

DISKUSE

ALEXYHO VÁŽÍCÍ FORMULE

Jan Wintr*

Abstrakt: *Princip proporcionality je dnes jedním z nejvýznamnějších metodických vodítek pro rozhodování ústavních soudů. V roce 2003 přišel Robert Alexy se svou vážící formulí coby nástrojem k posouzení nejproblematictějšího ze tří kritérií testu proporcionality, onoho třetího, jehož pravidlo poměřování formuluje Robert Alexy takto: „Čím větší je míra nenaplnění či omezení jednoho principu, tím větší musí být důležitost naplnění principu jiného.“ Alexyho vážící formuli se věnuje tento článek. Snaží se ji co nejsrozumitelněji vysvětlit a poté aplikovat na několik vybraných rozhodnutí českého Ústavního soudu. Cílem je experimentálně ověřit, zda se jedná o praktický a přesvědčivý nástroj poměřování kolidujících principů a zda jeho prostředí může případně přispět k identifikaci rozdílnosti v názorech v situaci rozumné neshody. Článek dospívá k závěru, že se o použitelný nástroj ústavněprávní argumentace jedná a že jej lze použít jak pro přezkum individuálních zásahů do základních práv, tak pro abstraktní kontrolu ústavnosti nebo dokonce i na střety právních principů organického ústavního práva. Vážící formule může přispět přinejmenším ke zpřehlednění a lepšímu pochopení argumentace ústavních soudů. Článek také reaguje na některé kritiky, které jsou vůči vážící formuli vznášeny.*

Klíčová slova: *princip proporcionality, vážící formule, přezkum ústavnosti, základní práva*

ÚVOD

Princip proporcionality, jemuž se věnuje série článků časopisu Právník, započatá loňským textem Roberta Alexyho,¹ je dnes jedním z nejvýznamnějších metodických vodítek pro rozhodování ústavních soudů.

Princip proporcionality byl vytvořen a rozvinut dlouhodobou činností německého Spolkového ústavního soudu;² lze jej formulovat jako příkaz veřejné moci, aby zasahovala do ústavně chráněných principů a hodnot (zejména základních práv a svobod občanů) jen v nezbytných případech a za použití jen takových prostředků nezbytných k dosažení cíle, které představují nejmenší zásah do ústavně chráněného principu či hodnoty. Hlavní opěrný bod pro zásadu proporcionality v našem ústavním pořádku nalezneme v čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, podle kterého při používání

* Doc. JUDr. PhDr. Jan Wintr, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: wintr@prf.cuni.cz. Zpracováno v rámci Programu rozvoje vědních oblastí na Univerzitě Karlově (PRVOUK), P 04, s názvem *Institucionální a normativní proměny práva v evropském a globálním kontextu*. Za připomínky a diskuse v různých fázích zpracovávání příspěvku děkuji Marku Antošovi, Danielu Askarimu, Aleši Gerlochovi, Janu Chmelovi, Filipu Jelínkovi, Vojtěchu Kilianovi, Tomáši Sobkovi a Pavlu Ondřejkovi. Velkou inspirací pro mne byly kromě Alexyho textů též jeho přednášky na Univerzitě Karlově a její právnické fakultě, na Ústavním soudu a na Ústavu státu a práva Akademie věd ČR v. v. i., jakož i následné neformální diskuse.

¹ ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 867–878.

² K vývoji detailně např. ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012, s. 136 an. nebo HOLLÄNDER, P. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 3, s. 261–284.

ustanovení o mezích základních práv a svobod musí být šetřeno jejich podstaty a smyslu.

Při posuzování možnosti omezení základního práva či svobody ve prospěch jiného základního práva (nebo jiné ústavní hodnoty) se tedy zkoumá proporcionalita (přiměřenost) takového omezení. Prvním kritériem je kritérium vhodnosti, tj. odpověď na otázku, zdali právní prostředek, omezující určité základní právo, vůbec umožňuje dosáhnout sledovaný cíl (ochranu jiného základního práva nebo jiné ústavní hodnoty). Druhým kritériem je kritérium potřebnosti, spočívající v porovnávání právního prostředku omezujícího základní právo respektive svobodu, s jinými opatřeními, umožňujícími dosáhnout stejného cíle, avšak nedotýkajícími se základních práv a svobod. Jinými slovy, obstat může jen takové opatření, které v porovnání s jinými opatřeními způsobitelnými chránit druhé základní právo či hodnotu představuje minimální zásah do prvního základního práva. Třetím kritériem je kritérium přiměřenosti, tj. porovnání závažnosti obou v kolizi stojících základních práv, včetně úvahy o tom, zda zkoumaný právní prostředek nezasahuje do samotné podstaty dotčeného prvního základního práva, zatímco neexistence toho institutu by pro zachování chráněného druhého základního práva či hodnoty měla méně závažné důsledky.

Zhruba takto vyložil test proporcionality Ústavní soud v nálezu Pl. ÚS 4/94, č. 214/1994 Sb., k přípustnosti anonymního svědka (viz níže). Soudce-zpravodaj Pavel Holländer studoval v letech 1992–1993 v německém Kielu u Roberta Alexyho, jenž v knize *Teorie základních práv*³ a četných časopiseckých článcích nejvýznamněji přispěl k teoretické reflexi používání principu proporcionality německým Spolkovým ústavním soudem.

V roce 2003 přišel Robert Alexy se svou vážící formulí⁴ coby nástrojem k posouzení nejproblematictějšího ze tří kritérií testu proporcionality, onoho třetího, jehož pravidlo poměrování formuluje takto: „*Čím větší je míra nenaplnění či omezení jednoho principu, tím větší musí být důležitost naplnění principu jiného.*“⁵

Alexyho vážící formulí chci věnovat tento článek. Pokuším se ji nejprve co nejsrozumitelněji vysvětlit a poté aplikovat na několik vybraných rozhodnutí českého Ústavního soudu. Cílem je ověřit, zda se jedná o praktický a přesvědčivý nástroj poměrování kolidujících principů a zda může případně přispět k identifikaci rozdílnosti v názorech v situaci rozumné neshody.⁶

1. VÁŽÍCÍ FORMULE A JEJÍ SLOŽKY

Vážící formuli vyjadřuje Robert Alexy jednoduchým matematickým vzorcem:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

³ ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

⁴ ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, roč. 16, č. 4, s. 433–449; ALEXY, R. Die Gewichtsformel. In: J. Jickeli – P. Kreutz – D. Reuter (Hg.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenstein*. Berlin: De Gruyter, 2003, s. 771–794. Alexy však v diskuzích na konferencích doporučuje tento nástroj používat ke strukturaci úvahy a analýze rozhodnutí, ne však vpisovat přímo do odůvodnění rozsudků.

⁵ ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 870.

⁶ SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 82–90.

Poměřujeme tu kolidující principy P_i a P_j . $G_{i,j}$ je výsledkem poměrování, vyjadřuje konkrétní váhu principu P_i ve vztahu k principu P_j . Bude-li výsledek $G_{i,j}$ vyšší než 1, převažuje princip P_i ; při výsledku nižším než 1 převažuje princip P_j , pat (výsledek roven 1) dává prostor zákonodárci pro volbu řešení.⁷ Do poměrování vstupují tři proměnné – intenzita zásahu (I), abstraktní váha principu (G) a míra spolehlivosti empirických a normativních předpokladů ohledně intenzity zásahu (S). K těmto třem faktorům se záhy vrátíme.

Alexyho vážící formule není v českém prostředí neznámá. David Kosař představil Alexyho vážící formuli už v roce 2008 a její zjednodušenou verzi použil na známou kauzu Rejžek vs. Vondráčková.⁸ Zabýval se jen intenzitou zásahu a konstatoval značnou intenzitu zásahu do svobody projevu, neboť kritika Jana Rejžka se týkala otázky vyrovnávání se s minulostí, což je otázka veřejného zájmu. Naproti tomu zásah do práva na ochranu osobnosti je nejvýše středně intenzivní, neboť Helena Vondráčková je osobou veřejně známou, která může na kritiku snadno v médiích reagovat. Svoboda projevu tedy stejně jako v nálezů Ústavního soudu I. ÚS 453/03 převážila.⁹

Další autoři Alexyho vážící formuli vysvětlovali nebo na ni odkazovali.¹⁰ Patrně prvním, kdo v české literatuře provedl celý výpočet na konkrétním příkladu, byl Vojtěch Kilian ve své diplomové práci *Právo na informace o platech a odměnách zaměstnanců veřejné správy*, vedené Františkem Korbelem a odevzdané v březnu 2016 na katedře správního práva a správní vědy Právnické fakulty UK. Pro názornost vysvětlím Alexyho vážící formuli na příkladu, který ve své práci použil, tj. na kolizi práva na informace a práva na ochranu soukromí.

Vraťme se tedy k oněm třem proměnným.

Intenzita zásahu. I_i vyjadřuje intenzitu zásahu do principu P_i , I_j důležitost realizace kolidujícího principu P_j , čili také intenzitu hypotetického zásahu do P_j , pokud bychom nezasáhli do P_i . Proměnná I může nabývat hodnot $2^0 = 1$ pro lehkou, $2^1 = 2$ pro střední a $2^2 = 4$ pro značnou intenzitu zásahu. Vojtěch Kilian hodnotil intenzitu zásahu do práva na informace v případě neposkytnutí informace o platu státního úředníka jako značnou ($2^2 = 4$), neboť bez přístupu k této informaci nelze dobře kontrolovat hospodaření s veřejnými prostředky. Naproti tomu nucené poskytnutí informace o platu zasahuje do práva na ochranu soukromí státního úředníka jen středně ($2^1 = 2$), neboť sama informace o vyšší platu nemá podle autora negativní či difamující charakter.

Abstraktní váha. Proměnné G_i a G_j vyjadřují abstraktní váhu principů P_i a P_j . Proměnná G může rovněž nabývat hodnot $2^0 = 1$ pro malou, $2^1 = 2$ pro střední a $2^2 = 4$ pro velkou abstraktní váhu principu. Zde Vojtěch Kilian přiřadil oběma principům, představujícím důležitá základní práva, váhu velkou, tedy $2^2 = 4$.¹¹ Odpovídá to pohledu Roberta Alexyho potud, že základní práva jsou *prima facie* rovnocenná; zde o rovnocennosti práva na informace a práva na ochranu soukromí není důvod pochybovat.

⁷ ALEXY, R. On Balancing..., s. 443; ALEXY, R. Die Gewichtsformel..., s. 791.

⁸ KOSAŘ, D. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu ČR. *Jurisprudence*. 2008, roč. 2008, č. 1, s. 3–19.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Srov. vedle Ondřejkových textů a článku VYHNÁNEK, L. Proporcionálně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, roč. XXII, č. 3, s. 203–221, též olomouckou diplomovou práci Zdeňka Červínka z roku 2012 a pražskou diplomovou práci Jana Brože z roku 2014.

¹¹ Z důvodů, které uvádím níže, bych zde přiřadil oběma principům abstraktní váhu střední, tedy 2.

Spolehlivost předpokladů. S_i konečně představuje spolehlivost empirických a normativních předpokladů o tom, jak intenzivní je zásah do P_i , a S_j spolehlivost empirických a normativních předpokladů o tom, jak intenzivní by byl zásah do P_j , kdyby nedošlo k zásahu do P_i . Proměnná S může nabývat hodnot $2^0 = 1$ pro jistý, $2^{-1} = \frac{1}{2}$ pro plauzibilní a $2^{-2} = \frac{1}{4}$ pro nikoli evidentně nesprávný předpoklad. Vojtěch Kilian považoval zásah do práva na informace v případě neposkytnutí informace o platu za jistý ($2^0 = 1$), zatímco na druhé straně přihlédl k tomu, že informace o platech státních úředníků nejsou zveřejňovány plošně, nýbrž jen na základě individuálních žádostí o poskytnutí informací, pročež předpoklad, že do práva na ochranu soukromí bude zasazeno, je nejvýše plauzibilní ($2^{-1} = \frac{1}{2}$). Vojtěch Kilian tak dospěl k následujícímu celkovému výsledku:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} = \frac{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1}} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{16}{4} = 4$$

Protože $G_{i,j}$ je větší než 1, právo na informace má v konkrétním případě poskytování informací o platech státních úředníků vyšší konkrétní váhu než právo na ochranu soukromí. K témuž závěru co do výsledku dospěl rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozhodnutí ze dne 22. 10. 2014, č. j. 8 As 55/2012-62.

Ještě se na chvíli zastavme u oné proměnné S , která se jeví na první pohled jako nejméně srozumitelná. Robert Alexy ji vysvětluje pomocí „epistemického“ pravidla poměrování: „Čím závažnější je zásah do základního práva, tím větší musí být jistota ohledně předpokladů odůvodňujících takový zásah.“¹² Jako příklad takové nejistoty uvádí ve svém článku v Právniku slavný rozsudek německého ústavního soudu BVerfGE 115, 118 (*Luftsicherheitsgesetz*) z 15. února 2006, v němž jedním z důvodů, proč není právně přípustné sestřelovat letadlo unesené teroristy, je nemožnost učinit si spolehlivý úsudek, zda jsou životy cestujících již *de facto* ztraceny.¹³ To je příklad spolehlivosti oněch empirických předpokladů. Za příklad spolehlivosti normativních předpokladů bych považoval v případě uvedeném výše rozptyl názorů ve společnosti ohledně toho, jak citelným vpádem do soukromí je uveřejnění výše našich příjmů (srov. i níže).

Dosavadní kritiku Alexyho vážící formule dobře shrnuje ve svém článku v Právniku č. 4/2016 Pavel Ondřejek. Podle kritiků 1) Alexyho vážící formule vytváří zavádějící obraz exaktnosti poměrování, 2) ona tři kritéria jsou navzájem nesouměřitelná, je to jako rozhodovat s nedávno zesnulým soudcem Nejvyššího soudu USA Antoninem Scaliou, zda je určitá čára delší více, než je určitý kámen těžší,¹⁴ a 3) není jasné, jak měřit abstraktní váhu principu v druhém kritériu.

Domnívám se, že opodstatněnost či neopodstatněnost této kritiky se ozřejmí poté, co se pokusíme aplikovat Alexyho vážící formuli na několik známých kauz českého Ústavního soudu a zamyslíme se nad přesvědčivostí výsledků, k nimž takto dospějeme.

¹² ALEXY, R. On Balancing..., s. 446; ALEXY, R. Die Gewichtsformel..., s. 789.

¹³ ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip..., s. 872.

¹⁴ Scaliovo odlišné stanovisko k rozhodnutí Nejvyššího soudu USA, 486 U. S. 888 (1988), Bendix Autolite Corp. v Midwesco Enterprises, Inc. Cit. podle ONDŘEJEK, P. Poměrování: klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 4, s. 349–368.

2. EXPERIMENTÁLNÍ UŽITÍ VÁŽÍCÍ FORMULE NA NĚKTERÉ KAUYZ ROZHODOVANÉ ÚSTAVNÍM SOUDEM

Už bylo řečeno, že Ústavní soud poprvé test proporcionality použil a zevrubně popsal v nálezu Pl. ÚS 4/94, č. 214/1994 Sb., k přípustnosti anonymního svědka.¹⁵ Od té doby jej používá poměrně hojně, databáze rozhodnutí Ústavního soudu NALUS obsahuje 128 nálezů, ke kterým je jako „předmět řízení“ přiřazen „princip proporcionality“.¹⁶ Alexyho vážící formule je sice nástrojem k provedení třetího kroku testu proporcionality, avšak nálezů Ústavního soudu, které byly explicitně rozhodnuty až v třetím kroku testu proporcionality, je naprosté minimum. Vedle nálezu o anonymním svědkovi je to už jen často citovaný nález III. ÚS 256/01 o rekognici fotografiemi.¹⁷

Domnívám se ale, že pro ilustraci fungování vážící formule lze využít i jiné kauzy, v nichž Ústavní soud test proporcionality neprováděl, ale obsahují zajímavou kolizi ústavních principů.

Vždy budeme poměřovat kolidující principy P_i a P_j , přičemž principem P_i bude ten, do kterého je posuzovaným právním předpisem nebo individuálním právním aktem zasahováno, a principem P_j ten, jež má posuzovaný právní předpis či individuální právní akt chránit. Nejprve se budeme zabývat abstraktní vahou obou principů (G), poté intenzitou zásahu (I) a nakonec mírou spolehlivosti empirických a normativních předpokladů ohledně intenzity zásahu (S). Oproti Alexyho vzorci jsem otočil pořadí abstraktní váhy principu (G) a intenzity zásahu (I). Alexy patrně vychází z toho, že intenzita zásahu je nejdůležitější a abstraktní váha a spolehlivost ji korigují. Mně přijde praktičtější nejprve identifikovat kolidující principy a určit jejich abstraktní váhu, a teprve pak se zabývat intenzitou zásahu a její spolehlivostí. Matematicky to ale samozřejmě vede ke shodnému výsledku.

a) Anonymní svědek (Pl. ÚS 4/94). Ústavní soud v říjnu 1994 dospěl k závěru, že institut anonymního svědka podle § 55 odst. 2 trestního řádu nepřiměřeně omezuje právo obviněného na obhajobu a na spravedlivý proces (P_i). Chráněným principem je nedotknutelnost osoby svědka podle čl. 7 odst. 1 Listiny (P_j).

Začneme abstraktní vahou kolidujících principů (G). Podle Alexyho mají ústavní principy zpravidla shodnou abstraktní váhu; jako výjimku Alexy uvádí převahu práva na život nad obecnou svobodou jednat podle čl. 2 odst. 1 německého Základního zákona¹⁸ nebo vyšší váhu principu lidské důstojnosti.¹⁹ Protože se ve všech případech omezíme na třístupňovou škálu, nemáme jinou volbu než většině základních práv a svobod přiznat

¹⁵ Lze ale souhlasit s Pavlem Ondřejkem, že fakticky byl princip proporcionality použit už v nálezu Pl. ÚS 43/93 (č. 91/1994 Sb.), jímž Ústavní soud zrušil trestnost hanobení Parlamentu, vlády a Ústavního soudu jako nepřiměřené omezení svobody projevu. Ústavní soud v odůvodnění říká: „Protože každý zákon obsahující příkazy a zákazy zasahuje do svobody jednotlivce a jeho základních práv, je třeba uvážit, zda a do jaké míry jsou příkazy zákona zřetelné a přesně definovány, ale také zda jsou svému účelu přiměřené, vhodné a potřebné.“ Srov. ONDŘEJEK, P. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Leges, Praha 2012, s. 155.

¹⁶ Srov. <http://nalus.usoud.cz/> [cit. 2015-03-05].

¹⁷ Srov. např. KOSAŘ, D. – VYHNÁNEK, L. – KÜHN, Z. – ANTOŠ, M. *Ústavní právo. Casebook*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 366–375.

¹⁸ ALEXY, R. *On Balancing...*, s. 440; ALEXY, R. *Die Gewichtsformel...*, s. 778.

¹⁹ ALEXY, R. *Lidská důstojnost a princip...*, s. 871.

váhu střední, vybraným nejdůležitějším základním právům váhu velkou a například většině sociálních práv (jejichž slabší pozici postuluje čl. 41 odst. 1 Listiny) a některým veřejným zájmům či ústavním principům váhu malou.

Základní právo na obhajobu a na spravedlivý proces tak nutně bude mít váhu střední, ovšem nedotknutelnosti osoby jako jednomu z nejdůležitějších základních práv lze přiznat onu výjimečnou váhu velkou.

Intenzitu zásahu do práva na obhajobu a na spravedlivý proces pokládá sám Ústavní soud za značnou, s čímž lze souhlasit; Ústavní soud zásah vidí ve snížené příležitosti vypořádat se s věrohodností svědka a důkazní silou jeho výpovědi a vyčítá zákonodárci, že se nepokusil minimalizovat nějakým způsobem tento zásah. Rovněž intenzita zásahu do práva svědka na nedotknutelnost osoby je nepochybně značná, svědek může být v některých trestních řízeních značně ohrožen.

Pokud jde o spolehlivost předpokladů, zásah do práva na obhajobu je nepochybně jistý, k omezení tohoto práva prostě dochází. Naproti tomu jistota toho, že svědkovi bude ublíženo, tu dána není; v závislosti na konkrétním trestním řízení, závažnosti posuzovaného trestného činu, na okolnosti, zda v řízení figuruje organizovaná zločinecká skupina, variuje hodnota S_j mezi stupněm „plauzibilní“ a „nikoli evidentně nesprávný“ předpoklad.

V prvním případě tak vážící formule vychází takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{8}{8} = 1$$

Ve druhém případě pak takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^2 \cdot 2^2 \cdot 2^{-2}} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot \frac{1}{4}} = \frac{8}{4} = 2$$

Tedy – kdybychom považovali empirický předpoklad, že svědkovi může být ublíženo, jen za nikoli evidentně nesprávný, je výsledek $G_{i,j}$ větší než 1, převáží tudíž právo na obhajobu a institut anonymního svědka je protiústavní. Kdybychom ovšem empirický předpoklad možné úhony svědka považovali za plauzibilní, dostáváme se k výsledku $G_{i,j} = 1$ čili principy nedotknutelnosti osoby na straně jedné a práva na obhajobu na straně druhé mají tu mají shodnou konkrétní váhu. Tuto situaci označuje Alexy jako pat (viz výše) a přenechává v takovém případě rozhodnutí zákonodárci. V naší kauze by to znamenalo, že by zákonodárcovo nastavení institutu anonymního svědka před Ústavním soudem obstálo.

Právě u prostoru pro uvážení zákonodárce se na chvíli zastavme. Už kvůli silné převaze demokratické legitimacy na straně zákonodárce oproti ústavnímu soudu je dobré s prostorem pro uvážení zákonodárce počítat, ostatně tak činí i sám Alexy ve svých starších pracích, když formální princip rozhodování skrze demokraticky legitimovaného zákonodárce považuje za součást poměrování.²⁰ Alexy vypočítává i důvody ve prospěch rozhodovací kompetence zákonodárce v oblasti základních práv, např. „silnější demokra-

²⁰ Srov. např. ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte...*, s. 267.

*tickou legitimitu parlamentního zákonodárce, jeho větší schopnost adekvátně posuzovat komplexní věcné otázky, lehčí opravitelnost a větší míru akceptace jeho rozhodnutí“.*²¹ Ve prospěch ústavního soudu naproti tomu hovoří vyšší míra nestrannosti, schopnost rozhodovat právní otázky a nižší sklon podléhat tlaku okamžiku.²²

Otázkou však je, zda by v Alexyho vážící formuli byl pro princip rozhodování demokratického zákonodárce dostatek prostoru, kdyby se k němu přihlíželo jen v případě patu, kdy konkrétní váha kolidujících principů je shodná a $G_{i,j} = 1$.²³

Alexy a někteří autoři navazující na něho ale prostor pro zákonodárce našli též v proměnné S, vyjadřující míru spolehlivosti empirických a normativních předpokladů ohledně intenzity zásahu.²⁴ To je totiž spojené s posuzováním věcných otázek, k němuž je i podle Alexyho lépe uzpůsoben parlament než ústavní soud. Velikost prostoru pro zákonodárce bude také nepochybně záviset na posuzovaném případě, ohledně rozsahu sociálních práv bude jistě větší, ohledně nejdůležitějších základních lidských práv a svobod spíše menší.

Ve světle těchto úvah se můžeme ptát, kdo lépe posoudí, zda předpoklad, že neanonymní svědek může dojít úhony, je „plauzibilní“, nebo „nikoli evidentně nesprávný“, jestli zákonodárce, nebo ústavní soud. Zákonodárce (společně s vládou, která obvykle podává návrhy zákonů) si může snáze obstarat například analýzy či statistiky ohledně četnosti a závažnosti útoků na svědky.²⁵

Riziko útoku na svědka tu ale bude především, jak už bylo řečeno, záviset na konkrétním trestním řízení, například na závažnosti posuzovaného trestného činu, nebo na okolnosti, zda v řízení figuruje organizovaná zločinecká skupina. Tehdejší znění § 55 odst. 2 trestního řádu bylo dosti vágní („Hrozí-li svědku nebo osobě jemu blízké v souvislosti s podáním svědeckví zjevně újma na zdraví nebo jiné vážné nebezpečí, jméno a příjmení svědka a jeho další osobní údaje se do protokolu nezapisují...“) a umožňovalo patrně utajovat svědka i v případech, kdy předpoklad zásahu do základního práva svědka byl jen „nikoli evidentně nesprávný“. Ústavní soud konstatoval, že „při závažném zásahu do práva obviněného na obhajobu, a tím i do principů spravedlivého procesu, bylo tudíž povinností zákonodárce hledat rovněž možnosti minimalizace takového zásahu a zakotvit tomu odpovídající nástroje“, přičemž „volba nástroje... je již v kompetenci demokratického zákonodárce“.

Zákonem č. 152/1995 Sb. pak byly do § 55 odst. 2 trestního řádu k institutu anonymního svědka doplněny podmínky – jednak hrozící újmě svědka musí nasvědčovat zjištěné okolnosti, jednak lze institut využít jen, „nelze-li ochranu svědka spolehlivě zajistit jiným způsobem“. Lze říci, že tím byl institut anonymního svědka omezen na situace,

²¹ Ibidem, s. 497.

²² Ibidem.

²³ Byť tento prostor není zas až tak malý, používáme-li třístupňovou škálu. I na našich několika příkladech můžeme vidět, že k výsledku $G_{i,j} = 1$ dochází poměrně často.

²⁴ Srov. např. KLATT, M. – SCHMIDT, J. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 57 an., ALEXY, R. Die absolute und die relative Dimension der Grundrechte. In: V. Göttinger (ed.). *Evropský konstitucionalismus v kontextu soudního dialogu*. Brno: Ústavní soud, 2016, s. 82–84.

²⁵ Nicméně ústavní soudy v poslední době taková odůvodnění od parlamentu požadují a pak přezkoumávají; asi nejznámější je rozhodnutí německého ústavního soudu BVerfGE 125, 175 (Hartz IV) z 9. února 2010, kde zákonné stanovení životního minima pro některé skupiny lidí bylo zrušeno, protože německý zákonodárce podle soudců z Karlsruhe nepředložil transparentní kalkulaci, jak k částkám došel.

kdy už předpoklad, že svědek může dojít úhony, je „plauzibilní“. Při výsledku $G_{i,j} = 1$ tak při ústavním přezkumu ob stojí a skutečně v této podobě je institut anonymního svědka součástí českého právního řádu dodnes. Ústavní soud ho podruhé už nezrušil, jen trval na tom, že k odsouzení nemůže dojít výlučně a ani v převážné míře na základě výpovědi anonymních svědků (srov. např. náleží III. ÚS 499/04 z 9. února 2006).

Můžeme tedy uzavřít, že v tomto případě se výsledky naší analýzy pomocí Alexyho vážící formule shodují s postojem Ústavního soudu, a možná dokonce lze optimisticky tvrdit, že vážící formule učinila ústavněprávní posouzení zřejmějším.

b) Rekognice fotografiemi (III. ÚS 256/01). V této kauze rozhodoval Ústavní soud o ústavní stížnosti osob, jejichž fotografie byly použity k rekognici, tedy jako fotografie nezúčastněných osob, mezi kterými má typicky oběť trestného činu nebo svědek poznat fotografii pachatele. Tento institut podle § 93 odst. 2 a § 103 trestního řádu zasahuje do práva na ochranu soukromí podle čl. 10 odst. 1 Listiny, ovšem ve snaze chránit veřejný zájem na náležitém objasnění trestných činů a spravedlivém potrestání jejich pachatelů v řádném procesu, respektujícím čl. 39 a 40 Listiny.

Abstraktní váhu obou kolidujících principů lze považovat za střední. Právo na ochranu soukromí je klasické základní právo, čemuž střední abstraktní váha odpovídá (viz výše). Veřejný zájem na náležitém objasnění trestných činů a spravedlivém potrestání jejich pachatelů natolik úzce souvisí s ochranou důležitých základních práv, jako je právo na život, právo vlastnit majetek, atd., jakož i s právem na obhajobu a na spravedlivý proces, že nelze uvažovat o nižší abstraktní váze, než je střední.

Menší shoda asi bude panovat ohledně intenzity zásahu. Osobně bych považoval intenzitu zásahu do práva na ochranu soukromí v tomto případě za lehkou, neboť fotografie se ukazují neveřejně, relativně malému okruhu osob a za okolností, kdy je zřejmé, že jde převážně o nezúčastněné osoby. Umím si ale představit, že někdo může intenzitu zásahu považovat už za střední. Tato nejistota ohledně intenzity zásahu se může vyjádřit nižší hodnotou u spolehlivosti předpokladů, přičemž v tomto případě jde o spolehlivost normativních předpokladů, nikoli empirických. Vyjadřujeme tím neshodu hodnotového posouzení, o jak citelný zásah do práva na ochranu soukromí jde.

Z matematického hlediska vyjde nastejno, budeme-li zásah považovat za lehký, ale jistý ($1 \times 1 = 1$), nebo za střední, ale v této intenzitě už jen plauzibilní ($2 \times \frac{1}{2} = 1$).²⁶ Řekněme tedy, že intenzita zásahu do práva na ochranu soukromí je střední ($I_1 = 2$), ale spolehlivost normativních předpokladů o takové intenzitě je z důvodu hodnotové neshody ve společnosti jen plauzibilní ($S_1 = \frac{1}{2}$).

Nebýt rekognice fotografiemi (a zároveň *a minore ad maius* ani rekognice pomocí skutečných přítomných lidí), veřejný zájem na náležitém objasnění trestných činů a spravedlivém potrestání jejich pachatelů by byl podle mého názoru dotčen značně ($I_j = 4$). To je však jen můj odhad, připouštím zde rozhodně určitou míru nejistoty ohledně tohoto závěru, tentokrát nejistoty empirické. Spolehlivost takového předpokladu bych tedy vyjádřil stupněm „plauzibilní“, tedy $S_j = \frac{1}{2}$.

²⁶ Na tomto případě vidíme, že v případě nejistoty ohledně intenzity zásahu, chceme-li ji vyjádřit v hodnotě S , musíme intenzitu I stanovit vyšší. K jednoznačně chybnému výsledku bychom došli, kdybychom se přiklonili k lehké intenzitě zásahu ($I = 1$), a zároveň vyjádřili nižší míru spolehlivosti tohoto závěru snížením na $S = \frac{1}{2}$. Celkový výsledek $\frac{1}{2}$ by neodpovídal naší úvaze.

Dospíváme tedy k následujícímu závěru:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{2}{4} = \frac{1}{2}$$

Výsledek $G_{i,j} = \frac{1}{2}$ je menší než 1, tudíž převážil veřejný zájem na náležitém objasnění trestných činů a spravedlivém potrestání jejich pachatelů, a k zásahu do práva stěžovatelů na ochranu soukromí nedošlo. K témuž závěru dospěl Ústavní soud, který ústavní stížnost zamítl.

Protiústavnost by podle mého názoru mohl konstatovat jen při $G_{i,j}$ větším než 1,²⁷ tedy například, kdybychom střední intenzitu zásahu do práva na ochranu soukromí považovali za jistou ($I_i = 2$; $S_i = 1$) a zároveň případný zásah do veřejného zájmu na řádném vyšetření trestných činů za střední a opět jen plauzibilní ($I_j = 2$; $S_j = \frac{1}{2}$).

V tomto případě by výsledek vypadal takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{2} = 2$$

Domnívám se ale, že tento výsledek je méně přesvědčivý než ten předchozí, takže i zde se s výsledkem řízení před Ústavním soudem můžeme shodnout.

c) *Rejžek vs. Vondráčková (I. ÚS 367/03) a Zeman vs. Brezina (I. ÚS 453/03)*. Tato známá dvojice nálezů z roku 2005 se týká kolize svobody projevu podle čl. 17 Listiny s právem na ochranu dobrého jména a pověsti podle čl. 10 odst. 1 Listiny. V prvním případě hudební kritik Jan Rejžek prohlásil o zpěvačce Heleně Vondráčkové, že se zapletla s minulým režimem a že se jí zřejmě podařilo neztratit kontakt na mafiány, kteří ji tehdy podporovali. Ústavní soud odlišil skutková tvrzení (která má ten, kdo je tvrdí, prokázat) od hodnotících soudů, jejichž pravdivost prokázat nelze, a tak jen postačuje, že dané, byť třeba expresivní hodnocení má faktický podklad. Zde připustil, že obecně známé skutečnosti o pop-music 70. a 80. let byly dostatečným podkladem pro Rejžkovo použití slova „mafie“. Přihlédl rovněž k tomu, že soukromí známých osob je přirozeně veřejností více sledováno, a že ale i mají snazší přístup do médií, tak se mohou bránit polemikou.

V druhé kauze tehdejší předseda vlády Miloš Zeman nepravdivě nařkl novináře Ivana Brezinu, že je zkorumpovaný, protože jeho články o energetice platí ČEZ. Šlo tedy o nepravdivé skutkové tvrzení. Ústavní soud přihlédl i k tomu, že výrok pronesla veřejně činná osoba, vrcholný politik v exekutivní funkci.

Abstraktní váha svobody projevu a práva na ochranu dobrého jména a pověsti bude v obou kauzách shodná, tedy střední, jde o klasická základní práva (viz výše); tedy ve všech případech $G = 2$.

U intenzity zásahu v první kauze lze souhlasit s Davidem Kosařem citovaným výše. Intenzita zásahu do svobody projevu Jana Rejžka je značná ($I_i = 4$), zatímco intenzita zásahu do práva na ochranu dobrého jména a pověsti Heleny Vondráčkové nanejvýš

²⁷ I když připouštím, že můj předpoklad, že při $G_{i,j} = 1$ má Ústavní soud nezasahovat, tedy nerušit rozhodnutí obecných soudů, je méně samozřejmý, než byl při kontrole ústavnosti zákonů, kde pro zákonodárce mluvila demokratická legitimita. Nicméně i zde se lze opřít o zásadu *self-restraint*, podle které se má Ústavní soud sebeomezovat, nejsa, podle svých vlastních slov, další instancí obecných soudů (poprvé patrně v nálezu I. ÚS 68/93).

střední ($I_j = 2$). A zatímco zásah do Rejzkovy svobody projevu uložením povinnosti omluvit se je jistý ($S_j = 1$), váhání mezi střední a lehkou intenzitou zásahu do zpěvačiny osobnostní sféry se opět projevuje nejistotou normativních předpokladů; závěr o střední intenzitě zásahu tak bude nanejvýš plauzibilní ($S_j = \frac{1}{2}$); Helena Vondráčková se jistě mohla bránit Rejzkovým hodnotícím soudům na stránkách tisku.

Pro první kauzu tedy formule dopadá takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{8}{2} = 4$$

Závěr o přednosti svobody projevu je v tomto případě dosti jednoznačný.

V druhé kauze vyčnívá především značná intenzita zásahu do osobnostní sféry občana, kterého nepravdivě nařkne vrcholný politik. Ústavní soud k tomu uvedl: „*Informacím poskytovaným předsedou vlády je ze strany občanů státu vždy přikládána větší váha než informacím pocházejícím od jiných osob, včetně médií. Občan demokratického právního státu od ústavních činitelů zcela přirozeně očekává pravdivé informace a dále očekává, že ústavní činitelé budou zachovávat naprostý respekt k jednotlivým osobám – členům občanské společnosti.*“ Naproti tomu intenzitu omezení svobody projevu předsedy vlády, který nebude moci o občanech pronášet nepodložená obvinění, bych považoval jen za lehkou. Spolehlivost zásahu je v obou případech nejspíše jistá.

Dostáváme tedy následující výsledek:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^0 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0} = \frac{2 \cdot 1 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{2}{8} = \frac{1}{4}$$

Zde tedy zase dospíváme k jednoznačné převaze práva na ochranu dobrého jména a pověsti. Domnívám se na základě dosud prezentovaných kauz, že vážící formuli lze použít jak na abstraktní kontrolu ústavnosti zákonů, tak při konkrétním posuzování individuálních zásahů do základních práv a svobod.

Použijme ji nyní poněkud neobvyklým způsobem na poměrování dvou principů organického ústavního práva.

d) Velký volební nález (Pl. ÚS 64/2000) a pětiprocentní klauzule v evropských volbách (Pl. ÚS 14/14). Ústavní soud se již několikrát zabýval ústavností volebního systému. I v těchto případech dochází k poměrování. Už v nálezu k pětiprocentní klauzuli ve sněmovních volbách (Pl. ÚS 25/96, č. 88/1997 Sb.) Ústavní soud uvádí, že je „*třeba vždy poměřovat, zda toto omezení rovnosti volebního práva je minimálním opatřením nezbytným pro zajištění takové míry integrace politické reprezentace, jež je nutná k tomu, aby složení zákonodárního sboru umožnilo formaci většiny nebo většin potřebných pro přijetí rozhodnutí a pro vznik vlády opřené o parlamentní důvěru.*“

V roce 2000 ODS a ČSSD prosadily zákonem č. 204/2000 Sb. volební systém, který podle Ústavního soudu koncentroval integrační stimuly natolik, že tyto ve svém souhrnu vytvořily jakýsi hybrid mezi poměrným zastoupením a většinovým systémem, který se už vymyká ústavnímu požadavku poměrného zastoupení: „*Zvýšení počtu volebních krajů na 35 (§ 27 věta první), stanovení nejnižšího počtu mandátů v kraji na 4 (§ 48 odst. 4) a způsob výpočtu podílů a přiřazování mandátů pomocí upravené d'Hondtovy formule*

(§ 50 odst. 1, 2, 3) představuje ve svém úhrnu takovou koncentraci integračních prvků, jež ve svých důsledcích vede již k opuštění kontinua, ještě způsobilého zaznamenávat alespoň ‚přivrácení‘ k modelu poměrného zastoupení.“

Pokud bychom prováděli celý test proporcionality tohoto zásahu do principu poměrného zastoupení podle čl. 18 odst. 1 Ústavy, sledovaný cíl, tedy integraci politické reprezentace, sice tímto volebním systémem dosáhnout lze (test vhodnosti), vyvstávají ale silné pochybnosti, zda ta koncentrace reálně čtyř- až osmimandátových obvodů a umělého ztížení zisku prvního mandátu (v klasické d'hondtovské řadě dělitelů 1, 2, 3, 4, ... byl první nahrazen hodnotou 1,42) projde testem potřebnosti.

Neprojde-li opatření testem potřebnosti, je protiústavní, a třetí krok, tedy test přiměřenosti, třeba pomocí Alexyho vážící formule, se už provádět nebude. Předpokládejme ale, že by opatření testem potřebnosti prošlo.

Domnívám se, že abstraktní váha obou kolidujících principů je shodná. Jsou to principy organického ústavního práva, ovlivňující podobu státní moci. Princip poměrného zastoupení sice německý ústavní soud spojuje se základním právem volit za splnění podmínky rovnosti volebního práva, nicméně česká Ústava mezi rovností volebního práva a principem poměrného zastoupení rozlišuje.²⁸ Veřejný zájem na poměrném zastoupení zakotveném v čl. 18 odst. 1 Ústavy a veřejný zájem na akceschopnosti parlamentu se jeví být rovnocenné. Není přitom rozhodující, zda jim přiřkneme abstraktní váhu malou, nebo střední; vzhledem k důležitosti obou pro demokracii jako jeden ze zásadních ústavních principů bych volil spíše střední, odpovídající standardní abstraktní váze základních práv a svobod.

Zdá se být nepochybné, že intenzita zásahu daného volebního systému do principu poměrného zastoupení je značná a jistá ($I_i = 4$; $S_i = 1$); hovoří pro to okolnost, že na mandát patrně nedosáhnou strany, které ve všech volebních obvodech mají přes 10 % hlasů a v některých dokonce přes 15 % (srov. odůvodnění nálezu ohledně přirozených prahů).

Otázkou je, jak hodnotit intenzitu zásahu do veřejného zájmu na akceschopnosti parlamentu pro případ nezavedení takového volebního systému. Mám za to, že výše zmíněná pochybnost o potřebnosti takového zásahu (tedy že by stačil zásah mírnější) téměř nutně vede k závěru, že intenzita zásahu do veřejného zájmu na akceschopnosti parlamentu by tu byla jen lehká. Přírůstek míry ochrany tohoto veřejného zájmu oproti použití mírnějšího, ale rovněž účinného prostředku (například malými volebními obvody bez modifikace d'Hondtovy formule) je malý, protože patrně nepotřebný.

Tato úvaha vede podle mého názoru k obecnějšímu závěru, že zásah, který neprojde nebo sotva projde testem potřebnosti, by právě z tohoto důvodu téměř nutně prohrál i ve vážící formuli – intenzita dotčení chráněného zájmu tím, že takový nepotřebný nebo sotva potřebný zásah neprovedeme, bude jen lehká a hodnota $I_j = 1$ se projeví na výsledku v neprospěch tohoto chráněného zájmu, jak ostatně brzy uvidíme.

Ještě dodejme, že onen lehký zásah do veřejného zájmu na akceschopnosti parlamentu už je jistý; vytlačení malých stran by tvorbu většin v parlamentu posílilo jistě. Hodnota S_j je tedy 1.

²⁸ Srov. argumentaci ve WINTR, J. Pětiprocentní uzavírací klauzule ve volbách do Evropského parlamentu. In: *Jiné právo* [online]. 3. 1. 2015. Dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.cz/2015/01/jan-wintr-petiprocentni-uzaviraci.html>>.

Tudíž:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^0 \cdot 2^0} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 1 \cdot 1} = \frac{8}{2} = 4$$

Přesvědčivě tedy vítězí potřeba chránit princip poměrného zastoupení, a nastolený volební systém byl tak skutečně protiústavní.

V nálezů Pl. ÚS 14/14 k pětiprocentní klauzuli ve volbách do Evropského parlamentu navázal Ústavní soud na své názory ohledně přípustnosti pětiprocentní klauzule v jiných typech voleb a upozornil na rostoucí význam Evropského parlamentu a potřebu jeho akceschopnosti.²⁹ Odlišil se tak od německého Spolkového ústavního soudu, který posuzuje důvody pro omezení rovnosti volebního práva uzavírací klauzulí přísněji a dospěl k závěru, že omezení pětiprocentní (a pak ani tříprocentní) klauzulí není nezbytné pro akceschopnost Evropského parlamentu.

Pokusme se i tuto kauzu posoudit pomocí Alexyho vážící formule. Abstraktní váha kolidujících principů musí být stejná jako v předchozím případě; jde o tytéž principy a v mezidobí těžko došlo k zásadnímu posunu v jejich obecném vnímání, tedy i zde v čitateli i ve jmenovateli bude $G = 2$.

Intenzitu zásahu do rovnosti volebního práva (poměrné zastoupení totiž ústavní pořádek ČR pro volby do Evropského parlamentu nepožaduje, a Ústavní soud je vázán ústavním pořádkem) vnímám jako lehkou; z používaných disproporčních prvků ve volebních systémech pětiprocentní uzavírací klauzule patří mezi nejmírnější. Lze si představit, že okolnost, že čtyřprocentní straně všechny hlasy propadnou, někdo vnímá už jako zásah střední intenzity. Pokud bychom ale intenzitu zásahu dali střední ($I_1 = 2$), bude nutno snížit hodnotu S_1 na „plauzibilní“ kvůli snížené normativní spolehlivosti takového zásahu v situaci názorové neshody ve společnosti (viz výše).

Neshoda ohledně intenzity dopadu na akceschopnost Evropského parlamentu podle mého názoru velmi dobře vysvětluje rozdíl mezi výsledkem řízení před německým a českým ústavním soudem. Německý ústavní soud považuje dopady zrušení pětiprocentní klauzule na fungování Evropského parlamentu za tak nevýznamné, že to možná hraničí až s propadnutím v testu potřebnosti, a tak intenzita zásahu do akceschopnosti parlamentu bude pro něj nejspíše lehká.³⁰ Český Ústavní soud v bodech 70 a násl. odůvodnění nálezu Pl. ÚS 14/14 s německým ústavním soudem výslovně polemizuje a poukazuje na rostoucí význam Evropského parlamentu a rostoucí potřebu jeho akceschopnosti. S jeho argumenty se ztotožňuji, dávám tedy intenzitu zásahu střední. Empirická nejistota ohledně dopadů na akceschopnost Evropského parlamentu se ale projeví v jen plauzibilní spolehlivosti předpokladů takového zásahu, takže to bude $I_j = 2$ a $S_j = \frac{1}{2}$.

²⁹ Základem řízení byly volební stížnosti České pirátské strany a Strany zelených, které by ve volbách z května 2014 za svých 4,78 %, respektive 3,77 % hlasů při neexistenci pětiprocentní klauzule získaly po jednom mandátu.

³⁰ V rozhodnutí BVerfGE 129, 300 z 9. listopadu 2011 německý ústavní soud sice připustil, že v Evropském parlamentu po zrušení klauzule přibude stran s jedním či dvěma poslanci, ale nejsou doklady, že to způsobí strukturální změny a ovlivní fungování Evropského parlamentu, navíc nutné důvody pro akceschopnost Evropského parlamentu v primárním právu Unie podle něho chybí. Detailněji srov. WINTR, J. Pětiprocentní uzavírací klauzule ve volbách do Evropského parlamentu. In: *Jiné právo* [online]. 3. 1. 2015. Dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.cz/2015/01/jan-wintr-petiprocentni-uzaviraci.html>>.

Ve vážící formuli se to projeví takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}}{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{2}{2} = 1$$

Výsledný pat znamená, jak bylo řečeno výše, prostor pro uvážení zákonodárce, který v tomto případě dal přednost pětiprocentní klauzuli. I tento závěr odpovídá výsledku řízení před Ústavním soudem a diskusím, které v odborné veřejnosti tuto kauzu provázely.

Myslím, že se podařilo prokázat, že i zde lze vážící formuli použít, že tedy její aplikace není omezena na lidskoprávní témata, ale může posloužit i pro poměrování jiných právních principů.

e) Právo na informace o členství soudců v KSČ (I. ÚS 517/10). Touto poslední kauzou se tematicky vracíme na začátek tohoto pojednání, kde jsme se už jednou právem na informace zabývali. Ústavní soud v předmětné věci vyhověl ústavní stížnosti proti odmítnutí žádosti o poskytnutí informace, kteří soudci Vrchního soudu v Olomouci byli ke dni 17. listopadu 1989 členy nebo kandidáty KSČ. Odůvodnění nálezu je značně rozsáhlé a odkazuje na řadu textu včetně filosofických. Lze se i tady zorientovat v problému pomocí Alexyho vážící formule?

Začneme-li abstraktní vahou kolidujícího práva na svobodný přístup k informacím (čl. 17 Listiny) a práva na ochranu soukromí (čl. 10 Listiny), musíme ve shodě s předchozími případy připsat oběma těmto klasickým základním právům váhu střední ($G=2$).

Věnujme se nyní zásahu do práva na informace. Podle Ústavního soudu údaj o členství soudce v KSČ „*se týká veřejné sféry, neboť může být otázkou veřejného zájmu*“ (bod 53 odůvodnění nálezu), o zásah se tedy jedná. Podle Ústavního soudu dále „*informace o členství soudce v KSČ ke dni 17. 11. 1989 představuje jeden z pomocných prostředků občanské společnosti, aby se – v návaznosti na soudcovské rozhodování jednotlivých případů v minulosti a v budoucnosti – ujistila, že konkrétní soudci svou funkci vykonávali a vykonávají v souladu s ústavním cílem svého poslání*“ (bod 75). I s ohledem na tyto argumenty můžeme zásah do práva na informace považovat za středně intenzivní a přitom jistý ($I_1 = 2$; $S_1 = 1$). Pro střední intenzitu hovoří i porovnání tohoto zásahu s odepřením informace o výši platu úředníka, jež Vojtěch Kílian vyhodnotil značně intenzivní zásah (viz výše); ať už ho zařadíme jakkoli, odepření informace o vynakládání veřejných prostředků se mi jeví být závažnějším zásahem do práva na informace než odepření informace o členství soudců v KSČ.

Méně jednoznačné je posouzení, do jaké míry veřejná přístupnost informace o členství v KSČ zasahuje do osobnostní sféry soudce. Ústavní soud k tomu podotýká, že byli soudce členem KSČ, pak „*tím, že po pádu totalitního režimu setrval ve své funkci (či soudcovskou funkci nově nabyt), se dobrovolně a nevyhnutelně vystavil možné veřejné pozornosti a ve vztahu ke své osobě i důsledkům veřejného mínění*“ (bod 116). Negativní pocity spojené s tímto vpádem do soukromí se budou patrně u různých osob dosti lišit, což bude platit obdobně jako v případě veřejné ventilace výše platu. Pro interpretaci práva bude však více než toto subjektivní hledisko důležité hledisko objektivní, tedy,

za jak citelný jako takový je zásah obecně společností považován. Myslím, že v porovnání s jinými možnými zásahy do osobnostní sféry půjde o zásah nejvýše střední ($I_j = 2$).

V kritériu spolehlivosti předpokladů sehraje pak významnou roli jeho normativní složka, tedy míra neshody ve společnosti na tom, za jak citelný zásah do osobnostní sféry soudce to lze považovat. Argumentem ve prospěch spíše lehčí intenzity zásahu může být citovaná úvaha Ústavního soudu v bodě 116, že se soudce přijetím významné veřejné funkce dobrovolně vystavuje veřejné pozornosti. Spolehlivost předpokladů tedy může být nanejvýš na stupni „plauzibilní“ ($S_j = 1/2$).

Výsledek vypadá takto:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{2} = 2$$

Převažuje tedy právo na informace. I v tomto případě docházím k závěru, že Alexyho vážící formule vhodně strukturuje úvahu; případný oponent tohoto závěru (shodného se závěrem Ústavního soudu) by musel argumentovat, proč zásah do práva na informace považuje jen za lehce intenzivní, popřípadě nejistý, anebo proč zásah do osobnostní sféry soudce považuje za značně intenzivní, popřípadě středně intenzivní, ale jistý.

Po představení experimentálního užití vážící formule na některé známé kauzy rozhodované Ústavním soudem, které byly vybírány i s ohledem na jejich pestrost, tedy můžeme přistoupit k závěrečnému shrnutí, co z toho může vyplývat.

3. ZÁVĚR

Především mám za to, že se prokázala hlavní přednost Alexyho vážící formule, totiž zpřehlednění argumentace. Je dobré uvědomit si, zda se náš případný odlišný názor na správný výsledek poměrování opírá o jinou představu abstraktní váhy některého principu (G), zda považujeme zásah do jednoho z kolidujících právních principů za intenzivnější, nebo naopak za méně intenzivní (I), anebo zda se lišíme v názoru na spolehlivost empirických nebo normativních předpokladů ohledně intenzity zásahu (S).

Alexyho vážící formule nám umožňuje identifikovat bod, ohledně kterého se nacházíme ve stavu rozumné neshody, jenž je pro liberální společnost typický.³¹ Vážící formule s třemi proměnnými a třemi stupni je přijatelně jednoduchá, přehledná a použitelná, aniž by nějaké významné kritérium úvahy chybělo.

Rozhodně ale dávám přednost výše popsané jednoduché verzi vážící formule před následující zpracovanější verzí:³²

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n}$$

V zpracovanější formuli Alexy zvlášť uvádí spolehlivost empirických předpokladů a spolehlivost normativních předpokladů, čímž ale ve vzorci roste dopad kritéria

³¹ SOBEK, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 82–90.

³² Srov. např. ALEXY, R. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, č. 11, s. 871.

spolehlivosti předpokladů, které však není podle mého názoru dvakrát důležitější než abstraktní váha principu nebo intenzita zásahu.³³

Je zřejmé, že Alexyho vážící formulí, použijeme-li ji jako analytický nástroj, je třeba vždy používat s rozmyslem, a nikoli mechanicky, a být se vždy vědomi, co porovnáváme s čím a jaká reálná úvaha se za dosazováním čísel skrývá.

Pokud se tohoto postupu budeme držet, mám za to, že vážící formule může být dobrým sluhou, který se dokáže vyhnout úskalím, jež shrnul výše citovaný Pavel Ondřejek. Vyjádřím se postupně ke všem třem kritikám, které uvedl:

Ad 1) *Alexyho vážící formule vytváří zavádějící obraz exaktnosti poměrování.* Jsem přesvědčen, že tomu tak není. Snad se mi na provedených příkladech podařilo ukázat, že vážící formule mnohem spíše strukturuje argumentaci a slouží k odůvodnění, než že by prostě bez dalšího odůvodnění řekla „dvojka“ jako profesor Janda rodičům žáka Plhy v klasickém českém filmu *Marečku, podejte mi pero!* a takový závěr se stal bez dalšího nosným důvodem soudního rozhodnutí.

Ad 3) *Není jasné, jak měřit abstraktní váhu principu v druhém kritériu.* Zde se podle mého názoru ukazuje výhoda třístupňové škály, která umožňuje slušnou míru shody mezi různými interprety i bez exaktního „měření“. Myslím, že výše používaný postup, podle něhož většině základních práv a svobod přiznáme váhu střední, vybraným nejdůležitějším základním právům váhu velkou a například většině sociálních práv a některým veřejným zájmům či ústavním principům váhu malou, nevykazuje žádné mimořádné známky svévole a může být přijat.

Ad 2) *Ona tři kritéria jsou navzájem nesouměřitelná.* Část problému se snad podařilo vyřešit nalezením jednoduchého způsobu, jak se vypořádat s abstraktní vahou principů (G). A další dvě kritéria, totiž intenzita zásahu (I) a spolehlivost empirických a normativních předpokladů (S), spolu úzce souvisejí a nelze je od sebe oddělit. Jen je třeba mít na paměti, jak bylo uvedeno výše, že ve vážící formulí vyjde nastejno, budeme-li zásah považovat za lehký, ale jistý ($1 \times 1 = 1$), nebo za střední, ale v této intenzitě už jen plauzibilní ($2 \times \frac{1}{2} = 1$), popřípadě za značný, ovšem v této intenzitě už jen se spolehlivostí předpokladů na stupni „nikoli evidentně nesprávný“ ($4 \times \frac{1}{4} = 1$). Tato vazba mezi intenzitou

³³ Ukažme si rozdíl na jednoduchém příkladu. Předpokládejme kolizi dvou principů o obvyklé střední abstraktní váze. Zatímco první princip je zasažen středně a jistě, druhý princip je zasažen sice značně, ale spolehlivost jak empirických, tak normativních předpokladů je jen na stupni „plauzibilní“.

V jednoduché vážící formulí o třech číselných v součinu považují za správné udat celkovou spolehlivost předpokladů $S_j = \frac{1}{2}$; tedy, jsou-li empirické i normativní předpoklady plauzibilní, celková spolehlivost předpokladů je na stupni „plauzibilní“. Vyjde to tedy v daném případě jako pat:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i \cdot S_i}{G_j \cdot I_j \cdot S_j} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{4} = 1$$

Pokud bychom ale spolehlivost empirických a normativních předpokladů uváděli zvlášť, převážil by první princip:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i^e \cdot S_i^n}{I_j \cdot G_j \cdot S_j^e \cdot S_j^n} = \frac{2^1 \cdot 2^1 \cdot 2^0 \cdot 2^0}{2^1 \cdot 2^2 \cdot 2^{-1} \cdot 2^{-1}} = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{2} \cdot \frac{1}{2}} = \frac{4}{2} = 2$$

Propracovanější verze Alexyho vážící formule tak dává úvaze o spolehlivosti předpokladů dvojnásobnou váhu oproti úsudku o intenzitě zásahu, což nepovažuji za správné – za klíčové hledisko poměrování pokládám totiž intenzitu zásahu, zatímco ostatní kritéria ho mají doplnit a korigovat, ne ale přebít.

a spolehlivostí zásahu podle mě ozřejmuje, jak se s nimi má v úvaze zacházet, což jsem se rovněž snažil doložit na příkladech.

V souvislosti s aplikací Alexyho vážící formule na konkrétní případy vyvstávají i obecnější otázky týkající se principu proporcionality jako takového. Může být test proporcionality bez významnějších modifikací používán jak na kontrolu ústavnosti právních předpisů, tak na posuzování ústavnosti individuálních zásahů do základních práv? Skýtá ta metodologie dostatek prostoru pro rozhodování demokraticky legitimizovaného zákonodárce? Domnívám se, že odpověď zní v obou případech ano, ale rozbor těchto problémů by již dalece přesáhl rámec tohoto článku.

Alexy's Weight Formula

Jan Wintr

***Abstract:** The proportionality principle is one of the most important contemporary methodological guidelines for decision-making of constitutional courts. In 2003 Robert Alexy introduced his concept of the Weight Formula as a tool for assessment of the most problematic of the three criteria of the proportionality test. The balancing rule of that last criterion has been described by Robert Alexy as follows: "The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other." Alexy's Weight Formula constitutes the subject matter of this paper. The author attempts to elucidate the Formula as clearly as possible and subsequently apply it to a number of selected decisions of the Czech Constitutional Court. The aim of the paper is to experimentally validate the hypothesis that the Weight Formula is a practical as well as convincing instrument of balancing colliding constitutional principles. It should also answer the question to what extent the Formula can help identify the differences in relevant opinions in the event of rational disagreement. The paper concludes the Formula does constitute an applicable instrument of constitutional argumentation. It can be employed in the process of judicial oversight over individual breaches of basic rights as well as exercising constitutional review powers. The Formula's applicability extends even into the sphere of disputes within organic constitutional law. The Weight Formula serves in the very least as a tool to make argumentation of constitutional courts clearer and easier to understand for the public. Among other aspects, the paper reacts to some of the criticisms which have been mounted against the Formula.*

***Key words:** proportionality principle, Weight Formula, constitutional review, fundamental rights*