

Test proporcionality jako nástroj zdůvodňování, nikoli nalézání rozhodnutí

Tomáš Koref*

Abstrakt: Triumfální technika. Destruktivní nihilismus. Téma číslo jedna. Odborná literatura charakterizuje test proporcionality různě, v každém případě hojně. Přesto však zůstává spíše stranou pozornosti otázka, jak si test proporcionality stojí v rámci právní metodologie. Zejména není jasné, jak se test proporcionality vztahuje k tradičním metodám interpretace, k subsumpci a k právnímu sylogismu. Nahrazuje test proporcionality tyto instituty? Doplnuje je? A jakou roli při aplikaci práva vlastně hraje? Předloženými otázkami se zabývám v tomto článku. Nejprve doplňuji českou doktrínu tím, že s odkazem na německé autory rozliším dva odlišné aspekty aplikace práva: nalézání a zdůvodňování rozhodnutí. V tomto kontextu následně představím test proporcionality jako nástroj tzv. interního zdůvodňování, jenž ze své povahy nutně předpokládá další, tzv. externí zdůvodňování (zejména externí zdůvodňování prostřednictvím metod interpretace, judikatury a doktríny). Ve třetím kroku ukazují, že test proporcionality vyžaduje subsumpci, ústí v subsumpci a že jej lze integrovat do tradičního právního sylogismu. Článek je analytický a normativní. Analytičnost spočívá v tom, že článek objasňuje postavení testu proporcionality. Normativní rozměr článku míří k právní praxi a lze jej shrnout jednou základní tezí: test proporcionality nelze užívat bez dalších nástrojů aplikace práva, zejména bez subsumpce a interpretačních metod.

Klíčová slova: test proporcionality, právní metodologie, subsumpce, právní sylogismus, aplikace práva

Úvod

Test proporcionality patří k celosvětově diskutovaným konceptům současné právní teorie.¹ Česká odborná literatura popisuje jak původ a strukturu testu proporcionality,² tak i jeho užití v rozhodovací praxi.³ Detailnější pozornosti se však doposud nedostalo postavení testu proporcionality v rámci právní metodologie.⁴

Zejména není jasné, jak se test proporcionality vztahuje k tradičním metodám interpretace, k subsumpci a k právnímu sylogismu. Nahrazuje test proporcionality tyto instituty? Doplnuje je? A jakou roli při aplikaci práva vlastně hraje?

Předloženými otázkami se zabývám v tomto článku. Postavení testu proporcionality představují prostřednictvím tří kroků. Nejprve doplňuji českou doktrínu tím, že s odkazem

* Mgr. Tomáš Koref, doktorand, katedra teorie práva a právních učení, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: tomas.koref@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9634-3272>. Vznik tohoto článku byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy (projekt č. 185023).

1 Viz např. KLATT, M. – MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 1–2 a tam citovanou literaturu.

2 ONDŘEJJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, a HOLLÄNDER, P. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 3, s. 261–284.

3 KOSAŘ, D. Kolize dvou základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. 17, č. 1, s. 3–19, a ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*. Praha: Leges, 2021.

4 V letech 2015 a 2016 vyšlo v časopisu *Právník* několik článků zaměřených na test proporcionality. Právní metodologii se věnuje text P. Holländera, na který navazují ve třetí části tohoto článku. Viz HOLLÄNDER, P. *Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky*, s. 272–280. Podstatná část článků zdejšího časopisu z období 2015 a 2016 věnovaných proporcionalitě nově vyšla v AGHA, P. – PAVLAKOS, G. (eds). *Princip proporcionality Roberta Alexyho v českém právním myšlení*. Praha: Academia, 2022.

na německé autory rozliším dva odlišné aspekty aplikace práva, *nalézání* a *zdůvodňování rozhodnutí*. V tomto kontextu následně představím test proporcionality jako nástroj (tzv. interního) *zdůvodňování*, nikoli *nalézání rozhodnutí*. Ve třetím kroku ukážu vztah testu proporcionality k tradičním institutům aplikace práva (k právnímu sylogismu, k subsumpci a k metodám interpretace).

Předkládaný článek má analytickou a normativní povahu. V článku předkládám možné vysvětlení, jaké náleží testu proporcionality postavení v rámci aplikace práva a právní metodologie (analytická rovina). Nezabývám se tedy tím, jak české či jiné soudy aktuálně k testu proporcionality přistupují. Tento zdánlivě „teoretický“ rozměr článku má „praktické“ důsledky. Ve svém článku totiž rovněž vymezuji, jakou roli má test proporcionality při řešení konkrétních případů práva zastávat (normativní rovina).

1. Vymezení problému

1.1 Aplikace lidskoprávních norem a test proporcionality jako nástroj řešení jejich kolizí

Základní práva jsou právní normy. Jakožto normy stanovují něco, co má být. Právní normy lze členit na právní principy a právní pravidla.⁵ Spolu s veřejnými zájmy patří většina základních práv mezi právní principy. Jakožto principy stanovují základní práva, aby bylo něco realizováno v co nejvyšší míře. Například základní právo na ochranu dobré pověsti přikazuje, aby byla co možná nejvíce chráněna dobrá pověst, a základní právo na svobodu projevu přikazuje, že má být co možná nejvíce chráněna možnost svobodného projevu.

Kolize nastává tehdy, uplatní-li se v konkrétním případě více principů, tedy alespoň dvě základní práva či jedno základní právo a jeden veřejný zájem, a stanovují-li tyto normy odlišný právní následek. Tehdy musí soud posoudit, který z principů má s ohledem na skutkový stav přednost. Dojde-li ke kolizi, rozhoduje soud, v jaké míře se každý z principů uplatní, a to v závislosti na skutkových a právních okolnostech případu. Výsledkem sporu bude rozhodnutí o tom, že jeden z principů v konkrétním případě převážil. Převáží-li právo jednoho z účastníků na zachování dobré pověsti, soud uloží druhému účastníku například povinnost nahradit újmu.

K řešení kolize slouží test proporcionality. Výsledek lidskoprávní kolize závisí na tom, zda je zásah do příslušného základního práva vhodný a nutný k dosažení jiného základního práva či veřejného zájmu, a dále na tom, zda je zásah tzv. přiměřený v užším smyslu. První krok testu proporcionality je proto testem vhodnosti, druhý testem potřebnosti a třetí testem přiměřenosti.⁶ Při posuzování přiměřenosti v posledním kroku má soud zohlednit,

⁵ Ohledně povahy základních práv vycházím ve svém článku z teorie principů rozpracované R. Alexym v ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002. Alexy míní výrazem *norma* souhrnně dvě podmnožiny: *pravidla a principy*. Tento článek se zaměřuje především na (lidskoprávní) principy, k jejichž aplikaci test proporcionality slouží. K terminologickým otázkám viz detailněji HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 142.

⁶ Ke struktuře testu proporcionality viz KLATT, M. – MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*, s. 7–13, a v české literatuře ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*, s. 98 an., či ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 61–63. M. Klatt uvádí v citované publikaci čtyřstupeňovou variantu testu proporcionality, která jako první krok zahrnuje otázku, zda akt zasahující do základního práva sleduje legitimní cíl. Obdobně jako Z. Červínek mám za to, že lze prověření legitimacy chápat jako součást testu vhodnosti, a proto lze test proporcionality považovat za tříkrokový.

jak jsou kolidující principy důležité, v jaké míře jsou kolidující principy zasaženy/naplněny a jak spolehlivé jsou normativní a empirické předpoklady, z nichž soud vychází.⁷

Navzdory nejrůznějším modifikacím jde o dominantní nástroj, který evropské nejvyšší soudy využívají při řešení lidskoprávních kolizí.⁸ Rovněž český Ústavní soud test proporcionality užívá. Standardní strukturou je v českém ústavním soudnictví struktura tříkroková, tj. test vhodnosti, potřebnosti a přiměřenosti.⁹

1.2 Ukotvení testu proporcionality

Předestřená charakteristika testu proporcionality je v důležitém ohledu nedostatečná. Aplikace lidskoprávních norem bychom nepochybně chápali jako aplikaci práva. S aplikací práva však právní nauka tradičně spojuje několik tradičních institutů, typicky právní sylogismus, subsumpci a právní interpretaci. Tvrdíme-li, že se lidskoprávní normy aplikují prostřednictvím testu proporcionality, pak nutně musíme vyřešit i otázku, jak se test proporcionality vztahuje k těmto tradičním institutům.

Tato otázka se dále větví. Je aplikace lidskoprávních norem natolik specifická, že se tradiční nauka o aplikaci práva vůbec neuplatní? Nebo test proporcionality představuje pouhé doplnění k tradičním institutům? V jaké míře se v rámci testu proporcionality případně uplatní subsumpce či interpretační metody a kdy? A jakou roli při aplikaci práva test proporcionality vlastně hraje? Uvedená charakteristika tyto otázky neřeší a stávající literatura toto téma systematicky nezpracovává.¹⁰ V následující části článku míním vztah testu proporcionality a tradičních institutů vyjasnit.

2. Test proporcionality jako nástroj zdůvodňování, nikoli nalézání rozhodnutí

Pro správné pochopení testu proporcionality je nezbytné učinit zdánlivě triviální rozlišení dvou aspektů aplikace práva: *nalézání a zdůvodňování rozhodnutí*. Jedná se o rozlišení německého *Herstellung, Rechtsfindung, Entdeckung* či anglického *discovery* na jedné straně a německého *Darstellung, Rechtfertigung, Begründung* či anglického *justification* na straně druhé.¹¹ Specificky české učebnice teorie práva uvedené rozlišení netematizují.¹²

⁷ K tzv. vážící klauzuli náležící do posledního kroku viz ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 408–409. Vážíci formulí rozebírá též do češtiny přeložený článek ALEXY, R. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 870–872. Od českých autorů viz WINTR, J. *Alexyho vážící klauzule*. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 446–461.

⁸ BARAK, A. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 181–182.

⁹ O sjednocení struktury nově hovoří na základě empiricko-analytického výzkumu Z. Červínek, viz ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 52–60. Nedůslednost Ústavního soudu při aplikaci testu proporcionality historicky kritizoval D. Kosař v KOSAŘ, D. *Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu*, s. 3–19.

¹⁰ Dvě nejvýznamnější české monografie věnované metodologii aplikace práva, Wintrový *Metody a zásady interpretace práva* a Melzerova *Metodologie nalézání práva*, se soustředí primárně na aplikaci podústavního práva. Specificky tématu tohoto článku, tj. metodologii aplikace lidskoprávních norem prostřednictvím testu proporcionality, se věnují pouze ve velmi obecné rovině. Viz WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2019, a Melzer, F. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. C. H. Beck, 2009.

¹¹ Dílčí sémantické rozdíly mezi jednotlivými výrazy na každé ze stran nezohledňuji. Z děl spojených s diskurzivní teorií užívajících uvedené rozlišení lze zmínit všechna doposud citovaná díla R. Alexyho či M. Klatta. Mezi další autory důsledně zavádějící zmíněné rozlišení patří KOCH, H. J. – RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre: eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. München: Beck, 1982, s. 1, dále např. SCHLINK, B. *Bemerkungen zum Stand*

Jak se pokusím ukázat, pro test proporcionality jde o rozlišení klíčové; test proporcionality je spjat se *zdůvodňováním* a jako takový by měl být chápán. Aby bylo možné objasnit tuto roli testu proporcionality, navrhuji ve zbylé části pohled na aplikaci práva, který na rozlišení *nalézání* vs. *zdůvodňování* důsledně dbá.

2.1 Odlišný pohled na aplikaci práva: rozlišení nalézání vs. zdůvodňování obecně

Distinkce *nalézání* a *zdůvodňování* má nejhlubší tradici ve filozofii vědy, která toto rozlišení rozpracovává v souvislosti s naukou o poznání a logikou.¹³ Vypůjčím si pasáž z úvodu Popperovy *Logiky vědeckého zkoumání*, která distinkci výstižně ilustruje a která je přenositelná i do právní vědy.

Karl Popper důrazně odlišuje psychologický proces, který vzniku teorie předchází, od procesu ověřování nové teorie. Klíčové je, že samotný proces vzniku poznání (teorie) dle Poppera bezprostředně nesouvisí s platností či správností nové teorie. Rozlišení *nalézání* nové teorie a *zdůvodnitelnosti* nové teorie věnuje Popper samostatnou podkapitulu přílehlavě nazvanou „vyloučení psychologismu“. V té uvádí:

„Otázka, jak dojde k tomu, že člověka napadne nová myšlenka, ať už je to nějaké hudební téma, dramatický konflikt nebo vědecká teorie, může být velmi zajímavá pro empirickou psychologii: pro logickou analýzu vědeckého poznání je však irrelevantní.“

Proces vzniku nového poznání (na rozdíl od procesu ověřování nového poznání) vykazuje iracionální prvky, s logikou nemá mnoho společného a má být zkoumán z pohledu empiricko-psychologického. Jelikož Poppera zajímá, co činí teorii (poznání) platnou, zabývá se procesem ověřování nové teorie (nového poznání). Platnost teorie dle Poppera spočívá v její *zdůvodnitelnosti*, v její přezkoumatelnosti a koherentnosti s jinými větami. Právě tehdy hraje roli logika. Že poznávání obsahuje iracionální prvky, to je dle Poppera jistě pravdivé tvrzení. Zajímá jej však platnost teorie a kritéria této platnosti, iracionální prvky proto nezkoumá.¹⁴

Obdobně jako Bernhard Schlink se domnívám, že Popperova myšlenka je uplatnitelná i ve vztahu k přijímání rozhodnutí a k právní metodologii.¹⁵ Při zkoumání aplikace práva

der Methodendiskussion. in der Verfassungsrechtswissenschaft. *Der Staat*. 1980, Jhrg. 19, Nr. 1, s. 88 an. Z anglosaských autorů viz např. WASSERSTROM, A. R. *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, s. 25–27.

¹² Zmiňují-li některé české autorky či autoři toto rozlišení, činí tak obvykle v rámci stručného odkazu na některého z německých autorů. Viz ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 73, dále BOBEK, M. O odůvodňování soudních rozhodnutí. *Právní rozhledy*. 2010, č. 6, s. 204–211, či HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*, s. 233. Německé právní teorii, z níž ve svém článku vycházím, nejvíce odpovídají výše citovaná klasická díla J. Wintra a F. Melzera, která se věnují interpretaci a argumentaci. J. Wintr svou monografii výslovně řadí do oblasti *zdůvodňování*, samotné rozlišení však detailně nerozpracovává a odkazuje na dílo W. Hassemera. Viz WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 13. F. Melzer své dílo nazval „Metodologií nalézání“, avšak zaměřuje se výlučně na argumentaci a ten aspekt aplikace, který jsem nazval *zdůvodňováním*. Viz Melzer, F. *Methodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*, s. 10–11. Byť jde o detail, Melzerovo názvosloví opouštím a držím se terminologie, která podle mého názoru lépe odpovídá filozofii vědy a zahraniční debatě.

¹³ Pro shrnutí dosavadní diskuze ve filozofii vědy viz HOYNINGEN-HUENE, P. Context of Discovery and Context of Justification. *Studies in History and Philosophy of Science*. 1986, Vol. 18, No. 3, s. 501–515.

¹⁴ POPPER, K. *Logika vědeckého zkoumání*. Praha: OIKOYMENH, 1997, s. 7–9.

¹⁵ SCHLINK, B. *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion. in der Verfassungsrechtswissenschaft*, s. 88.

nám také může jít o psychologický proces na straně právníka, tedy například o to, zda se při aplikaci práva užívá intuice, anebo můžeme zkoumat, jaké řešení konkrétního případu je správné a jaká jsou kritéria této správnosti. Jak rozvádím v následující části článku, v obou případech by se zkoumání dotýkalo aplikace práva, přesto by se významně lišilo.

Nalézání rozhodnutí

Zkoumáme-li psychologický proces, zkoumáme *nalézání rozhodnutí*, tedy proces vzniku rozhodnutí. Takový proces bude nutně dynamický a komplikovaný, a tudíž z pohledu právní vědy obtížně popsitelný. Pro *nalézání rozhodnutí* a jeho zkoumání je relevantní pestrá škála mnohdy obtížně postihnuteľných vlivů – od vzdělání a hodnotové orientace interpreta přes psychologické a jiné procesy empirické povahy, k nimž dochází během čtení spisu či soudních jednání. Zkoumání procesu *nalézání rozhodnutí* bude převážně deskriptivní, vychází obvykle z empirického a analytického přístupu.¹⁶

Ilustrativním příkladem přístupu, který se zaměřuje výlučně na *nalézání rozhodnutí* z ryze empirického pohledu, by v českém prostředí byla empiricky orientovaná disertační práce Michala Malaníka. Jeho výzkum spočíval v tom, že se Malaník několika soudců Nejvyššího soudu dotazoval, zda při rozhodování případu skutečně aplikují interpretační metody.¹⁷

Tradičním tématem souvisejícím s *nalézáním rozhodnutí* je v českém či německém prostředí tzv. právní hermeneutika. Ta tematizuje poznávání normativního právního textu s ohledem na předporozumění či hermeneutický kruh,¹⁸ přičemž právě důraz na poznávání tuto oblast právní vědy orientuje na *nalézání rozhodnutí*.

2.2 Odlišný pohled na aplikaci práva: Obrat ke zdůvodňování jakožto stěžejnímu aspektu

V kontrastu proti *nalézání rozhodnutí* stojí *zdůvodňování* jako druhý aspekt aplikace práva. Zabýváme-li se *zdůvodňováním*, nemíníme popsat, jak se rozhodnutí *nalézá*; chceme identifikovat, co to je správné rozhodnutí, a vymezit, podle jakých kritérií se tato správnost posuzuje. Zkoumání zaměřené na *zdůvodňování* je charakterizováno svým normativním pohledem na aplikaci práva spojeným s právní metodologií a logikou. Přenechává empiricky zaměřenému zkoumání to, zda interpreti dospívají k přiznávání nároku intuitivně či pro svůj světonázor; tyto prvky aplikace práva se samy o sobě nedotýkají správnosti rozhodnutí.

Soud ani advokát ve svém rozhodnutí nepopisuje cestu vedoucí ke vzniku konkrétního rozhodnutí či právního závěru, tento proces se nestává součástí diskurzu a jako takový

¹⁶ Počínaje právním realismem je empirický výzkum čtený typicky v anglosaském prostředí. Z posledních děl viz BARRY, B. M. *How Judges Judge: Empirical Insights into Judicial Decision-Making*. New York: Routledge, 2021, či empiricko-analyticky zaměřenou publikaci BROZEK, B. *The Legal Mind: A New Introduction to Legal Epistemology*. New York: Cambridge University Press, 2019.

¹⁷ MALANÍK, M. *Empirický výzkum metodologie interpretace práva*. Disertační práce. Brno: Právníká fakulta Masarykovy univerzity, 2019. Většina soudců odpověděla, že metody interpretace užívá „spíše intuitivně“. Ibidem, s. 110.

¹⁸ Z českých autorů se tzv. právní hermeneutice věnuje HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011, s. 74 an., či ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. *Právní interpretace – mezi vysvětlováním a rozuměním*, s. 151.

není proces *nalézání rozhodnutí* předmětem kontroly. Jde-li o správnost rozhodnutí, domnívám se, že není podstatné, zda interpret skutečně použil nebo nepoužil tu či onu metodu interpretace, účastníci ani odvolací soud se to obvykle nedoví. Jak ostatně v tomto ohledu uvádí Matthias Klatt, špatné motivy mohou vést soudce ke správnému (*zdůvodnitelnému*) rozhodnutí, dobré motivy mohou vést soudce k nesprávnému (*nezdůvodnitelnému*) rozhodnutí.¹⁹ V této souvislosti Koch a Rübmann zdůrazňují:

„[...] otázku po akceptovatelnosti daného zdůvodnění je třeba striktně odlišit od otázky, jaké jsou skutečné determinanty rozhodování v právu.“²⁰

Posuzuje-li se správnost nějakého rozhodnutí, jde podle mého názoru o to, zda existuje důvod pro zvolené řešení (např. zda ve prospěch výkladu předpisu, který soud zvolil, svědčí účel zákona) a zda tento důvod obстоjí vůči důvodům pro odlišný závěr (např. zda teleologický výklad soudu obstojí vůči účastníkem navrhovanému jazykovému výkladu). U *zdůvodňování* nás zajímá, na základě jakých kritérií měl soud za konkrétních skutkových okolností z právního předpisu dovodit, že žalobci nárok náleží.

Důraz na *zdůvodňování rozhodnutí* teoreticky nejlépe postihuje diskurzivní teorie právní argumentace rozpracovávaná Robertem Alexym a Matthiasem Klattem. V jejím jádru stojí zcela základní otázka aplikace práva, a sice co ospravedlňuje interpreta k tomu, aby přešel od konkrétního skutkového stavu k dovození právního následku.

Typicky v případě lidskoprávních kolizí nepostačí samotný právní předpis; z lidskoprávního katalogu obvykle neplyne řešení tzv. bez dalšího. Jak uvádí Alexy, aplikaci práva komplikuje vágnost právních předpisů, dále konflikty norem či mezerovitost práva.²¹ Diskurzivní teorie zkoumá, zda lze i přes tyto limity právní úpravy rozlišit správný výsledek aplikace práva od nesprávného. Jelikož platí, že garantem správnosti rozhodnutí nemůže být právní předpis sám o sobě, hledá diskurzivní teorie nějaká další pravidla, která by mohla určovat výsledek případu.

Podle diskurzivní teorie čerpá rozhodnutí svou správnost z důvodů, které pro toto rozhodnutí existují. Rozhodnutí je správné tehdy, pokud pro ně existují správné důvody, tj. existuje-li pro rozhodnutí správné *zdůvodnění*. Teprve díky *zdůvodnění* může být rozhodnutí správným (či nesprávným). K tomu je nutné doplnit, že důvody pro rozhodnutí lze uvádět buďto správně, nebo nesprávně, a proto diskurzivní teorii jde o pravidla, jimiž se konkrétní *zdůvodnění* musí řídit. Vypracování těchto pravidel umožňuje rozlišit správné *zdůvodnění* od nesprávného, dobré od špatných důvodů.²²

Jinak řečeno, diskurzivní teorie právní argumentace zkoumá podmínky možnosti správného rozhodnutí, aby mohla vypracovat kritéria této správnosti.²³ Protože správnost rozhodnutí nelze posoudit jinak než z důvodů, které pro rozhodnutí svědčí, zkoumá diskurzivní teorie *zdůvodňování*, a tedy i pravidla, jimiž se konkrétní *zdůvodnění* musí řídit.

¹⁹ KLATT, M. Juristische Hermeneutik. In: HILGENDORF, E. – JOERDEN, J. C. *Handbuch Rechtsphilosophie*. Stuttgart: J. B. Metzler, 2021, s. 233–239.

²⁰ KOCH, H. J. – RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre*, s. 1 (překlad vlastní).

²¹ ALEXY, R. *A Theory of Legal Argumentation: A Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 1–2.

²² *Ibidem*, s. 178. Naukou o zdůvodňování (*Begründungslehre* či *Theory of Justification*) lze rozumět nauku o tom, co je správné zdůvodnění a jakými pravidly se má zdůvodnění řídit.

²³ Shodně SCHLINK, B. *Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion. in der Verfassungsrechtswissenschaft*, s. 88.

Otázka po správnosti rozhodnutí se tak posouvá. Rozhodnutí není správné jaksí samo o sobě, nýbrž proto, že je lze *zdůvodnit*, tj. že pro ně lze uvést důvody a že toto *zdůvodnění* odpovídá pravidlům, jimiž se má *zdůvodnění* řídit. Diskurzivní teorie je teorií procedurální; onou procedurou, v níž tkví správnost rozhodnutí, je právě *zdůvodňování*.

Shrme-li, diskurzivní teorie netematizuje problém předporozumění, hermeneutického kruhu ani jiné empirické aspekty soudního rozhodování. Za tímto účelem vyčlenila diskurzivní teorie převážně empirický proces vzniku rozhodnutí do „oblasti“ *nalézání rozhodnutí*, aby se mohla věnovat výlučně druhému aspektu aplikace práva, *zdůvodňování* rozhodnutí.

Právě pod *zdůvodňování* tak dle německých autorů spadají otázky právní metodologie a logiky, které jsou normativní ze své povahy.²⁴ Jak bude rozebráno níže, nástroje či instituty právní metodologie (test proporcionality, interpretační metody, subsumpce, právní sylogismus) považuje diskurzivní teorie za nástroje *zdůvodňování*; umožňují rozlišit správné od nesprávného rozhodnutí tím, že jimi lze posoudit správnost *zdůvodňování*.

2.3 Interní a externí zdůvodňování: interpretace, subsumpce a sylogismus jako nástroje zdůvodňování

Než se zaměřím na samotný test proporcionality, je nutné uvést poslední obecné upřesnění. U *zdůvodňování* rozlišuje diskurzivní teorie *zdůvodňování interní* a *zdůvodňování externí*.²⁵ Nejdříve rozvedu *interní a externí zdůvodňování* v souvislosti s aplikací právních pravidel, poté se již zaměřím na aplikaci norem lidskoprávních a test proporcionality.

2.3.1 Interní zdůvodňování

Schématem znázorňujícím *interní zdůvodňování* při aplikaci právních pravidel je tzv. právní sylogismus. Právní sylogismus není nic jiného než jednoduché schéma logického vyplývání založené na implikaci a *modu ponens* jakožto odvozovacím pravidle. Cílem *interního zdůvodňování* je ukázat, z jakých premis vyplývá závěr, k němuž interpret dospěl. V tomto ohledu má ryze formální charakter.

Právní sylogismus se skládá ze dvou základních premis. Jako horní premisa se uvádí normativní právní věta, jež obsahuje podmínky (hypotézu) a podmínkami podmíněný právní následek (dispozici). Tato premisa se obvykle vyjadřuje implikací. Dolní premisou je formulace skutkového stavu. Řeší-li se složitější případ, není obvykle zřejmé, zda konkrétní skutkový stav naplňuje předpisem stanované podmínky. V takovém případě

²⁴ V. Kolman k roli logiky přiléhavě uvádí: „[L]ogiku podobně jako etiku nezajímají případy skutečného usuzování, ale usuzování idealizovaného, tj. nikoli toho, jak reálně usuzujeme či jak jednáme, což přirozeně zahrnuje i chyby, ale jak bychom usuzovat či jednat měli, což teprve umožňuje ony chyby jako chyby rozeznat.“ Viz KOLMAN, V. – PUNČOCHÁŘ, V. *Formy jazyka: úvod do logiky a její filosofie*. Praha: Filosofia, 2015, s. 33.

²⁵ ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, s. 17, či ALEXY, R. *A Theory of Legal Argumentation: A Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, s. 221–331, a KLATT, M. *Proportionality and Justification*. In: HERLIN KARNELL, E. – KLATT, M. – MORALES ZÚÑIGA, H. A. (eds). *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*. Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 178. Podobně rozlišení zavádí Koch a Rübmann, kteří *externí zdůvodňování* nazývají vedlejším schématem. Viz KOCH, H. J. – RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre*, s. 57–58. Alexy a Klatt vychází z díla J. Wroblewského. Viz WRÓBLEWSKI, J. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, 1992, s. 178.

by právní sylogismus obsahoval ještě další premisy, které by odůvodňovaly překonání „propasti“ mezi podmínkami a formulací skutkového stavu, tedy subsumpci. Právní sylogismus ústí v dovození právního následku, který uvádí horní premisa.²⁶

Jsou-li premisy pravdivé (tj. platí uvedená normativní právní věta a naplňuje-li skutkový stav podmínky uvedené v hypotéze právní věty), vyplývá z právního sylogismu uplatnění dispozice uvedeného pravidla. Byť to samozřejmě není nijak nutné, právní teorie vyjadřuje dovození právního následku v právním sylogismu obvykle jazykem výrokové či predikátové logiky:

Právní sylogismus²⁷

Formalizovaná premisa	Slovy vyjádřená premisa
1) $\forall x (A(x) \rightarrow B(x))$	<i>Porušil-li zaměstnanec povinnost vyplývající z právních předpisů vztahujících se k jím vykonávané práci zvlášť hrubým způsobem (A), může zaměstnavatel se zaměstnancem okamžitě zrušit pracovní poměr (B).</i> ²⁸
2) $S(a)$	<i>Nastal skutkový stav (a), kdy problémový zaměstnanec strávil 16 minut pracovní doby vyřizováním soukromých záležitostí na poště (S).</i> ²⁹
3) $\forall x (S(x) \rightarrow A(x))$	<i>Jestliže problémový zaměstnanec stráví 16 minut pracovní doby vyřizováním soukromých záležitostí na poště (S), poruší tím povinnost vyplývající z právních předpisů vztahujících se k jím vykonávané práci zvlášť hrubým způsobem (A).</i>
$B(a)$	<i>Zaměstnavatel může za skutkového stavu (a) ukončit se zaměstnancem pracovní poměr [z premis 1) – 3)].</i>

Podstatné je, že *interní zdůvodňování*, jež má být znázorněno právním sylogismem, představuje pouhou základní kostru *zdůvodňování*. Jedná se o (pouhé) schéma, které musí být dále vyplněno obsahem. Tím míním, že *interní zdůvodňování* samo o sobě neříká nic o tom, jaké premisy do něj mají být vneseny a neříká ani nic o jejich pravdivosti. Jako takové se nijak nedotýká toho, jaká norma se má užít, jak zjistit skutkový stav a ani toho, jaké normy *zdůvodňování* mohou být relevantní pro přechod od skutkového stavu k hypotéze právní normy. *Interní zdůvodňování* má prostřednictvím logického vyplývání pouze ukázat, k jakému závěru je třeba dospět, jsou-li do něj vneseny premisy, které jsou pravdivé. Ve výše uvedeném případě by bylo nutné dále *zdůvodnit* zejména to, proč platí premisa 3).³⁰

²⁶ LARENZ, K. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer-Verlag, 1983, s. 260–265.

²⁷ Obdobně jako Alexy či Koch a Rübmann volím pro formalizaci predikátovou logiku. S ohledem na relativní jednoduchost uváděných schémat lze užít i logiku výrokovou, jak to činí např. Larenz.

²⁸ § 55 odst. 1 písm. b) zákona č. 262/2005 Sb., zákoník práce.

²⁹ Skutkově byl případ kuriozní v tom, že zaměstnanec onen osudný čas na poště věnoval odesílání kostýmu vězeňského pyžama místostarostovi obce, jež zaměstnance zaměstnávala, což kromě výpovědi vedlo i k zahájení řízení o přestupku proti občanskému soužití.

³⁰ Argumentem pro platnost premisy 3) by byla rozhodovací praxe, konkrétně rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 20. 5. 2022, sp. zn. 21 Cdo 424/2021 (bod 36).

Ač právní sylogismus nepochybně nemůže sám rozhodnout případ, má *interní zdůvodňování* prostřednictvím znázornění premis a závěru garantovat trojí: jednak interní racionalitu rozhodování (existuje vztah mezi závěrem a premisami, z nichž má závěr vyplývat), dále formální spravedlnost (naplňuje-li jakýkoli případ v budoucnu znaky hypotézy nějakého pravidla uvedeného v sylogismu, měl by se uplatnit tentýž následek)³¹ a v neposlední řadě též vázanost soudce zákonem (přechod od skutkového stavu k hypotéze právní normy není libovolným, řídí se dalšími pravidly, které musí být uvedena a *zdůvodněna*).³² Nadto *interní zdůvodňování* strukturuje argumentaci a ukazuje premisy, čímž činí rozhodnutí transparentním a přezkoumatelným.

2.3.2 Externí zdůvodňování

Jak jsem uvedl, *interní zdůvodnění* je kostrou, jež předpokládá další *zdůvodňování*. Pravdivost či platnost premis vnášených do právního sylogismu vychází z *externího zdůvodňování*. Potřeba *externího zdůvodňování* vyvstává u případů, které nemají prosté a jednoznačné řešení. Typicky není jasné, zda zjištěný skutkový stav spadá pod hypotézu právní normy. Rovněž nemusí být jednoznačné, jak vlastně formulovat aplikovanou právní normu (například nachází-li se její části v několika předpisech). Pro dovození řešení tehdy nestačí samotný právní předpis a zjištěný skutkový stav; je nutné využít další z šesti metod *externího zdůvodňování*:³³

- i. *interpretační pravidla* – například okřídlené pravidlo, že jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě,
- ii. *pravidla vycházející z právní dogmatiky* – například pravidlo uvedené v odborném komentáři, že úprava odvolání daru pro nevďek v § 2072 odst. 2 občanského zákoníku obsahuje legislativní chybu, a proto se užije jiné znění,³⁴
- iii. *pravidla vyplývající z judikatury* – například pravidlo z praxe vyšších soudů, že veřejně známá osobnost má snášet vyšší míru kritiky,³⁵
- iv. *pravidla obecného praktického diskurzu* – například pravidlo, že *zdůvodňování* nesmí být vnitřně rozporné,
- v. *empirickou argumentaci* – například argument, že by zrušení právního předpisu mělo likvidační dopad na určitou skupinu obyvatel,
- vi. *zvláštní právní argumenty* – například argument právní analogií či argument od většího k menšímu.

³¹ Strávil-li v budoucnu zaměstnanec čtvrt hodiny vyřizováním soukromých záležitostí, mělo by se jednat o porušení povinnosti vyplývající z právních předpisů zvláště hrubým způsobem, nebude-li existovat nějaká relevantní skutková odlišnost.

³² KOCH, H. J. – RÜBMANN, H. *Juristische Begründungslehre*, s. 112–114.

³³ V tomto článku sdílím Alexyho klasifikaci externího zdůvodňování, jež rozlišuje šest odlišných metod. Viz ALEXY, R. *A Theory of Legal Argumentation*, s. 231.

³⁴ Dle odborné literatury zákonodárce nesprávně zakotvuje možnost odvolání daru pro nevďek při „porušení dobrých mravů vůči osobě obdarovanému blízké“, byť o nevďek mělo jít v případě „porušení dobrých mravů vůči osobě dárci blízké“. Viz JANOUŠEK, M. Komentář k § 2072. In: PETROV, J. – VÝTISK, M. – BERAN, V. a kol. *Občanský zákoník*. Praha: C. H. Beck, 2022. [cit. 2023-02-06]. Dostupné z: <<https://www.beck-online.cz/bo/>>.

³⁵ Nález Ústavního soudu ze dne 15. 3. 2005, sp. zn. I. ÚS 367/03.

Přínosem diskurzivní teorie je to, že objasňuje každou z šesti uvedených metod a snaží se v obecné rovině vypracovat vzájemné vztahy mezi těmito metodami *externího zdůvodňování*.

2.3.3 Dílčí shrnutí

Při zkoumání aplikace práva musíme rozlišovat, zdá nám jde o to, jak se rozhodnutí ve skutečnosti nachází (*nalézání*), nebo o to, kdy je rozhodnutí správné (*zdůvodňování*). Právě v rámci *zdůvodňování* se uplatní právní sylogismus, jenž prostřednictvím logického vyplývání ukazuje základní premisy rozhodnutí a vztah mezi nimi, tedy vztah mezi aplikovaným ustanovením, skutkovými okolnostmi případu a dovozeným právním následkem. Rozhodnutí je *interně zdůvodněné*, vyplývá-li dovozený právní následek ze soudem zvolených premis. Avšak zda zvolené premisy platí, *interní zdůvodnění* neřeší. Platnost premis musí být *zdůvodněna* prostřednictvím *externího zdůvodnění*, typicky prostřednictvím interpretačních metod, rozhodovací praxe a právní nauky.

2.4 Test proporcionality jako nástroj interního zdůvodňování při aplikaci principů

Konečně se dostávám k postavení testu proporcionality. Dosavadní výklad měl vytvořit prostor pro to, aby test proporcionality mohl být pochopen jako nezbytná součást toho aspektu aplikace práva, který v tomto článku nazývám *zdůvodňováním*.

Podobně jako může vědec *nalézt* novou teorii lečjak, může i právník *nalézt* řešení lidskoprávní kolize nejrůznějším způsobem. Byť soudce, advokát či student mnohdy užije test proporcionality k *nalezení* řešení případu, bude toto *nalézání* vždy spoluurčeno řadou jiných faktorů empirické povahy. Empirický výzkum potvrzuje, že skutečné *nalézání* práva determinují jiné faktory než exaktní úsudková schémata. Studie ukazují, že právníci často *nalézají* rozhodnutí intuitivně a že rozhodování ovlivňují iracionální vlivy, jako jsou vlastnosti konkrétního soudce či soudkyně.³⁶ Tento prostor se ještě více otevírá právě u lidskoprávních sporů, které charakterizuje neurčitost lidskoprávních norem a častý morálně-politický rozměr lidskoprávní kolize.

Klíčové je, že test proporcionality je pouze jedním z mnoha faktorů ovlivňujících *nalézání* rozhodnutí (*nalézání* rozhodnutí determinuje řada empirických vlivů), že test proporcionality není nutným nástrojem *nalézání* rozhodnutí (proporcionální rozhodnutí lze nalézt lečjak) a že test proporcionality se všemi třemi kroky a složitým vážením v kroku posledním velmi pravděpodobně nebude dominantním nástrojem *nalézání* rozhodnutí (významnou roli při *nalézání* rozhodnutí bude hrát intuice, nikoli exaktní úsudkové schéma).³⁷ Pokud bychom test proporcionality zamýšleli chápat jako popis *nalézání* práva,

³⁶ Viz RACHLINSKI, J. J. – WISTRICH, A. J. Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges. *Annual Review of Law and Social Science*. 2017, Vol. 13, s. 203–229, či RACHLINSKI, J. J. – WISTRICH, A. J. Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? *Texas Law Review*. 2015, Vol. 93, No. 4, s. 855–923, dále OLABOREDE, Adebola – MEINTJES-VAN DER WALT, Lirieka. Cognitive Bias Affecting Decision-Making in the Legal Process. *Obiter*. 2021, Vol. 41, No. 4, s. 806–830, a LEVINSON, J. D. – BENNETT, M. W. – HIOKI, K. Judging Implicit Bias: A National Empirical Study of Judicial Stereotypes. *Florida Law Review*. 2017, Vol. 69, No. 1, s. 63–112.

³⁷ Není mi znám empirický výzkum, jenž by zkoumal, zda právníčky a právníci při aplikaci lidskoprávních norem užívají spíše intuici, úsudková schémata nebo oboje. Předpokládám zde, že když právníčky a právníci významně užívají intuici při aplikaci tzv. jednoduchého práva, budou tak činit i u norem lidskoprávních.

museli bychom s kritiky poměřování připustit, že „skutečnému“ *nalézání práva* neodpovídá a že se test proporcionality pouze snaží oslnit iluzorním mechanickým vážením a zdánlivou matematickou přesností.³⁸

Není-li test proporcionality sám o sobě adekvátní deskripcí toho, jak se lidskoprávní normy skutečně aplikují, tj. není-li test proporcionality popisem *nalézání rozhodnutí*, jaká role mu pak vlastně náleží? Jsem přesvědčen, že jako není cílem právního sylogismu či metod interpretace popsat, jak interpret objevuje či *nalézá* své rozhodnutí, tak není cílem testu proporcionality popsat, jak takové rozhodnutí objevuje či *nalézá* (typicky) ústavní soudce v případě lidskoprávní kolize. Tematizujeme-li test proporcionality, domnívám se, že takové zkoumání spadá pod druhý z aspektů aplikace práva, tj. aspekt *zdůvodňování*.

Domnívám se, že test proporcionality je ve vztahu k aplikaci práva nástrojem, který vypracovává právní metodologie, aby stanovila, jak může být aplikace lidskoprávních norem správná a racionální. Jak jsem již ukázal, správnost rozhodnutí tkví v důvodech a pravidlech *zdůvodňování*, proto je třeba na test proporcionality nahlížet jako na nástroj *zdůvodňování*. Test proporcionality tedy nemá být empirickou výpovědí o tom, jak právník dospívá k řešení lidskoprávní kolize, nýbrž testem, jímž se správnost jeho závěru (třeba intuitivního) poměřuje.

Chápeme-li test proporcionality jako kritérium správnosti, nikoli jako popis, pak test proporcionality obstojí vůči výše uvedené kritice. Nevadí totiž, že test proporcionality neodpovídá „skutečnému“ *nalézání rozhodnutí*, neboť jeho role nespočívá v popisu. Jeho role tkví v tom, že umožňuje zhodnocení správnosti nalezeného řešení.

Je-li úsudkovým schématem pro aplikaci právních pravidel právní sylogismus, pak velmi obdobnou roli plní v případě aplikace lidskoprávních norem test proporcionality. Ten, stejně jako právní sylogismus, vynáší na světlo premisy lidskoprávního rozhodnutí, znázorňuje vzájemné vztahy mezi jednotlivými premisami a ukazuje, k jakému je nutné dospět závěru, pokud jsou premisy pravdivé (uplatní-li se v konkrétním případě jiná ústavní hodnota a je-li omezení základního práva vhodné, potřebné a přiměřené, je omezení po právu; není-li jedna z podmínek splněna, je omezení protiústavní).

Obdobně jako právní sylogismus, i test proporcionality však tvoří pouhou kostru *zdůvodňování*, tedy *interní zdůvodňování*, které ze své povahy vyžaduje další (*externí*) *zdůvodňování*.³⁹ Jak rozvedu v poslední části svého článku, test proporcionality ze své povahy předpokládá, že musí být identifikována konkrétní práva či jiné ústavní hodnoty, které se mají v konkrétním případě uplatnit; dále předpokládá zejména empirickou argumentaci, proč má či nemá být dané opatření vhodné k dosažení nějakého cíle (vhodnost) a proč má být dané opatření právě to nejšetrnější (potřebnost); stejně tak vyžaduje, aby byla náležitě *zdůvodněna* důležitost vážených principů, intenzita zásahu (i důležitost naplnění jiného principu) a spolehlivost předpokladů, z nichž soud vychází. Z toho důvodu lze test proporcionality společně s Alexym a Klattem označit jako nástroj *interního zdůvodňování*.

³⁸ TSAKYRAKIS, S. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*. 2009, Vol. 7, No. 3, s. 474–475, či JESTAEDT, M. The Doctrine of Balancing – Its Strengths and Weaknesses. In: KLATT, M. (eds). *Institutionalized Reason*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 163. M. Jestaedt v této souvislosti kritizuje vážící formulí, která má být posledním krokem testu proporcionality; vážící formule podle Jestaedta pouze vyvolává klamný dojem logické či matematické preciznosti, byť ve skutečnosti zůstává její užití zásadně limitované. Jestaedt nazývá formulí iluzi či metodologickou chimérou, neboť se jejím užitím problémy aplikace práva neosvětlují, nýbrž zakrývají.

³⁹ Viz např. ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, Vol. 16, No. 4, s. 448, či KLATT, M. – MEISTER, M. *The Constitutional Structure of Proportionality*, s. 12.

Důležitost testu proporcionality vyplývá z povahy lidskoprávních norem. Ty díky své otevřenosti mohou svádět k svévoli a k dovozování závěru z nevyčtených zavrženíhodných premis. Při jejich aplikaci proto vyvstává požadavek po limitaci soudu, po formální spravedlnosti, po přezkoumatelnosti a po odhalení skrytých premis. Stejně jako u právního sylogismu platí i v případě aplikace lidskoprávních norem, že test proporcionality jakožto nástroj *interního zdůvodňování* garantuje interní racionalitu rozhodování prostřednictvím znázornění premis a závěru. Současně test proporcionality vede k větší přezkoumatelnosti rozhodnutí, napomáhá k formální spravedlnosti (viz derivativní ústavní normy níže) a limituje soud ohledně toho, jaký právní následek z neurčité lidskoprávní normy dovodí. Jak dále uvádí Barak, test proporcionality strukturuje argumentaci prostřednictvím odhalování premis a činí rozhodnutí transparentním.⁴⁰

3. Vztah testu proporcionality k metodám interpretace, subsumpci a sylogismu

Zbylá část článku se věnuje vztahu testu proporcionality k tradičním institutům aplikace práva. Test proporcionality představují jako nástroj *interního zdůvodňování*, jenž předpokládá *externí zdůvodňování*. Test proporcionality v rámci *externího zdůvodňování* konkrétně předpokládá užití interpretačních metod, užití argumentů vycházejících z rozhodovací praxe, užití právní nauky, morální argumentaci, empirickou argumentaci a zvláštní právní argumenty.⁴¹ Test proporcionality dále předpokládá subsumpci a ústí v subsumpci. Jako takový je součástí právního sylogismu.

Dle Pavla Holländera se test proporcionality užívá při posouzení toho, zda se má uplatnit právní pravidlo tzv. jednoduchého práva. Konkrétně Holländer uvádí, že „*neurčitost (otevřená textura) subsumpčních podmínek je v procesu aplikace práva překlenuta poměrováním (principem proporcionality)*“.⁴² Tehdy soud váží ústavněprávní principy.⁴² S tímto názorem se představované pojetí nevyklučuje, naopak, Holländerův názor doplňují. Ve zbylé části svého článku řeším, jak má soud postupovat, pokud k testu proporcionality skutečně přistoupí a dva kolidující ústavněprávní principy poměruje.

3.1 Test proporcionality a metody právní interpretace

Aplikuje soud při řešení lidskoprávní kolize výlučně test proporcionality, nebo má užít též interpretační metody? Má soud například zohlednit textaci lidskoprávních norem? Měl by nějak reflektovat úmysl ústavodárce vyjádřený v přípravných dokumentech či společensko-historický kontext vzniku lidskoprávních katalogů? A měl by mít na zřeteli účel konkrétního základního práva? A je-li odpověď kladná, jak by měly být interpretační metody v rámci testu proporcionality užity?

Ze zahraniční literatury by se mohlo zdát, že se interpretační metody při řešení lidskoprávních kolizí neuvžívají. Například německý ústavní soudce Ernst Böckenförde, jeden

⁴⁰ BARAK, A. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, s. 460–463.

⁴¹ Alexy explicitně uvádí interpretační metody, rozhodovací praxi a právní nauku – viz ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 371–387. K propojení Alexyho ústavní teorie a teorie právní argumentace viz KLATT, M. Robert Alexy's Philosophy of Law As System. In: KLATT, M. (ed.). *Institutionalized Reason*, s. 18–21.

⁴² HOLLÄNDER, P. *Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky*, s. 272–279.

z odpůrců poměrování, uvádí, že se v případě základních práv o interpretaci nejedná, neboť interpretace má být zprostředkování něčeho „předem daného“, zatímco v případě základních práv dochází spíše k jejich konkretizaci.⁴³ Obdobně Mattias Kumm hovoří o obratu od interpretace⁴⁴ a Frederick Schauer uvádí, že se aplikace pravidel odlišuje od testu proporcionality právě tím, že v ní jde zejména o jazykový výklad právního předpisu, zatímco v případě testu proporcionality se uplatní zejména odlišný typ argumentace.⁴⁵

Tyto závěry lze podle mého názoru sdílet pouze částečně. *Zdůvodňování* při lidskoprávní kolizi bude nepochybně v podstatné míře odlišné než v případě aplikace právních pravidel, současně lze v obou uvedených případech identifikovat obdobnou strukturu *zdůvodňování*, tj. rozlišení na *interní zdůvodňování* (jemuž odpovídá test proporcionality a v případě aplikace pravidel jednoduchý právní sylogismus) a *externí zdůvodňování* (*zdůvodňování* premis vnášených do testu proporcionality či právního sylogismu).

Interpretační metody jsou jedním z nástrojů *externího zdůvodňování*. Proto test proporcionality nemůže interpretační metody nahradit, právě naopak, test proporcionality jejich užití ze své povahy předpokládá. To se projevuje jednak před samotným testem proporcionality, současně i v rámci jeho posledního kroku.

Aby soud k testu proporcionality vůbec přistoupil, musí v konkrétním případě identifikovat lidskoprávní rovinu sporu, tj. musí stanovit, jaká základní práva či jiné ústavní hodnoty se uplatní. Jelikož jsou základní práva zakotvena v několika lidskoprávních katalozích, bude muset systematickým výkladem vyřešit jejich vzájemný vztah. Jelikož jsou katalogy psané, vyjde soud nutně nejprve z textace příslušných ustanovení. Například u tzv. podezřelých kritérií diskriminace musí soud vyložit, co se rozumí „pohlavím“, „náboženstvím“ či „etnickou menšinou“. V případě svobody projevu nebude moci aplikovat čl. 17 Listiny, aniž by vyložil, že daný skutkový stav lze pod výraz „projev“ skutečně podřadit. Totéž platí u shromažďovacího práva (čl. 19), sdružovacího práva (čl. 20) či u práva na vzdělání (čl. 33). A jsou-li základní práva vázána na „občanství“, předpokládá určení nositele základního práva interpretací výrazu občan (dle definice zakotvené v čl. 42). Pokud by soud tyto výrazy nevyložil užitím interpretačních metod, nemohl by test proporcionality užít, neboť by nebylo zřejmé, zda se nějaké lidskoprávní normy vůbec uplatní a zda tyto normy stojí v kolizi.⁴⁶

Interpretační metody budou dále ovlivňovat, jaké premisy se do testu proporcionality vnáší. Zvažuje-li soud při poměrování v posledním kroku abstraktní váhu a intenzitu zásahu/míru naplnění příslušného principu, pak je zcela namístě, aby zohlednil zejména historický výklad (je například žádoucí, aby Spolkový ústavní soud při určení abstraktní váhy lidské důstojnosti zohlednil kontext přijetí Základního zákona SRN) či teleologický výklad (např. aby soud při určení míry naplnění veřejného pořádku určil, jaký účel veřejný pořádek v současné společnosti má a v jaké míře je tento účel naplněn konkrétním opatřením).

⁴³ BÖCKENFÖRDE, E. W. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. *Der Staat*. 1990, Jhrg. 29, Nr. 1, s. 13.

⁴⁴ KUMM, M. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights*. 2010, Vol. 4, No. 2, s. 142–175.

⁴⁵ SCHAUER, F. Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text. In: KLATT, M. (ed.). *Institutionalized Reason*, s. 314–315.

⁴⁶ Jak jsem uvedl, tento článek vychází z Alexyho teorie principů; to implikuje široký rozsah práv, jak je Alexyho teorii mnohdy vytýkáno. Široký rozsah práv však není rozsahem neomezeným. Právě textace lidskoprávních ustanovení a interpretační metody jsou částečným limitem, který z neomezeného rozsahu práv činí právě rozsah široký, tj. nějak omezený.

Shrneme-li, interpretační metody je nezbytné užít jak před testem proporcionality, tak během něj, a to zejména v jeho posledním kroku. Při *zdůvodňování* premis pak má soud spolu s interpretačními metodami užít další nástroje *externího zdůvodňování*, tj. ii) pravidla rozpracovaná rozhodovací praxí, iii) pravidla rozpracovaná právní naukou, iv) morální argumentaci, v) empirickou argumentaci a vi) zvláštní právní argumenty.⁴⁷

3.2 Test proporcionality a subsumpce jako jeho předpoklad

V této části svého článku se pokusím zodpovědět otázku, zda při aplikaci lidskoprávních norem dochází k subsumpci, tj. zda při testu proporcionality (či spíše před ním) dochází k podřazení skutkového stavu pod právní normu.

Vztah testu proporcionality a subsumpce je v české literatuře na rozdíl od jiných aspektů testu proporcionality tematizován spíše více. Mám za to, že závěry zdejších autorů jsou víceméně obdobné a daly by se paušálně shrnout takto: před testem proporcionality je nutné nejprve zkoumat, zda konkrétní jednání lze podřadit pod lidskoprávní normu, nebo nikoli, tj. zda mu lze (tzv. *prima facie*) poskytnout lidskoprávní ochranu.⁴⁸

Se závěrem českých autorů zcela souhlasím. Jelikož je u některých zahraničních autorů sporný, podpořím závěr české právní teorie dvěma dalšími argumenty. Zdrženlivý postoj zahraničních autorů vůči podřazování plyne z široké koncepce základních práv. Typicky Kai Möller chápe základní práva velmi extenzivně; základní práva mají poskytovat (tzv. *prima facie*) ochranu nejrozumnějším jednáním jednotlivců včetně jednání zavrženíhodných.⁴⁹ Dle Möllera by tak prakticky žádná činnost jednotlivce neměla být automaticky vyloučena z lidskoprávní ochrany bez předchozího posouzení testem proporcionality. Zda zavrženíhodným a jiným jednáním nakonec skutečně bude poskytnuta lidskoprávní ochrana, nezáleží na podřazení či nepodřazení pod základní právo, neboť k podřazení dojde prakticky vždy. K neposkytnutí ochrany dojde teprve tehdy, převáží-li jiný kolidující princip v rámci testu proporcionality. Protože má k podřazení dojít téměř u jakýchkoli jednání, nevěnuje Möller problematice podřazování zvláštní pozornost.

Můj první argument pro zařazení subsumpce jakožto jakéhosi nultého kroku testu proporcionality má empiricko-analytickou povahu a je prostý. Principy příkazují, že se má něco realizovat v co nejvyšší možné míře. Toto „něco“ může být svoboda projevu, domovní svoboda, právo na spravedlivý proces, právo na stávku, veřejné zdraví, veřejný pořádek či jiná ústavní hodnota. Každý z principů se může realizovat pouze za určitých skutkových okolností. Právo na spravedlivý proces se bude realizovat v souvislosti s nějakým řízením,

⁴⁷ Souhlasím v tomto směru s M. Šejvlem, že základní práva lze chápat jako „diskurzivní pojem“, kde může nastávat rozumná neshoda, a že typicky abstraktní váha základního práva může záviset na etické teorii, kterou osoba aplikující právo zastává. Slovy tohoto článku (a Alexyho diskurzivní teorie), abstraktní váha závisí na pravidlech externího zdůvodňování, tedy i na nějaké morální argumentaci, kam spadá i argumentace etickou teorií. Přínos testu proporcionality spočívá v tom, že činí explicitním, kde tato neshoda nastává, proč nastává a jaké jsou důvody pro zvolené řešení. Viz ŠEJVL, M. Lidská práva jako diskurzivní pojem. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 4, 473–500.

⁴⁸ ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*, s. 119; MADEJ, M. *Meze základních práv v České republice*. Praha: Leges, 2018, s. 93 an.; ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 190.

⁴⁹ Viz MÖLLER, K. Proportionality and Rights Inflation. In: HUSCROFT, G. – MILLER, B. – WEBBER, G. (eds). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 161–165. Širokou koncepcí základních práv zastávají i R. Alexy a M. Klatt. V české literatuře předložil přehled různých koncepcí a jejich zastánců M. Abel. Viz MADEJ, M. *Meze základních práv v České republice*, s. 41–46.

právo na stávkou v souvislosti se stávkou. Návštěvník hudebního festivalu se nebude moci dovolávat domovní svobody, vstoupí-li do areálu policie. Principy mají omezený okruh svého uplatnění, neuplatní se vždy; v tom se podobají pravidlům. Principy platí tehdy, když se – s ohledem na skutkové okolnosti – uplatnit mohou. Aplikuje-li soud test proporcionality, pak musí nutně zjistit, zda je dán takový skutkový stav, který lze podřadit pod konkrétní základní právo či jinou ústavní hodnotu, nebo nikoli.

Druhý argument má normativní povahu. Domnívám se, že před testem proporcionality má dojít k subsumpci pod základní práva či veřejný zájem i z toho důvodu, že soud musí s příslušnou hodnotou intenzivně pracovat v rámci zbylých kroků testu proporcionality. Jak uvádím výše, test proporcionality nutně předpokládá tzv. *externí zdůvodňování* zejména v posledním kroku, tedy při stanovení abstraktní váhy konkrétního principu či při stanovení intenzity zásahu/důležitosti naplnění konkrétního principu. Má-li být soud s to identifikovat a *zdůvodnit* konkrétní abstraktní váhu principu či intenzitu zásahu do principu s mírou naplnění kolidujícího principu, musí pracovat s principem, který má nějaký obsah, neboť zásah musí být zásahem do „něčeho“ a stejně tak abstraktní váha (důležitost) musí být abstraktní vahou „něčeho“; v opačném případě by podle mého názoru nebylo možné tyto premisy stanovit.⁵⁰ To mne vede k závěru, že by s tímto „něčím“, tedy s principem, který má nějaký obsah, měl soud operovat již před testem proporcionality, když zodpovídá otázku, jaký princip se v konkrétním případě uplatní.

Je-li test proporcionality považován za základní nástroj, jímž má být ospravedlněn zásah do základního práva, neboť vynáší premisy na světlo a vyžaduje jejich další *zdůvodňování*, pak by jeho nedílnou součástí mělo být i *zdůvodňování*, proč se uplatní konkrétní základní právo či ústavní hodnota, tj. proč se test proporcionality vlastně provádí (nebo neprovádí).

V této souvislosti souhlasím s Martinem Abelem, který přesvědčivě argumentuje, že by před testem proporcionality mělo dojít k důslednému zohlednění toho, jak přesně jsou lidskoprávní ustanovení formulována.⁵¹ Obdobně sdílím názor Pavla Ondřejka, že „*prvým krokem při posuzování aplikace určité právní normy je vždy vyřešení otázky, zda skutkový stav spadá pod abstraktně formulovaný text – tedy subsumpce skutkového stavu pod právní normu*“.⁵² Důkladnou argumentaci při určování obsahu základního práva považuje za „velmi dobrý příklad aplikace metody proporcionality“ i Zdeněk Červínek, který ke svému závěru dospívá na základě pečlivé analýzy rozhodovací praxe českého Ústavního soudu.⁵³ Jak jsem uvedl, v české literatuře panuje v této oblasti až pozoruhodná shoda.

3.3 Test proporcionality a subsumpce jako jeho vyústění

Doposud jsem o testu proporcionality hovořil jako o nástroji *zdůvodňování*, který je třeba užít při střetu základních práv či jiných ústavních hodnot. Test proporcionality jsem vyložil jakožto nástroj racionálního a předvídatelného rozhodování lidskoprávních kolizí.

⁵⁰ Například abstraktní váha veřejné bezpečnosti, jež může sloužit jako legitimní cíl pro omezení základních práv, bude nutně závislá na tom, zda jí soud bude rozumět ochranu zdraví, ochranu životů obyvatelstva nebo jakýsi obecný princip, dle kterého je třeba předcházet možnému nebezpečí.

⁵¹ MADEJ, M. *Meze základních práv v České republice*, s. 93 an.

⁵² ONDŘEJKA, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*, s. 119.

⁵³ ČERVÍNEK, Z. *Metoda proporcionality v praxi Ústavního soudu*, s. 190.

Tím se test proporcionality podílí na naplnění zásady právní jistoty a zásady formální spravedlnosti navzdory neurčitosti lidskoprávních norem, neboť zamezuje arbitrárnímu rozhodování prostřednictvím odhalování premis a ukazováním vzájemného vztahu mezi premisami.

Tvrzení, že test proporcionality naplňuje požadavek formální spravedlnosti a právní jistoty, je možné ještě dále posílit, zohledníme-li koncept tzv. derivativních ústavních norem, jak jej popisuje Robert Alexy v *Teorii základních práv* a jak jej dále rozpracovávají někteří z Alexyho žáků.⁵⁴

Myšlenka stojící za derivativními ústavními normami je jednoduchá. Jestliže soud provedl při řešení konkrétního případu test proporcionality, dospěl na základě konkrétního skutkového stavu S k rozhodnutí o přednosti jednoho z poměřovaných principů, což vedlo ke stanovení právního následku R, který z daného principu vyplýval (např. zásah do principu P je za těch a těch okolností protiústavní). Derivativní ústavní norma pak spočívá v zobecnění rozhodnutí, k němuž soud dospěl, pro všechny skutkově obdobné případy.

Výsledkem testu proporcionality tak není pouhé stanovení právního následku v konkrétním případě, nýbrž i stanovení tzv. derivativní normy pro všechny skutkově obdobné případy. V konkrétním případě tak soud neříká pouze to, že ochrana osobnosti má přednost a že žalobci náleží právo na náhradu újmy, nýbrž i to, že právo na náhradu újmy má náležet všem současným či pozdějším žalobcům, u nichž se skutkový stav bude v relevantních ohledech podobat řešenému případu. Právě toto zobecnění právního následku na obdobné případy se nazývá derivativní normou.

Schéma

Formalizované pravidlo	Slovy vyjádřené pravidlo
$\forall x (S(x) \rightarrow R(x))$	<i>Jestliže nastanou skutkové okolnosti S, pak platí právní následek R.</i>

Pravidlo po provedení testu proporcionality stanovuje, že za skutkového stavu S nastává právní následek R. Derivativní ústavní norma má dle Alexyho povahu pravidla, neboť pod ni lze jednoduše subsumovat nový skutkový stav a vyřešit tak případ.⁵⁵

Schéma

Formalizovaná premisa	Slovy vyjádřená premisa
1) $\forall x (S(x) \rightarrow R(x))$	<i>Jestliže nastanou skutkové okolnosti S, pak platí právní následek R.</i>
2) $S_2(a)$	<i>Nastaly skutkové okolnosti S₂.</i>
3) $\forall x (S_2(x) \rightarrow S(x))$	<i>Jestliže nastanou skutkové okolnosti S₂, platí S.⁵⁶</i>
$R(a)$	<i>Platí právní následek R.</i>

⁵⁴ V propracované verzi viz např. WANG, P. H. *Defeasibility in der juristischen Begründung*. Baden-Baden: Nomos, 2003, s. 94.

⁵⁵ ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 54–56.

⁵⁶ Skutkové okolnosti S₂ nového případu se v relevantních ohledech shodují se skutkovým stavem S již řešeného případu.

Koncepci derivativních ústavních norem lze považovat za důsledné uplatnění zásady formální spravedlnosti a právní jistoty při rozhodování o základních právech.

Zohlednění existujících derivativních ústavních norem považují za žádoucí zejména v případech, kdy se soud při obdobném skutkovém případě odchyluje od stávající judikatury, neboť právě v těchto případech by měl s ohledem na zásadu formální spravedlnosti vyjasnit, z jakých důvodů opouští stávající rozhodovací praxi. V tomto ohledu považují povědomí o existenci derivativních norem za důležité.

Velmi skeptický však jsem v případě uplatnění derivativních ústavních norem v opačném případě, tj. v případě, kdy by soud existující derivativní ústavní normu měl pouze následovat. Má-li totiž stěžejní role testu proporcionality spočívat v odhalování premis, vyjasňování vztahu mezi premisami, v limitaci prostřednictvím *externího zdůvodňování* a v nejobecnější rovině i ve strukturaci toho, jak orgány veřejné moci *zdůvodňují* zásahy do základních práv, pak nepovažují za správné, aby měl být lidskoprávní spor vyřešen výlučně poukazem na existující pravidlo. Těžiště případu by se v takovém případě přesunulo na pouhé posouzení podobnosti a soud by nebyl nucen zdůvodňovat premisy, z nichž aplikovaná derivativní norma vyplývá. Takový postup je nežádoucí pro zvýšené riziko svévole, jakož i pro snížení transparentnosti. Třetím důvodem je, že by soud měl v každém konkrétním případě posoudit, zda derivativní ústavní norma (přijata jiným soudem) ob-
stojí, tj. měl by sám přezkoumat premisy, z nichž byla dovozena, a měl by přezkoumat, zda neexistují nové argumenty, které lze pro zdůvodnění premis použít.⁵⁷ Derivativní ústavní norma by tak měla spíše sloužit pouze jako ukazatel směru, jímž se má soud v rámci vlastního *zdůvodňování* prostřednictvím testu proporcionality vydat.

3.4 Test proporcionality a právní sylogismus

Jak jsem uvedl, právní sylogismus je formálním schématem, jež ukazuje vztah mezi premisami (1. premisa: *jestliže A, pak B*; 2. premisa: *A*) a dovozeným právním následkem (platí *B*). Podle mého názoru lze užít právní sylogismus i tehdy, mají-li být aplikovány lidskoprávní normy prostřednictvím testu proporcionality.

Ilustrujme nejprve situaci, kdy by se v konkrétním případě uplatnil pouze jediný ústavní princip, například svoboda projevu (*T*). Tehdy by konkrétnímu projevu měla být poskytnuta ochrana (*R*). Soud by v konkrétním případě podřadil skutkový stav pod lidskoprávní ustanovení a dovedl by právní následek. Právní sylogismus by vypadal následovně:

Právní sylogismus

Formalizovaná premisa	Slovy vyjádřená premisa
$\forall x (T(x) \rightarrow R(x))$	<i>Jestliže se uplatní svoboda projevu, pak má být projevu poskytnuta ochrana.</i>
$T(a)$	<i>Svoboda projevu se v konkrétním případě uplatní.</i>
$R(a)$	<i>Konkrétnímu projevu má být poskytnuta ochrana.</i>

⁵⁷ „Nové argumenty mohou překonat sílu argumentů původních a tím i platnost derivativní ústavní normy.“ Viz ALEXY, R. Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*. 2018, Vol. 16, No. 3, s. 878.

Test proporcionality by v takovém případě nebylo třeba aplikovat, neboť ten je užíván při kolizi lidskoprávních norem. Aby se skutečně jednalo o kolizi, musí soud dospět ke dvěma závěrům. Jednak k tomu, že i) se na konkrétní skutkový stav uplatní alespoň dva odlišné principy, a současně k tomu, že ii) tyto principy stanovují odlišné řešení případu. Dojde-li soud k takovému závěru, pak pochopitelně nemůže vydat kontradiktorní rozhodnutí, jímž by poskytl ochranu oběma právům zároveň, a musí tuto kolizi řešit. Při řešení kolize rozhodne, jaké z odlišných řešení případu upřednostní po zvážení konkrétních skutkových a právních okolností.⁵⁸

V konkrétním případě se například uplatní svoboda projevu (T) a ochrana veřejného pořádku (V). Ze svobody projevu na jedné straně plyne ochrana projevu (znemožňující uložení sankce za příslušný projev), z ochrany veřejného pořádku na straně druhé plyne protiprávnost projevu a možnost jeho postižení. Rozpor mezi přiznáním ochrany projevu a nepřiznáním ochrany projevu je lidskoprávní kolizí, kterou musí soud vyřešit. Soud poskytne konkrétnímu projevu ochranu tehdy, bude-li mít v konkrétním případě přednost svoboda projevu před ochranou veřejného pořádku. To lze vyjádřit následovně:

- 1) *Jestliže se uplatní svoboda projevu (T) a současně ochrana veřejného pořádku (V) a současně má svoboda projevu přednost před ochranou veřejného pořádku (T P V), pak má být projevu poskytnuta ochrana (R).*

Formalizováno:

$$\forall x \{ [T(x) \wedge V(x) \wedge (T P V)(x)] \rightarrow R(x) \}^{59}$$

Test proporcionality se dostává ke slovu tehdy, ptáme-li se, kdy má přednost svoboda projevu před veřejným pořádkem, tj. v konkrétním případě platí (T P V). Test proporcionality prostřednictvím svých tří kroků stanovuje podmínky, při jejichž splnění se upřednostní jedna z kolidujících ústavních hodnot, v tomto případě svoboda projevu. Z testu proporcionality plyne, že svoboda projevu má přednost tehdy, „neobstojí-li“ ospravedlnění zásahu do svobody projevu v jakémkoli z kroků testu proporcionality. To lze vyjádřit následovně:

- 2) *Jestliže omezení svobody projevu není vhodné (–U) k dosažení veřejného pořádku anebo toto omezení není nejšetrnějším způsobem pro naplnění (–W) veřejného pořádku a nebo toto omezení svobody projevu není přiměřené v užším smyslu (–S), platí, že svoboda projevu má přednost před ochranou veřejného pořádku (T P V).*

Formalizováno:

$$\forall x \{ [\neg U(x) \vee \neg W(x) \vee \neg S(x)] \rightarrow (T P V)(x) \}$$

Uvedenými příklady chci ukázat, že se test proporcionality nevymyká právnímu sylogismu, právě naopak, test proporcionality lze do právního sylogismu integrovat. Je tomu tak proto, že test proporcionality slouží ke stanovení podmínek, za kterých se uplatní nějaký právní následek (např. poskytnutí ochrany konkrétnímu projevu). Tyto podmínky

⁵⁸ Vyjádřeno Alexyho terminologií: Soud rozhodne, jaké z „ideálních mětí“ se stane „reálným mětím“. Viz ALEXY, R. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 191–192.

⁵⁹ KOCH, H. J. – RÜBMAN, H. *Juristische Begründungslehre*, s. 97–111, 244.

lze chápat jako rozšíření hypotézy konkrétního právního principu, jejíž splnění vede k právnímu následku (k uplatnění dispozice konkrétního principu).

Vztah právního sylogismu a testu proporcionality lze uchopit tak, že test proporcionality je součástí rozšířeného právního sylogismu, který by zahrnoval i) podřazení pod dvě kolidující základní práva či jiné ústavní hodnoty a ii) test proporcionality. Nejprve má orgán aplikující lidskoprávní normy přistoupit k subsumpci skutkového stavu pod dvě základní práva či jiné ústavní hodnoty. Dojde-li k takovému podřazení a stanovují-li tyto principy odlišné řešení případu, má orgán aplikující lidskoprávní normy přistoupit k aplikaci testu proporcionality, jehož výsledkem je upřednostnění jednoho z kolidujících principů na základě skutkových a právních okolností. Premisy vnášené do testu proporcionality má *zdůvodnit* prostřednictvím *externího zdůvodňování*.

Pokud bychom chtěli vyjádřit prostřednictvím právního sylogismu *zdůvodňování* rozhodnutí lidskoprávní kolize, v níž bude mít přednost právo na svobodu projevu z toho důvodu, že omezení svobody projevu není v konkrétním případě nejšetrnějším nástrojem vůči svobodě projevu, pak by bylo možné postupovat následovně:

Právní sylogismus

Formalizovaná premisa	Slovy vyjádřená premisa
1) $\forall x \{ [T(x) \wedge V(x) \wedge (T \mathbf{P} V)(x)] \rightarrow R(x) \}$	Viz 1) výše.
2) $\forall x \{ [\neg U(x) \vee \neg W(x) \vee \neg S(x)] \rightarrow (T \mathbf{P} V)(x) \}$	Viz 2) výše.
3) $T(a)$	V konkrétním případě se uplatní svoboda projevu.
4) $V(a)$	V konkrétním případě se uplatní ochrana veřejného pořádku.
5) $U(a)$	Omezení svobody projevu je v konkrétním případě vhodné k dosažení veřejného pořádku.
6) $\neg W(a)$	Omezení svobody projevu v konkrétním případě není tím nejšetrnějším nástrojem vůči svobodě projevu.
7) $(T \mathbf{P} V)(a)$	Svoboda projevu má v konkrétním případě přednost před ochranou veřejného pořádku [z premis 2), 6)].
$R(a)$	V konkrétním případě má být poskytnuta ochrana svobodě projevu [z premis 1) – 7)].

Zakomponování testu proporcionality do právního sylogismu zdůrazňuje tři zásadní vlastnosti testu proporcionality. Za prvé, vynáší na světlo skryté premisy. Za druhé, vyjadřuje vztahy mezi premisami. Za třetí, ukazuje nutnost dalšího (*externího*) *zdůvodňování* premis.⁶⁰

⁶⁰ V právním sylogismu uvedeném výše by bylo třeba externě zdůvodnit zejména premisy č. 3), 4) a 6).

Závěr

Článek představuje alternativní přístup k aplikaci práva, který je charakteristický pro Alexyho diskurzivní teorii. Základní distinkcí tohoto přístupu je rozlišení dvou různých aspektů aplikace práva: *nalézání* a *zdůvodňování rozhodnutí*.

První tezí tohoto článku je, že striktní rozlišení *nalézání* a *zdůvodňování rozhodnutí* umožňuje vhodněji popsat roli testu proporcionality, právního sylogismu, subsumpce či metod interpretace, kterou tyto nástroje při aplikaci práva zastávají. Uvedené nástroje jsem představil jako metody *zdůvodňování*, nikoliv *nalézání rozhodnutí*.

Druhá teze článku se týká testu proporcionality a jeho role při *zdůvodňování rozhodnutí*. Test proporcionality je nástrojem *zdůvodňování*. Když odpůrci testu proporcionality namítají, že ve skutečnosti není užíván a že je příliš schematický, opomíjí tím jeho roli. Test proporcionality není popisem. Jde o metodu, jejímž prostřednictvím se skutečná aplikace práva „poměřuje“ a hodnotí. Jakožto nástroj tzv. *interního zdůvodňování* vynáší na světlo mnohdy implicitní premisy rozhodnutí, jejichž další (tzv. *externí*) *zdůvodňování* tím test proporcionality „vyžaduje“ po orgánu aplikujícím právo.

Poslední teze se týká nástrojů aplikace práva (test proporcionality, právní sylogismus, subsumpce a metody interpretace) a vztahům mezi nimi; test proporcionality je součástí právního sylogismu (v širším smyslu), vyžaduje subsumpci, ústí v subsumpci a ze své povahy nutně předpokládá užití tradičních metod interpretace a další *externí zdůvodňování*.

Proportionality Test as Instrument of Justification, not Discovery

Tomáš Koref (<https://orcid.org/0000-0002-9634-3272>)

Abstract: Triumphant technique. Destructive nihilism. Cutting-edge topic. The scholarship describes the proportionality test in various ways and, undoubtedly, does so frequently. Nonetheless, discussion of how the proportionality test stands within legal methodology remains rather underrepresented. In particular, it is not clear how the proportionality test relates to traditional methods of interpretation, to subsumption and to legal syllogism. Does the proportionality test replace these tools? Does it complement them? And what role does it play in the application of the law? The article addresses these questions. First, I complement a traditional Czech legal scholarship by distinguishing two different contexts of the application of law: discovery and justification. In this context, I describe the proportionality test as an instrument of so-called internal justification which requires further external justification by its very nature (especially external justification by traditional methods of interpretation, case-law and legal doctrine). Third, I show that the proportionality test can be integrated into a legal syllogism and that the proportionality test both requires the subsumption and results in the subsumption. The article is analytical and normative. As analytically based, the article illuminates the role and status of the proportionality test. The normative dimension of the article is directed towards legal practice and can be summarized in one essential claim: the proportionality test cannot be used without other tools of the application of law, especially without subsumption and traditional methods of interpretation.

Keywords: proportionality test, legal methodology, subsumption, legal syllogism, application of law