

DISKUSE

PUTOVÁNÍ PO STEZKÁCH PRINCIPU PROPORCIONALITY: INTENCE, OBSAH, DŮSLEDKY

Pavel Holländer*

Abstrakt: *Proporcionalita se stala ústavní doktrínou soudů kontinentální Evropy, řady dalších zemí světa, jakož i judikatury smlouvami založených právních systémů, kupř. Evropského soudu pro lidská práva. Její utváření je spjato s dějinami německé konstitucionalistiky 20. století. Vedle subsumpce se tím objevila nová metoda aplikace práva. Alternativa subsumpce nebo proporcionalita v právním myšlení je dána mírou otevřenosti textury subsumpčních podmínek normy. Ústavní katalogy základních práv nabyly podobu reálného objektivního práva, jemuž odpovídají reálná subjektivní veřejná práva. Tato okolnost radikálně otevřela texturu práva, jelikož ústavní principy jsou bez další konkretizace neaplikovatelné. Evropa v této situaci musela najít metodu jejich konkretizace. Nalezla ji v poměřování.*

Klíčová slova: *utváření a vývoj principu proporcionality, subsumpce a proporcionalita, proporcionalita a vztah speciality a obecnosti právní úpravy, konflikt norem a kolize principů, příkaz k optimalizaci a metoda kompenzace*

1. VÍTĚZNÉ TAŽENÍ PRINCIPU PROPORCIONALITY

Německo je dnes úspěšnou, veleúspěšnou proexportní zemí. Uvedené konstatování neplatí patrně pouze pro oblast ekonomiky: Matthias Jestaedt ve své kritické reflexi nauky o poměřování mluví o jejím „vítězném tažení“ v podobě, do níž ji zformoval Robert Alexy a jeho Kielská škola, mluví o tom, že „pokud rozšíříme pohled za hranice národního, domácího trhu jurisprudence a zeptáme se na recepci v diskursu v ne-německých právních vědách, tak nauce o poměřování nelze odeprít titul exportního šlágru německé jurisprudence“.¹ Obdobná slova volí rovněž Florian Becker: „Třebaže princip proporcionality současného ražení našel svůj původ v německém ústavním právu uplynulého století, následoval jeho horizontální a vertikální rozmach do dalších právních řádů teprve po válce. Od tohoto okamžiku se v relativně krátkém čase vyvinul do německého exportního šlágru.“² Jak konstatuje Christian Starck, „počínaje rokem 1985 opírali rakouský a italský ústavní soud svoji argumentaci v případech základních práv o princip proporcionality. Rovněž Evropský soud pro lidská práva převzal judikaturu Spolkového ústavního soudu

* Prof. JUDr. Pavel Holländer, DrSc., Fakulta práva Paneurópskej vysokej školy v Bratislave. E-mail: hollander.pavel@seznam.cz.

¹ JESTAEDT, M. Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen. In: O. Depenheuer – M. Heintzen – M. Jestaedt – P. Axer (Hrsg.). *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*. Heidelberg, 2007, s. 253; Matthias Jestaedt publikoval následně tuto studii i v anglické verzi: JESTAEDT, M. *The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses*. In: M. Klatt (ed.). *Institutionalised Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. New York, 2012, s. 152–172.

² BECKER, F. Verhältnismäßigkeit. In: H. Kube – G. Morgenthaler – U. Palm – T. Puhl – Ch. Seiler (Hrsg.). *Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*. I. Heidelberg, 2013, s. 225.

týkající se omezení základních práv. Princip proporcionality platí jako měřítko omezení základních práv i ve Španělsku, jakož i v státech střední a východní Evropy.“³ Na jiném místě Christian Starck upozorňuje rovněž na etablování principu proporcionality ve Francii: „Princip proporcionality byl již vícekrát vtažen do judikatury Conseil d'état a nabývá ... ve francouzském správním právu neustále na významu.“⁴ Obdobně je na utváření a rozšíření principu proporcionality nahlíženo i na druhé straně Atlantiku: „Původem z německých kořenů se analýza proporcionality rozšířila po celé Evropě, včetně postkomunistických států střední a východní Evropy, a do Izraele. Byla absorbována v systémech Commonwealthu – v Kanadě, v Jihoafrické republice, na Novém Zélandu, a prostřednictvím evropského práva ve Velké Británii. V současné době proniká do Střední a Jižní Ameriky. Do konce roku 1990 prakticky v každém efektivním systému ústavního soudnictví ve světě byla jako hlavní princip přijata analýza proporcionality.“⁵ Tezi vyslovenou v předchozí větě nutno ale upřesnit: Ústavní vývoj USA se ubíral a ubírá vlastním směrem, úvahy o poměrování hodnot (základních práv) vycházejí z vlastních historických a myšlenkových směřování.⁶ Dnešní američtí konstitucionalisté nahlízejí vztah německého „Verhältnismäßigkeitsprinzip“ a amerického „balancing test“ smířlivěji: „Mluvit o lidských právech znamená mluvit o proporcionalitě. Není přehnané tvrdit, že proporcionalita předčila práva samotná jako vůdčí idea současného práva lidských práv a nauky o lidských právech. Proporcionalita se stala ústavní doktrínou soudů kontinentální Evropy, Spojeného království, Kanady, Nového Zélandu, Izraele a Jižní Afriky, jakož i judikatury smlouvami založených právních systémů, kupř. Evropského soudu pro lidská práva, což vede k ambicím stát se globálním modelem, stát se přístupem či prostě standardní praxí rozhodování. Dokonce i ve Spojených státech, pro něž je rozšířená představa, že je v nich proporcionalita formálně odmítána, někteří tvrdí, že různé úrovně testu ‚scrutiny‘ přijaté Nejvyšším soudem USA jsou analogické standardním otázkám kladeným proporcionalitou.“⁷

Vývoj zásady proporcionality v judikatuře Ústavního soudu České republiky lze vystihnout dvěma pohledy:

Na straně jedné linií směřující od nálezu ve věci ústavnosti institutu anonymního svědka v trestním řízení (Pl. ÚS 4/94), v němž Ústavní soud v řízení o kontrole norem

³ STARCK, CH. Grundrechte und Gesetz. Eine Entwicklungsgeschichte. In: M. Sachs – H. Sieckmann (Hrsg.). *Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat. Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*. Berlin, 2012, s. 213–214. K rozšíření principu proporcionality viz CLASSEN, C. D. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Spiegel europäischer Rechtsentwicklungen. In: M. Sachs – H. Sieckmann (Hrsg.). *Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag*. Berlin, 2012, s. 651–667; MARAUHN, T. Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Großbritannien. *VerwArch*. 1994, Jhrg. 85, s. 52 an.; SAUER, J. Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. *Der Staat*. 2012, Nr. 51, s. 3 an.

⁴ STARCK, CH. *Verfassungen. Entstehung, Auslegung, Wirkungen und Sicherung*. Tübingen, 2009, s. 375.

⁵ SWEET, A. S. – MATHEWS, J. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Faculty Scholarship Series*. 2008, Paper 14. Dostupné z: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/14>.

⁶ Viz dnes již klasický text na dané téma: ALEINIKOFF, T. A. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*. 1987, Vol. 96, No. 5, s. 943–1005. Ke vztahu principu proporcionality a testu „balancing“ viz podrobněji COHEN-ELIYA, M. – PORAT, I. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, Vol. 8, No. 2, s. 263–286.

⁷ HUSCROFT, G. – MILLER, B. W. – WEBBER, B. Introduction. In: G. Huscroft – B. W. Miller – G. Webber (ed.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. New York, 2014, s. 1. Podrobně ke srovnání německé proporcionality a amerického „balancing“ viz COHEN-ELIYA, M. – PORAT, I. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, Vol. 8, No. 2, s. 263–286.

poprvé komplexně vyložil obsah všech dílčích komponentů zásady proporcionality, přes nález ve věci ústavnosti omezení dispozičního oprávnění obce k obecním bytům sloužícím pro potřeby příslušníků ozbrojených sil a ozbrojených sborů (Pl. ÚS 15/96), v němž aplikoval dílčí zásadu potřebnosti, dále přes nález ve věci ústavnosti použití srovnávacích fotografií na trestním řízení nezúčastněných osob bez jejich souhlasu při rekognici fotografiemi (III. ÚS 256/01), jenž představoval aplikaci principu proporcionality v řízení o ústavní stížnosti, až po nález ve věci ústavnosti bezpečnostní prověrky jako podmínky seznamování se obhájců v trestním řízení s utajovanými skutečnostmi (Pl. ÚS 41/02), obsahující již kategorii příkazu k optimalizaci.

Na straně druhé lze uvést příklady nejednotnosti chápání obsahu principu proporcionality – na rozdíl týkající se rovnocennosti či hierarchie základních práv a svobod,⁸ na oscilování judikatury mezi základním testem racionality (rozumnosti) americké provenience a testem vhodnosti, prvním krokem při aplikaci principu proporcionality provenience německé, či, řečeno přesněji, příkazem k optimalizaci. Ilustrací je nález sp. zn. Pl. ÚS 61/04, v němž soud odlišil „rozumnost“ a „proporcionalitu“ (z hlediska intenzity přezkumu ústavnosti): „Vzhledem k čl. 41 odst. 1 Listiny nemusí být zákonná úprava práva na stávkou v přísném vztahu proporcionality k cíli, který je regulací sledován, tj. nemusí jít o opatření v demokratické společnosti nezbytné, jako je tomu například u jiných práv, jichž se lze dovolávat přímo z Listiny (srov. např. právo svobodně se sdružovat dle čl. 20 odst. 1 a 3 Listiny a čl. 41 odst. 1 Listiny a contrario nebo právo svobodně se sdružovat s jinými na ochranu svých hospodářských a sociálních zájmů dle čl. 27 odst. 1 a 3 Listiny a čl. 41 odst. 1 Listiny a contrario). 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.“ Tuto linii posuzování ústavnosti ve vztahu k sociálním právům potvrdil soud zejména v nálezech sp. zn. Pl. ÚS 1/08 a Pl. ÚS 54/10.⁹

⁸ Viz nález sp. zn. Pl. ÚS 83/06, dle něhož princip proporcionality „nemusí být vždy hlavním kritériem úvahy o ústavnosti toho kterého zákonného ustanovení. To proto, že princip proporcionality se uplatňuje zejména v oblasti lidských práv a základních svobod (hlava druhá Listiny); v oblasti práv hospodářských, sociálních a kulturních je však třeba přihlídnout k čl. 41 odst. 1 Listiny, otevírajícímu široký prostor pro zákonodárce při volbě nejrůznějších řešení. Vzhledem k čl. 41 odst. 1 Listiny nemusí být zákonná úprava v přísném vztahu proporcionality k cíli, který je regulací sledován, tj. nemusí jít o opatření v demokratické společnosti nezbytné, jak je tomu například u jiných práv, jichž se lze dovolávat přímo z Listiny (srov. však např. čl. 27 odst. 1, 2 a 3 Listiny a práva tam uvedená, jež nejsou článkem 41 odst. 1 limitována). 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 nemusí jít o prostředek nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší (test rozumnosti – srov. též nález sp. zn. Pl. ÚS 61/04).“ Obdobně i v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 1/08.

⁹ V nálezu Pl. ÚS 54/10 v návaznosti na nález sp. zn. Pl. ÚS 1/08 Ústavní soud zformuloval „jako metodologický nástroj k přezkumu zásahu zákonodárce do oblasti ústavně garantovaných sociálních práv tzv. test rozumnosti. Tento test reflektuje jak nutnost respektovat poměrně rozsáhlou diskreci zákonodárce, tak potřebu vyloučit jeho případné excesy a skládá se ze čtyř následujících kroků: 1. Vymezení smyslu a podstaty sociálního práva, tedy jeho esenciálního obsahu. 2. Zhodnocení, zda se zákon nedotýká samotné existence sociálního práva nebo skutečné realizace jeho esenciálního obsahu. 3. Posouzení, zda zákonná úprava sleduje legitimní cíl; tedy zda není svévolným zásadním snížením celkového standardu základních práv. 4. Zvážení otázky, zda zákonný prostředek použitý k jeho dosažení je rozumný (racionální), byť nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, nejúčinnější či nejmoudřejší.“

Nejednotnost judikatury Ústavního soudu při aplikaci principu proporcionality lze spojovat s několika důvody. Za nejvýznamnější považují rozdílné přístupy (ovlivněné informačními zdroji, jazykovou, vzdělanostní a kulturní orientací soudců a jejich asistentů) při posuzování ústavnosti právních předpisů v řízení o kontrole norem z pohledu vztahu legislativního prostředku a sledovaného účelu.

Česká teorie práva, respektive teorie konstitucionalismu, se analýze zásady proporcionality věnovala okrajově. Po ojedinělé studii Davida Kosaře, jenž v ní kriticky reflektuje nejednotnost, respektive nedůslednost používání testu proporcionality v judikatuře Ústavního soudu,¹⁰ lze za určitý průlom považovat první ucelenou monografickou práci Pavla Ondřejka.¹¹

Připomeňme, že „vítěznému tažení“ Alexyho podoby zásady proporcionality pomohly četné překlady jeho stěžejních monografií, zejména však ty anglické, publikované v nakladatelství Oxford University Press:¹² „*Od doby publikování Teorie základních práv Roberta Alexyho v anglickém jazyce probíhá rovněž v anglicky psané literatuře intenzivní konfrontace s teorií principů.*“¹³

Objevují se v ní jak kritické, tak i příznivé reakce.

Hlavní námitky oponentů metody poměřování směřují proti judičiální praxi aplikace základních práv,¹⁴ případně proti koncepci optimalizace.¹⁵ Jejich společným jmenovatelem je námitka svévole poměřování, ztráta právní jistoty a negativní vývoj směrem

¹⁰ KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*. 2008, roč. XVII, č. 1, s. 3–19.

¹¹ ONDŘEJKA, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012.

¹² ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main, 1985, 3. vydání. 1996. Španělský překlad Ernesto Garzón Valdés: *Teoría de los Derechos Fundamentals*. Madrid, 1993, 3. vydání. Madrid, 2001, anglický překlad Julian Rivers: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford, 2002. ALEXY, R. *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg–München, 1992, 4. vydání. 2005. Španělský překlad Jorge M. Seña: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, 1994, 2. vydání. Barcelona, 1997, italský překlad Fabio Fiore: *Concetto e validità del diritto*. Turin, 1997, korejský překlad Zoonil Yi, Seoul, 2000, anglický překlad Bonnie Litschewski Paulson – Stanley L. Paulson: *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford, 2002, švédský překlad Svenja Hams: *Rätten och rättvisan*. Göteborg, 2005, slovenský překlad P. Holländer: *Pojem a platnosť práva*. Bratislava, 2009. ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main, 1978, 4. vydání. 2001. Anglický překlad Ruth Adler a Neil MacCormick: *A Theory of Legal Argumentation*. Oxford, 1989, španělský překlad Manuel Atienza – Isabel Espejo: *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, 1989, italský překlad Massimo La Torre: *Teoria dell'argomentazione giuridica*. Mailand, 1998, portugalský překlad Zilda Hutchinson Schild Silva: *Teoria da Argumentação Jurídica*, São Paulo, 2001, 2. vydání, revize překladu Claudia Toledo, São Paulo, 2005, čínský překlad Shu Guoying, Peking, 2002, litevský překlad Juozas Galginaitis a Austeja Galginaityte: *Teisinio argumentavimo teorija*. Vilnius, 2005. K tomu je nutno upozornit na řadu Alexyho studií publikovaných anglicky: ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, Vol. 16, Issue 4, s. 433; ALEXY, R. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*. Vol. 16, Issue 2, s. 131. ALEXY, R. The Reasonableness of Law. In: G. Bongiovanni et al. (ed.). *Reasonableness and Law*. Dodrecht – Heidelberg – London – New York, 2009, s. 5–16; ALEXY, R. The Construction of Constitutional Right. *Law & Ethics of Human Right*. 2010, Vol. 4, No. 1, s. 20–32.

¹³ KUMM, M. Liberale Gerechtigkeitstheorien und die Struktur der Grundrechte. In: R. Alexy (Hrsg.). *Juristische Grundlagenforschung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel*. ARSP Beiheft Nr. 104. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2005, s. 218.

¹⁴ Viz zejména SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin, 1976, s. 134 an.; BÖCKENFÖRDE, E.-W. Grundrechte als Grundsatznormen. In: E. W. Böckenförde. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt am Main, 1991, s. 159, 189 an.

¹⁵ HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main, 1992, s. 310 an. Shrnutí námitek vůči principu proporcionality viz MÖLLER, K. Proportionality: Challenging the critics. *International Journal of Constitutional Law*. 2012, Vol. 10, No. 3, s. 709–731.

k soudcovskému státu spjatý s judiciálním omezováním prostoru pro tvorbu práva mocí zákonodárnou, případně mocí výkonnou. Tyto námitky se dotýkají problematiky kognitivismu a decisionismu v soudcovském rozhodování, jakož i problematiky soudcovského státu, jimž jsem se věnoval na jiném místě.¹⁶

Frederick Schauer v polemice s námitkou iracionality poměřování formuluje argument, dle něhož nutno rozlišovat mezi rozhodováním o kolidujících principech s otevřeným vyústěním, jež se uskutečňuje v racionální a transparentní struktuře (algoritmu), a mezi iracionalitou rozhodování.¹⁷ Mezinárodně vlivným zastáncem zásady proporcionality a poměřování je Aharon Barak. Z jeho reakcí na řadu výtek na adresu zásady proporcionality vybírám tu, v níž odmítá tvrzení, dle něhož tato zásada chrání základní práva v míře menší, než kategorizace užívána v USA: „*V kritických případech striktního přezkumu, v nichž není možné vyhnout se jistému přesahu břemene vůči více adresátům, než je pro dosažení cíle regulace potřebné, může proporcionalita chránit základní práva více, než striktní přezkum.*“¹⁸

Debata mezi příznivci a kritiky principu proporcionality s nezmenšenou intenzitou probíhá i v současnosti, čehož ilustrací je polemika mezi Lucem B. Tremblayem a Matthiasem Klattem na stránkách časopisu *International Journal of Constitutional Law* v letech 2014 a 2015.²⁰

„Radostný pohled“ na vítězné tažení principu proporcionality demokratickými ústavními systémy světa poněkud kalí suše pronesené konstatování G. Huscrofta, B. W. Millera a G. Webbera, upozorňující na zajímavý paradox: „*Nehledě na popularitu proporcionality, konsenzus o její metodologii neexistuje.*“²¹

V několika textech z let předchozích, věnovaných principu proporcionality, pokusil jsem se na jeho okraj zformulovat několik tezí: tezi o axiomatické a nikoli logické povaze právních principů společně s tezí o spojení kolize principů s posuzováním subsumpčních podmínek aplikace normy na rozdíl od konfliktu norem, jenž dopadá na vztah

¹⁶ HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace (ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu)*. Praha: Linde, 2003, s. 62 an.; HOLLÄNDER, P. Kognitivismus versus Dezisionismus in der Gerichtsanzwendung der Charta der Grundrechte und Grundfreiheiten. *Rechtstheorie*. 2003, Jhrg. 34, Heft. 4, s. 487–504; HOLLÄNDER, P. Kolaps „soudcovského státu“: běží odpočítávání? In: V. Hloušek – V. Šimíček (ed.). *Dělbá soudní moci v České republice*. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 16 an.

¹⁷ SCHAUER, F. Balancing, Summation, and the Constraining Role of Legal Text. *Law & Ethics of Human Right*. 2010, Vol. 4, No. 1, s. 34–45.

¹⁸ Dle testu *strict scrutiny* je ústavnost dána toliko tehdy, existuje-li úzká vazba zákonných prostředků a účelu zákona, jinými slovy, tato vazba musí být vhodná a potřebná, jak to jen je možné (BRUGGER, W. *Einführung in das öffentliche Recht der USA*. München, 1993, s. 117 an., viz rovněž SCHEFER, M. *Konkretisierung von Grundrechten durch den U. S. – Supreme Court*. Berlin, 1997, s. 49 an., s. 68 an., s. 256, 258, 262).

¹⁹ BARAK, A. Proportionality and Principled Balancing. *Law & Ethics of Human Right*. 2010, Vol. 4, No. 1, s. 16. K rozdílu mezi zásadou proporcionality v německém pojetí a poměřováním („balancing“) v pojetí americkém viz COHEN-ELIYA, M. – PORAT, I. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, Vol. 8, No. 2, s. 263–288.

²⁰ KLATT, M. An egalitarian defense of proportionality-based balancing: A reply to Luc B. Tremblay. *International Journal of Constitutional Law*. 2014, Vol. 12, No. 4, s. 891–899; TREMBLAY, L. B. An egalitarian defense of proportionality-based balancing: A rejoinder to Matthias Klatt. *International Journal of Constitutional Law*. 2014, Vol. 12, No. 4, s. 900–903; KLATT, M. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law*. 2015, Vol. 13, No. 2, s. 354–382.

²¹ HUSCROFT, G. – MILLER, B. W. – WEBBER, B. Introduction. In: G. Huscroft – B. W. Miller – B. Webber (ed.). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. New York, 2014, s. 2.

dispozic dvou norem,²² dále tezi o variabilitě účelu principu proporcionality (alternaci příkazu k optimalizaci s příkazem vyloučení extrémní disproporcionality),²³ tezi o nárůstu otevírání textury práva jako důsledku aplikace principu proporcionality,²⁴ či tezi o hermeneutické a nikoli kognitivní povaze principu proporcionality.²⁵

V úvaze, již čtenáři nabízím nyní, mým cílem není „najít“ či „objevit“ obecně přijatelnou metodologii spjatou s principem proporcionality, nýbrž – v návaznosti na své předchozí úvahy – pokusit se ukázat na body či uzly v jeho struktuře, od jejichž nazírání se pak tato metodologie odvíjí.

2. PŮVODNÍ INTENCE PRINCIPU PROPORCIONALITY A JEJICH MUTACE

My, Evropané, spatřujeme původ jednoho ze základních pravidel našeho jednání spočívajícího v hledání míry věcí v antické řecké kultuře: „*Ne náhodou přisuzovali Řekové Solónovi myšlenku, že člověk při svém konání nesmí překročit míru.*“²⁶ Platón tuto moudrost artikuloval slovy: „*Jak bychom tedy mohli nalézt spravedlnost, abychom se už nemuseli zabývat rozumností? ... Musíme se tomu věnovat... A už na první pohled se rozumnost... podobá jakémusi souzvuku a souladu... Snad je rozumnost jakýsi řád... a ovládnutí všelijakých libostí a žádostí.*“²⁷ Tato linie pokračuje Aristotelem, jenž v spravedlnosti nalézá úměrnost: „*a spravedlnost ta jest středem toho, co není úměrné; úměrno totiž je středem, spravedlnost pak je úměrná.*“²⁸

Ponechme ale historicko-filosofické reminiscence stranou a přenesme se k našemu tématu: „*Proporcionalita jako zmírnění státní moci byla zpočátku pro německé, evropské sousedy cizím objevem. Zatímco ve Francii panovala revoluční vláda a Spojené království se považovalo za společnost se svobodným státem, v Německu stála odůvodnění a udomácnění monarchistické a státní moci v centru ústavně-právního diskurzu mezi reformním hnutím a monarchistickou setrvačností. Tento diskurz nevedl, jak známo, k úplné demokratizaci, nýbrž k etablování monarchistického právního státu. Státní občan stěžejně do legitimačního a rozhodovacího procesu mohl být prostřednictvím uznání právně-státních prvků chráněn přinejmenším před přemírou státního výkonu moci. Tak pruské právo stanovovalo, že stát „může omezit přirozenou svobodu svých občanů pouze do té míry, jak to vyžaduje blaho společenského svazku.“*“²⁹

²² HOLLÄNDER, P. Deficit Dworkinovy a Alexyho koncepce logického vymezení právních principů. In: J. Boguszak (ed.). *Právní principy: kolokvium*. Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, s. 7–21.

²³ HOLLÄNDER, P. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Variabilität seiner Struktur? In: J. R. Sieckmann (Hrsg.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden: Nomos, 2007. Viz též HOLLÄNDER, P. El principio de proporcionalidad: variabilidad de su estructura? In: J. R. Sieckmann – M. Pons (ed.). *La teoría principalista de los derechos fundamentales: Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2011.

²⁴ HOLLÄNDER, P. Savignyho paradigma v době dekonstrukce práva. In: A. Gerloch – J. Tryzna – J. Wintr (ed.). *Metodologie interpretace práva a právní jistota*. Plzeň: Nakladatelství Aleš Čeněk, 2012; též HOLLÄNDER, P. Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in der Zeit der Dekonstruktion. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. 2013, Band 99, Heft 4.

²⁵ HOLLÄNDER, P. Zásada proporcionality: jednosměrná ulice, nebo hermeneutický kruh? Na příkladech veřejných dober a základních práv kolidujících s právem na soukromí. In: V. Šimíček (ed.). *Právo na soukromí*. Brno, 2011.

²⁶ BLEICKEN, J. *Die athenische Demokratie*. Cit. dle českého překladu *Athénská demokracie*. Praha, 2002, s. 30.

²⁷ PLATÓN. *Ústava*. Praha, 1993, s. 190.

²⁸ ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha, 1996, s. 129.

Úvaha současného konstitucionalisty koresponduje s dobovým konstitucionalistickým náhledem. Klasické vymezení pojmu právního státu je spjaté s Lorenzem Steinem (1815–1890), německým státovědcem, sociologem a ekonomem, profesorem na univerzitách v Kielu a ve Vídni. Stein si uvědomoval specificky německou povahu pojmu právního státu a tuto i přesněji vysvětlil. Idea právního státu dle něj obsahuje „*soustavu právních zásad a právních nástrojů, jejichž prostřednictvím má být vláda donucována k dodržování zákonného práva v jejích nařízeních a v její konkrétní činnosti. Takovýto pojem byl pro Anglii naprosto nadbytečný, jelikož realita jeho veřejného práva beztak onen požadavek splňovala; stejně tak pro Francii, protože tu vedle pojmu zákona byly zřetelně vyjádřeny zásady odpovědnosti a procesu... Pouze pro Německo, jež v průběhu půlstoletí nemělo ústavu, nemělo určitý pojem zákona a tedy nemělo žádný pojem vlády, se vyžadovalo omezení... instalování toho posledního (tj. omezení vlády) v oblasti teorie bylo zapříčiněno tím, že zákonodárství se o to pokoušelo marně.*“³⁰

Myšlenka proporcionality se v evropském právním myšlení explicitně poprvé objevuje v závěru 18. století v díle Carla Gottlieba Svareze, tvůrce Pruského obecného zemského práva.³¹ Ve svých slavných Přednáškách o právu a státu z let 1791 a 1792, určených následníku pruského trůnu, pozdějšímu pruskému králi Fridrichu Vilému III., Svarez vyslovil tezi, jež pak zůstala přítomna v německém liberálně orientovaném právním myšlení: „*Pouze odvrácení veliké a s morální určitostí hrozící újmy pro občanskou společnost, pouze opodstatněná víra dosažení velmi důležitých a trvalých výhod pro celek mohou oprávnit stát k tomu, aby omezil přirozenou svobodu svých občanů prostřednictvím policejních zákonů... Újma, jež se má odvrátit prostřednictvím omezení svobody jednotlivce, musí být podstatně významnější než nevýhoda, jež vyvívá jednotlivci nebo i celku z tohoto omezení.*“³²

Poprvé použil pojem proporcionality (*Verhältnismäßigkeit*) v moderním kontextu na konci 19. století Otto Mayer.³³ Mayer analyzuje právní omezení zákonného postupu policie spočívající v přiměřenosti použitých prostředků ve vztahu k důvodu a účelu policejního zákroku. Vychází úvodem z kategorie právního státu: „*Naše policie, tj. policie v právním státě, má obecnou povinnost udržovat (pořádek – pozn. P. H.) pouze v naprosto omezeném rozsahu; její opatření se mohou dotknout toliko toho, jenž je odpovědný za jeho porušení, z něž toto porušení pochází.*“³⁴ Uvedené východisko pak představuje základ pro úvahy o proporcionalitě: „*Policejní násilí postihuje povinného pouze v míře, v níž z něho pochází narušení. Přirozenoprávní základ vyžaduje přiměřenost (Verhältnismäßigkeit) ochrany a tím určuje míru použití policejního násilí. Nelze se domnívat, že zákon zakotvující obecné zmocnění, na jehož základě policie postupuje, by chtěl poskytnout zmocnění k ochraně přesahující tuto přirozenou míru. Tím nabývá též významu účinného právního omezení.*“³⁵ V dalším textu Otto Mayer pak již přímo mluví o principu proporcionality.³⁶

²⁹ BECKER, F. *Verhältnismäßigkeit*, pozn. 2, s. 226.

³⁰ STEIN, L. *Verwaltungslehre. Erster Teil*. 2. Aufl. Stuttgart, 1869, s. 298.

³¹ ALBRECHT, P. A. *Die vergessene Freiheit*. 3. Aufl. Berlin, 2011, s. 92.

³² SVAREZ, C. G. *Vorträge über Recht und Staat*. H. Conrad – G. Kleinheyder (Hrsg.). Köln-Oplaten, 1960, s. 39.

³³ BECKER, F. *Verhältnismäßigkeit*, pozn. 2, s. 226.

³⁴ MAYER, O. *Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1*. Leipzig, 1895, s. 266.

³⁵ *Ibidem*, s. 267.

³⁶ *Ibidem*, s. 297 an.

Další klíčovou postavou utváření konceptu proporcionality byl Walter Jellinek – slavný syn slavného otce (Georga Jellineka), žák Paula Labanda a Otto Mayera.³⁷ Počátkem 20. století rozpracovává Mayerův koncept proporcionality: „*Omezení svobody lze připustit tehdy, jsou-li pro svobodu a bezpečnost všech nezbytné.*“³⁸ Nabízí jeho strukturu, jež se blíží představě zformované po druhé světové válce – vedle příkazu k vhodnosti opatření nutno dle něj zohlednit zákaz nepřiměřenosti, dle něhož zásah omezující svobodu nesmí „*jít dále, než je nezbytné.*“³⁹ V úvaze o proporcionalitě omezení svobody jednak nastiňuje směr, jenž vedl k formování zásady potřebnosti, a jednak hledisko poměřování spatřuje v závažnosti veřejného zájmu.⁴⁰

Uvedený směr úvah spojuje proporcionalitu (přiměřenost) s posouzením míry omezení svobody ve vztahu k účelu tohoto omezení.

V právnickém světě se tak objevila nová kategorie: proporcionalita. Zbývá ještě podívat se na zrod kategorie další, jež se pak stala pojmovou součástí principu proporcionality, kategorie poměřování (*Abwägung*).

Závěr 19. a počátek 20. století byl dobou velikých a rychle za sebou následujících technologických, ekonomických, sociálních proměn, jež ve světě práva otevíraly jeho texturu, neúplnost, mezerovitost. Klíčovou se stala debata o sociologicky orientované právní vědě (Eugen Ehrlich), teorii volného práva (Herrmann Kantorowicz), či teorii zájmové jurisprudence (Philipp Heck). Konečně, tato společenská „revoluce“, toto společenské věření, našly dramatické zrcadlení, navzdory panující „*belle époque*“, v umění, v nástupu impresionismu, symbolismu, secese (*Jugendstil*u či *art nouveau*), expresionismu, dadaismu, kubismu, či funkcionalismu. V této zvířené atmosféře Ernst Stampe, profesor z Greifswaldu, v berlínské přednášce z roku 1904 (a následně pak ve třech studiích publikovaných v roce 1905) formuluje pojem poměřování ve smyslu nového přístupu k aplikaci práva ve srovnání se subsumpcí: „*Metoda naprosto odlišného druhu (od tzv. pojmové jurisprudence) následuje ono vědecké směřování, jež bych chtěl pojmenovat sociální právní vědou. Toto směřování nenachází chybící právní normy prostřednictvím konstrukce, nýbrž poměřováním zájmů. Zastává názor, dle něhož právní normy jsou určeny k urovnání zájmových sporů – a že z tohoto důvodu vůdčím principem při nalézání právní normy může být toliko ten, jenž testuje všechny stávající do úvahy přicházející soukromé, jakož i veřejné zájmy z hlediska jejich významu a hodnoty jejich ochrany, a dále stanoví právní normu tak, aby došlo k přiřazení nalezeným zájmům, jež jsou hodny zohlednění, rovněž vhodných forem jejich naplnění.*“⁴¹

Klíčová postava právní metodologie té doby Philipp Heck akceptuje, na rozdíl od Ernsta Stampeho, poměřování pouze v oboru vyplňování mezer v právu, nikoli však v podobě univerzální metody aplikace práva, za „*neopodstatněný*“ považuje tudíž „*Stampeho pokus*

³⁷ STOLLEIS, M. *A History of Public Law in Germany 1914–1945*. New York, 2004, s. 239.

³⁸ JELLINEK, W. *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*. Tübingen, 1913, s. 200.

³⁹ *Ibidem*, s. 290.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 289.

⁴¹ STAMPE, E. Ist die Ausgestaltung, welche die herrschende Doktrin der Lehre von den sogenannten causa des Rechtsgeschäftes gegeben hat, für unser bürgerliches Recht praktisch brauchbar? *Jahresbericht über die Wirksamkeit der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*. 1905, Jg. 46, s. 66. Viz též STAMPE, E. Rechtsfindung durch Konstruktion. *Deutsche Juristen-Zeitung*. 1905, Jg. 10, s. 417–422; Rechtsfindung durch Interessenwägung *Deutsche Juristen-Zeitung*. 1905, Jg. 10, s. 713–719; Gesetz und Richtermacht. *Deutsche Juristen-Zeitung*. 1905, Jg. 10, s. 1017–1022.

upozadit dosud přijímané působení zákona a změnit soudcovská oprávnění“ nad rámec mezer v právu.⁴² V právním myšlení se tak objevují dvě koncepce aplikace práva: aplikace subsumpcí a aplikace poměřování. Tyto koncepce od svého počátku jsou spjaty s rozdílným chápáním role soudců při dotváření, respektive tvorbě práva, jakož i rozdílným chápáním dělby moci v demokratickém parlamentním systému.

Do diskuse věnované otázce poměřování, jež byla kromě práva přítomna zejména v morální filosofii v souvislosti s otázkou poměřování hodnot, vstoupil v této době – s velkou opatrností – rovněž Max Weber: „*Co je nakonec třeba potírat nejrozhodněji, je nezřídka se vyskytující představa, že cestu k vědecké, objektivitě nastoupíme tím, že budeme vzájemně zvažovat různá hodnocení a zjednávat mezi nimi, státnický kompromis. Prostředky empirických disciplín lze, střední cestu vědecky prokázat právě tak málo jako, nejextrémnější hodnocení. Ve sféře hodnocení by vůbec byla normativně nejméně jednoznačná.*“⁴³

Milníkem na cestě formování kategorie poměřování práv, svobod (a veřejných dober) se stává koreferát Rudolfa Smenda na sněmování Spolku německých státovědců v roce 1927. Diskuse státovědců byla věnována problematice svobody projevu, a to na pozadí debaty o smyslu a fungování prvního lidskoprávního katalogu v německých dějinách, obsaženého ve výmarské ústavě. Smend ve svém „*nanejvýš provokativním*“⁴⁴ vystoupení předchozí objasnění podstaty ústavněprávně-právní úpravy základních práv odmítnul jako „*formálně-logické*“ a jako takové za „*nezdařilé*“, dle něj „*je-li správné, abychom při stanovení základních práv zaujali postoj k věcným kulturním dobrům v určité historicky podmíněné hodnotové konstelaci ústavy, pak nutno tato základní práva tomu odpovídajícím způsobem společensko-vědně a společensko-historicky chápat a interpretovat*“.⁴⁵ Analyzujíc článek 118 výmarské ústavy, jehož výlučná dobová interpretace stála na stanovisku přípustnosti omezení svobody projevu obecnou zákonnou úpravou ve veřejném zájmu, speciálně pak ve věcech „závadné literatury a ochrany mládeže“, tj. *de facto* na stanovisku negativního obecného zákonného vymezení obsahu svobody projevu, Smend chápání základních práv a svobod koperníkovsky obrací. V případě ústavně zakotvených základních práv a svobod dle něj nejde o explicitní úpravu jejich skutkových podstat jako podmínek nastoupení právního následku, nýbrž obecně o odůvodnění právního následku (základních práv a svobod) způsobem „*poměřování vztahů*“, jde o „*společensko-vědně*“ uchopení „*otázek hodnotových konstelací*“, vše ostatní je „*prázdnou pojmovou formální jurisprudencí*“.⁴⁶ Proporcionalita tímto opouští svět správního (policejního) práva, poměřování, svět soukromého práva; poprvé dochází v právním myšlení ke spojení poměřování s aplikací ústavně zakotvených základních práv a svobod.⁴⁷

⁴² HECK, P. H. Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. *Deutsche Juristen-Zeitung*. 1905, Jg. 10, s. 1140 an.

⁴³ WEBER, M. *Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*. 1917. Cit. dle českého překladu: WEBER, M. Smysl „hodnotové neutrality“ v sociologických a ekonomických vědách. In: M. Weber. *Metodologie, sociologie a politika*. Praha, 1998, s. 72.

⁴⁴ Jak je hodnotí Joachim Rückert viz RÜCKERT, J. Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs. *Juristen-Zeitung*. 2011, Jg. 19, s. 918.

⁴⁵ SMEND, R. Mitbericht. In: K. Rothenbücher. *Das Recht des freien Meinungsäußerung. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Berlin–Leipzig, 1928, s. 51.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 53.

⁴⁷ Od tohoto Smendova vystoupení táhnou se německým právním diskurzem ve věci metodologie interpretace a aplikace ústavy dvě proti sobě stojící linie: jednu představují Smendovi následovníci (Ulrich Scheuner, Horst Ehmke, Konrad Hesse, Peter Häberle, Robert Alexy), druhou pak jeho odpůrci (Carl Schmitt, Ernst Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde).

Na tomto místě se mně vynořuje vzpomínka na rozhovor s Robertem Alexym v Kielu v roce 1992, věnovaný vývoji německé konstitucionalistiky po druhé světové válce. Alexy jej komentoval vtipným příměrem: „*Onen vývoj představovala nové ideje přinášející judikatura Spolkového ústavního soudu, přičemž teorie, stojí opodál, aplaudovala.*“

Koncem 50. let, v roce 1958, soud přijal dva klíčové nálezy: v prvním (*Apotheken-Urteil*: BVerfGE 7, 377–444) v souvislosti s ochranou svobody volby povolání (čl. 12 odst. 1 Základního zákona) zformuloval koncept a dnes již klasickou tříčlankovou strukturu principu proporcionality, ve druhém (*Lüth-Urteil*: BVerfGE, 7, 198–230) pak princip prozařování právního řádu ústavou a z něj plynoucí maximu priority ústavně-konformní interpretace podústavního práva. Propojením důsledků obou těchto stěžejních rozhodnutí princip proporcionality není přítomen již pouze ve světě ústavy a její interpretace a aplikace, nýbrž proniká celým právním řádem. Konečně, z pohledu německé právní tradice, v duchu Smendova odkazu *Apotheken-Urteil* přináší i propojení původního správně-právního pojmu proporcionality s původně soukromoprávní metodou aplikace práva poměřováním, tentokrát v rovině práva ústavního.

Florian Becker k dalšímu rozšíření aplikace principu proporcionality v judikatuře Spolkového ústavního soudu připomíná: „*Princip proporcionality se uplatnil jako ústavně-právní omezení – omezení nejdříve u svobod (Freiheitsrechte). Poté, co Spolkový ústavní soud rovněž ve vztahu k právům plynoucím z rovnosti nadále neprovedl pouze vyloučení svévole, nýbrž provedl použitím (nadále již nikoli) nové formule komplexní poměřování (BVerfGE, 55, 72 (88)), nabyl princip proporcionality významu pro všechna základní práva Základního zákona.*“⁴⁸

Právní teorie postupně opouští postoj ve špalíru a přichází s nabídkou pojmových konstrukcí principu proporcionality (neboli poměřování). Z celé řady vybírám tři, jež lze považovat za klíčové: model zákazu nepřiměřenosti, jež předkládá Peter Lerche,⁴⁹ princip praktické konkordance, jehož autorem je Konrad Hesse,⁵⁰ a konečně interpretaci principu proporcionality ve smyslu příkazu k optimalizaci Roberta Alexyho.⁵¹

Lerche v návaznosti na *Apotheken-Urteil* jednak spatřuje základní východisko principu proporcionality v kategorii právního státu a v celkové struktuře Základního zákona, jednak formuluje požadavek jeho obecného použití v oboru aplikace základních práv a svobod, tj. nikoli použití parciálního pouze na oblast čl. 12 odst. 1 Základního zákona.⁵²

Navazující na myšlenky Petra Lercheho, jakož i Ulricha Scheunera, a vycházejíc z principu jednotnosti ústavy, Konrad Hesse formuluje princip praktické konkordance: „*Tam, kde vznikají kolize, nelze provádět unáhlené, poměřování dober‘ a už vůbec ne, poměřování hodnoty‘ jedné na úkor té druhé. Princip jednotnosti ústavy jako úkol mnohem více vyžaduje optimalizaci: o b ě m a dobrům nutno vyznačit hranice, v nichž mohou nabýt optimální účinnosti. Stanovení hranic musí být v daném konkrétním případě proporcionalní; nesmí jít dále, než je nezbytné, aby byla nastolena konkordance obou právních dober.*“⁵³

⁴⁸ BECKER, F. *Verhältnismäßigkeit*, pozn. 2, s. 228.

⁴⁹ LERCHE, P. *Übermaß und Verfassungsrecht*. Köln u. a., 1961.

⁵⁰ HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*. 17. Aufl. Heidelberg, 1990.

⁵¹ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt a. M., 1994.

⁵² LERCHE, P. *Übermaß und Verfassungsrecht*. pozn. 49, s. 253 an.

⁵³ HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, pozn. 41, s. 27.

Alexy pak ve své koncepci propojil modifikovanou Dworkinovu teorii právních principů se zásadou proporcionality: „Mezi teorií principů a zásadou proporcionality existuje souvislost. Tato souvislost je tak úzká, jak je to jen možné: Povaha principů implikuje zásadu proporcionality, a tato implikuje princip. To, že povaha principů implikuje zásadu proporcionality, znamená, že zásada proporcionality s jejími třemi částkovými zásadami vhodnosti, potřebnosti (příkaz mírnějšího prostředku) a proporcionality v úzkém slova smyslu (vlastní příkaz k poměřování) logicky vyplývá z povahy principů, lze ji tedy z ní dedukovat... Principy jsou příkazy k optimalizaci v relaci k právním a skutkovým možnostem. Zásada proporcionality v úzkém slova smyslu, tedy příkaz k poměřování, plyne ze závislosti na právních možnostech... zásady potřebnosti a vhodnosti plynou naproti tomu z povahy principů jako příkazů k optimalizaci v závislosti na skutkových možnostech.“⁵⁴

Alexyho tezi lze tudíž formulovat takto:

- Principy jsou druhem norem, pro které je charakteristická aproximativní, nikoli absolutní platnost.
- Předmětem principů jsou jak základní práva a svobody, tak i veřejná dobra.
- Povaha principu, tj. skutečnost, že je určitá norma principem, je poznatelná toliko v případě jeho kolize s principem jiným a jeho vlastností být splňován v rozdílném stupni.
- Kolizi principů nutno rozhodnout metodou zásady proporcionality, čili příkazem k dosažení optimalizace míry naplnění obou v kolizi stojících principů. Ve struktuře zásady proporcionality přitom hlavní roli v dosažení optimalizace výsledku hraje zásada poměřování.
- Z uvedeného plyne, že principy jsou definovány jako příkazy k optimalizaci.

Z uvedeného nástinu vývoje intencí principu proporcionality zdůrazněme dva momenty. První nazvěme momentem ontologickým: jak *Apotheken-Urteil*, tak i na něj navazující další rozhodnutí Spolkového ústavního soudu vycházela z odlišné ontologické úvahy, než jsou úvahy Roberta Alexyho. Vycházela z předpokladu, dle něhož nejen strukturu zákonů a podzákoných právních předpisů, nýbrž i ústavních katalogů základních práv a svobod tvoří normy (u vědomí odlišnosti míry jejich úplnosti a obecnosti na ústavní úrovni, u vědomí absence detailní úpravy skutkových podstat základních práv a svobod⁵⁵). Tyto úvahy nevycházely z předpokladu přítomnosti principů v obsahu ústavy jako jejich základních stavebních kamenů, jež ale mají ve srovnání s normami rozdílnou logickou povahu. Tato judikatura, navazující na tradiční nahlížení na pojem právního principu, spojovala (a řekl bych, že do dnešního dne u řady autorů spojuje) kolizi s kategorií (neúplných) norem. Jinými slovy vyjádřeno – dalším paradoxem v putování po stezkách

⁵⁴ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, pozn. 51, s. 100–101. Viz též ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 867–878.

⁵⁵ Dle Ernsta Wolfganga Böckenfördeho ústava obsahuje „kromě relativně detailní úpravy v oblasti kompetencí a v určitých organizačních otázkách – v zásadě principy, jež vyžadují nejdříve naplnění a konkretizaci, aby se staly vykonatelnými ve smyslu aplikace práva; ustanovení o cílech, jež toliko – občas nikoli jednoznačně – určují cíl, avšak cesty, prostředky a intenzitu provedení nechávají otevřenou; lapidární formulace, jež – často navazující na ústavní tradici – se zasazují za něco, co v jejich doslovném znění nenachází bližšího se vyjádření; formulační kompromisy, jež jsou právě výrazem nejednotnosti.“ E. W. Böckenförde. *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik. Neue Juristische Wochenschrift*. 1976, Jg. 29, Heft 46, s. 2089–2099; opětovně publikováno in: E. W. Böckenförde. *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt a. M., 1991, s. 57–58.

principu proporcionality je jeho spojování s odlišným předmětem: u části judikatury i doktríny s (neúplnou) normou, u části pak s principem (lišícím se od normy rozdílnými logickými vlastnostmi v Dworkin–Alexyho smyslu).

Druhý z klíčových momentů předchozích úvah je významný důsledek formulování a postupného rozšíření principu proporcionality, zahrnujícího požadavek poměrování, na metodologii aplikace práva: vedle subsumpce se zrodila její nová metoda.

3. SUBSUMPCE NEBO PROPORCIONALITA

3.1 Subsumpce aneb hermeneutická spirála

Spolkový ústavní soud již v *Apotheken-Urteil* byl postaven před úkol po zformulování principu proporcionality zformulovat i metodologický předpoklad, na němž je uvedený princip postaven, pojem kolize. Učinil tak dvěma způsoby, symetrickým (ekvivalentním) a asymetrickým (ve vztahu speciality a obecnosti). První vyjádřil těmito slovy: „*Usilujeme-li se, aby byly oba v sociálním právním státě legitimní požadavky v co možná nejúčinnější míře přiměřené, pak lze řešení najít pouze a pokaždé v pečlivém poměrování významu vzájemně proti sobě stojícím a možná vzájemně si právě protiřečícím zájmům.*“ Druhý pak nastínil následujícím způsobem: „*At' je přitom konstatováno, že dle celkového pojetí Základního zákona je nejvyšší hodnotou svobodná lidská osobnost, že jí proto musí zůstat zajištěna rovněž při volbě povolání (což bylo předmětem dané kauzy – pozn. P. H.) největší možná svoboda, z čehož pak plyne, že tuto svobodu lze omezit pouze a v rozsahu, jež je nezbytný pro zajištění obecného blaha.*“⁵⁶

Otázka tudíž zní: Jak metodologicky postupují ústavní (případně i obecné) soudy při aplikaci principu proporcionality (včetně metody poměrování), kolizí nebo jiným způsobem? A v čem spočívá rozdíl v aplikaci práva subsumpcí a proporcionalitou?

Jan-Reinard Sieckmann, žák Roberta Alexyho, v této souvislosti konstatuje: „*Aplikace norem vyžaduje subsumpci skutkových zjištění pod skutkovou podstatu a dedukci právního následku... Aplikace principů naproti tomu vyžaduje zpravidla poměrování kolidujících principů.*“⁵⁷

Na vztah subsumpce a proporcionality existují však i diametrálně odlišná stanoviska. Jejich ilustrací je teze J. A. G. Amada: „*Ačkoli ústavní soudy mluví o poměrování, používají tradiční výkladové a subsumpční metody, částečně přitom ale mění významy a ztrácí na argumentační preciznosti, jelikož nadále neargumentují se skutkovými premisami svých rozhodnutí, tedy důvody anebo hodnoceními, jež určují výklad zákona předcházející poměrování.*“⁵⁸

Pokusme se tedy vytvořit si náhled na alternativu aplikace práva, jež do evropského právně-teoretického diskursu vnesl Ernst Stampe, čili náhled na vztah proporcionality a subsumpce.

⁵⁶ BVerfGE, 7, 377, 405.

⁵⁷ SIECKMANN, J. R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*. Baden – Baden, 1990, s. 18 an.; obdobně ALEXY, R. On Balancing and Summption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, Vol. 16, Issue 4, s. 433 an.

⁵⁸ AMADO, J. A. G. Abwägung versus normative Auslegung? Kritik der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel juristischer Methodik. *Rechtstheorie*. 2009, Jg. 40, Nr. 1, s. 1.

Formulování metodologie aplikace práva formou subsumpce je datováno počátkem 19. století. Zobecnila-li historicko-právní škola a škola pandektního práva historií nashromážděnou masu civilního práva do soustavy obecných pojmů, pokud tedy tyto směry právního myšlení vytvořily dogmatiku soukromého práva aneb právní pojmosloví, myslitelé pojmové jurisprudence tuto materii – ovlivnění nepochybně úspěchy matematiky, geometrie a logiky – teoreticky zařazují do logicko-deduktivní soustavy. Kromě toho pojmová jurisprudence „se domnívala, že nalézání práva probíhá výlučně způsobem logické dedukce, tj. cestou ‚subsumpce‘ skutkových zjištění případu jako dolní premisy pod právní pravidlo jako horní premisu“.⁵⁹

Subsumpce, jak výstižně poznamenává Marijan Pavčnik, ale „není jednosměrnou ulicí“.⁶⁰ Dle Karla Engische je myšlenkový postup při aplikaci práva „neustálým měněním se působením, putováním pohledu sem a tam mezi horní premisou (tj. právní normou – pozn. P. H.) a skutkovým stavem“.⁶¹ Navazuje na Engischův postřeh, Martin Kriele už rýsuje složitou strukturu tohoto myšlenkového postupu: „Myšlení právníka, jemuž je předložen právní případ, je od počátku ovládáno pohybem pohledu sem a tam mezi skutkovým stavem a právní normou. Jelikož první otázkou je, která právní norma přichází vůbec do úvahy při řešení případu, musí vědět, které skutečnosti z bohatosti skutkového stavu jsou relevantní. Relevanci lze ale určit toliko prostřednictvím právní normy. Racionalita, která ovládá tento pohled putující sem a tam, je zásadní pro pochopení metody nalézání práva.“⁶²

Kriele poukazuje na skutečnost, že myšlenkový pohyb mezi skutkovým stavem a právní normou obsahuje dva stupně. Východiskovým bodem prvního stupně jsou empirická fakta, z nichž musí být „vypreparovány“ právně relevantní skutečnosti. Hodnotí-li právník tato fakta, vytváří určitou normativní hypotézu. Pomocí této hypotézy a z ní plynoucích právních otázek dospívá pak k novým poznatkům a odpovědím. Druhý stupeň pak dle Krieleho znamená přezkoumání normativní hypotézy, tj. ověření, je-li normativní hypotéza ve shodě s právní normou. Je-li tomu tak, pak může postoupit k subsumpci skutkových zjištění pod tuto právní normu a k vyvození právního následku. Není-li tomu tak, musí zodpovědět otázku, zdali je tato okolnost důsledkem mezery v právu (již by bylo lze překlenout např. cestou argumentu *per analogiam*) anebo nikoli.⁶³

Ilustrací uvědomění si procesu subsumpce kaskádou korelací v judičiální praxi je požadavek, který zformuloval Ústavní soud v nálezu sp. zn. IV. ÚS 182/04 pro oblast trestního řízení a v jeho rámci uskutečňovaného hmotněprávního posouzení skutku:

⁵⁹ BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. Aufl. Wien – New York, 1991, s. 110; viz též WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. Aufl. Göttingen, 1967, s. 436; KRAWIETZ, W. (Hrsg.). *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*. Darmstadt, 1976; HENKEL, T. *Begriffsjurisprudenz und Billigkeit. Zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta*. Köln, 2004; HAFERKAMP, H. P. *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*. Frankfurt a. M., 2004; MECKE, CH.-E. *Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta*. Göttingen, 2009.

⁶⁰ PAVČNIK, M. *Juristisches Verstehen und Entscheiden*. Wien – New York, 1993, s. 79.

⁶¹ ENGISCH, K. *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. 3. Aufl. Heidelberg, 1963, s. 15. Nahrzení, respektive doplnění aplikačního sylogismu „hermeneutickým kruhem“, provedené Karlem Engischem, je přijímáno např. v polské analytické jurisprudence (viz STELMACH, J. *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*. Kraków, 1995, s. 22).

⁶² KRIELE, M. *Theorie der Rechtsgewinnung*. 2. Aufl. Berlin, 1976, s. 197.

⁶³ Ibidem, s. 197 an., 162–166, 203–205.

„Změna právní kvalifikace vždy přináší potenciální nutnost doplnit dokazování, a pokud soud stojí na stanovisku, že dalších důkazů není třeba, musí svůj závěr odůvodnit. Právní kvalifikace stíhaného skutku ovlivňuje směr dokazování.“

Počátkem aplikace práva je uvědomění si určitých empirických faktů a jejich prvotní právní posouzení (podřazení pod určitý prvotní právně-normativní rámec). Z tohoto rámce pak plyne nutnost zaostření (zoomu), tj. nutnost přesného určení rozsahu skutkových zjištění, nezbytných pro naplnění skutkové podstaty daného (hypotetického) normativního rámce. Konfrontace takto vymezeného rozsahu skutkových zjištění se skutečně zjištěným skutkovým stavem pak vrací proces aplikace opět k právně-normativnímu rámci. Jeho výsledkem je buď možná korekce (tj. změna právní kvalifikace) anebo přijetí závěru o právní normou vyžadované korelaci (tj. závěr o možné subsumpci skutkových zjištění pod skutkovou podstatu dané právní normy). V případě změny právní kvalifikace nutno opět vymežit relevantní rozsah skutkových zjištění, nezbytných pro naplnění takto, tj. změněným způsobem, určené skutkové podstaty a celý postup opakovat.

3.2 Poměrování a neurčitost subsumpčních podmínek normy

Přijmeme v této souvislosti hypotézu, dle níž je alternativa subsumpce nebo proporcionalita v právním myšlení dána mírou (ne)určitosti subsumpčních podmínek (neboli mírou otevřenosti textury subsumpčních podmínek aneb skutkové podstaty normativního následku). V případě jejich určitosti postupujeme při aplikaci práva subsumpcí skutkových zjištění pod (relativně určitou) skutkovou podstatu normy a vyvozením normativního následku (respektive hermeneutickou spirálou oscilující mezi skutkovými zjištěními, skutkovou podstatou a normativním následkem). V případě opačném se otevírá prostor pro úvahu o aplikaci principu proporcionality (poměrování), přičemž neurčitost normativních premis může být důsledkem nejasnosti, nepřesnosti, vysoké míry obecnosti, neúplnosti formulování normativních premis, anebo jejich konfliktem (čili normativním sporem).

Rozdíl mezi subsumpcí a proporcionalitou spočívá v rozdílu mezi „absolutním“ a „relativním“ chápáním pro posouzení věci relevantní právní normy, čili právní normy aplikované na základě podřazení skutkových zjištění pod rámec skutkové podstaty normy, neboli jinak pod rámec horní premisy subsumpčního sylogismu. Pro subsumpci je příznačné její „absolutní“ chápání a na uvedeném základě vyvození z právní normy plynoucího normativního důsledku. Pro aplikaci práva proporcionalitou je pak charakteristické její relativní chápání, jež je manifestováno dvěma alternativami. První představuje otevřenost textury subsumpčních podmínek a zvažování jejich naplnění v závislosti od míry, proporce skutkových zjištění, anebo/a závislost míry (závažností, intenzity) vyvozeného právního následku na míře naplnění skutkové podstaty dané mírou relevance skutkových zjištění. Druhou pak představuje kolize mezi principem, konkretizovaným subsumpcí aplikovatelnou normou a principem kolidujícím, kolize, jež se v konkrétním případě manifestuje konfliktem právních norem, jež tyto principy konkretizují. Výsledkem poměrování principů ocitajících se v kolizi je buď přednost v normativním konfliktu se nacházející právní normy, a to na základě pravidla *lex specialis derogat legi generali*, anebo setrvání v aplikaci subsumpcí danou relevancí původní normy.

3.3 Nejasnost, nepřesnost, vysoká míra obecnosti, neúplnost normativních premis

V případě prvním lze tedy uvažovat o dotváření práva pomocí nejen argumentačních postupů, mezi něž patří analogie, *argumentum a fortiori*, *argumentum a minori ad maius*, *argumentum a maiori ad minus*, argument povahou věci atd., nýbrž i pomocí principu proporcionality (neboli poměřováním).

V nálezech sp. zn. Pl. ÚS 73/04 a III. ÚS 885/06, odkazujíc na konstatování Jana Filipa, dle něhož „volební zákony umožňují napadnout volební výsledek ze tří důvodů – pro neplatnost hlasování, pro neplatnost voleb a pro neplatnost volby kandidáta“,⁶⁴ Ústavní soud dovodil závěr, dle něhož „právní úprava volebního soudnictví nezná absolutní vady volebního řízení (tzu. absolutní zmatky volebního řízení), tj. takové porušení ustanovení volebního předpisu, které by mělo za následek automatické zrušení voleb, volby kandidáta nebo hlasování, a všechny možné vady a pochybení je v tomto smyslu třeba považovat za relativní a jejich význam je třeba poměřovat jejich dopadem na výsledek voleb do zastupitelského orgánu jako takového nebo na výsledek volby konkrétního kandidáta, popř. na výsledek hlasování, a to podle principu proporcionality“. Čili: neurčitost (otevřená textura) subsumpčních podmínek je v procesu aplikace práva překlenuta poměřováním (principem proporcionality).

3.4 Normativní konflikt (spor)

Normativní konflikt (spor) je dalším z důvodů neurčitosti normativních premis. Hans Kelsen jej ve svém „klasickém“ vymezení definuje takto: „Konflikt mezi dvěma normami nastává, když to, co jedna norma stanoví jako povinné, s tím, co stanoví druhá jako povinné, je neslučitelné, a proto následování nebo užití jedné normy nutně nebo alespoň pravděpodobně involvuje porušení jiné.“⁶⁵ Konfliktem norem (normativním sporem) lze tedy rozumět rozpor dispozic dvou právních norem, tj. situaci, kdy za splnění subsumpčních podmínek dvou právních norem chování jejich adresátů zároveň je a není přikázáno, je tedy regulováno dispozicemi těchto norem sporně.

Dle Dworkina i dle Alexyho existuje zásadní rozdíl mezi konfliktem norem (normativním sporem) a kolizí principů.

⁶⁴ FILIP, J. *Ústavní právo České republiky. 1., Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR*. 4. vydání. Brno, 2003, s. 463.

⁶⁵ Kelsen po formulování pojmu normativního konfliktu (sporu) pak pokračuje jeho klasifikací: „Konflikt může být jednostranný nebo dvoustranný. Je dvoustranný, když dodržování nebo užití každé z obou norem nutně, nebo možná, znamená porušení druhé normy; je jednostranný, když následování nebo užití jedné z obou norem involvuje nutně, nebo možná, porušení druhé normy. Konflikt může být totální nebo částečný. Je totální, když jedna norma přikazuje určité chování, které právě druhá norma zakazuje (přikazuje opominutí chování). Je částečný, když obsah jedné normy je pouze částečně odlišný od obsahu druhé normy.“ (KELSEN, H. *Allgemeine Theorie der Normen*. 1979. Cit. dle českého překladu *Všeobecná teorie norem*. Brno, 2000, s. 136). Podrobně k normativnímu sporu viz HILPINEN, R. Normative Conflicts and Legal Reasoning. In: E. Bulygin – J. L. Gardies – I. Niiniluoto (ed.). *Man, Law and Modern Forms of Life*. Dordrecht, 1985, s. 191–208; WEINBERGER, O. *Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts*. Wien, 1988. Cit. dle českého překladu *Norma a instituce. Úvod do teorie práva*. Brno, 1995, s. 51–52; WIEDERIN, E. Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normenkonflikt? *Rechtstheorie*. 1990, Bd. 21, Heft 3, s. 311–333; HOLLÄNDER, P. *Rechtsnorm, Logik und Wahrheitswerte (Versuch einer kritischen Lösung des Jørgensenschen Dilemmas)*. Baden – Baden, 1993; HOLLÄNDER, P. Logická hodnota „platnosti“ noriem ako možné riešenie Jørgensenovej dilemy? *Právnik*. 1993, roč. 132, č. 3, s. 203–228; SIECKMANN, J. R. Zur Analyse von Normkonflikten und Normabwägungen. In: G. Meggle – J. Nida-Rümelin (Hrsg.). *Perspektiven der Analytischen Philosophie*. Berlin – NewYork, 1997, s. 249–356.

Matthias Jestaedt na okraj rozlišení mezi nimi, tj. rozlišení mezi konfliktem norem a kolizí principů, formuluje skeptickou poznámku: „Nauka o poměřování je sice s to uvést, jak nutno postupovat, je - li dán konflikt norem, respektive je - li dána kolize principů, mnohohlavně mlčí ale o tom, z d a l i, respektive je - li dán konflikt norem nebo dána kolize principů, k d y subjekt aplikující právo má dočinění s konfliktními normami a k d y s kolidujícími principy. Teorie principů odpovídá tudíž na druhou otázku, jak (řešit) kolizi principů, aniž by byla připravena akceptovatelně zodpovědět na logicky předcházející první otázku, zdali, resp. kdy je vůbec kolize principů dána.“⁶⁶

Ponechme stranou rozsáhlou diskusi o pojmu právního principu⁶⁷ a pro účely další úvahy o kolizi principů přijmeme hypotézu,⁶⁸ dle níž právní principy jsou druhem pravidel lidského chování (tj. vět obsahujících deontický operátor), mají uvnitř právního řádu povahu axiomat, z čehož lze vyvodit jejich další znaky:

- a) uvnitř tohoto souboru působí jako regulativní ideje – buď obsahově na ně navazují komplexy právních norem, nebo působí jako interpretační východiska aplikace pro posouzení rozhodované věci relevantního práva;
- b) je pro ně typický vysoký stupeň obecnosti subsumpčních podmínek (nikoli nutně obsahu dispozice);
- c) jsou nejtěsněji spjaty s metanormativními východisky právně-normového souboru, tj. s jeho hodnotovými a teleologickými východisky.

3.5 Pojem kolize principů (neboli norem s otevřenou texturou subsumpčních podmínek)

Pokusme se tedy zformulovat odpověď na otázku Matthiase Jestaedta, tj. otázku, zdali, respektive kdy je vůbec kolize principů dána.

Kolize principů je dána kopernikovskou změnou chápání závaznosti ústavních katalogů základních práv a svobod. Vývojem po druhé světové válce se na evropském kontinentu důsledně prosadila koncepce bezprostřední závaznosti ústavní úpravy základních práv a svobod pro soudy a správní orgány. Odstraňuje jakoukoli pochybnost v tomto směru, čl. 1 odst. 3 Základního zákona SRN zakotvil: „Následující základní práva zavazují zákonodárství, výkonnou moc a soudnictví jako bezprostředně platné právo.“

⁶⁶ JESTAEDT, M. *Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen*, pozn. 1, s. 261.

⁶⁷ Dle Dworkina rozdíl mezi právními pravidly a právními principy je rozdílem logickým. DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. 1978 (cit. dle českého překladu *Když se práva berou vážně*. Praha, 2001, s. 46.). Dworkinova formulace k rozdílu mezi právními pravidly a právními principy v originálu zní takto: „*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction.*“ (DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, 1977, s. 26). Toliko pro srovnání německý překlad uvedené věty zní: „*Der Unterschied zwischen Rechtsregeln und Rechtsprinzipien ist ein logischer Unterschied.*“ (Cit. dle německého překladu: DWORKIN, R. *Bürgerrechte ernstgenommen*. Frankfurt am Main, 1990, s. 58). Český překlad dle mého názoru není přesný, nevystihuje právě podstatu Dworkinovy teze o logickém rozdílu mezi pravidly a principy; překlad zní takto: „*Rozdíl mezi právními principy a právními pravidly tkívá v logice věci.*“ (DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. 1978 (cit. dle českého překladu: *Když se práva berou vážně*. Praha, 2001, s. 46.)) Příkladem tradičního chápání je názor Canarisův, dle něhož principy jsou typické explicitním vyjádřením hodnotového obsahu (CANARIS, C. W. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, 1969, s. 50), respektive názor Larenzův, dle něhož jsou principy charakteristické morálním obsahem a vztahem k ideji práva. (LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 4. Aufl. Berlin – Heidelberg – New York, 1979, s. 207, 410).

⁶⁸ Viz HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2. vydání. Plzeň, 2012, s. 214.

Ve spojení s utvořením ústavního soudnictví a zakotvením speciální žaloby fyzických a právnických osob směřované k ústavnímu soudu ve věci ochrany základních práv a svobod a s tím spjatým přezkumem rozhodnutí obecných soudů (ústavní stížností) ústavní lidskoprávní katalogy nabyly podobu reálného objektivního práva, jemuž odpovídají reálná subjektivní veřejná práva. Tato okolnost radikálně otevřela texturu práva, vnesla do nejvyššího patra jeho hierarchické struktury bezprostředně závazné normy (principy) s otevřenou texturou subsumpčních podmínek. Tyto normy (principy) jsou bez další konkretizace⁶⁹ neaplikovatelné – Evropa tudíž v této situaci musela najít metodu jejich konkretizace. Nalezla ji v poměrování.

V řízení o ústavní stížnosti z pohledu argumentace stran v rozhodované věci ústavní soud posuzuje argumentační spor spočívající v nutnosti rozhodnout věc dle jedné ve vzájemném konfliktu (sporu) stojících norem, jež jsou legislativním (zákonným) vyjádřením rozdílných ústavních principů (základních práv respektive veřejných dober). Kolize principů je tak v řízení o ústavní stížnosti nutným důsledkem konfliktu norem.

V následující úvaze postupujeme rozbořem příkladů, jimiž Robert Alexy ilustruje aplikaci principu proporcionality (zahrnujícího poměrování), z nichž vybírám dva, oba z oblasti řízení o ústavních stížnostech.⁷⁰ V kauze *Lebach* (BVerfGE, 35, 202 a násl.) Spolkový ústavní soud SRN posuzoval případ rozhlasové relace o vězni, jenž měl právě být propuštěn a který namítal zásah do svých osobnostních práv v důsledku s tím spjatých komplikací jeho resocializace. Alexy pak v řešení kauzy spatřuje příklad ilustrující rozdíl mezi konfliktem norem a kolizí principů v Dworkinově chápání, v dané věci pak příklad kolize mezi na straně jedné základním právem na ochranu osobnosti (čl. 1 Základního zákona SRN) a na straně druhé základním právem na svobodu slova, respektive svobodu médií šířit informace (čl. 5 odst. 1 Základního zákona SRN). Ve věci šlo o občanskoprávní zdržovací žalobu, v níž se navrhovatel dožadoval soudního výroku, který by formou předběžného opatření odpůrci, televizní stanici ZDF, přikázal zdržet se určitého chování (vysílání televizní relace), jež lze považovat za zásah do práv na ochranu osobnosti. Soud tudíž posuzoval, zda jsou dány subsumpční podmínky příslušných ustanovení na ochranu osobnosti, obsažených v zákonu o autorském právu na díla z oboru výtvarného umění a fotografie (§ 22 a § 23 odst. 1), anebo ne, tj. zda je nutné považovat ustanovení téhož zákona, jímž je upravena v ústavě garantovaná svoboda projevu (§ 23 odst. 2), za *lex specialis* k ochraně osobnosti. Čili v daném případě bylo předmětem rozhodování posouzení toho, zdali jsou splněny subsumpční podmínky aplikace *legi specialis* anebo ne.

Ve věci sp. zn. BVerfGE 51, 324 a násl. Spolkový ústavní soud SRN posuzoval konání hlavního líčení proti obžalovanému, jemuž hrozilo nebezpečí mozkové příhody a srdečního infarktu, přičemž posuzoval „vztah napětí“ mezi povinností státu zajistit funkční trestněprávní ochranu a mezi právem obviněného na ochranu života a tělesné nedotknutelnosti. Na okraj tohoto „napětí“ Alexy poznamenává: „*Oba principy tedy vedou, pro každou aplikaci, k rozporu. Tuto situaci nelze řešit tím, že jeden z obou principů by byl prohlášen za nulitní a odstraněn z právního řádu. Řešení spočívá mnohem více*

⁶⁹ Ke zrodu pojmu konkretizace viz ENGISCH, K. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*. Heidelberg, 1953.

⁷⁰ Viz ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*, pozn. 51, s. 84 an.

ve stanovení relace přednosti mezi kolidujícími principy, vztahující se na okolnosti případu. Upřednostněný princip omezuje pro tento případ právní možnosti naplnění toho principu, jenž byl nucen ustoupit. Ustupující princip zůstává částí právního řádu. V jiném případě může být otázka přednosti řešena opačně.“⁷¹ Z pohledu analýzy dané kauzy jde opět o posouzení adekvátnosti splnění subsumpčních podmínek aplikace *legi specialis* anebo nikoli, tj. o zodpovězení otázky, zdali uvedené zdravotní důvody na straně obžalovaného jsou důvodem odročení hlavního líčení (předpokládejme, že příslušné procesní ustanovení zní: „Nařízené hlavní líčení se koná v soudem stanoveném termínu, ledaže závažné zdravotní důvody na straně obžalovaného brání v jeho účasti na něm“).

Nad rámec rozboru Alexyho příkladů nemohu nepřipojit jednu kauzu aplikace principu proporcionality, v níž Spolkový soud Švýcarska prokázal i smysl pro humor: Ve věci šlo o zodpovězení otázky, zdali lze od věřícího Sikha žádat při jízdě motocyklem sundání turbanu a nasazení ochranné přilby. Tato otázka zrcadlí předmět rozsudku Spolkového soudu Švýcarska ze dne 27. května 1993, sp. zn. BGE 119 IV 260, v němž byla posuzována kasační stížnost ve věci tvrzeného porušení náboženské svobody. V samotné věci šlo o dopravní přestupek příslušníka sikhského náboženství, jehož se dopustil jízdou na motocyklu v turbanu bez ochranné přilby. Soud s typickým švýcarským smyslem pro praktičnost kolizi náboženské svobody (jejímž projevem je u Sikhů i svoboda nosit pokrývku hlavy – turban) a veřejného zájmu na ochraně života a zdraví vyřešil závěrem, dle něhož pro účely jízdy na motocyklu „*jest ochrannou přilbu považovati za turban*“ (za náboženskými pravidly předepsanou pokrývku hlavy). Jinými slovy vyjádřeno, neuznal přednost speciality před obecností (s odůvodněním, že i postup dle ní garantuje v kolizi se ocitající základní právo).

3.6 *Lex specialis derogat legi generali*

V rozboru několika kauz, v nichž v rámci aplikace práva hraje rozhodující roli princip proporcionality, se nám kromě jeho samotného vyjevuje jak subsumpce, tak i vztah speciality a obecnosti právní regulace.

Co se týče vztahu speciality a obecnosti norem, jde o situaci, v níž lze skutková zjištění podřadit jak pod rámec obecnější, tak i pod speciálnější skutkové podstaty dvou právních norem, přičemž obě tyto normy obsahují rozdílné právní následky. Chaïm Perelman charakterizuje daný vztah následujícím způsobem: „*Vzniká-li konflikt mezi obecným a zvláštním pravidlem, lze se domnívat, že zákonodárce se prostřednictvím zvláštního zákona chtěl od obecného pravidla odchýlit.*“⁷² Vtipnou připomínkou na školní léta skicuje vztah speciality a obecnosti Joachim Rückert: Studenti na právnické fakultě v Tübingenu v 60. letech 20. století vzpomínali na třaskavou větu pronášenou profesorem Günterem Dürigem⁷³: „*Pravidlo a výjimka, to je celá jurisprudence*“.⁷⁴ Obecně lze říct, že vztah

⁷¹ Ibidem, s. 218.

⁷² PERELMAN, CH. *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*. Paris, 1976. Cit. dle německého překladu: *Juristische Logik als Argumentationslehre*. Freiburg – München, 1979, s. 65.

⁷³ Günter Dürig patřil ke klíčovým osobnostem německé poválečné státovědy, byl spoluautorem a redaktorem patrně nejvlivnějšího komentáře Základního zákona. MAUNZ, T. – DÜRIG, G. (Begr.) *Grundgesetz-Kommentar (Loseblatt)*. München, 1958.

⁷⁴ RÜCKERT, J. *Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs*, pozn. 44, s. 919–920.

speciality a obecnosti je spjat s řešením relevantních rozdílů mezi podmnožinou a množinou jevů, jejíž je tato podmnožina součástí, rozdílů, jež odůvodňují odlišné zacházení, tj. přiřazení odlišných práv a povinností prvkům (subjektům) speciální ve srovnání s prvky (subjekty) obecné množiny.

Ústavní soud České republiky ve věci sp. zn. III. ÚS 256/01 posuzoval naplnění subsumpčních podmínek *legi speciali*, tzv. zákonné licence dle § 12 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, (dle něhož „*svolení není třeba, použijí-li se písemnosti osobní povahy, podobizny, obrazové snímky nebo obrazové a zvukové záznamy k účelům úředním na základě zákona*“) ve vztahu k *legi generali*, ustanovení § 12 odst. 1 téhož zákona (dle něhož „*písemnosti osobní povahy, podobizny, obrazové snímky a obrazové a zvukové záznamy týkající se fyzické osoby nebo jejich projevů osobní povahy smějí být pořízeny nebo použity jen s jejím svolením*“), a to v případě rekognice srovnávacími fotografiemi v trestním řízení dle § 93 odst. 2 a § 103 trestního řádu (jež byly s účinností od 1. ledna 2002 novelou trestního řádu, zák. č. 265/2001 Sb., ve věcech rekognice fotografiemi doplněny o nové ustanovení § 104b odst. 4 trestního řádu) použitými bez souhlasu dotčených osob.

Posouzení naplnění subsumpčních podmínek *legi speciali* v dané věci bylo spjato s otázkou „*zda příslušnými ustanoveními jednoduchého práva jsou v předmětné věci dány podmínky zákonné licence omezení práv na ochranu osobnosti dle § 12 odst. 2 obč. zák., a to zejména z pohledu kolize základních práv plynoucích z čl. 10 Listiny a veřejného účelu, jímž je náležité objasnění trestných činů a spravedlivé potrestání jejich pachatelů v rámci řádného procesu, jenž se promítá v rovině ústavní v čl. 80 odst. 1a čl. 90 Ústavy a čl. 39 a čl. 40 Listiny, v rovině práva jednoduchého v ustanovení § 93 odst. 2 a § 103 tr. řádu (ve znění platném k 30. dubnu 2000)*“. Ústavní stěžovatel ve sporu o důvodnost aplikace § 12 odst. 1 nebo § 12 odst. 2 občanského zákoníku z pohledu daných subsumpčních podmínek argumentoval ve prospěch obecné ochrany osobnosti plynoucí z § 12 odst. 1 občanského zákoníku, účastník řízení pak ve prospěch zákonné licence, tj. ustanovení § 12 odst. 2 občanského zákoníku. V poměrování v kolizi stojících principů, obsažených v čl. 80 odst. 1a čl. 90 Ústavy a čl. 39 a čl. 40 Listiny na straně jedné a čl. 10 odst. 1 Listiny na straně druhé, Ústavní soud akceptoval relevanci odlišení, jak bylo na úrovni práva podústavního zakotveno pro *lex specialis* v ust. § 12 odst. 2 ve vztahu k § 12 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, rovněž vzhledem k institutu rekognice srovnávacími fotografiemi v trestním řízení bez souhlasu dotčené osoby. Jinými slovy vyjádřeno, akceptoval subsumpci rekognice srovnávacími fotografiemi v trestním řízení bez souhlasu dotčené osoby pod rámec zákonné licence, tj. pod rámce možnosti použití obrazových snímků týkajících se fyzické osoby bez jejího svolení k účelům úředním na základě zákona.

Kolize principů se nám tedy v první skupině případů vyjevuje na pozadí konfliktu norem v řízení o ústavní stížnosti (anebo v řízení před obecnými soudy, jejichž součástí je i ústavně-právní argumentace). Konflikt, v závislosti od výsledku aplikace principu proporcionality, může ústít do alternativy třech možností: do přednosti normy speciální (jak tomu bylo v případě rekognice), do přednosti normy obecné (jak tomu bylo v případě Sikha s turbanem) anebo do přerušení řízení o ústavní stížnosti a zahájení řízení o kontrole norem, jehož obsahem je posouzení ústavnosti jedné z norem stojících v konfliktu.

3.7 Řízení o kontrole norem

Tímto se ocitáme v další situaci, v níž se vyjevuje kolize, v řízení o kontrole norem, v situaci, jež potencionálně ústí v derogaci. V řízení o ústavní stížnosti kolize principů se manifestuje na pozadí konfliktu (sporu) norem. Předmětem řízení o kontrole norem je nejdřív (re-)konstrukce ústavního účelu zákonné (případně podzákonné) normy, jež je předmětem ústavního přezkumu, účelu, jímž je některý z ústavních principů (základní právo nebo veřejné dobro). Krokem dalším pak jeho posouzení z pohledu dalších ústavním systémem chráněných účelů (základních práv a veřejných dober), a to vzhledem k jejich možné kontrapozici. Otázkou je, je-li tato kontrapozice konfliktem nebo kolizí, a dále, jakou roli hraje v daném modelu subsumpce?

Ve věci vedené pod sp. zn. Pl. ÚS 40/02 Ústavní soud posuzoval, zdali institut kolektivního vyjednávání a s ním spjatý efekt extenze působnosti kolektivních smluv splňuje podmínky, jež plynou pro jeho akceptaci z kautel vhodnosti, potřebnosti a poměřování. V derogačním nálezu uvedl k otázce kolize a proporcionality následující: *Onen institut „je totiž efektivním prostředkem dosahování sledovaných účelů (sociálního smíru) a splňuje i kautelu analýzy plurality možných normativních prostředků ve vztahu k zamýšlenému účelu a jejich subsidiaritu z hlediska omezení ústavou chráněné hodnoty – základního práva nebo veřejného statku (např. z pohledu srovnání extenze působnosti kolektivní smlouvy a státní reglementace mimo systém kolektivního vyjednávání, jejímž příkladem je stanovení minimální mzdy podle § 111 odst. 4 zákoníku práce). Samotné poměřování obou v kolizi stojících ústavně chráněných hodnot, a to z hledisek systémových, hodnotových, kontextových i empirických, umožňuje dospět k závěru akceptujícímu institut extenze působnosti kolektivních smluv, avšak toliko za podmínky splnění určitých kautel. Je-li východiskem ústavní přijatelnosti institutu extenze působnosti kolektivních smluv vyššího stupně evropská demokratická právní zkušenost a z ní plynoucí standardy, srovnání s právem Evropské unie, jakož i nalézání procedurálního mechanismu zajišťování rovnováhy mezi právní ochranou svobody a garantováním vnitřního míru lidského společenství, lze s tím spjatých účelů v rozhodovaném kontextu dosáhnout toliko za cenu omezení práva vlastnického. Prioritu veřejného statku před právem vlastnickým nutno ale podmínit podmínkou legitimacy (reprezentativnosti) systému kolektivního vyjednávání, tudíž relevancí podílu kontrahentů na trhu v daném oboru. Dále z požadavku minimalizace zásahu do základního práva a svobody, jež je součástí principu proporcionality, plyne i kautela výjimečnosti takového opatření a s tím spjatá maxima pro normotvůrce extenzi působnosti kolektivní smlouvy přijmout toliko v mimořádně odůvodněných případech veřejného zájmu. Z pohledu takto vyložených podmínek principu proporcionality nutno považovat ustanovení § 7 zákona o kolektivním vyjednávání za stojící v rozporu s čl. 11 i čl. 26 Listiny ve spojení s čl. 4 odst. 4 Listiny, když nedostálo požadavku vymezení mezi reprezentativností systému kolektivního vyjednávání v rámci poměřování v kolizi stojících základních práv a veřejných statků, a dále z pohledu minimalizace omezení základních práv nedostálo požadavku výjimečnosti takového opatření.“*

Jak interpretovat obsah uvedeného rozhodnutí? V dané kauze Ústavní soud tudíž posuzoval kontrapozici veřejného dobra (sociálního smíru) a základního práva (vlastnického, jehož derivátem je právo na podnikání) jako kolizi, čili požadavek určité míry naplnění obou v kontrapozici se ocitajících ústavních principů označil za ideál, jehož

požadavkům testovaná, pod oba kolidující principy subsumovatelná zákonná úprava nebyla s to dostát. Z tohoto závěru vyvodil derogační důsledek.

V řízení o kontrole norem se kolize principů vyjevuje v kontrapozici se ocitajících ústavních účelů – účelu přezkoumávané zákonné normy a účelu, s jehož dosažením je tato v rozporu. Ideál této kontrapozice, dle povahy v ní ocitajících se ústavně chráněných hodnot, může nabývat rozdílné podoby: optimalizace či vyloučení extrémní disproportionality.

4. RÉBUS PŘÍKAZU K OPTIMALIZACI

Jan-R. Sieckmann říká: „*problémy poměrování jsou problémy optimalizace*“, ⁷⁵ jinými slovy vyjádřeno, problémy poměrování jsou problémy optimalizace míry naplnění obou v kolizi stojících principů v relaci k právním a skutkovým možnostem daného případu. Jak ale vyřešit stav v kontrapozici se ocitajících principů, aniž by se tato promítla v normativním sporu (a teprve za splnění této podmínky stala se kolizí). Tímto řešením je postup metodou kompenzace.

Ve věci sp. zn. Pl. ÚS 41/02 Ústavní soud v otázce bezpečnostních prověrek advokátů pro účel výkonu obhajoby v trestním řízení, jehož součástí je seznámení se s utajovanými skutečnostmi, konstatoval: „*Vycházejte ze skutečnosti, že postavení obhájce v trestním řízení je odvozeno od postavení obviněného, jádrem rozhodované věci v rovině ústavně-právní je kolize veřejného statku (k pojmu veřejného statku viz nálezný sp. zn. Pl. ÚS 15/96), jímž je bezpečnost státu jako prvek jeho surchovanosti (čl. 1 Ústavy), jejímž komponentem je i zajištění ochrany utajovaných skutečností, se základním právem obviněného na obhajobu podle čl. 40 odst. 3 Listiny základních práv a svobod a čl. 6 odst. 3 písm. c) Úmluvy o ochraně základních práv a lidských svobod, jeho základním právem vyjadřovat se ke všem v řízení prováděným důkazům podle čl. 38 odst. 2 Listiny, jakož i jeho základním právem plynoucím z principu rovnosti „zbraní“ podle čl. 37 odst. 3 Listiny*“. Uvedl dále, že „*vycházejte z takto naznačených hledisek ústavního posouzení dané problematiky, nutno konstatovat, že z pohledu postulátu vhodnosti, tj. vztahu mezi použitými právními prostředky a cíli zákonodárce, absolvování bezpečnostní prověrky advokátů představuje efektivní prostředek k dosažení sledovaného cíle – veřejného statku. Z pohledu subsidiarity možných alternativních nástrojů zabezpečujících daný účel, tj. z pohledu kritéria potřebnosti, lze ale dospět k závěru, že bezpečnostní prověrky nejsou prostředkem přiměřeným, jelikož daného účelu lze v trestním řízení dosáhnout sumou dílčích nástrojů (poučením ze strany soudu o povinnostech plynoucích ze zákona o utajovaných skutečnostech a o trestních sankcích, dále povinností mlčenlivosti podle zákona o advokacii atd.), jež se přitom nedotýkají a nijak neomezují v daném kontextu v kolizi s veřejným statkem (bezpečností státu) stojící základní právo na obhajobu, na rovnost zbraní a právo vyjadřovat se ke všem důkazům. Úprava obsažená v trestním řádu nejen garantuje ochranu základních práv podle čl. 37 odst. 3, čl. 38 odst. 2, čl. 40 odst. 3 Listiny a čl. 6 odst. 3 písm. c) Úmluvy, nýbrž i řadou svých norem, jakož i řadou dalších souvisejících norem jednodu-
chého práva splňuje požadavek minimalizace omezení ochrany v dané věci v kolizi stojí-*

⁷⁵ SIECKMANN, J. R. Zur Begründung von Abwägungsurteilen. *Rechtstheorie*. 1995, Bd. 26, Heft 1, s. 47.

cího veřejného dobra (zajišťování bezpečnosti státu ochranou utajovaných skutečností), a tím respektuje i ústavní příkaz k optimalizaci.“ V dané věci v kolizi principů ochrany bezpečnosti státu a práva na obhajobu v trestním řízení z pohledu zásady potřebnosti (druhého komponentu principu proporcionality) Ústavní soud neuznal důvodnost speciální normy (bezpečnostní prověrky advokátů) a její přednost před obecností svobodného a ve svých právech rovného výkonu advokacie, zajišťujícího obhajobu obviněného v trestním řízení.

Proporcionalita představuje postup, u něhož kolize principů, pravidelně se promítající do normativního sporu tyto principy konkretizujících norem (v daném případě by šlo hypoteticky o spor mezi povinností obhájce v trestním řízení podrobit se bezpečnostní prověrce a jeho právem na svobodný a ve svých oprávněních rovný výkon advokacie, jakož i právo obviněného na svobodný výběr obhájce), se provádí na stav, v němž mezi kolidující principy konkretizujícími normami rozpor dán není. Tím dosahujeme současného uplatnění obou principů v nejvyšší možné míře. Ve věci „bezpečnostních proverech obhájců“, tj. v kauze „ochrana bezpečnosti státu vs. právo na obhajobu“ Ústavní soud akceptoval kompenzaci nástroje bezpečnostních proverech jinými legislativními nástroji, jež se neocitají v rozporu s principem práva na obhajobu. Za takový akceptovatelný alternativní normativní nástroj konkretizace dosažení účelu prvního principu (veřejného dobra) považoval zajištění povinnosti mlčenlivosti, respektive opatření při vedení hlavního líčení, respektive veřejného zasedání (poučení procesních stran o právních následcích porušení povinnosti mlčenlivosti, vyloučení veřejnosti apod.). Optimalizace tedy vytváří prostor pro kolizi, tj. uplatnění obou v kontrapozici se ocitajících ústavních principů v míře dané skutkovými a právními možnostmi, a to kompenzací legislativních podústavních nástrojů, vedoucích k normativnímu sporu, legislativními nástroji, jež normativní spor nezakládají. Jak bylo již řečeno, nenaplnuje-li zákonná úprava, jež je podrobena ústavnímu přezkumu, takto nastíněný ideální stav, je tím dán důvod její derogace v řízení o kontrole norem. Je na místě ale zopakovat tezi, jež už zazněla: příkaz k optimalizaci není výlučným, je pouze jedním z modelů principu proporcionality.

5. PRINCIP PROPORCIONALITY, ÚČELY PRÁVA A VYCHÝLENÍ KYVADLA

Dle Gustava Radbrucha strukturu účelů práva tvoří tři prvky: obecné blaho, spravedlnost a právní jistota.⁷⁶

Radbruch přitom poukazuje na relativitu pojmu obecného blaha, jež dle něj lze chápat sociálně jako blaho všech anebo co největšího počtu jedinců, tj. jako blaho většiny, masy, dále jej lze chápat organicky, jako blaho státního anebo národního celku, jenž je něčím více než sumou jednotlivců, a konečně jej lze chápat institucionálně, tj. jako uskutečňování věcných hodnot nikoli v zájmu jedinců, nikoli pouze v zájmu celku, nýbrž vycházející z jejich vlastní povahy.⁷⁷ Avšak, poznamenává Radbruch, „*jakkoli vymezím obecné blaho, v každém se svých významů stojí v protikladu s oním pojetím, jež del Vecchio vyjádřil slovy: „Právo jediného člověka je stejně svaté jako právo miliónů lidí“.*“⁷⁸ Spravedlnost jako účel

⁷⁶ RADBRUCH, G. *Der Mensch im Recht*. Göttingen, 1957, s. 88.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 88–89.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 89. Viz rovněž DEL VECCHIO, G. *Staat und Korporation*. Basel, 1935, s. 26.

v právu je pro něj pak garancí ochrany jednotlivce v její konfrontaci s ochranou zájmů celku (účelu obecného blaha): „Zvláště je spravedlnost nemyslitelná ve vztahu mezi celkem a jedincem, prohlašuje-li se konflikt jedince s celkem za nemožný, přiznává-li se obecnému blahu bezpodmínečná převaha nad zájmem jedince.“⁷⁹

Současně s nástínem základní struktury účelů v právu upozorňuje Radbruch na skutečnost, že obecné blaho, spravedlnost a právní jistota, jako účely práva, neexistují „v hezké shodě, nýbrž v ostrém vzájemném konfliktu“.⁸⁰ Kategorii spravedlnosti vnáší Radbruch do struktury účelů i pojem individuální svobody a na jejím pozadí pak rýsuje možnou kolizi mezi spravedlností a obecným blahem, tj. kolizi mezi dvěma ze tří základních účelů v právu: „Zvláště spravedlnost není myslitelná tehdy, prohlašuje-li se konflikt jednotlivce s celkem za nemožný, přiznává-li se obecnému blahu bezpodmínečná přednost před zájmem jednotlivce... Idea spravedlnosti předpokládá možnost napětí mezi celkem a jedincem, a to právě proto, že si klade za úkol ho řešit. V tomto smyslu představuje individualisticko-liberální protiváhu k jednostranně nadindividualistické ideji obecného blaha.“⁸¹

Rozličný význam lze přisuzovat i právní jistotě, třetímu ze základních účelů v právu.⁸² Může jít o jistotu prostřednictvím práva, tj. o garanci před ohrožením života, zdraví, majetku apod. Může jít dále o určitost a konstantnost přisuzování významů právnímu textu, tj. určitost stanovování obsahu právních norem a konstantnost jejich aplikace ve významu stejného rozhodování ve stejných případech, jinými slovy o předvídatelnost aplikace práva, a to z hlediska přisuzování významů právnímu textu a z hlediska subsumpce skutkových zjištění pod právní normu při rozhodování. Právní jistotu ve smyslu jednoho ze základních účelů v právu nutno ale chápat ve smyslu stability práva, jeho stálosti, jeho trvání (jinými slovy, omezení společenské entropie).

Položil-li si Radbruch otázku kolize účelů, ilustroval ji kolizí mezi spravedlností a veřejným blahem. Necháme-li stranou extrémní situace, necháme-li stranou proslulou Radbruchovu formuli, nezvažoval ale kolizi mezi právní jistotou a spravedlností (přesněji řečeno, spravedlností individuální, spravedlností jedinečného).

Druhá polovina 20. století je dobou postmoderny, dobou permanentní změny, těkavosti dějin i pojmů. Drahnou dobu před příchodem proroků postmoderny J. F. Lyotarda, M. Foucaulta, J. Derridy švýcarský lékař Max Picard kreslí portrét doby dekonstrukce: „Slovo se stalo pouhým znakem, který se rozeznává jen podle vnějšího zvuku, už ne podle smyslu. Slovo přestalo mít smysl – ten potřebuje trvání, souvislost, aby se projevil a realizoval – slovo se stává skřekem okamžiku... Ve světě diskontinuity, nesouvislosti a okamžiku však místo pravdy platí tvrzení. Tvrzení vychází z okamžiku a pouze pro ten okamžik platí. Tvrzení nahrazuje pravdu. Situace nějakého okamžiku se zachytí a na ní se postaví tvrzení – toto tvrzení vesměs odpovídá, avšak odpovídá pouze situaci toho okamžiku

⁷⁹ RADBRUCH, G. *Der Mensch im Recht*, pozn. 76, s. 93. Poznamenejme, že tyto myšlenky, odmítající nadřazenost celku nad jednotlivcem, Radbruch pronesl na kongresu mezinárodního Institutu pro filosofii práva v Římě v roce 1936, přičemž tato přednáška pak byla publikována v časopise *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit* 1937/38, čili s rizikem pronásledování až již ve fašistické Itálii anebo v nacistickém Německu.

⁸⁰ RADBRUCH, G. *Der Mensch im Recht*, pozn. 76, s. 88.

⁸¹ *Ibidem*, s. 93.

⁸² *Ibidem*, s. 96–97.

*a ve světě, v němž se z okamžikovosti žije, neplatí však pro svět trvání. Tvrzení je pouhou nahodilostí okamžiku, neobsahuje ani podstatu toho, co v tom okamžiku je, nýbrž pouze to, co se v něm náhodně projevilo. Pravda se naproti tomu vztahuje k podstatě trvání.*⁸³

Na okraj současné situace výstižně Ernest Gellner upozorňuje na příčinu paradigmatu rovnosti, a to na skutečnost, že tato je důsledkem paradigmatu změny: „*Moderní společnost není měnivá, poněvadž je rovnostářská; ale je rovnostářská, poněvadž je měnivá... Lidé mohou snášet hroznou nerovnost, jsou-li trvalé a posvěcené zvykem.*“⁸⁴

V atmosféře života ve změně, ve společnosti soustředěné na jednotlivce, do pozadí ustupuje účel právní jistoty ve srovnání s úsilím o dosažení spravedlnosti jedinečného v otevřeném, neustále se měnícím, tékavém normativním prostoru dneška. Spravedlnost jedinečného ve spojení s tendencí paradigmatu více a více vůči společnosti se vyčleňujícího autonomního jednotlivce vychyluje kyvadlo ve vztahu k požadavku jistoty a snižování entropie jedním směrem. Pro princip proporcionality platí lidové rčení: *Dobrý sluha, špatný pán*. Je-li aplikace práva subsumpcí spjata s právní jistotou, jako účelem práva, proporcionalita je spjata s individuální spravedlností. Vychýlení kyvadla obojím směrem nese s sebou negativa: směrem prvním – možnou nespravedlnost, směrem druhým – nepředvídatelnost a nejistotu. Ano, neexistuje nic náročnějšího, než hledání míry věcí...

⁸³ PICARD, R. *Hitler in uns selbst*. Zürich, 1946. Cit. dle českého překladu *Hitler v nás*. Praha, 1996, s. 68, 74.

⁸⁴ GELLNER, A. *Nations and nationalism*. Oxford, 1988. Cit. dle českého překladu GELLNER, E. *Národy a nacionalismus*. Praha, 1993, s. 35–36.

Wandering the Paths of the Principle of Proportionality: The Intensions, Content and Implications

Pavel Holländer

Abstract: Proportionality has become a doctrine of constitutional courts of continental Europe, and of a number of other countries, as well as of the jurisprudence of contract based legal systems, e.g. European Court of Human Rights. Its formation is closely connected with the history of German constitutionalism of the 20th century. Besides its alternative, subsumption, proportionality has become the new method of application of the law. Proportionality or its alternative, subsumption, in the legal thinking is determined by the level of openness of the text of subsumption conditions of legal norm. Constitutional catalogues of fundamental rights acquired the status of real forms of objective law, which correspond with the real subjective public rights. This circumstance radically opens the text of the law, because constitutional principles are not applicable without further specification. Europe had to find a method of concretisation, and found it in the principle of proportionality.

Key words: the formation and evolution of the principle of proportionality, subsumption and proportionality, proportionality and relation between special and general legislation, conflict of norms and collision of principles, command to optimize and compensation method