsilí o zjištění, zda jsou tyto projevy pravdivé, anebo nikoliv.“<sup>583</sup>

---

<sup>579</sup> REICH, Charles A.: Mr. Justice Black and the Living Constitution..., str. 743.

<sup>580</sup> 376 U.S. 254 (1964).

<sup>581</sup> V podrobnostech k tomuto případu viz např. NIMMLER, Melville B.: The Right to Speak from *Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*. *California Law Review*, roč. 56, č. 4, 1968, str. 942 a násl.

<sup>582</sup> Ibid. Po prof. Nimmlerovi toto rozlišování přebírají další – viz např. ALEINIKOFF, Alexander: *Constitutional Law in the Age of Balancing...*, str. 948. Ostatně i principiální poměrování v díle A. Baraka (viz kapitola 3.3.) bychom mohli označit za podobnou definičnímu vyvažování.

<sup>583</sup> NIMMLER, Melville B.: *The Right to Speak from Times to Time...*, str. 943.

## 11.2. Spor o použití proporcionality v případě *Heller*

Skutečnost, že technika poměrování a proporcionality není doposud dominující metodou výkladu omezená lidských práv garantovaných americkou ústavou, lze ukázat na relativně novém rozsudku Nejvyššího soudu z roku 2008 v případě *District of Columbia v. Heller*,<sup>584</sup> který již byl zmíněn ve stručnosti v kapitole 2.3. jako specifický případ techniky nalézání limitů základních práv v americké ústavě. Uvedený případ je však zajímavý rovněž tím, že disentuující menšina soudců se pokusila o výklad americké ústavy za použití principu proporcionality.<sup>585</sup>

V případě šlo o posouzení ústavnosti právní úpravy ve Washingtonu D.C., která zakazovala vlastnit střelné zbraně (pistole, pušky a brokovnice). Předmětný zákon posuzován, zda neporušuje Druhý dodatek americké ústavy, který v překladu zní: „...právo lidu držet a nosit zbraně nesmí být nikým omezováno.“<sup>586</sup>

Nejvyšší soud poměrem hlasů 5:4 rozhodl, že zákon je v rozporu s Druhým dodatkem.<sup>587</sup> Podle většinového stanoviska (za většinu rozhodnutí zformuloval soudce *A. Scalia*) je základním principem Druhého dodatku ústavy základní právo na sebeobranu, do něhož washingtonský předpis zasahuje.<sup>588</sup> Většina soudců nezůstala u jazykového výkladu Druhého dodatku, neboť je samozřejmé, že Druhý dodatek nemá v úmyslu umožňovat držení jakýchkoliv zbraní (ad absurdum například zbraní hromadného ničení). Interpretace Druhého dodatku optikou práva na sebeobranu tak umožnilo většině soudců argumentovat, že lehké ruční zbraně jsou „ve své podstatě obranné zbraně“ (*quintessential self-defence weapon*) umožňující mimo jiné „mířit na zločince, zatímco druhou rukou je možné telefonem přivolat policii.“<sup>589</sup>

Hlavní argumenty disentuujících soudců (*Breyer, Stevens, Souter, Ginsburgová* – tedy liberálního křídla na Nejvyšším soudu) se zakládaly (pro mnohé

---

<sup>584</sup> *District of Columbia v. Dick Anthony Heller*, 554 U.S. 570 (2008) ze dne 26. června 2008.

<sup>585</sup> Šlo o první odkaz na princip proporcionality v judikatuře Nejvyššího soudu USA – viz COHEN-ELIYA, Moshe, PORAT, Iddo: The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, *San Diego Law Review*, roč. 46, 2009, str. 379.

<sup>586</sup> V originálu: „... the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.“

<sup>587</sup> Komentář k tomuto případu viz BREYER, Stephen: *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, str. 164 a násl.

<sup>588</sup> *Ibid.*, str. 167.

<sup>589</sup> *Ibid.*

překvapivě) na metodě originalismu,<sup>590</sup> neboť ústavodárce spojoval právo nosit zbraně s milicí (domobranou) 18. století. V kontextu první části věty tohoto ustanovení („*Dobře organizovaná domobrana je nezbytná k zajištění bezpečnosti svobodného státu,*“) je zřejmé, že právo nosit zbraně historicky úzce souviselo s bojem za nezávislost.

Disentující menšina poukazovala na rozdílnou situaci týkající se práva nosit zbraň v případě domobrany amerických vesnic v 18. století a současné převážně populace žijící většinou ve městech s rozvinutou sítí policie.<sup>591</sup>

Problémem většinového rozhodnutí podle *S. Breyera* je fakt, že zcela opomíjí kolidující veřejný zájem, který je zákonem chráněn – bezpečnost, zejména městské populace, která je ohrožena v případě velkého množství zbraní rozšířených mezi lidmi.

Přestože je zřejmé, že zákon slouží k naplnění cílů (práva na sebeobranu) a patrně je i potřebný k tomuto cíli (neboť obtížně nalezneme lepší způsob, jak se například při přepadení ubránit, než použitím zbraně). Přesto by podle *S. Breyera* zákon měl obstát v testu poměrování, neboť hodnota zachráněných lidských životů redukcí počtu zbraní v ulicích by měla převážit nad individuálním zájmem na obranu vlastního života, zdraví a majetku s pomocí střelné zbraně.<sup>592</sup>

Z hlediska použité metodologie je disentující stanovisko důležité ze dvou ohledů: připodobňuje „evropskou“ techniku proporcionality k „americké“ technice vyvažování a dále konstatuje, že pojetí blízké proporcionalitě je vlastní i americkému ústavnímu právu, neboť bylo Nejvyšším soudem implicitně již mnohokrát aplikováno.<sup>593</sup>

---

<sup>590</sup> Samotná skutečnost, že metodou originalismu argumentují liberální soudci, by však neměla být kritizována, neboť, jak dokládá K. Whittington, naše spojování originalismu s konzervatismem je způsobeno pouze tím, že většina známých proponentů originalismu byla rovněž konzervativci, obsahová souvislost mezi těmito dvěma přístupy není – viz WHITTINGTON, Keith E.: *Constitutional Interpretation ...*, str. 167. Celá monografie prof. Whittingtona je vynikající obhajobou metody originalismu při interpretaci ústavy.

<sup>591</sup> BREYER, Stephen: *Making Our Democracy Work...*, str. 166.

<sup>592</sup> *Ibid.*, str. 169.

<sup>593</sup> viz COHEN-ELIYA, Moshe, PORAT, Iddo: The Hidden Foreign Law Debate in *Heller...*, str. 370. S. Breyer uvádí ve svém disentu příklady těchto soudních rozhodnutí.

### 11.3. Závěr: struktura základních práv v USA

Pro mnohé autory spočívá důvod rozdílného chápání omezení základních práv v kontinentální Evropě a ve Spojených státech amerických v rozdílném chápání samotných základních práv. Východiskem jsou teorie rozlišující mezi konkrétními právními normami a abstraktními právními principy. Základní práva tak mohou být po vzoru německé praxe v některých případech přirovnávány k principům, anebo s nimi může být zacházeno jako s „klasickými“ právními normami. *K. Sullivan* k tomuto rozlišování uvádí, že v případě pojmání lidskoprávních norem jako principů je soudy v USA volena metoda vyvažování těchto práv, zatímco v případě klasického normativního pojetí se používá metoda kategorizace.<sup>594</sup>

Ve své obhajobě amerického přístupu k řešení konfliktů lidských práv *F. Schauer* předvídá, že se Evropa bude Amerikou inspirovat.<sup>595</sup> Tato teze však spíše vyplývá z nepochopení odlišných historických základů obou koncepcí (vyvažování v USA a proporcionality v Německu).

Byla to právě technika vyvažování, která Nejvyššímu soudu umožnila zohledňovat kromě ústavně garantovaných lidských práv i kolidující veřejné zájmy, byť ty samy o sobě oporu v textu ústavy nemají.<sup>596</sup> Vnímání práv jako neomezených však nemůže být základem soudobého demokratického právního státu.

Zde je však možno vnímat rozdíl oproti principu proporcionality, který v Německu chránil zaručená základní práva. Vyvažování proti tomu historicky vzniklo jako reakce na příliš silnou ochranu lidských práv a ignorování celospolečenských zájmů. Možná z toho důvodu se technika vyvažování potýká s větší kritikou, než obdobná technika poměřování v kolizi stojících práv a hodnot vycházejí z koncepcí praktické konkordance, tak jak je aplikována ve Spolkové republice Německo.<sup>597</sup>

---

<sup>594</sup> SULLIVAN, Kathleen: Foreword: The Justices of Rules and Standards. The Supreme Court 1991 Term. *Harvard Law Review*, roč. 106, 1992-1993, str. 59 – 62.

<sup>595</sup> SCHAUER, Frederick: The Exceptional First Amendment..., str. 32.

<sup>596</sup> COHEN-ELIYA, Moshe, PORAT, Iddo: American balancing and German proportionality: The historical origins..., str. 276.

<sup>597</sup> *Ibid.*, str. 284.

Výsledek stavu, kdy je vyvažování základních práv používáno jako metoda řešení kolize základních práv, však přináší i řadu teoretických problémů.

A. *Aleinikoff* je třídí na problémy externí a interní. Za interní problém považuje skutečnost, že doposud nebyl uspokojivě nalezen žádný algoritmus řešení kolize, častá nesouměřitelnost kolidujících práv (zájmů) vede k nepřesvědčivému odůvodnění řady soudního rozhodnutí.<sup>598</sup> Externím problémem je podle A. *Aleinikoffa* především pozice soudů, jakožto orgánů rozhodujících spory o právo, nikoliv právo tvořících. Vyvažování různých cílů, zájmů a účelů je přitom podobné legislativní činnosti.<sup>599</sup>

Pravdou však je, že kritiku založenou na analogii soudcovského aktivismu a metody poměřování nelze vnímat tak, že by vyvažování nutně muselo vést k aktivismu soudce (zejména ve smyslu judikování proti znění právního předpisu). Pravda je podle mého názoru opačná. Soudci, kteří jsou příliš aktivističtí, často aplikují metodu vyvažování. Je však stejně možné, aby aktivistický soudce aplikoval kategorizaci při rozhodování o limitech určitých práv,<sup>600</sup> například tím, že by definiční znaky určitých práv vnímal velmi restriktivně.

---

<sup>598</sup> ALEINIKOFF, Alexander: *Constitutional Law in the Age of Balancing...*, str. 972 a násl.

<sup>599</sup> *Ibid.*, str. 984 a násl.

<sup>600</sup> NAGEL, Robert F.: *Liberals and Balancing. University of Colorado Law Review*, roč. 63, 1992, str. 322.

## KAPITOLA 12

### Vyloučení iracionality (*unreasonableness*) a princip proporcionality ve Velké Británii

Pro britskou ústavní tradici byla vždy charakteristická svrchovanost tamního parlamentu. Představa, že by soudy ve Velké Británii mohly přezkoumávat, zda zákon omezující lidská práva je vhodný, potřebný či přiměřený k cíli, který sleduje, se podle tradiční představy jevila jako nepředstavitelná.<sup>601</sup> Přestože tyto faktory ovlivnily obtížné prosazování principu proporcionality v britském právu, dnes již tento princip musí být v celém Spojeném království aplikován.<sup>602</sup>

#### 12.1. Test vyloučení iracionality v případě *Wednesbury*

Přezkum rozhodnutí orgánů moci výkonné byl tradičně omezen na zkoumání jeho legality, řádného procesu jeho přijetí a racionality.<sup>603</sup>

Právě posledně jmenovaný požadavek racionality se nejbližší podobal testu proporcionality. Doktrína racionality byla založena již rozhodnutím v případě *Wednesbury* z roku 1948.<sup>604</sup> Skutkové okolnosti případu *Wednesbury* byly následující: Společnost *Wednesbury Corporation* byla oprávněna udělovat licence na nedělní zábavní programy. Zákon o nedělní zábavě (*Sunday Entertaining Act*)

---

<sup>601</sup> von ARNAULD, Andreas: *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit...*, str. 44.

<sup>602</sup> de BÚRCA, Gráinne: *Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law*, In: BERNITZ, Ulf, NERGELIUS, Joakim (eds.): *General Principles of European Community Law*. Londýn: Kluwer Law International, 2000, str. 99.

<sup>603</sup> von ARNAULD, Andreas: *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit...*, str. 45. Výše uvedená triáda podmínek (*illegality, procedural impropriety a irrationality*) pochází z rozhodnutí *Council for the Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service* [1985] AC 374 – viz HAMERNÍK, Pavel: *Judicial review v anglickém právu jako inspirace k pochopení stylu Evropského soudního dvora při soudní ochraně dle práva ES. Jurisprudence*, č. 2, 2009, str. 15.

<sup>604</sup> *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* (1948) 1 KB 223.



z roku 1932 blíže nestanovoval podmínky, za nichž tuto licenci udělí. Výslovně totiž umožňoval přiznat licenci, „za podmínek, které úřad považuje za vhodné.“<sup>605</sup>

V konkrétním případě udělila společnost *Wednesbury* licenci na nedělní provozování kina za podmínky, že do něj nebudou vpuštěny děti mladší 15 let.<sup>606</sup> Soud (jménem *Lorda Greena*) rozhodl, že sice nemá pravomoc substituovat rozhodnutí společnosti *Wednesbury*,<sup>607</sup> avšak v případě iracionality rozhodnutí může vlastní úvahou nahradit správní uvážení.<sup>608</sup> Z tohoto důvodu nese tato doktrína označení doktrína iracionality (*unreasonableness doctrine*).

*M. Bobek* v souvislosti s tímto rozhodnutím upozorňuje, že pojem iracionality se v britském správním právu neobjevuje poprvé v případě *Wednesbury*. Uvádí příklady jdoucí až do 17. století, kdy britské soudy například zrušily nedělní zákaz hraní na hudební nástroje na ulicích či zákaz pohřbívání na veřejných pohřebištích ve vzdálenosti menší než 100 yardů od veřejné budovy.<sup>609</sup>

Pojem iracionality (*unreasobleness*) vystihuje podle *P. Hamerníka* skutečnost, že jádrem přezkumu je zkoumání, zda by rozumný orgán rozhodl určitým způsobem,<sup>610</sup> avšak současně ukazuje, že soudy jsou připraveny zasáhnout pouze v případech, kdy činnost veřejných orgánů vykazuje značné nedostatky.<sup>611</sup> V rozhodnutí *Wednesbury Lord Green* definuje iracionální rozhodnutí tak, že by jej žádný rozumný veřejný orgán nevynesl,<sup>612</sup> což je poměrně přísné kritérium. Komentáře k rozhodnutí *Wednesbury* jej proto hodnotí jako příklad velmi zdrženlivého přezkumu rozhodnutí, resp. přesněji jeho hmotněprávní stránky.<sup>613</sup> Tím se ukazuje hlavní rozdíl oproti soudnímu přezkumu, v němž je aplikován test proporcionality.

---

<sup>605</sup> BOBEK, Michal: Reasonableness and Administrative Law: A Comparative Reflection of Functional Equivalence. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 314.

<sup>606</sup> Ibid.

<sup>607</sup> Z hlediska české správní vědy bychom tuto společnost patrně označili za nepřímého vykonavatele veřejné správy.

<sup>608</sup> CRAIG, Paul: Unreasonableness and Proportionality in UK Law. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 94.

<sup>609</sup> BOBEK, Michal: Reasonableness and Administrative Law: A Comparative Reflection of Functional Equivalence..., str. 315.

<sup>610</sup> HAMERNÍK, Pavel: Judicial review v anglickém právu..., str. 20.

<sup>611</sup> CRAIG, Paul: Unreasonableness and Proportionality in UK Law..., str. 94.

<sup>612</sup> Ibid.

<sup>613</sup> FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: Identifying the Principle of Proportionality, str. 29 – 30.

Požadavek racionality byl používán rovněž jako kritérium přezkumu zákonů. Platila domněnka, že výkon pravomoci parlamentu, který lze označit za iracionální, je výkon pravomoci *ultra vires*, neboť o parlamentu platí domněnka, že svou pravomoc nevykonává iracionálním způsobem.<sup>614</sup>

Praxe aplikace testu racionality podle případu *Wednesbury* ukázala, že i před přijetím zákona *Human Rights Act* byly britské soudy připraveny v některých případech interpretovat iracionální rozhodnutí poměrně široce. V případě *Hall & Co. Ltd.*<sup>615</sup> například soud zrušil část stavebního povolení vyžadující, aby investor postavil lávku pro pěší nad budovanou silnicí.<sup>616</sup> Tento v podstatě legitimní požadavek bychom asi stěží objektivně považovali za natolik iracionální, že žádný racionální veřejný orgán by k takovému nemohl dospět.

Teorie si následně všímá rozdílu mezi striktním požadavkem na přezkum exekutivních aktů v případě *Wednesbury* a následnou praxí, která směřovala přece jen k přísnějšímu přezkumu, zejména pokud se přezkum týkal souladu s lidskými právy. V případě *Brind* z roku 1991<sup>617</sup> však *Lord Lowry* zopakoval, že princip proporcionality není součástí britského common law: „Podle mého názoru jsou proporcionalita a podobné fráze používány proto, aby měnily doposud uznávaná kritéria rozhodování, zda orgán nezneužil svoji pravomoc, na argumentaci, v níž se soudy cítí svobodněji zasáhnout. ... Není žádný pramen, který by uznával proporcionalitu za součást anglického common law...“<sup>618</sup> Hlavní důvody pro toto tvrzení shledává *Lord Lowry*: **1.** v demokratické legitimitě volených orgánů, **2.** v absenci určitých typů znalostí a zkušeností ze strany soudců (na rozdíl od znalostí a zkušeností, kterými disponují zákonodárné a exekutivní orgány), **3.** v ohrožení stability současného systému, který vychází z odlišných zásad, a konečně **4.** v nárůstu počtu sporů, které zatíží soudní systém.<sup>619</sup>

---

<sup>614</sup> Rt. Hon. Lord HOFFMANN: The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 108. O doktríně *ultra vires* jako alternativě proporcionality v britském ústavním systému hovoří rovněž J. Schwarze – viz: SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, str. 695.

<sup>615</sup> *Hall & Co. Ltd. v. Shoreham-by-Sea Urban District Council* [1964] 1 WLR 240 cit. dle: CRAIG, Paul: *Unreasonableness and Proportionality in UK Law...*, str. 95.

<sup>616</sup> *Ibid.*

<sup>617</sup> *R. v. Secretary of State for the Home Department* [1991] 1 AC 696, cit. dle: CRAIG, Paul: *Unreasonableness and Proportionality in UK Law...*, str. 88.

<sup>618</sup> FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: *Identifying the Principle of Proportionality...*, str. 36.

<sup>619</sup> *Ibid.*

## 12.2. Proporcionalita v právu Velké Británie

Princip proporcionality začal být ve Spojeném království aplikován v důsledku internacionalizace a europeizace vnitrostátního práva. Dvěma základními právními systémy, pod jejichž vlivem začal být test proporcionality aplikován v právním prostředí Spojeného království, bylo Evropské komunitární právo a dále systém ochrany lidských práv podle Úmluvy.

Je známým faktem, že Spojené království přijalo v roce 1998 zákon *Human Rights Act*, který soudům umožnil deklarovat neslučitelnost zákonů s Úmluvou a dále prohlašoval jednání v rozporu s Úmluvou jiných orgánů, než je britský parlament, za protiprávní. V tomto zákoně se objevuje snaha o maximální zachování nezávislosti parlamentu. Tento model ústavního přezkumu zákonů je v anglo-americké doktríně popisován jako „slabý“ (*weak judicial review*)<sup>620</sup> a je charakteristický tím, že soudy mohou zkoumat soulad zákonů s ústavou, nicméně v případě, kdy shledají, že zákony ústavě odporují, nemohou je rušit či vyloučit jejich aplikaci. Proti tomu lze rozlišit „silný“ model (*strong judicial review*), typický např. pro německou oblast, kdy soudy mohou rušit zákony, které shledají za protiústavní.<sup>621</sup>

Britské soudy jsou podle zákona *Human Rights Act* dále povinny reflektovat i judikaturu ESLP – což vyplývá z čl. 2 odst. 1 tohoto zákona.<sup>622</sup> Z tohoto důvodu je zapotřebí interpretovat omezení práv vyplývajících z Úmluvy ve smyslu judikatury ESLP. V rámci systému ochrany lidských práv před štrasburským soudem je zkoumání proporcionality základem testu, zda je zásah do příslušného práva zaručeného Úmluvou „nezbytný v demokratické společnosti“.<sup>623</sup>

---

<sup>620</sup> WALDRON, Jeremy: *The Core of the Case against Judicial Review...*, str. 1355.

<sup>621</sup> J. Waldron za silný model považuje i takový, kdy soudy zákony přímo neruší, ale umožňují je neaplikovat anebo mohou prosadit ústavně konformní výklad v rozporu se zněním zákona (WALDRON, Jeremy: *The Core of the Case against Judicial Review...*, str. 1354). Byť nejde o derogaci, neaplikování právních norem vede v konkrétním případě k obdobným účinkům.

<sup>622</sup> von ARNAULD, Andreas: *Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiele des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit...*, str. 50.

<sup>623</sup> V podrobnostech k pojetí proporcionality v rámci systému ESLP viz: McBRIDE, Jeremy: *Proportionality and the European Convention of Human Rights*, In: Ellis, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 23 – 35. FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: *Identifying the Principle of Proportionality...*, str. 49 – 60.

Již před vstupem v účinnost zákona *Human Rights Act* byla otázka aplikace testu proporcionality britskými soudy a správními orgány vnímána jako jedna z největších změn související s tímto zákonem.<sup>624</sup> Srovnáním testu proporcionality v pojetí ESLP a testu podle případu *Wednesbury* totiž jednoznačně vyplyne, že test proporcionality je obecně nastaven přísněji než tradiční britský test požadující pouhé vyloučení iracionality právního aktu (viz výše kapitola 12.1.).

Prvé rozdíly v metodách přezkumu britských soudů a ESLP se objevily před účinností zákona *Human Rights Act*. V roce 1999 rozhodl ESLP v případě *Smith and Grady*, že vyloučení homosexuálů ze služby v britské armádě porušuje jejich právo na soukromí garantované článkem 8 Úmluvy.<sup>625</sup> Tentýž případ však britské soudy nepovažovaly za porušení práva garantovaného Úmluvou, neboť aplikovaly nižší přísnost přezkumu.<sup>626</sup>

Vstup v platnost jedenáctého protokolu k Úmluvě<sup>627</sup> měl za následek možnost jednotlivců domáhat se přímo před ESLP porušení práv zaručených Úmluvou (včetně porušení plynoucích z rozdílné aplikace metod konstantně používaných ESLP k výkladu těchto práv). Nový proces ukázal na problematičnost rozdílnosti v přezkumu základních práv zaručených Úmluvou před britskými soudy a ESLP. Účinná decentralizovaná kontrola aplikace práva vyplývajícího z Úmluvy tak přispěla k rychlejší akceptaci odlišného testu v případě přezkumu práv zaručených Úmluvou.

Prvým významným případem zmiňovaným v souvislosti s přezkumem proporcionality se stalo rozhodnutí (posudek) poradní rady *Privy Council* ve věci *De Freitas* z roku 1998.<sup>628</sup> Šlo o posouzení ústavnosti čl. 10 odst. 2 písm. a) zákona o státní službě ostrovního státu Antigua a Barbuda, který vyžadoval, aby zaměstnanci ve státní službě nezveřejňovali informace o určitých kontroverzních

---

<sup>624</sup> FELDMAN, David: Proportionality and the Human Rights Act 1998. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 117.

<sup>625</sup> Rozhodnutí ESLP z 27. 9. 1999 ve věci *Smith and Grady proti Spojenému království* (stížnosti č. 33985/96 a 33986/96)

<sup>626</sup> von ARNAULD, Andreas: Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiele des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit..., str. 46. Ve Spojeném království se tato věc projednávala jako případ R (Smith and others) v. Ministry of Defence [1995] EWCA Civ 22.

<sup>627</sup> Podrobněji k této reformě viz ČERNÁ, Dagmar: *Standard lidských práv v Evropě. Srovnání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Listiny základních práv Evropské unie*. Praha: Právnická fakulta, Univerzita Karlova v Praze, 2009, str. 34 a násl.

<sup>628</sup> *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture Fisheries Lands and Housing* [1998] 3 WLR 675.

záležitostech.<sup>629</sup> Uvedené ustanovení bylo shledáno odporující principu nezbytnosti, neboť přespříliš zasahovalo do svobody projevu zaměstnanců ve veřejné správě.

*Privy Council* ve svém posudku stanovila následující kritéria pro přezkum ústavnosti zákonů: „1. Legislativní cíl musí být dostatečně významný, aby omezil základní právo, 2. Legislativní opatření určené ke sledování cíle s ním musí být v racionálním vztahu, 3. Prostředky používané k omezení práva nebo svobody musejí být absolutně nezbytné k naplnění tohoto cíle.“<sup>630</sup>

Komentáře k tomuto rozhodnutí si zejména všímají následné praxe, která podmínku nezbytnosti vykládá tak, že zahrnuje i poměrování v kolizi stojících práv, což bývá jádrem přezkumu například u štrasburského soudu. Navíc koncepce proporcionality je tvořena především judikatorní praxí, významná je tedy zejména soudní interpretace jednotlivých podmínek a složek testu proporcionality.<sup>631</sup>

Současně se britské orgány setkávají s testem proporcionality v případě aplikace evropského práva. Britské soudy mají povinnost aplikovat právo EU, a to tak, aby bylo pokud možno stejně vykládáno jako ve zbylých členských státech EU. Test proporcionality byl v Evropských společenstvích prosazován postupně od 70. let Evropským soudním dvorem a vyvinul se v obecný princip komunitárního práva, resp. dnes práva EU.<sup>632</sup>

Lze tedy shrnout, že po roce 1998 a přijetí *Human Right Act* nebyl test proporcionality britským orgánům neznámý, neboť jej již musely aplikovat v případech majících vztah ke komunitárnímu právu; jeho aplikace přesto nebyla bezproblémová.

Prvým problémem bylo časté připodobňování testu proporcionality k výše zmíněnému testu vyloučení iracionální úpravy podle případu *Wednesbury*. Podle některých autorů je test proporcionality uplatňovaný britskými soudy od tradičního testu vyloučení iracionální úpravy odvozen. Například podle *Lorda*

---

<sup>629</sup> FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: Identifying the Principle of Proportionality..., str. 61.

<sup>630</sup> Ibid., str. 62.

<sup>631</sup> RIVERS, Julian: Proportionality and Variable Intensity of Review..., str. 178.

<sup>632</sup> TRIDIMAS, Takis: Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 65 a násl.

*Hoffmanna* je požadavek proporcionality jedna z forem vyloučení iracionální úpravy.<sup>633</sup>

*J. Rivers* dokonce hovoří o odlišném testu proporcionality, který se rozvinul ve Spojeném království, když rozlišuje dvě koncepce proporcionality.<sup>634</sup> Britské pojetí proporcionality je ovlivněno tamějším chápáním soudní moci, jejímž hlavním úkolem je poskytovat ochranu před zásahy ze strany státní moci. Proporcionalita je proto chápána jako limit této moci, neboť vyžaduje po soudech, aby přezkoumávaly, zda správní orgány použily takové prostředky, které co nejméně omezují práva dotčených osob.<sup>635</sup> *J. Rivers* si všímá podobnosti s argumentací *R. Dworkina* a jeho popisování vztahu mezi subjektivními právy (*rights*) a politikami (*policies*) – podrobněji viz též kapitola 3.1.

Druhá koncepce aplikovaná v kontinentální Evropě a mající původ v německé doktríně chápe práva a kolidující zájmy jako apriorně srovnatelné. Záleží na okolnostech konkrétního případu, zda převáží právo anebo kolidující zájem.<sup>636</sup> Tato koncepce našla reflexi v díle *R. Alexyho* – viz kapitola 3.2.

Problém nazírání na princip proporcionality optikou britské ústavní tradice může spočívat v rozdílných závěrech, které by mohly učinit na jedné straně britské soudy při aplikaci Úmluvy či evropského práva a na druhé straně v tomtéž případě soud lucemburský či štrasburský. Je totiž zřejmé, že princip proporcionality v pojetí ESLP či práva EU je autonomním konceptem majícím původ v těchto nadstátních právních rádech, které rovněž stanoví podmínky jeho aplikace. V případě, že britské soudy shledají větší míru volnosti pro činnost exekutivy zasahující do určitých práv garantovaných Úmluvou než ESLP, povede tento odlišný pohled u ESLP zákonitě k úspěchu stěžovatele, který by se domáhal vyslovení rozsudku o porušení Úmluvy ze strany Spojeného království.<sup>637</sup>

Pokud by britské soudy akceptovaly stejnou metodologii přezkumu omezení základních práv jako ESLP či Soudní dvůr EU, samo o sobě to neznamená, že veškeré problémy tímto budou odstraněny. Vznikne totiž potenciální problém odlišného modelu přezkumu aktů podle Úmluvy, resp. práva EU, a přezkumu

---

<sup>633</sup> Rt. Hon. Lord HOFFMANN: The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law..., str. 109.

<sup>634</sup> RIVERS, Julian: Proportionality and Variable Intensity of Review..., str. 177.

<sup>635</sup> Ibid., str. 178 – 179.

<sup>636</sup> Ibid., str. 180.

<sup>637</sup> FELDMAN, David: Proportionality and the Human Rights Act 1998..., str. 122.

v čistě vnitrostátních situacích nezahrnující přímo tyto dva právní řády. Problém by se samozřejmě zvýraznil, pokud by se skutkově jednalo o dvě velmi podobné záležitosti.

Podle *P. Craiga* existují v zásadě tři možnosti, jak v této situaci postupovat: první možností je rozlišovat důsledně mezi testem proporcionality uplatňovaným v případě zahrnujícím Úmluvu či právo EU a v ostatních případech ponechat test vyloučení iracionální úpravy.<sup>638</sup>

Druhou možností je v čistě „vnitrostátních“ případech postupovat odlišně v závislosti na předmětu přezkumu (tj. např. lidská práva posuzovat testem proporcionality, ekonomické politiky testem vyloučení iracionální úpravy).<sup>639</sup>

Třetí možností, ke které se *P. Craig* kloní, je uplatňovat ve všech případech test proporcionality, který umožňuje rozhodovat s odlišnou mírou přísnosti v závislosti na předmětu přezkumu<sup>640</sup> (v podrobnostech k rozdílné míře intenzity soudního přezkumu základních práv viz výše kapitola 4). Hlavním argumentem pro aplikaci jednotného testu je dle *P. Craiga* jeho propracovanost ve srovnání s testem vyloučení iracionální úpravy podle případu *Wednesbury*.<sup>641</sup>

### 12.3. Závěr: cesta k jednotné metodě soudního přezkumu?

Lze tedy shrnout, že test proporcionality a britský test vyloučení iracionální úpravy se podstatně liší.

*D. Feldmann* zmiňuje tyto tři základní rozdíly: zaprvé test proporcionality vyžaduje zhodnocení kolidujících práv a zájmů, nikoliv pouze posouzení, zda je určitá úprava racionální vzhledem k sledovanému cíli.<sup>642</sup> Zadruhé hodnocení proporcionality nevyžaduje pouze srovnání racionality kolidujících zájmů, nýbrž podrobnější hodnocení skutkových i právních okolností případu.<sup>643</sup> Konečně zatřetí, test vyloučení iracionální úpravy není dle *Feldmanna* vhodný pro ochranu lidských práv, neboť není s to zaručit vyšší míru ochrany určitému právu.<sup>644</sup>

---

<sup>638</sup> CRAIG, Paul: Unreasonableness and Proportionality in UK Law..., str. 103.

<sup>639</sup> Ibid., str. 104.

<sup>640</sup> Ibid., str. 105.

<sup>641</sup> Ibid., str. 99.

<sup>642</sup> FELDMAN, David: Proportionality and the Human Rights Act 1998..., str. 127.

<sup>643</sup> Ibid., str. 128.

<sup>644</sup> Ibid., str. 129.

Novější judikatura britských soudů naznačuje, že pod vlivem práva EU a doktríny proporcionality ESLP dochází k postupnému pronikání testu proporcionality i do rozhodovací činnosti soudů ve Velké Británii.<sup>645</sup>

Přestože tedy test vyloučení iracionální úpravy založený na rozhodnutí *Wednesbury* nebyl dodnes zcela opuštěn, pod vlivem europeizace a internacionalizace ochrany lidských práv je možno jednoznačně sledovat trend v prosazování testu proporcionality.<sup>646</sup>

Na další rozvoj teorie proporcionality bude mít podle mého názoru velký vliv praxe po ústavní reformě ve Spojeném království, kdy nově konstituovaný Nejvyšší soud bude moci budovat vlastní judikaturu a nebude institucionálně svázán se Sněmovnou lordů.

---

<sup>645</sup> von ARNAULD, Andreas: Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiele des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit..., str. 49 – 52.

<sup>646</sup> Podobný závěr zastává i M. Bobek (BOBEK, Michal: Reasonableness and Administrative Law: A Comparative Reflection of Functional Equivalence..., str. 325), který si však všímá, že podmínky testu *Wednesbury* se v některých případech projevují v testu proporcionality, což svědčí o funkční ekvivalenci testů. Přestože test vyloučení iracionality a proporcionality nejsou totožné, o funkční rovnosti lze asi skutečně v mnohých případech uvažovat (viz i výše zmíněné příklady britské ústavní praxe). Tento závěr by však opět svědčil pro prosazení univerzálního testu, kterým by byl test proporcionality.



## Závěr

V předkládané disertační práci jsem se pokusil obhájit názor, že chceme-li v situaci kolize základních práv anebo kolize základního práva a veřejného zájmu správně aplikovat princip proporcionality, nestačí na něj v rámci argumentace pouze odkázat, nýbrž je třeba podrobně poznat jeho strukturu a aplikovat jeho jednotlivé složky. Abychom mohli poznat strukturu a složky principu proporcionality, je zapotřebí rozumět postavení a účinkům základních práv v právních řádech.

Domnívám se, že teoretické základy principu proporcionality přispívají k lepšímu pochopení objektivního napětí mezi autonomií jednotlivce a obecnou vůlí společnosti.<sup>647</sup> Do určité míry tak tento princip může představovat řešení „problému nové integrace“, který nastolila moderna tím, že do popředí státoprávní nauky postavila jednotlivce a jeho základní práva,<sup>648</sup> a veřejné zájmy a povinnosti mají sekundární roli.

Další významný prvek při správné aplikaci tohoto principu lze spatřovat v institucionální rovnováze zákonodárství a justice a překonávání „protivětšinového problému“ rozhodování soudů.<sup>649</sup> Tento problém se často objevuje v souvislosti s označením „soudcovský stát“ či „soudcokracie“ s tím, že většinou jde o pohled autorů, kteří hodnotí tyto fenomény negativně.

V současné, nejen české, právní praxi můžeme sledovat řadu příkladů, v nichž soudy nekladly na princip proporcionality náležitou pozornost, a v lepším případě na něj při řešení obtížných případů aplikace práva pouze obecně poukázaly.

Ze všech výše uvedených důvodů se domnívám, že má význam budovat metodologii principu proporcionality.

V první kapitole této práce je princip proporcionality vymezen a dán do souvislosti s dalšími hodnotami v právu, především s hodnotou spravedlnosti a

---

<sup>647</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, str. 116.

<sup>648</sup> Viz PŘIBÁŇ, Jiří, HOLLÄNDER, Pavel a kol.: *Právo a dobro v ústavní demokracii...*, str. 36 (esej P. Holländera: Vážně jsme už všichni pozitivisté?).

<sup>649</sup> Tento překlad pojmu *counter-majoritarian problem* používá R. Procházka: PROCHÁZKA, Radoslav: *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii...*, str. 71.

rozumnosti. Zejména je zdůrazněno, že z hlediska pojmového vyjasnění je nutné rozlišovat mezi: 1) hodnotou přiměřenosti, mající v právu mnoho různých podob, 2) předchůdcem současného testu proporcionality – testem nezbytnosti a 3) testem proporcionality vyskytujícím se v dnešní době v různých podobách v rozdílných právních řádech. Proporcionalita je inherentní hodnotou dobrého práva, objevující se v něm v různých kontextech.

V následující kapitole se blíže věnuji teoretickým základům a účinkům lidských práv, zejména pak různým případům jejich ústavních omezení. V práci jsou srovnány dvě významné, avšak co do východisek protichůdné, teorie původu lidských práv nazývané podle německé teorie *kvazi-biologický* a *politický* pohled na lidská práva. Právě druhý zmiňovaný pohled dotváří základní idealistické pojetí a vysvětluje důvod závaznosti novějších generací lidských práv.

Omezování lidských práv, v rámci něhož bývá aplikován princip proporcionality, však nemůže znamenat jejich naprosté popření. V německé teorii je za limit omezení základních práv (*Schranken-Schranken*) považována nauka o esenciálním jádru těchto práv, která sice teorií není jednoznačně přijímána, avšak podle mého názoru jednoznačně vede k úvahám, že samotná limitace práv nemůže být neomezená.

Třetí kapitola je věnována deskripci a analýze aktuálního odborného zkoumání principu proporcionality. Na příkladech *R. Dworkina*, *R. Alexyho*, *A. Baraka*, *D. Beattyho*, *P. Holländera*, *J. Habermase* a dalších bylo poukázáno, že přes tvrzenou univerzalitu tohoto principu, nepanuje v právní teorii ohledně podstaty principu proporcionality shoda.<sup>650</sup> Tuto teoretickou nejasnost lze doložit na rozdílných postojích právních teoretiků k tomuto principu:<sup>651</sup> *Robert Alexy* jej považuje za formálně-logickou aplikační metodu vyplývající ze samé podstaty základních práv,<sup>652</sup> pro *David Beattyho* jde o základní metodu vyplývající z právního státu a doktríny *rule of law*,<sup>653</sup> podle *A. Baraka* představuje strukturu, kterou každá společnost může naplnit svým pojetím významu lidských práv,<sup>654</sup>

---

<sup>650</sup> Ostatně na podobný závěr odkazuje již v roce 1999 W. van Gerven: van GERVEN, Walter: *The Effect of Proportionality on the Actions of the Member States of the European Community...*, str. 58.

<sup>651</sup> Viz též ONDŘEJEK, Pavel: *Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv...*, str. 170.

<sup>652</sup> Viz zejm. jeho díla: *A Theory of Constitutional Rights...*, *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison...*, str. 433 a násl.

<sup>653</sup> BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law...*, zejm. str. 159 – 188.

<sup>654</sup> BARAK, Aharon: *Proportionality and Principled Balancing...*, str. 4.

*Pavel Holländer* na rozdíl od *R. Alexyho* tento princip vnímá jako hermeneutický argument používaný při aplikaci základních práv,<sup>655</sup> pro *Stephena Gardbauma* jde o prostředek k vyvážení dělby moci mezi soudy a politické instituce,<sup>656</sup> pro *Mattiase Kumma* doplněk k liberální doktríně lidských práv,<sup>657</sup> a například podle *Jürgena Habermase* představuje princip proporcionality potenciální ohrožení klasické koncepce lidských práv.<sup>658</sup>

Teoretická nejasnost by podle mého názoru neměla vést k rezignaci na teoretickou analýzu tohoto principu. Měla by naopak přispět k podrobnějšímu zkoumání společných znaků a rozdílů při jeho aplikaci, čemuž je věnována druhá polovina práce.

Významným argumentem vůči kritikům používání principu proporcionality z důvodu narušení institucionální rovnováhy mezi zákonodárstvím a soudnictvím je podle mého názoru zakomponování rozdílné míry intenzity soudního přezkumu v ústavním právu. Při zobecňujících úvahách ohledně kritérií jsem v páté kapitole dospěl k následujícím nejvýznamnějším proměnným ovlivňujícím intenzitu soudního přezkumu: a) povaha dotčených práv a dotčených veřejných zájmů, b) povaha prvků právních vztahů vyplývajících ze základního práva, c) intenzitu zásahu do základního práva a možnost alternativní ochrany ze strany jiných subjektů – zejména nezávislých soudů, a konečně d) kontext demokratického právního státu, popřípadě relevantní zahraniční praxe.

Aplikace jednotného, ale diferencovaného testu proporcionality umožňuje zohlednit nejen potřebu sebeomezení soudů při rozhodování případů zahrnujících otázky spadající do sféry politického rozhodování zákonodárce či expertního rozhodování veřejné správy, ale zejména vytváří možnost zpracovat univerzální metodologií přezkumu základních práv, a tím přispívat k předvídatelnějším řešením obtížných případů aplikace práva.

Pátá a šestá kapitola detailně rozebírají strukturu a tři složky principu proporcionality, které jsou doktrínou i judikaturou v mnohých částech světa

---

<sup>655</sup> HOLLÄNDER, Pavel: *Filipika proti redukcionizmu...*, str. 139 a násl.

<sup>656</sup> GARDBAUM, Stephen: A Democratic Defence to Constitutional Balancing. *Law and Ethics of Human Rights*, roč. 2010, č. 4, str. 78 – 106.

<sup>657</sup> KUMM, Mattias: Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. In PAVLAKOS, George (ed.): *Law, Rights, and Discourse, The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007, str. 132 – 166.

<sup>658</sup> HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms...*, str. 257.

přijímány. Strukturální úvahy o principu proporcionality mohou podle mého názoru přispět k sjednocení výše zmíněných různých teoretických koncepcí tohoto principu. Byť jsem si vědom toho, že základní práva jsou vždy normativně zakotvena v jednotlivých právních řádech, prepozitivní základ lidskoprávních norem spolu s internacionalizací práva i právní doktríny v oblasti lidských práv však umožňují do značné míry konstruovat teorie, které jednotlivý právní systém překračují.

V rámci šesté kapitoly je učiněn důležitý odkaz na rozdílná interpretační východiska v případě aplikace subsumpce na straně jedné a poměřování na straně druhé. Podle mého názoru je technika poměřování pouze specifickým příkladem, který subsumpci jako takovou nevyklučuje, pouze si všímá možnosti kvalifikovat určitý jev pod více právních pravidel, která jsou ve vzájemné kolizi. Podle mého názoru je proto vhodnější uvažovat o syntéze metod subsumpce a poměřování v případě aplikace právních principů, anebo norem garantujících lidská práva. Princip proporcionality podle mého názoru nepřináší revoluční změnu paradigmatu v aplikaci práva. Jedná se maximálně o specifikum (slovy *T. S. Kuhna* anomálii), se kterou se teorie práva musí vypořádat.

V závěrečné kapitole obecné části disertační práce se zabývám dvěma aspekty principu proporcionality, jeho univerzalitou a aplikací jakožto neutrálního principu v ústavním právu (tento pojem je odvozen z americké poválečné ústavní teorie a jeho autorem je *prof. H. Wechsler*).

Univerzalita principu proporcionality však podle mého názoru neznamena, že pokud doktrína a soudy v různých státech společně na tento princip odkazují, jedná se o všudypřítomný element při aplikaci základních práv. Jak jsem nastínil ve zvláštní části disertační práce, prakticky nelze nalézt dva právní řády, kde by se alespoň v drobnostech aplikace principu proporcionality nelišila. Test proporcionality je totiž do značné míry ovlivňován právní kulturou, tradicí, ale i rolí jednotlivých složek státní moci v každém jednotlivém státě a právním systému, kde je princip proporcionality aplikován.

Pokud jde o neutralitu při aplikaci principu proporcionality, tu považuji spolu s *D. Beattym* za největší přednost při jeho aplikaci. Chceme-li, aby soudy rozhodovaly principiálně, tj. aby jejich rozhodování nebylo ovlivňováno předsudky v konkrétních věcech, je potřeba vybudovat takovou metodologii, která bude po

soudech vyžadovat přesnou argumentaci, odkrývající právní důvody, na základě kterých byla daná věc rozhodnuta.

Zvláštní část této práce se zaměřuje na aplikaci principu proporcionality ve světle konkurenčních teorií v rozdílných právních systémech. Důvody volby konkrétních právních systémů popisovaných podrobněji v kapitolách devět až dvanáct jsou blíže nastíněny v úvodu této disertační práce a poté ještě v kapitole osmé, tvořící úvod zvláštní části.

Jako společné závěry z příkladů aplikace omezení základních práv v popisovaných právních systémech lze shrnout, že největší vliv na model aplikace principu proporcionality má jednak jazykové vyjádření garantovaných základních práv a dále pak jejich omezení. V situaci, kdy zakotvení lidských práv neobsahuje omezující klauzule, aplikace principu proporcionality je obtížněji doktrinárně prosaditelná (příkladem jsou Spojené státy americké). Naproti tomu například řada postkomunistických států ve svých ústavách zakotvila princip proporcionality či obdobné kritérium (zásadu nezbytnosti zásahu do základních práv).

Druhým významným faktorem zrodu principu proporcionality je postavení státních orgánů, zejména soudů a parlamentu. Na příkladu Spojeného království je zřejmé, že silné postavení parlamentu brání soudy ustaveným doktrínám vedoucím potenciálně k expanzivní judikatuře prosazující se na úkor zákonodárné moci. Naproti tomu ve Spolkové republice Německo po druhé světové válce či v České republice a jiných postkomunistických státech v období transformace právního řádu měly soudy, zejména ty ústavní, poměrně silné postavení.

Třetím fenoménem majícím vliv na formování principu proporcionality je globalizace v právu působící na v práci podrobněji zmíněné efekty „vypůjčování“ pojmů ústavního práva (*constitutional borrowing*) a z ní vyplývající globalizace právní doktríny.

Základním účelem principu proporcionality je zachování maximální možnosti realizace všech dotčených základních práv či ústavně chráněných veřejných zájmů. Prostředkem k dosažení tohoto účelu je právě doplnění klasické metody subsumpce o složitější model poměřování práv, který zahrnuje argumenty vhodnosti, potřeby a přiměřenosti zásahu do základních práv.

Přítom otázka, zda je omezení základního práva nezbytné v demokratické společnosti, anebo lze v konkrétním případě zásah do základního práva hodnotit

jako značný, zatímco zásah do jiného základního práva jako mírný, spočívá v hodnocení jak právních, tak i skutkových otázek. Princip proporcionality tak lze spolu s *Jürgenem Habermasem* hodnotit jako nacházející se mezi fakticitou a normativitou, tj. světem bytí a mětí (*Sein a Sollen*).<sup>659</sup>

Právě zahrnutí skutkových hodnocení do procesu aplikace základních práv je předmětem největších kontroverzí. Na jedné straně lze spatřovat pozitivum v podobě odmítnutí mechanické jurisprudence a vlády právních textů, neboť se přihlíží k reálné společenské situaci, na druhé straně však stojí negativa spočívající v jisté míře subjektivního hodnocení, jímž se při takovémto způsobu uvažování patrně nelze vyhnout.<sup>660</sup>

Řadu kritických argumentů odpůrců používání principu proporcionality při aplikaci omezení norem garantujících základní práva lze podle mého názoru oslabit důslednějším zohledňováním struktury a složek testu proporcionality, aplikací tohoto principu jako neutrálního principu v ústavním právu a v neposlední řadě zohledněním variabilní intenzity přezkumu v závislosti na určitých okolnostech případu.

Všem těmto aspektům principu proporcionality jsem se v této disertační práci detailně věnoval s vědomím, že na omezeném prostoru nebylo možné zmínit podrobně veškeré aspekty jeho aplikace. Nezbývá než souhlasit s německým autorem *A. von Arnauledem* popisujícím princip proporcionality jako společný doktrinární projekt,<sup>661</sup> přičemž i tato práce je pouze dílčím výsledkem mého hlubšího zkoumání tohoto právního principu.

---

<sup>659</sup> ONDŘEJEK, Pavel: Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv..., str. 171.

<sup>660</sup> Ibid.

<sup>661</sup> von ARNAULD, Andreas: Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit..., str. 54 – 55.

## Abstrakt

V předkládané disertační práci jsem se pokusil obhájit názor, že chceme-li v situaci kolize základních práv anebo kolize základního práva a veřejného zájmu správně aplikovat princip proporcionality, nestačí na něj v rámci argumentace pouze odkázat, nýbrž je třeba podrobně poznat jeho strukturu a aplikovat jeho jednotlivé složky. Abychom mohli poznat strukturu a složky principu proporcionality, je zapotřebí rozumět postavení a účinkům základních práv v právních řádech.

Domnívám se, že teoretické základy principu proporcionality přispívají k lepšímu pochopení objektivního napětí mezi autonomií jednotlivce a obecnou vůlí společnosti.

Další významný prvek při správné aplikaci tohoto principu lze spatřovat v institucionální rovnováze zákonodárství a justice a překonávání „protivětšinového problému“ rozhodování soudů.

V současné, nejen české, právní praxi můžeme sledovat řadu příkladů, v nichž soudy nekladly na princip proporcionality náležitou pozornost, a v lepším případě na něj při řešení obtížných případů aplikace práva pouze obecně poukázaly.

Ze všech výše uvedených důvodů se domnívám, že má význam budovat metodologii principu proporcionality.

V první kapitole této práce je princip proporcionality vymezen a dán do souvislosti s dalšími hodnotami v právu, především s hodnotou spravedlnosti a rozumnosti. Zejména je zdůrazněno, že z hlediska pojmového vyjasnění je nutné rozlišovat mezi: 1) hodnotou přiměřenosti, mající v právu mnoho různých podob, 2) předchůdcem současného testu proporcionality – testem nezbytnosti a 3) testem proporcionality vyskytujícím se v dnešní době v různých podobách v rozdílných právních řádech. Proporcionalita je inherentní hodnotou dobrého práva, objevující se v něm v různých kontextech.

V následující kapitole se blíže věnuji teoretickým základům a účinkům lidských práv, zejména pak různým případům jejich ústavních omezení. V práci jsou srovnány dvě významné, avšak co do východisek protichůdné, teorie původu

lidských práv nazývané podle německé teorie *kvazi-biologický* a *politický* pohled na lidská práva.

Omezování lidských práv, v rámci něhož bývá aplikován princip proporcionality, však nemůže znamenat jejich naprosté popření. V německé teorii je za limit omezení základních práv (*Schranken-Schranken*) považována nauka o esenciálním jádru těchto práv, která sice teorií není jednoznačně přijímána, avšak podle mého názoru jednoznačně vede k úvahám, že samotná limitace práv nemůže být neomezená.

Třetí kapitola je věnována deskripci a analýze aktuálního odborného zkoumání principu proporcionality. Na příkladech *R. Dworkina*, *R. Alexyho*, *A. Baraka*, *D. Beattyho*, *P. Holländera*, *J. Habermase* a dalších bylo poukázáno, že přes tvrzenou univerzalitu tohoto principu, nepanuje v právní teorii ohledně podstaty principu proporcionality shoda. Tuto teoretickou nejasnost dokládám na rozdílných postojích právních teoretiků k tomuto principu. Teoretická nejasnost by podle mého názoru neměla vést k rezignaci na teoretickou analýzu tohoto principu. Měla by naopak přispět k podrobnějšímu zkoumání společných znaků a rozdílů při jeho aplikaci, čemuž je věnována druhá polovina práce.

Významným argumentem proti kritikům používání principu proporcionality z důvodu narušení institucionální rovnováhy mezi zákonodárstvím a soudnictvím je podle mého názoru zakomponování rozdílné míry intenzity soudního přezkumu v ústavním právu. Při zobecňujících úvahách ohledně kritérií jsem dospěl k následujícím nejvýznamnějším proměnným ovlivňujícím intenzitu soudního přezkumu: a) povaha dotčených práv a dotčených veřejných zájmů, b) povaha prvků právních vztahů vyplývajících ze základního práva, c) intenzitu zásahu do základního práva a možnost alternativní ochrany ze strany jiných subjektů – zejména nezávislých soudů, a konečně d) kontext demokratického právního státu, popřípadě relevantní zahraniční praxe.

Aplikace jednotného, ale diferencovaného testu proporcionality umožňuje zohlednit nejen potřebu sebeomezení soudů při rozhodování případů zahrnujících otázky spadající do sféry politického rozhodování zákonodárce či expertního rozhodování veřejné správy, ale zejména vytváří možnost propracovat univerzální



metodologií přezkumu základních práv, a tím přispívat k předvídatelnějším řešením obtížných případů aplikace práva.

Pátá a šestá kapitola detailně rozebírají strukturu a tři složky principu proporcionality, které jsou doktrínou i judikaturou v mnohých částech světa přijímány. Strukturální úvahy o principu proporcionality mohou podle mého názoru přispět k sjednocení výše zmíněných různých teoretických koncepcí tohoto principu. Byť jsem si vědom toho, že základní práva jsou vždy normativně zakotvena v jednotlivých právních řádech, prepozitivní základ lidskoprávních norem spolu s internacionalizací práva i právní doktríny v oblasti lidských práv však umožňují do značné míry konstruovat teorie, které jednotlivý právní systém překračují.

V rámci šesté kapitoly je učiněn důležitý odkaz na rozdílná interpretační východiska v případě aplikace subsumpce na straně jedné a poměrování na straně druhé. Podle mého názoru je technika poměrování pouze specifickým příkladem, který subsumpci jako takovou nevyklučuje, pouze si všímá možnosti kvalifikovat určitý jev pod více právních pravidel, která jsou ve vzájemné kolizi. Podle mého názoru je proto vhodnější uvažovat o syntéze metod subsumpce a poměrování v případě aplikace právních principů, anebo norem garantujících lidská práva. Princip proporcionality podle mého názoru nepřináší revoluční změnu paradigmatu v aplikaci práva. Jedná se maximálně o specifikum (slovy *T. S. Kuhna* anomálii), se kterou se teorie práva musí vypořádat.

V závěrečné kapitole obecné části disertační práce se zabývám dvěma aspekty principu proporcionality, jeho univerzalitou a aplikací jakožto neutrálního principu v ústavním právu.

Univerzalita principu proporcionality však podle mého názoru neznamená, že pokud doktrína a soudy v různých státech společně na tento princip odkazují, jedná se o všudypřítomný element při aplikaci základních práv. Jak jsem nastínil ve zvláštní části disertační práce, prakticky nelze nalézt dva právní řády, kde by se alespoň v drobnostech aplikace principu proporcionality nelišila. Test proporcionality je totiž do značné míry ovlivňován právní kulturou, tradicí, ale i rolí jednotlivých složek státní moci v každém jednotlivém státě a právním systému, kde je princip proporcionality aplikován.

Pokud jde o neutralitu při aplikaci principu proporcionality, tu považuji za největší přednost při jeho aplikaci. Chceme-li, aby soudy rozhodovaly principiálně, tj. aby jejich rozhodování nebylo ovlivňováno předsudky v konkrétních věcech, je potřeba vybudovat takovou metodologii, která bude po soudech vyžadovat přesnou argumentaci, odkrývající právní důvody, na základě kterých byla daná věc rozhodnuta.

Zvláštní část této práce se zaměřuje na aplikaci principu proporcionality ve světle konkurenčních teorií v rozdílných právních systémech: ve Spolkové republice Německo, v České republice, ve Spojených státech amerických a ve Velké Británii.

## Abstract (in English language)

In the presented dissertation thesis I tried to argue that if we want to apply the principle of proportionality correctly in case of a collision of fundamental rights or in case of a collision between a fundamental right and a countervailing interest, it is not sufficient only to refer to this principle within the argumentation. On the contrary, it is necessary to recognize a structure of this principle and to apply its components. In order to recognize the structure and components of the proportionality principle, it is necessary to understand the role and effects of human rights in legal orders.

I assume that theoretical backgrounds of this principle contribute to the better understanding of the objective tension between the individual's autonomy and general will of the society.

Another important aspect in the correct application of this principle is the institutional balance between the legislature and the judiciary and overcoming of the "counter-majoritarian problem".

In the contemporary, not only Czech, but also foreign practice we may observe lots of examples in which courts do not pay appropriate attention to the proportionality principle. When solving hard cases, sometimes they made only a reference to this principle without further elaboration.

From the above-mentioned reasons I suppose that it is important to build a methodology of the proportionality principle.

In the first chapter of the thesis, the principle is introduced and put into context with other values in law, namely with the values of justice and reasonableness. It is highlighted that we must distinguish among: 1) the value of proportionality, which has various forms in law, 2) the predecessor of today's proportionality principle: the principle of necessity, and 3) the principle of proportionality which appears in various forms throughout legal orders. Proportionality is an inherent value to a "good law" and appears in law in various contexts.

In the following chapter I concentrate more on the theoretical foundations and effects of human rights, in particular with regard to their limitations. Two important but antagonistic theories are compared in the thesis. They explain the

origin of human rights and flow from the German doctrine. They are called “quasi-biological” and “political” theories of human rights.

Limitations of human rights within which the principle of proportionality is applied cannot lead to their complete nullification. In the German legal theory the doctrine of essential core of fundamental right serves as a limit to this limitation (so called *Schranken-Schranken*). This theory is not uniformly accepted in jurisprudence, nevertheless in my opinion it leads to the conclusion that the limitation of fundamental right cannot be without constraints.

The third chapter deals with the description and analysis of the current academic writings about the proportionality principle. The examples of works of *R. Dworkin*, *R. Alexy*, *A. Barak*, *D. Beatty*, *P. Holländer*, *J. Habermas* and others show that despite the asserted universality of the proportionality principle, the consensus among academic scholars has not been reached yet regarding the foundation of this principle. The theoretical ambiguity presented in the aforementioned works should not in my opinion lead to the resignation on the theoretical research on this principle. On the contrary, it should contribute to the better understanding of common features and differences in its application. This exactly is the topic of the second part of the thesis.

An important argument against the critics of the use of the proportionality principle from the reason of disruption of the institutional balance between the legislature and judiciary is in my opinion the incorporation of the variable intensity of review in the constitutional law. When drawing the general conclusions I found the following criteria that have effect on the variable intensity of review: a) the nature of fundamental right and countervailing principles in question, b) the nature of the elements of a legal relation following from the fundamental right, c) intensity of interference into the fundamental right and the possibility of an alternative means of protection – namely through independent courts, and finally d) context of a democratic state governed by law, or possibly relevant foreign practice.

The application of universal but differentiated proportionality principle would enable not only the self-restraint of the courts when deciding cases that involve questions of political decision-making of legislator or expert decision-making of public administration. Furthermore, it enables the construction of

universal methodology of the review of acts as for their compatibility with fundamental rights that would lead to the more predictable outcomes and solutions of hard cases.

The fifth and sixth chapters scrutinize the structure and components of the proportionality principle, which are accepted by the case-law and doctrine of lots of countries in the world. Structural considerations about the principle may in my opinion unify the divergent doctrinal conceptions thereof. Despite I am aware that the principle is embedded in the particular legal orders, pre-positive foundations of human rights-norms together with phenomenons of internationalization of law and legal doctrine relating to human rights enable to construe theories that transgress the states' boundaries.

In the sixth chapter an important reference to the different interpretational outcomes in case of the application of "subsumption" and "balancing" is made. In my opinion the method of balancing is only a specific example that does not exclude the use of the method of subsumption. It merely devotes attention to the possibility to qualify one phenomenon under various legal rules which collide between each other. In my view it should be better considered a synthesis of both methods in case of the application of principles of law or human-rights norms. The principle of proportionality thus does not bring a paradigm shift, but only a particularity (in the words of *T. S. Kuhn* "anomaly"), which must be dealt with by jurisprudence.

In the conclusion of the general part of the dissertation thesis two aspects of the proportionality principle is discussed: its universality and the application of this principle as a neutral principle in the constitutional law.

The universality of proportionality principle does in my opinion not mean that any reference to this principle by the doctrine or case-law should lead to the conclusion of its recognition in the respective legal order. It does not mean either that it is the ubiquitous element in the application of human rights. As presented in the special part of this thesis there do not exist two legal orders that would have the same methodologies of the application of the proportionality principle. The test is influenced by the legal culture, tradition but also by the role of the branches of powers of the state in each state and legal system where the principle is applied.

As for the neutrality of proportionality principle, in my view it is the best merit of its application. If we want the courts to decide cases in a principled way, i.e. their decision-making would not be influenced by prejudices in concrete matters, it is necessary to build such a methodology that would require precise argumentation which reveals the legal grounds on which the case was decided.

The special part of the dissertation thesis deals with the application of the proportionality principle in the light of competing theories in various legal systems: in the Federal Republic of Germany, in the Czech Republic, in the United States of America and in the Great Britain.

## Klíčová slova

Princip proporcionality, lidská práva

Principle of Proportionality, Human Rights

## SEZNAM POUŽITÉ LITERATURY

ADAMOVIÁ, Karolína: Občanská práva a svobody v rakouských ústavách 19. století. In: MALÝ, Karel, SOUKUP, Ladislav (eds.): *Vývoj české ústavnosti v letech 1618 – 1918*. Praha: Karolinum, 2006, str. str. 414 – 431.

AKVINSKÝ, Tomáš: *Summa Theologica*. Anglický překlad dostupný na internetu: <http://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>

ALEINIKOFF, Alexander: Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*, roč. 96, č. 5, 1987, str. 943 – 1005

ALEXY, Robert: On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique. *Ratio Juris*, č. 2, 2000, str. 138 – 147

ALEXY, Robert: On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, č. 3, 2000, str. 294 – 304

ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. (překl. Julian RIVERS, orig.: *Theorie der Grundrechte*. 3. vyd., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986)

ALEXY, Robert: Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, č. 2, 2003, str. 131 – 140

ALEXY, Robert: Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, č. 4, 2003, str. 433 – 449

ALEXY, Robert: On Constitutional Right to Protection. *Legisprudence*. roč. 3, č. 1, 2009, str. 1 – 17

ALEXY, Robert: The Reasonableness of Law. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 5 – 16

ALEXY, Robert: The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights*. roč. 4, č. 1, 2010, str. 20 – 32

ALEXY, Robert: The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, č. 2, 2010, str. 167 – 182

ALEXY, Robert: The Existence of Human Rights. In: NEUMANN, Ulfrid a kol.: *25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy. Abstract book*. Frankfurt am Main: Goethe Universität, 2011 (dostupné na internetu: [www.ivr2011.org](http://www.ivr2011.org)), str. 87 – 90

ARISTOTELES: *Etika Níkomachova*, Praha: Petr Rezek, 1996 (překl. Antonín KŘÍŽ)

von ARNAULD, Andreas: Theorie und Methode des Grundrechtsschutzes in Europa – am Beispiel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, In: HATJE, Armin, NETTESHEIM, Martin (eds.): *Grundrechtsschutz im Dreieck von nationalem, europäischem und internationalem Recht*, Europarecht, Beiheft č. 1, 2008, str. 41 – 64

BARAK, Aharon: Foreword: A Judge on Judging: The Role of the Supreme Court in a Democracy. The Supreme Court Term 2001. *Harvard Law Review*, roč. 116, 2002-2003, str. 19 – 162



- BARAK, Aharon: *Purposive Interpretation in Law*. Oxford, Princeton: Princeton University Press, 2005.
- BARAK, Aharon: *The Judge in a Democracy*. Oxford, Princeton: Princeton University Press, 2008
- BARAK, Aharon: Proportional Effect: The Israeli Experience. *University of Toronto Law Journal*, roč. 57, 2007, 369 – 382
- BARAK, Aharon: Proportionality and Principled Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*. roč. 4, č. 1, 2010, str. 3 – 18
- BÁRÁNY, Eduard: *Pojmy dobrého práva*. Bratislava: Eurokodex, 2007
- BEATTY, David: *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004
- BEATTY, David: Law's Golden Rule. In: PALOMBELLA, Gianluggi, WALKER, Neil (eds.): *Relocating the Rule of Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009, str. 99 – 116
- BECCARIA, Cesare: *O zločinoch a trestoch*. Bratislava: Kalligram, 2009, (překl. Oľga PAŽITKOVÁ, orig. *Dei delicti e delle penne*.)
- BICKEL, Alexander: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. vyd., New Haven, Londýn: Yale University Press, 1962
- BIELEFELDT, Heiner: Philosophical and Historical Foundations of Human Rights. In: KRAUSE, Catarina, SCHEININ, Martin (eds.): *International Protection of Human Rights: A Textbook*. Turku: Åbo Akademi University, Institute for Human Rights, 2009, str. 3 – 18
- BLECKMANN, Albert: *Staatsrecht, 2. svazek – Grundrechte*. 4. vyd., Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1997
- BOBBIO, Norberto: *The Age of Rights*. Cambridge, Malden: Polity Press, 1996 (překl. Allan CAMERON, orig.: *L'età dei diritti*. Giulio Einaudi 1990)
- BOBEK, Michal, KÜHN, Zdeněk, BOUČKOVÁ, Pavla (eds.): *Rovnost a diskriminace*. Praha: C.H.Beck, 2007
- BOBEK, Michal: Reasonableness and Administrative Law: A Comparative Reflection of Functional Equivalence. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 311 – 326.
- BOGUSZAK, Jiří: K teorii tvorby práva (hodnoty, normy, právní principy). In: kol.: *Právnická fakulta UK 1348 – 1998, jubilejní sborník*. Praha: Právnická fakulta, 1998, str. 164 – 180
- BOGUSZAK, Jiří: Právní principy, hodnoty, finalita. In: BOGUSZAK, Jiří (ed.) *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, str. 23 – 36
- BOGUSZAK, Jiří: Diferenciace lidských práv. *Právník*, č. 3, 2000, str. 254 – 260
- BOMHOFF, Jacco: Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic of Comparative (Constitutional) Law. *Hastings International and Comparative Law Review*, roč. 31, 2008, str. 555 – 586
- BOMHOFF, Jacco: Genealogies of Balancing as Discourse. *Law & Ethics of Human Rights*. roč. 4, č. 1, 2010, str. 108 – 139

- BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara: Introduction. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. xi – xvii
- BOUČKOVÁ, Pavla: *Rovnost a sociální práva*. Praha: Auditorium, 2009
- BREHMS, Eva: Introduction. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*, Antverpy, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 1 – 16
- BREYER, Stephen: *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010
- BRÖSTL, Alexander: O pravidlách správania a o princípoch. *Časopis pro právní vědu a praxi*, roč. 17, 2009, str. 49 – 51
- BRÖSTL, Alexander: *Frontisterion*. Bratislava: Kalligram, 2009
- de BÚRCA, Gráinne: Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law, In: BERNITZ, Ulf, NERGELIUS, Joakim (eds.): *General Principles of European Community Law*. Londýn: Kluwer Law International, 2000, str. 95 – 112
- della CANANEA, Giacinto: Reasonableness in Administrative Law. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 295 – 310
- CLAPHAM, Andrew: *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford: Oxford University Press, 2006
- COFFIN, Frank M.: Judicial Balancing: The Protean Scales of Justice. *New York University Law Review*, roč. 63, 1988, str. 16 – 42
- COHEN-ELIYA, Moshe, PORAT, Iddo: The Hidden Foreign Law Debate in *Heller*: The Proportionality Approach in American Constitutional Law, *San Diego Law Review*, roč. 46, 2009, str. 367 – 413
- COHEN-ELIYA, Moshe, PORAT, Iddo: American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, roč. 8, č. 2, 2010, str. 263 – 286
- COTTERRELL, Roger: *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*. 2. vyd., Oxford: Oxford University Press, 2003
- CRAIG, Paul: Unreasonableness and Proportionality in UK Law, In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 85 – 106
- CURTIS, Dennis E., RESNIK, Judith: Images of Justice. *Yale Law Journal*, roč. 96, 1986 – 1987, str. 1727 – 1772
- ČERNÁ, Dagmar: *Standard lidských práv v Evropě. Srovnání Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a Listiny základních práv Evropské unie*. Praha: Právnická fakulta, Univerzita Karlova v Praze, 2009
- DORSEN, Norman, ROSENFELD, Michael, SAJÓ, András, BAER, Susanne: *Comparative Constitutionalism Cases and Materials*. 2. vyd., St. Paul: West Thomson Reuters, 2010
- DWORKIN, Ronald: The Model of Rules. *University of Chicago Law Review*, roč. 35, 1967-68, str. 14 – 46

- DWORKIN, Ronald: Law as Interpretation. *Texas Law Review*, roč. 60, 1981-82, str. 527 – 550
- DWORKIN, Ronald: *Law's Empire*. London: Fontana Press, 1986
- DWORKIN, Ronald: *Když se práva berou vážně*. Praha: OIKOYMENH, 2001 (překl. Zdeněk MASOPUST, orig.: *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978)
- ELIÁŠ, Karel: Veřejnoprávní souvislosti soukromého práva. *Správní právo*, č. 1-2, 2011, str. 68 – 76
- ELY, James W.: Property Rights and Free Speech: Allies or Enemies? *Social Philosophy and Policy*, 2004, č. 2, str. 177 – 194
- ELY, John Hart: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Londýn: Harvard University Press, 1980
- EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*. Londýn: Kluwer Law International, 1996
- ENGLE, Eric: *The History of the General Principle of Proportionality: An overview*. dostupné na internetu: <http://ssrn.com/abstract=1431179>
- EPPING, Volcker: *Grundrechte*. 2. vydání, Berlin, Heidelberg: Springer, 2004
- ERBANOVÁ, Andrea: „Pokládáme za samozřejmé pravdy...“ Vývoj lidských práv v USA od roku 1776 do roku 1787. *Historia et Theoria Iuris*, č. 3, roč. 2, 2010, str. 50 – 64
- ERRERA, Andrea: The Role of Logic in the Legal Science of Glossators and Commentators. Distinction, Dialectical Syllogism, and Apodictic Syllogism: An Investigation into the Epistemological Roots of Legal Science in the Late Middle Ages. In: PADOVANI, Andrea, STEIN, Peter (ed.): *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century*. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, sv. 7, Dordrecht: Springer, 2007
- FELDMAN, David: Proportionality and the Human Rights Act 1998. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 117 – 144
- FRANTZ, Laurent B.: The First Amendment in the Balance. *Yale Law Journal*, roč. 71, 1962, str. 1424 – 1450
- FREDMAN, Sandra: *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford: Oxford University Press, 2008
- FORDHAM, Michael, de la MARE, Thomas: Identifying the Principle of Proportionality. In: JOWELL, Jeffrey, COOPER, Jonathan (eds.). *Understanding Human Rights Principles*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2001, str. 27 – 90.
- FULLER, Lon L.: Forms and Limits of Adjudication, *Harvard Law Review*, roč. 92, 1978, str. 353 – 409.
- GARDAM, Judith: *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004
- GARDBAUM, Stephen: A Democratic Defence to Constitutional Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*, roč. 2010, č. 4. str. 78 – 106

- GERLOCH, Aleš: *Teorie práva*. 5. vydání, Plzeň: Aleš Čeněk: 2009
- GERLOCH, Aleš, TOMÁŠEK, Michal a kol.: *Nové jevy v právu na počátku 21. století. Část II. Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Karolinum, 2010
- van GERVEN, Walter: *The Effect of Proportionality on the Actions of the Member States of the European Community: National Viewpoint from Continental Europe*. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Law of Europe*. Oxford, Portland Oregon: Hart Publishing, 1999, str. 37 – 63
- GIBBS, Nathan: *Getting Constitutional Theory into Proportion: A Matter of Interpretation?* *Oxford Journal of Legal Studies*, roč. 27, č. 1, 2007, str. 175 – 191
- GRABITZ, Eberhard: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. *Archiv des öffentlichen Rechts*, roč. 98, 1973, str. 568 – 616
- GRIFFIN, James: *Human Rights: Whose Duties?* In: CAMPBELL, Tom, MILLER, Seumas (eds.): *Human Rights and the Moral Responsibilities of Corporate and Public Sector Organizations*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004, str. 31 – 44
- GRIMM, Dietmar: *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*. *University of Toronto Law Journal*, roč. 57, 2007, str. 383 – 397
- GÜNTHER, Klaus: „Každému to, co mu náleží“? K novému odhalení distributivní spravedlnosti. In: BAKEŠOVÁ, Alena, VELEK, Josef: *Spor o spravedlnost*. Praha: nakladatelství Filosofického ústavu AV ČR, 1997, str. 15 – 52 (překl. Josef VELEK, orig. Was heisst: „Jedem das Seine?“ Zur Wiederentdeckung der distributiven Gerechtigkeit. In: FRANKENBERG, G. (ed.): *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1994, str. 151 – 185)
- HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2001. (překlad William REHG, orig. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986)
- HAMERNÍK, Pavel: *Judicial Review v anglickém právu jako inspirace k pochopení stylu Evropského soudního dvora při soudní ochraně dle práva ES*, *Jurisprudence*, č. 2, 2009, str. 14 – 20
- HART, Herbert L. A.: *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. In: HART, Herbert L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1983 (reprint 2001), str. 123 – 144
- HART, Herbert L. A.: *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2004 (orig. *The Concept of Law*, 2. vyd., Oxford: Hart Publishing, 1994)
- HART, Herbert L. A.: *Kelsen's Doctrine of Unity of Law*. In: PAULSON, Stanley L. and LITCHEWSKI PAULSON, Bonnie (eds.): *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1999, str. 553 – 581
- HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C.F.Müller 1999
- HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Otto Schwartz Verlag & Co., 1981
- HLOUCH, Lukáš: *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011

- Rt. Hon. Lord HOFFMANN: The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 107 – 115
- HOFELD, Wesley Newcomb: Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, roč. 23, 1913, str. 16 – 59
- HOFELD, Wesley Newcomb: Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*, roč. 26, 1917, str. 710 – 770
- HOLLÄNDER, Pavel: Interpretace ústavního práva jako metodologický hlavolam? In: NOVOTNÝ, Oto (ed.): *Pocta Vladimíru Mikule k 65. narozeninám*. Praha: ASPI Publishing, 2002, str. 47 – 90
- HOLLÄNDER, Pavel: *Ústavněprávní argumentace, ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003
- HOLLÄNDER, Pavel: Zásada proporcionality: variabilita její struktury?, In: BRZOBOHATÁ, Karin (ed.): *České právní myšlení a logika – minulost a perspektivy II*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, str. 15 – 33
- HOLLÄNDER, Pavel: *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006
- HOLLÄNDER, Pavel: *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009
- HOLLÄNDER, Pavel: *Filipika proti redukcionizmu*. Bratislava: Kalligram, 2009
- HOLMES, Oliver Wendell: The Path of Law. *The Boston Law School Magazine*, roč. 1, 1897, str. 1 – 17, reprint: *Harvard Law Review*, roč. 110, 1997, str. 991 – 1009
- CHAPMAN, Bruce: Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument. *University of Pennsylvania Law Review*, roč. 146, str. 1487 – 1528
- IGNATIEFF, Michael: Introduction: American Exceptionalism and Human Rights. In: IGNATIEFF, Michael (ed.): *American Exceptionalism and Human Rights*. Oxford, Princeton: Princeton University Press, 2005, str. 1 – 26.
- IPSEN, Jörn: *Staatsrecht II. Grundrechte*. 12. vyd., Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009
- JACKSON, Vicki: Being Proportional about Proportionality. Review on The Ultimate Rule of Law by David Beatty. *Constitutional Commentary*. roč. 21, 2004, str. 803 – 859
- JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Köln, Berlín, Bonn, Mnichov: Carl Heymanns Verlag, 1985
- JELLINEK, Georg: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2. vyd., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1919
- JOHNS, C. H. W.: *Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters*. New York: Charles Scribner's Sons, 1904
- KAMM, F. M.: Rights. In: COLEMAN, Jules, SHAPIRO, Scott: *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 476 – 513
- KELSEN, Hans: *Základy obecné teorie norem*. Brno: Barvič a Novotný, 1926 (překl. František WEYR)

- KELSEN, Hans: *Ryzí nauka právní. Metoda a základní pojmy*. Brno, Praha: Orbis, 1933 (překl. Václav CHYTIL)
- KELSEN, Hans: *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1949 (překl. Anders WEDBERG)
- KIRCHHOF, Paul: Gleichmass und Übermass. In: BADURA, Peter, SCHOLZ, Rupert (eds.): *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 70. Geburtstag*. Mnichov: C.H.Beck, 1993, str. 133 – 150
- KLABBERS, Jan, PETERS, Anne, ULFSTEIN, Geir: *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009
- KNAPP, Viktor: *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995
- KNAPP, Viktor, GERLOCH, Aleš: *Logika v právním myšlení*. 3. vyd., Praha: Eurolex Bohemia, 2000
- KOMÁRKOVÁ, Božena: *Původ a význam lidských práv*. Praha: SPN, 1990
- KOMMERS, Donald P.: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2. vyd., Durham and London: Duke University Press, 1997
- KOSAŘ, David: Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, č. 1, 2008, str. 3 – 19
- KRATOCHVÍL, Jan: *Sociální práva v Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a mezinárodním paktu o občanských a politických právech*. Edice Prameny a nové proudy právní vědy, č. 46, Praha: Právnická fakulta UK, 2010
- von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*. Hamburg: Kommissionverlang Ludwig Appel, 1955
- KRIELE, Martin: Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum. In: ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 2000, str. 101 – 133
- KUHN, T. S.: *Struktura vědeckých revolucí*. Praha: OIKOYMENH, 1997, reprint 2008 (překl. Tomáš JENÍČEK, orig. *The Structure of Scientific Revolutions*, 3. vyd., Londýn, Chicago: The University of Chicago Press, 1996)
- KÜHN, Zdeněk: *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře*. Praha: Karolinum, 2002
- KÜHN, Zdeněk: K některým otázkám vyvolaným nálezem Ústavního soudu v kauze poplatků ve zdravotnictví. In: JIRÁSKOVÁ, Věra, SUCHÁNEK, Radovan: *Pocita Zdeňku Jičínskému k 80. narozeninám*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2009, str. 45 – 57
- KUMM, Mattias: Constitutional rights as principles: On the structure and domain of justice. A review essay on *A Theory of Constitutional Rights* by Robert Alexy. *International Journal of Constitutional Law*, č. 3, 2003, str. 574 – 596
- KUMM, Mattias: Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. In: PAVLAKOS, George (ed.): *Law*,

*Rights, and Discourse, The Legal Philosophy of Robert Alexy.* Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007. str. 132 – 166

KUMM, Mattias: Democracy is not enough: Rights, proportionality and the point of judicial review. *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, č. 09-10, 2009, dostupné na internetu: <http://ssrn.com/abstract=1356793>

KYSELA, Jan: Mění se struktura právního řádu a jeho atributy. *Eric Stein Working Papers*, č. 1/2009, dostupné na internetu: <http://www.ericsteinpapers.eu/papers/2009/1.html>

LARENZ, Karl, CANARIS, Claus-Wilhelm: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. vyd., Berlín: Springer, 1985

de LONDRAS, Fiona, DAVIS, Fergal M.: Controlling the Executive in Times of Terrorism: Competing Perspectives on Effective Oversight Mechanisms. *Oxford Journal of Legal Studies*, roč. 30, č. 1, 2010, str. 19 – 47

LOUGHLIN, Martin: *Sword and Scales. An Examination of the Relationship between Law and Politics.* Oxford, Portland: Hart Publishing, 2000

LOUGHLIN, Martin: *The Idea of Public Law.* Oxford: Oxford University Press, 2004

MAES, Evelyne: Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*, Antverpy, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 69 – 98

MAIER, Hans: O lidských právech – jejich všeplatnosti a kulturním rozměru. In: HANUŠ, Jiří (ed.): *Lidská práva: nárok na obecnou platnost a kulturní diferenciaci.* Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2001, str. 5 – 31

MARAUHN, Thilo, RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights.* Antverpy, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 273 – 296

MARŠÁLEK, Pavel: *Právo a společnost.* Praha: Auditorium, 2008

McBRIDE, Jeremy: Proportionality and the European Convention of Human Rights, In: Ellis, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe.* Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 23 – 35

McCRUDDEN, Christopher: A Common Law of Human Rights?: Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, roč. 20, č. 4, 2000, str. 499 – 532

MEIKLEJOHN, Alexander: The First Amendment Is an Absolute. *The Supreme Court Review*, 1961, str. 245 – 266

MELZER, Filip: *Metodologie nalézání práva*, Praha, C. H. Beck, 2010

MENÉNDEZ, Agustín José, ERIKSEN, Erik Oddvar: Introduction. In: MENÉNDEZ, Agustín José, ERIKSEN, Erik Oddvar (eds.): *Arguing Fundamental Rights.* Dordrecht: Springer, 2006, str. 1 – 12

MICHAEL, Lothar: Grundfälle zur Verhältnismäßigkeit. *Juristische Schulung*, č. 7, 2001, str. 654 – 659

- MÖLLER, Kai: Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Constitutional Law*. č. 3, 2007, str. 453 – 468
- MORRONE, Andrea: Constitutional Adjudication and the Principle of Reasonableness. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 215 – 242
- NAGEL, Robert F.: Liberals and Balancing. *University of Colorado Law Review*, roč. 63, 1992, str. 319 – 324
- NIMMLER, Melville B.: The Right to Speak from *Times* to *Time*: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy. *California Law Review*, roč. 56, č. 4, 1968, str. 935 – 967
- NOVAK, Marco: Three Models of Balancing (in Constitutional Review). *Ratio Juris*, roč. 23, č. 1, 2010, str. 101 – 112
- NOVOTNÝ, Oto: Právní stát a trestní právo. *Právo a zákonnost*, roč. 39, č. 1, 1991, str. 14 – 26
- ONDŘEJEK, Pavel: Obchodní společnosti ve vojenských operacích. Právní pluralismus a vyplňování právního vakua. In: LENGYELOVÁ, Daniela (ed.): *Pluralizmus moci a práva. Sborník z konferencie konanej v dňoch 25. – 27. marca 2009 v Tatranskej Štrbe*. Bratislava: Ústav štátu a práva Slovenskej Akadémie Vied, Bratislavská vysoká škola práva, 2009, str. 450 – 462
- ONDŘEJEK, Pavel: Kolize základních práv a ústavní soudnictví. Teoretické modely a případová studie novely trestního řádu č. 52/2009 Sb. In: KYSELA, Jan, WINTR, Jan (eds.): *Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narodeninám*, Praha: nákladem vlastním, 2009, str. 65 – 72
- ONDŘEJEK, Pavel: *Lidská práva v soukromém právu*. Rigorózní práce. Praha: Právnická fakulta, 2009
- ONDŘEJEK, Pavel: Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv. In: ANTOŠ, Marek, WINTR, Jan (eds.): *Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, str. 164 – 173
- ONDŘEJEK, Pavel: Účinky lidských práv v soukromém právu, *Právník*, č. 1, 2011, roč. 150, str. 33 – 52
- PADOVANI, Andrea, STEIN, Peter: Preface. In: PADOVANI, Andrea, STEIN, Peter (ed.): *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, sv. 7, Dordrecht: Springer, 2007
- PANOMARIOVAS, Arturas, LOSIS, Egidius: Proportionality: from the Concept to the Procedure, *Jurisprudencija/Jurisprudence*, č. 2, 2010, str. 257 – 272
- PAVČNIK, Marijan: Princip přiměřenosti (několik myšlenek k diskuzi). *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 1, 2009, str. 51 – 54 (překl. Jaromír TAUCHEN)
- PECZENIK, Alexander: *On Law and Reason*. 2. vydání, Law and Philosophy Library, sv. 8, Springer, 2009
- POHL, Ottmar: *Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?* Köln: V. Kleikamp, 1961



- PORAT, Iddo: The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law. *Cardozo Law Review*, roč. 27, 2005-2006, str. 1393 – 1448
- PORAT, Iddo: Some Critical Thoughts on Proportionality. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 243 – 250
- POSNER, Richard: Constitutional Law from a Pragmatic Perspective. *University of Toronto Law Journal*, 2005, str. 299 – 309
- PROCHÁZKA, Antonín: *V boji za ústavnost. Ze vzpomínek bývalého ústavního soudce*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2008
- PROCHÁZKA, Radoslav: *Lud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011
- PŘIBÁŇ, Jiří, HOLLÄNDER, Pavel a kol.: *Právo a dobro v ústavní demokracii. Polemické a kritické úvahy*. Praha: Sociologické nakladatelství, 2011
- RADIN, Max: Natural Law and Natural Rights. *Yale Law Journal*, 1949-1950, roč. 59, str. 214 – 237
- REICH, Charles A.: Mr. Justice Black and the Living Constitution. *Harvard Law Review*, č. 4, roč. 76, 1963, str. 673 – 754
- REMMERT, Barbara: *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*. Heidelberg: C.F.Müller, 1994
- RIEDEL, Eibe: Universality of Human Rights and Cultural Pluralism, In: STARCK, Christian (ed.): *Constitutionalism, Universalism and Democracy: a comparative analysis*. Baden-Baden: Nomos, 1999, str. 25 – 52
- RIVERS, Julian: Proportionality and Variable Intensity of Review. *Cambridge Law Journal*, roč. 65, č. 1, 2006, str. 174 – 207
- RIVERS, Julian: Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing. In: PAVLAKOS, George (ed.): *Law, Rights, and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007, str. 167 – 188
- ROBERTSON, David: *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010
- RÖHL, Klaus F., RÖHL, Hans Christian: *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*. 3. vyd., Kolín nad Rýnem: Carl Heymanns Verlag, 2008
- RYBERG, Jesper: *Ethics of Proportionate Punishment. A Critical Investigation*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 2006
- RYSSDAL, Rolv: The Coming of Age of the European Convention on Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 1996, č. 1, str. 18 – 29
- SADURSKI, Wojciech: *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008
- SADURSKI, Wojciech: “Reasonableness” and Value Pluralism in Law and Politics. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 129 – 146

- SARTOR, Giovanni: *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to Law*. A Treaties in Legal Philosophy and General Jurisprudence, sv. 5, Dordrecht: Springer, 2005
- SARTOR, Giovanni: Doing Justice to Rights and Values: Teleological Reasoning and Proportionality. *Artificial Intelligence and Law*, č. 2, 2010, 175 – 215
- SARTOR, Giovanni: A Sufficientist Approach to Reasonableness in Legal Decision-Making and Judicial Review. In: BONGIOVANNI, Giorgio, SARTOR, Giovanni, VALENTINI, Chiara (eds.): *Reasonableness and Law*. Dordrecht: Springer, 2009, str. 17 – 68
- SCHAUER, Frederick: *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge, London: Harvard University Press, 2009
- SCHAUER, Frederick: The Exceptional First Amendment. IGNATIEFF, Michael (ed.): *American Exceptionalism and Human Rights*. Oxford, Princeton: Princeton University Press, 2005, str. 29 – 56
- SCHAUER, Frederick: Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. *Law & Ethics of Human Rights*. roč. 4, č. 1, 2010, str. 34 – 45
- SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law*. Londýn: Sweet and Maxwell, 1992
- van der SCHYFF, Gerhard: Cutting to the Core of Conflicting Rights: Cores in Comparative Perspective. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*, Antverpy, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 131 - 148
- SOBEK, Tomáš: *Argumenty teorie práva*. Praha, Plzeň: Aleš Čeněk a Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2008
- SOBEK, Tomáš: *Nemorální právo*. Praha, Plzeň: Aleš Čeněk a Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2010
- SOLNAŘ, Vladimír, FENYK, Jaroslav, CÍSAŘOVÁ, Dagmar: *Základy trestní odpovědnosti*. Podstatně přepracované a doplněné vydání. Praha: LexisNexis nakladatelství Orac, 2003
- STONE SWEET, Alec, MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*. roč. 47, 1994, str. 72 – 164
- STERN, Klaus a kol.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, svazek III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. Mnichov: C. H. Beck, 1988
- STERN, Klaus: Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 2000, str. 3 – 44
- STERN, Klaus: Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef, KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 2000, str. 45 – 99
- SULLIVAN, Kathleen: Foreword: The Justices of Rules and Standards. The Supreme Court 1991 Term. *Harvard Law Review*, roč. 106, 1992-1993, str. 22 – 123

- SULLIVAN, Thomas E., FRASE, Richard S.: *Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions*. Oxford: Oxford University Press, 2009
- TEBBIT, Mark: *Philosophy of law: an introduction*. 2. vyd., New York: Routledge, 2005
- TELEC, Ivo: Váhy a meč aneb test poměrnosti cíle a prostředku. *Právník*, č. 7, 2009, roč. 148, str. 673 – 704
- TOMOSZEK, Maxim: Nezměnitelnost materiálního jádra ústavy jako řešení konfliktu ústavních hodnot. *Časopis pro právní vědu a praxi*. roč. 18, č. 4, 2010, str. 325 – 329
- TOMUSCHAT, Christian: *Human Rights between Idealism and Realism*. 2. vydání, Oxford: Oxford University Press, 2008
- TRIDIMAS, Takis: Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny. In: ELLIS, Evelyn (ed.): *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, 1999, str. 65 – 84
- TRYZNA, Jan: *Právní principy a právní argumentace: Kvůli právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010
- TSAKYRAKIS, Stavros: Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*, 2009, roč. 7, č. 3, str. 468 – 493
- TUSHNET, Mark: *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008
- de VATTTEL, Emer: *The Law of Nations. Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Minneapolis: Liberty Fund, 2008 (překl. Thomas NUGENT, orig. *Le droit des gens. Ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains*. Londýn, 1758)
- VEČEŘA, Miloš, GERLOCH, Aleš, SCHLOSSER, Hans, BERAN, Karel, RUDENKO, Slavomír: *Teória práva*. 4. vyd., Bratislava: Eurokodex s.r.o., 2011
- VOßKUHLE, Andreas: Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Juristische Schulung*, č. 5, 2007, str. 429 – 431
- WALDRON, Jeremy: The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, roč. 115, 2006, str. 1346 – 1407
- WECHSLER, Herbert: Towards Neutral Principles in Constitutional Law, *Harvard Law Review*. roč. 73, 1959, č. 1, str. 1 – 35
- WEILER, J. H. H.: Editorial. Lautsi: Crucifix in the Classroom Redux, *The European Journal of International Law*, č. 1, roč. 21, 2010, str. 1 – 6
- WEINBERGER, Ota: *Právo a instituce*. Brno: Masarykova univerzita, 1995
- WEYR, František: *Československé ústavní právo*. Praha: Melantrich, 1937
- WHITTINGTON, Keith E.: *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Kansas: University Press of Kansas, 1999
- WIEACKER, Franz: Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung. In: LUTTER, Marcus, STIMPEL, Walter, WIEDEMANN, Herbert

(eds.): *Festschrift für Robert Fischer*. Berlin, New York: de Gruyter, 1979, str. 867 – 882

WINTEROVÁ, Alena a kol.: *Občanské právo procesní*, 6. vydání, Praha: Linde, 2011

WINTR, Jan: *Říše principů. Obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006

WINTR, Jan: *Principy českého ústavního práva (s dodatkem principů práva evropského a mezinárodního)*. Praha: Eurolex Bohemia, 2006

WINTR, Jan: První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*, č. 5, 2008, str. 31 – 39

ZUCCA, Lorenzo: *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: Oxford University Press, 2007

ZUCCA, Lorenzo: Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*, Antverpy, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, str. 19 – 37