

Smet Stijn. Resolving Conflicts between Human Rights: The Judge's Dilemma. New York: Routledge, 2017, 244 s.

Neděje se často, aby mladí právní vědci vstupovali do tak složitého diskursu, jaký je spojený s testem proporcionality nebo s teorií rozhodování v lidskoprávních sporech, a měřili své síly s takovými jmény, jako jsou *Robert Alexy* nebo *Aharon Barak*. O to víc je třeba ocenit nově vydanou knihu *Stijn Smet* z Univerzity v Ghentu, kterého někteří čtenáři možná znají jako editora oblíbeného blogu *Strasbourg Observers*. Recenzovaná kniha, jejíž název zní v překladu *Řešení střetů lidských práv: soudcovo dilema*, vznikla na podkladě obdobně pojmenované disertační práce, kterou *Smet* psal pod vedením *Evy Brems* (např. *Conflicts between Fundamental Rights*). Možná i z mladické soudržnosti jsem se rozhodl *Smetovu* ambiciózní knihu českému odbornému publiku uvést.

Kniha se člení na tři části, kdy v první autor vymezuje obsah pojmu „konflikt lidských práv“, v další poukazuje na teoretické i praktické obtíže při vážení lidských práv a v závěrečné části navrhuje a obhajuje strukturovaný vážící test (*structured balancing test*).

V úvodní kapitole *Smet* vypočítává východiska, na nichž svou teorii zakládá. Zaprvé, na chápání práv, která mohou vstupovat do procesu vážení (*relative rights*) jako tzv. *pro tanto* práv. To odmítá tzv. definiční (*specificationist*) pojetí, podle něž jsou konflikty lidských práv pouze zdánlivé, protože pro každou hypotetickou situaci platí, že na ni lze aplikovat právě jedno konkrétně definované právo. *Pro tanto* pojetí předpokládá, že lidská práva mohou v hypotetické situaci kolidovat, avšak vzhledem k jejich relativní povaze mohou (a musí) ustoupit jiným principům, které přicházejí v úvahu (odtud lidská práva jako principy, nikoli pravidla). V *Alexyho* terminologii by šlo o „*prima facie* práva“.

Zadruhé, svou teorii zakládá na speciální normativní síle lidských práv. Tím se mají lišit od obecného zájmu, který má ze své povahy nad právy fakticky navrch (je projevem vůle demokratické většiny a vykonáván veřejnou mocí). Z toho také vychází test proporcionality, když disproporční může být jen takový zásah do lidského práva, který projde přes určitá kritéria. „*Avšak při střetu dvou lidských práv*“, argumentuje *Smet*, „*lidská práva ztrácí funkci trumfů či štítů*“ (s. 35). Teorie proporcionality, pracující s linií prostředek-cíl, je v takové situaci nepoužitelná.

Zatřetí, speciální normativní síla lidských práv si vyžaduje zvláštní postup při jejich střetu, který bude odpovídat jejich specifickým vlastnostem. Ačkoliv tuto potřebu uznal i ESLP, upustil od testu proporcionality jen v úzké výšce své judikatury (*Axel Springer AG proti Německu, Von Hannover proti Německu*).

Smet ale chce jít dál a navrhnout obecný rámec pro řešení konfliktů lidských práv. Ten zhmotňuje do podoby třech na sebe navazujících kroků: 1) zmírnění (*defusing*) střetu, 2) dosažení kompromisu a 3) vážení. Prvním dvěma krokům věnuje následující kapitoly první části a zbytek knihy se pak věnuje samotnému vážení.

Za povedenou lze označit *Smetovu* analýzu tzv. efektu preferenčního výběru (*preferential framing effect*). Zatímco konflikt dvou lidských práv vzniká na horizontální úrovni (lékař-pacient, novinář-celebrita, matka-dcera), systém evropské soudní ochrany lidských práv jej transformuje na konflikt vertikální, kdy neúspěšná strana vystupuje před štrasburským soudem proti státu, jenž jeho právo neměl dostatečně ochránit. *Smet* upozorňuje, že argumentace zmocněnců státu, uvyklých na tradiční lidskoprávní konflikty (mezi lidským právem a obecným zájmem), se zpravidla zakládá na snaze o dosažení legitimního cíle, zatímco skutečným důvodem újmy měla být existence druhého lidského práva nesmířitelného s tím prvním. Vyhoví-li ESLP stěžovateli, představuje to pro druhého nositele práva chladnou sprchu po úspěšně vedeném řízení na národní úrovni a nemožnost proti tomuto rozhodnutí dále bojovat, i když v řízení před ESLP nemohl převahu svého práva obhájit.

V části nazvané *Obtíže při vážení lidských práv* Smet věnuje výraznou pozornost problematice vážení, na kterém je test proporcionality primárně založen. Smet by mě pravděpodobně napomenul, že používám slovo „vážení“ (anglický ekvivalent *weighing*), protože nám evokuje „váhy“ jako jedinou reprezentaci procesu, kterým se vypořádáváme se střetem principů. Navrhuje upustit od zavádějící metafory vah ve prospěch „balancování jako úvahy“ (*balancing as reasoning*). „*Takto uchopené balancování naznačuje srovnávání síly argumentů – ne měření vah – ve prospěch nebo v neprospěch kolidujících lidských práv*“ (s. 100). Dobře mířenou kritiku Smet věnuje i některým případům před ESLP, v nichž se soud pustil do balancování, aniž by stranám a veřejnosti vyjasnil, kterými kritérii se při balancování řídil a jak si u nich obě práva vedla (srov. *Palomo Sánchez a ostatní proti Španělsku*).

Poté, co přijal *Hammondovu* teorii kognitivního kontinua, která hledá zdroj soudcovského rozhodnutí někde mezi zcela intuitivním a zcela analytickým způsobem myšlení a která předpokládá existenci jakési kvaziracionality coby „připodobnění racionality“ (s. 118), přistupuje Smet k jádru své práce a jmenuje sedm základních kritérií, která dohromady tvoří jeho strukturovaný vážící test. Jsou jimi kritéria hodnoty (*value*), dopadu (*impact*), centra-periferie (*core-periphery*), společenského zájmu (*general interest*), dalších práv (*additional rights*), účelu (*purpose*) a odpovědnosti (*responsibility*). Užitečnost kritérií při řešení konfliktů lidských práv dokládá jejich použitím na některé případy ESLP (*Odièvre proti Francii*, *Palomo Sánchez a ostatní proti Španělsku*).

A co konkurenční teorie? *Smetova* práce zřetelně vychází a staví na poznacích *Kaie Möllera* a *Aharona Baraka*. Jako zlatá nit prostupuje knihou i dílo *Ronalda Dworkina*, když Smet volá s citelnou naléhavostí po braní speciální normativní síly lidských práv vážně. Vedle nevážícího přístupu (*non-balancing approach*) *Lorenza Zuccy* Smet kritizuje i *Roberta Alexyho* a přidává se tak k řadě autorů, kteří pozvedli obočí nad jeho vážícím testem, ať už pro přílišnou aritmetičnost vážící formule, či naopak zjednodušenost zákonů vážení.

Poslední kapitolu Smet věnuje vzácným případům tzv. silně nesouměřitelných práv, vedoucím ke skutečným lidskoprávním dilematům (např. *Evans proti Velké Británii*). Tato dilemata představují podle autora „*obzvlášť intenzivní konflikty, které zahrnují prvek tragédie a pro něž ani strukturovaný vážící test nenachází řešení*“ (s. 222). Mohou být vyřešena pouze skrze mimorozumovou volbu (*arational choice*). „*Protože mimorozumové volby jsou z definice subjektivní, měly by být ponechány na zákonodárci, který se těší – v zásadě – vyšší míře demokratické legitimacy než nevolení soudci*“ (s. 225). Smet tak výslovně uznává, že jeho test může výrazně pomoci při řešení lidskoprávních konfliktů, má však určité limity.

Z výše uvedeného shrnutí je jistě evidentní, že se u mne kniha setkala se sympatiemi. Čtenář ocení, že autor aktivně a dovedně pracuje se současnou odbornou literaturou i soudní judikaturou. Kniha je přehledně členěná, dialekticky uspořádaná (cíle, východiska, definice problému, návrh, obhájení, závěr), prostá expresivních výrazů a irelevantních odboček.

Dojem komplexnosti autorovy úvahy kazí skutečnost, že snad všechny své nejdůležitější teze autor dokládá toliko na příkladech judikatury ke střetu svobody projevu a ochrany soukromí. Přestože je judikatura k čl. 10 Úmluvy neobyčejně rozvinutá a nabízí tak nejlepší možnost i statisticky použitelné analýzy, její dominantní postavení vytváří ve čtenáři pocit, že autor se ostatním konfliktům buď opomenul dostatečně věnovat, anebo se z preventivních důvodů věnovat nechtěl. To je na rozdíl od přílišného zakořenění publikace ve štrasburské judikatuře poněkud obtížné odpustit.

Druhý nedostatek spatřuji v nedostatečné obezřetnosti při riziku dvojího přičítání u kritérií strukturovaného vážícího testu. Některá kritéria mají totiž potenciál překrývat se, na což autor sice na dvou či třech místech mimoděk naráží (s. 168), avšak jinde do té pasti sám spadne. Tak např. při popisu kritéria dopadu argumentuje, že „*vzhledem k centrální důležitosti*

*svobody projevu v demokratické společnosti a protože omezující opatření s sebou vždy nesou potenciál projev na příště zastrašit (to chill speech), taková opatření by neměla být brána na lehkou váhu“ (s. 156). Argument důležitosti svobody projevu však Smet používá také u kritérií hodnoty a společenského zájmu. Jeden argument (*reason*) se takto může „utrhnout ze řetězu“ a ovlivňovat ostatní kritéria. Myslím, že by se proto abstraktní hodnota lidského práva měla akumulovat do prvního kritéria a ostatní měla být ponechána specifitějším kategoriím.*

Navzdory zmíněným výtkám považuji publikaci za cenný příspěvek do nesmírně aktuální debaty nad možnostmi a schopnostmi soudců přesvědčivě vyřešit konflikty lidských práv tak, aby buď byla šetřena pokud možno obě lidská práva, anebo preferováno to, v jehož prospěch svědčí komplexní argumentační síť. Autor uzavírá, že postup shrnutý do prvních dvou kroků navržené struktury (zmírnění konfliktu a kompromis) může sloužit jako inspirace nejen pro lidskoprávní soudy, ale také pro zákonodárce, kteří mohou konflikty vyřešit apriorně na legislativní úrovni.

Martin Madej*

* Martin Madej, student práva na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. E-mail: artemisuv@gmail.com.