

DISKUSE

POMĚŘOVÁNÍ JAKO KLÍČOVÝ ARGUMENT PŘEZKUMU ÚSTAVNOSTI V ĚŘE PROPORCIONALITY A NĚKTERÉ PROJEVY JEHO KRITIKY

Pavel Ondřejek*

Abstrakt: Poměřování základních práv a svobod je všudypřítomné v současném ústavním právu, zároveň však platí, že dosud popsané koncepce poměřování různých autorů se podstatně liší. Článek zmiňuje několik pojetí poměřování, např. jako nástroje optimalizace, principiální argumentace, dosažení efektivity právní regulace, nebo jako metody stanovení deontologických limitů pro omezení základních práv. Tyto modely (poměřování jako optimalizace, principiální poměřování, duální model poměřování) však nevyvracejí některé zásadní argumenty proti technice poměřování, zejména námitku nesouměřitelnosti, nutnosti přiznání diskrece zákonodárci a ztráty specifického charakteru základních práv. Naproti tomu, článek argumentuje ve prospěch takového pojetí poměřování, které maximálně reflektuje skutkový stav daného případu, anebo, v případě abstraktní kontroly ústavnosti, důsledků konkrétní právní regulace, a přihlíží přitom k roli zákonodárci a soudu v demokratickém právním státě.

Klíčová slova: poměřování, základní práva, princip proporcionality, nesouměřitelnost, ústavní přezkum, diskrece zákonodárci, úloha soudů

ÚVOD

Spojení „éra proporcionality“ v názvu článku může působit nepatřičně. Nejedná se však o ojedinělou charakteristiku. Již koncem 80. let minulého století hovořil americký autor A. Aleinikoff v souvislosti s aplikací lidských práv v americkém ústavním právu o éře vyvažování (*age of balancing*).¹ Současná americká autorka V. Jacksonová použila podobné spojení (*age of proportionality*) jako argument ve prospěch reflexe tohoto principu i v USA, kde je až na výjimky aplikace principu proporcionality stále odmítána.²

* JUDr. Pavel Ondřejek, Ph.D., Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: ondřejek@prf.cuni.cz. Příspěvek byl zpracován v rámci projektu UNCE Výzkumné centrum pro lidská práva Univerzity Karlovy, č. 204006/2012. Za cenné připomínky k článku děkuji J. Brozovi, veškeré chyby jdou na vrub autora.

¹ ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional Law in the Age of Balancing. *Yale Law Journal*. 1987, roč. 96, č. 2, s. 1005. Nutno však poznamenat, že prof. Aleinikoff vnímal techniku vyvažování (*balancing*) kriticky, neboť podle jeho názoru příliš rozšiřuje pravomoc soudů.

² JACKSON, Vicki. Constitutional Law in the Age of Proportionality. *Yale Law Journal*. 2014–15, roč. 124, s. 3094–3196. Onou výjimkou jsou odlišná stanoviska soudce Nejvyššího soudu USA Stephena Breyera (z těch nejvýznamnějších zmiňme disent v případě *District of Columbia v. Dick Anthony Heller*, 554 U.S. 570 (2008) ze dne 26. června 2008, který se týkal ústavnosti zákonů omezujičích držení střelných zbraní. Zatímco těsná většina soudců (patřících ke konzervativnímu křídlu) považovala dotčený předpis za zásah do ústavně zaručeného práva lidu držet a nosit zbraně (chráněného Druhým dodatkem k ústavě), soudce Breyer poukazoval ve svém stanovisku na to, že většina ve svém rozhodnutí zcela opomíjí kolidující veřejný zájem, kterým je veřejná bezpečnost. K řešení této kolize navrhol použít princip proporcionality a tento svůj argument následně rozpracoval v knize: BREYER, Stephen. *Making Our Democracy Work. A Judge's View*. New York: Alfred A. Knopf, 2010, s. 164 an.).

O současnosti jako o éře proporcionality referuje také emeritní předseda izraelského Nejvyššího soudu A. Barak.³ Kanadští editoři nedávno vydaného sborníku poznamenávají hned v úvodu, že o lidských právech v současnosti nelze hovořit bez poukazu na princip proporcionality.⁴

Praxe řady významných soudů, jejichž judikatura je často citována v různých státech (např. Evropského soudu pro lidská práva nebo německého Spolkového ústavního soudu), uvedený závěr potvrzují. V této souvislosti lze uvažovat o úloze doktríny a právní (zejména soudní) praxe posilující orientaci na určité dimenze práva, o nichž se tvrdí, že jsou buď univerzální anebo přinejmenším společné velké většině států.⁵ Pokud se z této diskuse o náznacích globalizovaného práva zaměříme na princip proporcionality, nelze si nevšimnout jeho pronikání (migrace) do různých států, čímž naznačujeme trend vnímání univerzálních či globálních základů metodologie interpretace základních práv. Takto vytvářený ideál globalizovaného práva představuje na straně jedné přání tímto směrem smýšlejících autorů, na straně druhé ale vyvolává i protichůdné tendence k odmítání „cizích“ koncepcí a namísto toho orientaci na vnitrostátní právo a jeho tradice.

Rostoucí zájem o vyvažování a proporcionalitu v ústavním právu však rovněž odráží skutečnost, že výklad základních práv, podávaný zejména vrcholnými soudními instancemi, se stále rozšiřuje. S tím souvisí problém, jak efektivně extenzivně interpretovaná základní práva chránit.⁶ Praktická argumentace základními právy totiž vylučuje na straně jedné jejich extenzivní interpretaci a zároveň na straně druhé jejich absolutní přednost před jakýmkoliv veřejným zájmem. Při úsilí o nalezení adekvátních ústavních limitů základních práv se teorie i praxe v řadě států obrací k doktríně vzniklé v poválečném německém ústavním právu.⁷ Nejinak tomu je i v České republice. O významu principu proporcionality v České republice nejlépe svědčí rostoucí výskyt používání této metodologie Ústavním soudem.⁸ Od 90. let se stává předmětem zájmu tuzemské právní vědy⁹

³ „Tak jako v současnosti žijeme v éře právu, žijeme rovněž v éře proporcionality.“ BARAK, Aharon. Proportionality and Principled Balancing. *Law & Ethics of Human Rights*. 2010, roč. 4, č. 1, s. 14.

⁴ HUSCROFT, Grant – MILLER, Bradley – WEBBER, Grégoire. Introduction. In: Grant Huscroft – Bradley Miller – Grégoire Webber (eds). *Proportionality and Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 1.

⁵ N. Walker tyto tendence popisuje ve své nejnovější knize: WALKER, Neil. *Intimations of Global Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 18.

⁶ Uvedenou otázku si pokládá již v devadesátých letech minulého století N. Bobbio s tím, že v tomto případě nejde o otázku filosofickou, nýbrž politickou (BOBBIO, Norberto. *The Age of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1996, s. 10). V souvislosti s interpretací Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod štrasburským soudem o ní uvažuje rovněž bývalý předseda tohoto soudu R. Ryssdal – RYSSDAL, Rolv. The Coming of Age of the European Convention on Human Rights. *European Human Rights Law Review*. 1996, č. 1, s. 23.

⁷ K vývoji principu proporcionality v Německu, jakož i k analýze kolizí právních principů srov. HOLLÄNDER, Pavel. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah, důsledky. *Právník*. 2016, č. 3, s. 266 an.

⁸ Podle internetové databáze rozhodnutí Ústavního soudu (<<http://nalus.usoud.cz>>) se výraz „proporcionalita“ (v různých tvarech) objevil v textu rozhodnutí mezi lety 1993 a 1999 celkem 25krát, mezi lety 2000 a 2009 celkem 526krát a od roku 2010 do konce roku 2015 celkem 798krát. Nutno však dodat, že uvedené počty jsou spíše orientační, protože v některých rozhodnutích se odkazuje namísto proporcionality na zásadu přiměřenosti (např. rozhodnutí sp. zn. I. ÚS 431/04). V jiných případech je výraz proporcionalita použit v jiném významu než jako technika posuzování ústavnosti limitů základních práv, např. v souvislosti s proporcionalitou uložených sankcí (např. v rozhodnutí sp. zn. Pl. ÚS 24/14) nebo proporcionality volebního systému (sp. zn. Pl. ÚS 14/14). I při zohlednění těchto odchylek se však domnívám, že trend zvyšujícího se výskytu principu proporcionality v judikatuře českého Ústavního soudu je patrný.

a v posledních letech se již stává standardní látkou v učebnicích kurzů ústavního práva vyučovaných na právnických fakultách.¹⁰

Poměřování základních práv a veřejných zájmů je standardně pojímáno jako složka principu proporcionality a bývá popisováno jako alternativní metoda aplikace práva vedle subsumpce.¹¹ Při poměřování hledíme na aplikovaná pravidla jako na právní principy, při jejichž aplikaci můžeme uvažovat o míře jejich naplnění v konkrétním případě, nikoliv, jako je tomu u právních norem, o podřazení nebo nepodřazení skutkového stavu pod tuto právní normu. Právě kontradiktorní charakter právních principů (a analogicky základních práv a veřejných zájmů) se stává základem pro aplikaci této metody.¹²

Pozoruhodným faktem při bližším zkoumání aplikace testu proporcionality, a to jak průřezově jednotlivými právními systémy, tak i v rámci českého právního řádu, je jistá neujasněnost struktury a jednotlivých kroků tohoto testu. Výše zmínění kanadští autoři dokonce s jistou mírou skepse hovoří o posunu od rozdílného porozumění testu proporcionality až ke škále různých principů proporcionality, které se souběžně aplikují.¹³ Tento stav je považován nejen mezi kritiky aplikace principu proporcionality za nežádoucí, neboť neshoda na samotné struktuře a rozsahu použití tohoto testu snižuje právní jistotu adresátů práva.¹⁴

⁹ První studie se zaměřovala na praxi německého Spolkového ústavního soudu: BRÖSTL, Alexander. O činnosti Ústavního soudu Spolkové republiky Německo (Teória právných princípov a prax). *Justičná Revue*. 1992, roč. 44, č. 8–9, s. 67–71. Další texty se již věnují také praxi českého Ústavního soudu. Základními příspěvky byla díla: HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, zejm. s. 148–173 a KOSAŘ, David. Kolize základních práv v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*. 2008, č. 1, s. 3–19. Přirozeně na tomto místě nelze uvést všechny odborné texty, které se v České republice poměřování základních práv věnují, minimálně v posledním roce se však pozornost tuzemské právní vědy k tomuto principu obrací. Lze zmínit např. příspěvky: ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu. *Jurisprudence*. 2015, č. 4, s. 21–29; BROZ, Jan. Přezkum obecně závazných vyhlášek a princip proporcionality. *Právník*. 2015, č. 10, s. 821–842; ANTOŠ, Marek. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům: „nikoliv nutně nejlepší, nejvhodnější, neúčinnější či nejmoudřejší“? *Jurisprudence*. 2014, č. 6, s. 3–14; VYHNÁNEK, Ladislav. Proporcionalně či jinak? Problém ústavního přezkumu zásahů do sociálních práv. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2014, č. 3, s. 203–221. Kromě kvalifikační práce publikované následně jako monografie autorem tohoto článku se komplexní zpracování problematiky poměřování objevuje v disertační práci L. Vyhánka: VYHNÁNEK, Ladislav. *Komparativní analýza konfliktu mezi veřejným zájmem a ústavně zaručeným subjektivním právem v judikatuře nejvyšších a ústavních soudů*. Disertační práce. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2014 (text práce dostupný z: <http://is.muni.cz/th/108040/pravf_d/>). Nový impuls k debatám o tomto principu přináší diskusní řada vycházející od listopadu loňského roku na stránkách tohoto časopisu.

¹⁰ Např. WINTR, Jan. *Principy českého ústavního práva*. 3. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 133 an.; KOSAŘ, David – ANTOŠ, Marek – KÜHN, Zdeněk – VYHNÁNEK, Ladislav. *Ústavní právo. Casebook*. Praha: Wolters Kluwer, 2014, s. 362 an.; PAVLÍČEK, Václav a kol. *Ústavní právo a státověda. Díl II. Ústavní právo České republiky*. 2. vyd. Praha: Leges, 2015, s. 518; FILIP, Jan. *Výbrané kapitoly ke studiu ústavního práva*. 2. vyd. Brno: Václav Klemm, 2011, s. 72.

¹¹ Srov. např. RÖHL, Klaus – RÖHL, Hans Christian. *Allgemeine Rechtslehre*. 3. vyd. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2008, s. 656.

¹² HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 21. Hlubší analýzu poměřování pak P. Holländer představil v příspěvku: HOLLÄNDER, Pavel. Putování po stezkách principu proporcionality..., s. 274.

¹³ HUSCROFT, Grant – MILLER, Bradley – WEBBER, Grégoire. Introduction..., s. 3.

¹⁴ Typickým příkladem je rozhodnutí českého Ústavního soudu o kauzi pro distributory pohonných hmot (sp. zn. Pl. ÚS 44/13 ze dne 13. 5. 2014) a krátký komentář M. Kopy k použité metodologii v tomto rozhodnutí, publikovaný na webu Jiné právo (dostupné z: <<http://jinepravo.blogspot.cz/2015/03/kdyz-ustavni-soud-vari.html>>). Jako příklad rozkolísané praxe je tento rozsudek zmiňován rovněž Z. Červínkem – ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti v judikatuře Ústavního soudu..., s. 21. Souhlasím však s připomínkou recenzenta tohoto textu, že prakticky jakýkoliv způsob argumentace v právu předpokládá určitý hodnotový soud, takže úplné odstranění nejistoty při aplikaci práva je nemožné.

Účelem tohoto příspěvku bude zaměřit se na závěrečný krok testu proporcionality, který bývá považován za jeho jádro.¹⁵ Jedná se o tu fázi rozhodování, kdy prozkoumané argumenty vhodnosti a potřeby omezení základního práva nevedou k závěru o protíústavnosti a je nutno pokračovat k ještě podrobnějšímu hodnocení limitů základních práv. Důvodem, proč se zaměřím právě na třetí složku principu proporcionality, je právě tato kombinace zásadního významu této argumentační techniky v rámci ústavního přezkumu s nejednotností přístupů a řadou kritických hodnocení.

V právní vědě lze předně vysledovat spor o to, zda je princip proporcionality třeba vnímat jako univerzální a globálně aplikovaný, anebo zda vychází z různých, třeba i zahraničních zdrojů, jeho zakotvení má však specifický charakter v každém právním systému.¹⁶ Jedním z nejvýznamnějších zastánců univerzálního a globálního pojetí principu proporcionality je současný německý profesor Robert Alexy, který představil svou tezi o principu proporcionality jako nezbytné součásti aplikace základních práv.¹⁷ Od prvního vydání anglického překladu Alexyho *Teorie základních práv* v roce 2002 se metoda poměrování dostává do popředí zájmu doktríny, která vytvořila do současnosti celou řadu pojetí poměrování. Spolu s tím se objevuje velké množství kritiků aplikace této metody.

Za klíčovou považuji i v současné době teorii R. Alexyho, nejen kvůli tomu, že je velmi propracovaná, nýbrž i z toho důvodu, že svou koncepci stále propracovává a usiluje tím o vypořádání se s odmítavým postojem k používání principu proporcionality. Podstatou mé argumentace v tomto článku bude, že zdaleka ne všechny argumenty proti poměrování jsou R. Alexym vyvráceny, částečně kvůli omezením, které na svou teorii sám klade, částečně však kvůli nedostatečnému reflektování určitých otázek, zejména role soudů při přezkumu ústavnosti zákonů přijatých v demokratickém procesu. Podle mého názoru nelze vnímat odděleně strukturální otázky poměrování od otázky legitimacy soudního přezkumu.

1. VARIANTY POMĚŘOVÁNÍ

Při popisu poměrování jakožto závěrečné složky testu proporcionality je nutné vrátit se k výše zmíněné polemice o globálním či lokálním charakteru tohoto testu. Autoři

¹⁵ BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 1. BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. ... Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 7. MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 134.

¹⁶ Detailněji se tomuto problému věnuje BOMHOFF, Jacco. *Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law*. *Hastings Journal of International and Comparative Law Review*. 2008, roč. 31, s. 555–586.

¹⁷ Původně ve své habilitační práci *Teorie základních práv* (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986) omezoval R. Alexy analýzu principu proporcionality důsledně na německé ústavní právo. V novějších pracích je tato teorie aplikována na základní práva obecně: ALEXY, Robert. *Grundrechtsnorm und Grundrecht. Rechtslehre*. 2000, Beiheft 13, s. 102. ALEXY, Robert. *Menschenrechte ohne Metaphysik? Deutsche Zeitschrift für Philosophie*. 2004, roč. 52, č. 1, s. 15–24. Podle mnohých současných komentářů Alexyho díla má jeho teorie základních práv a principu proporcionality univerzální platnost – viz MENÉNDEZ, Agustín José – ERIKSEN, Erik Oddvar. Introduction. In: Agustín José Menéndez – Erik Oddvar Eriksen (eds). *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 4. MÖLLER, Kai. *Balancing and the Structure of Constitutional Rights*. *International Journal of Constitutional Law*. 2007, č. 3, s. 457. ZUCCA, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. xiv.

zastávající globální pojetí zaměřují svou pozornost buď na strukturální analýzu základních práv, což je příklad díla R. Alexyho¹⁸ či izraelského autora A. Baraka,¹⁹ nebo na společný základ ústavních řádů jednotlivých států (D. Beatty²⁰ pojednává o univerzálním principu vlády práva a K. Möller²¹ o globálním modelu základních práv). Naproti tomu se vyskytují názory, že tvrzené univerzální pojetí přezkumu ústavnosti přehlíží významné rozdíly, které se vyvinuly v jednotlivých státech (J. Bomhoff²²) nebo v právních kulturách (I. Porat a M. Cohen-Eliya²³).

Uvedené koncepce naznačují, že jednotná teorie poměřování, a tedy i testu proporcionality, se dosud nevyvinula. Vyjdeme-li z jiné zásadní součásti Alexyho teorie – konkrétně z duálního charakteru práva (tj. charakteru reálného a ideálního),²⁴ existuje shoda na tom, že v reálné rovině se složky a struktura principu proporcionality mezi jednotlivými státy liší, spor se však vede o existenci jednotného testu v rovině ideální. Této otázce bych se chtěl zde věnovat. V prvé řadě se pokusím nastínit základní kritéria, kterými se různé teorie poměřování liší.

Porovnáme-li různé způsoby řešení kolizí základních práv, základním kritériem dělení teorií poměřování je odpověď na otázku, zda existují argumenty či důvody, které poměřování vylučují. Pokud ano, tyto teorie obvykle vedou k jednoduchému závěru (např. o absolutní povaze určitých základních práv anebo o nutnosti zužování rozsahu jednotlivých základních práv, aby byla možná subsumpce pod pouze jedno z nich). Proti tomu stojí přístupy důsledně poměřující všechny argumenty. Z jiného úhlu pohledu bychom mohli zkoumat, zda tyto teorie umožňují nějakým způsobem kvantifikovat předložené argumenty, anebo žádný takovýto mechanismus neexistuje.²⁵ Poměřování rovněž může mít rozdílné výsledky s ohledem na východiska preferování individuálních práv a svobod, anebo pokud na společnost pohlížíme jako na organický celek, v němž práva jednotlivců a celospolečenské zájmy jsou projevem jednotného souboru hodnot, na nichž je společnost vystavěna. Poslední z kritérií, které zmíním, se dotýká právní kultury. Základní myšlenky vycházejí z díla jihoafrického autora E. Mureinika, který psal krátce po přijetí prvního lidskoprávního katalogu tamější ústavy o „kultuře justifikace“ a „kultuře autority“, přičemž první jmenovanou spojoval s přechodem k demokracii.²⁶ Kultura justifikace podle tohoto autora důsledně vyžaduje po veřejné moci ospravedlnění

¹⁸ ALEXY, Robert. Grundrechtsnorm und Grundrecht..., s. 101–115.

¹⁹ BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*

²⁰ BEATTY, David. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, zejm. s. 159–188. Obdobný argument jako důvod rozšíření principu proporcionality popisuje i B. Schlink, jinak k aplikaci tohoto principu značně kritický. Viz SCHLINK, Bernhard. Proportionality. In: Michel Rosenfeld – András Sajó (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 736.

²¹ MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²² BOMHOFF, Jacco. Balancing, the Global and the Local..., s. 555–586. BOMHOFF, Jacco. *Balancing Constitutional Rights...*

²³ PORAT, Iddo – COHEN-ELIYA, Moshe. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

²⁴ ALEXY, Robert. The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*. 2010, roč. 23, č. 2, s. 167 an. (slovenský překlad prof. A. Bröstla: ALEXY, Robert. Dvojaká povaha práva. *Právní obzor*. 2012, roč. 95, č. 1, s. 3 an.).

²⁵ Srov. obdobnou dichotomii formálního a rétorického poměřování u K. Möllera – viz MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 139–140.

²⁶ MUREINIK, Etienne. „A Bridge to Where?“ Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*. 1994, roč. 10, s. 31–48.

každého postupu, kultura autority jako její protipól legitimizuje postup veřejné moci samotným faktem existence pravomoci. Izraelští autoři I. Porat a M. Cohen Eliya²⁷ tuto myšlenku rozvíjejí, když popisují rozdílnost právní kultury Německa a Spojených států amerických. Americká právní kultura je podle jejich soudu daleko méně zaměřena na justifikaci aktů veřejné moci než kultura německá. Požadavky na ospravedlnění veřejno-právních aktů se pak projevují ve způsobech odůvodňování soudních rozhodnutí.²⁸

Pluralitu přístupů k poměrování základních práv se po stručném nastínění různých variant pokusím popsat na vybraných modelech. Při jejich volbě jsem vycházel jednak z reprezentativnosti dané teorie z hlediska ohlasů v odborné literatuře a dále z rozdílnosti východisek jednotlivých modelů, tak aby se nejednalo pouze o alternativy jediného přístupu. Alespoň zčásti deontologický přístup k řešení kolizí základních práv představuje tzv. duální model poměrování I. Porata. Teorie R. Alexyho je jednou z těch, které umožňují poměrování kvantifikovat v podobě tzv. vážící formule. A. Barak se od výše uvedených autorů odlišuje v tom, že na poměrování pohlíží prizmatem efektivity práva a teorie mezního užítku, když hovoří o principiálním poměrování.

2. POMĚŘOVÁNÍ JAKO PŘÍKAZ K OPTIMALIZACI

Teorii R. Alexyho není nutné na tomto místě detailně popisovat, neboť nedávno byla představena na stránkách tohoto časopisu v překladu J. Broze.²⁹ Uvedu proto pouze její základ. Tím je pravidlo poměrování: „*Čím větší je míra nenaplnění či omezení jednoho principu, tím větší musí být důležitost naplnění principu druhého*“,³⁰ které je pro praktickou argumentaci rozvedeno do podoby tzv. vážící formule, upravující zhodnocení konkrétní váhy principu či základního práva ve vztahu ke kolidujícímu principu nebo základnímu právu na základě kritérií, které R. Alexy stále podrobněji rozpracovává.³¹ Zaměřím-li se ještě na pojem optimalizace, etymologicky, jakož i z popisu teorie R. Alexym, plyne, že cílem aplikace vážící formule je nalezení takového řešení kolize základních práv, které je jediné a ideální.

Z několika důvodů lze vnímat Alexyho teorii poměrování jako nejpropracovanější. Již v předchozích krocích testu proporcionality, tj. při aplikaci testů vhodnosti a potřeby, vychází R. Alexy z Paretova optima, pojícího se v tomto případě k otázce vedlejších nákladů právní regulace omezující základní práva.³² V testu poměrování, který se použije jako poslední složka principu proporcionality, hraje velkou roli úvaha o abstraktní váze základních práv, při níž lze zohlednit např. vyšší abstraktní váhu lidské důstojnosti, než jaká je abstraktní váha ostatních kolidujících principů.³³ Na rozdíl od Poratovy koncepce

²⁷ PORAT, Iddo – COHEN-ELIYA, Moshe. *Proportionality and Constitutional Culture...*, s. 44 an.

²⁸ Srov. KÜHN, Zdeněk. Základní modely soudcovské argumentace. *Právník*. 2001, roč. 140, č. 4, s. 342–368. Zrod a aplikace principu proporcionality ve státech kontinentální právní kultury je důkazem jisté proměny způsobu soudního rozhodování od modelů založených na formalismu a subsumpci a diskurzivní argumentaci, v níž hrají větší roli než dříve právní principy (srov. *Ibidem*, s. 359 an.).

²⁹ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality. *Právník*. 2015, č. 10, s. 867–878.

³⁰ *Ibidem*, s. 870.

³¹ Vážící formule byla poprvé představena v článku ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*. 2003, č. 4, s. 444 an. V nejnovější verzi viz ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 871.

³² ALEXY, Robert. Balancing, Subsumption, and Rationality. *Ratio Juris*. 2003, č. 2, s. 135–136.

však abstraktní váha základního práva, pokud je toto právo aplikováno jako právní princip, nemůže představovat absolutní překážku aplikace kolidujícího práva nebo veřejného zájmu. Toto uvádí R. Alexy na příkladu inspirovaném rozhodnutím Spolkového ústavního soudu o protiústavnosti ustanovení Zákona o letecké bezpečnosti (*Luftsicherheitsgesetz*) umožňující sestřelit civilní letadlo, které by mohlo být použito jako zbraň. Při zohlednění různých okolností případu, by však lidská důstojnost podle R. Alexyho měla sehrát roli natolik významnou roli, že zásah do ní by mohl být přiměřený pouze ve zcela výjimečných případech.³⁴

Reálně tedy určitá základní práva s vysokou abstraktní vahou mohou dle R. Alexyho působit nikoliv jako zcela vylučující důvody, nýbrž jako téměř vylučující důvody, tj. důvody, které vylučují přiměřený zásah s výjimkou mimořádných událostí, kdy je třeba individuální právo obětovat, abychom předešli tragickým následkům. Takovýto příklad poměřování ve výjimečných situacích je však raritní a obdobně jako pro aplikaci jiných pravidel je možné i zde narážet na limity legality.³⁵

3. PRINCIPIÁLNÍ POMĚŘOVÁNÍ

A. Barak chápe poměřování jako test vzájemného vztahu na straně jedné užítka získaného zákonem omezujícím základní právo a na straně druhé újmu způsobené omezením tohoto práva.³⁶ Ve své teorii reaguje na práci R. Alexyho a formuluje kritérium poměřování v podobě *relativního společenského významu* (*relative social importance*) příslušného práva či veřejného zájmu.³⁷ Poměřování se u A. Baraka provádí zásadně na nižší úrovni abstrakce, neboť se váže k mezním užítkům a újmám. Nepoměřují se tedy v abstraktní rovině určitá základní práva proti kolidujícím právům nebo veřejným zájmům. Meznímu užítku a újmám se tento autor věnuje proto, že před přijetím příslušného opatření omezujícího základní právo již obvykle určitá úroveň základních práv a naplňování veřejných zájmů existuje. Podle A. Baraka je třeba postihnout pouze nastalou změnu.

Při takovémto způsobu argumentace zní klíčová otázka, jak tento mezní společenský užitek a újmu zjistit. A. Barak k tomu uvádí, že je nelze změřit empirickými vědeckými metodami, nýbrž se posoudí na základě argumentace a svou roli v ní bude hrát i společenský kontext, tradice, politický systém a další podobná kritéria.³⁸ Klíčové v teorii poměřování A. Baraka je rozlišování tří rovin, na nichž se poměřování může odehrávat. Teorie R. Alexyho představuje podle A. Baraka poměřování v abstraktní rovině, neboť zohledňuje ve své vážící formuli mimo jiné abstraktní váhu základních práv a veřejných

³³ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 870–871.

³⁴ Ibidem, s. 877. Skutečnost, že se R. Alexy tento výjimečný stav pokusil kvantifikovat, však bude níže podrobena kritice.

³⁵ Srov. polemiku D. Dyzenhouse a O. Grosse o extralegální a legální úpravě mimořádných stavů: DYZENHAUS, David. The compulsion of legality. In: Viktor Ramraj (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 33–59. GROSS, Oren. Extra-legality and the ethic of political responsibility. In: Viktor Ramraj (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 60–93.

³⁶ BARAK, Aharon. Proportionality and Principled Balancing..., s. 7.

³⁷ Ibidem.

³⁸ BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 349.

zájmů. Kromě toho se poměrování může odehrávat na úrovni individuálního případu při posuzování relativního společenského významu a mezních užitků v konkrétní věci.³⁹ Oproti poměrování na nejvyšší abstraktní rovině preferuje A. Barak poměrování při zohledňování i jiných aspektů než pouhé abstraktní váhy základních práv, avšak zároveň menšího počtu, než při zohledňování veškerých aspektů individuálního případu. Tuto teorii nazývá principiální poměrování (*principled balancing*). Místo abstraktní závažnosti základního práva staví do popředí typizované případy, které mohou v rámci aplikace jednoho základního práva nastat: na příkladu ochrany osobnosti ukazuje, že může nastat rozdílná situace v závislosti na tom, zda je osoba, která se ochrany domáhá, osobou veřejně známou anebo nikoliv. Jak sám autor této teorie tvrdí, její význam spočívá především ve zpřesnění abstraktního poměrování, při němž lze snížit širokou diskreci, což učiní poměrování transparentnější, strukturovanější a předvídatelnější.⁴⁰

Pojetí principiálního poměrování však není zcela nové. K podobným závěrům dospěl americký autor M. Nimmer již na konci 60. let minulého století, když na případu *New York Times Co. v. Sullivan*,⁴¹ který se týkal kolize svobody projevu a práva na ochranu osobnosti, rozlišoval *ad hoc* a definiční poměrování. Závěr Nejvyššího soudu USA v této kauze zněl, že svoboda projevu chrání i hanlivé projevy proti veřejně činné osobě, s výjimkou případů, kdy jsou tyto projevy učiněny „s vědomím, že jsou nepravdivé, anebo bez jakéhokoliv úsilí o zjištění, zda jsou tyto projevy pravdivé, anebo nikoliv“.⁴² Poměrování, které Nejvyšší soud zvolil, nebylo podle M. Nimmera čistě *ad hoc* poměrování, neboť v takovém případě by musel dokazovat mimo jiné obtížně prokazatelné skutečnosti týkající se reálné míry zásahu do osobní cti anebo o jak významný projev z hlediska žalovaného, či dokonce celé společnosti, se jedná.⁴³

Jako hypotetický příklad principiálního poměrování uvádí A. Barak ústavní přezkum opatření spočívajícího v zákazu prodeje určitého zboží z důvodu ochrany veřejného zdraví. Jádrem poměrování zde nebude spočívat v porovnávání významu svobody podnikání a ochrany veřejného zdraví, nýbrž v porovnání mezní společenské újmy dané zákazem prodeje a mezního společenského užítku v důsledku tohoto zákazu.⁴⁴ Případ, který uvádí sám autor teorie principiálního poměrování, však vybízí k dalším otázkám: zejména jakým způsobem poměřovat společenskou újmu podnikatelů (kterou lze posoudit jako ekonomickou kategorii) s užítkem pro veřejné zdraví, když hodnotu zdraví lze jen obtížně poměřit s ekonomickým ziskem a ztrátou. Příklad se tedy rovněž dotýká utilitaristických a deontologických východisek poměrování. Zdá se totiž, že primárně ekonomické kategorie, jakými jsou mezní užitek (A. Barak) či Paretoovo optimum (R. Alexy), nedokáží všechny případy limitů základních práv a jejich poměrování vystihnout.⁴⁵

³⁹ BARAK, Aharon. *Proportionality and Principled Balancing...*, s. 11.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 14.

⁴¹ Rozhodnutí amerického Nejvyššího soudu ze dne 9. března 1964 ve věci *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254 (1964).

⁴² V podrobnostech viz NIMMLER, Melville B. *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*. *California Law Review*. 1968, roč. 56, č. 4, s. 942 an.

⁴³ *Ibidem*, s. 943.

⁴⁴ BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 352.

⁴⁵ Kromě výše zmíněných hodnocení užítku života či zdraví se tato koncepce jeví problematická při zkoumání limitů absolutních (tj. nederogovatelných) práv.

4. DUÁLNÍ MODEL POMĚŘOVÁNÍ

Přistupujeme-li k poměřování z deontologických východisek, vnímáme obvykle určité překážky poměřování, tedy argumenty, které nelze nijak oslabit nebo vyvrátit. Je sice možné namítnout, že i ve výše uvedených modelech lze při argumentaci vážící formulí či mezním společenským užtkem uvažovat v kategoriích absolutní převahy práva nad kolidujícím zájmem, ekonomický či matematický základ těchto teorií však činí tyto úvahy celkem obtížné.

Jedním z řešení je relativní koncepce základních práv, na níž upozorňuje ve vztahu k lidské důstojnosti R. Alexy. Relativní koncepce zachází se základními právy jako s principy způsobilými poměřování, nikoliv jako s normami (pravidly) s absolutní předností.⁴⁶ S jinou koncepcí přichází izraelský autor I. Porat, který se pokouší deontologické překážky včlenit do své teorie nazvané duální model poměřování.⁴⁷ Ten vychází ze dvou následujících bodů. Prvním je teorie tzv. vylučujících důvodů (*exclusionary reasons*) J. Raze.⁴⁸ Při praktické argumentaci podle Raze pravidelně zvažujeme a poměřujeme různé názory a argumenty. Tyto důvody, které nazývá důvody prvního řádu (*first-order reasons*), však mohou být za určitých okolností vyloučeny z možnosti poměřování, a to na základě jiných důvodů, které nazývá důvody druhého řádu (*second-order reasons*) nebo též vylučující důvody. Jako jeden z příkladů, kdy je poměřování argumentů vyloučeno, uvádí situaci člověka, který dal určitý slib, a nyní by jeho porušení bylo pro něj ekonomicky výhodnější.⁴⁹ Ekonomicky výhodnější jednání ale tato osoba nezvolí a poměřovat různé možnosti svého chování nebude, poměřování v takové situaci ustoupí důvodu druhého řádu, kterým je daný slib.⁵⁰

Druhým zdrojem Poratovy teorie je odlišování dvou případů diskriminace, které popisuje americký autor M. Kelman. Prvním je přímá diskriminace na základě vyloučených kritérií (např. rasy); druhým je diskriminace, která nastává z důvodu ekonomické neefektivity a z níž plyne nárok na určitá opatření, která však musí být přiměřená.⁵¹ Pokud zaměstnavatel nezaměstná osobu se zdravotním postižením z důvodu, že to pro něj znamená nepřiměřeně vysoké náklady, např. nutnost stavby nového výtahu ve výškové budově, nejedná se o typově stejný případ diskriminace jako odmítnutí uchazeče o práci z důvodu rasy. Zdravotně postižený má tak právo na přijetí přiměřeného opatření, nikoliv právo na to, aby s ním bylo zacházeno stejně jako s osobou bez zdravotního postižení.⁵² Naproti tomu všechny osoby mají nárok na stejné zacházení bez ohledu na svou rasu.

⁴⁶ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 875.

⁴⁷ PORAT, Iddo. The Dual Model of Balancing: A Model for the Proper Scope of Balancing in Constitutional Law. *Cardozo Law Review*. 2006, roč. 27, č. 3, s. 1393–1448, a rozpracování tohoto modelu v PORAT, Iddo. Mapping the American Debate over Balancing. In: Grant Huscroft – Bradley Miller – Grégoire Webber (eds). *Proportionality and Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 397–416.

⁴⁸ RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 35 an.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 39.

⁵⁰ Jak připomíná I. Porat, Razova teorie je deskriptivní, tj. nezohledňuje argumenty, co je správné, co by mělo být, pouze ukazuje, jak lidé v určitých situacích jednají. PORAT, Iddo. The Dual Model of Balancing..., s. 1405.

⁵¹ KELMAN, Mark. Market Discrimination and Groups. *Stanford Law Review*. 2000–2001, roč. 53, s. 834 an.

⁵² Srov. také § 3 odst. 2 a 3 zákona č. 198/2009 Sb., o rovném zacházení a právních prostředcích ochrany před diskriminací a o změně některých zákonů (antidiskriminační zákon), v platném znění.

Obě tyto teorie vedly I. Porata k definování duálního modelu poměřování, tedy popisu dvou odlišných případů právní argumentace v případě kolizí základních práv. V prvním je rozhodování založeno na posouzení ekonomické efektivity rozumných opatření (Kelman) a poměřování argumentů prvního řádu (Raz), ve druhém případě je poměřování vyloučeno, a to na základě vylučujícího důvodu, kterým je základní právo. Jak I. Porat ukazuje, konkrétní základní právo může v určitých situacích sloužit jako vylučující důvod, v jiných situacích pouze jako jeden z legitimních zájmů, který je způsobilý poměřování.⁵³

Závěr, který z této teorie plyne, je, že poměřování není univerzálním modelem. V určitých případech základní práva převáží nad kolidujícími zájmy nikoliv proto, že provedeme poměřování, nýbrž proto, že se k těmto právům chováme jako k důvodům vylučujícím jejich poměřování s veřejnými zájmy. V ostatních případech, pokud poměřování provádíme, působí základní práva jako jedny ze zájmů, což je důsledek, které bývá kritizován pro degradaci zvláštního významu základních práv v moderním státě.⁵⁴ Dalším problematickým bodem je skutečnost, že samotné jádro celé teorie, tedy odlišení, kdy právo působí jako zájem a kdy jako vylučující důvod, není z Poratovy teorie zřejmé.

5. KRITIKA POMĚŘOVÁNÍ

Po nastínění rozdílných modelů poměřování se nabízí otázka, zda je možné provést určitou syntézu těchto rozdílných přístupů. Předtím, než se této otázce budu věnovat, je však podle mého názoru účelné zmínit názory oponentů techniky poměřování, neboť jejich námitky poukážou na slabé stránky jednotlivých teorií.

Řadu kritických názorů na poměřování shrnuje v jedné z dosud nejrozsáhlejších monografií věnovaných principu proporcionality A. Barak. Klasifikuje přitom kritiku založenou na podstatě argumentačního postupu poměřování, kritiku věnovanou důsledkům aplikace principu proporcionality a konečně námitku založenou na zpochybnění legitimacy soudního přezkumu zákonů. Základní dva argumenty proti podstatě techniky poměřování, které spolu do určité míry souvisí, spočívají v iracionalitě celého procesu poměřování a nesouměřitelnosti hodnot, které se snažíme poměřovat. Ke kritice důsledků aplikace principu proporcionality řadí rozšiřování soudní diskrece porušující dělbu moci a snížení ochrany základních práv.⁵⁵

Druhou stránkou kritických poznámek k technice poměřování je identifikace limitů použitelnosti této metody. V české literatuře se tomuto tématu nejpodrobněji věnuje L. Vyhnaněk, který rozlišuje limity vnitřní a vnější.⁵⁶ Vnitřní omezení jsou imanentně spjata s technikou poměřování a týkají se zpochybnění racionality a objektivit poměřování, tedy podobných argumentů, které zmiňoval A. Barak. Vnější limity jsou pak dány povahou určité skupiny základních práv, kde by užití testu proporcionality vedlo k nežádoucím důsledkům. Na jedné straně to jsou práva, u nichž by test proporcionality

⁵³ PORAT, Iddo. *The Dual Model of Balancing...*, s. 1423.

⁵⁴ Tento důsledek techniky poměřování kritizuje J. Habermas, S. Tsakyrakis, G. Webber a jiní – viz níže.

⁵⁵ BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 481–492.

⁵⁶ VYHNÁNEK, Ladislav. *Komparativní analýza konfliktu mezi veřejným zájmem a ústavně zaručeným subjektivním právem...*, s. 38.

byl příliš přísný, zejména sociální práva, na druhé straně by test proporcionality představoval nepřípustné omezení absolutních práv.⁵⁷

Nyní se pokusím blíže popsat konkrétní argumenty proti poměřování a popsat, nakolik jsou validní. Na prvním místě je to celkové hodnocení poměřování, které je podle kritiků ve své podstatě iracionální, představující vesměs rétorický argument, jehož použití nelze verifikovat, a v krajním případě tak může maskovat libovůli soudního rozhodnutí. Podle J. Habermase jsou právní principy všeobecně závazné, nikoliv pouze závazné z důvodu preference v konkrétní věci, z toho důvodu mají vyšší argumentační sílu než hodnoty. Hodnoty mohou být v určitých případech poměřovány, avšak vzhledem k tomu, že neexistuje racionální standard tohoto poměřování, děje se tak buď zcela arbitrárně,⁵⁸ nebo přinejmenším se značnou mírou subjektivního hodnocení.⁵⁹

Proti tezi o iracionalitě lze však namítnout, že ve srovnání s dalšími metodami řešení obtížných případů aplikace práva není míra objektivity při poměřování podstatně nižší. Jak správně připomíná L. Vyhnánek, argumentace v ústavním právu je jen zřídkakdy založena na triviální subsumpci, což neznamená, že by v každém případě byla iracionální, subjektivistická a tudíž nelegitimní.⁶⁰ Samotný proces aplikace práva totiž až na výjimečné případy vyžaduje hodnocení faktických otázek, ale i interpretaci práva, přičemž spíše než jednostranný logický proces představuje slovy P. Holländera „*kaskádu vzájemných korelací, přičemž obě korelující strany fungují podobně jako zoom – umožňují zaostření při vymezení relevantní oblasti skutkových zjištění (světa faktů) na jedné straně a skutkové podstaty relevantní normy (světa normativity) na straně druhé*“.⁶¹ Rovněž M. Pavčnik popisuje s odkazy na bohatou německou literaturu proces aplikace práva jako hodnotící syntézu, v níž je skutkový stav hodnocený normativními východisky, a dále jsou tato normativní východiska s ohledem na zjištěný skutkový stav upřesňována.⁶² M. Jestaedt jde v kritice jednoduchého popisu metody subsumpce ještě dále, když jej označuje za výsledek naivního zákonného pozitivismu, který byl již dávno překonán.⁶³ Výše nastíněné pohledy na překonání jednoduchého modelu subsumpce by samozřejmě vyžadovaly podrobnější rozpracování, to by však otevřelo celou řadu dalších otázek týkajících se interpretace práva.

Další kritika poměřování spočívající v tezi o nesouměřitelnosti a neredukovatelnosti hodnot je rovněž bohatě diskutována.⁶⁴ Tato kritika se staví proti pojetím poměřování,

⁵⁷ Ibidem, s. 38–39.

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 2001, s. 259. Podobné názory v české literatuře vyjádřil J. Tryzna: TRYZNA, Jan. *Právní principy a právní argumentace: K vlivu právních principů na právní argumentaci při aplikaci práva*. Praha: Auditorium, 2010, s. 306.

⁵⁹ SCHLINK, Bernhard. *Proportionality...*, s. 725.

⁶⁰ VYHNÁNEK, Ladislav. *Komparativní analýza konfliktu mezi veřejným zájmem a ústavně zaručeným subjektivním právem...*, s. 42.

⁶¹ HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 280. Obdobně HOLLÄNDER, Pavel. *Putování po stezkách principu proporcionality...*, s. 273–274. Srov. též VYHNÁNEK, Ladislav. *Komparativní analýza konfliktu mezi veřejným zájmem a ústavně zaručeným subjektivním právem...*, s. 158.

⁶² PAVČNIK, Marijan. *Auf dem Weg zum Maß des Rechts. Ausgewählte Schriften zur Rechtstheorie*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2011, s. 267.

⁶³ JESTAEDT, Michael. *The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses*. In: Matthias Klatt. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 170.

⁶⁴ V české literatuře např. HOLLÄNDER, Pavel. *Asymetrie základních práv a svobod a základních povinností*.

kteřá jsou založena na maximalizaci (respektive optimalizaci), tedy maximální aplikaci všech kolidujících základních práv a principů. Její podstatou je tvrzení, že pokud se pokoušíme poměřovat práva nebo veřejné zájmy s odkazem na význam nebo míru zásahu, toto srovnání není racionální, protože mezi právy a veřejnými zájmy neexistuje společné měřítko, na základě kterého bychom mohli racionálně rozhodnout. Tento argument použil například americký soudce Nejvyššího soudu A. Scalia v odlišném stanovisku k rozhodnutí *Bendix Autolite*, když přirovnal poměrování k rozhodování, „*zda je určitá čára delší více, než je určitý kámen těžší*“.⁶⁵

Z množství protiargumentů proti tezi o nesouměřitelnosti jako důvodu odmítnutí techniky poměrování zvolím dva.⁶⁶ První nastiňuje ve svém díle kanadský autor B. Chapman,⁶⁷ když popisuje fiktivní případ chovatelské soutěže, v níž máme zvolit vítěze v situaci, kdy spolu soutěží různá plemena. Řešení podle tohoto autora nespočívá v hledání společného jmenovatele (hypotetického „ideálního psa“, který ostatně reálně neexistuje), nýbrž v posouzení, nakolik se každý ze soutěžících blíží ideálu svého plemene.⁶⁸ Přeneseno do sféry ústavněprávní argumentace je Chapmanovo řešení blízké Alexyho vážící formulaci hodnotící jednak míru omezení a proti tomu naplnění jednotlivých práv a veřejných zájmů. V pozadí Chapmanovy úvahy je však rovněž předpoklad, že všechny ideální obrazy jednotlivých plemen jsou stejně významné.⁶⁹ Tento argument neodpovídá teorii poměrování R. Alexyho, podle něhož je třeba zvažovat abstraktní váhu každého základního práva a veřejného zájmu.

Jiné řešení nedávno představil V. A. da Silva, když upozornil, že teze o nesouměřitelnosti hodnot (*incommensurability*) neznamená jejich vzájemnou neporovnatelnost (*incomparability*).⁷⁰ I když nemusí existovat společné měřítko, které bychom mohli použít na řešení kolize práv a veřejných zájmů, je možné výsledný stav omezení základního práva ve prospěch jiného práva či veřejného zájmu podle určitého kritéria zhodnotit.⁷¹ Podle da Silvy je třeba postupovat tak, že hodnotíme míru naplnění či nenaplnění základních práv a kolidujících veřejných zájmů v konkrétním případě.⁷² Ani v případě, kdy se zdánlivě nesouměřitelná práva a zájmy snažíme porovnat tím, že na ně aplikujeme jedno

In: Ivo Pospíšil – Eliška Wagnerová (eds). *Vladimír Klokočka. Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009, s. 51–57.

⁶⁵ 486 U.S. 888 (1988) *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.* ze dne 17. června 1988 – odlišné stanovisko soudce A. Scaliy.

⁶⁶ Kromě níže uvedených argumentů se s tezí o nesouměřitelnosti práv a veřejných zájmů vyrovnávali i R. Alexy a A. Barak. Oba přitom setrvali na svých koncepcích poměrování (jejichž stručná východiska byla nastíněna výše), neboť podle nich tezi o nesouměřitelnosti vyvracejí.

⁶⁷ V podrobnostech jsem tuto tezi představil na jiném místě: ONDŘEJEK, Pavel. Hodnotový pluralismus jako východisko poměrování základních práv a veřejných zájmů. In: Peter Blaho – Adriana Švecová (eds). *Hodnotový systém práva a jeho reflexia v právnej teórii a praxi. I. díl*. Trnava: Právnická fakulta Trnavské univerzity, 2013, s. 230–231.

⁶⁸ CHAPMAN, Bruce. Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument. *University of Pennsylvania Law Review*. 1998, roč. 146, č. 5, s. 1492.

⁶⁹ Za upozornění na tuto skutečnost děkuji J. Brozovi.

⁷⁰ DA SILVA, Virgilio Alfonso. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2011, roč. 31, č. 2, s. 273–301.

⁷¹ *Ibidem*, s. 301. Jako triviální příklad uvádí idiom v anglickém jazyce o srovnávání jablek s pomerančí (v českém jazyce se používá idiomatické spojení „srovnávání jablek s hruškami“), neboť i jablka a pomeranče lze porovnat například z hlediska obsahu vitamínů.

⁷² *Ibidem*, s. 291. Nepůjde tedy o abstraktní srovnání základních práv a veřejných zájmů.

kritérium (např. relativní společenský význam jako A. Barak nebo míru naplnění či nena-
plnění v konkrétním případě jako V. A. da Silva), nemusí být problém nesouměřitelnosti
překonán. Toto jediné kritérium totiž často závisí na úvahách, které jsou jen obtížně
porovnatelné (viz výše uvedený příklad ochrany zdraví a svobody podnikání).⁷³ Netvr-
dím tedy, že obecná teze o nesouměřitelnosti základních práv a veřejných zájmů je
výše uvedenými teoriemi vyvrácena. V další části se však pokusím nastínit svůj pohled
na poměřování jako na rámec, v němž probíhá právní argumentace v konkrétní věci.
Zde je podle mého názoru možné racionálně argumentovat o významu konkrétního
základního práva či kolidujícího veřejného zájmu.

Kritikové poměřování, kteří zpochybňují využívání této techniky soudy, se do značné
míry opírají o obecnou kritiku soudní moci ve chvíli, kdy soudy přezkoumávají akty moci
zákonodárné. Podle jejich názorů je poměřování hodnot a principů úloha zákonodárce,
jíž by soud neměl nahrazovat.⁷⁴ Variantami této kritiky je příliš široká diskrece soudů,
popřípadě nedostatečný podklad, který pro rozhodnutí soudů poskytl zákonodárce,
v důsledku čehož je pro soudy obtížné řešit složité morální otázky na základě vágního
argumentačního rámce, případně se objevuje obava z ovlivňování soudců zejména
ze strany veřejného mínění.⁷⁵ Kromě této kritiky lze poukázat na dnes již klasický text
L. L. Fullera o formách a limitech soudního rozhodování, podle něhož soudy nejsou
vhodným orgánem k řešení tzv. polycentrických otázek, které zahrnují vyvažování zájmů,
neboť na rozdíl od orgánů tvořících právo rozhodovací činnost vyžaduje obvykle jiný
druh vstupních informací jako podkladů pro rozhodnutí.⁷⁶

Z dalších argumentů se často objevuje teze o ohrožení specifické povahy lidských práv.
J. Habermas se obává, že uvažováním o lidských právech jako o skupině společenských
hodnot potenciálně přiznáváme, že řada jiných zájmů může nad lidskými právy převa-
žít.⁷⁷ Obzvláště problematický je pak zásah do esenciálního jádra základního práva, který
může být v důsledku aplikace principu proporcionality ústavně konformní.⁷⁸ Určitou
variací na výše zmíněný argument J. Habermase týkající se nebezpečí ztráty specifické
povahy lidských práv představuje kritika španělského autora J. J. Moresa, který namísto
poměřování navrhuje metodu specifikace (spočívající v omezení rozsahu jednoho
základního práva či veřejného zájmu ve prospěch druhého). Podle tohoto autora vytvá-
ří specifikace oproti poměřování principiální řešení, která lze aplikovat v obdobných
případech.⁷⁹ Dále lze zmínit argumenty S. Tsakyrakise, podle něhož by bylo skutečným
„útokem na lidská práva“, pokud by ústavněprávní rozhodování bylo založeno pouze na

⁷³ ENDICOTT, Timothy. Proportionality and Incommensurability. In: Grant Huscroft – Bradley Miller – Grégoire Webber (eds). *Proportionality and Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 318. V české odborné literatuře na tento problém upozornil nedávno T. Sobek ve svém příspěvku věnovaném utilitaristické filozofii H. Sidgwicka: SOBEK, Tomáš. Sidgwickův problém. *Právník*, 2015, č. 11, s. 993–994.

⁷⁴ Shnutí kritiky z těchto pozic přináší A. Barak – viz BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 487–492.

⁷⁵ URBINA, Francisco. A Critique of Proportionality. *The American Journal of Jurisprudence*, 2012, roč. 57, s. 69–70.

⁷⁶ FULLER, Lon L. The Forms and Limits of Adjudication. *Harvard Law Review*, 1978–79, roč. 92, s. 394.

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms...*, s. 258.

⁷⁸ LA TORRE, Massimo. Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights. In: Agustín José Menéndez – Erik Oddvar ERIKSEN (eds). *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 59 an.

⁷⁹ MORESO, José Juan. Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights: Proportionalism and Specificationism. *Ratio Juris*, 2012, č. 1, s. 41.

principu proporcionality, neboť namísto morálních kategorií, co je dobré a co je špatné, bychom v oblasti lidských práv argumentovali pouhou přijatelností, čímž bychom omezili morální debatu o lidských právech.⁸⁰ Právě skutečnost, že princip proporcionality má pouze formální charakter, upírá podle tohoto kritika základním právům jejich morální základ.⁸¹

U všech výše uvedených argumentů proti použití techniky poměrování je třeba rozlišovat, zda směřují proti podstatě poměrování anebo proti jejímu nesprávnému použití. Jak uvádí V. A. da Silva, skutečnost, že poměrování je náročná technika, neznamená, že je zcela nemožné.⁸² Níže se tedy pokusím kritické ohlasy i rozdíly v pojetí poměrování zhodnotit.

6. HODNOCENÍ TECHNIKY POMĚROVÁNÍ

Pojetí poměrování vykazuje značnou variabilitu; jeho různé projevy lze vysledovat od starodávných obrazů vážení (spojovaných zejména se spravedlností),⁸³ až k moderním ekonomickým a matematickým modelům. I. Porat ukazuje, že poměrování je běžné při rozhodovacích procesech nejen v právu. Podle něj pro to existují dva důvody. Zaprvé je to možnost redukovat jakékoliv rozhodování týkající se určitého jednání na posouzení argumentů pro a proti. Zadruhé pak, jediná alternativa v případě vyloučení poměrování je absolutní přednost jednoho argumentů před druhým.⁸⁴ Ani poměrování však nemusí být za všech okolností jediný možný způsob uvažování; v určitých rozhodnutích je zvažování možností a argumentů vyloučeno (srov. výše uvedený argument J. Raze o předem učiněném slibu).

I. Berlin obhajuje tezi o pluralitě idejí a hodnot,⁸⁵ s níž se ztotožňuji, neboť pluralistický pohled na řešení konfliktu zájmů a hodnot odpovídá pojetí moderních států, které nejsou navázány na konkrétní ideologii.⁸⁶ Existence filosofického problému neredukovatelnosti základních hodnot však nevylučuje požadavek, aby v praktické právní

⁸⁰ TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*. 2009, roč. 7, č. 3, s. 491.

⁸¹ Ibidem, s. 475. Srov. i rozvinutí debaty na toto téma – KHOSLA, Madhav. Proportionality. An Assault on Human Rights?: A Reply. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 2, s. 298–306. TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality. An Assault on Human Rights?: A Rejoinder to Madhav Khosla. *International Journal of Constitutional Law*. 2010, roč. 8, č. 2, s. 307–310.

⁸² DA SILVA, Virgilio Alfonso. Comparing the Incommensurable..., s. 301.

⁸³ CURTIS, Dennis – RESNIK, Judith. Images of Justice. *Yale Law Journal*. 1987, roč. 96, s. 1727 an.

⁸⁴ PORAT, Iddo. The Dual Model of Balancing..., s. 1394–1395.

⁸⁵ BERLIN, Isaiah. *Čtyři eseje o svobodě*. Praha: Prostor, 1999, s. 64–65.

⁸⁶ Viz podrobněji HOLLÄNDER, Pavel. Asymetrie základních práv a svobod a základních povinností. In: Ivo Pospíšil – Eliška Wagnerová (eds). *Vladimír Klokočka. Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009, s. 53 an. anebo SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2011, s. 55 an. Je zřejmé, kam I. Berlin touto argumentací míří. Úsilí o redukci hodnotového systému je běžné pro teorie poskytující definitivní odpověď na jakoukoliv otázku. V době vzniku jeho slavného eseje o dvou pojmech svobody již existovaly v západním světě trpké zkušenosti s totalitními ideologiemi, které takovéto odpovědi poskytovaly. Hodnotový pluralismus žádné představy o ideálním životě člověka nepředkládá, vychází z respektu k autonomii jednotlivce a jednotlivé hodnoty považuje za nesouměřitelné, respektive neredukovatelné na jednu jedinou hodnotu, kterou byl např. pro utilitaristy užitek. Viz též: ONDŘEJEK, Pavel. Hodnotový pluralismus jako východisko poměrování základních práv a veřejných zájmů..., s. 229.

argumentaci při sporech o právo bylo podáno konečné rozhodnutí. Z toho důvodu je důležité propracovat metodologii poměřování práv a veřejných zájmů. Jako velmi problematický však vnímám jakýkoliv pokus precizovat argumentační proces do podoby matematických rovnic – tak jak to činí R. Alexy ve své vážící formulí, a to i v nejnovější propracované verzi.⁸⁷ První a vcelku odůvodněná kritika formulovaná M. Jestaedtem spočívá v tom, že vážící formule v podobě rovnice vytváří nesprávný obraz jednoduchého, plně programovatelného řešení obtížných případů, tedy jakýsi falešný ideál racionálního kognitivismu, logiky a přesnosti v právní argumentaci.⁸⁸ Kromě toho přináší vážící formule opětovně problém souměřitelnosti jednotlivých hodnocených prvků. Připomeňme, že R. Alexy hodnotí tři základní kritéria: intenzitu zásahu do základního práva, abstraktní váhu základního práva a spolehlivost empirických a normativních zjištění týkající se intenzity zásahu a abstraktní váhy.⁸⁹ Pokud je vážící formule vyjádřena jako součin těchto hodnot, logicky z toho plyne, že pro zhodnocení celkového výsledku, musejí být tato kritéria souměřitelná mezi sebou. Uvedený problém je možné vysvětlit na příkladu: přidržme se jednoduché škály navrhované R. Alexym a odhlédneme nyní od problému, jak určit, že zásahy do základního práva či jeho abstraktní váha jsou vysoké, střední nebo nízké. V takové situaci by závažný zásah do základního práva (A), které má jen nízkou abstraktní váhu, byl plně porovnatelný s nízkým zásahem do základního práva (B), které má však vysokou abstraktní váhu.⁹⁰ Jiný příklad důsledné aplikace vážící formule by mohl znít následovně: 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.⁹¹ Podle mého názoru však takového závěry v abstraktní rovině není možné vůbec vytvářet. Důvodem je právě naprostá nesouměřitelnost jednotlivých kritérií, které sledujeme. Není možné mírou intenzity zásahu vyvažovat abstraktní hodnotu určitého práva anebo dokonce míru spolehlivosti našich zjištění týkajících se zásahu či abstraktní váhy určitého práva.

Na výše uvedeném příkladu se ukazuje i další problém související se zavedením škály, která může být triadická, nebo i vícečlenná. Avšak i pokud použijeme triadickou stupnici, sám R. Alexy uvádí, že v právu může být přiřazování konkrétní váhy v podobě nízkého, středního či vysokého zásahu do práv v některých případech problematické, ne-li zcela nemožné. Proto je toto škálování v právní argumentaci možné pouze v hrubých rysech.⁹²

⁸⁷ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 871. K rozdílu mezi poměřováním a subsumpcí dále R. Alexy uvádí: „Subsumpční formule představuje schéma fungující podle pravidel logiky, vážící formule představuje schéma fungující podle pravidel aritmetiky. Skutečnými argumenty v rámci vážící formule nejsou čísla, nýbrž úsudky o míře zásahu, abstraktní váze a stupni spolehlivosti zjištění. Subsumpční i vážící formule jsou tak na stejné úrovni, základem obou je usuzování. V případě subsumpční formule vzniká finální úsudek přímo podle pravidel logiky, u vážící formule nepřímo nebo analogicky interpretací argumentů skrze čísla.“ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption..., s. 448.

⁸⁸ JESTAEDT, Michael. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses..., s. 163.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Lidská důstojnost a princip proporcionality..., s. 870.

⁹⁰ Podle vážící formule jsou hodnotám nízký, střední a vysoký přiřazovány hodnoty 2^0 , 2^1 , 2^2 – tj. 1, 2, 4.

⁹¹ V případě hodnocení zjištění navrhuje R. Alexy přiřazovat hodnoty 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} – tj. 1, $1/2$, $1/4$. Aplikací vážící formule dospějeme k závěru: $2^1 \times 2^0 \times 2^0 = 2^0 \times 2^2 \times 2^{-1}$.

⁹² ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption..., s. 443.

Problémem triadické škály je tedy nedostatečná podrobnost a reflexe konkrétního případu. Příkladem může být nemožnost rozlišování vysokého a extrémního zásahu do práv (jako je tomu v případech tragických katastrof – srov. výše uvedený německý příklad zákona o ochraně vzdušného prostoru).⁹³

S problematikou hodnocení jednotlivých argumentů v rámci poměrování souvisí již zmíněný problém jejich objektivizace. Jak lze racionálně ověřit, jaký zásah je třeba posoudit jako mírný, střední anebo dosahující intenzity závažného zásahu? Má být tímto kritériem většinový názor, a pokud ano, jak jej zjistit? S ohledem na zásadní význam takového hodnocení pro výsledek poměrování, není kritika o subjektivním hodnocení poměrování pouze přesunuta z roviny posouzení kolidujících práv o stupeň níže na úroveň hodnocení zásahu či abstraktního významu jednotlivých práv? Problém takového hodnocení nastává při aplikaci modelů, jako je např. výše popsaná vážící formule, na obtížnější, nikoliv pouze typově jednoduché, případy. Takovéto případy však bývají v ústavním právu spíše typické vzhledem k relativně vágní formulaci jeho normativních textů.

Třetím problémem aplikace vážící formule je koncepce abstraktní váhy základního práva. Na prvním místě je třeba souhlasit s kritikou G. Webbera,⁹⁴ že sám R. Alexy při popisu vážící formule explicitně neuvádí, jak hodnotit abstraktní váhu základního práva, kritérium „celkového významu z hlediska ústavy“⁹⁵ totiž naplňuje nároky na právní jistotu pouze minimálně. Kromě toho se ztotožňuji s kritikou A. Baraka, podle něhož v řadě případů není účelné posuzovat abstraktní váhu základního práva, nýbrž jeho význam v konkrétním případě. Na případu Titanic ukazuje R. Alexy *prima facie* rovnocennost ochrany soukromí a svobody projevu (v této kauze šlo o kritický výrok satirického časopisu na adresu člena armády, který je zdravotně postižený).⁹⁶ Skutkové okolnosti případu pak autor promítá do hodnocení intenzity zásahu do kolidujících práv: skutečnost, že voják, do jehož osobnostního základního práva bylo zasaženo, není veřejně známou osobou, vede k závěru o závažné míře zásahu.⁹⁷ Pokud by karikovaná osoba byla veřejně známou, např. politik, je pravděpodobné, že by byl tento zásah hodnocen mírněji s ohledem na nutnost těchto osob satiru strpět. Je však otázkou, zda v daném případě nejde spíše o hodnocení zásahu do práv v typových případech (politik, jiná veřejně známá osobnost versus osoba, která nemá přístup k médiím).

Posuzování konkrétního případu nikoliv abstraktní váhy základního práva však čelí námitce,⁹⁸ že je použitelné pouze v situacích, kdy stížnost směřuje proti konkrétnímu rozhodnutí, nikoliv však při abstraktní kontrole ústavnosti, která se žádného konkrétního skutkového stavu netýká. I zde však podle mého názoru existuje potřeba zkoumat míru omezení základního práva příslušnou právní úpravou, nikoliv uvažovat abstraktně

⁹³ WEBBER, Grégoire. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 94.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption..., s. 442.

⁹⁶ Ibidem, s. 437 an.

⁹⁷ V této souvislosti lze zmínit námitku C. B. Pulida, že míra zásahu do základního práva není objektivní, nýbrž je na prvním místě dána tím, jak závažně zásah do svého práva hodnotí sám poškozený – v podrobnostech viz PULIDO, Carlos Bernal. On Alexy's Weighing Formula. In: Agustín José Menéndez – Erik Oddvar Eriksen (eds). *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006, s. 106.

⁹⁸ Kterou učinil J. Broz a za tuto připomínku děkuji.

o kolizích práv a jejich limitů. Problematické však je, že obecná právní úprava dopadá na větší okruh situací. I ty je však možné určitým způsobem blíže specifikovat. Jako konkrétní příklad z českého práva uvedu zákon č. 52/2009 Sb., který novelizoval trestní řád a zavedl značné zpřísnění sankcí za zveřejnění osobních údajů obviněných osob v probíhajícím trestním řízení.⁹⁹ Omezení svobody projevu podle tohoto zákona směřovalo zejména proti médiím informujícím o dosud neukončených trestních kauzách. Při úvahách o proporcionalitě výše uvedené úpravy je tedy třeba hodnotit kontext svobody projevu médií při referování o politicky významných skutečnostech. Jako disproportční můžeme hodnotit mimo jiné takovou právní úpravu, která bude příliš široká, a některé případy, na něž se bude vztahovat, budou nadměrně zasahovat do základních práv.¹⁰⁰

Proti koncepci poměřování v univerzální podobě optimalizace či maximalizace práv lze vznést dále zásadní argument, který podle mne není vyvrácen žádnou z výše uvedených modelů poměřování. Argumentace principem proporcionality je u R. Alexyho založena na Paretově optimu při zodpovídání otázek vhodnosti a potřeby (tedy v prvních dvou složkách tohoto principu) a rovněž závěrečné poměřování ponechává pouze velmi omezený prostor pro diskreci zákonodárce ohledně stanovení prostředků k dosažení cílů. Roli legislativní diskrece při poměřování vnímá R. Alexy pouze v otázce rovnosti (patu) při poměřování.¹⁰¹ M. Borowski, který Alexyho teorii rozvíjí, dospívá k logicky správnému, avšak podle mého názoru poněkud paradoxnímu závěru, že legislativní diskrece je ve své podstatě dána tím, jakou zavedeme pro hodnocení poměřování škálu. Čím podrobnější bude, tím méně bude pravděpodobné, že dojde k rovnosti při poměřování, a tím méně bude zbývat diskrece pro zákonodárce.¹⁰²

Obdobně je diskrece zákonodárce nedostatečně zohledněna v teoriích A. Baraka a I. Porata. V tomto pojetí poměřování se proces aplikace práva stává vlastně procesem nalézání a poznávání práva,¹⁰³ objeováním ideální úpravy a přezkoumáváním, zda stejnou optimální úpravu zvolil i zákonodárce. Nabízí se paralela s tvorbou práva, která se až od 18. století stala aktivním procesem změn společenských poměrů (*law-making*) a přestala být pouhým nalézáním starého osvědčeného práva (*law-finding*).¹⁰⁴

Z uvedeného závěru neplyne, že poměřování nemůže mít za žádných okolností podobu optimalizace. Půjde však pouze o ty případy, kdy je zásah do základního práva ústavně natolik problematický, že může být ospravedlněn pouze skutečností, že neexistuje jiná úprava, která by potenciálně omezovala základní právo méně a přitom dosahovala srovnatelných účinků. Legislativní diskrece se v takovém případě vytrácí.

⁹⁹ Pod vlivem médií, jichž se tato novela převážně týkala, se pro ni vžil označení „náhubkový zákon“.

¹⁰⁰ Podrobněji srov. BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations...*, s. 334 an.

¹⁰¹ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights...*, s. 408. Není bez zajímavosti, že v závěrečné kapitole Teorie základních práv se R. Alexy kloní při řešení těchto situací k aplikaci zásady *in dubio pro libertate* (srov. Ibidem, s. 384). C. B. Pulido chápe novější Alexyho názor vyjádřený v *Dodatku k Teorii základních práv* jako posílení demokratického principu v jeho teorii – viz PULIDO, Carlos Bernal. On Alexy's Weighing Formula..., s. 104.

¹⁰² BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Rechtsprinzipien*. 2. vyd. Baden-Baden: Nomos, 2007, s. 125.

¹⁰³ JESTAEDT, Michael. The Doctrine of Balancing – its Strengths and Weaknesses..., s. 170.

¹⁰⁴ THORNHILL, Chris. Public Law and the Emergence of the Political. In: Cormac Mac Amhlaigh – Claudio Michelon – Neil Walker (eds). *After Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 30. Obdobně i KYSELA, Jan. In: Aleš Gerloch – Jan Kysela – Zdeněk Kühn – Jan Wintr – Jan Tryzna – Pavel Maršálek – Karel Beran. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 25.

Takto přísný test poměrování však podle mého názoru není v žádném případě možné aplikovat univerzálně. V praxi jsou ústavní soudy konfrontovány s přezkumem případů, které se dotýkají celé řady základních práv. Přes tvrzenou univerzalitu lidských práv však zároveň platí, že při tvorbě práva lze pravidelně volit z několika možností, z nichž žádná není protiústavní (typicky např. nastavení limitů vlastnického práva v podobě daní a poplatků, míry naplňování sociálních práv apod.). Podstatné omezování legislativní diskrece, které plyne z aplikace poměrování v podobě optimalizace soudy, vnímám jako problematické z hlediska koncepce dělby moci. Protiargument, který by bylo možné vznést, by se mohl opřít o analýzu diskrece v dodatku *Teorie základních práv* R. Alexyho.¹⁰⁵ Podle tohoto autora může mít zákonodárce diskreci, avšak pouze pokud jde o stanovení cílů (např. míry zdanění), nikoliv prostředků (ty musejí být s ohledem na zvolené cíle v přísném vztahu nezbytnosti a přiměřenosti). Odhlédneme-li od kritiky, že *ex post* je prakticky vždy možné nalézt úpravu, která by směřovala ke stejnému cíli a omezovala základní právo méně,¹⁰⁶ legislativní diskrece podle mého názoru musí zahrnovat i volbu prostředků právní regulace. Ta konec konců může odpovídat specifickému politickému řešení, které z různých důvodů nemusí být optimální ve smyslu ekonomické efektivity. Konstruovat základní právo jednotlivce na optimální právní regulaci, k čemuž přísný test poměrování nutně směřuje, patří podle mého názoru spíše do sféry utopie. Ostatně i český Ústavní soud odlišnou míru legislativní diskrece zohledňuje vytvářením různých podob testu proporcionality anebo vytvořením metodologie jiné (test racionality).¹⁰⁷ Zahrnutí kritéria intenzity (přísnosti) přezkumu do testu proporcionality je alternativou tohoto přístupu. K podobnému závěru dospívá ve své reflexi judikatury českého Ústavního soudu i Z. Červínek, podle něhož je namístě, aby český Ústavní soud precizoval své standardy přezkumu ústavnosti a vydal se cestou jejich sjednocení.¹⁰⁸ Rozšíření přezkumu ústavnosti obecně závazných vyhlášek o test proporcionality namísto v současnosti používaného testu nerozumnosti navrhuje v článku nedávno publikovaném v tomto časopisu J. Broz.¹⁰⁹

Z výše uvedeného hodnocení techniky poměrování se nabízí následující otázka: Pokud poměrování nelze vyjádřit jako matematickou formuli, nejedná se vesměs ani o nástroj optimalizace právní regulace anebo naplnění nejvyšší míry efektivity práva, jak tedy tuto argumentační techniku aplikovat a je to vůbec možné? Podle mého názoru žádný z kritických argumentů proti této metodě neznamená, že bychom poměrování základních práv a veřejných zájmů měli opustit jako iracionální a subjektivní argumentaci. Klíčová je podle mého názoru orientace poměrování na konkrétní případ, nikoliv na úvahy o abstraktní kolizi či souměřitelnosti jednotlivých práv. Za významný považuji

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights...*, s. 394 an.

¹⁰⁶ SADURSKI, Wojciech. *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*. Dordrecht: Springer, 2008, s. 268–269.

¹⁰⁷ K judikatuře Ústavního soudu obecně srov. HOLLÄNDER, Pavel. Putování po stezkách principu proporcionality..., s. 263 an., anebo ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti...; k testu racionality srov. podrobné studie: ANTOŠ, Marek. Judikatura Ústavního soudu k sociálním právům...; VYHNÁNEK, Ladislav. Proporcionalně či jinak?...; WINTR, Jan. První tři dny nemoci bez nemocenského a ústavní přezkum zákonné úpravy sociálních práv. *Jurisprudence*. 2008, č. 5, s. 31–39.

¹⁰⁸ ČERVÍNEK, Zdeněk. Standardy přezkumu ústavnosti..., s. 22.

¹⁰⁹ BROZ, Jan. Přezkum obecně závazných vyhlášek a princip proporcionality..., s. 841–842. I zde autor uvažuje o přísnosti přezkumu při aplikaci testu proporcionality.

fakt, že obdobně jako řešení jiných obtížných případů aplikace práva nemůže být popsáno matematickým vzorcem,¹¹⁰ stejně je tomu tak u techniky poměřování. Můžeme tedy pouze hovořit o tom, jaké argumenty jsou pro poměřování základních práv a veřejných zájmů pravidelně významné. Ty, které se objevují se ve výše uvedené propracované verzi vázící formule R. Alexyho, jsou jednoznačně použitelné, stejně jako argumenty objevující se v koncepci Barakově, anebo Poratovy deontologické limity, pokud jsou ústavní teorií v konkrétním státě uznávány (v kontextu české ústavy lze uvažovat například o esenciálním jádru základních práv¹¹¹ anebo o určitých základních právech tvořících součást materiálního jádra ústavy).¹¹² Vzhledem k tomu, že se proti každé z výše uvedených koncepcí objevují kritiky, zaměřuji se v těchto koncepcích více na jednotlivé argumenty a jejich použitelnost při argumentaci poměřováním.

ZÁVĚR

Východiskem zde nastíněných úvah o poměřování je zejména neuspokojivý stav, kdy se na straně jedné zdá, že poměřování je všudypřítomné v ústavním právu řady právních řádů, na straně druhé však neexistuje ani přibližná shoda na tom, jakým způsobem poměřování základních práv, případně základních práv a veřejných zájmů, provádět. Pokud souhlasíme s tezí, že poměřování představuje klíčový argument v rámci testu proporcionality, poté musíme rovněž souhlasit s již uvedeným tvrzením, že nežijeme v éře proporcionality, nýbrž s trochou nadsázky v éře proporcionalit vnímaných odlišně jednotlivými autory odborných studií anebo rozhodujícími orgány.¹¹³ Můžeme se tak setkat například s koncepcemi poměřování popisovanými matematickou rovnicí, s modely, které počítají s možností argumentů, které poměřování pro daný případ vyloučí, s poměřováním v podobě optimalizace, tj. maximalizace obou kolidujících práv či veřejných zájmů apod.

Ve svém příspěvku jsem se pokusil podpořit argumenty proti pojetí poměřování, které by usilovalo o kvantifikování jednotlivých použitých argumentů. Jakákoliv kvantifikace naráží na problém nesouměřitelnosti, která se projevuje především v tom, že nelze podle mého názoru stanovit apriorní mechanismus, jak jednotlivé argumenty (např. míru zásahu do základního práva nebo veřejného zájmu a jejich abstraktní závažnost) poměřovat mezi sebou. Rovněž jsem se vyjádřil proti koncepci poměřování jakožto optimalizaci

¹¹⁰ Zajímavá debata ohledně využitelnosti matematických metod při dokazování v právu se odehrála v 60. a 70. letech minulého století v USA. Přes určité snahy o zdůraznění předností statistické analýzy se teorie i praxe k jejich využití v soudním procesu postavila spíše rezervovaně: srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu státu Kalifornie ve věci *People v. Collins* 438 P2d 33 (1968), rušící předchozí odsuzující rozsudek založený na matematicky vypočtené vysoké pravděpodobnosti spáchání přepadení obžalovaným. L. Tribe případ komentoval v tom smyslu, že „výhody matematických metod v soudním procesu jsou v mnohých případech přeceňovány“. – TRIBE, Laurence. Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. *Harvard Law Review*. 1971, roč. 84, č. 6, s. 1329.

¹¹¹ K významu koncepce esenciálního jádra základních práv v českém ústavním právu srov. zejm. TOMOSZEK, Maxim. Esenciální obsah základních práv jako součást podstatných náležitostí demokratického právního státu. *Jurisprudence*. 2015, č. 2, s. 3–15.

¹¹² V podrobnostech srov. PREUSS, Ondřej. *Klauzule věčnosti. Je možné odstranit liberální demokracii?* Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 46.

¹¹³ HUSCROFT, Grant – MILLER, Bradley – WEBBER, Grégoire. Introduction..., s. 3.

(např. v podobě vážící formule R. Alexyho) aplikované na všechny případy, neboť ta podle mého názoru nedostatečně zohledňuje specifikum určitých práv a nutnost diskrece zákonodárce nejen při stanovení cílů, nýbrž i při stanovení prostředků k jejich dosažení.

Za správné naopak považuji takové pojetí poměřování, které hodnotí neuzavřený počet argumentů, ovšem vždy vzhledem k okolnostem daného případu, případně, v rámci abstraktní kontroly ústavnosti, s ohledem na důsledky konkrétní právní regulace. Poměřování tedy v mém pojetí představuje rámec právní argumentace.¹¹⁴ Uvažujeme při něm o řešení konkrétního případu či důsledcích normativní úpravy omezující základní právo, a to v kontextu spravedlnosti, efektivity práva a souvisejících právních principů a hodnot, ale v neposlední řadě také s ohledem na postavení a role soudů a zákonodárce.

Nejistotu ohledně argumentů použitelných v rámci poměřování snižuje jednak právní doktrína, která teoreticky zkoumá, jaké typické argumenty pro poměřování základních práv a veřejných zájmů mají hrát roli, a na straně druhé existující judikatura, vytvářející mozaiku případů, z nichž mohou soudy posoudit, nakolik se aktuální případ těm minulým podobá, anebo se od nich liší. Explicitně formulované argumenty, které v rozhodnutí interpret použil, jsou základem přezkoumatelnosti rozhodnutí. Zároveň umožňují právní vědě komentovat hodnocení dílčích argumentů soudem, případně odlišit skutkově jiný případ v budoucnu. Přestože ani v tomto případě nesnižujeme nejistotu adresátů ohledně výsledku poměřování soudem na nulu, bezpochyby můžeme takový přístup soudu kritizovat méně, než kdyby při svém rozhodování bez dalšího zdůvodnění pouze deklaroval, že určité omezení základního práva je přiměřené anebo nepřiměřené.¹¹⁵

¹¹⁴ Obdobně se k poměřování staví např. C. Bernal Pulido, který odmítá chápat poměřování jako algoritmus. Viz PULIDO, Carlos Bernal. *On Alexy's Weighing Formula...*, s. 109.

¹¹⁵ Srov. např. náleží Pl. ÚS 47/04 z 8. 3. 2005, týkající se zrušení ustanovení zákona o veřejných dražbách, v němž Ústavní soud mimo jiné uvádí „zrušení staré a přijetí nové právní úpravy je nutně spjato se zásahem do principů rovnosti a ochrany důvěry občana v právo. Tento zásah je oprávněn tehdy, jde-li o ochranu jiného veřejného zájmu či základního práva a svobody. Posuzování tohoto konfliktu se musí řídit hlediskem proporcionality“. Následně soud konstatuje rozdílný právní režim věřitelů a dlužníků v závislosti na okolnosti, kdy vznikla pohledávka. Zdůvodnění protiústavnosti takovéto úpravy je vymezeno následovně: „*Taková diferenciacie není racionálně zdůvodnitelná a odporuje principu rovnosti a principu proporcionality.*“ Jakékoliv rozvedení argumentu týkajícího se porušení principu proporcionality však v rozhodnutí chybí.

Balancing as Key Argument of Constitutional Review in the Era of Proportionality and Some Implications of Its Critique

Pavel Ondřejek

Abstract: Balancing fundamental rights and freedoms is ubiquitous in the contemporary constitutional law but at the same time, no single conception of balancing has been so far described. In this article I tried to outline several conceptions that describe balancing e.g. as a tool for optimization, principled reasoning, means to promote efficiency of law or as a method of imposing deontological constraints on limits of fundamental rights. These conceptions (balancing as optimization, principled balancing, dual model of balancing) however fail to address some of the key arguments against the use of balancing technique, namely the incommensurability objection, necessity of allowing for legislative discretion and the loss of a specific character of fundamental rights. Instead, it is argued that the proper model of balancing should reflect as much as possible facts of the case or, in case of constitutional review of legislation, consequences of the reviewed legal regulation, and it should reflect the role of the legislator and the court in a democracy.

Key words: balancing, fundamental rights, principle of proportionality, incommensurability, constitutional review, legislative discretion, role of courts