

STATI

Alexyho teorie proporcionality: kritická reflexe

Zdeněk Červínek*

Abstrakt: Alexyho teorie je pravděpodobně nejpracovanější a nevlivnější teorií proporcionality vůbec. Tento článek ji podrobně analyzuje. Následně též identifikuje její slabá místa a nekonzistentnosti. Těmito jsou především zjednodušující podoba poměrování, je-li nahlíženo skrze tzv. zákon poměrování, neboť jediným relevantním faktorem je zde intenzita zásahu. Současně se jeví jako problematická přílišná složitost poměrování, je-li nahlíženo skrze tzv. vážící formuli. Paradoxem vážící formule je pak to, že navzdory své zmíněné složitosti není způsobila uchopit komplexní realitu normativního světa základních práv. Tato navíc nutně předpokládá kvantifikaci uplatněné argumentace. Ruku v ruce s ní však jde další nebezpečí, kterého se paradoxně vážící formule snažila vyvarovat, a tím je nebezpečí subjektivismu a intuitivnosti soudcovského rozhodování. Může totiž sklouznout k tomu, že do vážící formule budeme dosazovat taková čísla, která nám umožní dobrat se kýženého závěru, respektive budeme tak bagatelizovat či zcela ignorovat některé argumenty, které budou „ležet na stole“. Konečně, faktory, které Alexy považuje za relevantní pro poměrování, nejsou vyčerpávající a nemohou tak v úplnosti uchopit normativní realitu základních práv. Tato zjištění vedou autora k zavržení vážící formule a překonání doslovného znění zákona poměrování, nikoli však k úplnému zavržení Alexyho teorie jako takové. Tato totiž není nesprávná. Je pouze neúplná. Konečně, na základě diskuse odlišných přístupů k poměrování (Barakova a Mölleroва koncepce) autor naznačuje způsob, jak je třeba kritérium poměrování uchopit, abychom překonali nedostatky Alexyho teorie.

Klíčová slova: metoda proporcionality, poměrování, vážící formule, zákon poměrování, proporcionalita jako argumentace

Úvod

V rámci tradice politického liberalismu byla formulována celá řada teorií základních práv. Některé z nich základní práva považují za trumfy¹ či štíty² v rukou jednotlivců, jiné za protipožární zdi (*fire wall*³). Tato tradice se pravděpodobně odvíjí již od díla Immanuel Kanta vycházejícího ze dvou ideálů autonomie a lidské důstojnosti představujících normativní mantinely (*side-constraints*) proti tomu, aby většina mohla jednotlivci vnutit „dobro“.⁴ Teorií, která však nejvíce odpovídá současné praxi ústavních soudů po celém světě, je teorie Roberta Alexyho, která považuje drtivou většinu základních práv utvářejících katalogy

* JUDr. Zdeněk Červínek, Ph.D., je odborným asistentem na katedře ústavního práva Právnické fakulty Univerzity Palackého v Olomouci. E-mail: zdenek.cervinek@upol.cz. Za komentáře k pracovní verzi tohoto textu děkuji doc. Michalu Bartoňovi a také dvěma anonymním recenzentům.

1 DWORIN, Ronald. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikoymenh, 2001.

2 SCHAUER, Frederick. A Comment on the Structure of Rights. *Georgia Law Review*. 1993, roč. 27, č. 2, s. 415–434.

3 HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998, s. 258.

4 KUMM, Matthias. Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights. *International Journal of Constitutional Law*. 2004, roč. 2, č. 3, s. 590.

základních práv (a s nimi i veřejné zájmy) za principy, které jsou způsobilé se vzájemně vyvažovat pomocí metody proporcionality.⁵

Alexy svou teorii rozpracoval ve své dnes již klasické *Teorii základních práv*,⁶ která byla původně publikována německy v roce 1985. Zde formuloval základní východiska své teorie principů a poměřování. Skutečně světového věhlasu se jí však dostalo až s anglickým překladem od Juliana Riverse, který vyšel v roce 2002,⁷ a k němuž Alexy připojil doslov, v němž reagoval na některé názory kritiků. Právě v uvedeném doslovu Alexy poprvé představil svou vážící formuli, kterou dále rozpracoval v celé řadě navazujících časopiseckých článků.⁸

Základním prvkem Alexyho teorie je rozlišení ústavních norem na pravidla a principy. Pravidla představují „normy, které jsou vždy buď splněny, nebo ne“.⁹ Platné pravidlo tudíž za splnění subsumpčních podmínek „přikazuje konat přesně to, co říká, ani víc, ani méně“.¹⁰ Metodou jejich aplikace je tedy subsumpce. Principy naopak podle Alexyho představují „příkazy k optimalizaci v relaci k právním a skutkovým možnostem“.¹¹ Přikazují, aby „něco bylo realizováno v nejvyšším možném rozsahu“,¹² přičemž stupeň naplnění principu je odvislý od právních a skutkových možností. Právní možnosti realizace principu jsou vymezeny protichůdnými principy a pravidly.¹³ Principy tedy posuzovány samostatně představují pouhé *prima facie* příkazy. Uplatnění principu tedy (odhlédneme-li od pravidel) závisí na kolidujících principech, přičemž až výsledek jejich poměřování určí, zda se princip uplatní a v jakém rozsahu. Kolize principů se tak na rozdíl od pravidel řeší jejich poměřováním pomocí metody proporcionality. Tato metoda pak spočívá ve třech dílčích subtestech: vhodnosti, potřebnosti a poměřování (proporcionalita v užším slova smyslu).¹⁴

Alexy tak jako vůbec první postavil do středu teorie základních práv proporcionalitu (obecně) a poměřování (zvláště), které navíc dále podrobněji rozpracoval. Tímto se pro mnohé stal „*prorokem strukturované proporcionality*“.¹⁵ Alexyho teorii tak můžeme bez rozpaků označit za nejlivnější a nejpracovanější teorii proporcionality vůbec. Právě jí, respektive specificky způsobu, jakým Alexy uchopil kritérium poměřování, se budu věnovat v tomto článku. Mám přitom za to, že v českém kontextu je význam Alexyho teorie násoben, a je tudíž třeba se jí podrobně věnovat, protože tato spoluutvářela podobu metody proporcionality v praxi Ústavního soudu ČR (dále jen „Ústavní soud“).

Ústavní soud vůbec poprvé komplexně vymezil svou variantu metody proporcionality v kauze *Anonymní svědek*,¹⁶ jakožto algoritmus tří kroků vhodnosti, potřebnosti a poměřo-

⁵ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 67.

⁶ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, 548 s.

⁷ Tento překlad navíc Rivers doplnil svou obsáhlou a velmi kvalitní předmlouvou, v níž zhodnotil uplatnitelnost Alexyho teorie též pro britský justiční systém po přijetí tzv. *Human Rights Act* a také pro štrasburský systém ochrany základních práv.

⁸ V tomto směru lze odkázat prakticky na jakoukoli Alexyho stať, kterou zde cituji. Především pak viz Alexyho text, který vyšel v českém překladu od J. Broze v časopise *Právník*: ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, roč. 154, č. 11, s. 870.

⁹ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 57.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, s. 67.

¹² *Ibidem*, s. 82.

¹³ *Ibidem*, s. 47 a 82.

¹⁴ *Ibidem*, s. 47–52. Alexyho terminologii by asi spíše odpovídal termín „vážení“, neboť nejčastěji používá pojmy jako „*balancing*“ a „*weighing*“. Nicméně v české teorii a praxi se zažil pojem „*poměřování*“, proto na něm setrvám i já.

¹⁵ ZUCCA, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 28.

¹⁶ Nález sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994.

vání. Konstatoval přitom, že v rámci kritéria poměrování dochází k porovnání závažnosti kolidujících práv, která „*jsou prima facie rovnocenná*“.¹⁷ Ačkoli tento test v sobě nemohl zapřít inspiraci právě teorií Roberta Alexyho, přece jen vykazoval několik „místních specifik“. Konkrétně obsahoval specifickou vážící formuli spočívající na postupném zvažování empirických, systémových, kontextových a hodnotových argumentů (tzv. Holländerova vážící formule).¹⁸ Dalším specifikem bylo, že nad rámec výše uvedených argumentů Ústavní soud do struktury kritéria poměrování zařadil také tzv. test minimalizace zásahu, v jehož rámci docházelo ke „*zvažování využití právních institutů minimalizujících argumenty podložený zásah do [omezovaného základního práva]*“.¹⁹

Navazující praxe však tato specifika překonala a dnes již jde v podstatě o „klon“ Alexyho teorie, respektive praxe Spolkového ústavního soudu, kterou Alexyho teorie rekonstruuje. Pokud jde o test minimalizace zásahu, ten Ústavní soud explicitně prohlásil za tzv. příkaz k optimalizaci, aby jej následně „rozpuštěl“ v rámci struktury metody proporcionality.²⁰ Obdobný osud měla také tzv. Holländerova vážící formule, která byla nahrazena obdobou Alexyho zákona poměrování.²¹ Standardní vymezení kritéria poměrování v současné rozhodovací praxi Ústavního soudu zní následovně:

„Újma na základním právu nesmí být nepřiměřená ve vztahu k zamýšlenému cíli, tj. opatření omezující základní lidská práva a svobody nesmějí, jde-li o kolizi základního práva či svobody s veřejným zájmem, svými negativními důsledky přesahovat pozitiva, která představuje veřejný zájem na těchto opatřeních.“²²

Praxe Ústavního soudu při aplikaci tohoto kritéria však není zcela jednotná. Vedle tohoto vymezení kritéria poměrování pak lze v současné praxi také vysledovat i vymezení kritéria poměrování, které ještě důsledněji následuje Alexyho zákon poměrování.²³ Ústavní soud jej vymezuje následovně: „*čím intenzivnější zásah veřejná moc činí, tím silnější musí na tomto omezení existovat legitimní obecný zájem*“.²⁴ Toto kritérium přitom

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Tuto Ústavní soud abstraktně vymezil a zároveň provedl následovně: „*Empirickým argumentem lze chápat faktickou závažnost jevu, jenž je spojen s ochranou určitého základního práva (v posuzovaném případě jde o nárůst případů vyhrožování a zastrasování svědků ze strany organizovaného zločinu). Systémový argument znamená zvažování smyslu a zařazení dotčeného základního práva či svobody v systému základních práv a svobod (právo na řádný proces je v této souvislosti součástí obecné institucionální ochrany základních práv a svobod). Kontextovým argumentem lze rozumět další negativní dopady omezení jednoho základního práva v důsledku upřednostnění jiného (v daném případě možnost zneužití institutu anonymního svědka v trestním procesu). Hodnotový argument představuje zvažování pozitiv v kolizi stojících základních práv vzhledem k akceptované hierarchii hodnot.“ Ibidem.*

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Viz nálezy sp. zn. Pl. ÚS 4/94 ze dne 12. 10. 1994; sp. zn. Pl. ÚS 41/02 ze dne 28. 1. 2004; sp. zn. Pl. ÚS 34/04 ze dne 14. 7. 2005 či sp. zn. Pl. ÚS 51/06 ze dne 27. 9. 2006.

²¹ K zákonu poměrování viz níže pozn. č. 42 a k ní připojený text.

²² Viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 9/07 ze dne 1. 7. 2010, bod 44; sp. zn. Pl. ÚS 7/09 ze dne 4. 5. 2010, bod 32; sp. zn. Pl. ÚS 15/10 ze dne 25. 1. 2011, bod 53; sp. zn. Pl. ÚS 8/06 ze dne 1. 3. 2007, bod 28; sp. zn. Pl. ÚS 24/11 ze dne 20. 12. 2011, bod 19; sp. zn. I. ÚS 2485/13 ze dne 2. 12. 2013, bod 67; sp. zn. Pl. ÚS 3/16 ze dne 10. 7. 2018, bod 89; sp. zn. Pl. ÚS 27/16 ze dne 18. 12. 2018, body 51 a 94; sp. zn. Pl. ÚS 6/17 ze dne 20. 2. 2018, bod 131; sp. zn. Pl. ÚS 32/15 ze dne 6. 12. 2016, bod 56.

²³ Konečně, praxi Ústavního soudu též výrazně ovlivňuje praxe Evropského soudu pro lidská práva. Ústavní soud tak občas vymezuje kritérium poměrování po jeho vzoru jako zkoumání, zda se orgánům veřejné moci podařilo nalézt „*spravedlivou rovnováhu*“ mezi kolidujícími zájmy (viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 5/01 ze dne 16. 10. 2001; sp. zn. II. ÚS 3035/12 ze dne 5. 3. 2014, bod 47; sp. zn. I. ÚS 668/15 ze dne 11. 8. 2015, bod 29 či sp. zn. IV. ÚS 1378/16 ze dne 17. 10. 2017, bod 119). Těmto formulačním odlišnostem však nelze připisovat větší význam, neboť tyto termíny jsou používány v zásadě *promiscue*.

²⁴ Viz např. nálezy sp. zn. Pl. ÚS 15/10 ze dne 25. 1. 2011; nálezy sp. zn. Pl. ÚS 38/09 ze dne 3. 8. 2011, bod 26; nálezy sp. zn. I. ÚS 823/11 ze dne 6. 3. 2012, bod 18, nálezy sp. zn. Pl. ÚS 2/17 ze dne 18. 7. 2017, body 40, 58 a 59.

někdy stojí samostatně nebo i vedle výše citovaného kritéria poměřování spočívajícího v posuzování pozitiv a negativ zásahu. V nálezu sp. zn. Pl. ÚS 2/17 přitom Ústavní soud navíc vůbec poprvé (a zatím naposled) doplnil uvedenou vážící formuli také o škálu pro hodnocení intenzity zásahu, respektive důležitosti důvodů svědčících pro omezení základních práv.²⁵

Jak už jsem výše naznačil, Alexyho teorie je v současnosti pravděpodobně nejvlivnější teorií základních práv na světě. To ji však nechránilo od kritiky, ba naopak. Např. Kai Möller či Mattias Kumm poukazují na pouze formální povahu Alexyho teorie,²⁶ kterou je třeba vyplnit substantivní argumentací. Poměřování pak podle nich nelze ztotožnit s pouhým „utilitaristickým kalkulem“ a normativní svět redukovat pouze na otázku „váhy“ kolidujících principů.²⁷ Matthias Jestaedt pak také kritizuje Alexyho vážící formuli s tím, že „slibuje stupeň určitosti a preciznosti v aplikaci, které [však] není schopna dostát. [...] [J]ejí tvrzená či aspoň naznačovaná preciznost se ukázala být pouhou iluzí, a metodologickou chimérou.“²⁸ V podobném duchu se nese také námitka Stavrose Tsakyrakise, který hovoří o „mýtu matematické preciznosti“.²⁹

Alexyho teorie byla též předmětem diskuse na stránkách tohoto časopisu, na kterou bych chtěl navázat. Pavel Ondřejek v rámci této diskuse kriticky zhodnotil Alexyho teorii, neboť její důraz na optimalizaci kolidujících hodnot neponechává dostatečný prostor pro diskreci orgánů veřejné moci (především zákonodárců). Dále též odmítl Alexyho vážící formuli, neboť tato nutně spočívá na kvantifikaci jednotlivých argumentů. Není tak podle něj způsobilá překonat námitku nesouměřitelnosti, neboť faktory (proměnné) relevantní pro poměřování, které jsou reflektovány vážící formulí, nejsou navzájem souměřitelné.³⁰ Nelze podle něj tedy abstraktně stanovit „mechanická“ pravidla o přednosti jednoho principu před druhým jako kupříkladu to, že „střední zásah do základního práva s nízkou abstraktní vahou, který bychom hodnotili z hlediska spolehlivosti empirických a normativních zjištění jako jistý, by se rovnal nízkému zásahu do základního práva s vysokou abstraktní vahou, který bychom opět z hlediska spolehlivosti empirických a normativních zjištění hodnotili jako pravděpodobný.“³¹ Naopak, poměřování vnímá jakožto rámec právní argumentace, který je způsobilý inkorporovat „neuzavřený počet argumentů“ vztahujících se k rozhodované věci.³²

Jan Wintr pak k Alexyho teorii obecně, a vážící formulí zvláště, zaujal výrazně přívetivější stanovisko. Ve svém článku se přitom pokusil rekonstruovat vybrané případy rozhodované v minulosti Ústavním soudem právě skrze Alexyho vážící formuli. Na tomto základě dospěl k závěru, že vážící formule představuje praktický a přesvědčivý nástroj poměřování kolidujících principů, který může přispět ke zpřehlednění argumentace

²⁵ Nález sp. zn. Pl. ÚS 2/17 ze dne 18. 7. 2017, bod 59.

²⁶ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 1–2.

²⁷ Ibidem, s. 200. KUMM, Mattias. *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights*, s. 592.

²⁸ JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing—Its Strengths and Weaknesses. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 163.

²⁹ TSAKYRIKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*, 2009, roč. 7, č. 3, s. 472.

³⁰ ONDŘEJEK, Pavel. Poměřování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 4, s. 367–368.

³¹ Ibidem, s. 363.

³² Ibidem, s. 368.

a k identifikaci tzv. rozumné neshody. V tomto duchu tedy konstatoval, že vážící formule je „přijatelně jednoduchá, přehledná a použitelná, aniž by [v ní] nějaké významné kritérium úvahy chybělo“.³³ Současně odmítá námitku o vzájemné nesouměřitelnosti jednotlivých proměnných v rámci vážící formule. Má totiž za to, že v rámci kritéria abstraktní váhy „většině základních práv a svobod přiznáme váhu střední, vybraným nejdůležitějším právům váhu velkou a například většině sociálních práv a některým veřejným zájmům či ústavním principům váhu malou“.³⁴ Zbývá dvě kritéria, tj. intenzita zásahu a míra spolehlivosti empirických a normativních předpokladů „spolu úzce souvisejí a nelze je od sebe oddělit. Jen je třeba mít na paměti, [...] že ve vážící formuli vyjde nastejno, budeme-li zásah považovat za lehký, ale jistý [...], nebo za střední, ale v této intenzitě už jen plauzibilní“.³⁵

Pro mne osobně Alexyho teorie sehrála „iniciační roli“ při studiu metody proporcionality i obecnější teorie základních práv.³⁶ Navzdory tomu k ní však nejsem nekritický. Mé stanovisko, které zde budu hájit, se tudíž blíží výše uvedené pozici Pavla Ondřejka odmítající Alexyho vážící formuli. Mám totiž za to, že argumentaci základními právy či jinými ústavními principy nelze jednoduše kvantifikovat a vnímat ji jako mechanický postup či výpočet. Naopak, poměřování je spíše formou praktické argumentace (*practical reasoning*), která musí citlivě reagovat na kontext rozhodovaného případu a především pak musí brát dostatečně vážně v úvahu substantivní obsah základních práv.³⁷ Postupují však jinak než Pavel Ondřejek a v tomto textu se tedy nebudu věnovat ani problematice intenzity přezkumu, ani námitce nesouměřitelnosti. Jednak zde pro to není dostatek místa a současně se jim (byť v poněkud odlišném kontextu) věnuji v jiných textech.³⁸ Navíc s jeho závěry v zásadě souzním, není tudíž důvod pro to, abych je zde opakoval.

Tuto studii tudíž koncipuji následovně. Nejprve podrobně shrnuji Alexyho teorii poměřování a její hlavní komponenty, tj. zákon poměřování a vážící formuli. Na základě této analýzy pak identifikuji diskrepance, nedostatky a možná nebezpečí, která se v jeho teorii skrývají. Dospívám přitom k závěru, že metoda proporcionality v Alexyho pojetí spočívá na zvláštním paradoxu, kdy nahlížíme-li ji skrze zákon poměřování, je příliš zjednodušující, a zároveň nahlížíme-li na ni skrze vážící formuli, je naopak nepoužitelná v aplikační praxi.³⁹ V praxi totiž bude aplikována pouze v podobě zákona poměřování, čímž však nepřipustně zjednodušuje normativní povahu základních práv na pouhou otázku intenzity zásahu. Naopak nahlížení skrze vážící formuli pak může evokovat, že poměřování je pouhým „utilitaristickým kalkulem“.⁴⁰ Druhým paradoxem vážící formule je to, že navzdory své složitosti není způsobilá uchopit komplexní realitu normativního světa základních

³³ WINTR, Jan. Alexyho vážící formule. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 459–460.

³⁴ *Ibidem*, s. 460.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Již dříve jsem se „vyznal“ z inklinace k Alexyho teorii. Viz např. ČERVÍNEK, Zdeněk. Möller Kai. The Global Model of Constitutional Rights. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 6, s. 550.

³⁷ Viz dila citovaná pod pozn. č. 25–26. Dále též např. SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*. London: Routledge, 2017, s. 195.

³⁸ K intenzitě přezkumu viz např. texty: ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*. 2015, roč. 24, č. 4, s. 21–29. ČERVÍNEK, Zdeněk. Doktrína *reasonableness* a ochrana socio-ekonomických práv v Jihoafrické republice: Variace na metodu proporcionality nebo modifikace paradigmatu základních práv? *Právník*. 2018, č. 6, s. 465–494. ČERVÍNEK, Zdeněk. Poměřovat, anebo nepoměřovat sociální práva? K otázce, zda lze test racionality považovat za variaci na metodu proporcionality. *Jurisprudence*. 2019, č. 3, s. 15–27. K námitce nesouměřitelnosti pak viz: ČERVÍNEK, Zdeněk. Proporcionalita. In: SOBEK, Tomáš – HAPLA, Martin a kol. *Filosofie práva*. Brno: Nugsis Finem Publishing, 2020, s. 380–384.

³⁹ SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 186.

⁴⁰ Jakkoli jsem přesvědčen, že toto není Alexyho postoj, tak jistě je, že jeho teorie toto zdání může v někom budít.

práv. Kvantifikace, která je s ní nutně spjata, s sebou nese ještě jedno nebezpečí, kterého se paradoxně vážící formule snažila vyvarovat, a tím je nebezpečí subjektivizmu a intuitivnosti soudcovského rozhodování. Může totiž sklouznout k tomu, že do vážící formule budeme dosazovat taková čísla, která nám umožní dobrat se kýženého (intuitivně zformovaného) závěru, respektive budeme tak bagatelizovat či zcela ignorovat některé argumenty, které budou „ležet na stole“.

Tyto námitky mě vedou k závěru o nutnosti odmítnutí Alexyho vážící formule a nezbytnosti odlišného nahlížení na zákon poměřování. Nemyslím si, že by však bylo třeba odmítnout Alexyho teorii jako celek. Je tudíž otázkou, jak její nedostatky překonat. Za tímto účelem následně v krátkosti shrnuji další vlivné přístupy k poměřování, a to přístupy Aharona Baraka a Kaie Möllera. V diskusi s nimi se snažím navrhnout, jak je třeba na kritérium poměřování (vnímaného skrze zákon poměřování) nahlížet, abychom se vyhnuli výše uvedeným nedostatkům Alexyho teorie.

1. Alexyho teorie proporcionality

1.1 Zákon poměřování a triadická škála

Charakter principů jakožto příkazů k optimalizaci Alexyho vede k nutnému spojení právních principů s principem proporcionality. Jak jsem již uvedl výše, tradiční struktura metody proporcionality sestává ze tří kroků: vhodnosti, potřebnosti a poměřování (principu proporcionality v užším slova smyslu). První dva kroky tohoto testu se vztahují ke skutkovým možnostem realizace principu, tj. zda je možné vyvarovat se kolizí principů a případně je minimalizovat (vyvarovat se zamezitelných nákladů).⁴¹ Jinými slovy by se též dalo říci, že kritéria vhodnosti a potřebnosti zkoumají, zda skutečně existuje konflikt dvou principů, nebo zda se tomuto konfliktu lze vyhnout. Je možné realizovat to, co po nás princip žádá, aniž bychom omezili princip druhý?

V případě, že se vzniku takovéto nevyžádané újmy není možné vyhnout a principy skutečně kolidují, pak je jeden z principů nutně omezit. „*Náklady jsou [tudíž] nevyhnutelné.*“⁴² Je proto třeba přistoupit k jejich poměřování, respektive určit podmíněnou přednost mezi nimi. Kritérium poměřování v tomto směru vyjadřuje tezi, že „*principy jsou příkazy k optimalizaci ve vztahu k právním možnostem.*“⁴³ Právní možnosti realizace principu určují právě kolidující principy. Kritérium poměřování může být vyjádřeno jako pravidlo ospravedlňující závěr o vztahu podmíněné přednosti, které Alexy ztotožňuje se svým proslulým zákonem poměřování,⁴⁴ který zní následovně:

*„Čím vyšší je stupeň nenaplnění nebo újmy způsobené jednomu principu, tím větší musí být důležitost naplnění principu druhého.“*⁴⁵

⁴¹ ALEXY, Robert. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, s. 870.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 401.

⁴⁴ Alexy používá termín „*law of balancing*“. Jan Broz, který překládal Alexyho výše citovaný článek publikovaný v *Právniku*, zvolil termín „*pravidlo poměřování*“. Viz ALEXY, Robert. *Důstojnost a proporcionalita*, s. 870. Výše uvedený pojem mi však přijde v kontextu Alexyho analytického a vědeckého přístupu přílehavější, neboť mi evokuje exaktnost přírodních věd.

⁴⁵ V anglickém překladu zní zákon poměřování následovně: „[t]he greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other“. Viz např. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 102; ALEXY, Robert. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, s. 870.

Poměřování tedy můžeme rozložit do tří kroků. V prvním kroku se určí stupeň nenaplnění či újmy prvního principu. V druhém kroku se určí důležitost naplnění kolidujícího principu. Konečně třetí krok určuje, zda důležitost naplnění druhého principu ospravedlňuje omezení principu prvního.⁴⁶ Alexy zahrnuje pojmy „stupeň nenaplnění či újmy“ a „důležitost naplnění“ pod jeden zastřešující pojem „intenzity zásahu“, neboť důležitost naplnění kolidujícího principu lze také vyjádřit jako zásah-újma, která by tomuto principu vznikla, pokud bychom upustili od zásahu do omezovaného principu. Kritérium intenzity zásahu tak lze vztáhnout jak k principu omezovanému, tak k principu s ním kolidujícímu.⁴⁷ Ostatně, v rámci vážící formule, k níž se dostanu vzápětí, oba pojmy řadí pod stejnou proměnnou (I). Dále tedy budu tyto pojmy používat jako synonyma.

Rozložení procesu poměřování do těchto tří kroků Alexy považuje za velmi důležité pro posouzení toho, zda lze poměřování považovat za racionální proces. Kolize principů se řeší jejich poměřováním, jehož výsledkem je závěr o vztahu podmíněné přednosti mezi principy,⁴⁸ tj. poměřování určuje, který z kolidujících principů má v konkrétním případě dostat přednost. Má-li být totiž závěr o podmíněné přednosti jednoho principu před druhým racionálně ospravedlněn, musíme oddělit duševní proces vedoucí k výroku o přednosti od samotného ospravedlnění.⁴⁹ Poměřování tedy bude racionální potud, pokud závěr o přednosti jednoho principu před druhým může být ospravedlněn.⁵⁰ Jinými slovy, poměřování bude racionální do té míry, dokud bude možné učinit racionální závěry o intenzitě zásahu do omezovaného principu, respektive důležitosti naplnění principu druhého a konečně o vztahu mezi nimi.⁵¹

Zákon poměřování tedy pro Alexyho zároveň představuje spojnicí s jeho diskurzivní teorií právní argumentace.⁵² Identifikuje totiž kritéria významná pro poměřování (výroky o stupních nenaplnění či újmy jednoho principu, respektive důležitosti naplnění principu druhého) a určuje, jaký mezi nimi musí být vztah, abychom mohli dospět k závěru o přednosti jednoho principu před druhým.⁵³ Zákon poměřování tedy sice sám o sobě neposkytuje argument pro to, jak má být kolize principů v konkrétním případě rozřešena, nýbrž je pouze strukturou tohoto argumentu.⁵⁴ Označuje tedy to, co má být ospravedlněno.⁵⁵ Ospravedlnění je však zprostředkováno až dalšími argumenty.

Závěry o intenzitě zásahu a stupních důležitosti, představují předmět hodnocení a z hlediska zákona poměřování je můžeme kategorizovat na třístupňové škále, což nám umožní jejich „zvážení“.⁵⁶ Jednotlivé stupně této škály lze označit „lehký“ („malý“ či „slabý“), „střední“ a „závažný“ („vysoký“ nebo „silný“).⁵⁷ Takto lze přitom postupovat jak v případech, jejichž předmětem jsou materiální statky, jež lze snadno vyčíslit cenou (například

⁴⁶ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 401.

⁴⁷ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. *A Structural Comparison*. *Ratio Juris*. 2003, roč. 16, č. 4, s. 440.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 100.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 100–101.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Více viz ALEXY, Robert. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 177 an. Srov. též WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce (Úvod do teorie práva)*. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 182–183.

⁵³ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 105.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 107.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 105–107.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 440–442.

⁵⁷ *Ibidem*.

cena vyvlastňované nemovitosti), tak i v případech imateriálních statků jako jsou např. osobnostní práva.⁵⁸ Alexy poukazuje na to, že předmětná škála nemusí být nutně třístupňová. Musí však spočívat alespoň ve dvou stupních, přičemž horní hranice není teoreticky nijak omezena. Praktickou podmínkou nicméně je, že počet stupňů na stupnici nesmí být příliš vysoký, neboť tím by se znemožnila racionální kategorizace výroků na této škále a přiřazení jim adekvátních hodnot. Hranicí pro konstrukci takovéto škály je proto reálnost jejího uplatnění, a tedy způsobilost interpreta rozlišovat mezi jednotlivými stupni.⁵⁹

1.2 Vážící formule

Alexy kritérium poměřování strukturované podle zákona poměřování považuje ve většině případů za dostatečné. Sám ostatně poukazuje na to, že v praxi mnoha soudů se již takto strukturované kritérium zažilo a nečiní jim sebemenší potíže jej aplikovat. Některé komplexnější případy však budou vyžadovat „*preciznější a úplnější popis struktury poměřování*“.⁶⁰ Tuto komplexnější strukturu Alexy vyjadřuje skrze tzv. vážící formuli, která představuje deduktivní schéma ilustrující to, jak bude poměřování (doslovně „*vážení*“) probíhat, a jehož prostřednictvím je možno se dobrat výsledku o přednosti jednoho principu před druhým.⁶¹ Alexy svou vážící formuli vyjádřil následujícím vzorcem:⁶²

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

Hodnota $G_{i,j}$ vyjadřuje konkrétní váhu omezovaného principu P_i ve srovnání s kolidujícím principem P_j ve světle konkrétního případu.⁶³ Je určena kvocientem součinů pro poměřování relevantních faktorů. Horní část zlomku (dělnec) tedy zobrazuje omezovaný princip (P_i), kdežto jeho dolní část (dělník) znázorňuje princip s ním kolidující (P_j). Vážící formule tak pod jednotlivými proměnnými identifikuje kritéria (faktory) relevantní pro poměřování na straně obou těchto principů, proto tyto hodnoty nacházejí své vyjádření na obou stranách zlomku. Zvláštní význam klade Alexy na proměnnou I , představující „*stupeň nenaplnění či újmy*“ omezovaného principu P_i (I_i), respektive „*důležitost naplnění*“ principu druhého P_j (I_j),⁶⁴ kterou lze též vyjádřit jako újmu, která by tomuto

⁵⁸ Ibidem, s. 437–438.

⁵⁹ Ibidem, s. 440–445.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, s. 871.

⁶¹ Použití deduktivních metod je „*vážení vlastní*“ a Alexy ji jako jedinou spojuje s „*konceptem správnosti*“. Formální deduktivní struktura tak poskytuje vážení „*interní ospravedlnění*“. Vážící formule je schématem analogickým k subsumpční formuli, užívané při aplikaci práva metodou subsumpcie, konstruované pomocí výrokové, predikátové a deontické logiky. ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 433–435. Kriticky k tomuto analogickému vztahu SCHAUER, Frederick. *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. Law & Ethics of Human Rights*. 2010, roč. 4, č. 1, s. 34–45.

⁶² ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 446. Alexy též již prezentoval odlišnou variantu vážící formule, v níž dále rozdělil proměnnou S reprezentující spolehlivost empirických a normativních předpokladů poměřování na dvě části, Se a Sn , tj. na spolehlivost empirických předpokladů a spolehlivost normativních předpokladů. Viz např. ALEXY, Robert. *Proportionality and Rationality*. In: JACKSON, Vicki C. – TUSHNET, Mark (eds). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 18.

⁶³ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 444. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation. International Journal of Constitutional Law*. 2005, roč. 3, č. 4, s. 575–576.

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, s. 870.

principu vznikla, pokud bychom upustili od zásahu do omezovaného principu. Tuto proměnnou Alexy souhrnně označuje jako intenzitu zásahu.

Proměnná G pak vyjadřuje abstraktní váhu kolidujících principů Pi (Gi) a Pj (Gj). Alexy přitom konstatuje, že pokud je abstraktní váha principů stejná, pak se jejich hodnoty navzájem „ruší“ a v rámci vážící formule nehrají žádnou roli.⁶⁵

Poslední z proměnných ve vážící formuli, proměnná S, má na rozdíl od proměnných I a G, které zachycují substantivní povahu základních práv, odlišný charakter. Vyjadřuje totiž míru spolehlivosti empirických a normativních předpokladů (premis) výroků určitých předešlými proměnnými, tj. především otázky intenzity zásahu.⁶⁶ Tato proměnná tedy vychází z uvědomění, že následky předpokládané proměnnými I a G vždy nemusí s jistotou nastat, respektive na jejich hodnocení nemusí panovat stoprocentní shoda. Ukazuje nám tedy, že naše poznání má své limity, jedná se tedy o faktor epistemický.⁶⁷ Na základě těchto úvah tedy Alexy formuluje druhý, neboli epistemický zákon poměrování, který zní následovně:

„Čím těžší je zásah do základního práva, tím větší musí být jistota o premisách, na nichž je založen.“⁶⁸

Vážící formule vyjadřuje, který ze dvou kolidujících principů má v konkrétním případě získat přednost. Pro to, abychom tedy Alexyho vážící formuli „rozhýbali“ a tohoto výsledku se dobrali, je však třeba za proměnné dosadit čísla. Je tedy nezbytné argumenty učiněné interpretem kvantifikovat.⁶⁹ Jinými slovy řečeno, závěry učiněné interpretem stran intenzity zásahu a abstraktní váhy principů je tedy třeba kategorizovat na triadické škále a tyto hodnoty následně vyjádřit skrze čísla. Pro tyto účely Alexy navrhuje, aby byly hodnotám lehký, střední a těžký výše zmíněné triadické škály přiřazeny číselné hodnoty na geometrické řadě 2^0 , 2^1 a 2^2 , tedy 1, 2 a 4.⁷⁰ Obdobnou triadickou škálu lze konstruovat i pro epistemickou část vážící formule. Stupně spolehlivosti výchozích premis lze označit jako „jistý“, „plausibilní“ a „nikoliv evidentně nepravdivý“.⁷¹ Těmto pak následně přiřadit hodnoty 2^0 , 2^1 , a 2^{-2} , tedy 1, $\frac{1}{2}$ a $\frac{1}{4}$.⁷² Tyto triády budou dle Alexyho ve většině případů pro rekonstrukci rozhodnutí ústavních soudů dostačující. V případech velmi intenzivních zásahů či hodnot s velmi vysokou abstraktní vahou, jako je např. lidská důstojnost, pak Alexy navrhuje aplikaci podrobnější, dvojité-triadické škály, která na místo se třemi hodnotami operuje se šesti.⁷³ Pro běžnou praxi je však výchozí triadická škála dostačující, spokojme se tedy s ní.

Důvodem, proč hodnoty na výše uvedené škále Alexy řadí podle geometrické řady, respektive proč tyto rostou exponenciálně, je ten, že tím chce vyjádřit vztah nepřímé úměry v růstu rezistence základních práv vůči jejich omezením. Geometrické řady 1, 2 a 4,

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem. ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 444, 446.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, s. 870.

⁶⁸ Ibidem, s. 871. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 418.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 440.

⁷⁰ Ibidem, s. 444. ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 576.

⁷¹ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 447.

⁷² Ibidem.

⁷³ ALEXY, Robert. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, s. 872.

respektive 1, $\frac{1}{2}$ a $\frac{1}{4}$ mají znázorňovat skutečnost, že relativní váha principu roste exponenciálně v návaznosti na to, čím větší je intenzita zásahu do něj a čím vyšší je spolehlivost premis, na nichž je tento závěr založen. Totéž platí i opačně, tj. že konkrétní váha principu exponenciálně klesá s klesající intenzitou zásahu a také mírou spolehlivosti premis, na nichž je závěr o intenzitě zásahu založen.⁷⁴

Shrňme si tedy výše provedené kroky. Už jsme provedli interpretaci kolidujících principů v kontextu rozhodovaného případu, výsledky interpretačního procesu jsme kvantifikovali, dosadili do vážící formule. Vzali jsme si kalkulačku a všechno vynásobili a vydělili a teď máme asi stejný pocit jako postavy známého románu Douglase Adamse *Stopařův průvodce po Galaxii*, když zjistily, že odpovědí na „základní otázku života, vesmíru a vůbec“ je číslo 42. Ještě totiž nejsme na konci, ještě zbývá výsledek vážení interpretovat v intencích vážící formule.

Výsledek vážící formule vyjadřuje vztah podmíněné přednosti dvou principů, tj. má vyjádřit, který z principů získá přednost za okolností konkrétního případu. Tento vztah je přitom ve vážící formuli konstruován jako kvocient součinů několika proměnných. Výsledky provedeného dělení tedy mohou být následující: vyšší než 1, nižší než 1, nebo 1 rovná. Výše jsem uvedl, že hodnota dělence reprezentuje princip, který je omezován, a dělitel zase princip s ním kolidující. Omezovaný princip (Pi) tedy získá přednost, bude-li mít vyšší relativní váhu, než kolidující princip, tj. jestliže výsledek dělení bude větší než 1. Naopak, pokud výsledek dělení bude nižší než 1, tak získá přednost princip kolidující (Pj), neboť jeho relativní váha je vyšší a tím i její kvantifikovaná podoba vyjádřená skrze vážící formuli, neboť dělitel má vyšší hodnotu než dělenec.⁷⁵ V případech, kdy výsledek bude roven 1, dochází k patu (v takové situaci má dělenec i dělitel stejnou hodnotu: 1/1, 2/2, 4/4). Patové situace přitom Alexy vyhrazuje jako prostor (strukturální) diskrece orgánu, jehož rozhodnutí je přezkoumáváno⁷⁶ – nejčastěji tedy obecného soudu v řízení o ústavních stížnostech a zákonodárce v řízení o kontrole norem.

Z výše uvedeného však plyne, že vážící formule nebude vždy aplikovatelná ve výše uvedené úplné podobě. Jak totiž bylo již výše uvedeno, bude-li hodnota některé z proměnných u obou principů totožná, tyto se budou vzájemně negovat a nebude se k nim přihlížet.⁷⁷ Proměnné má smysl explicitně zařadit do vážící formule a vzít je tak v potaz pouze tehdy, když budou mít odlišnou hodnotu.⁷⁸ V případech kritéria abstraktní váhy principu však Alexy spíše předpokládá opak, tj. že principy (tj. jak základní práva, tak veřejné zájmy) mají ve většině případů stejnou abstraktní váhu. Nicméně i zde připouští existenci – byť zřídkavých – výjimek. Např. právo na život má podle jeho názoru v abstraktní rovině větší váhu než obecný princip autonomie či právo vlastnické.⁷⁹ Obdobně, lidská důstojnost bude mít vyšší abstraktní váhu než ostatní práva a veřejné zájmy, čímž si Alexy vysvětluje tendence tento princip absolutizovat.⁸⁰ Bude-li se však jednat o standardní

⁷⁴ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 446. SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 189.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 576.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 443–445.

⁷⁷ *Ibidem*, s. 440, 446–447.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 446.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 440–448. ALEXY, Robert. *Comments and Responses*. In: KLATT, Matthias (ed.). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 328–329.

⁸⁰ ALEXY, Robert. *Lidská důstojnost a princip proporcionality*, s. 870.

situaci, v níž abstraktní váha kolidujících principů bude totožná, pak bude mít vážící formule následující podobu:

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

Tím však dekonstrukce vážící formule nekončí. Jak jsem uvedl výše, podle Alexyho je z praktického hlediska stěžejní vyjádření poměrování skrze zákon poměrování, v němž je relevantní pouze jedna z výše uvedených veličin komplexní vážící formule a tou je intenzita zásahu. Kromě toho zbylá kritéria, tj. abstraktní váha principu a míra spolehlivosti normativních a empirických předpokladů, budou nejčastěji totožná. Jejich promítnutí do vážící formule by proto postrádalo smysl, neboť bychom jim museli přiřknout identickou hodnotu na obou stranách zlomku a tyto by se tím také vyrušily. Vyjádříme-li tedy zákon poměrování skrze vážící formuli, dostaneme její nejjednodušší variantu:⁸¹

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Aplikaci vážící formule Alexy tradičně demonstruje na kauze *Titanic*.⁸² V tomto případě šlo o to, že satirický časopis *Titanic* označil ochrnutého důstojníka v záloze povoláného do aktivní služby jako „rozeného vraha“⁸³ a v dalším čísle časopisu pak jako „kripla“. Obecný soud přisoudil důstojníkovi odškodnění ve výši 12 000 německých marek. Výši odškodnění posoudil Spolkový ústavní soud jako „vážný“ zásah do svobody projevu časopisu, který by mohl mít tzv. *chilling effect* a mohl by tak do budoucna „ztupit ostří“ satiry a ovlivnit tak povahu dalších čísel časopisu. Označení „rozený vrah“ přitom Spolkový ústavní soud v kontextu satirického obsahu časopisu nepovažoval za porušení osobnostních práv důstojníka, neboť tento bylo možné kategorizovat jako „střední či pouze lehký“.⁸⁴ Vyjádřeno skrze vážící formuli je poměr obou principů následující: $4/2 = 2$. Jelikož je podíl vyšší než 1, převážila svoboda projevu časopisu. Na této bázi tedy nebylo možné přiznat dotčenému důstojníkovi náhradu nemateriální újmy a ústavní stížnosti bylo v této části třeba vyhovět.⁸⁵

Pokud jde o výrok, jímž byl ochrnutý důstojník označen za „kripla“, tento byl Spolkovým ústavním soudem vyhodnocen jako „závažné“ porušení jeho osobnostních práv. Důležitost ochrany osobnosti je tudíž velká. Takovéto označení ochrnuté osoby bylo totiž podle mínění soudu „ponižující“ a vyjadřovalo „nedostatek respektu“.⁸⁶ V tomto případě tedy poměřujeme vážný zásah do svobody projevu oproti velké důležitosti ochrany osobnosti. Opět, uvedené lze vyjádřit skrze vážící formuli následovně: $4/4 = 1$. Uvedený výrok tedy představuje pat, neboť konkrétní váha svobody projevu se bude rovnat 1. Rozhodnutí

⁸¹ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 575.

⁸² Viz rozhodnutí Spolkového ústavního soudu BVerfGE 86,1. Citováno dle ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 437–439.

⁸³ Myšleno ve smyslu rodného příjmení.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 437–439.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

obecného soudu tudíž nebylo možné označit za nepřiměřené, neboť spadá do sféry jeho diskrece a ústavní stížnost tedy v této části nebyla úspěšná.⁸⁷

Vážíci formule má tedy názorně ilustrovat racionalitu procesu poměřování. Prostřednictvím tohoto formálního schématu je podle Alexyho možné dospět k závěru o podmíněné přednosti mezi dvěma kolidujícími principy.⁸⁸ Jejím účelem je mj. rekonstruovat formální strukturu kritéria poměřování, jedná se tedy o pouhou strukturu argumentu, nikoli argument samotný. Musí tedy být následně vyplněna konkrétními výroky a ty musí být dále racionálně ospravedlněny dalšími argumenty. Její racionalita, a tím pádem i racionalita poměřování, tedy závisí na otázce, zda premisy vážíci formule mohou být racionálně ospravedlněny.⁸⁹ Jinými slovy, zda je možné racionálně odůvodnit výroky vztahující se ke kritériím poměřování (označených proměnnými) a jenž jsou ve vážíci formulě pouze pro ilustraci zastoupeny čísly. Reálné premisy vážíci formule nejsou čísla, nýbrž úsudky či výroky o stupních intenzity zásahu, abstraktní váhy principů a spolehlivosti těchto premis.⁹⁰

Za příklad takového výroku nám zde může posloužit výše rozebíraný případ *Titanic*: Veřejné označení těžce ochrnuté osoby satirickým časopisem za kripla představuje závažný zásah do jejích osobnostních práv.⁹¹ Takovýto výrok je způsobilý k tomu, aby byl ospravedlněn pomocí další argumentace.⁹² Spolkový ústavní soud v tomto směru – zjednodušeně řečeno – argumentoval tím, že označení ochrnutého důstojníka za „*kripla*“ bylo ponižující a neuctivé.⁹³

2. Kritické zhodnocení Alexyho koncepce poměřování

Při prvním nahlédnutí do jakéhokoli Alexyho textu o poměřování asi téměř každého čtenáře, který nebyl předem varován, zarazí jeho složitost. Především pak jeho „fetiš“ vyjadřovat poměřování principů ve vzorcích budí ve stejné míře obdiv⁹⁴ i posměšky.⁹⁵ Na první (a pravděpodobně i na druhý) pohled se takovému čtenáři bude zdát Alexyho teorie velmi komplexní a složitá.

Avšak zásadní otázkou je, jestli neslibuje více, než je schopna ve skutečnosti poskytnout.⁹⁶ Alexy ztotožňuje kritérium poměřování se svým zákonem poměřování, který staví do středu svých úvah, a který za současné aplikace triadické škály považuje za praktický nástroj uplatnitelný (a dokonce uplatňovaný) v praxi mnoha ústavních soudů. Zbylé prvky jeho teorie poměřování, konkrétně epistemický zákon poměřování a vážíci formulí pak Alexy konstruoval až v reakci na doktrinální kritiku,⁹⁷ a tyto tudíž mají prokázat

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem, s. 448.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 576.

⁹⁰ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 448.

⁹¹ ALEXY, Robert. *Balancing, constitutional review, and representation*, s. 576.

⁹² Ibidem, s. 576–577.

⁹³ Ibidem, s. 577.

⁹⁴ Viz např. KLATT, Matthias – MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 10 an. Dále viz též početné práce příslušníků tzv. Kielské školy, kteří navazují na Alexyho teorii a dále ji rozpracovávají. JESTAEDT, Matthias. *The Doctrine of Balancing-its Strengths and Weaknesses*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 152, marg. č. 2.

⁹⁵ Viz např. práce citované výše v pozn. č. 26–30.

⁹⁶ Ibidem, s. 163.

⁹⁷ Za „prominentního“ kritika lze považovat J. Habermase. Viz dílo citované pod pozn. č. 3.

racionalitu jeho koncepce. Jejich uplatnění však Alexy propojuje se zákonem poměřování pouze na úrovni vážící formule, která má pouze ilustrovat proces poměřování, respektive jej rekonstruovat.⁹⁸ V jednom ze svých posledních textů pak Alexy již explicitně uvádí, že vážící formule není určena soudcům k aplikaci. Spíše ji připodobňuje k pohledu do mikroskopu, jenž může také odhalit skrytou strukturu např. určité látky či materiálu. Takto podle něj vážící formule nahlíží strukturu práva a aplikaci poměřování.⁹⁹

Tím se, dle mého názoru, v Alexyho teorii objevuje určitá diskrepance. Na straně jedné ztotožňuje kritérium poměřování se zákonem poměřování, který lze též vyjádřit skrze vážící formuli.¹⁰⁰ Jindy naopak tvrdí, že v praxi se bude standardně aplikovat zákon poměřování, avšak ve specifických případech (jako např. v případě lidské důstojnosti) bude třeba sáhnout po komplexnější struktuře poměřování, kterou představuje vážící formule.¹⁰¹ Překryv mezi obecnou metodou a její strukturou tedy, zdá se, není úplný. Tato diskrepance se ještě více prohloubí, podíváme-li se na abstraktní vyjádření zákona poměřování, které v zásadě pracuje s jediným kritériem relevantním pro výsledek poměřování, intenzitou zásahu, kdežto úplná verze vážící formule zahrnuje též další faktory, abstraktní váhu principů a spolehlivost premis. Zde lze tedy mít za to, že zákon poměřování je v zásadě zrcadlen pouze základní variantou vážící formule. Jak však správně podotýká Stijn Smet, a jak doufám plyne i z výše provedené rekonstrukce případu *Titanic*, na této úrovni abstrakce není vážící formule a doplňování čísel do ní vůbec potřeba, neboť zákon poměřování na této úrovni funguje bez problémů na základě jednoduchých úsudků o intenzitě zásahu, které můžeme kategorizovat na škále lehký, střední či závažný: „[z]ávažný převládá lehký. Jak prosté.“¹⁰²

Vážící formule a s ní i kvantifikace jednotlivých výroků či úsudků představujících „vstupy“ vážící formule se však ukazuje nezbytnou, má-li být do úvahy vzato více faktorů.¹⁰³ Alexy sice jasně tvrdí, že v reálném světě poměřování probíhá „bez čísel“,¹⁰⁴ avšak pro uplatnitelnost své teorie nabízí pouze zákon poměřování, který za jediné relevantní kritérium považuje intenzitu zásahu. V tomto směru tedy nelze akceptovat Alexyho tvrzení, že vážící formule může nabídnout racionální rekonstrukci procesu poměřování.¹⁰⁵ Naopak ukazuje se, že Alexyho teorie spočívá na zvláštním paradoxu, když „[j]akožto vážící formule se jeví přehnaně aritmetickou pro aplikovatelnost. Jakožto zákon [...] poměřování se pak zdá být, naopak, přehnaně zjednodušující. Především totiž není schopna zahrnout mnohé faktory relevantní pro poměřování.“¹⁰⁶ Otázkou tedy zůstává, zda je možné tento paradox překonat. Domnívám se, že ano, a to skrze opuštění vážící formule a překonání doslovného znění zákona poměřování.

⁹⁸ Alexy takto např. v jednom ze svých posledních textů uvádí: „Existují pouze dva zákony o poměřování, zákon poměřování, který je popsán vážící formulí, a zákon kolidujících principů.“ ALEXY, Robert. *Proportionality and Rationality*, s. 28. Zákon kolidujících principů („Law of Competing Principles“) jsem dosud nezmiňl. Jeho znění je následující: „Okolnosti, za nichž jeden princip má přednost před druhým, představují podmínky pravidla, které má stejný právní následek jako princip, který získal přednost.“ Vyjadřuje tak vztah podmíněné přednosti mezi principy. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, s. 54–56.

⁹⁹ ALEXY, Robert. *Proportionality and Rationality*, s. 21.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 444.

¹⁰¹ Tato diskrepance se zřejmě promítla též ve výše citovaném textu J. Wintra, který naznačuje, že vážící formule nemá jen rekonstruovat poměřování, nýbrž se jedná o „praktický a přesvědčivý nástroj poměřování kolidujících principů“ napomáhající strukturovat argumentaci. Viz WINTR, J. *Alexyho vážící formule*, s. 447, 459–460.

¹⁰² SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 192.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Proportionality and Rationality*, s. 22.

¹⁰⁵ SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 195.

¹⁰⁶ Ibidem, s. 186.

Jak jsem již uvedl, Alexy dopracoval svou teorii poměřování v návaznosti na námitky kritiků stran její iracionality a nesouměřitelnosti hodnot, které mají být poměřovány. Ve své vážící formuli se tak snaží demonstrovat, že kolidující hodnoty mohou být skutečně racionálně „zváženy“ na společných vahách (jednotné škále). Problémem Alexyho teorie je to, že tuto námitku vzal doslovně, jeho uvažování je tedy „lapeno“ v logice podobenství o vahách a představě, že ústavní principy mohou být vzájemně „zváženy“¹⁰⁷ a tato „váha“ může být kvantifikována na společné škále. Vážící formule tedy toto podobenství zhmotňuje. Vychází tak „z obrazu dvou – a nikoli více – kolidujících principů, které jsou vzájemně váženy; nikoli doslovně, ale obrazně za použití matematické rovnice“.¹⁰⁸

To zároveň představuje i obrovský limit jeho teorie, tímto limitem je právě konstrukce vážící formule. Tato je onou pomyslnou zdí, která má jeho teorii ochránit před vtíravou kritikou. Alexy si však zároveň neuvědomuje, že nemožnost konstruovat složitější vzorce, které by byly způsobilé zachytit komplexitu normativního světa základních práv, činí z této pevnosti zároveň vězení. Konstrukční limity vážící formule totiž jednak redukují normativní dimenzi základních práv pouze na binární kolize (výhradně) dvou principů¹⁰⁹ a zároveň redukují počet kritérií relevantních pro jejich poměřování na (v ideálním případě) pouhé tři proměnné, standardně však pouze na proměnnou jedinou (intenzitu zásahu). Dalším paradoxem Alexyho teorie tudíž je, že vážící formule – navzdory své složitosti – není způsobilá uchopit nikoli zřídkavé situace, kdy bude na jedné, anebo na druhé straně více než jedno právo či veřejný zájem. Dokonce ani nepostihuje všechny faktory, které jsou v abstraktní rovině pro poměřování relevantní.¹¹⁰

Závěru o nezbytnosti odmítnutí vážící formule svědčí též další argumenty, a to, že navzdory svému tvrzenému účelu, tj. zdůvodnění racionality poměřování, může její aplikace svádět k tomu, abychom si do ní dosazovali hodnoty podle toho, jakého si přejeme dosáhnout výsledku.¹¹¹

Jak bylo již výše uvedeno, Alexyho teorie je rekonstrukční, snaží se racionálně uchopit a rekonstruovat praxi Spolkového ústavního soudu. Alexy tak např. velmi často odkazuje na výše rozebraný případ *Titanic* či na případ *Cannabis*.¹¹² Smet uvádí, že právě v rámci analýzy posledně uvedeného případu, v němž Spolkový ústavní soud potvrdil ústavnost trestních sankcí za nezákonné nakládání s konopnými produkty (včetně držení malého množství konopí pro osobní potřebu), se však Alexy neomezil pouze na rekonstrukci argumentace Spolkového ústavního soudu, nýbrž již aktivně začal argumentaci soudu a tím pádem i hodnoty vkládané do vážící formule dotvářet tak, aby odpovídaly požadovanému výsledku.¹¹³

Podívejme se tedy na něj. Alexy v rámci své rekonstrukce případu nejprve konstatoval, že kolidující principy garantující „svobodu kouřit konopí“ a princip svědčící ve prospěch ochrany veřejného zdraví mají shodnou abstraktní váhu. V rámci vážící formule se tedy

¹⁰⁷ Ibidem, s. 192.

¹⁰⁸ Ibidem, s. 192 a 195.

¹⁰⁹ Alexy sice připouští, že mohou nastat i situace, kdy bude kolidovat vícero principů, avšak na tuto situaci nemá odpověď. Konstatuje pouze, že vážící formuli je třeba dále rozpracovat, aby mohla tyto situace uchopit. ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 441 a 444.

¹¹⁰ K tomu podrobněji viz níže pasáž věnovanou dílu A. Baraka, který nad rámec kritérií uváděných Alexym formuloval celou řadu dalších abstraktních faktorů relevantních pro poměřování.

¹¹¹ SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 193–195.

¹¹² Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu BVerfGE 90, 145.

¹¹³ SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 193.

vyruší, a tudíž se k nim nepřihlíží.¹¹⁴ Stran míry spolehlivosti předpokladů Alexy konstatuje, že závěr, podle něž uvedeným zákazem dojde k zásahu do základního práva, je třeba vnímat jako jistý ($2^0 = 1$).¹¹⁵ Naopak spolehlivosti empirického předpokladu zákonodárce, že předmětný zákaz byl nezbytný z hlediska prevence újmy pro veřejné zdraví, pak považoval pouze za plausibilní ($2^{-1} = 1/2$).¹¹⁶ Až dosud Alexy případ pouze rekonstruuje na základě objektivních empirických faktů a odůvodnění rozhodnutí Spolkového ústavního soudu, avšak následně provádí „bizarní obrátku“¹¹⁷ a zbylé proměnné představující intenzitu zásahu zdůvodňuje následovně:

[Z výše uvedených skutečností a také z toho], že soud posoudil zákaz výrobků z konopí jako ústavně konformní, plyne, že zásah do [základního práva] nedosahuje nejvyššího stupně. Nejvyšší možná hodnota, kterou jí lze přiznat je tedy 2, tj. [střední]. [...] Gi,j nesmí být víc než 1, pokud by totiž překročila 1, zákaz by byl protiústavní. Soud, nicméně, dospěl k závěru o ústavnosti předmětného zákazu. V této konstelaci nejvyšší možná hodnota, jaké může [intenzita zásahu do základního práva v tomto případě] dosáhnout je 2, tj. střední, neboť [kolidujícímu principu garantujícímu ochranu veřejného zdraví] nemůže být v rámci jednoduchého triadického modelu přiznána vyšší hodnota než 4, tj. vážný.¹¹⁸

Jak Smet správně poukazuje, Alexy zde přešel z rekonstrukce odůvodnění Spolkového ústavního soudu k tomu, že aktivně „ohýbá“ vážící formuli tak, aby se dobral kýženého výsledku, tj. v tomto případě závěru o ústavní konformitě předmětného zákonného zákazu.¹¹⁹ Přání v jeho případě tedy zjevně bylo „otcem myšlenky“. Alexy tento svůj postup zdůvodňuje tím, že takto vážící formule umožňuje uchopit vztah mezi šesti proměnnými vážící formule, i když se rekonstruované rozhodnutí k některým z nich (zde k intenzitám zásahu) nevyjádří a jejich hodnocení z odůvodnění neplyne.¹²⁰ Tedy, že skrze vážící formuli lze po dosažení zbylých hodnot některé proměnné „dopočítat“, a to i když rekonstruované rozhodnutí v tomto směru neposkytuje žádné vodítko (substantivní argumenty). Vážící formule nám tedy ukazuje, že pokud se chceme dobrat kýženého výsledku, stačí dosadit správná čísla.

V tomto případě přitom není vůbec zjevné (snad kromě toho, že se potřebujeme dobrat předem stanoveného výsledku), proč by měla být intenzitě zásahu do základního práva přiřknuta pouze hodnota střední, kdežto nebezpečí pro veřejný zájem na ochraně veřejného zdraví by mělo být posouzeno jako vážné.¹²¹ Proč uvedené hodnoty nejsou přesně opačné, když na straně zájmu krytého základním právem dochází k absolutnímu zakazu nakládat s konopnými produkty, a to navíc prostřednictvím trestněprávního postihu? Smet namítá, že zde již Alexyemu nejde o racionální rekonstrukci soudem provedeného poměřování, „nýbrž pouze o iracionální obhajobu vážící formule“.¹²² V tomto směru nezbývá než souhlasit.

¹¹⁴ ALEXÝ, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 447.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 194.

¹¹⁸ ALEXÝ, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 447–448.

¹¹⁹ SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 194.

¹²⁰ ALEXÝ, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 447.

¹²¹ SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 194.

¹²² *Ibidem*, s. 194–195.

Domnívám se, že tato námitka významně nabourává Alexym tvrzenou racionalitu vážící formule, která na místo toho, aby intuitivnost vážení vyloučila, ji spíše zase vrací do hry. Současně si myslím, že Smetovými argumenty se uvedená námitka nevyčerpává. Její mírnější varianta může – podle mého – spočívat v tom, že jsme-li předem ztotožnění s určitým výsledkem, k němuž chceme v rámci poměřování dospět, doplňování čísel do vážící formule může vést k tomu, že budeme bagatelizovat některé z argumentů, které „leží na stole“.

Příkladem tohoto postupu může být rekonstrukce rozhodnutí Ústavního soudu týkajícího se tzv. uzavírací klauzule u voleb do Evropského parlamentu¹²³ provedená Janem Wintrem.¹²⁴ Wintr, na rozdíl od Alexyho, věrně rekonstruuje rozhodnutí Ústavního soudu skrze vážící formuli. Nejprve konstatuje, že abstraktní váhy kolidujících principů garantujících rovnost volebního práva a veřejný zájem na akceschopnosti Evropského parlamentu mají shodnou abstraktní váhu a tudíž se vyruší. Intenzitu zásahu do základního práva pak Wintr kategorizoval jako lehkou, avšak tento zásah s jistotou nastane. Uznává však, že je také možné tvrdit, že zásah byl již středně intenzivní, pak bychom už museli tento závěr považovat nikoli za jistý, nýbrž pouze za plausibilní s ohledem na to, že na tomto závěru nepanuje úplná shoda.¹²⁵

Wintr zároveň podotýká, že v obdobné věci rozhodoval také Spolkový ústavní soud, který dospěl k závěru o neústavnosti 5 % i 3 % uzavírací klauzule pro tyto volby, neboť přínos pro uvedený veřejný zájem byl zanedbatelný.¹²⁶ V rámci své rekonstrukce rozhodnutí Ústavního soudu však podotýká, že tento zvláště akcentoval rostoucí význam Evropského parlamentu a tím i rostoucí potřebu jeho akceschopnosti, přiznal mu tudíž střední význam, přičemž nejistotu ohledně empirických předpokladů považoval za plausibilní. V rámci vážící formule tedy dospívá k patu, což odpovídá i výsledku řízení před Ústavním soudem (návrh byl zamítnut).¹²⁷

Na rozdíl od hodnocení přínosu uzavírací klauzule pro veřejný zájem na akceschopnosti Evropského parlamentu mezi Spolkovým ústavním soudem a Ústavním soudem Wintr ilustruje skutečnost, že nás proporcionalita může vést k identifikaci otázek tzv. rozumné neshody.¹²⁸ S tímto závěrem sice obecně souhlasím, avšak mám za to, že v tomto případě se o případ rozumné neshody nejedná. Podle mého názoru totiž Jan Wintr – stejně jako majoritní vótum – nedostatečně vypořádal důležitý argument, který ve svém odlišném stanovisku akcentovali disentuující soudci,¹²⁹ a to že uzavírací klauzule v zásadě vůbec nemusí přispět k naplnění sledovaného cíle, tj. k posílení významu Evropského parlamentu a jeho akceschopnosti. Argument majority totiž přehlídí reálné fungování Evropského parlamentu a organizaci formování politické vůle skrze jeho frakce. Platí totiž, že i marginální subjekt na české politické scéně (např. Strana zelených) se může na základě shodné politické orientace integrovat v rámci silné frakce Evropského parlamentu. Naopak silnému národnímu hnutí se to povést nemusí.¹³⁰

¹²³ Viz nálezný sp. zn. Pl. ÚS 14/14 ze dne 19. 5. 2015.

¹²⁴ WINTR, J. *Alexyho vážící formule*, s. 457.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*, s. 457–458.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ Viz odlišné stanovisko soudkyně Kateřiny Šimáčkové a Milady Tomkové a soudce Vojtěcha Šimíčka k nálezu sp. zn. Pl. ÚS 14/14 ze dne 19. 5. 2015.

¹³⁰ *Ibidem*, body 6–8.

V tomto směru nám tedy vážící formule nepomohla identifikovat situaci tzv. rozumné neshody, nýbrž pomohla racionalizovat předem intuitivně zformulovaný závěr. Relevantní otázkou v tomto případě totiž je, zda opatření (uzavírací klauzule), které z pohledu dotčených subjektů významně omezuje princip rovnosti volebního práva (jakožto jednoho z nejvýznamnějších politických práv) může být ospravedlněno, i když jeho přínos pro kolidující princip (veřejný zájem chránící akceschopnost Evropského parlamentu) je prakticky zanedbatelný a nepravděpodobný. Domnívám se, že přezkoumávané opatření tudíž nemělo projít již testem vhodnosti, případně potřebnosti. Pokud by přeci jen prošlo, pak by v rámci poměrování bylo třeba na straně veřejného zájmu snížit hodnoty intenzity zásahu i míry spolehlivosti předpokladů na lehký, respektive nikoli evidentně nesprávný, což by odůvodňovalo závěr o porušení základního práva.

Nechci na tomto místě tvrdit, že poměrování je iracionálním procesem, naopak. Jen chci poukázat na to, že aplikace vážící formule může, namísto vyloučení subjektivizmu a intuitivního rozhodování, tyto neduhy naopak podporovat. Příčiny nesprávné aplikace vážící formule budou v zásadě dvojí. První bude spočívat v tom, že hodnoty dosazované do vážící formule nebudou mít dostatečný základ v substantivní argumentaci (jako např. v případě její aplikace na rozhodnutí o uzavírací klauzuli u voleb do Evropského parlamentu). Druhý pak bude spočívat v nesprávné či nepřesné kvantifikaci substantivních argumentů. Posledně uvedené riziko platí tím spíše, že veškeré substantivní argumenty (s výjimkou kritéria abstraktní váhy principu a „pravděpodobnostního“ kritéria) budou spadat pod jednu proměnnou (intenzita zásahu). Interpret tak při jejich kvantifikaci bude nutně muset mít „jedno oko“ upřené na celkový výsledek a své závěry tak bude případně korigovat.

Jistě lze namítat, že vady při aplikaci určité metody nelze přičítat metodě samotné.¹³¹ Stejně tak je jisté, že v úvaze o tom, která z kolidujících ústavních hodnot má v konkrétním případě převážit, bude vždy – byť pouze implicitně – kvantifikace přítomná. Výše uvedené námitky vůči vážící formuli (neúplnost vážící formule a její nezpůsobilost překonat námitku subjektivity a intuitivnosti) spolu s námitkami akcentovanými Pavlem Ondřejkem (námitka nesouměřitelnosti nejen ústavních hodnot, ale také jednotlivých faktorů relevantních pro poměrování a námitka nemožnosti konstrukce abstraktních „mechanických“ pravidel o přednosti jednoho principu před druhým¹³²) mne vedou k odmítnutí Alexyho vážící formule.

Co nám tedy z Alexyho teorie zbude? Zbude nám zákon poměrování, triadická škála a zbylé dva faktory, které jsou podle Alexyho relevantní pro poměrování: abstraktní váha principu a míra spolehlivosti předpokladů.

Vracím se tak oklikou zpět k zákonu poměrování. Výše jsem uvedl, že tento může bez problémů fungovat i bez toho, že bychom výroky a úsudky vyjadřovali čísly. Otázkou však zůstává, jak překonat jeho výše uvedenou zjednodušující povahu, která v abstraktní rovině v zásadě identifikuje pouze jedno kritérium (faktor) relevantní pro poměrování ústavních hodnot, a to kritérium intenzity zásahu. Jistě lze namítat, že do úvahy je třeba vzít také tzv. epistemický zákon poměrování, který se soustředí na míru spolehlivosti normativních a empirických předpokladů či z vážící formule ještě „vypreparovat“ kritérium abstraktní

¹³¹ Viz, byť v poněkud odlišném kontextu, MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the Critics. *International Journal of Constitutional Law*. 2012, roč. 10, č. 3, s. 709–731.

¹³² Viz poznámky č. 30 a 31 výše a k nim připojený text.

váhy principu (aby se tyto hodnoty mohly zase vzápětí „vyrušit“).¹³³ Takovýto normativní „vesmír“ se zdá být vcelku „pustý“ a jistě nevystihuje realitu skutečného normativního světa základních práv, neboť existuje mnohem více kritérií, která jsou relevantní pro poměrování ústavních hodnot a jež si vyžadují kontextuální posouzení.

Řešení však podle mého nutně nemusí vést k celkovému odmítnutí Alexyho koncepcie, nýbrž pouze v odmítnutí vážící formule. Zákon poměrování může zůstat v abstraktní podobě zachován, avšak nelze jej chápat doslovně, neboť tím bychom nepřípustně „zploštili“ normativní svět základních práv.

2.1 Jak překonat nedostatky Alexyho teorie?

Výše jsem shrnul Alexyho teorii poměrování i některé námitky, které lze vůči ní vznést. Nyní se tedy podívejme na to, jak na poměrování nahlízejí další dva „mohykáni“ proporcionality, Aharon Barak a Kai Möller. V diskusí s nimi se pak pokusím navrhnout řešení, jak je třeba na kritérium poměrování nahlížet, abychom se vyhnuli výše uvedeným nedostatkům Alexyho teorie.

2.2 Poměrování dle Aharona Baraka

Aharon Barak (příznaně) buduje svou koncepci proporcionality na Alexyho teorii.¹³⁴ Jeho přístup proto také zůstává pevně zakotven v rámci podobnosti o vahách a ideji váhy jako takové. Nicméně na rozdíl od Alexyho explicitně přiznává, že tyto váhy jsou pouze domnělé, respektive že „ve skutečnosti neexistují“.¹³⁵ Poměrování je ve své podstatě normativní proces. Jeho výsledek (tj. závěr o tom, který z principů má v konkrétním případě převážet), nelze určit skrze to, že každému z kolidujících principů přidělíme „*permanentní nálepku* ‚váhy‘ [...], ale spíše skrze formování právních pravidel – pravidel poměrování – která určují, za jakých okolností můžeme naplnit jeden princip a přitom omezit princip druhý.“¹³⁶ Tento je naopak formulován ve světle skutečností konkrétního případu a nedotýká se tak platnosti kolidujících norem.¹³⁷

Barakovo obecné pojetí kritéria poměrování, tzv. Základního pravidla poměrování, vychází ze srovnání „*mezního společenského užitku*“ svědčícího kolidujícím principům, který pro Baraka představují společný jmenovatel či míru, která umožňuje jejich poměrování. Základní pravidlo poměrování tak spočívá ve:

*„srovnání mezního společenského užitku, jež je přínosem zákona omezujícího [základní právo] a mezního společenského užitku na předcházení újmy zákonem způsobené základnímu právu, který jej omezuje. Otázkou je, zda váha mezního společenského užitku pozitiv je těžší než váha mezní společenské důležitosti svědčící ve prospěch prevence této újmy.“*¹³⁸

¹³³ SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 197.

¹³⁴ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 5 a 364.

¹³⁵ *Ibidem*, s. 346.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, s. 351. Toto pravidlo Barak dále rozvádí. Pro komplexnější vymezení tohoto pravidla viz *ibidem*, s. 363.

Až dosud by se mohlo zdát, že rozdíl mezi Alexyho a Barakovým vymezením kritéria poměrování je pouze terminologický. Barak jde však skutečně dál než Alexy, neboť neztrácí čas vzorci a filozofickou správností deduktivních schémat podpírající jeho úvahy, nýbrž se spíše zaměřuje na kritéria, která mohou být pro účely poměrování relevantní.¹³⁹ Barak je emeritním soudcem a je tudíž zcela pochopitelné, že se soustředí spíše na funkčnost metody proporcionality. Nad rámec Alexyho uváděných kritérií intenzity zásahu, abstraktní váhy a spolehlivosti předpokladů¹⁴⁰ Barak doplňuje další kritéria, která považuje za relevantní z hlediska poměrování: 1) zda dotčené právo nepředstavuje předpoklad pro realizaci dalších práv (pokud ano, je takovému právu třeba přiznat větší váhu či důležitost); 2) zda na rozhodovanou situaci nepůsobí více práv současně; 3) či zda v ní nevystupují některé důležité hodnoty zakládající systém základních práv ve společnosti; respektive 4) zda zásah směřuje do jádra či periferie základního práva.¹⁴¹

Barak však nevysvětluje, jak tyto faktory fungují v rámci poměrování a jaký je mezi nimi vzájemný vztah.¹⁴² Podle mého názoru Barak poměrování vnímá jako otevřené argumentační pole, které je v zásadě schopné přijmout jakýkoli právní argument. S tím souvisí i to, že ani Barakem uváděný výčet „typizovaných“ kritérií či faktorů relevantních pro poměrování nebude vyčerpávající. Relevance uvedených faktorů a váhy, která jim má být v procesu poměrování přiznána, přitom bude z části odvislá od konkrétního případu (např. míra dotčení základního práva a povaha dotčeného závazku bude rozhodující pro posouzení, zda jde o zásah do jádra či periferie práva) a také částečně vyplyne z realii konkrétního ústavního systému, v němž bude rozhodováno (rozhodnutí ústavodárce, zda existuje hierarchicky uspořádaný systém hodnot nebo zda všechny ústavní hodnoty budou mít stejnou abstraktní váhu).

2.3 Poměrování dle Kaie Möllera

Jestliže jsem výše uvedl, že dosud nejvlivnější teorií proporcionality je Alexyho teorie, tak současně musím dodat, že jí již notně „dýchá na záda“ přístup Kaie Möllera. Ten se ve své stěžejní práci, *Globálním modelu základních práv*, mj. ptá, co to znamená, když se řekne, že ústavní hodnoty „mají být vyváženy“.¹⁴³ Obratem si odpovídá, že poměrování se (alespoň pokud jde o základní práva) neodkazuje k utilitarismu či konsekvencialismu. Zároveň jej nemůžeme ani ztotožnit s pouhou mechanickou kvantifikací. Naopak, poměrování lze v nejobecnějším slova smyslu chápat jako „poměrování všech relevantních morálních kritérií“.¹⁴⁴ Möller v tomto směru navazuje na závěry Mattiase Kumma, který poukazuje na to, že poměrování a aplikace základních práv obecně nemůže být mechanickou technikou, nýbrž musí vycházet z kontextu rozhodovaného případu a musí vždy brát v potaz specifickou substantivní složku základních práv.¹⁴⁵ Jestliže tedy nastane

¹³⁹ Ibidem, s. 364.

¹⁴⁰ Namísto abstraktní váhy Barak hovoří o naléhavosti a namísto míry spolehlivosti předpokladů pak hovoří o pravděpodobnosti. BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, s. 364.

¹⁴¹ Ibidem, s. 359–362.

¹⁴² Smet ve své knize „hraje na podobnou strunu“, avšak snaží se jít dál a ve svém výkladu vztah mezi těmito kritérii jasně vymeziť a uchopit. Viz SMET, Stijn. *Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma*, s. 141–183, 201.

¹⁴³ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 134.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ KUMM, Mattias. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*.

kolize mezi základními právy či právem a veřejným zájmem, je třeba určit, který z nich má dostat přednost. Pro tyto účely slouží poměrování.

Möller si uvědomuje flexibilitu tohoto pojmu, tj. že pod pojmem poměrování se může skrývat mnoho různých věcí.¹⁴⁶ Odpověď hledá skrze vymezení různých koncepcí pojmů „vážení“ či „poměrování“, které jsou relevantní pro řešení kolizí ústavních hodnot.¹⁴⁷ V krátkosti se zmíním alespoň o dvou. První z nich je zájmové poměrování, které lze ztotožnit s *cost-benefit* analýzou, v jejímž rámci jsou kolidující hodnoty „zváženy“ na imaginárních vahách a jejich váha je následně srovnána.¹⁴⁸ Přednost přitom dostane ten zájem, jemuž je přiznána větší váha.¹⁴⁹ V kontrapozici k této koncepci pak vymezuje koncepci poměrování jako argumentace. Zde poměrování představuje pouze způsob hodnocení relativní síly důvodů a argumentů.¹⁵⁰ V tomto pojetí je poměrování formou praktické argumentace.

Ačkoli Möller zájmové poměrování kategoricky nezavrhuje, má za to, že v ústavním právu je jeho uplatnitelnost pouze minimální. Naopak principiálním východiskem a vždy vhodnou volbou je přístup vnímající poměrování jako argumentaci. Vždy je totiž „*správné říci, že konflikt autonomních zájmů musí být rozhodnut v souladu s rozumným morálním argumentem*“.¹⁵¹ Jinými slovy řečeno, soud musí vzít v úvahu všechna relevantní kritéria pro jeho rozhodnutí.¹⁵²

S uvedenou flexibilitou poměrování souvisí také jeho lákavost, neboť je vždy možné říci, že kolizi hodnot vyřešíme poměrováním. V tomto přístupu však také spočívá jeho zrádnost. Bylo by totiž chybou ztotožňovat metodu proporcionality se zájmovým poměrováním a tvrdit, že „*poměrování vždy vede k jednoduché utilitaristické či mechanické kvantifikaci [kolidujících ústavně chráněných hodnot]*“.¹⁵³ Möller tak nepřímou kritizuje adoraci zjednodušené varianty Alexyho teorie. Zaslíbený „fanda“ poměrování (Möller jej nadneseně nazývá „*prostáček*“) bude zdůrazňovat půvab základních práv, jenž spočívá v jejich snadné aplikovatelnosti: „*vždyť jediné, co je třeba učinit, je provést jednoduché utilitaristické či mechanické vážení!*“.¹⁵⁴ Tento přístup je však třeba odmítnout, neboť argumentace základními právy je ze své podstaty mnohem komplexnější. Poměrování totiž není způsobilé za nás vyřešit morální otázky spojené se základními právy.¹⁵⁵ Správný přístup, tvrdí Möller, bere na vědomí to, že poměrování nás vede k tomu, abychom konflikty principů vyřešili v souladu s morálními principy. Tyto nelze pomocí poměrování obejít.¹⁵⁶

In: PAVLAKOS, George. (ed.). *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart Publishing, 2007, s. 148.

¹⁴⁶ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 137.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Ibidem. MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the Critics. *International Journal of Constitutional Law*. 2012, roč. 10, č. 3, s. 715. Obě citované práce se terminologicky rozcházejí, obsah tohoto pojmu v první ze zde citovaných publikací Möller nazývá maximalizací autonomie.

¹⁴⁹ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 139.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ Ibidem, s. 140.

¹⁵² MÖLLER, Kai. *Proportionality: Challenging the Critics*, s. 716.

¹⁵³ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*, s. 141.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Ibidem.

Závěr

Jak jsem poukázal na začátku, praxe Ústavního soudu je významně ovlivněna Alexyho teorií poměrování. Ve své praxi Ústavní soud také pracuje právě s Alexym „vzývaným“ faktorem intenzity zásahu a koncepcí optimalizace a v abstraktní rovině pak kritérium poměrování definuje v zásadě jako jistou verzi *cost-benefit* analýzy inspirované zákonem poměrování. To přístup Ústavního soudu činí náchylným k výše uvedeným námitkám. Jak tedy kritérium poměrování, respektive zákon poměrování uchopit?

Začněme tím, jak jej nechápat. Především je důležité si uvědomit, že jej nelze brát doslovně. Kritérium poměrování v Alexyho pojetí je totiž postaveno na základě podobenství o vahách. Jakkoli přitom může být toto podobenství vhodné a názorné pro didaktické účely, stále se jedná o podobenství. Toto je navíc zásadním způsobem zavádějící, neboť může naznačovat, že poměrování je mechanickou operací, při níž soudce pouze položí kolidující hodnoty na misky vah a pozoruje, co se bude dít. Mylně tak může naznačovat, že poměrování ústavních hodnot je mechanickým, kvantitativním či utilitaristickým srovnáním (relativní) váhy kolidujících ústavně chráněných hodnot.¹⁵⁷ Zároveň též otevírá dveře subjektivistickému a intuitivnímu rozhodování. Konečně, doslovné chápání zákona poměrování též vede k nepřipustnému „zploštění“ normativního světa základních práv.

Tím však nechci tvrdit, že je Alexyho teorie nesprávná. Je jen neúplná. Alexy totiž nic z uvedeného netvrdí, avšak právě zmíněná neúplnost a výše rozebrané diskrepance, nekonzistentnosti a paradoxy tyto námitky podporují. Alexy se totiž soustředí jen a pouze na formální strukturu poměrování, jeho racionalitu (logiku) a způsob, jak mezi sebou ústavní hodnoty (základní práva a veřejné zájmy) na strukturální úrovni interagují. Tímto akcentem na proporcionalitu v jeho díle poněkud zapadá jedna z jeho důležitých myšlenek, a to že proporcionalita je pouze formální strukturou argumentu, která musí být dále naplněna substantivní argumentací.¹⁵⁸ Touto se však Alexy ve svých pracích věnovaných proporcionalitě vůbec nezabývá. Naopak způsob, jakým poměrování prezentuje, může svádět k tomu, že kolidující ústavní hodnoty stačí pouze „onálepkovat“ a přiřknout jim konkrétní váhu skrze čísla ve vážící formuli. Nepochopení této skutečnosti a zároveň Alexyho špatné „PR“ v podobě nepřekonatelného puzení vyjadřovat poměrování ve vzorcích a číslech vede k výše uvedeným námitkám. S vědomím těchto limitů je tudíž k jeho teorii třeba přistupovat a nepřipustit, aby bylo poměrování redukováno na pouhou mechanickou kvantifikaci. Stejně tak je třeba se vyhnout situaci, kdy poměrování bude pouze zastírat intuitivní závěry soudců o přednosti jedné hodnoty před druhou.

Naopak, poměrování spíše než mechanický postup či výpočet představuje způsob praktické argumentace, která musí citlivě reagovat na kontext rozhodovaného případu a především pak musí brát dostatečně vážně v úvahu substantivní obsah základních práv. Nelze tudíž spoléhat pouze na proporcionalitu, nýbrž důraz je třeba klást na substantivní (morální) argumentaci základními právy. Při práci s kritériem poměrování je tedy třeba mít na paměti, že toto je pouhým rámcem, uvnitř něhož má dojít k posouzení kolidujících ústavních hodnot. Uchopit jej jako holistickou formální strukturu argumentu, která je způsobitelná přijmout v zásadě jakýkoli legitimní a relevantní právní argument. Je přitom

¹⁵⁷ ČERVÍNEK, Zdeněk. *Proporcionalita*, s. 380.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, s. 448.

nerozhodné, zda jej budeme připodobňovat k vážení, poměřování, zde budeme měřit intenzitu zásahu či mezní společenský užitek, respektive pozitiva a negativa nějakého opatření. Tyto pojmy jsou pouze zástupné a nesmí zastřít, že kritérium poměřování ve většině případů po Ústavním soudu vyžaduje praktickou argumentaci vycházející z náležitého poznání obsahu základních práv. Musí tedy být založeno na poznání, jaký aspekt základního práva je v sázce a jaký má jeho omezení morální význam. Totéž platí pro důvody svědčící ve prospěch kolidující ústavní hodnoty.¹⁵⁹ Stejně důležitá, ne-li důležitější než formální struktura argumentu, je tedy substantivní (morální) argumentace základními právy. Rozhodnutí o přednosti jedné ústavně chráněné hodnoty před druhou tak musí být založeno na posouzení racionálních argumentů, a nikoli pouze na intuitivním hodnocení.

¹⁵⁹ Viz výše část 2.3 a práce tam citované. Möller přitom významně čerpá z díla M. Kumma. Z jeho díla pak viz především KUMM, Mattias. *Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement*, s. 148–149.

Alexy's Theory of Proportionality: Critical Reflection

Zdeněk Červínek

Abstract: Alexy's theory is probably the most influential and elaborated theory of balancing. This paper provides its in-depth analysis. It also identifies its drawbacks. First, it resides on a paradox, that taken as the Law of balancing it is overly simplistic (the only relevant factor is the intensity of the interference). And, taken from the perspective of the Weight formula it is overly complicated (arithmetical). The paradox of the Weight formula is that, notwithstanding its overly complicated nature, it is not able to grasp complex issues inherently related to human rights conflicts resolution. Second, the Weight formula presupposes a quantification, which goes, hand in hand, with another pitfall it was designed to avoid, i.e. a subjectivism. It could laps into a situation that we will input digits that will enable us to arrive at a desired end by means of down-playing and ignoring relevant arguments. Third, according to Alexy, there are only three factors relevant to balancing competing constitutional rights and public interests (intensity of interference; abstract weight and epistemic reliability). However, these factors cannot capture the normative complexity of a human rights' universe as whole. The abovementioned arguments drive the author to a necessary conclusion that the Weight formula has to be abandoned and the Law of balancing has to be refined. Finally, a discussion of concurring conceptions of balancing (namely Barak's and Möller's approaches) is undertaken and a suggestion of how to get a better grasp of the balancing avoiding pitfalls of the Alexy's theory is drawn from it.

Key words: Proportionality Analysis, Balancing, Weight formula, Law of Balancing, Proportionality as Reasoning