

ZROD A UTVÁŘENÍ PRINCIPU PROPORCIONALITY V POVÁLEČNÉM NĚMECKÉM ÚSTAVNÍM PRÁVU*

PAVEL ONDŘEJEK

**Abstract: The Birth and Formation of the Proportionality Principle
in the Post-War German Constitutional Law**

The principle of proportionality which emerged in post-war German jurisprudence and case-law of German courts followed some older theories and ideas, such as the necessity principle known from the Prussian administrative law since the 18th century or German school of legal sociology. The main impetus for the development of contemporary form of the proportionality principle is described by the author of this article as post-war German constitutional doctrine with its conception of a constitution as an “objective order of values”. This idea of constitution is connected with fundamental rights protection and material, not only formal, conception of state governed by law. Due to the broad protection of fundamental rights there was necessary to elaborate a method of finding constitutional limits of these rights in a democratic society. The main reasons for the formation of the doctrine of proportionality were theories of direct binding force of constitution and of its unity. The main aim of this article is to illustrate that the principle of proportionality was not formed in the German constitutional law in one moment. Namely in the 1960th there existed various alternative conceptions to the proportionality principle (the article mentions prohibition of over-inclusive regulation – *Übermaßverbot* – by *Peter Lerche* and the principle of practical concordance – *praktische Konkordanz* – by *Konrad Hesse*). The principle of proportionality became due to the gradual formation in case-law of German courts – in particular the Federal Constitutional Court – one of the most important method of contemporary constitutional argumentation. It is however relatively modern principle, in comparison with conceptions such as democracy, sovereignty or rule of law. Despite this fact it is in my opinion important to deal with the circumstances of its birth and reasons for its wide application in the German constitutional law.

Key words: human rights, principle of proportionality, practical concordance, constitutional argumentation, post-war German constitutional law

Klíčová slova: lidská práva, princip proporcionality, praktická konkordance, ústavněprávní argumentace, poválečné německé ústavní právo

* Tento článek vznikl v rámci grantového projektu Grantové agentury České republiky č. P408/10/1599 s názvem Metodologie interpretace práva jako záruka právní jistoty v soudobém demokratickém právním státě. Článek vychází z části disertační práce obhájené na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze. Autor na tomto místě děkuje zejména školiteli prof. JUDr. Aleši Gerlochovi, CSc, a dále oponentům disertační práce – prof. JUDr. Pavlu Holländerovi, DrSc., a prof. JUDr. Alexandru Bröstlovi, CSc. – za řadu podnětných připomínek. Veškeré chyby jdou na vrub autora.

I poté, co se lidská práva stala součástí ústavních řádů demokratických států, jsou s jejich konkrétním naplňováním spojeny nemalé obtíže.¹ Spolu s tím, jak roste význam základních práv v aplikační praxi, roste i potřeba hledání adekvátní metodologie, jakým způsobem řešit kolize základních práv navzájem, anebo kolize základního práva a ústavně chráněného veřejného zájmu.

K historicky nejstarším metodám řešení těchto konfliktů v ústavním právu náleží tzv. kategorizace. Ta vyžaduje posouzení, pod jakou kategorií, v našem případě rozsah věcné působnosti základního práva anebo veřejného zájmu, je možné danou skutkovou situaci podřadit.² Pokud existují jasně dané a ohraničené kategorie, lze velmi úspěšně předvídat soudní rozhodnutí, byť by se mohlo jednat o obtížný ústavněprávní spor. Výhoda uvažování o základních právech a jiných veřejných zájmech v předem daných kategoriích se však může změnit v nevýhodu, pokud se objeví případ, který jednoznačně pod žádnou z dosud přijímaných kategorií nespadá.

V takovýchto případech vystupuje do popředí podstata rozhodování o konfliktech mezi základními právy a veřejnými zájmy, kterou lze spatřovat v kolizi navzájem nesusměřitelných a neredukovatelných hodnot (např. svobody a rovnosti, svobody a bezpečnosti, atd.).³

Novější metoda řešení konfliktů a omezení základních práv v ústavním právu z této teze vychází. Nazývá se princip proporcionality a v posledních letech ji lze označit za dominující vzhledem k tomu, že se rozšířila ze Spolkové republiky Německo, kde vznikla, do ostatních evropských zemí a s výjimkou Spojených států amerických je uznávána v řadě dalších právních řádů.⁴ Výhodou této ústavněprávní argumentační metody je maximální zohlednění kontextu, zejména skutkových okolností, daného případu.

¹ BOBBIO, Norberto: *The Age of Rights*. Cambridge, Malden: Polity Press, 1996 (překl. Allan CAMERON, orig.: *L'età dei diritti*. Giulio Einaudi 1990), s. 10.

² K této metodě viz např. ONDŘEJEK, Pavel: Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv. In: ANTOŠ, Marek – WINTR, Jan (eds.): *Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, s. 164–173.

³ K tezi o pluralitě a neredukovatelnosti principů, potažmo základních práv, viz podrobněji HOLLÄNDER, Pavel: Asymetrie základních práv a svobod a základních povinností. In: POSPÍŠIL, Ivo – WAGNEROVÁ, Eliška: *Vladimír Klokočka. Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009, s. 53 a násl. Prof. Holländer zde poukazuje zejména na dílo I. Berlina: BERLIN, Isaiah: Čtyři eseje o svobodě. Praha: Prostor, 1999 (překl. Martin POKORNÝ, orig. *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, 1988), s. 59 a násl.

⁴ Rozšíření principu proporcionality je rovněž velmi přehledně zpracováno v monografii A. Baraka, dosud patrně nekomplexnějším zpracování tématu aplikace principu proporcionality v ústavním právu – viz BARAK, Aharon: *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012 (překl. Doron KALIR, hebrejský orig.: Nevo Publishing, 2010), s. 180 a násl. Související problematika vlivu právní kultury na aplikaci principu proporcionality je věnována rozsahem menší práce COHEN-ELIYA, Moshe – PORAT, Iddo: *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Téma principu proporcionality jsem rozpracoval v několika samostatných pracích,⁵ doposud nejkompexněji jsem mu věnoval v samostatné monografii, kde jsem se rovněž zabýval jeho vývojem v německém ústavním právu.⁶

Vzhledem k tomu, že pro pochopení struktury a správné aplikace principu proporcionality je otázka zrodu a utváření této moderní metody ústavněprávní argumentace významná, považoval jsem za potřebné se k tomuto tématu vrátit a rozpracovat jej podrobněji než ve výše uvedených pracích.

V prvé části bude poukázáno na předchůdce poválečného principu proporcionality, kterým byla doktrína nezbytnosti zásahů státu do práv jednotlivců v pruské přirozeno-právní vědě 18. století.

V další části uvedu hlavní doktrinární zdroje principu proporcionality, tedy poválečná díla německých konstitucionalistů. Zde se zaměřím na díla *R. von Krausse*, jež jako první ve své disertační práci systematictěji popsal princip proporcionality, a dále *P. Lercheho*, který doktrínu obohatil o zásadu zákazu nadměrných zásahů do základních práv (tzv. *Übermaßverbot*). Konečně zmíním i konkurující koncepci řešení kolizí základních práv, kterou je tzv. princip praktické konkordance, interpretační metoda popisovaná v díle *K. Hesseho*.

V závěrečné části se budu věnovat judičiální reflexi principu proporcionality v judikatuře Spolkového ústavního soudu, zejména v době jejího utváření.

1. PRUSKÉ POLICEJNÍ PRÁVO V 18. A 19. STOLETÍ A PRINCIP NEZBYTNOSTI

Za bezprostředního předchůdce principu proporcionality, který se zrodil v německé ústavní praxi po druhé světové válce, je považována současnými autory doktrína, která vznikla v pruské osvícenské právní vědě v 18. století a je odbornou literaturou označována jako zásada nezbytnosti zásahu orgánu státní moci do auto-

⁵ Viz zejm. 25. kapitolu monografie: GERLOCH, Aleš – ŠTURMA, Pavel a kol.: *Ochrana základních práv a svobod na počátku 21. století v českém, evropském a mezinárodním kontextu*. Praha: Auditorium, 2011, s. 261–269, s názvem Intenzita přezkumu základních práv a svobod v ústavním právu; ONDŘEJEK, Pavel: Proporcionalita versus kategorizace: modely řešení kolize vlastnického práva a vybraných politických práv. In: ANTOŠ, Marek – WINTŘ, Jan (eds.): *Volby, demokracie, politické svobody*. Praha: Leges, 2010, s. 164–173; ONDŘEJEK, Pavel: Kolize základních práv a ústavní soudnictví. Teoretické modely a případová studie novely trestního řádu č. 52/2009 Sb. In: KYSELA, Jan – WINTŘ, Jan (eds.): *Pocta doktoru Marku Antošovi k 30. narozeninám*. Praha: nákladem vlastním, 2009, s. 65–72. ONDŘEJEK, Pavel: Princip proporcionality a další modely řešení kolizí základních práv. *Jurisprudence*, 2012, č. 1, s. 13–21. ONDŘEJEK, Pavel: Limitations of Fundamental Rights in the Czech Republic and the Role of the Principle of Proportionality. *European Public Law*, 2014, roč. 20, č. 3, s. 451–466.

⁶ ONDŘEJEK, Pavel: *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, zejm. s. 136–153.

mie jednotlivce.⁷ Tento princip byl utvářen jako jeden z principů tzv. policejního práva (*Polizeirecht*), které přibližně odpovídalo dnešnímu právu správnímu.⁸

I v starší minulosti však můžeme nalézt různé odkazy na přiměřenost v právu v rozhodovací praxi, právních spisech, sbírkách zpráv o sporných právních otázkách (*Weistümer*), atd.⁹ *Franz Wieacker* v této souvislosti hovoří o prehistorii principu proporcionality (*Vorgeschichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips*).¹⁰

Pruská právní věda navazovala na významné představitele přirozenoprávní doktríny. K nim patřil *Samuel Pufendorf*, který na konci 17. století uvažoval mimo jiné o povinnostech vládců ve vztahu k vydávání zákonů. Ty by podle *Pufendorfa* měly být jasné a jednoduché a zejména by neměly přesahovat počet, který je nezbytný k dosažení Dobra pro republiku a její obyvatele.¹¹ V této myšlence lze nalézt mimo jiné požadavek na omezení povinností vyplývajících z aktů suveréna nad určitou mez, která je charakterizována jako dosahování Dobra pro celou společnost. Skutečný pokrok při sledování limitů moci suveréna však lze spatřovat až spolu s uznáním individuálních práv jednotlivců.

V 18. století, téměř o sto let později od vydání nejvýznamnějšího *Pufendorfova* díla, se významný pruský autor *Carl Gottlieb Svarez* zabýval otázkou, do jaké míry je ospravedlnitelný zásah státní moci do autonomní sféry jednotlivce.¹² Základní zásadou veřejného práva byla podle *Svareze* maxima, že „stát může omezovat svobodu jednotlivce *pouze* do té míry, pokud je to nezbytné k zachování svobod a jistoty ostatních.“¹³

Svarez měl následně významný vliv na tvorbě Všeobecného pruského občanského zákoníku (APLR) z roku 1794, podle jehož článku 10 odst. 2: „police vykonává *nezbytná* opatření k udržování veřejného míru, bezpečnosti a pořádku“.¹⁴ Limity správní činnosti tak nebyly nastaveny pouze pomocí cílů, ke kterým určitá činnost směřovala (jako např. veřejná bezpečnost, pořádek, atd.), nýbrž rovněž pomocí prostředků, jak

⁷ Např. SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law*. London: Sweet and Maxwell, 1992, s. 685. HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen: Otto Schwartz Verlag & Co., 1981, s. 2.

⁸ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 1994, roč. 47, s. 98.

⁹ WIEACKER, Franz: Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung. In: LUTTER, Marcus – STIMPEL, Walter – WIEDEMANN, Herbert: *Festschrift für Robert Fischer*. Berlin, New York: de Gruyter, 1979, s. 874.

¹⁰ *Ibid.* V podobném duchu lze hovořit o předchůdcích lidských práv. Ty se ve své současné podobě objevují až v revolučním úsilí v průběhu 18. století, přesto určité ideové zdroje těchto práv vnímáme již v dílech antických myslitelů. *Klaus Stern* v této souvislosti hovoří o formách předcházejících lidským právům (*Vorformen der Grundrechte*) – STERN, Klaus a kol.: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, svazek III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. Mnichov: C. H. Beck, 1988, s. 57 a násl.

¹¹ PUFENDORF, Samuel: *The Whole Duty of Man According to the Law of Nature*. London, 1691 (překl. Andrew TOOKE, orig. *De officio hominis et civis*, 1673, reprint v edici Liberty fund, Indianapolis, 2003), s. 216.

¹² STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 98–99.

¹³ Von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*. Hamburg: Kommissionverlang Ludwig Appel, 1955, s. 3–4.

¹⁴ PORAT, Iddo, COHEN-ELIYA, Moshe: American balancing and German proportionality: The historical origins. *International Journal of Constitutional Law*, 2010, roč. 8, č. 2, s. 271. Podle autorů se jedná o první základ principu proporcionality v textu právního předpisu. Viz též HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 3.

těchto cílů dosahovat. Jakýkoliv zásah ze strany orgánu veřejné moci, byť by byl veden i legitimním cílem, tedy nemusel nutně být považován za legální, pokud současně nesplňoval podmínku nezbytnosti. Jinými slovy nesměly existovat jiné prostředky, které by stejného cíle dosáhly při menším omezení práv osob. *Svarezy* myšlenky odrážely tehdejší pojetí přirozeného práva,¹⁵ není proto divu, že další rozvíjení principu nezbytnosti se neslo v duchu liberálních představ o nutnosti zachování práv a svobod člověka.

Proponentem podobných úvah byl i *Günther Heinrich von Berg*, který je odbornou literaturou zmiňován jako první autor, jež popisoval dvě složky současného principu proporcionality – test vhodnosti a nezbytnosti.¹⁶ Tým autor je považován *M. Jakobsem* za prvního německého autora, který používal termín „proporcionalita“.¹⁷

Další významný autor *Otto Mayer* chápal princip proporcionality jako jednu z podmínek omezení policejní (tj. správní) moci. V prvním svazku svého díla „*Deutsches Verwaltungsrecht*“ popisuje přiměřenost v rámci správní činnosti takto: „Zásady přirozeného práva vyžadují přiměřenost zásahu, čímž zabezpečují určitá omezení policejní pravomoci.“¹⁸ *L. Hirschberg* považuje *O. Mayera* za zakladatele současné zásady potřeby, tedy té složky principu proporcionality, která vyžaduje co možná nejmírnější prostředek k naplnění cíle sledovaného určitou úpravou.¹⁹

I. Porat a *M. Cohen-Eliya* hovoří v této souvislosti o principu nezbytnosti jako o důležité součásti koncepce právního státu (*Rechtsstaat*). Koncepci právního státu chápou mnozí rovněž jako základ současného pojetí principu proporcionality v ústavním právu SRN a tuto tezi nalezneme i v rozhodnutích Spolkového ústavního soudu.²⁰ Jak v případě principu nezbytnosti, tak v případě principu proporcionality se však jedná o širší než pouhé formální pojetí právního státu, podle něhož je kritériem zásahu do základních práv princip legality.²¹ Princip nezbytnosti rozvíjí zásadu zákonnosti o další důležitou podmínku.²² Zásah do práv tedy nestačí ospravedlnit pouze zákonným podkladem, musí být rovněž nezbytný k dosažení svého cíle.

Princip nezbytnosti a jeho roli v pruském právu nelze popisovat pouze na základě spisů tehdejších myslitelů, případně z hlediska zakotvení v tehdejších kodexech. Je potřeba rovněž pohlédnout na aplikaci tohoto principu soudy. Zde je nutné zdůraznit, že teoretické myšlenky *Svareze*, *von Berga* a dalších, stejně jako zakotvení principu nezbytnosti v APLR, neznamenaly, že by již v 18. století docházelo k soudnímu přezkumu správních rozhodnutí; k tomu dochází až o mnoho desetiletí později, zejména

¹⁵ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 98.

¹⁶ Ibid., s. 99. A. Stone Sweet a J. Mathews však připomínají, že von Bergovy názory neznamenaly, že by disproporcionální rozhodnutí muselo být zároveň nelegálním omezením základních práv, jehož ilegality by bylo možné deklarovat soudem. Původní smysl principu proporcionality tak byl pouze v „interní“ směrnicí pro legislativní tvorbu práva.

¹⁷ JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1985, s. 2.

¹⁸ Ibid., s. 4.

¹⁹ HIRSCHBERG: Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 4.

²⁰ Ibid., s. 1.

²¹ K tomuto pojetí viz např. GERLOCH, Aleš: *Teorie práva*. 6. vyd., Plzeň: Aleš Čeněk, 2013, s. 200.

²² PORAT, Iddo – COHEN-ELIYA, Moshe: American balancing and German proportionality..., s. 272.

v souvislosti se založením pruského Vrchního správního soudu – *Oberverwaltungsgericht* v roce 1875.²³

V pruském správním soudnictví se princip nezbytnosti stal jedním ze základních principů správního práva. Prvním a nejcitovanějším z řady rozhodnutí pruského Vrchního správního soudu byl případ *Kreuzberg* z roku 1882, v němž tento soud zrušil nařízení města Berlína, zabraňující ve výstavbě budov, které by bránily výhledu na kulturní památky. Takovéto nařízení by totiž podle soudu muselo být nezbytné k dosažení některého z legitimních cílů stanovených zákonem, mezi něž nepatří estetické cítění.²⁴

Na konci 19. století se v souvislosti s konstantní judikaturou správních soudů hovoří již o podmínce nezbytnosti zásahů do základních práv.²⁵ Zatímco teoretikové správního práva ve svých pracích často zmiňují přirozenoprávní základ principu proporcionality, tak jak jej nacházíme například u *Svareze*, praxe správních soudů byla ovládána spíše formalistickým, pozitivistickým přístupem k právu.²⁶

V první polovině 20. století získala tato zásada podrobnější legislativní vyjádření v zákoně o pruské policejní správě (*Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz*) z roku 1931. Příslušné ustanovení § 41 odst. 2 znělo: „Pokud k odstranění narušení veřejné bezpečnosti nebo pořádku nebo k účinné obraně před nebezpečím pro správu přichází v úvahu více prostředků, postačí, pokud správní orgán určí jeden z nich. V takovém případě je však bezpodmínečně nutné volit takový prostředek, aby veřejnost či dotčené osoby byly dotčeny co nejméně. Dotčeným osobám je dovoleno navrhnout, aby byl zvolen jiný nabízený prostředek, kterým se stejně účinně odvrací nebezpečí.“²⁷

2. VZNIK DOKTRÍNY PROPORCIONALITY PO DRUHÉ SVĚTOVÉ VÁLCE

Přestože chápání lidských práv jako základů ústavnosti se objevuje v pracích některých německých autorů ještě před nástupem nacismu k moci,²⁸ o doktrinárním utváření principu proporcionality lze hovořit až po skončení druhé světové války.

Vedle již zmíněné tradice pruské policejní vědy a správního soudnictví zdůrazňující liberální hodnoty je druhým základním zdrojem současného principu proporcionality v SRN koncepce ústavy jakožto objektivního řádu hodnot, v němž hrají ústřední úlohu základní práva. Podle *E.-W. Böckenfördeho*, který se v německé literatuře poprvé de-

²³ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 100.

²⁴ Rozhodnutí z 14. června 1882, Sbíрка rozhodnutí Vrchního správního soudu Pruska, sv. 9, 1882, s. 353 a násled., cit. dle: PORAT, Iddo – COHEN-ELYIA, Moshe: American balancing and German proportionality..., s. 271.

²⁵ Množství soudních rozhodnutí německých soudů zmiňují J. Schwarze – viz SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law*..., s. 686 či L. Hirschberg – HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 4.

²⁶ PORAT, Iddo – COHEN-ELYIA, Moshe: American balancing and German proportionality..., s. 273–274.

²⁷ Cit. dle: HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 5.

²⁸ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 102–103. Autoři zmiňují např. R. Smenda, G. Leibholze, budoucí vůdčí postavy poválečného ústavního práva SRN.

tailněji věnoval různým teoriím lidských práv,²⁹ je hodnotová teorie lidských práv úzce spjata s teorií poměrování a principem proporcionality.³⁰ Chápání lidských práv jakožto hodnot způsobilých kolize vychází z díla R. Smenda, který akcentoval pojetí lidských práv nikoliv jako práv subjektivních, nýbrž jako norem objektivního práva, z čehož dovozoval široké účinky těchto práv v celém právním řádu.³¹

Nově koncipované hodnoty ústavního práva se přitom často dostávaly do konfliktu, přičemž požadavek pojmání ústavy jakožto řádu hodnot vylučoval absolutní preferování jedné z nich na úkor jiné. Jakékoliv individuální lidské právo nebo veřejný zájem jsou tudíž vnímány jako součást jednoho řádu hodnot.³²

Takovéto pojetí přímo vybízí k hledání metod řešení konfliktů mezi kolidujícími hodnotami v podobě základních práv a veřejných zájmů. Aplikace principu proporcionality v této situaci je pak logickým důsledkem hodnotové teorie lidských práv. Otázkou ovšem je, zda princip proporcionality uspěje i při liberálním pohledu na lidská práva, který se v judikatuře Spolkového ústavního soudu rovněž silně prosazoval.

Právě nerespektování specifické povahy lidských práv a jejich „snižování“ na úroveň ostatních zájmů je předmětem řady kritik používání tohoto principu v ústavním právu. J. Habermas k tomuto nebezpečí výstižně uvádí, že při aplikaci lidských práv jakožto ústavních hodnot způsobilých poměrování s libovolnou jinou ústavní hodnotou se ztrácí jejich normativní charakter. Prakticky kterýkoliv jiný zájem pak může převážit nad lidským právem, které je degradováno na jeden z mnoha společenských zájmů.³³

Odkaz na doktrinární základy poválečného principu proporcionality je třeba doplnit o inspirace staršími pracemi německých právních sociologů. Právní sociologie sice nenašla odraz v převážně pozitivisticky laděné judikatuře předválečných německých soudů, avšak po válce některým dílům nelze upřít vliv na formování principu proporcionality.

Na prvním místě je třeba zmínit R. von Jheringa a jeho pojetí účelů v právu a jejich konfliktů.³⁴ Kromě toho je významná i škola zájmové jurisprudence (*Interessenjurisprudenz*), jejímž představitelem byl P. Heck, E. Stampe, M. Rümelin aj.³⁵ Svým úsilím o vyplňování mezer v právu prostřednictvím analýzy zájmů se tato škola podstatným způsobem odlišovala od školy pojmové jurisprudence.³⁶ Právě aplikace kolidujících zájmů jako řešení právních problémů je metodologicky podobná poměrování kolidujících

²⁹ STERN, Klaus: Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In: ISENSEE, Josef – KIRCHHOF, Paul (eds.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Juristische Verlag, 2000, s. 58.

³⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie and zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, s. 129 a násl.

³¹ *Ibid.*, s. 130.

³² EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative Study*. London: Kluwer Law International, 1996, s. 19.

³³ HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2001 (překlad William REHG, orig. *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986), s. 258.

³⁴ SCHWARZE, Jürgen: *European Administrative Law...*, s. 679.

³⁵ BOMHOFF, Jacco: Genealogies of Balancing as Discourse. *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, roč. 4, č. 1, s. 126.

³⁶ *Ibid.*

práv a hodnot, přestože zásadní rozdíl obou těchto přístupů spočívá v pojetí pramene práva.

3. POMĚŘOVÁNÍ (ERMESSEN) V DÍLE RUPPRECHTA VON KRAUSSE

Ačkoliv se pojem principu proporcionality (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) v německé právní vědě ojediněle vyskytoval, poválečná právní teorie i soudní praxe používaly tento pojem namísto starší zásady nezbytnosti.³⁷ Impulzem k odlišení principu proporcionality v užším slova smyslu a principu nezbytnosti byly dle *L. Hirschberga* nové zákony z oblasti správního práva přijaté na počátku 50. let 20. století v některých spolkových zemích, které již rozvíjejí princip nezbytnosti o nutnost poměrování cílů a prostředků veřejné regulace.³⁸

První podrobnější rozpracování nově se formulujícího principu proporcionality v německém veřejném právu popisuje ve své disertační práci z roku 1953 vydané knižně o dva roky později *R. von Krauss*. V ní rozvíjí zejména třetí složku principu proporcionality (princip proporcionality v užším slova smyslu,³⁹ kterou v dalším textu nazývá rovněž obecněji *Ermessen* – poměrování).⁴⁰

Podle tohoto autora nelze v ústavním právu vystačit pouze s principem nezbytnosti, neboť kdyby se jednalo o konečný prostředek záruky ústavnosti, poté by i podstatný zásah do základního práva musel být strpěn za účelem ochrany třeba jen nevýznamného veřejného zájmu, pokud by tento zásah byl nezbytný.⁴¹

Lze tedy shrnout, že z terminologického hlediska *R. von Krauss* rozlišuje obecný princip proporcionality, nazývaný též principem proporcionality v širším slova smyslu, který zahrnuje dvě složky: princip nezbytnosti, který již není chápán jako samostatný princip, a princip proporcionality v užším slova smyslu.⁴²

Na základě tohoto popisu principu proporcionality (v širším slova smyslu) popisuje *R. von Krauss* disproporcionální úpravu následovně: „Určitá úprava je disproporcionální za předpokladu, že od jednotlivců požaduje k dosažení svého cíle více, než je bezpodmínečně nutné, a zároveň toto nezbytné omezení svobody není beze vztahu k prosazení užítku pro společnost, anebo, vyjádřeno negativně, určitý akt je neproporcionální, když požaduje více, než je absolutně nezbytné, nebo omezení jednotlivce stojí v nápadném nepoměru (v orig. – auffälligen Mißverhältnis) k prospěchu pro celou společnost.“⁴³

³⁷ HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 10 a násl.

³⁸ Ibid., s. 13.

³⁹ Von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*..., s. 15.

⁴⁰ Ibid., s. 53.

⁴¹ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*..., s. 105.

⁴² Von KRAUSS, Rupprecht: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*..., s. 18.

⁴³ Ibid. (zvýrazněno v originálu).

Za jeden z nejdůležitějších argumentů ve prospěch principu proporcionality mohou být považovány myšlenky vztahující se k principům nové německé ústavy – Základního zákona z roku 1949. Jedním z odklonů od výmarské ústavy patří důraz na lidské svobody, které dle *R. von Krausse* nemohou být libovolně omezovány, a to ani zákonem. Výstižně je to popsáno dvojicí výroků: zatímco v předválečném Německu platila teze, že svoboda je garantována podle zákona, nyní platí opak: zákony jsou tvořeny tak, aby odpovídaly garantovaným svobodám.⁴⁴ Pokud však v ústavě takto vyzdvihneme svobody, bylo by podle *von Krausse* sporné, kdyby stát umožňoval omezování svobod ve větší míře, než je absolutně nezbytné.⁴⁵

Tyto myšlenky bychom mohli považovat na svou dobu za průkopnické. Podobné argumenty použil o mnoho let později *R. Alexy* v jednom z nevlivnějších děl zabývajících se principem proporcionality, když konstruoval nutné propojení principu proporcionality a teorie základních práv.⁴⁶

4. PETER LERCHE A ZÁKAZ NADMĚRNÝCH ZÁSAHŮ (ÜBERMASSVERBOT)

V roce 1961 publikoval *P. Lerche* svou disertační práci, jejímž předmětem byl popis protiústavních důsledků takové regulace, která z důvodu své široké působnosti zasahuje přespříliš do základních práv.⁴⁷ Zákaz takovéto úpravy (v originálu *Übermaßverbot*) nevycházel z dosavadní terminologie v pracích týkajících se principu proporcionality, nicméně je zřejmé, že *P. Lerche* usiloval o aplikaci podobných kritérií, jako v případě principu proporcionality. Pojem „*Übermaßverbot*“ u *P. Lercheho* totiž zahrnoval stejné složky jako princip proporcionality v širším slova smyslu u *R. von Krausse*: test nezbytnosti a test proporcionality v užším slova smyslu.⁴⁸

Princip zákazu nadměrných zásahů je podle *P. Lercheho* popisován jako jeden z ústředních ústavněprávních principů vedle příkazu k rovnému zacházení (*Gleichheitsgebot*), určitosti (*Bestimmtheit*) a vhodnosti (*Geeignetheit*).⁴⁹

Základní rozdíl *Lercheho* metodologie oproti modernímu třístuňovému testu proporcionality lze spatřovat v oddělení zásady vhodnosti a nadměrnosti zásahů, kdy posouzení kritéria vhodnosti právní úpravy podle *Lercheho* předchází posouzení, zda úprava není příliš široká, a tím disproporční.⁵⁰ V současnosti bývá princip vhodnosti

⁴⁴ Ibid., s. 25.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 105. Jedná se o monografii: ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002 (překl. Julian RIVERS, orig.: *Theorie der Grundrechte*. 3. vyd. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986).

⁴⁷ KIRCHHOF, Paul: Gleichmass und Übermass. In: BADURA, Peter – SCHOLZ, Rupert (eds.): *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1993, s. 133.

⁴⁸ HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*..., s. 18.

⁴⁹ Ibid., s. 585.

⁵⁰ IPSEN, Jörn: *Staatsrecht II. Grundrechte*. 12. vyd. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2009, s. 48.

aplikován v rámci testu proporcionality jako jeho první složka, neboť jeho porušení představuje typický příklad disproporční úpravy. Je totiž zřejmé, že pokud určitá úprava není způsobilá naplnit cíl, který sleduje, není rovněž možné, aby byla posouzena jako přiměřená při poměrování v kolizi stojících práv a hodnot.⁵¹

Lerche se na rozdíl od *von Krausse* dále ve své práci zabývá přesnějším vztahem mezi testem nezbytnosti a poměrování. Dovojuje přitom, že bez poměrování by princip nezbytnosti neměl význam, neboť „jakékoliv opatření omezující základní práva by mohlo být považováno za nezbytné, pokud by účel, kterému má sloužit, byl definován dostatečně široce.“⁵²

Jak již bylo naznačeno výše, přes některé teoretické rozdíly ve struktuře současně pojímaného principu proporcionality a zákazu nadměrných zásahů podle *P. Lercheho* se ve výsledku tyto principy v zásadě neliší. Ostatně od počátku popisování obou těchto principů existovaly nejasnosti ohledně jejich struktury a složek.⁵³ Počátkem 80. let minulého století shrnuje tuto terminologickou nejednotnost *L. Hirschberg*. Pojem princip proporcionality používá odborná literatura a soudní praxe v trojím významu: buď jako princip proporcionality v užším slova smyslu (poměrování), nebo v širším slova smyslu (zahrnující i další kritéria), anebo jako synonymum principu nezbytnosti.

Zákaz příliš omezující úpravy (*Übermaßverbot*) se vyskytoval dokonce ve čtyřech různých významech: jako synonymum principu nezbytnosti, proporcionality v užším slova smyslu, jako zastřešující pojem k principům vhodnosti, potřebnosti a proporcionality stricto sensu (tedy jako synonymum principu proporcionality v širším slova smyslu), a konečně jako zastřešující pojem k principům potřebnosti a proporcionality stricto sensu.⁵⁴

Možná z výše uvedených důvodů bývá dodnes zákaz příliš omezující úpravy (*Übermaßverbot*) považován za specifický případ disproporcionální úpravy.⁵⁵ Někteří autoři princip zákazu nadměrných zásahů považují nadále za zastřešující pojem, zahrnující jak princip proporcionality v užším slova smyslu, tak i principy vhodnosti a potřebnosti.⁵⁶

⁵¹ ONDŘEJEK, Pavel: *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod...*, s. 109.

⁵² LERCHE, Peter: *Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung der Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. Köln: Heymanns, 1961, s. 20, cit. dle: STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism...*, s. 106.

⁵³ Srov. JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*, s. 8 a násl.

⁵⁴ HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit...*, s. 21–22.

⁵⁵ Princip zákazu nadměrnosti zásahů do práv a svobod (zjevně inspirovaný německým pojetím *Übermaßverbot*) vymezil český Ústavní soud v jednom ze svých nálezů jako synonymum třetí složky testu proporcionality – viz náleží Ústavního soudu ze dne 13. 8. 2002 Pl. ÚS 3/02 (likvidační výše pokuty). Viz též obdobný koncept „overinclusiveness“ v díle A. Baraka: BARAK, Aharon: *Proportionality...*, s. 335 a násl.

⁵⁶ REMMERT, Barbara: *Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*. Heidelberg: C. F. Müller, 1994, s. 2.

5. PRINCIP PRAKTICKÉ KONKORDANCE (PRAKTISCHE KONKORDANZ) V DÍLE KONRADA HESSEHO

Současné pojetí principu proporcionality v dílech německé ústavní teorie i rozhodovací praxe soudů čerpá mimo jiné z koncepce praktické konkordance objevující se v díle slavného poválečného konstitucionalisty *Konrada Hesseho*, působícího od šedesátých let minulého století na Univerzitě ve Freiburgu a později také jako soudce Spolkového ústavního soudu.

Pojem praktické konkordance je v *Hesseho* díle vymezen jako požadavek na dosažení maximálního účinku kolidujících práv a veřejných zájmů: „hodnoty chráněné ústavním právem musí být při řešení případů v takovém vzájemném vztahu, aby každá hodnota mohla být realizována. V případě jejich konfliktu, žádná z nich nemůže být prováděna na úkor druhé, ani unáhleným poměřováním hodnot, ani na základě abstraktních úvah.“⁵⁷

Tento pojem chápe *K. Hesse* jako jeden z principu interpretace v ústavním právu. Vzhledem ke specifické podobě ústavy vyznačující se vágnějšími ustanoveními, je potřeba podle *Hesseho* na jedné straně ustoupit od klasického textuálního výkladu k volnějšímu výkladu textu, na druhé straně však tato interpretace nemůže ústavě odporovat.⁵⁸ Způsob, jak správě vykládat ústavu, spočívá podle *K. Hesseho* v respektování pěti základních interpretačních pravidel: (1) každá interpretace musí vycházet z principu jednoty ústavy, (2) v případě konfliktu ústavních pravidel musí být aplikován princip praktické konkordance, (3) všechny státní orgány musejí respektovat dělbou moci nastavenou v ústavě, (4) jakýkoliv výklad musí podporovat integrační efekt jak vzhledem k účastníkům sporu, tak vzhledem k společenské a politické soudržnosti a (5) vzhledem k tomu, že výše uvedená interpretační pravidla mají vliv na legitimizaci ústavy, při jejím výkladu musejí být všechna používána v maximální možné míře.⁵⁹

Pojem praktické konkordance je z tohoto důvodu nutné rovněž dát do souvislosti s dalšími principy interpretace ústavy, zejména s principem jednoty ústavy. Ten je dnes považován za jeden ze základních principů německého ústavního práva⁶⁰ a je dnes přejímán i Spolkovým ústavním soudem, podle něhož německý Základní zákon tvoří logicko-teologický celek.⁶¹ Z toho plyne, že výklad práv a kolidujících hodnot nesmí být prováděn bez ohledu na další práva a hodnoty tvořící součást ústavy.

Z principu jednoty ústavy tedy vyplývá požadavek na optimalizaci práv a hodnot: „Kolidující práva a zájmy musejí podléhat omezením, tak aby každé právo a každý zájem dosáhl optimálního účinku. Z toho vyplývá, že omezení musejí být přiměřená

⁵⁷ HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Auflage, Heidelberg: C. F. Müller, 1999, s. 28.

⁵⁸ BRUGGER, Winfried: Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View. *American Journal of International Law*, 1997, roč. 42, s. 398.

⁵⁹ *Ibid.*, s. 398–399.

⁶⁰ Srov. KOMMERS, Donald P.: German Constitutionalism. A Prolegomenon. *Emory Law Review*, 1991, roč. 40, s. 851.

⁶¹ Rozhodnutí ze dne 14. prosince 1965 BVerfGE 19, 206 (Kirchenbausteuern) viz KOMMERS, Donald P.: German Constitutionalism..., s. 851.

ve světle specifických skutečností. Nesmějí jít dále, než je nutné k vytvoření souladu (konkordance) kolidujících ústavních hodnot.⁶² Z tohoto vymezení jasně plyne, že kolize práv je závislá na specifických okolnostech případu, což vysvětluje význam slova „praktická“.⁶³

Rysem *Hesseho* teorie je rovněž skutečnost, že s kolidujícími právy a zájmy zacházel jako s rovnocennými hodnotami, a nepovažoval tudíž základní práva za apriorně nadřazená společenským zájmům. Toto pojetí je důsledkem chápání výše zmíněného principu jednoty ústavy.⁶⁴ Právě skutečnost, že ústavy ve většině případů nestanovují apriorní hierarchii hodnot, případně základních práv a veřejných zájmů, vede k nutnosti jejich optimalizace.⁶⁵

Pokud se zaměříme na odraz uvedené *Hesseho* teorie v judikatuře Spolkového ústavního soudu, zjistíme, že dnešní aplikace principu praktické konkordance ve Spolkové republice Německo se poněkud odlišuje od původní koncepce. Zatímco *K. Hesse* aplikoval tento princip jako samostatný model řešení kolize základních práv, v současné judikatuře se tento princip projevuje v rámci hodnocení proporcionality v užším slova smyslu, kdy dochází k finálnímu posouzení, které právo či veřejný zájem v daném případě převáží. Navíc, argumentace principem praktické konkordance se podle převážující části teorie aplikuje v případě konfliktu dvou základních práv, nikoliv v případě konfliktu základního práva a kolidujícího veřejného zájmu. Častěji se používá v případě základních práv, která neobsahují limitační klauzuli.⁶⁶

E. Grabitz srovnává princip proporcionality s principem praktické konkordance a všimá si rozdílu, že v případě principu proporcionality jde v některých případech o vyloučení disproporcionální úpravy, zatímco v případě praktické konkordance jde o nalezení optimální úpravy⁶⁷ (uplatňuje se zde tedy nižší míra uvážení soudů při hledání ústavně konformního řešení).

⁶² HESSE, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, s. 28.

⁶³ MARAUHN, Thilo – RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court. In: BREHMS, Eva (ed.): *Conflict between Fundamental Rights*. Antwerp, Oxford, Portland: Intersentia, 2008, s. 281.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 83.

⁶⁶ MARAUHN, Thilo – RUPPEL, Nadine: Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of "Praktische Konkordanz" and the German Federal Constitutional Court..., s. 282–284. T. Marauhn a N. Ruppel citují např. názory K. Sterna, B. Pierotha, B. Schlinka.

⁶⁷ GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Archiv des öffentlichen Rechts*, roč. 98, 1973, s. 576. Rozdílů mezi pozitivním vyjádřením (optimalizací základních práv, resp. veřejných zájmů) a negativním vyjádřením (vyloučením disproporcionality) si všimá i M. Jakobs – viz JAKOBS, Michael Ch.: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 84–85. Podle M. Jakobse je princip praktické konkordance zaměřen převážně na normotvůrce, kterému přikazuje brát ohled na kolidující práva a zájmy při tvorbě práva, zatímco princip proporcionality je poté aplikováním podobných pravidel soudy a správními orgány přezkoumávajícími proporcionalitu takto vytvořených aktů (Ibid., s. 85–86). K tomu je třeba dodat, že jde o otázku terminologickou, neboť podobně lze argumentovat, že i zákonodárce je vázán principem proporcionality – k tomuto pojetí viz POHL, Ottmar: *Ist der Gesetzgeber bei Eingriffen in die Grundrechte an der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden?* Köln: V. Kleinkamp, 1961.

6. UTVÁŘENÍ TESTU PROPORCIONALITY V JUDIKATUŘE SPOLKOVÉHO ÚSTAVNÍHO SOUDU

Již krátce po druhé světové válce existovalo několik kvalitních odborných děl, ze kterých mohl Spolkový ústavní soud na konci 50. let minulého století čerpat, když začal prosazovat doktrínu proporcionality.⁶⁸ Původ principu proporcionality shledává Spolkový ústavní soud v zásadě právního státu, konkrétně jeho materiálního pojetí.⁶⁹

Zpočátku jeho činnosti byl však princip proporcionality používán zřídka a bez viditelného rozlišování jeho jednotlivých složek.⁷⁰ Příklady několika takovýchto rozhodnutí z počátku padesátých let uvádí *E. Grabitz*. Spolkový ústavní soud v jednom z nich například hovoří o zásadě přiměřenosti (*Grundsatz der Angemessenheit*) prostředků k policejnímu zásahu, kterou prohlašuje za všeobecně platné pravidlo právního státu (*allgemein gültige rechstaatliche Regel*).⁷¹

Prvním rozhodnutím, v němž se vyskytlo spojení princip proporcionality (*der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), které je zmiňováno *D. Grimmem*, se týká ústavnosti volebního zákona ve spolkové zemi Severní Porýní – Vestfálsko.⁷² Spolkový ústavní soud zamítl stížnost několika politických stran na zákon této spolkové země o volbách do tamního parlamentu. Sporné ustanovení mimo jiné požadovalo zajištění 100 podpisů voličů registrovaných v příslušném volebním obvodu pod kandidátní listinou u strany, která v době voleb nemá alespoň tři zástupce v parlamentu.⁷³ Podle Spolkového ústavního soudu je účelem tohoto ustanovení zabránění fragmentace politické vůle, přičemž zkoumané ustanovení „je vhodným prostředkem k dosažení tohoto cíle. Nepřekračuje hranice mezi cílem a prostředkem dané principem proporcionality. V rámci těchto hranic má zákonodárce při absenci konkrétních ustanovení ústavy volbu ohledně úpravy, kterou zvolí.“⁷⁴

Dieter Grimm si všímá ještě starších rozhodnutí z počátku padesátých let,⁷⁵ kde například Spolkový ústavní soud hovoří o rozdílné situaci zásahu do práv v případech

⁶⁸ Kromě již výše zmíněné práce R. von Krausse, je to například: KRÜGER, Herbert: Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1950, s. 625 a násl., cit. dle STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 104.

⁶⁹ GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., s. 584 a judikatura Spolkového ústavního soudu zde zmiňovaná. VOßKUHLE, Andreas: Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. *Juristische Schulung*, č. 5, 2007, s. 429.

⁷⁰ EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law*..., s. 24–25.

⁷¹ Rozhodnutí ze dne 23. října 1952 BVerfGE 2, 1, 79 (SRP-Verbot) viz: GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., s. 569.

⁷² Rozhodnutí ze dne 3. června 1954, BVerfGE 3, 383 (Gesamtdeutscher Block), cit. dle: GRIMM, Dieter: Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. *University of Toronto Law Journal*, 2007, roč. 57, s. 385.

⁷³ BVerfGE 3, 383, 385.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 398.

⁷⁵ Rozhodnutí ze dne 20. března 1952 BVerfGE 1, 167 (Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden). Viz též GRABITZ, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts..., s. 569.

období mimořádného stavu. I s ohledem na takovéto okolnosti však zásah musí být dle Spolkového ústavního soudu nezbytný k dosažení cíle.⁷⁶

Situace se změnila od rozhodnutí z 11. června 1958 (*Apothekenurteil*),⁷⁷ odkdy je princip proporcionality používán Spolkovým ústavním soudem jednotně a pravidelně zahrnuje tři složky.⁷⁸ Je přitom překvapivé, že se v tomto rozhodnutí nejenže neopřel o žádnou autoritu, avšak ani blíže neosvětlil, z jakých důvodů princip proporcionality vůbec aplikoval.⁷⁹

V daném případě šlo o to, že Bavorsko udělovalo licenci na provoz lékáren pouze za podmínky, že nové lékárny nebudou konkurovat těm existujícím.

Spolkový ústavní soud prohlásil, že na omezení svobody podnikání bude aplikovat test proporcionality.⁸⁰ Tyto složky principu proporcionality popsal jako: a) zkoumání, zda omezení práva, které je prostředkem k dosažení cíle, se nezdá zcela nevhodné k dosažení cíle (test vhodnosti),⁸¹ b) zda je zkoumaná úprava nutná (*zwingend erforderlichlich*)⁸² – tj. zda jiná úprava dosahující téhož cíle nelimituje právo méně (test nezbytnosti) a c) zda existuje adekvátní vyvážení mezi omezením práva a z něj plynoucím prostředkem k dosažení veřejného zájmu (princip proporcionality v užším slova smyslu spočívající v poměrování dotčených práv, resp. cílů).⁸³

V daném případě bylo Spolkovým ústavním soudem konstatováno, že úprava licencí nespĺňuje požadavek potřeby dané úpravy, neboť požadovaného cíle, tj. zabránění neomezeného nárůstu počtu lékáren, což by vedlo v konečném důsledku ke zhoršení dostupnosti léčiv a služeb občanům, je možno dosáhnout i jiným způsobem. Na základě obsáhlé skutkové argumentace i s uváděním zahraničních příkladů dospěl Spolkový ústavní soud k názoru, že licencování není k dosažení sledovaného cíle potřebné.

V následných soudních rozhodnutích se Spolkový ústavní soud přidržel obsahu principu proporcionality – tj. regulace cíle a prostředku. Tak na princip proporcionality

⁷⁶ GRIMM, Dieter: Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence..., s. 385.

⁷⁷ BVerfGE 7, 377.

⁷⁸ EMILIOU, Nicholas: *The Principle of Proportionality in European Law...*, s. 24–25.

⁷⁹ STONE SWEET, Alec – MATHEWS, Jud: Proportionality Balancing and Global Constitutionalism..., s. 107. Stejná připomínka však platí i v případě prvního propracovanějšího uvedení principu proporcionality v českém ústavním právu. Ani rozhodnutí Ústavního soudu ČR ze dne 12. října 1994 ve věci ústavnosti institutu anonymního svědka (sp. zn. Pl. ÚS 4/94) necitovalo žádnou teoretickou práci ani zahraniční soudní rozhodnutí k podpoře argumentace principem proporcionality.

⁸⁰ V případě BVerfGE, 7, 377 je na straně 407 tento princip popisován následovně: „Zde platí princip proporcionality v tom smyslu, že předepsané podmínky nesmějí zůstat beze vztahu k zamýšlenému účelu řádného plnění činnosti povolání.“

⁸¹ BVerfGE 7, 377, (1958), 412.

⁸² Ibid.

⁸³ K tomuto testu však Spolkový ústavní soud podrobně nepřistoupil, neboť dotčená úprava licencí pro lékárny byla shledána protiústavní z důvodu porušení principu potřeby. Spolkový ústavní soud při popisu poměrování hovoří o určitém „stupni“ úpravy zasahující do základního práva, který musí být vyvážen adekvátním přínosem pro veřejné dobro. Jakýkoliv vyšší stupeň zásahu do základního práva je poté možný pouze v tom případě, kdy předchází „stupeň“ úpravy není s to efektivně naplnit předmětný veřejný zájem – viz BVerfGE 7, 377, (1958), 408. Zde vidíme, že poměrování kolidujícího práva a veřejného zájmu (tj. třetí krok aplikace principu proporcionality) je do jisté míry spojeno s argumentací týkající se nezbytnosti dané úpravy.

odkazuje necelý půl rok po svém prvním rozsudku při rozhodování o ústavnosti zákona o cenách.⁸⁴

Z terminologického hlediska se jednotlivé složky testu proporcionality neobjevují ihned od počátku jako explicitně formulované složky testu proporcionality v širším slova smyslu. V rozsudcích se většinou objevují odkazy na různé jednotlivé složky testu proporcionality, přičemž bývá odkazováno na obecný princip proporcionality formulovaný ve výše uvedeném rozsudku *Apothekenurteil*. Například v rozsudku Spolkového ústavního soudu, který zrušil ustanovení zákona týkajícího se vztahu lékařů a pojišťoven, bylo konstatováno, že výsledkem poměrování je posouzení, zda omezení svobody povolání není příliš široké (*übermäßig*), neboť není nezbytné k obraně proti reálně hrozcím nebezpečím.⁸⁵

Pojem zákazu nadměrného zásahu i principu proporcionality se objevují v odůvodnění rozhodnutí Spolkového ústavního soudu z roku 1963 týkajícího se zabránění věci v trestním řízení.⁸⁶ Zde je mimo jiné uvedeno, že princip proporcionality je aplikován stejným způsobem jako zákaz nadměrného zásahu, přičemž ve výroku rozhodnutí je již argumentováno pouze principem proporcionality.⁸⁷

Více než sto třicet rozhodnutí, v nichž aplikoval Spolkový ústavní soud princip proporcionality do roku 1973,⁸⁸ pak přineslo zpřesnění jeho aplikace a další propracování argumentace. Nadto argumentace principem proporcionality byla prováděna i v rozhodnutích Spolkového nejvyššího správního soudu,⁸⁹ který se tak rovněž podílel na utváření tohoto principu.

Jak bylo uvedeno výše, současný princip proporcionality absorboval řadu alternativních koncepcí, které vznikaly zejména v šedesátých letech 20. století, až se postupně prosadil nejen jako základní kritérium ústavnosti omezení základních práv v Německu, ale rozšířil se i do dalších evropských i mimoevropských států.

7. ZÁVĚR

Princip proporcionality, jež vznikl v poválečné doktríně a judikatuře Spolkové republiky Německo, navazoval na starší teorie a ideové zdroje, ať už se jedná o princip nezbytnosti v pruském správním právu, či německou právně sociologickou školu.

Hlavním impulzem pro rozvoj současné podoby principu proporcionality byla poválečná německá koncepce ústavy jakožto „objektivního řádu hodnot“, kde ústřední úlohu

⁸⁴ Rozhodnutí ze dne 12. listopadu 1958 BVerfGE 8, 274 (Preisgesetz). Spolkový ústavní soud na s. 310 zmiňuje, že při aplikaci zmocňovacího ustanovení § 2 zákona o cenách musí být brán v potaz princip proporcionality mezi cílem a prostředkem (der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel).

⁸⁵ Rozhodnutí ze dne 23. března 1960 BVerfGE 11, 30 (Kassenarzt-Urteil), s. 45.

⁸⁶ Rozhodnutí ze dne 10. června 1963 BVerfGE 16, 194 (Liquorentnahme).

⁸⁷ Srov. též HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 94.

⁸⁸ E. Grabitz v článku z roku 1973 uvádí, že do té doby použil Spolkový ústavní soud princip proporcionality ve 132 případech – viz GRABITZ, Eberhard: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts...*, s. 570.

⁸⁹ HIRSCHBERG, Lothar: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit...*, s. 93–94.

hraje ochrana základních práv a pojetí materiálního právního státu. S nově koncipovanou širokou mírou ochrany základních práv se však pojila nutnost soudního nalézání ústavně konformních limitů těchto práv v demokratické společnosti. Důvodem prosazení doktríny proporcionality je tak podle mého názoru zejména učení o bezprostřední závaznosti ústavy a o její jednotě.⁹⁰

Účelem tohoto článku je poukázat na skutečnost, že princip proporcionality se v německém ústavním právu nevyvinul naráz a zejména v šedesátých letech minulého století se vyskytovaly i alternativní koncepce k principu proporcionality (z nich byl podrobněji popsán zákaz nadměrných zásahů a princip praktické konkordance).

Postupným utvářením v judikatuře německých soudů, zejména Spolkového ústavního soudu v Karlsruhe, se z principu proporcionality stala jedna z nejvýznamnějších argumentačních metod v ústavním právu současnosti. Přestože se jedná o velmi mladý koncept ústavní teorie, například ve srovnání s pojmy jako jsou demokracie, suverenita či vláda práva, je podle mého názoru důležité zabývat se okolnostmi jeho vzniku i důvody jeho prosazení v německém ústavním právu.

⁹⁰ K těmto pojmům viz např. KOMMERS, Donald P.: German Constitutionalism. A Prolegomenon..., str. 845 a násl. Viz rovněž výše kapitolu o díle K. Hesseho.