

**Cohen-Eliya Moshe – Porat Iddo. Proportionality and Constitutional Culture.
Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 168 s.**

Zkoumání principu proporcionality se minimálně od roku 2002, kdy vyšel anglický překlad knihy Teorie základních práv *Roberta Alexyho*,¹ věnuje stále více právních vědců z různých států světa. Několik velmi dobrých prací na toto téma napsali v posledních letech izraelsí autoři. Tamější hlavní proponent používání principu proporcionality, emeritní soudce izraelského Nejvyššího soudu *Aharon Barak*, vydal v roce 2012 anglický překlad své rozsáhlé knihy věnované tomuto principu.² Autoři mladší generace *Moshe Cohen-Eliya* a *Iddo Porat*, působící v Akademickém centru práva a obchodu v Ramat Ganu shrnuli své dosavadní bádání do pozoruhodné publikace, která oproti výše zmíněným pracím je rozsahem nevelká, avšak z hlediska originality zpracování lze odhadovat, že pro zájemce o téma aplikace základních práv v situacích jejich kolizí se stane neméně inspirativní.

Monografie podle autorů sice zkoumá dvě konkrétní právní doktríny (princip proporcionality a techniku vyvažování), avšak primárně se věnuje vlivu právní a politické kultury na rozvoj právní vědy.³ Monografie také představuje poněkud odlišný pohled na v současnosti často propagovaný trend přejímání zahraničních právních doktrín (nelze však nevidět, že díky tomuto fenoménu došlo k tak rychlému a úspěšnému rozšíření principu proporcionality do řady právních systémů).

Kapitoly knihy jsou z velké části věnovány srovnávání principu proporcionality (aplikovaném zprvu evropskými soudy, ale v posledních desetiletích i soudy v jiných státech, např. v Izraeli, Kanadě či Jihoafrické republice) a techniky vyvažování (*balancing*), která se uplatňuje ve Spojených státech amerických. Přestože na první pohled lze mezi nimi spatřovat řadu podobností, autoři hned v úvodních kapitolách zdůrazňují odlišnosti plynoucí z jejich historického vývoje. Zatímco princip proporcionality se vyvinul v pruském správním právu jako limit zásahů ze strany veřejné moci, technika vyvažování má svůj původ v americkém soukromém právu a je spojována s odmítáním právního formalismu. Z hlediska vývoje principu proporcionality je rovněž zajímavé, že v dnešní době je princip proporcionality vnímán spíše jako projev antiformalismu v právu, naproti tomu v době rozšíření své aplikace v judikatuře pruského Vrchního správního soudu nebyl žádným způsobem kritizován ze strany zastánců právního pozitivismu.⁴

Klíčové pro identifikaci rozdílů v aplikaci obou výše zmiňovaných argumentačních metod jsou podle autorů rozdíly mezi právní kulturou Evropy (reprezentované Německem) a Spojených států amerických. V této souvislosti autoři zmiňují odlišný pohled na roli státu a postavení jednotlivce. Do kontrastu stavějí německé komunitaristické pojetí státu založené na objektivním řádu hodnot, mezi nimiž hraje nejvýznamnější roli lidská důstojnost, a proti němu americké individualistické pojetí vycházející z apriorní nedůvěry ke státní moci a zdůrazňující svobodu člověka. Zatímco tedy americké pojetí odráží kategorický přístup k lidským právům, která jsou vnímána jako limity státní moci, v Německu panuje úsilí o optimalizaci práv a veřejných zájmů.⁵

¹ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 506 s.

² BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 611 s. Recenze této monografie byla publikována v časopisu *Právník*. 2013, č. 1, s. 93–95.

³ COHEN-ELIYA, Moshe – PORAT, Iddo. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 9.

⁴ *Ibidem*, s. 29–32.

⁵ *Ibidem*, s. 62–63.

Další z teorií, které se autoři věnují, je aplikace lidských práv jakožto právních principů, typická pro evropské státy, a naproti tomu jejich aplikace jako jiných právních norem, prosazovaná ve Spojených státech amerických. Jako jeden z důvodů rozdílného přístupu k lidským právům ve Spojených státech zmiňují autoři nezbytnost kontroly judikatury nižších soudů ze strany Nejvyššího soudu USA. Pokud by tento soud připustil širokou možnost poměrování, neměl by jinou možnost, než v každém případě hodnotit, zda nižší soud v dané věci přiznal základnímu právu či veřejnému zájmu náležitou váhu. V americkém soudním systému založeném na selekci případů Nejvyšším soudem by to nebylo možné. Autoři naproti tomu připomínají, že menší soudní systémy s obligatorní jurisdikcí nejvyšších soudů, mohou poměřování v jednotlivých případech přezkoumat.⁶

Zajímavým doplněním úvah o právní kultuře představuje rozpracování závěrů *Étienna Mureinika*,⁷ který na modelu přechodu Jihoafrické republiky k demokracii rozlišoval kulturu ospravedlnění (*culture of justification*) oproti starší kultuře autority (*culture of authority*). Obdobně, ačkoliv ne tak ostré, rozlišení kultur autority a ospravedlnění můžeme popsat i na rozdíl mezi evropskými zeměmi a USA. Zatímco v Evropě se prosazuje kultura vyžadující racionální odůvodnění všech zásahů ze strany veřejné moci, ve Spojených státech je naproti tomu legitimačním faktorem samotná existence pravomoci veřejného orgánu k vydání určitého rozhodnutí. Kultura ospravedlnění vytváří trend „administratizace“ práva ústavního, projevující se v požadavku na odůvodnění veškerých rozhodnutí v rámci ústavního práva.⁸ Tento trend bezpochyby podle autorů přispěl k rozšíření principu proporcionality, v jehož jádru stojí požadavek na odůvodnění zásahů do základních práv. Akceptace principu proporcionality tedy v pojetí autorů projevem příklonu k určité právní kultuře, která po druhé světové válce označovala jednotlivce a ochranu jeho práv jako základní funkci státu. To podle autorů však může nést i negativa přílišné orientace na německou právní vědu a potlačení právních doktrín vycházejících z vlastních tradic jednotlivých států.⁹ Tím se autoři zásadně staví proti pohledu na princip proporcionality jako na čistě formální, ideologicky neutrální princip. Podle jejich názoru s sebou přináší „zátěž“ v podobě idejí poválečného německého konstitucionalismu, v jehož podmínkách se tento princip rozvinul (jde zejména o výše zmíněnou organickou koncepci státu nebo o ústřední postavení lidské důstojnosti v systému základních práv).

Čtenář po přečtení knihy musí nabýt dojmu, že spíše než samotným principem proporcionality se kniha zabývá vlivem právní a politické kultury na uplatnění tohoto testu soudy v jednotlivých státech. Na práci je patrná snaha autorů podrobně popsat důvody aplikace odlišných principů ve Spojených státech amerických a v Evropě, ale zejména důvodů rozšíření tohoto principu do řady států světa.

Nesporný přínos monografie k debatám o principu proporcionality si přesto v závěru dovoluji doplnit o několik kritických poznámek. První z nich směřuje k celkové koncepci knihy, která je založena na ostrém odlišování amerického a evropského modelu. V úvodu se toto rozlišování zdá vhodné, aby byly popsány odlišné ideové zdroje obou doktrín. V práci však poněkud absentuje reflexe vzájemného ovlivňování právních systémů. Konkrétně v pří-

⁶ *Ibidem*, s. 97 nn.

⁷ MUREINIK, Étienne. A bridge to where? Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*. 1994, roč. 10, s. 32.

⁸ Pojem administratizace ústavního práva je autory dáván do souvislosti s rozšířeným fenoménem konstitucionalizace zákonného práva. COHEN-ELIYA, Moshe – PORAT, Iddo. *Proportionality and Constitutional Culture*, s. 129 nn.

⁹ *Ibidem*, s. 152.

padě doktrín proporcionality a vyvažování je na tuto skutečnost poukazováno i ze strany některých představitelů americké právní vědy a praxe.¹⁰

Při představování vývoje principu proporcionality v Německu by mohl být ze strany autorů více reflektován fakt, že v minulosti existovalo v Německu několik paralelně se rozvíjejících doktrín usilujících o řešení kolize základních práv a veřejných zájmů – např. princip praktické konkordance (*praktische Konkordanz*) v díle K. Hesseho, zákazu nadměrného zásahu (*Übermaßverbot*) u P. Lercheho anebo rozpracování techniky poměřování (*Ermessen*) R. von Kraussem. Přestože se princip proporcionality nakonec prosadil jako metoda řešení kolizí základních práv, výše zmíněné alternativní metody byly do určité míry do argumentačního schématu principu proporcionality zakomponovány.¹¹

Řadě mnohdy mimořádně zajímavých argumentů představených v knize by podle mého názoru slušelo určité rozvedení, za vše uvedu příklad autory ostře nastaveného kontrastu mezi horizontálním působením základních práv v Německu a odmítnutím této doktríny v USA.¹² Podle mého názoru by závěry případu *Shelley v. Kramer*¹³ mohly být poněkud rozvinuty, protože se ve svém důsledku působení lidských práv v soukromoprávních vztazích dotýkají, přestože je toto působení založeno na zcela odlišných základech než v německé ústavní teorii.

Tato recenze vznikla v rámci grantového projektu Grantové agentury České republiky č. P408/12/1255 s názvem „Klíčové pojmy ústavní teorie v čase paradigmatických změn“.

JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D.

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Stalford Helen. Children and the European Union. Rights, Welfare and Accountability. Oxford: Hart Publishing, 2012, xxv + 252 s.

V roce 2012 vyšla v Hart Publishing kniha Helen Stalford nazvaná *Children and the European Union*. Autorka tímto dílem navazuje na svou dosavadní práci, získané teoretické i praktické poznatky,¹ a předkládá ucelený přehled komunitární úpravy v několika oblastech, jež se dotýkají práv dítěte. Již v tomto směru se jedná o publikaci ojedinělou, výjimečnou svým obsahem i zpracováním.

Kniha obsahuje věcný rejstřík, seznam použité literatury, přehled souvisejících pramenů práva, jež jsou systematicky uspořádané podle původu, a přehled související judikatury Soudního dvora EU, respektive dříve Evropského soudního dvora, Evropského soudu pro lidská práva a judikatury soudů Spojeného království, jež čtenář může využít k dalšímu, podrobnějšímu studiu dané problematiky.

¹⁰ BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, s. 166 nn., kde komentuje svůj dissent k případu *District of Columbia v. Dick Anthony Heller*, 554 U.S.S.C. 570 (2008). Ke kritice aplikování částí principu proporcionality v americké soudní praxi viz: JACKSON, Vicki. Being Proportional about Proportionality. Review on The Ultimate Rule of Law by David Beatty. *Constitutional Commentary*. 2004, roč. 21, s. 803–859.

¹¹ O rozpracování tohoto tématu jsem se pokusil v článku: Zrod a utváření principu proporcionality v poválečném německém ústavním právu, který bude publikován v časopisu AUC-I.

¹² COHEN-ELIYA, Moshe – PORAT, Iddo. *Proportionality and Constitutional Culture*, s. 62.

¹³ *Shelley v. Kramer*, 334 U.S.S.C. 1 (1948).

¹ Srov. informace dostupné z: <http://www.liv.ac.uk/law/staff/helen-stalford/>, (cit. ke dni 10. 1. 2013).