



Stat'

Poměrování práv a zájmů. K Schauerově asymetrické tezi.

Matthias Klatt

Matthias Klatt působí jako profesor na Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen (Institute of the Foundations of Law), Universität Graz. Ve svém výzkumu se soustředí na filosofii a teorii práva, jakož i na ústavní právo. Je autorem či spoluautorem několika monografií (např. Making the Law Explicit: the Normativity of Legal Argumentation; The Constitutional Structure of Proportionality) a desítek článků v odborných časopisech.

Následující text je překladem původní verze článku KLATT, Matthias. Balancing Rights and Interests: Reconstructing the Asymmetry Thesis. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 41, Iss. 2, 2021, s. 321–347. Autor srdečně děkuje Martinu Haplovi za zprostředkování možnosti otisknout tento text v časopisu Ratio Publica a současně také Zdeňku Červínkovi za jeho překlad do češtiny.

Abstrakt

Frederick Schauer nedávno uvedl, že poslední krok testu proporcionality, kritérium poměrování, podléhá značné asymetrii. Ačkoli můžeme vzájemně poměřovat zájmy, nemůžeme takto poměřovat práva, jelikož bychom je tím připravili o jejich specifickou normativní povahu. Pokud by takováto asymetrie skutečně existovala, aplikovatelnost kritéria poměrování by byla významně omezena. V tomto článku analyzuji právě zmíněnou Schauerovu asymetrickou tezi, její přednosti a také slabiny. Následně ukazuji, jak je možné myšlenky, na nichž se tato teze zakládá, vyložit v kontextu koncepce poměrování formulované v rámci Teorie principů. Závěrem Schauerovu tezi odmítám. Můj článek totiž potvrzuje, že aplikace metody proporcionality v sobě zahrnuje poměrování práv a zájmů.

Klíčová slova: proporcionalita, poměrování, základní práva, zájmy, pojetí práv jako trumfů, teorie principů.

Abstract

Fred Schauer has argued that the last step of the proportionality test, balancing, is subject to a significant asymmetry. While we could balance interests against each other, we could not do so with rights, lest we destroy the special normative status of rights. If this asymmetry exists, the applicability of balancing would be significantly limited. I analyse the asymmetry thesis and discuss its merits and weaknesses. I then demonstrate how we can accommodate the rationale behind Schauer's thesis within principles theory's account of balancing. I thus, ultimately, reject Schauer's thesis. My article confirms that proportionality adjudication includes the balancing of rights and interests.

Keywords: proportionality analysis, balancing, constitutional rights, interests, rights as trumps, principles theory.

Úvod

Poslední krok testu proporcionality, kritérium poměřování, je ostře kritizovanou metodou lidsko-právní argumentace. Celosvětový a triumfální úspěch proporcionality z ní učinil jeden ze základních prvků obecného ústavního práva.¹ Kritici přesto rozporují celou řadu jejích aspektů, především pak těch, které se váží k jejímu poslednímu kroku. Na rozdíl od těchto kritiků, tvrdím, že proporcionality představuje nejlepší způsob, jak strukturovat proces ospravedlnění v rámci argumentace základními právy při současném zachování nejvyšší možné míry racionality.² Proporcionality se tudíž nestala dominantní technikou aplikace těchto práv na celém světě bezdůvodně.³

Frederick Schauer nyní přišel s novou kritikou. Zpochybnil široce sdílený přístup,⁴ který ztotožňuje aplikaci metody proporcionality s poměřováním. Tento přístup, jak tvrdí, vytváří „*umělou ekvivalenci*“.⁵ Tato ekvivalence je podle něj umělá, protože popírá přirozené rozdíly mezi právy a zájmy. Tento argument označuji jako „*asymetrickou tezi*“.

V tomto článku chci zpochybnit platnost asymetrické teze. Přesněji řečeno, chci upozornit na její správné chápání, které se však od Schauerova přístupu výrazně liší. Nejprve tedy krátce zrekapituluji Schauerovu kritiku poměřování a rozpletu jednotlivé prvky utvářející jeho asymetrickou tezi (1. kapitola). Poté za pomoci koncepce poměřování zformované v rámci Teorie principů⁶ zanalyzuji jednotlivé přednosti a slabiny jím představené argumentace (2. kapitola). Nakonec prozkoumám i epistemologický rozměr asymetrické teze (3. kapitola) a předtím, než se dostanu k závěru, shrnu zjištění, k nimž jsem dospěl (4. kapitola).

¹ KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 1–3.

² Tamtéž, s. 167–171. KLATT, Matthias. Proportionality and Justification. In HERLIN-KARNELL, Ester. KLATT, Matthias Ester (eds), *Constitutionalism Justified: Rainer Forst in Discourse*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

³ To akcentuje např. Kai Möller, který považuje metodu proporcionality za jeden ze čtyř základních prvků svého Globálního modelu základních práv, viz MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 2, 13–15.

⁴ ALEX, Robert. The Absolute and the Relative Dimension of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2017, Vol. 37, Issue 1. Citováno dne 20. 1. 2017. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/37/1/31/2669583>; BARAK, Aharon. 'Proportionality and Principled Balancing'. *Law and Ethics of Human Rights*. 2010, Vol. 4, Issue 1. Citováno dne 20. 1. 2017. Dostupné online na: <https://philpapers.org/rec/BARPAP-5>; KLATT, Matthias, MEISTER, Moritz. Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I•CON controversy. *I•CON*. 2012, Vol. 10, No. 3. Citováno dne 20. 1. 2017. Dostupné online na: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30063.pdf>.

⁵ SCHAUER, Frederick. Proportionality and the Question of Weight. In HUSCROFT, Grant. MILLER, Bradley W. WEBBER, Grégoire C. N. (eds). *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, s. 174.

⁶ Poznámka překladatele: Teorie principů představuje strukturální teorii základních práv zformulovanou německým právním teoretikem a filosofem Robertem Alexym a jeho následovníky. Tento myšlenkový proud bývá někdy také označován jako tzv. Kielská škola. Podrobněji k tomuto označení a k pracím příslušníků této školy viz např. JESTAEDT, Matthias. The Doctrine of Balancing—Its Strengths and Weaknesses. In KLATT, Matthias (ed). *Institutionalized Reason: The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 152, marg. č. 2.

1. Schauerova kritika poměřování

Schauer popisuje asymetrii mezi právy a zájmy pomocí čtyř výroků (1) a dvou typových případů kolizí (2). Svou asymetrickou tezi pak také doplňuje další – tzv. restriktivní – tezí (3).

1.1 Čtyři výroky charakterizující asymetrickou tezi

Čtyři Schauerovy výroky, jež formují jeho asymetrickou tezi, znějí následovně:

(1) Daný stupeň omezení práva se považuje za závažnější újmu, než jakou by představoval stejný stupeň snížení míry naplnění veřejného zájmu.

(2) „Práva mají větší hodnotu než zájmy, které nejsou chráněny jako práva (*non-rights-protected interests*)“.⁷

(3) „Pokud ale na jedné straně rovnice bude stát právo, pak platí *presumpce ve prospěch tohoto práva, anebo (což je víceméně totéž) ty, kteří chtějí toto právo omezit, bude tížit důkazní břemeno* [...]“.⁸

(4) Jak práva na svobodu, tak i na rovnost mohou být omezena, avšak lze tak učinit pouze tehdy, pokud bude důvod pro omezení „*důvodem mimořádné síly*“.⁹

Asymetrie mezi právy a zájmy, jak byla právě popsána, brání tomu, abychom mohli ztotožnit proporcionalitu s poměřováním, jelikož toto ztotožnění „*bortí*“ a „*přehlíží*“ tyto zásadní odlišnosti, které mezi nimi jsou.¹⁰

Dříve než se budu podrobně věnovat Schauerově argumentaci, jíž tuto asymetrii zdůvodňuje, je třeba učinit dvě doplňující poznámky. Zaprvé, první z uvedených výroků jsem drobně přeformuloval. V původní podobě zní takto: „[D]aný stupeň omezení svobody projevu je považován za závažnější újmu, než jakou by představoval stejný stupeň snížení míry ochrany veřejného pořádku“.¹¹ Moje upravená verze se od té původní liší pouze v jednom aspektu. Moje verze lépe vystihuje podstatu teoretické úvahy, kterou chce Schauer vyjádřit. Jeho hlavní myšlenka se nevztahuje specificky ke svobodě projevu, nýbrž k právům a zájmům obecně.

Za druhé, výrok (2) může znít, jako kdyby Schauer vycházel z kantovského nebo deontologického vnímání práv, na rozdíl od konsekvencionalistických nebo utilitaristických teorií. Na jiném místě svého textu však explicitně zdůrazňuje, že tento výrok (2) k takovým závěrům nesměruje. Naopak, jeho myšlenka, že práva mají větší hodnotu než zájmy

⁷Tamtéž, s. 177.

⁸SCHAUER. *Proportionality*..., s. 178.

⁹Tamtéž, s. 176.

¹⁰Tamtéž, s. 177 a 178.

¹¹Tamtéž, s. 176.

nechráněné právy, je, pokud jde o teorii, která by tuto vyšší hodnotu měla zdůvodnit, neutrální.¹²

1.2 Dva typové případy kolizí

Pro to, aby Schauer vysvětlil důsledky asymetrie mezi právy a zájmy, rozlišuje dva typové případy kolizí. V prvním typovém případě se jedná o vzájemnou kolizi dvou zájmů. V druhém typovém případě se naopak střetává právo se zájmem. Rád bych dodal, že z analytického hlediska existuje i třetí varianta, a to případ kolize mezi dvěma právy. Schauer sice existenci této varianty uznává,¹³ ale nijak podrobně se jí nezabývá. Její nezohlednění považuji za zásadní nedostatek jeho argumentace, k němuž se vrátím podrobněji níže.

Příkladem prvního typu konfliktu je pro Schauera situace zákonodárce, který uvažuje nad možným zvýšením nejvyšší povolené rychlosti na dálnicích. Zde proti sobě stojí dva zájmy: zájem na předcházení úmrtím a zraněním způsobených dopravními nehodami na straně jedné, a zájem na minimalizaci nákladů ve smyslu ekonomické účinnosti na straně druhé. Zákonodárce tak musí zvážit klady a zápory různých alternativ pro určení nejvyšší dovolené rychlosti.

Čistě „hypoteticky“ pak Schauer dále v rámci své argumentace předpokládá, že existuje nikoli neomezitelné (*non-absolute*) právo na rychlou jízdu, zatímco zájem na předcházení úmrtím a zraněním způsobených dopravními nehodami nadále zůstává zájmem, který není chráněn právem (*non-rights-protected interest*). I za těchto okolností však může být právo na rychlou jízdu omezeno zájmem na předcházení negativním následkům dopravních nehod. To plyne z faktu, že předmětné právo není ze své podstaty neomezitelné. Nicméně, a to je Schauerova hlavní myšlenka, síla protichůdného zájmu musí být větší, než byla v prvním případě. Jedině skrze tento požadavek bude náležitě reflektována odlišnost, že nyní se jedná o právo na rychlou jízdu (druhý případ), a nikoli o pouhý zájem (případ první). Teorie tedy musí vzít náležitě do úvahy, že pro to, aby bylo právo převáženo, „[jsou zapotřebí] *silnější důkazy, anebo pádnější argumenty než v případě, na který právo nedopadá*“.¹⁴

Tento obecný závěr vystupuje podle Schauera ještě zřetelněji v případě druhého typového případu kolize. Zde je právo umístěno na druhé misce vah. Zájem na rychlé jízdě je pouhým zájmem, zatímco proti němu stojí právo na předcházení následkům dopravních nehod. Schauer tvrdí, že v tomto případě

byla daná míra zvýšení rizika více škodlivá než daná míra snížení efektivity, a tudíž argumenty a důkazy nezbytné pro to, abychom byli nuceni toto riziko podstoupit, by musely být silnější než argumenty a důkazy, které by postačovaly pro uložení takové povinnosti v případě, který by nebyl kryt právem na předcházení takových rizik.¹⁵

Tato varianta má opět poukázat na existenci asymetrie mezi právy a zájmy.

¹² Tamtéž, s. 177, poznámka pod čarou č. 16.

¹³ Tamtéž, s. 177.

¹⁴ Tamtéž, s. 175.

¹⁵ Tamtéž.

1.3 Schauerova restriktivní teze

Schauera vede jeho výklad předmětné asymetrie k dalšímu závěru. Příklad týkající se nejvyšší dovolené rychlosti na dálnici vytvořil proto, aby ospravedlnil své tvrzení, že aplikace poměrování je vhodná především v prvním typu kolizí. Schauer je konkrétně toho názoru, že poměrování je vhodnou metodou pouze pro situace, kdy jsou ve hře dva zájmy, které nemají povahu základních práv. Jakmile však na scénu vstoupí právo, je jakékoli použití poměrování „klamné“. Pokud by měl Schauer pravdu, poměrování by bylo vhodnou metodou pouze pro zákonodárce a ústavodárce, kteří poměřují politické zájmy, které ještě nepožívají žádný právní status. Byla by tudíž nevhodná pro všechny orgány veřejné moci, jejichž činnost se pohybuje v mezích určených právním řádem, především pro veřejnou správu a soudy. Tuto tezi o omezeném rozsahu působnosti kritéria poměrování označují „*restriktivní teze*“.

Stručně řečeno, Schauerova argumentace se skládá ze dvou kroků: Práva a zájmy jsou ve své podstatě asymetrické (asymetrická teze). Kritérium poměrování tuto asymetrii ignoruje, a tudíž by jeho použití mělo být omezeno pouze na řešení konfliktů mezi zájmy, jež nejsou chráněny jako základní práva (restriktivní teze).

V následující části bych chtěl demonstrovat, že asymetrická teze je správná, byť v odlišném smyslu, než jak ji podává Schauer, a že restriktivní teze je mylná. Obě tato tvrzení dále zdůvodním za pomoci dosud nejpropracovanější koncepce poměrování, té, která byla vypracována v rámci Teorie principů.

2. K Teorii principů

Hlubší myšlenková východiska své asymetrické a restriktivní teze Schauer zmiňuje pouze zběžně: „*Práva mají různou sílu*“.¹⁶ To je nepochybně pravda. Nabízí se tedy otázka, jak může koncepce poměrování zformovaná v rámci Teorie principů tuto variabilitu vysvětlit. Uvedená otázka bude ústředním problémem, z něhož bude vycházet má následující rekonstrukce Schauerovy argumentace. Nejprve upozorním na omezenou relevanci jeho asymetrické teze (2.1). Poté ukáži, že zdánlivá neslučitelnost *trumfování* (*trumping*) s poměrováním, z níž Schauerovy teze vychází, může být do jisté míry překonána (2.2). Ve třetí části pak vyložím některé základní prvky tvořící tzv. vážící formuli (2.3), které následně využiji k rekonstrukci výroků formujících Schauerovu asymetrickou tezi (2.4).

2.1 K omezenému významu Schauerovy asymetrické teze

Nyní bych chtěl upozornit na určité limity Schauerova příkladu týkajícího se stanovení nejvyšší povolené rychlosti. Ten je závislý na dvou explicitních předpokladech, a to konkrétně že „*neexistuje ani právo na ekonomickou efektivitu, a ani právo nebýt obětí dopravní nehody*“.¹⁷ Poté „*hypoteticky*“ předpokládá, co by se dělo, kdyby skutečně právo na rychlou jízdu existovalo, a dále tvrdí, že

¹⁶ Tamtéž, s. 174.

¹⁷ Tamtéž, s. 175.

právo jezdit rychlostí šedesát mil za hodinu bude moci být pro svou nikoli-absolutní povahu omezeno nebo převáženo, ale síla důkazů či argumentů nezbytných k tomu, aby v konkrétním případě bylo toto právo převáženo by musela být silnější než u důkazů a argumentů, které by stačily pro převážení pouhého *zájmu* jezdit rychlostí šedesát mil za hodinu, pokud by tedy tento zájem nebyl chápán či chráněn jako právo.¹⁸

Očima Středoevropana se však Schauerův argument jeví jako obtížně pochopitelný. Ve většině právních systémů ochrany základních práv by totiž byly oba výše zmíněné předpoklady v rozporu s realitou. Vezměme si například německou ústavu, která v čl. 2 odst. 1 Základního zákona zakotvuje obecné právo na svobodu jednotlivce, z něhož plyne právo dělat či nedělat to, co se komu líbí.¹⁹ Pod ochranu obecného práva na svobodu jednotlivce spadají i takové všední věci jako např. *prima facie* práva jezdit na koni po veřejných lesích²⁰ nebo krmit holuby na náměstích.²¹ Zahrnuje tedy také *prima facie* právo na rychlou jízdu. Pokud jde o právo nebýt obětí dopravních nehod, toto je kryto pozitivním závazkem státu přijmout dostatečnou právní úpravu aktivit, s nimiž jsou spojena závažná rizika pro život a zdraví, který plyne z čl. 2 odst. 2 Základního zákona. Zákonodárce tedy nemá zcela volnou úvahu, zda bude chránit životy a zdraví lidí před závažnými následky dopravních nehod. Nositelé práv se tak mohou dovolávat, aby byla přijata dostatečná ochranná opatření, a to navzdory tomu, že zákonodárce v tomto směru požívá širokou diskreci co do volby prostředků k dosažení sledovaného cíle.²²

Právní řády se často snaží vyvarovat právě takových mezer v ochraně poskytované jednotlivci základními právy, jež zmiňuje Schauerův příklad. Dopředu počítají s širokou působností práv tak, aby maximalizovaly *prima facie* ochranu jednotlivce.²³ Případně přijímají katalogy práv, které obsahují dlouhé, vyčerpávající výčty skutkových podstat chráněných práv. Tím zaručují, že jimi bude kryto prakticky jakékoli jednání jednotlivce. Anebo, což je třetí možnost, právní řády zakotvují obecná práva na svobodu a rovnost. Tato obecná práva fungují jako pohotovostní práva a záloha pro případ, že by určité jednání nespadlo pod rozsah některého z úžeji formulovaných práv. V žádném z těchto případů však Schauerovy předpoklady neplatí.

V důsledku uvedeného se Schauerovo rozlišování mezi dvěma typovými případy kolize rozplývá. Téměř všechny zájmy budou totiž spadat pod rozsah ochrany nějakého práva. První typový příklad kolize (zájem vs. zájem) se tedy automaticky promění v kolizi druhého

¹⁸ Tamtéž.

¹⁹ Ustanovení čl. 2 odst. 1 Základního zákona stanoví: „Každý má právo na svobodný rozvoj své osobnosti, pokud tím neporušuje práva druhých a nepřekračuje ústavní řád nebo pravidla mravnosti.“ Srovnej ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 223–259. RIVERS, Julian. *A theory of constitutional rights and the British constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. xii–xliv.

²⁰ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 28. 5. 1993, BVerfGE 39, 1, odst. 88 a 203.

²¹ Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 3. 6. 1980, BVerfGE 54, 143.

²² Srovnej KLATT, Matthias. Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. *Heidelberg Journal of International Law*. 2011, Vol. 71, No. 4, s. 681.

²³ K různým výhodám široce vnímaného rozsahu působnosti základních práv a velkorysému přístupu k jejich vymezení viz KLATT, Matthias. MEISTER, Moritz. *Proportionality...*, s. 687, 700–702. MEISTER, Moritz. *Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011, s. 58–127.

typu (právo vs. zájem). Tím se odlišnost mezi oběma typy kolizí hroutí. Z tohoto důvodu hned zkraje prohlašuji, že Schauerova asymetrická teze má pouze omezený význam.

2.2 Spojení trumfování s poměřováním

Ten, kdo by Schauerův přístup obhajoval, by sice mohl uznat uvedené spojení, avšak stále by mohl trvat na tom, že přinejmenším na straně zájmu státu stojí entita (*entity*), která není chráněna základními právy. To je právě situace, jež má společně s výše zmíněným výrokiem (2) zdůvodnit platnost asymetrické teze. Nicméně taková odpověď se zcela míjí s podstatou věci. Pro správné uchopení poměřování není v konečném důsledku podstatné, zda něco spadá pod rozsah práva, anebo pod rozsah veřejného zájmu. Naopak, ve skutečnosti záleží, na jaké úrovni v hierarchii norem jsou tyto dvě právní entity umístěny.²⁴ Poměřování je tak možné pouze mezi entitami, které v rámci hierarchie norem požívají stejný status. Pokud by postavení dvou soupeřících entit v hierarchii norem bylo odlišné, dojde v souladu s prastarým pravidlem *lex superior derogat legi inferiori* ke vzniku trumfového efektu (*trumping effect*): norma vyššího stupně přebije (*trump*) normu nižšího stupně. K tomuto trumfování dochází bez jakéhokoli poměřování a bez ohledu na to, která z těchto dvou norem má povahu práva, a která je naopak veřejným zájmem.

Pokud bychom toto trumfování napříč různými úrovněmi hierarchie norem popřeli, tak by jistě kritici poměřování měli pravdu. Ústavou chráněná práva by tudíž mohla být převážena i méně závažnými zájmy, které by vůbec nepožívaly ústavní ochrany.²⁵ Pak bychom opravdu základní práva zbavili jejich normativní síly a naplnili bychom tak obavy, které tvoří základ Schauerovy teze.

Nicméně, teorie proporcionality, resp. poměřování takovou pozici nezastává. Naopak, tento účinek spojený s vnímáním základních práv jako trumfů akceptuje a potvrzuje. Nazval jsem ho *prvním zákonem trumfování* (*the first law of trumping*): Základní práva vždy přebijí (*trump*) všechny ostatní zájmy kromě zájmů, které taktéž požívají ochrany na ústavní úrovni.²⁶ Zájmy, které ochrany na ústavní úrovni nepožívají, jsou z poměřování s ústavními právy striktně vyloučeny. Vzhledem k tomu, že teorie poměřování je schopna zahrnout

²⁴ K hierarchii norem viz KLATT, Matthias. The Legitimacy of Constitution-Conform Interpretation. In HERLIN-KARNELL, Ester. KLATT, Matthias (eds), *Constitutionalism Justified...*, část III. B.

²⁵ Srovnej KLATT, MEISTER. *Proportionality...*, s. 689; nebo KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 17.

²⁶ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 23 a 27; KLATT, MEISTER. *Proportionality...*, 690; ALEX. *The Absolute...*, s. 185; BOROWSKI, Martin. Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(2) Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Legisprudence*. 2007, Vol. 1, Issue 2, s. 197 a 213.

některé účinky spojené s koncepcí vnímající základní práva jako trumfy,²⁷ je Schauerovo kategorické odmítnutí²⁸ jejich možného spojení předčasné.

Přesto musíme uznat, že tento aspekt působení práv jako trumfů není ani příliš obtížně splnitelnou podmínkou, ani příliš aktivním filtrem, který by chránil práva před tím, aby byla poměřována s veřejnými zájmy. Naše moderní ústavy s sebou většinou nenesou jen prakticky všeobíhající síť práv – vykazují stejnou hojnost i na straně veřejných zájmů. Ústavy chrání sociální zabezpečení i národní bezpečnost, stejně jako udržitelný rozvoj a demokracii. V tomto kontextu je důležité si uvědomit, že všechny tyto veřejné zájmy požívají ústavní ochrany zrovna tak, jako základní práva. Jsou tedy – pokud jde o jejich normativní zdroj v rámci právního řádu – na stejné hierarchické úrovni jako základní práva. Orgány veřejné moci budou tudíž téměř vždy moci úspěšně tvrdit, že veřejný zájem, který při omezování základního práva sledují, má rovněž ústavní status. To platí tím spíš, budeme-li rozlišovat mezi ústavním statutem prvního a druhého stupně.²⁹ Princip má ústavní status prvního stupně, pokud jeho platnost nezávisí na legislativním rozhodnutí. Jeho ústavní status tak plyne přímo z rozhodnutí ústavodárce zařadit ho do výčtu ústavních principů.

Naopak, princip má ústavní status druhého stupně, jestliže se jeho platnost odvíjí od rozhodnutí zákonodárce. Pokud by takové rozhodnutí sledovalo kolektivní cíl, který by nebyl explicitně uveden ve výčtu ústavních principů prvního stupně, vedlo by k přijetí normy s běžným statutem. Jejím přijetím by však přesto byl vytvořen ústavní princip druhého stupně, který by byl způsobilý do jisté míry základní práva omezit. Východiskem této pravomoci zákonodárné moci přijímat ústavní principy druhého stupně je fakt, že v ústavních demokraciích je v kompetenci zákonodárce, aby se sám rozhodl o naplnění, jakých kolektivních cílů či účelů bude svou činností usilovat. Mnohá ustanovení ústav, která zakotvují základní práva, ponechávají množinu možných důvodů pro omezení těchto práv otevřenou. Tato otevřenost vede k určitému typu strukturální diskrece zákonodárce, která se nazývá diskrecí při určování cílů.³⁰ Zákonodárce si může zvolit cíle ospravedlňující omezení základních práv, a pokud si zvolí tyto cíle formou přijetí běžného zákona, vytvoří tím ústavní princip druhého stupně. Realizuje tím svou zákonodárnou moc omezovat základní práva skrze naplňování politických cílů v podobě ústavních principů druhého stupně. Výsledkem je ústavně-zprostředkované omezení základních práv, tj. omezení, k jehož provedení je zákonodárce ústavou zmocněn.³¹

Pro ilustraci si uveďme následující příklad: Německý Spolkový ústavní soud akceptoval diskreci zákonodárce při určování svých cílů a z ní vzešlý ústavní princip chránící „zachovávání a podporování ručních prací a řemesel“. Tento princip není explicitně zakotven

²⁷ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 26–29.

²⁸ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 177 poznámka pod čarou č. 18. Nebo DA SILVA, Virgílio A. Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2011, Vol. 31, Issue 2, s. 273, 281–282. Dostupné online na: <http://ojls.oxfordjournals.org/content/early/2011/03/17/ojls.gqr004.abstract>.

²⁹ ALEXY. *A Theory...*, s. 81.

³⁰ Tamtéž, s. 395–396.

³¹ Tamtéž, s. 189.

v ústavě, *per se*, jako tzv. absolutní veřejný zájem. Není „*obecně uznávaným veřejným zájmem, jehož existence by byla nezávislá na aktuální politické situaci ve společnosti (tak jako zájem na ochraně veřejného zdraví)*“.³² Nejde tudíž o cíl, který by byl zákonodárce povinen sledovat.

Přesto však bude vhodným kandidátem na to být tzv. relativním veřejným zájmem. Relativní veřejný zájem je takový veřejný zájem, který si může zákonodárce legitimně zvolit s ohledem na „*specifické hospodářské, sociální a politické ideje a cíle*“, o jejichž naplnění zrovna v daný moment usiluje.³³ Navíc, pokud se tak zákonodárce rozhodne, může za předpokladu, že budou splněny ostatní podmínky, zejména ty, které plynou z testu proporcionality, skrze tento ústavní princip druhého stupně omezit základní práva.

Ústavní principy druhého stupně tedy můžeme připočíst k ústavním principům prvního stupně. Pak bude ještě pravděpodobnější, že prakticky vždy narazíme na situaci, kdy kolidující veřejný zájem bude též požívat ústavní ochrany.

Přesto, by mohl Schauer odpovědět, že nic z toho, co bylo uvedeno, nevyvrací jeho obavy, že poměrování ignoruje specifickou normativní sílu základních práv. Mnoho z výše uvedeného by jej pravděpodobně utvrdilo v jeho obavách, že asymetrie mezi právy a zájmy by byla pozvednutím veřejných zájmů na ústavní úroveň setřena. S takovou odpovědí by se Schauer zařadil do tábora tradičních kritiků proporcionality, kteří tvrdí, že základní práva v kontextu poměrování a metody proporcionality „*nepožívají žádné speciální normativní síly jako trumfy*“ a jsou devalvovány na pouhé „*rétorické kudrlinky*“.³⁴

Nejostřeji tuto námitku vyjádřil Tsakyrakis:

Při [...] poměrování nemůže existovat žádný koncept přednosti základních práv před jinými relevantními hledisky (*considerations*). Zájmy jednotlivců chráněné základními právy se totiž nalézají na miskách vah bok po boku s jakýmkoli jinými zájmy jednotlivce či veřejné moci.

Z tohoto důvodu mají zájmy většiny tendenci převažovat nad zájmy jednotlivce a menšin.³⁵

Konečně, i tato obava jistě stojí za Schauerovými argumenty. Teorie poměrování tedy musí vzhledem k této kritice prokázat, že je schopná poskytnout základním právům důslednou ochranu, a to i když připouští, aby byla poměřována s jinými ústavně chráněnými hodnotami. Teorie poměrování musí jasně určit, jak může uchopit Schauerovu hlavní myšlenku, že „*práva mají větší hodnotu než zájmy, které nejsou právy chráněny*“.³⁶ V následujících pasážích bych chtěl tyto úvahy demonstrovat za pomoci vážící formule.

³² Rozhodnutí Spolkového ústavního soudu ze dne 17. 6. 1961, BVerfGE 13, 97, (*Handwerksordnung*), odst. 23.

³³ Tamtéž.

³⁴ BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 171.

³⁵ TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An Assault on Human Rights? *International Journal of Constitutional Law*. 2009, Vol. 7, Issue 3, s. 468, 471. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/7/3/468/703178?login=true>.

³⁶ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 177.

2.3 Vážíci formule

Struktura poměrování byla podrobně rozpracována do podoby konkrétního vzorce, tzv. vážíci formule, kterou poprvé představil Alexy v doslovu k anglickému vydání jeho knihy *Teorie základních práv* (*A Theory of Constitutional Rights*).³⁷ Výchozí podoba vážíci formule zní následovně:

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

Vzorec č. 1: Výchozí podoba vážíci formule

Tato formule demonstruje poměrování dvou kolidujících principů, P_i a P_j . Proměnná představující výsledek dělení, $G_{i,j}$, vyjadřuje konkrétní váhu P_i ve vztahu k P_j . Proměnné G_i a G_j představují abstraktní váhy P_i a P_j . Abstraktní váha principu je váha, kterou má princip vzhledem k ostatním principům, avšak bez ohledu na okolnosti konkrétního případu. Abstraktní váhy kolidujících principů se někdy vzájemně liší. Takto je například možné tvrdit, že právo na život má vyšší abstraktní váhu než právo vlastnické.³⁸

Nicméně, poměrně často bývají abstraktní váhy kolidujících základních práv stejné. Tím se navzájem vyruší a nemají žádný vliv na určení hodnoty $G_{i,j}$. Výsledná hodnota $G_{i,j}$ pak bude záviset pouze na I_i a I_j , což těmto proměnným propůjčuje mimořádný význam. Proměnná I_i představuje intenzitu zásahu do principu P_i . Proměnná I_j pak znamená důležitost naplnění kolidujícího principu P_j . I_i a I_j jsou ze své podstaty konkrétními proměnnými, protože jak intenzita zásahu do P_i , tak i důležitost naplnění P_j budou vždy kontextuálně podmíněné. To činí poměrování principů i jeho výsledek závislými na okolnostech konkrétního případu.

V návaznosti na ustálenou rozhodovací praxi mnoha ústavních soudů používá Teorie principů triadickou škálu, na níž kategorizuje čtyři proměnné I_i , I_j , G_i a G_j . Jednotlivé stupně této škály lze označit jako lehký (l), střední (s) a závažný (z). Tyto hodnoty mohou být zastoupeny čísly 2⁰, 2¹, 2². Tato čísla představují nekontinuální geometrickou posloupnost.³⁹

Důsledky plynoucí z výsledku předmětného kvocientu určují tři pravidla.⁴⁰ Zaprvé, pokud $G_{i,j}$ bude mít hodnotu vyšší než 1, pak je v tomto případě třeba dát přednost principu P_i . Zadruhé, pokud $G_{i,j}$ bude mít hodnotu nižší než 1, vznikne povinnost upřednostnit princip P_j . Zatřetí, pokud $G_{i,j}$ bude mít hodnotu 1, dojde k patu. V takovém případě ústava nevyžaduje, aby byla dána přednost některému z těchto principů. Oba interpretační závěry, jak o přednosti P_i , tak i o přednosti P_j jsou ústavně konformní. V patových situacích je tudíž třeba zavést meta-pravidlo, které teprve určí výsledek konkrétního případu. Mnoho právních řádů v takových situacích ponechává zákonodárci strukturální diskreci. Zákonodárce tak může upřednostnit

³⁷ ALEXY, *A Theory...*, s. 408–410; ALEXY, Robert. The Weight Formula. In STELMACH, Jerzy. BROŹEK, Bartosz. ZALUSKI, Wojciech (eds). *Studies in the Philosophy of Law. Frontiers of the economic analysis of law*. Krakow: Jagiellonian University Press, 2007.

³⁸ KLATT, MEISTER. *A Constitutional Structure...*, s. 11.

³⁹ ALEXY. *The Weight...*, s. 20–26.

⁴⁰ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 13.

kterýkoli z obou kolidujících principů. Ústavní soud do takového rozhodnutí zákonodárce nebude zasahovat, bez ohledu na to, který z principů zákonodárce upřednostnil. Samozřejmě, je možné uvažovat o zavedení odlišných meta-pravidel, což však bude záviset na tom, jak právní řád přistupuje k dělbě rozhodovacích a kontrolních kompetencí.

Aby byl schopen zohlednit dopady epistemické spolehlivosti na výsledek poměrování, Alexy do své vážící formule již od počátku zahrnul více proměnných.⁴¹ Proměnné S_i a S_j označují míru epistemické spolehlivosti premis užitých při poměrování ve vztahu k oběma kolidujícím principům. Je však třeba rozlišovat mezi empirickými a normativními premisami, a tudíž i mezi příslušnými proměnnými. Něco může být velmi spolehlivé, pokud jde o skutkovou stránku věci, ale přesto velmi nespolehlivé s ohledem na svou normativní dimenzi, anebo naopak. Systematicky vzato, můžeme vzájemně kombinovat libovolnou míru nejistoty empirické s libovolnou mírou nejistoty normativní. Abychom byli schopni tyto rozdíly uchopit, navrhli jsme spolu se Schmidtem, že je třeba rozdělit proměnné S na S^e , označující spolehlivost empirických předpokladů, a S^n , označující spolehlivost normativních předpokladů.⁴² Tato modifikace je patrná ze vzorce č. 2.

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

Vzorec č. 2: Vážící formule rozlišující míru spolehlivosti empirických a normativních premis

Pro proměnné S používáme triadickou spolehlivostní stupnici.⁴³ Její stupně jsou: spolehlivý či jistý (j), plausibilní (p), a nespolehlivý (n). Číselné hodnoty, které lze přiřadit všem spolehlivostním proměnným, jsou $j = 2^0$, $p = 2^{-1}$, $n = 2^{-2}$. Pokud bude míra spolehlivosti vysoká, substantivní hodnoty ve vážící formuli nebudou dotčeny. Pokud však míra spolehlivosti klesne pod hodnotu „jistý“, oslabí se způsoblost substantivních hodnot G_x a I_x ovlivnit výsledek poměrování. Velmi nízká míra epistemické spolehlivosti povede k významnému

⁴¹ ALEXY, A. *Theory...*, s. 419, poznámka pod čarou č. 97; ALEXY, Robert. Die Gewichtsformel. In JICKELI, Joachim. KREUTZ, Peter. REUTER, Dieter (eds). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. De Gruyter, 2003, s. 789–790; ALEXY, *The Weight...*, s. 24–25.

⁴² KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie*. Mohr Siebeck, 2010, s. 51–52. KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. Epistemic Discretion in Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*. 2012, Vol. 10, No. 1, s. 69 a 91. Citováno dne 27. 5. 2012. Dostupné online na: <http://icon.oxfordjournals.org/content/10/1/69.full.pdf#page=1&view=FitH>. KLATT, Matthias. SCHMIDT, Johannes. A discricionariade epistemica no direito constitucional: Trad. Fausto Santo de Moraes. In DE MORAIS, Fausto S. BORTOLOTTI, José C. K. (eds). *Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais*. Lumen Juris Editoria, 2016; KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 132. PULIDO, Carlos B. On Alexy's Weight Formula. In MENÉDEZ, Agustín J. ERIKSEN, Erik O. (eds). *Arguing Fundamental Rights*. Law and Philosophy Library vol 77. Springer, 2006, s. 109. BADENHOP, Johannes. *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Nomos, 2010, s. 366–367.

⁴³ KLATT, SCHMIDT. *Spielräume...*, s. 76. Srovnej ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*. 2014, Vol. 12, Issue 3, s. 511 a 515. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/12/3/511/763784>. ALEXY, Robert. Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, Issue 3, s. 871, 874. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/16/3/871/5165840?login=true>.

oslabení těchto hodnot. Například závažný, ale velmi nejistý zásah ($G_i = I_i \times S_i = 4 \times \frac{1}{4} = 1$) dosáhne stejného výsledku jako pouze lehký zásah, který však s jistotou nastane ($G_i = I_i \times S_i = 1 \times 1 = 1$).

2.4 Rekonstrukce Schauerových výroků

Vážíci formule nám umožňuje v Schauerových výrocích odhalit některé rozpory a analyticky je přeformulovat do přesnější podoby.

(a) Výrok první

První z výroků charakterizujících Schauerovu asymetrickou tezi je již na první pohled nejasný:

(1) Daný stupeň omezení práva se považuje za závažnější újmu, než jakou by představoval stejný stupeň snížení míry naplnění veřejného zájmu.

Jak může být daný stupeň omezení práva „závažnější“ než „stejný stupeň“ snížení míry naplnění veřejného zájmu? To zní jako protimluv. Buď je zásah do práva „závažnější“ než důležitost principu, který tento zásah ospravedlňuje – pak ovšem posledně uvedený princip nemůže být „stejněho stupně“ jako stupeň omezení předmětného práva. Anebo důležitost principu ospravedlňujícího zásah do základního práva dosahuje „stejněho stupně“ jako omezení práva. Avšak to potom posledně jmenovaný nemůže být „závažnější“ než ten první, ledaže by Schauer chtěl navrhnout, abychom práva a jiné ústavní principy poměřovali na různých vahách. Použitím dvou různých měřítek bychom opravdu překonali výše uvedenou rozporuplnost výroku (1). Současně bychom tím ale zcela opustili ideu poměrování, neboť poměrování stojí na předpokladu, že na obě miský vah aplikujeme stejná měřítka.

Schauerův výrok však začne dávat smysl, až tehdy, když jej vyložíme prizmatem Teorií principů formulované dichotomie rozlišující mezi abstraktními a konkrétními vahami principů.⁴⁴ To, co Schauer označuje jako „stupeň omezení práva“, chápeme jako konkrétní váhu omezovaného principu (I_i). To, co Schauer označuje jako „stupeň snížení míry naplnění veřejného zájmu“, můžeme potom chápat jako konkrétní váhu, resp. důležitost naplnění, veřejného zájmu (I_j). To nám umožňuje provést následující rekonstrukci Schauerova výroku: Daný stupeň omezení práva, *který je spojen* s vyšší abstraktní vahou práva, může dosáhnout větší míry rezistence vůči omezením (a být v tomto smyslu „závažnější“) než stejný stupeň snížení míry naplnění veřejného zájmu, *který je spojen* s nižší abstraktní vahou veřejného zájmu.⁴⁵

⁴⁴ K roli, jakou při poměrování zastává abstraktní váha principu, viz KLATT, Matthias. An Egalitarian Defense of Proportionality-Based Balancing: A Response to Luc B. Tremblay. *International Journal of Constitutional Law*. 2014, Vol. 12, Issue 4, s. 892–894. Dostupné online na: <https://academic.oup.com/icon/article/12/4/891/648398>.

⁴⁵ Termín „míra rezistence vůči omezením“ byl až dosud používán pouze pro označení součinu hodnot konkrétní váhy a příslušné míry spolehlivosti předpokladů, viz KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 118. Nicméně, nyní navrhuji, aby tento termín byl také používán pro označení součinu hodnot konkrétní a abstraktní váhy principů.

Předpokládejme, že dojde k následující kolizi: Dojde ke středně závažnému zásahu ($I_i = s = 2$) do práva P_i , které má vysokou abstraktní váhu ($G_i = z = 4$). Na druhou misku vah umístíme ústavně chráněný veřejný zájem P_j se střední abstraktní vahou ($G_j = s = 2$), přičemž důležitost důvodů svědčících v jeho prospěch je také střední ($I_j = s = 2$). Ponecháme-li stranou, že mohou nastat určité problémy s mírou spolehlivosti premis, tak poměrování kolidujících hodnot bude probíhat následovně:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i}{G_j \cdot I_j} = \frac{z \cdot s}{s \cdot s} = \frac{4 \cdot 2}{2 \cdot 2} = 2$$

Vzorec č. 3: Vážící formule zachycující způsobilost k omezení a míru rezistence

Tato rekonstrukce pomáhá překonat rozporuplnost Shauerova výroku (1). Proměnné I_i a I_j mají, jak výrok předpokládá, „stejný stupeň“, a to konkrétně *střední*. Přesto, vzhledem k zohlednění odlišných abstraktních vah principů, které svědčí ve prospěch práva P_i , míra rezistence práva vůči omezením získává vyšší hodnotu – újma, kterou s sebou nese jeho omezení, je tedy „závažnější“, jak vyplývá ze Schauerova výroku.

Vyjádríme-li totéž v obecnější rovině: Pojmy „daný stupeň“ a „stejný stupeň“ ve výroku (1) odkazují ke konkrétním vahám kolidujících principů. Naopak, pojem „závažnější újma“ odkazuje na míru rezistence práva vůči omezením, jeho schopnost obstát v kolizi s jinými ústavně chráněnými hodnotami. Posledně uvedený pojem v sobě kombinuje hodnoty konkrétní a abstraktní váhy práva a porovnává je se způsobilostí veřejného zájmu právo omezit. Budeme-li výrok (1) chápat tímto způsobem, překonáme tím jeho vnitřní rozpornost. A co je ještě důležitější, teorie poměrování jej může bez potíží inkorporovat.

(b) Výrok druhý

Diferenciace mezi abstraktními a konkrétními vahami principů, která v Schauerově argumentaci absentuje, je rovněž klíčem k pochopení jeho výroku (2). Výrok (2) uvádí, že „*práva mají větší hodnotu než zájmy, které nejsou chráněny jako práva (non-rights-protected interests)*“. Tento aspekt údajné asymetrie mezi právy a zájmy můžeme rekonstruovat tak, že všem právům přiřadíme vyšší abstraktní váhu než ostatním ústavním principům. Aby bylo jasno, tento mechanismus nezaručí, že práva vždy definitivně přebijí (*trump*) protichůdné veřejné zájmy. Na rozdíl od Rawlsova⁴⁶ lexikálního uspořádání (*serial* či *lexical ordering*), které vždy přiznává absolutní váhu (přednost) tomu z kolidujících principů, který je v pořadí uveden dříve, přiznáním vyšší abstraktní váhy základním právům jim poskytuje v rámci poměrování rozhodující náskok (*a winning margin*) před veřejnými zájmy. Tento náskok může být vyrovnán, anebo dokonce překonán vyššími hodnotami ostatních proměnných na straně kolidujícího principu. Postup, který navrhuji k objasnění Schauerova výroku (2), zakládá „*prima facie trumfování*“, které je třeba odlišit od „*definitivního trumfování*“. Uvedené

⁴⁶ RAWLS, John. *A theory of justice*. Clarendon Press, 1972, s. 43. RAWLS, John. *Political liberalism*. The John Dewey essays in philosophy vol. 4. Columbia University Press, 1993, s. 296.

úvahy se řídí *druhým zákonem trumfování*:⁴⁷ Čím vyšší abstraktní váhu princip má, tím spíše přebije (*trumps*) protichůdné principy. Nyní si povšimněme, že jak první, tak i druhý zákon trumfování nám jasně ukazují, že údajné nepřátelství mezi trumfováním a poměřováním není tak nesmiřitelné, jak se někdy tvrdí. Nejde totiž o to, zda právě trumfování či poměřování představuje správné pojetí argumentace základními právy, nýbrž jak naložit s trumfováním v rámci poměřování.⁴⁸

(c) Výrok třetí

Přejdeme-li k Schauerově výroku (3), pak stejný postup, který jsem právě popsal, může také pomoci s uchopením Schauerovy „*presumpce ve prospěch práva*“⁴⁹ pomocí Teorie principů. Tuto presumpci tedy můžeme také rekonstruovat skrze to, že právu přiznáme vyšší abstraktní váhu než veřejnému zájmu, tak jak je to uvedeno výše ve vzorci č. 3. Právu P_i je přiznána vyšší abstraktní váha ($G_i = z$) než s ním kolidujícímu veřejnému zájmu P_j ($G_j = s$), a proto vstupuje do poměřování s rozhodujícím náskokem. Právě tento rozhodující náskok utváří Schauerovu *presumpci ve prospěch práva*.

V každém případě asymetrická teze nijak nepřispívá k rekonstrukci třetího typu kolizí, který je obecně Schauerem opomenut, konkrétně jde o příklad kolize mezi dvěma právy. Zde musíme poukázat na odlišnost od ostatních dvou typových případů kolizí, v nichž vždy alespoň na jedné straně vystupuje veřejný zájem. Třetí typový případ však vůbec nenaplnuje předpoklad Schauerova výroku (3): Práva zde nejsou pouze „*na jedné straně rovnice*“, nýbrž na obou stranách. Koncept „*presumpce ve prospěch práva*“ před zájmem, který není chráněn jako právo, v takové situaci není použitelný, ledaže bychom základní práva uspořádali hierarchicky. Pomineme-li však tuto možnost, Schauerova *presumpce „ve prospěch práva“* by platila pro obě strany rovnice, čímž by se neutralizovala. K takové neutralizaci dochází často. Dochází k ní všude tam, kde ústavní právo připouští horizontální působení základních práv. Základní práva prozařují celým právním řádem, jak uvádí ve svém slavném rozhodnutí *Lüth* německý Spolkový ústavní soud.⁵⁰ Vezmeme-li v úvahu, že jde o standardní situaci, tak asymetrická teze by se tak jako tak aplikovala pouze v omezeném rozsahu.⁵¹

(d) Výrok čtvrtý

Ve výroku (4) své asymetrické teze se Schauer dožaduje toho, aby pro omezení jak práv na svobodu, tak i na rovnost byl potřeba „*důvod mimořádné síly*“.⁵² Tento výrok přináší následující problém: Schauer neuvádí, jak přesně bychom měli v konkrétním případě určit,

⁴⁷ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 29; KLATT, MEISTER. *Proportionality...*, s. 690.

⁴⁸ KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 28.

⁴⁹ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 178.

⁵⁰ Pro podrobnější komentář k rozhodnutí ve věci *Lüth* a k doktríně prozařování základních práv právním řádem viz KLATT. *The Legitimacy...*, část III B

⁵¹ Tamtéž, část III. 1.

⁵² SCHAUER. *Proportionality...*, s. 176.

zda má konkrétní důvod „*mimořádnou*“ sílu pro to, aby ospravedlnil omezení práva. Dokonce ani nedává žádné vodítko pro určení, kdy případně bude důvod takovou „*mimořádnou*“ sílu postrádat, takže nebude moci omezení základního práva ospravedlnit. Chtěl bych tedy konstatovat, že předmětný výrok neslouží ani tolik jako argument proti poměřování práv, ale spíše ukazuje, že poměřování je způsob, který tento problém vyřeší.

Musíme pouze vyložit Schauerovo pojetí „*síly*“ tak, že se odkazuje ke konkrétní váze principu, a pojetí toho, co je „*mimořádné*“, zase tak, že dopadá na vztah mezi dvěma konkrétními vahami kolidujících principů. Například veřejný zájem se střední konkrétní vahou bude mít dostatečnou sílu (a v tomto smyslu se bude jednat o sílu „*mimořádnou*“), aby omezil právo s lehkou konkrétní vahou. Nebude však mít dostatečnou sílu (a v tomto smyslu bude mít pouze sílu „*řádnou*“) na to, aby omezil právo se závažnou konkrétní vahou. Teorie poměřování poskytuje přehršel možností, jak uchopit vztahy síly mezi právy a jinými ústavními principy. Navíc je to nejlepší způsob, jak určit, zda je Schauerův požadavek „*mimořádné síly*“ naplněn.

Předtím je však ještě třeba učinit jednu poznámku. Konkrétně, že technicky je sice možné přisoudit všem základním právům vyšší abstraktní hodnotu než všem ostatním ústavním principům, což ale neznamená, že je to též ospravedlnitelné. Koneckonců v ústavním textu není ani náznak toho, že by ústava sama v tomto směru mezi abstraktními vahami nějak diferencovala. Jak přesně bychom mohli ospravedlnit např. závěr, že svoboda shromažďování má mít vyšší abstraktní váhu než ústavní princip demokracie? Nebo že princip právního státu má nižší abstraktní váhu než právo vlastnické? Netvrdím, že takové odlišnosti v abstraktních vahách skutečně existují. Ve skutečnosti jsem v tomto ohledu spíše skeptický.⁵³ Raději bych chtěl učinit následující závěr: Vyjdeme-li z předpokladu, že by odlišné určení abstraktních vah jednotlivých principů mohlo být racionálně zdůvodněno, teorie poměřování je schopná jej snadno uchopit. Ve svém důsledku tedy ta část asymetrické teze, kterou zachycuje výrok (4), vůbec nesměruje proti pojetí poměřování plynoucímu z Teorie principů.

3. Epistemologická dimenze věci

Dosud jsem zcela opomíjel jednu zcela odlišnou dimenzi Schauerovy asymetrické teze. Jeho výrok (3) klade naroveň již zmíněnou presumpci ve prospěch práva s „*důkazním břemenem, které tíží ty, jež chtějí právo omezit*“. Schauer zde také tvrdí, že toto břemeno je „*víceméně totéž*“ jako již uvedená presumce ve prospěch práva.⁵⁴ Tyto poznámky můžeme v zásadě interpretovat třemi různými způsoby.

⁵³ Má skepse směřuje především vůči rozlišování v abstraktních vahách mezi základními právy a veřejnými zájmy a nikoli toliko vůči rozlišování v rámci množiny základních práv. Ve skutečnosti uznávám, že je možné přiznat vyšší abstraktní váhu právu na lidskou důstojnost, nižší abstraktní váhu obecnému právu na svobodu jednotlivce a standardní abstraktní váhu všem ostatním základním právům.

⁵⁴ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 178.

3.1 První interpretace

První interpretace spojuje Schauerův argument „*důkazním břemenem*“ s faktory epistemické spolehlivosti předpokladů v rámci vážící formule. V tomto směru si musíme dát pozor a nezaměňovat epistemologické otázky s otázkami substantivními. Teorie principů, na rozdíl od Schauera, rozlišuje mezi otázkami váhy jako takové a otázkou míry epistemické spolehlivosti premis, na nichž je hodnocení otázek váhy založeno. Ani v náznaku však nelze tvrdit, že by se mohlo jednat „*víceméně o totéž*“. Takto můžeme např. v souladu se Schauerovou presumpcí chtít pro základní práva použít vyšší abstraktní váhu, současně ale budeme muset uznat, že pokud jde o míru epistemické spolehlivosti, tak tento výrok je pouze plausibilní ($S_i = p$).⁵⁵ Případně, jako další příklad nám může posloužit střední abstraktní váha veřejného zájmu, u níž však budeme moci tvrdit, že jsme si tímto hodnocením epistemicky velmi jistí ($S_j = j$).

Proto je důležité si uvědomit, že faktory epistemické spolehlivosti je třeba vzít v úvahu na obou stranách rovnice, a jak ukazuje vážící formule, která zahrnuje epistemické proměnné jak v čitateli, tak i ve jmenovateli, není možné uložit určité břemeno epistemické spolehlivosti pouze orgánu veřejné moci a současně zcela ignorovat míru epistemické spolehlivosti, ať už byla vysoká či nízká, na straně nositele práv. V opačném případě by mohla nastat následující situace: Předpokládejme, že je spíše nejisté ($S_i = n = 2^{-2}$), zda došlo např. ke středně intenzivnímu zásahu do práva ($I_i = s = 2$). Zároveň je plausibilní ($S_j = p = 2^{-1}$), že konkrétní váha veřejného zájmu, který toto právo omezuje, je závažná ($I_j = z = 4$). I za těchto podmínek by stále ještě mohlo právo nad veřejným zájmem převážet. Nezohledníme-li S_i při současném zohlednění S_j , nastane pat. Tato patová situace přitom umožňuje dát přednost P_i . Naproti tomu k jasné přednosti P_j by došlo tehdy, když bychom zohlednili i S_i .

Kromě toho míra epistemické spolehlivosti se může lišit ve vztahu k oběma hodnotám položeným na „misky vah“. V tomto ohledu vůbec k asymetrii nedochází. Kolidujícím principům totiž přiznáme přesně takovou míru epistemické spolehlivosti, jaká odpovídá epistemologické situaci daného případu. Toto označuji jako „*teze o epistemologické symetrii*“.

Z toho plyne, že Schauerovu asymetrii důkazního břemene nemůžeme interpretovat tímto způsobem. Není totiž možné říci, že u práva postačí i nespolehlivá míra určení substantivních premis, ačkoli u veřejného zájmu budeme pro tyto účely vyžadovat vysokou míru spolehlivosti. Pokud měl Schauer na mysli právě takovou asymetrii, bylo by povinností teorie poměrování se jeho pozici postavit. Co dostačuje či nikoli, tj. účinek odlišné míry spolehlivosti premis, bude vždy záviset na všech hodnotách promítnutých ve vážící formuli a jejich vzájemném posouzení. Jisté, Schauerova asymetrie, dle níž má břemeno tvrzení tížit veřejný zájem, může v závislosti na hodnotách ostatních proměnných v některých případech skutečně vyvstat. Mohou existovat případy, v nichž proměnné G a I vzaté samostatně, tj. aniž bychom vůbec posoudili pravděpodobnost, s níž nastanou, povedou k závěru o přednosti P_i . Pak S_j musí být vyšší než S_i , proto, aby seisky vah převážily ve prospěch veřejného zájmu. Je tomu tak, jelikož jen velmi vysoká míra spolehlivosti předpokladů svědčících principu P_j by mohla v tomto případě zvrátit závěr o přednosti práva, a to navíc jen za předpokladu, že míra spolehlivosti předpokladů svědčící P_i by byla nižší. Tento mechanismus by mohl

⁵⁵ Pro zjednodušení zde dále nerozlišuji mezi spolehlivostí empirických (Se) a normativních (Sn) premis.

být označen jako „*důkazní břemeno*“ tížící veřejný zájem. Ti, kdo budou chtít přistoupit k omezení základního práva, budou tedy muset dosáhnout vyšší míry spolehlivosti jejich premis než nositel práv, přesně tak, jak to vyžaduje Schauerův výrok (3). Dokonce bychom mohli v souladu se Schauerovým výrokem (4) zařadit tuto situaci k těm, u nichž důvod svědčící ve prospěch realizace veřejného zájmu musí mít „*mimořádnou sílu*“. To znamená, že bychom mohli Schauerem užitý pojem „*mimořádné síly*“ interpretovat spíše epistemicky než substantivně.

Nicméně opakuji, že toto je pouze jedna z mnoha možných konstelací. Navíc bude odvislá od toho, jaké hodnoty budou vykazovat ostatní proměnné v rámci vážící formule, v konečném důsledku je tudíž také podmíněná. Schauerova asymetrická teze si však osobuje mnohem širší platnost.

Z uvedeného tedy vyplývá, že Schauerovu asymetrickou tezi nelze, kromě případů, které budou podobné tomu, který jsem zrovna uvedl, v rámci Teorie principů vysvětlit? Výše představené úvahy jsou podmíněné tím, že Schauerovo „*důkazní břemeno*“ tížící veřejný zájem interpretujeme tak, že souvisí s epistemickou spolehlivostí. Důkazní břemeno v tomto smyslu bude existovat pouze tehdy, pokud pro to, aby seisky vah naklonily ve prospěch veřejného zájmu, bude muset být hodnota S_j větší než S_i . Možná však, že jiný způsob interpretace Schauerova výroku může ještě pomoci jeho pozici obhájit.

3.2 Druhá interpretace

Druhá interpretace přichází do úvahy, když se zamyslíme nad Schauerovým příkladem týkajícím se stanovení nejvyšší povolené rychlosti na dálnicích. Tento příklad můžeme rekonstruovat pomocí vážící formule následovně: Proměnná P_i zde reprezentuje právo na rychlou jízdu. Proměnná P_j bude potom reprezentovat ústavní závazek veřejné moci chránit jednotlivce před nebezpečím způsobeným zběsilými libertariány řítícími se po silnicích hyper-rychlostí. Jak můžeme u těchto principů určit hodnoty abstraktní váhy? Předpokládejme, že právo na rychlou jízdu není chráněno specifickým právem, např. právem na svobodnou volbu povolání nebo hospodářskými právy, ale pouze obecným právem na svobodu jednotlivce.⁵⁶ Obecnému právu na svobodu můžeme přiřadit lehkou abstraktní váhu tak, aby odrážela její povahu subsidiárního, záložního práva ($G_i = I$).⁵⁷ Toto hodnocení by se dalo započítat do Schauerovy úvahy, že rychlá jízda by mohla být chráněna jako pouhý zájem (*non-rights-protected interest*), avšak nikoli jako právo. Skrze zakotvení obecného práva na svobodu dává právní řád najevo svůj štědrý přístup ve vztahu k tomu, jakým jednáním poskytuje ochranu skrze základní práva. Přesto skrze snížení hodnoty jeho abstraktní váhy, bude reflektovat skutečnost, že předmětné jednání by se již mohlo nacházet, tak říkajíc, na samotné hraně mezi právem a pouhým zájmem. Naopak, pozitivní závazek státu chránit jednotlivce před závažným nebezpečím pro jejich zdraví plyne z práva na ochranu tělesné integrity, specifického to liberálního práva se střední abstraktní vahou ($G_j = s$).

⁵⁶ K obecnému právu na svobodu viz část III. 1 výše.

⁵⁷ Odkazuji na poznámku 53 výše.

Určení hodnot konkrétních vah jednotlivých principů bude vždy záviset na okolnostech konkrétního případu. Předpokládejme, že řidič jede opravdu velmi rychle, řekněme 100 mil za hodinu, a to čistě pro vlastní potěšení, aniž by pro to měl nějaké zvláštní důvody (stav nouze, ekonomický zájem, atd.). Zásah do jeho práva stanovením nejvyšší povolené rychlosti na 50 mil za hodinu, jež ho bude omezovat po podstatnou, ale nikoli po celou část trasy, kterou absolvuje každý den, bude středně intenzivní ($I_i = s$).

Dále předpokládejme, že se řidič po dálnici řítí vysokou rychlostí. Představuje tak velmi vysoké riziko vzniku závažné dopravní nehody, do níž bude zahrnuto vícero osob. Způsobí tak nebezpečí vzniku těch nejtěžších zranění, která si lze představit, protože právě na této části dálnice často dochází k dopravním nehodám. Důležitost důvodů svědčících ve prospěch naplnění závazku na předcházení takovýmto nehodám skrze stanovení nejvyšší povolené rychlosti je tedy vysoká ($I_j = z$). Z poměrování těchto dvou principů tedy vzejde závěr o přednosti P_j , jak názorně ukazuje vzorec č. 4:

$$G_{i,j} = \frac{G_i \cdot I_i}{G_j \cdot I_j} = \frac{l \cdot s}{s \cdot z} = \frac{1 \cdot 2}{2 \cdot 4} = \frac{1}{4}$$

Vzorec č. 4: Vážící formule pro příklad stanovení nejvyšší povolené rychlosti

Nyní směřuji k tomu, že: Abychom mohli do rekonstrukce tohoto příkladu zapojit též míru epistemické pravděpodobnosti, pak hodnoty, které připišeme proměnným S_i a S_j , budeme muset ospravedlnit skrze další (externí) argumentaci.⁵⁸ A právě zde vstupuje do hry druhá interpretace Schauerova argumentu důkazním břemenem: Pokud jde o právo na rychlou jízdu, tak tomu – alespoň pokud jde o spolehlivost empirických předpokladů – svědčí vysoká míra spolehlivosti ($S_i^e = j$).⁵⁹ Můžeme například změřit čas, o nějž se řidiči, který dojíždí do práce autem, jeho cesta prodlouží vlivem zavedení rychlostního omezení. Zatímco míře spolehlivosti předpokladů na straně veřejného zájmu na předcházení dopravním nehodám můžeme připsat pouze hodnotu plausibilní, protože toto hodnocení bude nutně vycházet pouze z hypotetických úvah ($S_j^e = p$).

$$G_{i,j} = \frac{G \cdot I_i \cdot S_i^e}{G_j \cdot I_j \cdot S_j^e} = \frac{l \cdot s \cdot c}{s \cdot z \cdot p} = \frac{1 \cdot 2 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 2^{-1}} = \frac{1}{2}$$

Vzorec č. 5: Vážící formule s faktory spolehlivosti empirických a normativních premis

Ze srovnání vzorců č. 4 a 5 plyne následující závěr: Přiřazením rozdílných hodnot míry epistemické spolehlivosti předpokladů oslabujeme pozici veřejného zájmu. Přestože výsledek poměrování zobrazený ve vzorci č. 5 nadále ospravedlňuje závěr o přednosti P_j , tento závěr již zdaleka není tak jednoznačný, jako ve vzorci č. 4. V závislosti na hodnotách ostatních

⁵⁸ K zásadním a často opomíjenému rozdílu mezi interním a externím ospravedlněním viz KLATT, MEISTER. *Proportionality...*, s. 693–695.

⁵⁹ Pro účely mé argumentace zde předpokládám, že míra spolehlivosti normativních předpokladů v tomto případě nehraje roli, proměnné S_i^n a S_j^n tedy nebude třeba ve výpočtu zohledňovat.

proměnných pak bude pro orgán veřejné moci obtížnější udržet misky vah nakloněné ve prospěch veřejného zájmu. Nadto, právě tento důsledek představuje to, co by se dalo Schauerovými slovy popsat jako „*důkazní břemeno*“ tížící orgán veřejné moci.

Opusťme nyní příklad týkající se stanovení nejvyšší povolené rychlosti a zaměřme se na obecnější úvahu. Zde je třeba si povšimnout toho, že k takovýmto rozdílům v míře spolehlivosti předpokladů bude v případě typu kolize, jež hraje v Schauerově argumentaci ústřední roli, a to kolize práva a veřejného zájmu, docházet poměrně často. Pozice práva totiž bývá často ukotvena v současnosti, nebo dokonce v minulosti, pokud nositel práva tvrdí, že jeho práva byla v minulosti porušena. To, že se pohybujeme v přítomnosti, anebo v minulosti, znamená, že skutkové okolnosti případu, dopady zásahu na právem chráněné jednání, jsou relativně jasné, anebo alespoň snadno zjištělné. Naproti tomu ochrana veřejného zájmu často směřuje do budoucnosti: Orgán veřejné moci zasahuje do práva proto, aby v budoucnu dosáhl určitého žádoucího stavu věcí. Podle Schauera tíží břemeno argumentace orgán veřejné moci, který tvrdí, že chrání veřejný zájem. Tento postoj může jednoduše vystihnout fakt, že právo v mnoha případech vstupuje do poměrování s něčím, co by se dalo nazvat „*epistemickým náskokem*“. Asymetrie, kterou má Schauer zřejmě se svým „*důkazním břemenem*“ na mysli, tak může pramenit z této asymetrie v míře epistemické spolehlivosti předpokladů.

V rámci této druhé interpretace pak argument důkazním břemenem není ničím jiným než zkratkou označující naše intuitivní vnímání zmíněného epistemického náskoku na straně práva. Tato intuice však může a nemusí být správná. Abychom zjistili, zda skutečně nějaký epistemický náskok na straně práva existuje, a jaký přesně je jeho vliv na poměrování, musíme se tak jako tak podrobně poměrováním zabývat. Používáním zkratk, tak jako Schauer, se podrobné analýze poměrování nevyvarujeme.

3.3 Třetí interpretace

Třetí možný způsob interpretace se zabývá účelem na podkladě Schauerova argumentu „*důkazním břemenem*“. Tento účel pravděpodobně spočívá v tom, že v případě kolize práva a veřejného zájmu musí orgán veřejné moci „*argumentovat lépe*“ nebo „*prokázat více*“ než nositel práva. Tento argument však stojí v přímém rozporu s mou „*tezí o epistemologické symetrii*“, ledaže bychom Schauerův argument interpretovali tak, že jeho argument důkazním břemenem se vůbec nemusí týkat epistemické spolehlivosti. Na místo toho se může odkazovat na základní mechanismus kritéria poměrování: Tím, že určíme konkrétní váhu práva, stanovíme tak automaticky ekvivalent v podobě důkazního břemene pro veřejný zájem. Orgán veřejné moci pak musí prokázat, že hodnota veřejného zájmu je vyšší než hodnoty svědčící ve prospěch práva. Ve prospěch tohoto výkladu svědčí to, že Schauer opakovaně hovoří o „*síle důkazů nebo argumentů*“.⁶⁰ Tento výklad je navíc v souladu s mou „*tezí o epistemologické symetrii*“ - ve skutečnosti se ani epistemologické spolehlivosti netýká.

Pokud je toto skutečně jádrem Schauerovy myšlenky týkající se důkazního břemena, pak je nesporně pravdivá. Nepřináší však nic nového s ohledem na již existující teorii. Není totiž

⁶⁰ SCHAUER. *Proportionality...*, s. 175.

ničím jiným, než jen zkratkou pro první zákon poměrování: Čím vyšší je stupeň nenaplnění nebo újmy způsobené principu P_p , tím větší musí být důležitost naplnění principu P_p .⁶¹

Kromě toho, ve vztahu ke třetímu způsobu interpretace Schauerova argumentu „*důkazním břemenem*“, musíme vyjasnit jedno zásadní nepochopení. V pozdější části svého článku se Schauer vrací ke své asymetrické tezi a konstatuje, že:

samotná skutečnost, že argumentace je vedena jedním, a nikoli druhým směrem, odhaluje proces poměrování. Soudy obvykle neříkají, že snížení míry ochrany veřejného pořádku nemůže být větší než nezbytné vzhledem k cíli, jímž je realizace svobody projevu, ale soudy naopak říkají, že omezení svobody projevu nemůže být větší než nezbytné vzhledem k cíli, jímž je ochrana veřejného pořádku. Tato asymetrie odhaluje, že se zde uplatňuje určitá presumpce, a to že důkazní břemeno tíží ty, kteří by chtěli omezit svobodu projevu, a nikoli však ty, kteří by ohrožovali veřejný pořádek [...].⁶²

Teorie principů musí tento postoj odmítnout. Především Schauerova úvaha o „*jednosměrné*“ povaze poměrování opět nebere v potaz třetí typový případ kolizí, kolizí mezi dvěma základními právy. V takovém případě jeho úvaha nepochybně neobstojí. Za druhé, to, co soudy „*obvykle říkají*“ může platit z hlediska empirického popisu.

Z analytického hlediska však vůbec nezáleží, který z obou kolidujících principů bude umístěn, na jakou miskou vah. Na každou kolizi mezi právy a jinými ústavními principy můžeme nahlížet ze dvou perspektiv, z pozice nositele práva a z pozice orgánu veřejné moci. Navíc, její výsledek, tj. vztah podmíněné přednosti mezi oběma protichůdnými principy, nemůže záviset na tom, zda právo nebo veřejný zájem umístíme do čitatele, resp. do jmenovatele. V tomto smyslu neexistuje žádná asymetrie, nýbrž úplná analytická symetrie. Poměrování není jednosměrná, nýbrž obousměrná činnost. Schauer tudíž z těchto důvodů nemůže dovodit žádné zvláštní důkazní břemeno.

Opusťte nyní Schauerovu perspektivu zaměřenou na soudy a zkusme se na věc podívat očima úředníka veřejné správy. Ten ví, že musí respektovat základní práva. Přesto by chtěl přistoupit k jejich určitému omezení z důvodu realizace nějaké veřejné hodnoty, již je, jakožto ústavním principem, také vázán. Při zvažování různých regulatorních nástrojů, které by mohl zavést, se bude ptát: „*Je tento nástroj dostatečně šetrný k omezovanému právu?*“ stejně jako „*Je tento nástroj dostatečný pro naplnění veřejného zájmu?*“ Ve skutečnosti se může stát, že bude mezi těmito otázkami tékat tam a zpět. Vzhledem k tomu, že práva jsou pro něj závazná ve stejné míře jako ostatní ústavní principy, má tedy právní povinnost zohlednit obě perspektivy. A to já označuji jako symetrii.

Schauer jde však ještě dál a tvrdí, že asymetrie je „*strukturální, a nikoli substantivní otázkou*“.⁶³ Tento způsob odtržení poměrování práv a zájmů od substantivních hodnot, které jsou ve hře, je však nepřesvědčivý. Schauerova asymetrie je strukturální pouze co do stanovení přednosti ústavních principů před principy, které nejsou chráněny na ústavní úrovni, jež plyne z hierarchie norem – a tato hierarchie nevyžaduje, a ani nepřipouští aplikaci

⁶¹ ALEX. A *Theory...*, s. 102. KLATT, MEISTER. *The Constitutional Structure...*, s. 10.

⁶² SCHAUER. *Proportionality...*, s. 180.

⁶³ Tamtéž.

poměrování. Nicméně, jestliže jsme již prokázali, že na obou miskách vah se nacházejí ústavně chráněné principy, pak se již substantivním otázkám nelze vyhnout.⁶⁴ Navíc, není to ani na škodu. Jestliže se totiž můžeme spolehnout na to, že za předpokladu, že naše argumenty, jimiž je podepřeno určení hodnot ve vážící formuli, jsou dostatečně kvalitní, pak bude jak právům, tak ostatním ústavním principům přiznána právě ta váha, jakou skutečně v daném případě nesou. Ze samotné struktury práv a poměrování žádný závěr o přednosti jako takové neplyne. Avšak v tom rozsahu, v jakém substantivní argumenty ospravedlňují závěr o přednosti práv, je struktura poměrování neobyčejně dobře přizpůsobena k tomu, aby jej vyložila s maximální možnou mírou srozumitelnosti a transparentnosti. To je vše, co potřebujeme, abychom učinili za dost morálním a právním závazkům chránit práva a zajistit jim ve společnosti i v právní praxi místo, které si zaslouží.

4. Výsledky

V rámci první interpretace můžeme Schauerovo „*důkazní břemeno*“ vztáhnout k faktorům epistemické spolehlivosti v rámci poměrování. Moje analýza však zdůraznila existenci epistemologické symetrie mezi právy a zájmy, která je se Schauerem tvrzenou asymetrií důkazního břemene v rozporu. Uznávám, že v praxi se mohou objevit případy, v nichž taková asymetrie může vzniknout. Konkrétně se objeví tehdy, když ostatní proměnné budou mít takovou váhu, že pro to, aby se misky vah převážily na stranu veřejného zájmu, bude S_j muset mít vyšší hodnotu než S_p .

Nicméně tento mechanismus je kontextuálně podmíněný. V rámci druhé interpretace Schauerův výrok představuje pouze zkratku označující naši intuici, že práva často vstupují do poměrování s epistemickým náskokem, neboť se snáze sbírají fakta o v minulosti proběhlých, anebo v současnosti existujících zásazích do práv než o budoucích vlivech na míru naplnění veřejného zájmu. Třetí interpretace přitom otázky epistemické spolehlivosti zcela opouští. Dává Schauerův argument do souvislosti s nejzákladnějšími zákonitostmi poměrování: Orgán veřejné moci musí prokázat, že veřejný zájem má větší váhu než právo. Jeho argument ovšem pouze parafrázuje první zákon poměrování.

Ve výsledku nezáleží na tom, kterou z těchto tří interpretací se budeme řídit, Schauerův argument důkazním břemenem vždy buď odkazuje k otázkám, které jsou kontextuálně podmíněné, anebo jinými slovy popisuje charakteristické znaky poměrování, které jsou již nedílnou součástí koncepce poměrování vytvořené v rámci Teorie principů. Dospěl jsem proto k závěru, že argument „*důkazním břemenem*“ nedokazuje to, co chce Schauer prokázat, totiž asymetrii mezi právy a zájmy, která by svědčila proti zahrnutí poměrování do struktury metody proporcionality. Naopak, potvrzuje symetrii mezi nimi a je zcela v souladu s prvním zákonem poměrování.

⁶⁴Podobný argument jsem uplatnil též vůči Tremblayho úlevné tezi, k tomu viz KLATT. *An Egalitarian Defense...*, s. 897–899.

Závěr

V tomto článku jsem se zabýval tezí o asymetrii, která podle Schauera existuje mezi ústavními právy a veřejnými zájmy. Aplikací kritéria poměrování v rámci struktury metody proporcionality by, jak tvrdí Schauer, byla tato asymetrie zcela popřena a zhroutila by se. V důsledku toho Schauer přichází se svou restriktivní tezí, dle níž musíme aplikaci poměrování omezit pouze na konflikty mezi zájmy, které nejsou chráněny jako práva (*non-rights-protected interests*). Pro poměrování tedy není v rámci metody proporcionality místo.

Asymetrickou tezi jsem zrekonstruoval pomocí čtyř výroků. Všechny tyto výroky zachycují různé aspekty spojené se Schauerovým výchozím předpokladem, a to že práva mají větší hodnotu než zájmy, které nejsou chráněny jako práva.

Poté jsem využil koncepci poměrování, která se zformovala v rámci Teorie principů, abych mohl Schauerovu argumentaci podrobně zanalyzovat. Od počátku mi přitom bylo zřejmé, že dosah jeho argumentace je hned ve dvou důležitých ohledech omezen. Za prvé, většina moderních ústav štědře chrání celou paletu práv i veřejných zájmů jakožto ústavních principů, takže Schauerovo rozlišování mezi dvěma typovými případy kolizí se hrouť. Za druhé, Schauerova argumentace nebere vůbec v úvahu často se vyskytující případy kolizí dvou práv. Pokud jde o kolize mezi právy a zájmy, zdůraznil jsem, jak důležité je ctít hierarchii norem. To mě přivedlo k mým dvěma zákonům trumfování, které do poměrování vnášejí prvky charakterizující působení práv jako trumfů.

Za pomoci vážící formule jsem následně diskutoval čtyři Schauerovy výroky charakterizující jeho asymetrickou tezi. Moje analýza, na rozdíl od Schauera, odhalila, že všechny čtyři výroky potvrzují koncepci poměrování zformovanou v rámci Teorie principů. Sofistikované nástroje Teorie principů, především pak rozlišení mezi konkrétními a abstraktními vahami principů, nejenže plně vyhovují všem čtyřem Schauerovým výrokům, ale také pomáhají objasnit některé rozpory a nejasnosti plynoucí z jeho asymetrické teze.

Dále jsem se zaměřil na Schauerův argument „*důkazním břemenem*“, který debatu posunul do úplně jiné dimenze. V rozporu s tím, co tento autor tvrdí, jsem trval na klíčovém významu odlišení otázek epistemologických a substantivních. Prozkoumal jsem tři různé interpretace jeho tvrzení, že asymetrie mezi právy a zájmy vyžaduje uložení důkazního břemene těm, kteří chtějí základní právo omezit. Moje analýza ukázala, že jeho argument buď odkazuje k otázkám, které jsou kontextuálně podmíněné, anebo že popisuje charakteristické znaky poměrování, které jsou však nedílnou součástí teorie poměrování.

Asymetrická teze je tudíž pravdivá, byť ve zcela jiném smyslu, než jak tvrdí Schauer. Je správná, jelikož rozdíly mezi abstraktními a konkrétními vahami, stejně jako mezi faktory epistemické spolehlivosti, mohou skutečně způsobit mezi právy a zájmy určitou asymetrii. Vznik těchto účinků však bude zcela závislý na okolnostech konkrétních případů. Nejlepší způsob, jak vše uvedené uchopit, představuje vážící formule. Teorie poměrování nám poskytuje komplexní a diferencované nástroje k tomu, abychom mohli nalézt spravedlivou rovnováhu mezi právy a veřejnými zájmy při vědomí všech symetrií a asymetrií mezi různými substantivními a epistemickými aspekty poměrování.

V důsledku tohoto chápání asymetrické teze však musíme druhou Schauerovu tezi, podle níž aplikace poměrování musí být omezena pouze na kolize mezi zájmy, odmítnout. Z toho pak zase plyne, že názorová pozice, která ztotožňuje aplikaci proporcionality s poměřováním, zůstává Schauerovou kritikou netknuta.⁶⁵

⁶⁵ Další argumenty pro podporu tohoto závěru předkládám v mém textu: KLATT. *Proportionality and Justification*, který je citován výše v poznámce pod čarou č. 2.