

# Přednáška č. 8

**Osnova přednášky:**

- a) Hledání východisek z krize právního pozitivismu**
- b) Alexyho pojetí principů**
- c) Test proporcionality a jeho kritika**

# Přetrvávající problémy v právní filozofii ve druhé polovině 20. století

Právní filozofie v post Radbruchovském období:

- především se ukazovalo, že napětí mezi právem a morálkou; přirozeným a pozitivním právem, fakticitou a normativitou se nedá vyřešit deklarací jejich důležitostí; tzn. upřednostněním jednoho před druhým;
- na tento problém nedal uspokojivou odpověď ani Hart, který sice mluvil o minimálním obsahu přirozeného práva v pravidlech, ale jednalo se o formulování obecného (strukturálně-funkcionálního) předpokladu existence práva ve společnosti ...

(Hartovo zdůvodnění pravidel sice znamenalo prohloubení struktury práva, ale praktická aplikace pravidel nebyla schopná zabránit zneužití jejich obsahu a tím různým (novým) podobám formalismu; uplatňování pravidel otevřelo hrozbu tzv. procedurálního formalismu;)

Právo však řeší konkrétní konflikty a tak problém s nebezpečím formalismu byl stále aktuální...

**Stručně řečeno: otázkou zůstávalo to, jak se má řešit napětí mezi normativitou a fakticitou, s čímž souvisí otázka platnosti práva; co má být kritériem platnosti práva? Jakou roli při zdůvodňování platnosti sehrávají mimoprávní či morální argumenty?**

# Přetrvávající problémy v právní praxi

Problémy přetrvávaly i v otázkách aplikace práva - praxi;

Kritika odtrženosti teorie od praxe, co vedlo k větší tematizaci otázek uplatnění práva a právní praxe.

Nové otázky: **Jaká má být role soudce- jeho uvážení, diskrece? Jak má být interpretováno právo a co je vlastně právní interpretace? Jaké jsou její pravidla? Jakou roli zde sehrávají principy?**

Pozitivisté zastávají názor, že pokud soudce nemůže rozhodnout nějakou kauzu podle existujícího pravidla, užije své diskrece (uvážení).

Otázkou ale zůstává jakým způsobem?

V kontextu tohoto problému stále přetrvávala otázka vázanosti soudce na zákon; zda se má jednat jen o vázanost v úzkém smyslu slova, kdy se jedná jen o právní předpis v jeho textové podobě nebo kdy se nemá na mysli jen text, ale i účel zákona; tzn. to, čemu se říká teleologické pozadí zákona.

# Argumentace a interpretace práva: nová perspektiva řešení

Reakcí na uvedené problémy byl ve druhé polovině 20. století posun v právně-filozofickém tázání a sice **k otázkám teorie právní argumentace a interpretace.**

**Poznámka: Tato tendence souvisí s rozvojem filozofie jazyka, na půdě kterého dochází k rozvoji hermeneutiky jako metody interpretace.**

- **Hermeneutika-** (z řeckého herméneuein = vykládat, překládat, vyložit) je filologická a filosofická nauka o metodách správného chápání a výkladu textů, zejména náboženských (exegeze), právních (výklad práva) a filosofických.
- Zakladatel: německý filozof H.Gadamer

# Základní kategorie interpretace

- Poznání vs. porozumění
- Před-porozumění- porozumění (lingvistická, textová práce, kritika textu, oprava nesrozumitelných pojmů, kontext) –výklad významu a uvědomění si, že proces porozumění je nutné znovu opakovat- hermeneutický kruh
- Vysvětlení vs. Výklad (interpretace)významu

Platí:

- **Vždy již něčemu nějak rozumíme.**
- **Proces porozumění je neustále prohlubujícím se procesem-hermeneutický kruh;**
- **Interpret vždy interpretuje něco někomu (komunikativní proces)**

# Posun k otázkám argumentace a interpretace tematizuje roli právních principů.

Důvody tematizace právních principů na půdě dnešní právní filozofie a teorie

**Proměna společenské struktury post-industriální společnosti vede ke komplexitě právního řádu; předmětem regulace se stávají nové oblasti lidské činnosti, např., užívání nových technologií. Komplikuje se i regulace existujících oblastí práva, co klade větší požadavky na argumentaci a interpretaci při tvorbě a aplikaci právních norem.**

**Proměna hodnot a hodnotových (morálních) představ, ze kterých každý právní řád vychází.**

**Morálka přestává být integrační silou ve společnosti. V právním řádu právního státu reprezentují hodnotová hlediska především lidská práva, kterým je připisována role principů.**

**Hodnotový relativismus se odráží v pluralitě ideologických či světonázorových přístupů; „boj za právo“ se stává permanentním bojem **za principy právního státu.****

- Právní principy jsou brány jako prostředek transformace přirozenoprávních zásad;
- Nejlépe to vystihují slova právního teoretika O. Weinbergera, který uvádí, že **„prosté tvrzení, že existuje přirozené právo, je zcela bezvýznamné; jen zdůvodnění platných přirozeno právních principů, které lze uplatnit jako argumenty v právnických argumentacích, je relevantní pro právní filosofii a juristickou metodologii“.**

# Co jsou to principy?

*Princip* (z lat. *principium*- ve významu počátku, východiska); v běžném jazyce je tímto slovem označováno něco, co je zásadní.

- Někteří autoři rozlišují význam principů v *subjektivním* a *objektivním* smyslu.
- **V subjektivním smyslu** získávají význam *předpokladu* myšlení, či *vůdčí výkladové myšlenky*, ze které se dají odvodit a poznat další souvislosti.

V logice pak představují výchozí a klíčová vodítka.

Ve vztahu k jednání nabývají význam „maximy“ (obecné mravní zásady).

- **V objektivním smyslu** je principem rozuměno nějaké východisko, prazáklad, první příčina, která určuje povahu všech věcí a jevů.

# Poznámka k tomu, co jsou principy.

## Poznámka:

- Ve starověké filozofii byl princip chápán jako „*arché*“, jako původ a počátek bytí, skutečnosti. Porozumět principu znamenalo porozumět původu a příčině toho, co existuje.
- Později v novověké filozofii spojuje Descartes otázku principů se zkoumáním podmínek poznání. Později Kant rozlišuje principy podle jejich funkce na konstitutivní a regulativní.
- Dnes je otázka principů na půdě filozofie hlavně předmětem etiky a jejích aplikovaných oborů. K nejdůležitějším etickým principům patří: *princip úcty k životu jako takovému, princip důstojnosti a jedinečnosti každé lidské osoby; princip odpovědnosti, princip solidarity, princip společného dobra, princip subsidiarity.*



# Problémy s označením: co je co?

- V právní teorii a filozofii nepanuje jednoznačná shoda s používáním pojmů pravidlo a princip. K vysvětlení jejich povahy se často používají pojmy jako norma či zásada.

K nejčastějším přístupům patří:

- pojem princip je stavěn do protikladu, kontrapozice s právní normou;
- princip je chápaný jako velmi abstraktní zásada či pravidlo;
- právní norma funguje jako zastřešující pojem pro pojmy pravidla a principy. (Alexy)

# Význam Dworkinova pojetí práva (přínos pro teorii):

Tematizace principů jako právně-filozofického problému je spojována s Dworkinovým konceptem, který považuje principy za strukturální standardy práva (kromě pravidel, politik zde patří i principy);

- Pojem právo nevymezuje normativně, ale podle něj je to interpretační pojem;
- O tom, co je právo by měli rozhodnout soudci interpretaci vycházející z užití principů, které jim poskytují důvody...
- **Interpretaci považuje za jádro soudcovské praxe, doslova ji s ní ztotožňuje;**
- **Platnost právních principů odvozuje z jejich použití jako hledisek rozhodování, kdy umožňují efektivní garanci subjektivních práv... „Když se práva berou vážně“.**

# Kritika Dworkinova pojetí právních principů

Obecně si Dworkin vysloužil kritiku svého pojetí principů jako standardů za to, že se jedná o principy, které nemají institucionální oporu: nejsou zakotveny v ústavě a zákonech;

## Kritika z hlediska právního pozitivismu

- a) to považují za rozbití pozitivistického pojmu právo tím, že dělá z aproximativní realizace mravního ideálu právní povinnost; (právní povinnost má vést k uskutečnění nějakého morálního ideálu).
- b) O. Weinberger- pokud se použijí právní principy jako právní argumenty, musí být prokázáno, že jsou platným právem, tzn. obsahem platných právních pravidel, norem, zákonů nebo judikátů a je možné je induktivně abstrahovat;

Jinými slovy, Dworkinovi se podle Weinbergera nepovedlo přesvědčivě učinit transformaci morálního obsahu do právní formy.

# Kritika Dworkinova pojetí principů

Druhý problém, který je kritizován pak souvisí se skutečností, že principy umožňují porozumění, které nepodléhá logickým zákonům ( např. vyloučení třetího);

Tzn., že principy mají různou důležitost a také pak i míru platnosti;

Odkaz na to, že lze díky nim hájit práva jedinců nepostačuje, **i když právě to učinilo Dworkinovou teorií velmi populární!**

Otázku, jak lze potvrdit platnost a tím správnost principů se pokusil vyřešit německý právní teoretik **Robert Alexy (1945)**

# B) Robert Alexy (1945)

- Německý právní filosof a teoretik, působil na univerzitě v Kielu
  - Práce „**Teorie základních práv**“ (1982) , ve které zdůvodňuje své pojetí práv jako principů a nabízí řešení jejich kolize prostřednictvím tzv. testu proporcionality
  - V poslední době předmětem jeho bádání je otázka pojmu a platnosti práva – práce „**Pojem a platnost práva**“ (1994);
  - Usiluje o **nepozitivistický pojem práva** a dokazuje nutnou spojitost mezi právem a morálkou, přesněji mezi **morální a právní argumentaci...**
  - **Pokud chceme vymezit pojem práva musíme se prvně zabývat tím, jaké by právo mělo být....**
  - V posledních pracích věnuje pozornost teorii argumentace; konkrétně
    - a)otázkám správnosti právní argumentace jako specifické podobě praktického diskurzu;
    - b) otázkám zdůvodňování, např. lidských práva.
- Velkou pozornost si vysloužil svým tzv. testem proporcionality, který vychází z jeho konceptu pojetí práv jako základních principů...**



# Alexy vymezuje tři modely vztahu pravidel a principů

Alexy podobně jako Dworkin odmítá odlišení principů a norem dle stupně obecnosti a vymezuje principy pouze povahou logiky sporu

a) striktní oddělovací teze, - pravidla a principy jsou standardy rozdílné logické struktury- patří do různých „myšlenkových (logických) světů“ (Dworkin, Alexy)

b) Neexistuje žádný rozdíl v logické struktuře – ekvivalence(J. Raz)

(Raz se domnívá, že v soudcovské tvorbě práva rozdíl mezi pravidly a principy spočívá v tom, že pravidlo je formálně stanovené rozhodnutím konkrétního případu jako precedent, zatímco právní principy se v judikatuře postupně formují cestou soudcovského obyčeje)

c) Slabá oddělovací teze – rozdíl je dán stupněm intenzity vyjádření hodnot, obecnosti, významu pro právní řád atd. ( K. Larenzen)

# Alexyho konstruktivní kritika Dworkinova pojetí principů:

První bod kritiky:

Dworkin uvádí, že rozdíl mezi pravidly a principy je logickým rozdílem a uvádí tři rozdíly mezi pravidly a principy.

Alexy - kritizuje formulaci jeho první teze, že pravidla se liší od principů způsobem „všechno nebo nic“ – tzn. pokud jsou zde subsumpční podmínky, tak pravidlo platí nebo ne; což u principů nelze použít;

*Alexy to nepovažuje za vhodný rozdíl, protože u pravidel také nelze v jejich hypotéze postihnout všechny výjimky; z toho dovozuje, že tzn. logický rozdíl mezi principy a pravidly je možné stanovit jen v **případě konfliktu, střetu.***



# Druhý bod Alexyho kritiky:

Alexy kritizuje Dworkinovo vymezení politik jako standardů, které vyjadřují kolektivní cíle za to, že jim upírá mít hodnotový rozměr;

**Dworkin vymezuje standardy : politiky, pravidla a principy**

Dle Alexyho může docházet i ke kolizi nejen individuálních práv, ale také práv a veřejného dobra;

**Předmětem principů jsou jak základní práva a svobody, tak i veřejné dobro ;**

# Alexyho pojetí principů

Alexy argumentuje tím, že alespoň minimálně rozvinutý právní systém obsahuje principy; tzv. inkorporační teze. Jejich přítomnost zdůvodňuje tzv. případy vyvolávajícími pochybnosti (to, co Hart nazval otevřenou texturou práva- neurčitost právního jazyka, možnost rozporů mezi normami, absence normy, o kterou by se mohlo opřít rozhodování, ale i možnost rozhodnout proti doslovnému znění normy).

Pokud nějaký takový případ otevřenosti nastane, tak podle Alexyho nelze rozhodovat podle pozitivního práva, ale podle neprávních nebo mimoprávních hledisek; Jinými slovy soudce je podle něj pozitivním právem zmocněn k tomu, aby principiálně stejným způsobem jako zákonodárce na základě mimoprávních hledisek dotvořil či vytvořil nové právo. (Alexy tímto způsobem zdůvodňuje zároveň nutnou spojitost práva a morálky.)

**Pro Alexyho jsou principy součástí práva; poskytují argumenty, ze kterých musí vycházet uplatnění práva pokud má být splněn požadavek správnosti.**

**Principy jsou imanentní pojmu právo.**

# Právní norma jako pravidlo a princip

**Podle Alexyho každá právní norma může nabýt povahu buď  
právního pravidla nebo právního principu:**

- pravidla jsou normy, které definitivně něco příkazují, zakazují či dovolují, charakteristickou formou jejich použití je subsumpce;  
**Stručně: definitivní příkazy**
- principy jsou druhem norem, pro které je charakteristická aproximativní nikoli absolutní platnost; jsou to příkazy k optimalizaci.

# Co zde znamená optimalizace?

Principy jako normy ukládají, že se něco má realizovat vzhledem ke skutkovým a právním možnostem v nejvyšší míře.

Jak tomu máme rozumět? To znamená, že je možné je realizovat na rozličné úrovni a přikázána míra jejich uskutečnění nezávisí jen od skutkových možností, ale i právních možností. Právní možnosti jsou zde v podstatě určeny kolizi principů, když principy stojí proti sobě...

**Z toho vyvozuje Alexy závěr, že principy jsou způsobilé vzájemného poměřování – poměřování je charakteristickou formou aplikace principů.**

Kolizi principů je třeba rozhodnout metodou- tzn. příkazem k dosažení optimalizace v míře naplnění obou v kolizi stojících principů;

(Tato metoda se stala známou jako test proporcionality)

# Princip proporcionality- princip umožňující řešit kolizi principů:

Principy jsou příkazy k optimalizaci, tzn. mají být v rámci právních možností v maximální míře naplněny.

## **Jak tomu máme rozumět?**

Při kolizi principů se neuvažuje o tom, který princip má být vybrán a aplikován, protože oba představují hodnoty (základní práva nebo veřejné dobro) ... takže je poměřována jejich hodnota... jejich závažnost...a z toho se dovodí, který princip pak může být aplikován;

Při řešení jejich kolize jde o to, zda jsou jako celek, vzhledem k jejich relativnímu významu a relevantnímu kontextu, realizovány v maximální možné míře.

**Platí: čím je intenzivnější narušení jednoho principu, tím významnější musí být realizace druhého principu.**

# Kritéria testu proporcionality

Ustupující princip není prohlášen za nulitní a zůstává částí právního řádu. V případě jiné kolize může být otázka přednosti řešena opačně.

-Mezi principy a zásadou proporcionality je úzká souvislost; vzájemně se implikují- (obsahují).  
Zásada proporcionality je vymežována v širším a užším smyslu slova:

V širším smyslu slova zahrnuje tři kritéria:

- **vhodnosti, potřeby a poměrování (závažnost)**
- Zásada proporcionality v úzkém smyslu slova je pak příkaz k poměrování a plyne ze závislosti na právních možnostech.

# Tři kritéria testu proporcionality

- a) Test vhodnosti; tj. odpověď na otázku, zdali navrhované opatření, omezující určité základní právo, umožňuje dosáhnout sledovaný cíl;
- b) Test potřeby: spočívá v porovnávání legislativního prostředku, omezujícího základní právo, resp. svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod, resp. dotýkajícími se jich v menší intenzitě;
- c) Test poměrování – hodnotové závažnosti : má dva kroky
  - Praktické konkordance, tzn. testu minimalizace zásahu do obou základních práv
  - Vážíci formule tj. zvažování **empirických, systémových, kontextových i hodnotových argumentů**
  - **Uvedená kritéria vedou k větší racionalizaci právní argumentace v případě řešení kolize základních práv.**

# Příklad k lepšímu porozumění testu proporcionality

- Představte si, že byste měli jako ústavní soudci rozhodnout tento případ.
- Navrhovatel ústavní stížnosti bylo české město XY. Toto město podalo stížnost proti rozhodnutí Ministerstva obrany ČR, kterým byla zamítnuta žádost o udělení souhlasu s prodejem bytů ozbrojených složek ve vlastnictví města XY. Stručně řečeno, město bylo vlastníkem bytů, které byly přiděleny k užívání ozbrojeným složkám. Město tyto byty chtělo prodat, ale Ministerstvo obrany jako uživatel k tomu nedalo souhlas. Město v zamítnutí souhlasu spatřuje jednak porušení ústavního práva na samosprávu a jednak práva vlastnického, garantovaného čl.11 Listiny. Ministerstvo obrany považovalo udělení souhlasu s převodem, resp. s pronájmem bytů ozbrojených složek za zákonem stanovené omezení vlastnického práva ve veřejném zájmu, již je zabezpečení obrany státu. Ministerstvo zároveň upozorňovalo na skutečnost, že se tak neděje za náhradu. Možnost užívat obecní byty jako služební dával ozbrojeným složkám zákon. Stěžovatelé proto navrhovali také zrušení té části zákona, která to umožňovala.



## Aplikace testu proporcionality

- Než zahájíme test proporcionality, tak se musíme ptát, zda je nějaká zákonná cesta omezující vlastnické právo; (stav nouze a vyvlastnění);
- Náš případ tomu ale neodpovídá, takže konstatujeme kolizi základního práva a veřejného statku.
- **První krok- Test vhodnosti**
- Budeme se ptát, zdali institut, omezující určité základní právo, umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (ochranu jiného základního práva nebo veřejného statku);
- Takže kritérium vhodnosti, tzn. posouzení toho, zdali institut, omezující určité základní právo, umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (zabezpečení bytů pro ozbrojené složky), splňuje.

# Test potřebnosti

- **„Nezasahovat do základních práv větším způsobem, než je přípustně“.**
- Kritérium potřebnosti spočívá v porovnání legislativního prostředku, omezujícího základní právo resp. svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle...
- V našem případě zjistíme, že uvedený případ by tímto testem neprošel. Zabezpečení bytových potřeb osob, působících v ozbrojených složkách, lze dosáhnout i jinými postupy, než uvedeným zákonem (např. institutem věcného břemene, adaptací vhodných nemovitostí ve státním vlastnictví, koupí bytů nebo vlastní výstavbou bytů...)
- **Provádění dalších kroků testu již není nutné...**

# Test poměrování (test v užším slova smyslu)

- Alexy: aby „Závažnost zásahu a tíha důvodů ospravedlňujících zásah byly ve vzájemném vztahu“.
- Jde nejen o faktické, ale i právní posouzení; právní prostředky nemohou odviset jen od sledovaných cílů, ale mají vlastní existenci a takto musejí být ospravedlněny...

Stručně, v tomto kroku se posuzuje hodnota v kolizi stojících práv – zda jejich omezením převáží „pozitivní účinky“ nad „ztrátou“... nebo bude „vyšší ztráta“ dané hodnoty; pak i navzdory, že dané ustanovení prošlo testem proporcionality, může být na základě třetího kroku prohlášeno za protiústavní...

# **První krok při uplatnění třetího kritéria poměrování: test minimalizace**

**Nestačí jen vzájemné poměrování dvou kolidujících práv ale musí se splnit i požadavek šetření podstaty a smyslu omezovaného základního práva;**

**V případě závěru o opodstatněnosti priority jednoho před druhým ze dvou v kolizi stojících základních práv, resp. veřejných statků, je nutnou podmínkou konečného rozhodnutí rovněž využití všech možností minimalizace zásahu do jednoho z nich.**

# Druhý krok: Empirické, systémové kontextové hodnotové argumenty

**Empirickým argumentem** lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva.

**Systémový argument** znamená zvažování smyslu a zařazení dotčeného základního práva či svobody v systému základních práv a svobod.

**Kontextovým argumentem** lze rozumět další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného.

**Hodnotový argument** představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.

# Slabiny uplatňování testu proporcionality českým ÚS

Obecně můžeme říct, že tento test je hodně používán ale vykazuje určitou nejednotnost v jeho aplikaci.

Nejčastěji jsou kritizovány tyto slabiny:

- a) Není jasné, zda-li test minimalizace zásahu do základního práva je součástí testu proporcionality nebo se aplikuje samostatně
- b) třetí kritérium – poměrování je úzce spjato s kritériem druhým, potřebností a to při abstraktním a konkrétním přezkumu ústavnosti
- c) aplikuje se v řízení o abstraktní kontrole norem test proporcionality odlišně od testu v řízení o individuální ústavní stížnosti; ku příkladu ÚS doposud nikdy nepřistoupil ke zvažování empirických, systémových, kontextových a hodnotových argumentů; chybí odůvodnění tohoto přístupu ... preferuje ad hoc poměrování...

Určitá nedůslednost a redukce na tři stupně: a) identifikace základních práv stojících v kolizi, b) snaha zachovat co nejvíce z obou práva, c) pokud to není možné tak dá se přednost tomu právu, v jehož prospěch svědčí obecná idea spravedlnosti;

# Význam Alexyho pojetí principů:

Alexyho koncepce principů vyvolala velkou vlnu diskuse a také kritiky, čímž otevírá dveře nové rovině právního myšlení, které již není utvářena logikou subsumpce ani Dworkinovým porozuměním, ale zaměřuje se na utváření koherentní argumentační strategie;

Tento přístup otevírá řadu nových teoretických otázek, které se týkají pravidel argumentace, její správnosti a platnosti či její komunikativnosti v rámci právního diskurzu.

Test proporcionality v jeho pojetí můžeme interpretovat jako test – techniku, která vyžaduje argumentaci- zdůvodnění.

# Kritika testu proporcionality ze strany J.Habermase

- Habermas je velkým kritikem uplatnění principu proporcionality z těchto důvodů:
- Testem proporcionality se dává soudům velká pravomoc, kterou má mít jen zákonodárce ... princip proporcionality dává soudům velkou míru diskrece, co vede k nepředvídatelnosti soudních rozhodnutí...
- Podle něj je to jen pravomoc zákonodárce posuzovat to, zda přijímané zákony jsou v souladu s ústavou.
- Habermas se domnívá, že je potřebné zdůvodnit, proč to má dělat ústavní soud...



# Druhý Habermasův důvod kritiky

- Princip proporcionality ohrožuje specifickou povahu lidských práv- kritizuje jejich chápaní jako hodnot, dober, protože se podle něj
- a) snižuje jejich normativní charakter a prakticky kterýkoliv zájem pak při poměřování může převážit nad lidským právem, které je tak degradováno jen na jeden z mnoha společenských zájmů...
- b) poukazuje na to, že jazykem lidských práv nemůže být (ekonomický) jazyk, který z nich dělá statky- dobra, kdy se poměřuje jejich zisk, škoda, pod.
- Práva podle něj nelze takto poměřovat, buď jsme subjektem daných práv náleží nám, nebo nám nenáleží... ale nelze je umenšovat či dělit...

# Třetí Habermasův argument proti principu proporcionality:

- - iracionalita celého procesu poměrování ;
- Práva lze poměřovat jen tehdy, kdy jsou souměřitelná, v opačném případě pak hrozí nebezpečí arbitrárního rozhodnutí, které nemusí být racionální;