



Stat'

Vyvažovanie – nesúmerateľnosť, racionalita a tragédia

Tomáš Lalík

Autor je absolventem Právnické fakulty Univerzity Komenského v Bratislavě, kde v současnosti působí na Katedře ústavního práva jako docent. Absolvoval několik zahraničních pobytů a stáží. Ve své vědecké činnosti se zaměřuje zejména na problematiku ústavního soudnictví a lidských práv a svobod. Je držitelem několika cen za svoji publikační činnost, z nichž nejvýznamnějších je cena Karola Planka za rok 2011. Je předsedou Slovenskej asociácie ústavného práva a v roce 2016 byl zvolený Súdnu radou za ad hoc soudce Evropského soudu pro lidská práva. Působí jako přednášející na Justiční akademii.

Tento článek byl vypracovaný s podporou projektu VEGA č. 1/0585/21 „Obmedzovanie ľudských práv v riadnych a mimoriadnych situáciách.“

Abstrakt

Příspěvek se zabývá posledním subtestem v rámci testu proporcionality – vyvažováním z hlediska otázky (ne)souměřitelnosti. Z mnohých kritiků poměřování kolidujících hodnot si vybírá teorii Francisca J. Urbiny, kterou se snaží relativizovat tzv. pragmatickým přístupem k poměřování hodnot. Tento přístup zdůrazňuje pragmatický význam hodnot, což otázku potencionální souměřitelnosti transformuje do praktického diskurzu jakožto vhodného přístupu nejen k právu, ale i k vyvažování. Příspěvek zároveň rozebírá i porovnatelnost různých hodnot, kterou zabezpečuje kontext sporu a potřeba jeho konkrétního vyřešení.

Klíčová slova: vyvažování, nesouměřitelnost, Francisco J. Urbina, racionalita, pragmatismus

Abstract

The paper analyzes the challenge of incommensurability in the balancing test within the proportionality analysis. From many critics it chooses the theory proposed by Francisco J. Urbina. His theory is scrutinized by the pragmatist approach when resolving cases between different values. The approach underscores a pragmatic meaning of values what transforms the challenge of incommensurability into practical discourse thereby making the theory suitable both for law and balancing. The paper also outlines comparability of different values that is possible thanks to the context of a dispute and the need to resolve a particular case.

Keywords: balancing, incommensurability, Francisco J. Urbina, rationality, pragmatism

Úvod

Test proporcionality je kľúčovým konceptom nielen problematiky ľudských práv ale ústavného práva vôbec. S istým zveličením sa dá povedať, že podstata ústavného práva sa koncentruje práve v tomto teste, ktorý sa stal globálnym fenoménom. Jeho obsahom je limitácia výkonu verejnej moci ako aj ochrana rôznych ústavných hodnôt. Jadrom testu proporcionality je posledný subtest, ktorý sa označuje ako primeranosť v užšom význame, resp. vyvažovanie. Ten sa používa pri negatívnych ako aj pozitívnych záväzkoch štátu v oblasti ochrany ľudských práv a slobôd.

Používanie primeranosti v myslení *in genere* je oveľa staršie ako ústavné právo alebo problematika ľudských práv.¹ Primeranosť je úzko spojená s teóriou spravodlivosti Aristotela v rámci tzv. rozdeľovacej spravodlivosti, ktorá je založená na princípe proporcionality alebo pomeru.² V rámci tejto teórie spravodlivosti ide o vymernie alebo vypočítanie každému členovi spoločnosti časti všeobecného dobra a bremena podľa toho, koľko mu patrí. Hovoríme o spravodlivom podiele pomoci, privilégií alebo bremien. Už v tomto období sa objavil problém týkajúci sa rozdeľovacej spravodlivosti, ktorý pretrval do dnešných dní a ktorý čiastočne súvisí aj s témou článku: všetci súhlasia, že spravodlivé rozdelenie má byť realizované s ohľadom na určitú hodnotu, ale nie všetci hovoria o rovnakej hodnote.³

V súčasnom ústavnoprávnom diskurze sa pod proporcionalitou *sensu stricto* zisťuje, či zásah do ľudského práva v podobe obmedzenia bol primeraný (vyvážený) cieľu, ktorý sa obmedzením sleduje. Zo samotného testu nielenže nevieme zistiť, čo primeranosť znamená, ale ani to, ako (ne)rovnováhu hodnôt, ktoré sú v procese vyvažovania, zistiť. Určovanie primeranosti a rovnováhy predpokladá operáciu odmerania intenzity obmedzenia jedného záujmu (hodnoty) na úkor iného záujmu (hodnoty).

Idúc hlbšie do teórie práva, azda najvýznamnejšie vysvetlenie tohto testu pochádza z pera R. Alexyho, ktorý zaviedol pojem tzv. pravidla pomerovania (*Law of Balancing*) jednotlivých kolidujúcich princípov. V skratke pomerovanie znamená, že čím väčší stupeň neuspokojenia jedného princípu, tým väčšia musí byť dôležitosť uspokojenia druhého princípu.⁴ Uvedené znamená, že musí existovať väčšia výhoda z porušenia ľudského práva, ktorá sleduje verejný záujem, v porovnaní so stratou pre právo, ktoré musí ustúpiť. K tomu R. Alexy využíva tri úrovne váženia – stupeň porušenia ľudského práva, stupeň dôležitosti naplnenia verejného záujmu a nakoniec či dôležitosť naplnenia jedného princípu ospravedlňuje obmedzenie dru-

¹ K zrodu a formovaniu primeranosti (miery) por. HOLLÄNDER, Pavel. Putování po stezkách principu proporcionality: intence, obsah a důsledky. *Právník*, 2016, č. 3, s. 261 an.

² ARISTOTELES. *Etika Nikomachova*. Praha: Rezek, 1996, s. 129.

³ Aristoteles píše, že demokrati hovoria o slobode, zástancovia oligarchie o majetku, aristokrati o etike atď.; por. TKACZ, Sławomir. *Rozumienie sprawiedliwości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2003, s. 88.

⁴ ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 102.

hého princípu.⁵ Podobnú ale nie identickú koncepciu posledného kroku testu proporcionality ponúka aj A. Barak, ktorý zdôrazňuje čistý zostatok kolízie dvoch hodnôt.⁶

Obe tieto koncepcie boli a sú predmetom rôznej kritiky. V tomto príspevku predstavím konkrétny druh kritiky, a to nesúmerateľnosť (nepomerovateľnosť) konfliktujúcich hodnôt v teste primeranosti. Jednou z ostatných kritických reflexií nepomerovateľnosti hodnôt je dizertačná práca Francisca J. Urbinu *A Critique of Proportionality and Balancing*, ktorej časť venovanú tejto otázke priblížim nižšie. Jej podstatou je odmietnutie vyvažovania *inter alia* z dôvodu, že kolidujúce hodnoty a záujmy nie sú vzájomne pomerovateľné, čo robí z testu proporcionality nesprávne riešenie otázky, ako pristupovať k obmedzeniu ľudských práv, ak tie sú v konflikte buď s verejným záujmom alebo s inými právami či slobodami. Jeho teória je predmetom analýzy v prvej časti článku.

Po krátkom predstavení prístupu F. Urbinu sa v druhej časti príspevku budem snažiť jeho tvrdenia a závery relativizovať pragmatickým prístupom k nepomerateľnosti. Aj keby sa naďalej kolidujúce hodnoty pri vyvažovaní považovali za nesúmerateľné, tak ich vzájomné porovnávanie je nielen možné, ale aj racionálne. Racionalita rozhodnutia sa odvíja od odôvodnenia a od kontextu. Nesúmerateľnosť sa tak nepremieta do nemožnosti komparácie jednotlivých hodnôt vzhľadom na kontext, v ktorom sa tieto hodnoty nachádzajú. Táto časť bude optimistická.

Tretia a záverečná časť je skôr pesimistická kvôli dvom dôvodom. Prvým je, že z právnického hľadiska v teste proporcionality strácame určitú jedinečnú hodnotu, ktorej právo neposkytne ochranu – nie všetky hodnoty je možné chrániť rovnako intenzívne za každých okolností. Druhý dôvod spočíva v tom, že subjekt, ktorý považuje hodnotu, o ktorú spor prebieha, za preňho kľúčovú a spor prehrá, spravidla nezostáva presvedčený o spravodlivosti svojej prehry, pretože argumentácia rozhodnutia o preferencii jednej hodnoty pred druhou je „len“ racionálna a teda nedostatočná, resp. spochybiteľná.

1. Francisco J. Urbina a nesúmerateľnosť

Čo je to vlastne pomerovateľnosť, resp. súmerateľnosť objektov/vecí? Tejto otázke sa okrem F. Urbinu venovalo viacero analýz pred ním. Podľa A. Sena dva rôzne objekty sú pomerovateľné, ak sú merateľné v spoločných jednotkách. Naopak, nesúmerateľnosť je prítomná, keď niekoľko rozmerov hodnoty nie je vzájomne redukovateľných.⁷ Redukovateľnosťou rozumieme zaobchádzanie s jedným objektom tak, ako by bol súčasťou druhého objektu. Podľa C. Sunsteina stav nepomerovateľnosti nastáva, keď relevantné veci nemôžu byť usporiadané

⁵ Tamtiež, s. 401. R. Alexy svoju teóriu ďalej rozviedol o tzv. vážiacu formulu v článku ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 2003, roč. 16, č. 4, s. 443 an. Ku kritike tejto formuly por. ČERVÍNEK, Zdeněk. Alexyho teória proporcionality: kritická reflexe. *Právnik*, 2020, č. 12, s. 917–922.

⁶ Čím dôležitejšie je zabrániť marginálnej ujme práva a vyššej pravdepodobnosti jeho porušenia, tým dôležitejší musí byť marginálny úžitok verejného záujmu, resp. iného práva, ktorý odôvodňuje toto obmedzenie. BARAK, Aharon. *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 11.

⁷ SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. Londýn: Penguin Books, 2010, s. 240.

podľa jednej mierky bez toho, aby sme neporušili náš vážny úsudok o najlepšej povahe týchto vecí.⁸ Otázka, či môžu byť dve veci pomerovateľné, závisí na kritériu (vlastnosti), ktoré berieme do úvahy, keď dve veci porovnávame. Pomerovateľnosť nie je vlastnosť samotných alternatív, ale ich vlastnosť, ktorá robí ich porovnateľnosť možnou vo vzťahu k určitému spoločnému kritériu (vlastnosti).⁹

Podľa F. Urbinu námietka nesúmerateľnosti sa týka každej teórie alebo metódy, ktorá navrhuje možnosť pomerovať to, čo je v skutočnosti nepomerovateľné. Metóda finguje, že sa dá vybrať medzi alternatívami, ktoré naplňajú relevantnú vlastnosť v hre viac, menej alebo rovnako, keď sú tieto vlastnosti navzájom neredukovateľné a alternatívy sú usporiadané rozdielne podľa rozdielnych vlastností.¹⁰ Podstatou a obsahom námietky voči súmerateľnosti je nemožnosť kvantifikovať dve veci s ohľadom na X, keď X nie je vlastnosť, ktorou môžu byť tieto veci pomerovateľné kvantifikatívne. X nie je vlastnosť na základe ktorej je možné dospieť k záveru, že jedna vec je viac alebo menej X ako druhá vec, a to bez ohľadu na to, či existuje možnosť odmerať X.¹¹ Dve odlišné možnosti (hodnoty) nemôžu byť prepojené vzťahom založenom na kvantifikatívnom zhodnotení. Uvedené je centrálnym argumentom kritiky F. Urbinu k nesúmerateľnosti, ktorý ďalej rozvádza, špecifikuje a vyčleňuje z neho niektoré výnimky.

V niektorých prípadoch nesúmerateľnosti však podľa F. Urbinu neexistuje žiadne kritérium podľa ktorého sa dá rozhodnúť medzi viacerými možnosťami. Urbina nazýva tieto situácie nepomerovateľné – racionálne neurčité (existuje viac možností, z ktorých je racionálne si vybrať). Nehovorí však, že by nesúmerateľnosť bola bez akejkoľvek racionality. Práve naopak, aj pri dvoch nesúmerateľných možnostiach existujú rozumné dôvody, ktoré motivujú alebo nabádajú k výberu jednej možnosti, pričom ale nejde o rozhodujúce dôvody (*conclusive reasons*) – morálne princípy, ktoré sú v hre. Čo vytvára nesúmerateľnosť je, že kritériá, ktoré sa vzťahujú na rozhodnutie (výber alternatív), vyžadujú realizáciu rôznych neredukovateľných vecí, pričom každá vec je racionálne dôležitá, ale zároveň neredukovateľná vo vzťahu k druhej veci.¹² Neexistuje rozhodujúci dôvod pre výber alternatív na základe kvantitatívneho zhodnotenia, resp. podľa toho ktorá alternatíva naplňa viac relevantných vlastností.

Okrem nepomerovateľnosti – racionálnej neurčitosti, F. Urbina rozlišuje aj situáciu, keď ide o nepomerovateľnosť, ktorá je však racionálne determinovaná. Podáva príklad kúpy jedného z dvoch domov, z ktorých je jeden pekný a druhý je veľký, pričom cieľom kúpy je najlepší dom reprezentovaný kritériami krásy a veľkosti. V kontexte príkladu existuje sľub, že budúci kupujúci sľúbil svojej starej mame jeden z týchto domov kúpiť. Hoci ani jeden dom nesplňa kritériá pre najlepší dom, ktorý v skutočnosti kupujúci chce (krása a veľkosť), sľub starej mame je tým dôvodom, ktorý rozhodne o kúpe konkrétneho domu. Tento sľub je rozhodujúci dôvod, ktorý robí výber dvoch alternatív (hoci nepomerovateľných) rozumným. Aké-

⁸ SUNSTEIN, Cass. Incommensurability and Valuation in Law. *Michigan Law Review*, 1994, roč. 92, s. 796–799.

⁹ URBINA, Francisco. *A Critique of Proportionality and Balancing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 43.

¹⁰ Tamtiež, s. 46.

¹¹ Tamtiež, s. 40–41.

¹² Tamtiež, s. 45.

koľvek zrozumiteľné výhody vyplývajúce z vyradenej alternatívy však nie sú v skutočnosti pomerovateľné s rozhodujúcimi dôvodmi v prospech prijatej alternatívy. Kupujúci vlastne ani nemal na výber.¹³

Pomerovateľnosť nepomerovateľného je podľa F. Urbinu nezmyselná (ale nie iracionálna), čo dokumentuje na príklade, či veľa šťastia je viac ako priemerný objem modrej farby. Námitka nesúmerateľnosti odmieta každú metódu, ktorá sa snaží riešiť nepomerovateľné výbery, ak na ich porovnanie používa stupne, ktoré naplňajú rôzne neredukovateľné relevantné veci (*properties*) a berie takéto porovnanie ako rozhodujúci dôvod pre výber konkrétnej alternatívy. Týmto spôsobom sa porovnaniu pripisuje význam, ktorý nemá.

Takáto metóda porovnania je podľa F. Urbinu aj neodôvodnená. Pri výbere dvoch alternatív, kde relevantné kritériá pre výber je naplnenie vlastnosti X a vlastnosti Y, pričom jedna vec naplňa X veľa a druhá Y málo, to vedie ku výberu prvej veci z titulu väčšej realizácie X, čo predstavuje rozhodujúci dôvod. Ak sú vlastnosti vzájomne neredukovateľné, možnosti sú nepomerovateľné a je preto neracionálne vyberať medzi nimi tak, ako keby boli súmerateľné. Akékoľvek porovnanie neberie vážne rozdielnosť medzi X a Y.¹⁴

Urbina demonštratívne uvádza tri situácie, kedy pomerovanie prichádza do úvahy. Ide o (i) odkaz na predchádzajúci záväzok (ktorý keď existuje, tak robí výber dvoch odlišných alternatív pomerovateľný; kúpa domu sľúbeného starej mame); (ii) umelé pomerovanie (kde porovnanie dvoch alternatív nie je založené na ich nesúmerateľnosti ale na praxi, ktorá *nesúvisí* s morálnym výberom – hry, športy, testy) a nakoniec (iii) pomerovanie v peniazoch (porovnanie rôznych vecí v jedinej mierke).¹⁵

Vo svojej teórii F. Urbina (nadväzujúc na teóriu J. Finnisa) odmieta utilitarizmus z titulu neredukovateľnosti hodnoty voči iným hodnotám. Čokoľvek je dobré na realizácii jednej hodnoty, nie je rovnaké v realizácii inej hodnoty. Odmieta predstavu, že každá hodnota naplňa akúsi najvyššiu hodnotu, voči ktorej sú všetky hodnoty inštrumentálne, resp. že všetky hodnoty sú rôzne prejavy jedinej hodnoty. Dobro je situácia naplnenia rôznych hodnôt, ktoré nie sú vzájomne redukovateľné. Výsledkom je záver, že v jeho teórii hodnoty nemôžu byť inštrumentálne. F. Urbina uvádza aj príklad rôznych liekov, ktoré majú rôzne aktívne látky vytvárajúce rôzne účinky v našom organizme, čím prispievajú ku zdraviu. Aj keď je možné uviesť, že každý liek prispieva k ľudskému zdraviu (podobne ako každá hodnota k naplneniu dobra človeka), čo však neodmieta skutočnosť, že rôzne lieky majú rôzne aktívne látky a vytvárajú rôzne účinky v organizme, čím prispievajú odlišnými spôsobmi ku zdraviu pričom lieky nie sú vzájomne nahraditeľné. Podľa neho neexistuje spoločná vlastnosť, ktorou by boli všetky lieky rovnako hodnotné, ani neexistuje jediná zložka, prítomná vo všetkých liekoch, ktorá by prispievala ku zdraviu. Podobne aj rôzne hodnoty prispievajú k ľudskému dobru rôznym spôsobom neredukovateľným na spoločnú vlastnosť.¹⁶

¹³ Tamtiež, s. 44. Okrem týchto situácií F. Urbina uvádza aj možnosť pomerovateľnosti a racionálnej neurčitosti a nakoniec eventualitu pomerovateľnosti a racionálnej určitosti, ktoré však nie sú pre článok zaujímavé.

¹⁴ Tamtiež, s. 47.

¹⁵ Tamtiež, 49–52.

¹⁶ Tamtiež, s. 52–53.

F. Urbina napáda tretiu otázku z pravidla pomerovania R. Alexyho, ktorá sa pýta, či dôležitosť naplnenia jedného princípu (verejného záujmu) ospravedlňuje obmedzenie kolidujúceho práva. Podľa F. Urbinu je problém určenie priority, ktorá hodnota má dostať prednosť, pretože alternatívy nie sú pomerovateľné.¹⁷

Zaujímavý je vzťah F. Urbinu k porovnávaní nesúmerateľných alternatív. Kritizujúc V. da Silvu F. Urbina poukazuje na to, že keď sú dve alternatívy nesúmerateľné automaticky sú aj neporovnateľné s identickým argumentom, že neexistuje vlastnosť s ohľadom na ktorú by sme mohli urobiť rozumné porovnanie rôznych alternatív podľa kvantitatívnych kritérií.¹⁸

Okrem toho časť svojich myšlienok venuje aj falošnej súmerateľnosti. V rámci nej sa v diskurze buď uvádzajú „prípady“ pomerovania hodnôt, ktoré takými v skutočnosti nie sú¹⁹, resp. existujú príklady ilustrujúce pomerovanie nesúmerateľných hodnôt, pričom nejde o taký typ, voči ktorému smeruje námietka nesúmerateľnosti.

Z hľadiska príkladov, ktoré simulujú pomerovanie nesúmerateľných hodnôt je možné uviesť nasledovné kategórie. Prvou je súmerateľnosť s odkazom na konkrétny záväzok, ktorý umožňuje súmerateľnosť nepomerovateľných hodnôt vzhľadom na konkrétny záväzok, ale pomerovanie neprebíha medzi samotnými hodnotami, ktoré zostávajú nepomerovateľné, ale deje sa tak len vo vzťahu k záväzku. Ako príklad uvádza situáciu opísanú D. Lubanom o stredoškolskom športovcovi, ktorý sa neplánuje v živote zaoberať športom na profesionálnej úrovni. Pred ním stojí možnosť tvrdsieho tréningu a minimálneho zvýšenia výkonnosti. Zároveň by mu však tréning skomplikoval cestu za vzdelaním. Podľa F. Urbinu konkrétny záväzok (dokončenie vzdelania) robí výmer medzi dvoma alternatívami racionálny.

Druhým príkladom je tzv. vylepšovanie alternatív, kde jedna z dvoch nesúmerateľných alternatív zostáva vylepšovaná až do takej miery, že je racionálne preferovať jednu alternatívu na úkor druhej. F. Urbina to ilustruje na dvoch domoch, z ktorých jeden stále rastie až dosiahne takú veľkosť, že bude racionálne ho preferovať pred druhým, ktorého krása sa nemení. Aj napriek zdaniu o pomerovaní dvoch alternatív k nemu v skutočnosti neprichádza a hodnoty zostávajú nesúmerateľné.²⁰ Tretím príkladom je tzv. *value overflow*, kde (i) jedna alternatíva realizuje jednu hodnotu, druhá alternatíva rovnakú hodnotu, ale ešte niečo k nej dodáva navyše alebo (ii) kde síce existujú rozličné alternatívy realizujúce iné hodnoty, ale jedna z nich

¹⁷ Tamtiež, s. 55–56. Zaujímavé je, že F. Urbina uznáva, že pri vyvažovaní je možné určiť tak stupeň porušenia práva ako aj dôležitosť naplnenia verejného záujmu. Tým sa odlišuje od iných kritikov vyvažovania napr. od S. Tsakyrakis, ktorý kvantifikáciu hodnôt odmieta; por. TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights ? *I.CON*, 2010, roč. 7, č. 4, s. 475.

¹⁸ URBINA. *A Critique...*, s. 61, pozn. č. 40.

¹⁹ K príkladu da Silvu, že je možné obetovať časť svojej slobody a presťahovať sa do diktatúry za ženou svojho života a tak preferovať lásku, Urbina súhlasí, ale dodáva, že tento príklad sa presne týka výberu medzi nesúmerateľnými hodnotami (sloboda a láska); čokoľvek sa získa v láske, nenahradí to stratu slobody, nakoľko tieto hodnoty sú vzájomne neredukovateľné; tamtiež, s. 65.

²⁰ Tamtiež, s. 68.

realizuje aj hodnotu druhej alternatívy.²¹ Štvrtým príkladom je následná realizácia hodnoty, kde na základe plynutia času je možné naplniť obe vzájomne nesúmerateľné alternatívy v rovnakej miere (ale v odlišnom čase).²² A posledná situácia je preferencia jednej nepomerovateľnej alternatívy pred druhou, ktorá má len triviálne výhody (prakticky nerealizuje žiadnu hodnotu). Ak sa jedná o triviálne výhody, podľa F. Urbinu nejde o nesúmerateľnosť, pretože nezostáva v skutočnosti iná možnosť, ako si vybrať jednu alternatívu.²³

2. Pragmatizmus, racionalita a kontext komparácie

V tejto časti sa budem venovať najprv otázke nesúmerateľnosti konfliktujúcich hodnôt. Táto problematika je široko rozpracovaná vo všeobecnej filozofii. Pozornosť upriamim na teóriu, ktorú navrhla E. Andersonová a ktorá sa týka pragmatického prístupu k nepomerovateľnosti. Práve táto teória môže všeobecne akceptované závery o nepomerovateľnosti hodnôt relativizovať a navyše sa javí ako vhodná nielen pre „záchranu“ vyvažovania, ale najmä pre prepojenie ľudských práv s človekom, praktický rozmer práva (riešenie konfliktov) a test proporcionality (riešenie sporov o hodnoty).

Podľa E. Andersonovej obava z nesúmerateľnosti spôsobuje dva problémy pre racionálnu voľbu. Tá sa dá urobiť vtedy, ak si vieme vybrať lepšie alebo rovnako voči jednej hodnote, ktorá je rovnaká ako alternatíva. Podľa námietky nesúmerateľnosti, ak sú hodnoty nesúmerateľné, tak výber nie je racionálny, lebo jedna hodnota nie je redukovateľná na druhú hodnotu. To však podľa E. Andersonovej nevytvára problém, ak zabezpečíme pomerovateľnosť hodnôt vždy vtedy, keď si musíme medzi nimi vybrať, resp. keď sa s nimi stretneme ako s možnosťami. Druhý problém nesúmerateľnosti je v tom, že štruktúra hodnôt je nezávislá od požiadaviek praktického rozumu.

Rozvíjajúc teóriu I. Kanta E. Andersonová navrhuje, že obe obavy sa dajú preklenúť tzv. pragmatickou teóriou. Jej obsahom je téza, že význam tvrdenia sa vyčerpáva praktickými dôsledkami. Hodnotové sudy sú tak úzko prepojené s praktickým diskurzom a štruktúra hodnôt je konštrukciou praktického rozumu. Podľa tejto teórie objekty nie sú pomerovateľné vtedy, keď neexistuje dôvod pre ich pomerovanie v praxi.²⁴

V tejto časti sa prikláňam k tým názorom, ktoré považujú úsudky o hodnotách za konštrukcie praktického myslenia, ktoré riadia praktický diskurz. Ide o pragmatický prístup k hodnotám, ktorý presahuje tradičnú dichotómiu antikognitivismu a kognitivismu. Zmysel diskurzu o hodnotách spočíva v praxi keď uvažujeme, čo máme robiť. Veci majú pre nás hod-

²¹ Príkladom je rozdelenie času študenta počas univerzitného štúdia. Prvou možnosťou je venovať čas len učeniu v izolácii. Druhá alternatíva ráta okrem učenia aj so sociálnym životom. Práve druhá možnosť, teda aj čas strávený s priateľmi, pomáha nepriamo naplňať aj hodnotu učenia (napr. zaujímavými diskusiami o učive, dozvedením sa o zaujímavých diskusiách, prednáškach atď.); tamtiež, s. 69–70.

²² K tomu podáva príklad dvoch alternatív - dopísanie básne proti kontemplácii západu slnka. Aj keď sú obe možnosti nesúmerateľné a každá naplňa inú hodnotu, je možné ich obe naplniť – dnes dopísať báseň a zajtra rozjímať prírodný úkaz. Konanie je racionálne určené; tamtiež, s. 70–71.

²³ Tamtiež, s. 72.

²⁴ ANDERSON, Elizabeth. Practical Reason and Incommensurable Goods. In Ruth Chang. *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, s. 90–91.

notu len vtedy, ak sa nás dotýkajú významným spôsobom, čím odôvodňovanie hodnotových súdov prebieha v praktickej činnosti. Je bez významu považovať objekty za dobré, keď voči nám nemajú žiadny vzťah.²⁵ Racionalita nie je nikdy len o prostriedkoch ale vždy o cieľoch. Každý cieľ, ku ktorému smeruje naše konanie, je spojený s určitými hodnotami.

Preklápajúc diskusiu na ľudskoprávnu úroveň sa dá spomenúť skutočnosť, že vznik kultúry ich ochrany po druhej svetovej vojne je spojený s chápaním ľudských práv ako vyjadrením prirodzenoprávných hodnôt, ktoré sú späté s ľudskou bytosťou, jej dôstojnosťou ako aj univerzalitou práv a slobôd. S týmto argumentom je spojený aj pragmatický argument, ktorého obsahom je spojená integrálna ochrana ľudských práv. Tá znamená, že ľudské práva predstavujú jeden celok bez ohľadu na akési umelé delenia ľudských práv na rôzne kategórie (typicky osobné, politické a hospodárske, sociálne či kultúrne) alebo okamih ich historického „objavenia“ (podľa jednotlivých generácií práv).

Integrálna ochrana ľudských práv je dôležitá kvôli tomu, že ľudská bytosť má svoje potreby, ktoré sú predmetom ochrany v rôznych oblastiach života s cieľom zabezpečiť všestranný rozvoj jednotlivca vo sfére fyzickej, psychickej, morálnej a duchovnej. V rovnakom čase je katalóg ľudských práv neustále otvorený a dotváraný spravidla na úrovni orgánov aplikácie práva.

Aj keď jednotlivé práva majú svoje *ratio* a istú historickú genézu, so zreteľa nemôžeme strácať človeka, ktorý je cieľom ochrany práva ako takého, resp. jeho jednotlivých hodnôt. Práva a slobody sú previazané s človekom a sú voči nemu sekundárne; práva a slobody sa podriaďujú človeku. V konečnom dôsledku posledným argumentom existujúceho právneho poriadku, ktorý chráni hodnoty ľudských práv, nie sú tieto práva ale ľudská bytosť.²⁶

Z tohto pohľadu každá právna norma vyjadrujúca to-ktoré ľudské právo má síce hodnotu, ale nie je to hodnota vnútorná (*intrinsic*), ale hodnota vonkajšia (*extrinsic*). Rozdiel medzi týmito dvoma kategóriami je taký, že kým vnútorné hodnoty sú hodnotné samé o sebe, vonkajším hodnotám dáva ich význam externý faktor. Táto rozdielnosť sa týka aj odlišných úvah o odôvodnení. Kým odôvodnenie vnútorných hodnôt končí pri nich samotných, odôvodnenie vonkajších hodnôt vyžaduje ďalšie odôvodnenie. O vonkajšiu hodnotu ide vtedy, ak tá čerpá svoj racionálny status z niečoho iného ako zo seba.²⁷ Právne normy, ktoré vyjadrujú ľudské práva, slúžia pre dobro a šťastie jednotlivca – sú teda vonkajšie hodnoty. Pre ilustráciu uvediem príklad.

Jednou z kľúčových hodnôt ľudských práv je bezpochyby sloboda prejavu. Čo je účelom alebo cieľom tejto hodnoty? Cieľom je poskytnúť jednotlivcovi právnu ochranu verbálnych (ale aj neverbálnych) komunikátov. Nie je pri tom dôležité, či urobený prejav je vhodný alebo nevhodný, pekný, vulgárny, kontroverzný, hodnotný alebo nenávistný. Jednoducho *prima*

²⁵ BAGNOLI, Carla. Values. In BONGIOVANNI, Giorgio a kol. *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*. Dordrecht: Springer, 2018, s. 158 a tam cit. literatúra.

²⁶ Por. PIECHOWIAK, Marek. *Filozofia praw człowieka*. Lublin: Towarzystwo Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego, 1999, s. 78.

²⁷ ANDERSON. *Practical Reason...*, s. 96.

facie si každý prejav zasluhuje ochranu, pretože sa týka človeka, ktorý ho realizuje.²⁸ Zakotvením slobody prejavu do ústavy nechráime prejav sám o sebe, ale chránime človeka, ktorý ten prejav robí, pretože považujeme za dôležité, aby sa ľudia mohli slobodne vyjadrovať. Právom poskytovaná ochrana slobody prejavu je len prostriedkom k ochrane sféry konania a existencie človeka (vyjadrovať sa). Hodnotu a význam slobode prejavu dáva jednotlivec.²⁹

Nejde mi o akúsi obhajobu utilitarizmu a redukciu ľudských práv do jediného „superpráva“ (dobro, šťastie). Ale skôr o vyjadrenie toho, že práva a slobody môžu byť vnímané ako externé hodnoty, ak prijmem ich pragmatický rozmer a prepojenie s človekom, čo z nich robí vhodný predmet vyvažovania.

Okrem ľudských práv navzájom môže stáť v konflikte s právom či slobodu aj verejný záujem. Identicky ako pri ľudských právach aj verejný záujem je externá hodnota, ktorá potrebuje pre svoje naplnenie ďalšie zdôvodnenie. Zdôvodnenie naliehavosti a významu verejného záujmu má rovnako pragmatický význam.

Hodnoty (ako ľudské práva či verejné záujmy) sa neredukujú ani nevyprázdňujú.³⁰ V normatívnom systéme je žiadúce, aby tieto hodnoty existovali v pluralite, čo však neznamená, že musia existovať v symbióze, resp. bez konfliktu medzi sebou. Tento čiastočný záver je umocnený konštatovaním, že úlohou práva je riešiť konflikty v spoločnosti a funkciou testu proporcionality je ponúknuť riešenia v prípadoch, v ktorých figurujú hodnoty (ľudské práva a prípadné verejné záujmy). Právo aj test proporcionality majú predovšetkým praktický význam. Dôležitý je výsledok – rozhodnutie prebiehajúceho konfliktu medzi nesúmerateľnými hodnotami. Práve naliehavosť vyriešenia konfliktu vytvára potrebu si vybrať jednu z dvoch ponúkajúcich sa možností, čím prichádza k porovnávaniu a analýze konfliktujúcich hodnôt. Ako uvidíme nižšie tento výber je racionálny, čo sa budem snažiť aj preukázať.

K záveru o nepomerovateľnosti hodnôt F. Urbina pridáva aj príklad o liekoch. Argumentom o nesúmerateľnosti v skratke je, že každý liek má iné účinné látky pre zdravie organizmu; lieky nemajú spoločné zložky prítomné vo všetkých liekoch, ktorými by prispievali ku zdraviu.

Uvádzaný príklad však podľa môjho názoru nie je úplne najsprávnejší. Častokrát sa lieky berú v rôznych kombináciách, keď podanie jedného lieku vylučuje podanie iného. Lekári, podobne ako sudcovia pri vyvažovaní, pri predpisovaní liekov musia zisťovať výhody, ktoré z lieku (liečby) pre pacienta plynú, skúmať prípadné nevýhody lieku a porovnávať tieto benefity so záťažou či negatívnymi dôsledkami pre iné časti alebo funkcie tela. Musia postupovať pragmaticky, aby zdravotný problém vyriešili. Niekedy je tento výber stupňa uspokojenia

²⁸ To však neznamená, že každému prejavu bude poskytnutá rovnaká miera ochrany. Pri svojom konštatovaní vychádzam z normatívneho stavu (napr. čl. 26 Ústavy SR), ktorý vyjadruje, čo má byť a rozsah slobody prejavu nijako nelimituje.

²⁹ Pri príklade so slobodou prejavu je možné spomenúť, že táto hodnota v sebe obsahuje niekoľko hodnôt (napr. autonómia jednotlivca, prostriedok hľadania pravdy atď.). Inými slovami, žiadne ľudské právo nie je jedinou hodnotou ale akýmsi „zhlukom“ partikulárnych hodnôt. Rôzna intenzita ochrany partikulárnych hodnôt v rámci slobody prejavu (napr. intenzívnejšia politického prejavu ako komerčného prejavu) naráža práve na nesúmerateľnosť.

³⁰ K tomu por. HOLLÄNDER, Pavel. Asymetrie základných práv a slobod a základných povinností. In Ivo POSPÍŠIL – Eliška WAGNEROVÁ (eds.): *Vladimír Klokočka. Liber Amicorum. In memoriam emeritního soudce Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2009, s. 53.

jenia a porušenia rôznych hodnôt jednoduchý: pri liečbe rakoviny chemoterapiou je otázka (straty) plodnosti jednotlivca sekundárna, pretože intenzita a závažnosť choroby prevažujú nad stratou plodnosti pacienta. V iných prípadoch je používanie liekov omnoho komplikovanejšie. Takým je aj očkovanie vakcínou proti vírusu COVID-19 od výrobcu AstraZeneca, kde podľa niektorých vyjadrení riziko tvorenia krvných zrazenín (a následných závažných zdravotných komplikácií napr. trombózy) je primerané benefitom, ktoré z očkovania proti vírusu plynú.³¹ Takže aj keď lieky bezpochyby majú rozličné aktívne látky, ktoré prispievajú k zdraviu jednotlivca rôznym spôsobom (podobne ako ľudské práva), ani tak nie je možné pri ich podávaní postupovať bez istého vyvažovania, aby sa stav pacienta zlepšil a naopak nezhoršil. Okrem diskrecie lekára aj lieky majú okrem pozitívnych aj negatívne účinky, ktoré treba zvažovať vzhľadom na konkrétny zdravotný stav pacienta.³²

F. Urbina pri konštatovaní, že hodnoty nemajú inštrumentálnu hodnotu, zostáva len v teoretickej oblasti. Avšak ako ukazuje prax (nielen pri liekoch a liečbe) pri ľudských právach, je nevyhnutné ich vzájomné porovnávanie (vrátane verejného záujmu) vzhľadom na kontext prípadu. Záverom je možné konštatovať, že otázka nesúmerateľnosti hodnôt pri vyvažovaní môže byť zodpovedaná aj kladne vzhľadom na praktický rozmer riešenia konfliktov medzi jednotlivými hodnotami a pragmatický prístup k ľudským právam a verejným záujmom. Test proporcionality ako konštrukcia predstavuje prostriedok riešenia sporov v spoločnosti, čím má najmä praktický rozmer.

Teraz sa pristavíme pri argumente F. Urbinu o tzv. nepomerovateľnosti, ktorá je charakterizovaná tzv. racionálnou neurčitostou. Ide o prípady konfliktných hodnôt, kde neexistujú žiadne racionálne kritériá, ako by sa mal vzniknutý konflikt vyriešiť. F. Urbina privoláva príklad dvoch domov, z ktorých kupujúci chce kúpiť ten najlepší, pričom rozhodnými kategóriami tejto vlastnosti sú krása a veľkosť. Jeden dom je však veľký, kým druhý je pekný. Podľa neho neexistuje racionálny argument, pre ktorý by bolo dobré jeden dom uprednostniť pred druhým. Situáciu považuje za nesúmerateľnú a zároveň racionálne neurčitú.³³

V tejto súvislosti je možné uviesť, že najvyššie súdne inštalácie sa v sporoch o ľudské práva (kde konfliktnou hodnotou môže byť aj verejný záujem) snažia v poslednom kroku vyvažovania uplatniť doplnujúce kritériá, ktoré majú pomôcť tento krok urobiť racionálnym. Akosi predpokladajú, že len formulácia pravidla vyvažovania nie je samá o sebe dostatočná.³⁴ Sudcovia chcú takýto výber urobiť aj s odkazom na iné kritériá, okrem tých, ktoré sú v strede záujmu posledného subtestu vyvažovania – veľkosť obmedzenia jedného záujmu musí byť primeraná veľkosti naplnenia druhého kolidujúceho záujmu.

Príkladom uvedeného môže byť judikatúra ESLP pri konflikte medzi slobodou prejavu a právom na súkromie. Od rozsudku Veľkej komory vo veci *Axel Springer AG c. SRN*,³⁵ ESLP

³¹ Napr. <https://www.ema.europa.eu/en/news/astrazenecas-covid-19-vaccine-benefits-risks-context> (2021-06-04).

³² Navyše spoločnou vlastnosťou liekov, ktorá umožňuje ich porovnanie a tým aj redukciu aj napriek rozdielnosti, je ochrana života a zdravia (za túto poznámku ďakujem anonymnému recenzentovi).

³³ URBINA. *A Critique...*, s. 41.

³⁴ Por. aj ČERVÍNEK. *Alexyho teoria...*, s. 909.

³⁵ Rozsudok Veľkej komory ESLP zo 7. februára 2012, sťažnosť č. 39954/08.

ustanovil sériu kritérií, ktoré majú „misky váh“ prevrátiť na jednu alebo druhú stranu pri vyvažovaní medzi slobodou prejavu a ochranou súkromia. Týmto doplňujúcimi kritériami sú: príspevok do verejnej debaty; verejná známosť osoby a čoho sa publikácia týka; predchádzajúce správanie sa dotknutej osoby; metóda získania informácia a jej pravdivosť; obsah, forma a dôsledky publikácie a nakoniec závažnosť sankcií.³⁶

Aj keď tieto kritériá favorizujú do istej miery slobodu prejavu, práve uvedené kritériá predstavujú rozhodujúce dôvody, pre ktoré nakoniec preváži jedna hodnota nad druhou. Na základe nich sa sudcom robí ľahšie rozhodnutie v prospech konkrétnej hodnoty, ktorá dostane prednosť. Osobitne pre EŠP je vo väčšine prípadov kľúčovým kritériom, či za realizáciu slobody prejavu bol uložený trest podľa noriem trestného práva. Dá sa povedať, že uloženie trestnej sankcie je vo väčšine prípadov zahrňajúcich slobodu prejavu tzv. *conclusive reason* pre záver o porušení tejto hodnoty.³⁷

Odhladiac od iných kritérií, ktoré môžu pomôcť urobiť nesúmerateľnosť racionálne určiteľnou, môže byť nápomocné aj to, či obmedzenie práva zasahuje do samotnej podstaty (jadra) toho-ktorého práva. Orgán rozhodujúci o narušení musí najprv určiť, čo do jadra konkrétneho práva patrí, čo nemusí byť jednoduché.³⁸

Práve toto môžu byť rozhodujúce dôvody, o ktorých pojednáva F. Urbina, a ktoré robia nesúmerateľnosť racionálne určitou. V konečnom dôsledku tak otázka nepomerovateľnosti v podobe racionálnej neurčitosti, nemusí nastať nielen v spoločenskom živote ale ani v právnom prostredí.

Príkladom rozhodujúceho dôvodu, ktorý výber medzi hodnotami robí racionálnym, môže byť rozhodnutie dieťaťa sa venovať určitému druhu športu. Jednotlivé druhy športov nie sú medzi sebou pomerovateľné, pretože každý druh športu je relatívne odlišný od iných druhov (podobne ako ľudské práva) a spoločné majú to, že sú považované (ne)oficiálne ako druh športu (napr. džudo a vodné pólo). Ak si však moje dieťa vyberie určitý druh športu (napr. plávanie), tak môže ísť o konkluzívny dôvod pre mňa ako rodiča preferovať tento druh športu na úkor iných.

Závisí len na samotnom prístupe súdu, či iného orgánu aplikácie práva, ktorý môže uplatniť konkluzívny dôvod či dôvody pre záver o racionálnom výbere jednej alternatívy pred druhou. Dokonca si môžeme trúfnuť aj na silnejší argument, že v zásade každá *prima facie* nesúmerateľnosť racionálne neurčitá, sa môže premeniť na nesúmerateľnosť racionálne určitú. Hranica medzi týmito kategóriami je tak plynulá, pričom riešenie tejto (teoretickej) dilemy sa opätovne (ako celá otázka nesúmerateľnosti) uskutočňuje v praktickom diskurze a nie v teoretickom cvičení.

³⁶ Podobné kritériá vo vzťahu k slobode prejavu možno nájsť aj v judikatúre slovenského ústavného súdu od nálezu sp. zn. II. ÚS 152/08.

³⁷ V zásade len nenávisťný prejav alebo výzvy k násiliu môžu odôvodniť použitie sankcií trestného práva za urobený prejav; rozsudok Veľkej komory EŠP zo 17. decembra 2004, *Cumpănă a Mazăre v. Rumunsko*, sťažnosť č. 33348/96, bod 115.

³⁸ K niektorým problémom uchopenia rôznych prístupov k jadrú práva por. ŚLEDZINSKA-SIMON, Anna. *Analiza proporcjonalności ograniczeń konstytucyjnych praw i wolności. Teoria i praktyka*. Wrocław: Uniwersytet Wrocławski, 2019, s. 53–62.

Použitie konkluzívnych dôvodov sa však priamo netýka pomerovania hodnôt, ale kontextu prípadu, intenzity zásahu do práva, či naplnenia iného záujmu (hodnoty). Ich zistenie v konkrétnom prípade sa nakoniec premietne v rozhodnutí sporu, ktorý prebieha medzi hodnotami. Nie je nutné vážiť ujmu a prínos vzájomne kolidujúcich hodnôt, ale môžeme hodnotiť výhody a nevýhody, ktoré plynú z právnej úpravy alebo rozhodnutia pre jednotlivé hodnoty, ktoré sú v hre. Teda postupovať kvalitatívne. Ako dodáva F. Schauer, čím viac informácií sa nachádza v rozhodnutí, tým viac naplníme rozhodovací proces ktorého výsledkom je prijatie rozhodnutia *all-things-considered*.³⁹

Teraz sa pristavím pri dôsledkoch nepomerovateľnosti hodnôt v praktickom diskurze. Nesúmerateľnosť a nemožnosť porovnávať ľudské práva navzájom predstavuje problém pre legitimitu celého systému, ktorý si bez efektívnej ochrany ľudských práv nevieme predstaviť. V určitej fáze právneho vývoja je totiž nevyhnutné prijať rozhodnutie o pomere tých-ktorých ľudských práv ako hodnôt na dvoch základných úrovniach. Dôvodom je praktické uplatnenie jednotlivých práv v konflikte s inými právami či verejným záujmom. Ide o proces spresňovania pomeru hodnôt v jednotlivých situáciách. Už len z tohto základného predpokladu nevyhnutne vyplýva potreba istého porovnávania medzi právami (hodnotami) aj napriek relatívnemu tvrdeniu o ich nepomerovateľnosti.

Prvú úroveň predstavuje celá spoločnosť, kde túto úlohu pomerovania a porovnávania jednotlivých hodnôt uskutočňuje najčastejšie zákonodarca,⁴⁰ pretože ústavodarca (pôvodný alebo delegovaný) tak zo známych dôvodov nerobí.⁴¹ Typickým prípadom je formulácia trestných činov. Druhá úroveň je individuálna a tá sa týka konkrétnej situácie jednotlivca a spočíva na orgánoch aplikácie práva, aby rozhodli, ktorá hodnota dostane prednosť pri porovnávaní hodnôt. Predmetná úroveň je dôležitá, pretože sa týka perspektívy konkrétneho prípadu a konkrétneho jednotlivca.

Obe úrovne sú vzájomne prepojené a ovplyvňujú sa. Rozhodnutie na individuálnej úrovni má vplyv na všeobecnú úroveň a *vice versa*. Takýmto spôsobom sa zabezpečuje legitimita celého systému, preto ak by sme jednu úroveň z akýchkoľvek dôvodov vylúčili z určovania pomeru jednotlivých hodnôt (napr. z dôvodu nesúmerateľnosti či nepomerovateľnosti hodnôt, resp. ich absolútosti), tak by systém stratil podstatný prvok legitimacy.

³⁹ SCHAUER, Frederick. Balancing, Subsumption, and the Constraining Role of Legal Text. *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, roč. 4, č. 1, s. 39.

⁴⁰ Čo je zaujímavé, pomer niektorých hodnôt nie je možné určiť na abstraktnej všeobecnej úrovni. Takým prípadom je konflikt medzi právom na súkromie a slobodou prejavu. Netvrdím, že pomer hodnoty slobody prejavu ku kolidujúcim záujmom by sa na tejto úrovni nedal určiť nikdy, pretože v určitých okolnostiach aj zákonodarca tak robí. Príkladom nech sú napr. nenávistné trestné činy podľa § 422 či § 422d trestného zákona. Takýto pomer je skôr čiastkový a nie komplexný. Na druhej strane musím priznať, že aj kritériá vyvažovania medzi prejavom a súkromím sa netýkajú všetkých aspektov konfliktu slobody prejavu alebo práva na súkromie s inými hodnotami, ale sú len čiastkové, čo je možno spôsobené frekvenciou prípadov stretu týchto hodnôt.

⁴¹ Ako si všimá M. Rosenfeld ústava chráni mnohé koncepty (ústavné hodnoty), ale neobsahuje konkrétne koncepcie jednotlivých konceptov; ROSENFELD, Michel. Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. *Revue internationale de philosophie*, 2005, č. 3, s. 382–383 (kritizujúc tézu R. Dworkina o jedinej správnej odpovedi v ťažkých prípadoch).

Väčšina kritikov proporcionality a vyvažovania pléduje za deferenčnú úlohu súdov pri prejednávaní ľudskoprávných sporov.⁴² Do tohto zástupu sa svojou publikáciou zaradil aj F. Urbina, ktorý navrhuje model kategorizácie ľudských práv a konkrétnej špecifikácie najmä zo strany orgánov tvorby práva. Úloha súdov a sudcov by mala byť obmedzená len vydávanie rozhodnutí o tom, čo je spravodlivé na základe práva.⁴³ Právo by netvorili tým, že by určovali pomer jednotlivých kolidujúcich hodnôt, ale len konštatovali splnenie predpokladov, ktoré vo väčšine prípadov určil niekto iný (zákonodarca).⁴⁴

Paradoxne práve riešenie navrhované F. Urbinom, že primárne normotvorca by mal urobiť vyvažovanie špecifikáciou a kategorizáciou práv a slobôd voči iným hodnotám či medzi sebou navzájom, je najviac náchylné na námietku nesúmeriteľnosti. Dôvodom je, že takéto implicitné vyvažovanie naozaj prebieha medzi nesúmerateľnými hodnotami bez kontextu a navyše abstraktne (vo všeobecnej rovine). Nakoľko nepoznáme kontext, v ktorom jedna hodnota bude v kolízii s inou hodnotou, tieto hodnoty nemôžu mať akúsi dopredu predefinovateľnú váhu v nepodmienenej forme.⁴⁵ Tento prístup by neumožňoval flexibilitu riešenia konfliktov, ale len mechanickú subsumpciu, čo by nebolo správne ani realistické, pretože nie je možné dopredu odhadnúť všetky situácie, v ktorých by hodnoty boli medzi sebou v konflikte.

Navrhovaný model navyše znižuje úlohu a spoluzodpovednosť sudcov za ochranu ľudských práv. Tým prichádza aj k oslabovaniu individuálneho pilieru legitimacy, kde sám jednotlivec má možnosť spochybniť verejnomocenský akt, ktorý mu je určený, pričom arbitrom nie je politická moc ale nezávislý sudca. Výhodou vyvažovania a celkovo testu proporcionality v tomto kontexte je, že záujmy jednotlivca a záujmy iného jednotlivca (kolektívu) sa budú prejednávať otvorene, transparentne, racionálne a za účasti subjektov, ktorých sa spor týka.

V nasledujúcich riadkoch sa skúsím zamerať na kontext pomerovania dvoch hodnôt, ktoré sú v konflikte. Pomôžem si parafrázou sprofanovaného výroku bývalého sudcu Najvyššieho súdu USA A. Scaliu z konkurujúceho stanoviska vo veci *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enter., Inc.*, kde napísal, že vyvažovanie v rámci *commerce clause* je ako rozhodnúť, či je určitá čiara dlhšia ako iná skala ťažšia.⁴⁶ K takejto kritike sa uchyľuje aj F. Urbina na viacerých miestach svojej knihy, kde podáva podobné príklady.

Podľa M. Borowského sú však takéto príklady nesprávne, pretože skutočne neexistuje možnosť nájsť spoločný menovateľ pre váhu skaly a dĺžku čiary ani na ordinálnej (poradovej) ani na kardinálnej (intervalovej) škále. Ľudské práva a verejné záujmy sú podobné skôr jablkám

⁴² Por. napr. WEBBER, Grégoire. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁴³ URBINA. *A Critique...*, s. 215 an.

⁴⁴ Tamtiež, s. 230.

⁴⁵ SEN. *The Idea...*, s. 241–242.

⁴⁶ *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enter., Inc.*, 486 U.S. 893 (1988). Tento výrok, ako si všíma F. Schauer, zmiešava dve kritiky, ktoré sú odlišné – subjektivitu hodnotenia a nesúmeriteľnosť; por. SCHAUER. *Balancing...*, s. 35, pozn. pod čiarou č. 4.

a hruškám a nie čiaram a kameňom, pretože obe patria do podobnej kategórie.⁴⁷ Sloboda prejavu a právo na súkromie patria do spoločnej kategórie ľudských práv podobne ako hrušky a jablká sú ovocím. Rovnako aj príklady pomerovania šťastia a modrej farby, jedného dračka a 33 rokov, či otázky, či je lepšie mať troch priateľov ako vedieť oceniť hudbu len v malom rozsahu, ktoré vo svojom diele uvádza F. Urbina, nie sú podobné s príkladmi práv a slobôd či konfliktujúcich hodnôt. Skôr ide o nezmyselné pokusy porovnávania niečoho, čo nepatrí do podobnej kategórie a nemôže mať spoločný kontext, ktorý by porovnanie umožňoval.⁴⁸

Uvediem príklad. V posledných rokoch som častým návštevníkom detských ihrísk. Na niektorých sú klasické pákové hojdačky. Často sa stáva, že moje deti ma volajú, aby som sa išiel s nimi hojdať. Vždy im odpoviem rovnako „nie“ s argumentom, že dospelou váhou by som mohol hojdačku pokaziť. Ako ústavný právnik v duchu pri tom postupujem vyvažovaním dvoch hodnôt, ktoré sú v hre a ktoré stoja proti sebe – radosť môjho dieťaťa v prípade spoločného hojdania sa na jednej strane a princíp, že na detskom ihrisku sa majú hrať deti.⁴⁹ Potencionálne hojdanie sa by mohlo následne priniesť sklamanie ostatných detí, ak by som hojdačku svojou váhou skutočne pokazil a oni by sa nemohli hojdať. Na jednej strane prípadnú radosť mojich detí pri spoločnom hojdaní označujem za nízku, ale určite nie triviálnu. Túto hodnotu pomerujem so značným smútkom všetkých ostatných detí, ktoré by sa chceli hojdať na hojdačke, ktorá sa pokazila, pretože princíp „detské ihrisko patrí deťom“ zostal porušený. Smútok by bol znásobený časom, do ktorého by mestská časť hojdačku opravila. Hodnoty radosti (šťastia) mojich detí nie sú súmerateľné s princípom „na detskom ihrisku sa dospelí nehrajú“ vrátane smútku iných detí nehojdať sa vôbec. Avšak v kontexte prípadu sa dajú porovnať a tým aj pomerovať na konkrétnu vlastnosť, ktorou je hojdanie sa na nízkej úrovni abstrakcie, detská hra na vyššej úrovni abstrakcie a záujem dieťaťa na tej najvyššej úrovni abstrakcie. V konečnom dôsledku tak porovnávanie medzi hojdaním sa s deťmi a pokazením hojdačky je možné vzhľadom na kontext, v ktorom prebieha.⁵⁰ Mám za to, že podobné porovnávanie a následne aj pomerovanie jedného záujmu na úkor iného záujmu môže fungovať aj vo vzťahu k ľudským právam.

Vyvažovanie hodnôt navzájom a teraz je irelevantné, či sa dá porušenie alebo naplnenie jednej hodnoty uviesť na kardinálnej alebo len na ordinálnej stupnici, sa realizuje v konkrétnych okolnostiach prípadu a nie na abstraktnej úrovni.⁵¹ A spor je nutné vyriešiť. Ako príklad môžem uviesť legislatívny zákaz návštev blízkych osôb v kolúznej väzbe pri obvinení z organizovaného zločinu. Na prvý pohľad sa dá konštatovať, že na jednej strane ide o závažný zásah do práva na súkromie a len nízke naplnenie verejného záujmu v boji proti organizovanému zločinu na druhej strane. Na abstraktnej úrovni ide o nesúmerateľné hodnoty, ktoré

⁴⁷ BOROWSKI, Martin. On Apples and Oranges. Comment on Niels Petersen. *German Law Journal*, 2013, roč. 14, s. 1410.

⁴⁸ K tomu aj SOBEK, Tomáš. Srovnávat nesrovnatelné. *Filosofie dnes*, 2017, roč. 9, č. 1, s. 20.

⁴⁹ Toto druhé môže byť formulované aj ako pravidlo, ale pre účely príkladu sa pridržam toho, že ide o princíp.

⁵⁰ Ako uvádza C. Sunstein hospodársky rast nie je pomerovateľný so znížením rasovej diskriminácie, ale je neracionálne odmietnuť zákaz rasovej diskriminácie vtedy, ak by to prinieslo hospodársky prepad alebo stagnáciu; SUNSTEIN. *Incommensurability...*, s. 811.

⁵¹ K tomu aj DA SILVA, Vergilio. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, roč. 31, č. 2, s. 286.

sú však z titulu konkrétnej právnej úpravy vo vzájomnom vzťahu. Prijatie právnej úpravy na jednej strane má umožniť efektívnejší boj proti organizovanému zločinu. Na druhej strane však zasahuje do súkromia či rodinného života obvinených osôb. Teda právna úprava založila kontextuálny vzťah medzi dvoma hodnotami alebo príčinou (boj proti organizovanému zločinu) a následkom (obmedzenie práva). Vyvažovanie porovnávaním stupňa naplnenia jednej hodnoty na úkor druhej hodnoty sa odohráva v kontexte veci berúc do úvahy snahu spor rozhodnúť. Rozhodnutie je tak pragmatické a preferenciu jednej hodnoty na úkor druhej je možné racionálne odôvodniť.

Ak by sme porovnávali zásah či naplnenie hodnôt len individuálne (uzavrete) bez kontextu, spor by sa vyriešiť nedal. Racionalita spočíva práve v kontexte – vo vzťahu medzi dvoma alternatívami, ktoré síce sledujú odlišné hodnoty, ale táto och odlišnosť ich nerobí nespôsobilými pre racionálne porovnanie.⁵²

Vzhľadom na kontext konkrétneho prípadu je možné racionálne rozhodnúť v prospech práva na súkromie. Nie je pri tom nutné dávať obe hodnoty do matematického vzorca. Na výsledok stačí zistenie, že jedna hodnota je naplnená viac ako druhá v kontexte prípadu. Racionálna voľba je funkciou kontextu, ktorý môže voľbu uľahčovať (alebo sťažovať) podobne ako existencia *conclusive reasons*.⁵³ Podľa C. Sunsteina výber medzi nepomerovateľnými hodnotami je aktom interpretácie, ktorá zahŕňa v sebe aj akt konštrukcie.⁵⁴

Racionálny úsudok je možné chápať aj vo filozofii ako miesto zhodnotenia normatívnych vzťahov medzi hodnotami. Táto stratégia opúšťa pohľad na súmerateľnosť a nesúmerateľnosť ako hypotézy povahy hodnôt, ale chápe ich ako konštitutívne akty hodnotenia. Následne nesúmerateľnosť nie je vlastnosťou hodnoty, ktorá bráni odôvodneniu, ale výsledok posúdenia komparatívneho určenia, ktoré vyjadruje a organizuje racionálnu voľbu. Súmerateľnosť je výsledkom úspešnej deliberácie. Nesúmerateľnosť je následne praktický problém, ktorý sa dá vyriešiť deliberáciou a nie ontologická vlastnosť hodnoty.⁵⁵

Je nepochybné, že významnú úlohu na hodnotenie či vyvažovanie má aj právo vo svojej normatívnej funkcii. Vytvorené právo môže nastavovať prístup, akým majú byť jednotlivé hodnoty posudzované. Normotvorca môže reagovať zeexplicitnením testu proporcionality a osobitne vyvažovania do právnej úpravy a tak tvarovať sociálnu realitu.⁵⁶ Príkladom

⁵² Por. aj keď v inom kontexte CHAPMAN, Bruce. Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument. *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, roč. 146, č. 5, s. 1506. Podobne argumentuje aj ONDŘEJJEK, Pavel. Poměrování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky. *Právnický*, 2016, č. 4, s. 362–363.

⁵³ Podobne argumentuje aj A. Sen, ktorý tvrdí, že prítomnosť *prima facie* nepomerovateľnosti len indikuje, že výber z dvoch (alebo viacerých) možností nebude triviálny (redukovateľný na tvrdenie, že niečoho je viac a druhého málo), ale to neznamena, že nebude možný; SEN. *The Idea...*, s. 241.

⁵⁴ SUNSTEIN. *Incommensurability...*, s. 857.

⁵⁵ BAGNOLI, Carla. Values. In BONGIOVANNI, Giorgio a kol. *Handbook of Legal Reasoning and Argumentation*. Dordrecht: Springer, 2018, s. 160–161.

⁵⁶ Napr. uvedené relativizuje F. Urbina, ktorý vychádza z toho, že test proporcionality a váženie nie sú inštitútmi založenými právnym textom; URBINA. *A Critique...* s. 73.

zhmotnenia môže byť napr. čl. 52 ods. 1 Charty základných práv EÚ.⁵⁷ Právo tak môže vytvárať vyvažovanie, ktoré sa potom stáva súčasťou spoločenského života.

F. Urbina ponecháva bokom námietku nesúmerateľnosti voči zákonodarcovi. Podľa neho súdna kontrola ústavnosti musí spĺňať vyššie nároky ako činnosť zákonodarcu, ktorý môže prijať mocenské rozhodnutie aj vtedy, ak je racionálne neurčené. Úloha súdov je však ambicióznejšia ako len rozhodnúť vec, ktorá je racionálne neurčitá. Podľa Urbina súdna kontrola ústavnosti posudzuje rozhodnutie zákonodarcu, či to nie je chybné. Súdny musia z tohto dôvodu spĺňať vyššie štandardy ako zákonodarca.⁵⁸

Nie je v tomto článku priestor na formulovanie vhodného nastavenia súdnej kontroly ústavnosti vrátane intenzity prieskumu. Vo vzťahu k zákonodarcovi je však dôležité poznamenať, že test proporcionality zo strany súdov sa nepoužíva len pri prieskume legislatívnej činnosti. Ak v právnom systéme existuje inštitúcia špecializovaného ústavného súdnictva, tak proporcionality či vyvažovanie sa budú aplikovať voči zákonodarcovi len v minimálnom počte prípadov. Vo väčšine prípadov sa test proporcionality používa v situáciách aplikácie práva, ktoré realizujú všeobecné súdy, správne orgány či iné orgány verejnej moci, pretože predstavuje vhodný model pre riešenie sporov, kde vystupujú ľudské práva.

Ako ďalší argument za pomerovanie hodnôt je možné uviesť súdnu prax. Z empirických výskumov vyplýva, že mnohé súdy nepoužívajú váženie podľa teórie R. Alexyho príliš často, ale skôr zdržanlivo a ojedinele. N. Petersen zistil, že nemecký Spolkový ústavný súd pri konštatovaní neústavnosti zákona používa váženie *à la* R. Alexy len v 15% prípadov, prakticky výlučne len pri trestnom práve, pričom 85% prípadov rozhodne podľa iných kritérií.⁵⁹ Iní vedci si všimli, že nedostatok primeranosti skonštatuje tento súd len vtedy, ak je to evidentné. Spolkový ústavný súd neskúma, či právna úprava je primeraná, ale či nie je *hrubo* neprimeraná.⁶⁰ Teda prinajmenšom Spolkový ústavný súd používa primeranosť deferenčne voči zákonodarcovi.

Aj keď to už celkom s témou článku bezprostredne nesúvisí, na dokreslenie je možné uviesť, že odporcovia vyvažovania v skutočnosti plédujú za menšiu mieru diskrecie pre súdy pri rozhodovaní. Vyvažovanie a celkovo test proporcionality, ktoré umožňujú širokú mieru voľnej úvahy pre súdy, nie sú pre odporcov proporcionality vhodnými konceptami riešenia sporov v spoločnosti. Už etapa analýzy dôležitosti cieľov je totiž úlohou zákonodarcu *par excellence*. Len zákonodarca by mal rozhodovať o cieľoch, ku ktorým právo smeruje alebo ktoré právo pomáha naplňovať. Po druhé, proporcionality medzi cieľmi a prostriedkami je otázkou zložitého hodnotenia v rámci empirických procesov (príčina-následok),

⁵⁷ „Akékoľvek obmedzenie výkonu práv a slobôd uznaných v tejto charte musí byť ustanovené zákonom a rešpektovať podstatu týchto práv a slobôd. Za predpokladu dodržiavania zásady proporcionality možno tieto práva a slobody obmedziť len vtedy, ak je to nevyhnutné a skutočne to zodpovedá cieľom všeobecného záujmu, ktoré sú uznané Úniou, alebo ak je to potrebné na ochranu práv a slobôd iných.“

⁵⁸ URBINA. *A Critique...*, s. 73.

⁵⁹ PETERSEN, Nils. Alexy and the “German” Model of Proportionality: Why the Theory of Constitutional Rights Does Not Provide a Representative Reconstruction of the Proportionality Test. *German Law Journal*, 2020, roč. 21, s. 172.

⁶⁰ Por. STĘPKOWSKI, Aleksander. *Zasada proporcjonalności w europejskiej kulturze prawnej*. Varšava: Liber, 2010, s. 200 a tam cit. nemecká doktrína.

čiže kategóriou hodnotenia, o ktorej sudcovia nemajú kompetenciu rozhodovať. Po tretie, test proporcionality vyjadruje myšlienku dôležitosti vzájomne súperiacich spoločenských záujmov, hodnôt a preferencií. Práve zákonodarcu, ktorý má demokratickú legitimitu, je podľa kritikov oprávnený k výkonu vyvažovania týchto priorit a zároveň realizuje optimálne kompromisy medzi súperiacimi preferenciami, záujmami a hodnotami, ktoré nie je možné maximálne realizovať.⁶¹

Asi najvýstižnejšie uvedené postrehol N. Petersen, ktorý si všimol, že diskusia ohľadom vyvažovania a proporcionality je najmä o rôznych koncepciách úlohy súdov v demokratickej spoločnosti. Vyvažovanie dáva sudcovi politickú moc, pretože hodnotí súťažiacie právne hodnoty. Čím sú slabšie obmedzenia konkrétnej metódy, tým viac sú rozhodnutia súdov kvalifikované ako politické akty.⁶²

3. Tragédia

A teraz pesimistickejšia časť príspevku, ktorá tvorí aj záver pojednania o primeranosti a vyvažovaní. Test proporcionality je novodobá a globálna forma riešenia sporov v spoločnosti o široko vykladaných ústavných právach a slobodách. Ako som sa snažil poukázať vyššie, tento test vrátane posledného subtestu je racionálny a teda aj odôvodnený. Test činí zadosť súčasnej koncepcii pluralizmu spoločenských hodnôt, kde všetky hodnoty požívajú *a priori* rovnakú abstraktnú ochranu a kde absolútna pravda neexistuje. Zároveň je test aj liberálnym prostriedkom riešenia hodnotových konfliktov, ktorý ľudské práva berie vážne. Vo väčšine prípadov poskytuje racionálnu a v zásade aj presvedčivú odpoveď na otázku, prečo konkrétna hodnota v spore nakoniec prevládla.

Ako to však býva, len jedna procesná strana môže spor vyhrať – jedna hodnota zostane uprednostnená na úkor druhej, jedno dobro je právom prioritizované na úkor druhého. Vyriešiť spor je prirodzene možné len tak, že sa v spore zaujme konkrétne hodnotové stanovisko. Spravidla pôjde o stanovisko liberálne, ktoré však nie je identické s neutralitou. Rozhodnutie by ideálne malo byť aj presvedčivé, pretože sa vyvažujú dve rovnocenné hodnoty a vtedy argumentácia, ktorá spĺňa kritérium presvedčivosti, je dôležitá pre legitimitu celej operácie.

Výsledok konkrétneho sporu v individuálnom rozmere však znamená, že pre porazenú stranu sa stráca vzťah a postoj k niečomu, čo táto osoba považuje za súčasť svojho (dobrého) života a čo si cení. V spoločenskom význame, keď v rámci abstraktnej kontroly ústavnosti ústavný súd posudzuje v teste proporcionality konflikt dvoch hodnôt, znovu prichádza k strate jednej významnej hodnoty, ktorej právo ochranu poskytnúť nemôže.⁶³

Problém však nastáva, ak osoba alebo verejnosť veria bezvýhradne hodnote, ktorú presadzujú aj súdnou cestou. Osobitne ide o prípady súvisiace s vlastnou identitou, autonómiou

⁶¹ Por. napr. kritiku u SADURSKI, W.: „Rozumność“: Między teorią prawa i filozofią polityczną. In Mirosław Wyrzykowski. *Rozumność rozumowań prawniczych*. Varšava: Zakład Graficzny UW, 2008, s. 23–24.

⁶² PETERSEN, Nils. How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones. Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German Law Journal*, 2013, roč. 14, č. 8, s. 1407–1408.

⁶³ Podobne aj SUNSTEIN. *Incommensurability...*, s. 859.

alebo dogmou, ktoré nemusia patriť výlučne do široko chápaného práva na súkromie, ale dotýkajú sa vierovyznania, svedomia, vzdelania, výkonu profesie, služby alebo zdravotnej starostlivosti.

Test proporcionality takéto radikálne stanovisko k hodnote uspokojiť nemôže. Nesúmerateľnosť hodnoty dostáva radikálnym postojom nový zmysel, ktorému v článku naznačené argumenty o racionalite, pragmatizme, kontexte či vonkajšom charaktere hodnôt (ľudských práv ale aj verejných záujmov) nestačia. Pre tieto osoby je neprijateľné uvažovať, že by ich hodnota mohla byť v konflikte s inými hodnotami. A už vôbec neprichádza do úvahy, že by bezvýhradne prijatej hodnote malo právo odprieť ochranu v konkrétnom prípade a nimi zastávaná hodnota by spor prehrala. V týchto prípadoch sú argumenty o vyvažovaní a jeho racionalite, pragmatizme, resp. presvedčivosti rozhodnutia pre osobu (ale aj verejnosť) bezvýznamné a zjavne nedostatočné, pretože pochybnosti a otázky ohľadom spravodlivosti práva zostávajú aj po rozhodnutí.⁶⁴

V takýchto prípadoch právo prostredníctvom testu proporcionality dáva odpoveď na konflikt hodnôt, ktorá porazenú stranu neuspokojuje a vytvára ilúziu akoby (právom a argumentáciou) vykonaná práca bola v skutočnosti zbytočná. Primeranosť je tak podobná bájnemu Sifyfovi ktorý po tom, čo vygúľal balvan na vrch kopca, ten sa mu skotúľal celkom dole a musí začať námahu od úplného začiatku. Tragédia testu je v tom, že ako mýtický grécky hrdina, aj my sa asi musíme s týmto osudom testu proporcionality zmieriť. Aspoň nateraz.

⁶⁴ Podobne aj keď trochu v odlišnom kontexte argumentuje aj T. Sobek, ktorý spomína nepreukázateľnosť objektívnej (správnej) odpovede pri zložitom spore; SOBEK. Srovnávat nesrovnatelné... s. 9.