

## PRINCIP PROPORCIONALITY A INTERPRETACE OMEZENÍ ZÁKLADNÍCH PRÁV V ÚSTAVNÍM PRÁVU

PAVEL ONDŘEJEK

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 nauka, poskytující teoretický základ pro tato řešení.

V oblasti interpretace ústavního práva, které se vyznačuje vyšší mírou vágnosti vyjádření ústavních 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 ve společnosti.<sup>48</sup> V průběhu doby se vyvinuly rozdílné koncepce, jak tyto konflikty v ústavním právu řešit; žádná z nich však nedosáhla takového rozšíření, jako princip proporcionality.

V úvodu této kapitoly se budu věnovat rozdílným příkladům uplatnění proporcionality v právu, dále pak struktuře a složkám principu proporcionality v ústavním právu a v závěru se pokusím zhodnotit význam této argumentační metody založené na poměřování kolidujících práv a veřejných zájmů pro nauku o aplikaci práva, zejména to, zda dochází v důsledku používání techniky poměřování k radikálnímu odklonu od klasické teorie aplikace práva.

### Kontexty proporcionality v právu

Pojem „proporcionalita“ pochází z latinského spojení *pro portio* znamenající určitý vztah mezi dvěma nebo více prvky. V matematice

<sup>48</sup> Takto o tom na příkladu Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod hovoří R. Ryssdal, bývalý předseda Evropského soudu pro lidská práva: RYSSDAL, R. The Coming of Age of the European Convention on Human Rights. *European Human Rights Law Review*, 1996, č. 1, s. 23.

a v přírodních vědách obecně je možné tento vztah popisovat pomocí operátoru poměru (1 : 4, 2 : 1 atd.).<sup>49</sup> Naproti tomu v právu, kde se nejedná o objektivně dané či měřitelné vztahy, jde v případě principu proporcionality o určitou argumentační techniku interpreta.<sup>50</sup> Právo je jevem sociálním, což nutně generuje otevřenost dílčích řešení, jistou míru neurčitosti, proměnlivosti, nikoliv matematickou exaktnost.<sup>51</sup>

Úvahy o přiměřenosti určité právní úpravy se vyskytovaly odpradáвна. E. Engle ve své studii konstatuje, že „koncepce proporcionality vykazuje v právu pozoruhodnou kontinuitu po několik století, dokonce tisíciletí.“<sup>52</sup> Za základ současného principu proporcionality pokládá tento autor Aristotelovo učení o distributivní spravedlnosti.<sup>53</sup> Sám Aristoteles toto pojetí spravedlnosti popisuje pomocí úměry (proporcionality) mezi členy poměru.<sup>54</sup>

To však neznamená, že by se proporcionalita v právu objevovala pouze v případech hledání spravedlivé alokace dober. Naopak, přiměřenost

<sup>49</sup> PANOMARIOVAS, A.; LOSIS, E. Proportionality: from the Concept to the Procedure. *Jurisprudencija/Jurisprudence*, č. 2, 2010, s. 263.

<sup>50</sup> HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace, ohlednutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 21 an. Nověji viz též HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 143–145.

<sup>51</sup> ELIÁŠ, K. Veřejnoprávní souvislosti soukromého práva. *Správní právo*, č. 1–2, 2011, s. 69.

<sup>52</sup> ENGLE, E. *The History of the General Principle of Proportionality: An overview*. Dostupné na: <http://ssrn.com/abstract=1431179>, s. 2. S koncepcí přiměřenosti se setkáváme již v nejstarším známém dochovaném zákoníku z 18. století př. n. l. babylonského panovníka Chammurapiho. Vyskytuje se v podobě přiměřenosti odškodnění v případě vyhnání nájemce domu: „Pokud muž pronajme dům a nájemce zaplatil vlastníkovi 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 proporcionalní množství toho, co mu nájemce zaplatil.“ Viz JOHNS, C. H. W. *Babylonian and Assyrian Laws, Contracts and Letters*. New York: Charles Scribner's Sons, 1904, s. 50–51.

<sup>53</sup> Srov. též WIEACKER, F. *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*. In LUTTER, M.; STIMPEL, W.; WIEDEMANN, H. (eds). *Festschrift für Robert Fischer*. Berlin – New York: de Gruyter, 1979, s. 874 an.

<sup>54</sup> „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...“ ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: Petr Rezek, 1996 (Překlad A. Kříž), s. 128–129.

se v právu vyskytuje jako polysémnní výraz v celé řadě odvětví vnitros-tátního i mezinárodního práva.<sup>55</sup>

Patrně v nejstarším významu se setkáváme s přiměřeností v případech ukládání sankce (viz výše uvedený odkaz na Chammurapiho zákoník). Za klíčovou v tomto ohledu lze považovat zejména koncepci přimě-řeného trestu.

Podobně se proporcionalita objevuje i u jiných forem sankcí, napří-klad 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 pomě-ry účastníků nemusí být hrazen plný ekvivalent vzniklé škody. Tak je tomu v českém civilním právu, kde soud může náhradu škody přimě-řeně snížit (§ 450 obč. zák.).<sup>56</sup>

Kromě proporcionality trestu je v právní teorii dnes přiměřenost chápana obecně jako znak svémoci, tj. formy donucení, kdy útok či ne-bezpečí neodvrací veřejná moc.<sup>57</sup> Moderní trestněprávní teorie uznává proporcionalitu jako znak krajní nouze i nutné obrany.<sup>58</sup>

V následujícím textu se budu věnovat principu proporcionality aplikovanému v ústavním právu, při jehož aplikování soudy přezkou-mávají ústavnost zásahu do základních práv.

### Složky a struktura principu proporcionality

Pro test proporcionality je příznačná existence jeho jednotlivých slo-žek. Hlavní důvody pro tento „rozpad“ hlavního testu proporcionality

<sup>55</sup> PANOMARIOVAS, A.; LOSIS, E. *Proportionality: from the Concept to the Procedure...*, s. 263.

<sup>56</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: www.justice.cz).

<sup>57</sup> GERLOCH, A. *Teorie práva*. 5. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 153.

<sup>58</sup> SOLNAŘ, V.; FENYK, J.; ČÍSAŘOVÁ, D. *Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Lexis-Nexis, 2003, s. 141 a 147. Autoři zde sice formálně rozlišují mezi „vyloučením zcela zjevně 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., s. 141).

do jednotlivých „sub-testů“ je jeho tvrzená složitost,<sup>59</sup> neboť při zkou-mání přiměřenosti určité úpravy je potřeba zodpovědět mnoho skut-kových i právních otázek. Jak však bude nastíněno níže, důvodem jednotlivých složek může být i usnadnění argumentace o proporcio-nalitě 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>60</sup> se rozvinul v německé právní vědě.

Pokud jde o jednotlivé složky principu proporcionality, W. van Gerven<sup>61</sup> si při analýze judikatury Evropského soudního dvora všímá, že tento soud uznává v některých případech tři složky principu pro-porcionality (vhodnost, nezbytnost a absenci disproporce),<sup>62</sup> zatímco v jiných případech aplikuje pouze dvousložkový test proporcionality (obsahující pouze test vhodnosti a nezbytnosti).<sup>63</sup>

Německý Spolkový ústavní soud popisuje od roku 1958 standardně tři složky principu proporcionality (vhodnost, potřebnost a proporcio-nalitu stricto sensu).<sup>64</sup> Závěry tohoto soudu a dále německé doktríny

<sup>59</sup> RIVERS, J. *Proportionality and Variable Intensity of Review*. *Cambridge Law Journal*, roč. 65, č. 1, 2006, s. 181.

<sup>60</sup> Takto charakterizují jeden z aspektů principu proporcionality M. Fordham a T. de la Mare. Viz FORDHAM, M.; de la MARE, T. *Identifying the Principle of Proportionality*. In JOWELL, J.; COOPER, J. (eds). *Understanding Human Rights Principles*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2001, s. 27.

<sup>61</sup> van GERVEN, W. *The Effect of Proportionality on the Actions of the Member States of the European Community: National Viewpoint from Continental Europe*. In ELLIS, E. (ed.). *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 1999, s. 37–38.

<sup>62</sup> Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 13. 11. 1990 ve věci Královna proti Mí-nisterstvu, zemědělství, rybolovu a potravin a Státnímu tajemníkovi pro zdravotnictví, ex parte Fedesa C-331/88 [1990] ECR 4023.

<sup>63</sup> Rozhodnutí Evropského soudního dvora ze dne 23. 2. 1983 ve věci Fromaçais v. FORMA 66/82 [1983] ECR 395, para 8.

<sup>64</sup> Zpočátku své činnosti byl princip proporcionality používán zřídka a bez viditelného rozlišování jeho jednotlivých složek, situace se změnila od rozhodnutí z 11. 6. 1958 (*Apo-thekenurteil*), odkdy je princip proporcionality používán Spolkovým ústavním soudem pravidelně a jsou rozlišovány jeho tři složky – viz BVerfGE 7, 377 „Apothekeurteil“, cit. dle EMILIOU, N. *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*. Londýn: Kluwer Law International, 1996, s. 24–25.

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>65</sup> a dále již známou triádu podle německého vzoru.<sup>66</sup>

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 kapitole setrvávat na ustálené koncepci omezení základních práv plynoucích z triády legalita, legitimita a proporcionalita.

Podobně jako výše nastíněný příklad judikatury různých soudů se i v právní teorii setkáváme s mnoha odlišnými názory ohledně struktury principu proporcionality. Na tomto místě lze připomenout například teorii D. Beattyho, který poněkud relativizuje rozdělení 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>67</sup> Jedná se o aplikace poměrování na jednoznačné případy, kdy je předmětná úprava vždy disproportionalní.

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

### Test vhodnosti

Podstatou této prvé složky zkoumání proporcionality určitého aktu je úvaha o právních prostředcích k dosažení určitého cíle. Východiskem je konstatování, že přiměřené nemohou být takové právní

<sup>65</sup> Pod pojmem akt obecně zahrnuji jak individuální, tak normativní právní akt (tj. rozhodnutí i právní předpis).

<sup>66</sup> RIVERS, J. *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, s. 181.

<sup>67</sup> BEATTY, D. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 163.

prostředky, pokud vůbec nejsou způsobilé dosáhnout cíle, ke kterému mají směřovat.<sup>68</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>69</sup>

Při odpovědi na tuto otázku jde o zkoumání primárně faktických, nikoliv právních otázek<sup>70</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>71</sup> Pouze absolutní nezpůsobilost k dosažení cíle vede k neústavnosti úpravy limitující základní práva.

### Test potřebnosti

I v případě, že určité prostředky směřují k dosažení cíle, který je shledán legitimním, stále se nemusí jednat o takovou úpravu, která je ústavně konformní. Důležitým požadavkem plynoucím z principu proporcionality je rovněž potřebnost dané úpravy ve smyslu nezasaňování 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>72</sup>

Z teoretického hlediska může každý prostředek k dosažení určitého cíle vyvolávat vedlejší efekty.<sup>73</sup> Z principu právního státu vyplývá požadavek na právo dosahující určité kvality, nechtěné vedlejší efekty

<sup>68</sup> RÖHL, K. F.; RÖHL, H. CH. *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*. 3. vyd. Kolín nad Rýnem: Carl Heymanns Verlag, 2008, s. 655.

<sup>69</sup> RIVERS, J. *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, s. 196.

<sup>70</sup> ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002 (Překlad J. Rivers, orig. *Theorie der Grundrechte*. 3. vyd. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986), s. 397.

<sup>71</sup> Podrobněji viz též RIVERS, J. *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, s. 197.

<sup>72</sup> SULLIVAN, T. E.; FRASE, R. S. *Proportionality principles in American Law: Controlling Excessive Government Actions*. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. viii.

<sup>73</sup> RÖHL, K. F.; RÖHL, H. CH. *Allgemeine Rechtslehre...*, s. 655–656.

a dodatečné náklady právní regulace by proto měly být omezeny na minimum.

Obdobně jako v případě testu vhodnosti jsou i v případě testu potřebnosti zkoumány skutkové okolnosti, nyní však nikoliv hypotetické možnosti dosažení zvoleného cíle, nýbrž alternativní hypotetické právní prostředky, které dosahují identického cíle.<sup>74</sup>

V rámci zkoumání potřebnosti je tedy po hledání alternativních prostředků v druhé řadě potřeba identifikovat **adekvátní míru intenzity soudního přezkumu**. Pouze poté je možné říci, zda má stát větší nebo menší míru uvážení, z čehož bude vyplývat rozdílný nárok na přísnost potřebnosti zkoumaného aktu ve vztahu k prosazovanému cíli.

Z teoretického hlediska se tématu intenzity přezkumu věnuje zejména britský profesor Julian Rivers, který se za použití Alexyho teorie základních práv pokouší nalézt odpověď na otázku adekvátní míry intenzity soudního přezkumu.<sup>75</sup> J. Rivers poukazuje na skutečnost, že z hlediska potřebnosti 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, která 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, která může být jediná možná (stav blízký idealismu) nebo se může vyskytovat určitý průnik obou rovin, v němž existuje diskrece.<sup>76</sup>

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

<sup>74</sup> RIVERS, J. *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, s. 198.

<sup>75</sup> RIVERS, J. *Proportionality, Discretion and the Second Law of Balancing*. In PAVLAKOS, G. (ed.). *Law, Rights and Discourse, The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford – Portland: Hart Publishing, 2007, s. 167–188. Obdobnou myšlenku lze však nalézt v již téměř 40 let starém pojednání E. Grabitz. Viz GRABITZ, E. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*. *Archiv des öffentlichen Rechts*, roč. 98, 1973, s. 581.

<sup>76</sup> *Ibid.*, s. 172–177.

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).

### 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 argumentaci. Podle R. Alexyho vyžaduje ústavní zásada 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>77</sup> Test proporcionality *stricto sensu* tedy vyžaduje, aby „závažnost zásahu a tíha důvodů ospravedlňujících tento zásah byly ve vzájemném vztahu“.<sup>78</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 nepřiměřenými.<sup>79</sup>

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>80</sup> Je však třeba si uvědomit, že kalkulace celkového užítka vycházející z utilitaristické

<sup>77</sup> ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights...*, s. 401.

<sup>78</sup> Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu BVerfGE 61, 126, cit. dle EMILIOU, N. *The Principle of Proportionality in European Law...*, s. 32.

<sup>79</sup> RÖHL, K. F.; RÖHL, H. CH. *Allgemeine Rechtslehre...*, s. 635.

<sup>80</sup> RIVERS, J. *Proportionality and Variable Intensity of Review...*, s. 200. Riversova teorie je rozpracováním teorie R. Alexyho, který vidí pod třetí složkou principu proporcionality projev Paretova optima v právu. Viz ALEXY, R. *The Construction of Constitutional Rights*. *Law & Ethics of Human Rights*, roč. 4, č. 1, 2010, s. 28–29.

koncepte nemusí být jediná možná. Jak poukazuje K. Möller, pojem užítka v tomto smyslu nemusí být nutně spojen s utilitaristickým pojetím, může naopak implikovat i deontologický základ.<sup>81</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 vyvažování 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>82</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 rozhodnutí o výši poplatků ve zdravotnictví<sup>83</sup> či D. Kosář v obsáhlejší analýze rozhodnutí Ústavního soudu.<sup>84</sup>

S alternativní koncepcí vážící formule lze odkázat na německou teorii, která nabízí odlišný model vážící formule. Teoreticky zpracován

<sup>81</sup> MÖLLER, K. Balancing and the Structure of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Constitutional Law*, č. 3, 2007, s. 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>82</sup> Nález Ústavního soudu ze dne 12. 10. 1994, sp. zn. Pl. ÚS 4/94: „Empirickým argumentem lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva (v posuzovaném případě jde o nárůst případů vyhrožování a zastrasování 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.“

<sup>83</sup> HOLLÄNDER, P. *Filipika proti redukcionismu*. Bratislava: Kalligram, 2009, s. 161–162, nález Ústavního soudu ze dne 20. 5. 2008, sp. zn. Pl. ÚS 1/08 (poplatky ve zdravotnictví).

<sup>84</sup> KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*, č. 1, 2008, s. 3–19.

v díle R. Alexyho je nejjednodušší model vážící formule možné popsat srovnáním míry zásahů do právem chráněných hodnot.<sup>85</sup> Tyto zásahy mohou nabývat intenzity nízké, střední nebo vysoké. Jak sám Alexy poukazuje, třístupňová škála není v dané věci podstatná.<sup>86</sup> Podstatné je, že je možné vyjádřit hodnocení a srovnání zásahu do určitých práv.

### Pořadí složek testu proporcionality

Nyní, když jsem popsal jednotlivé složky testu proporcionality, zbývá zodpovědět otázku, zda pořadí aplikace složek testu proporcionality je nahodilé, 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 disproportionalní. 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 nesplňuje 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 nejsnáze splnit, až po nejobtížnější kritérium poměrování vyžadující aplikace vážící formule.

Při takovémto chápání složek principu proporcionality se blížíme při jeho aplikaci k tzv. kaskádové metodě. Jde o teorii známou například ve francouzském právu, požadující, aby výčet podmínek byl

<sup>85</sup> ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, č. 4, 2003, s. 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>86</sup> *Ibid.*, s. 440.

zkoumán jedna po druhé, přičemž nedodržení jediné podmínky vede ke konečnému interpretačnímu závěru.<sup>87</sup> Podobný závěr, byť pro test poněkud jiné struktury, dovozuje i M. Pavčnik, když hovoří o stupňovitě povaze testu proporcionality.<sup>88</sup>

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.

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>89</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.<sup>90</sup> Z hlediska logiky testu proporcionality je zjevné, že proporcionalní úprava či rozhodnutí musí splňovat kumulativně všechny složky testu proporcionality.

<sup>87</sup> Za seznámení s touto metodou vděčí autor prof. Karen Vanderkerckhove, profesorce Právnícké fakulty Univerzity Antverpy a jejímu komentáři 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>88</sup> PAVČNIK, M. Princip přiměřenosti (několik myšlenek k diskuzi). *Časopis pro právní vědu a praxi*, č. 1, 2009 (Překlad J. Tauchen), s. 53.

<sup>89</sup> Taktó koneckonců Ústavní soud postupoval ve výše zmíněných nálezech Pl. ÚS 4/94 (ústavnost institutu anonymního svědka) a IV. ÚS 1554/08 (odůvodnění předběžného opatření soudem).

<sup>90</sup> Viz nálezy sp. zn. Pl. ÚS 83/06 z 12. 3. 2008 (soulad zákoníku práce s ústavním pořádkem), odst. 271–272 (v odůvodnění ÚS nejdříve konstatuje porušení zásady vhodnosti, poté pokračuje v posouzení právní úpravy z hlediska zásady potřebnosti). K obecné kritice této metody rozhodování ÚS viz též KOSAR, D. *Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR...*, zejména s. 14.

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.

### Subsumpce a poměrování: protikladné a jednotící teorie

V právní teorii bývá tradováno, že aplikace práva spočívá na metodě subsumpce, tj. podřazení skutkového stavu v reálném světě pod abstraktní právní normu.<sup>91</sup> Řešení konkrétního právního případu má tak podobu sylogismu.<sup>92</sup> Jak uvádí G. Sartor, v právu je sylogismus kombinací logických argumentů *modus ponens* a individualizace. Prvz těchto argumentů umožňuje při znalosti podmínky a antecedentu dovést konsekvent, prostřednictvím druhého z nich lze vyvodit z obecné podmínky podmínku individuální.<sup>93</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>94</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>95</sup>

<sup>91</sup> Podle prof. 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, M.; GERLOCH, A.; SCHLOSSER, H.; BERAN, K.; RUDENKO, S. *Teória práva*. 4. vyd. Bratislava: EuroKódex, 2011, s. 162–163.

<sup>92</sup> Zrod metody sylogismu v právu ve 12. století v rámci školy glosátorů popisuje A. Errera. Viz ERRERA, A. 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, A.; STEIN, P. (eds). *The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Dordrecht: Springer, 2007, s. 105.

<sup>93</sup> SARTOR, G. *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to Law. A Treatise in Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Dordrecht: Springer, 2005, s. 426.

<sup>94</sup> VEČEŘA, M.; GERLOCH, A.; SCHLOSSER, H.; BERAN, K.; RUDENKO, S. *Teória práva...*, s. 168.

<sup>95</sup> WEINBERGER, O. *Právo a instituce*. Brno: MU, 1995, s. 56. Podle prof. Weinbergera je výsledkem subsumpce individuální normativní věta. V tomto textu se budu držet

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 prolínají.<sup>96</sup>

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>97</sup> Základní Alexyho teze spočívá v tvrzení, že poměřování jakožto část principu proporcionality je nutně aplikována namísto klasické subsumpce v případě 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>98</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 poměřování, tak jak ji například popisuje R. Alexy,<sup>99</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

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, K.; CANARIS, C.-W. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. vyd. Berlin: Springer, 1985, s. 91 an.

<sup>96</sup> MARŠÁLEK, P. *Právo a společnost*. Praha: Auditorium, 2008, s. 162 an.; obdobně prof. H. Schlosser In VEČEŘA, M.; GERLOCH, A.; SCHLOSSER, H.; BERAN, K.; RUDENKO, S. *Teória práva...*, s. 166.

<sup>97</sup> ALEXY, R. *Balancing and Subsumption. A Structural Comparison...*, s. 433–449; ALEXY, R. *The Construction of Constitutional Rights...*, s. 20–32.

<sup>98</sup> Tamtéž, s. 21.

<sup>99</sup> Viz zejména jeho díla uvedená v předchozích poznámkách pod čarou.

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. 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. Samotné podřazení sporného ustanovení předmětného zákona je však právě věcí subsumpce konkrétního zákazu buď pod omezení náboženské svobody, nebo pod legitimní důvod tohoto omezení. K určení hypotézy právní normy, pod kterou tento zákaz spadá, je možné aplikovat princip proporcionality.<sup>100</sup>

Po podrobném popisu tohoto principu se nyní můžeme vrátit zpět k otázce položené v úvodu: Do jaké míry aplikace principu proporcionality a techniky poměřování, 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 poměřování 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),<sup>101</sup> se kterým se teorie práva musí vypořádat. To nelze učinit jinak než pečlivým zkoumáním sporných momentů, které obtížné případy aplikace práva při řešení kolize základních práv přinášejí.

<sup>100</sup> Podrobněji viz HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, s. 150.

<sup>101</sup> KUHN, T. S. *Struktura vědeckých revolucí*. Praha: Oikoyomenh, 1997, reprint 2008 (Překlad T. Jeníček, orig. *The Structure of Scientific Revolutions*). 3. vyd. Londýn – Chicago: The University of Chicago Press, 1996, s. 62 an.