

# Etické aspekty teorie mimořádného vládnutí

JAKUB DIENSTBIER\*

## *Ethical Aspects of the Emergency Government Theory*

**Summary:** *The article deals with the analysis of ethical argumentation within the emergency government theory. From ethical positions, the article analyzes the admissibility of emergency government, the legality of emergency government, the institutional aspects of emergency government in terms of the virtue ethics and the ethical nature of time in relation to emergency government. This analysis is set in the context of the debate on emergency government after 9/11, in particular the discussion of Oren Gross's model of Extra-Legal Measures. The article concludes that from an ethical point of view 1) the existence of emergency government and its usage in case of emergency is necessary, 2) we cannot decide whether the legal or extralegal approach is better, although not all extralegal approaches are indisputable, 3) there is an obligation to construct ex ante models of emergency government as a priority, whereas the need for ethical reflection on acts of emergency government cannot be avoided.*

**Keywords:** *states of emergency, emergency government, emergency powers, legal ethics, constitutional theory, extra-legal measures*

Pandemie nemoci covid-19 v roce 2020 vyvolala zájem mnohých vědních oborů. Přestože prim hrají vědy přírodní, nastalou mimořádnou situací se pochopitelně zabývají i vědy společenské – sociologii<sup>1</sup> počínaje a ekonomii<sup>2</sup> konče. Stranou však nezůstala ani normativní reflexe důsledků spojených s novým druhem koronaviru. Jde jednak o etické konsekvence rozhodování v mimořádných situacích,<sup>3</sup> jednak o ústavně-teoretické téma tzv. mimořádného vládnutí.<sup>4, 5</sup> Tento vzrůst odborného zájmu o mimořádné situace a jejich řešení je třeba přivítat, neboť jde o téma, které bylo v České republice dosud opomíjené, a to zejména v naší právní nauce. Nebylo by však správné, pokud by veškerá odborná diskuze

zůstala u řešení této konkrétní zdravotní krize, aniž by se zajímala o obecnější, teoretické poznatky, které se týkají všech mimořádných situací. Proto se následující řádky pokusí propojit rovinu etickou a rovinu ústavně-teoretickou a nebudou primárně zkoumat dopady výše zmíněné pandemie, nýbrž dopady mimořádných situací obecně. Než však přikročíme k objasnění konkrétních témat tohoto článku, je třeba alespoň ve zkratce toto propojení obou teorií obhájit.

Morálku a právo lze chápat jako dva vůči sobě navzájem autonomní normativní systémy (normové soubory).<sup>6, 7</sup> Právo plní svou stabilizační roli a usnadňuje tak společenskou kooperaci mj. právě tím, že nám umožňuje se

\* Autor působí jako interní doktorand na katedře ústavního práva PF UK, Praha. E-mail: j.dienstbier@seznam.cz. Tento výstup vznikl v rámci projektu Specifického vysokoškolského výzkumu 2020–260 495. Autor by rád za cenné připomínky poděkoval K. Blažkové, J. Hořeňovskému, J. Kyselovi, V. Mišákovi, O. Preussovi, J. Stádníkovi, L. Šikelovi a A. Žibřidové. Článek vychází ze stavu k 21. 9. 2020.

<sup>1</sup> Srov. Kdo šil roušky a dobrovolně pomáhal v čase koronakrize? In: *Sociologický ústav AV ČR*, v. v. i. [online]. 20. 5. 2020. Dostupné na <<https://www.soc.cas.cz/aktualita/kdo-sil-rousky-dobrovolne-pomahal-v-case-koronakrize>>.

<sup>2</sup> Srov. IDEA | Výstupy | Anti COVID-19. In: *IDEA - Institute for Democracy and Economic Analysis* [online]. 2020. Dostupné na <<https://idea.cerge-ei.cz/anti-covid-19/vystupy/>>.

<sup>3</sup> Srov. *Etika epidemie*. In: *Centrum Karla Čapka pro studium hodnot ve vědě a technice*. [online] 2020. Dostupné na <<https://www.etikaepidemie.cz/>>. Kolektiv členů Ústavu státu a práva AV ČR zpracoval k této krizi též zvláštní publikaci; srov. ŠEJVL, M. – AGHA, P. – SOBEK, T. – KOKEŠOVÁ, J. – ČERNÝ, D. *Vítězové a poražení: Právní a etické problémy současné koronakrize*. Praha 2020.

<sup>4</sup> Srov. DIENSTBIER, J. – DERKA, V. – HORÁK, F. Ústavnost mimořádných opatření podle zákona o ochraně veřejného zdraví. *Právník*, 2020, č. 5, str. 417–432.

<sup>5</sup> Úvodem je třeba učinit terminologickou poznámku. Mimořádným vládnutím zde není rozuměno výlučně faktické jednání s cílem překonat fakticky panující či hrozící mimořádnou (krizovou, výjimečnou) situaci, jak o něm píše V. Belling ve svém výtečném článku (srov. BELLING, V. *Výjimečný stav a hranice právního státu*. *Právník*, 2018, č. 3, str. 216 a násl.), kde používá podobných slov. V tomto článku se mimořádným vládnutím rozumí reakce (veřejné) moci na mimořádně ohrožující situace chápané v intencích normativního institucionálního, tj. v potřebě poznávat (ústavní) právo nejen v podobě myšlenkové ideality (zde výjimečný stav dle pojetí V. Bellinga), ale též v podobě realit (ústavní) právního života a analýzy funkcionálních vztahů ve veřejnomocenských institucích. K tomu srov. VEČEŘA, M. *Právo jako institucionální skutečnost* (K Weinbergerovu konceptu právní vědy). *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2009, č. 1, str. 14. V každém případě je i zde odlišováno mimořádné vládnutí od mimořádné situace.

<sup>6</sup> Srov. ONDŘEJJEK, P. *Koncepce práva jako systému*. Praha 2020, str. 69 a násl., 124 a násl.

<sup>7</sup> Autor si je vědom, že (ústavní) právo užívá morálních pojmů (srov. SOBEK, T. *Mezi etikou a teorií práva*. In: SOBEK, T. a kol. *Právní etika*. Praha 2019, str. 27). Charakterizování vztahu obou systémů jako vztahu vzájemně autonomního má umožnit systémové přemyšlení o (ústavní) právu a zároveň si neklade ambice vyřešit spor mezi inkluzivním a exkluzivním právním pozitivismem.

ve značném rozsahu oprostít od sporů morální a politické povahy, od etických a pragmatických dilemat.<sup>8</sup> Tato nezpochybnitelná výhoda práva má ale své limity, které se ukazují zejména ve výjimečných případech, jakým je řešení mimořádných situací, které představují zásadní ohrožení zejména pro bezpečnost (národní či veřejnou). Z pozice morální filosofie tuto skutečnost shrnuje výstižně K. Jaspers, když píše o nemožnosti osvobození člověka od případné morální a metafyzické viny za všechny své činy, i ty vojenské a politické, bez ohledu na vnější rozkaz, byť by byl dán právním předpisem.<sup>9</sup> Za mimořádné situace se tedy oslabuje funkce práva jako vylučujícího důvodu pro lidské jednání<sup>10</sup> a při zvažování alternativ našeho jednání výrazně vstupují do úvahy morální argumenty.

Na druhou stranu, ani užívání morálních norem jako praktické informace pro lidské jednání v mimořádných situacích není zdaleka jednoduché a neproblematické, neboť, jak si všímá T. Sorrel, i náš morální trénink je zaměřený na více či méně normální případy. Jako příklad uvádí, že naprostá většina z nás se učila od útlého věku nelhat, avšak pouze v rámci přípravy na takový život, v němž sdělení pravdy neohrozí něčí život, k čemuž může dojít právě za mimořádné situace.<sup>11</sup> Problém vztahu teorie (ústavního) práva a etiky, resp. (ústavního) práva a morálky tedy zůstává problémem, který je zdá se třeba řešit určitou souhrou obou společenských subsystémů.

Na význam etických argumentů v ústavněprávním myšlení na poli mimořádného vládnutí se lze však dívat též vnitrosystémově. Chápeme-li ústavu jako normativní jádro univerzální veřejnomocenské instituce, jíž je v soudobém světě stále stát, pak nás z neoinstitucionalistické perspektivy musí zajímat vzájemné vztahy mezi ústavněprávními normami a institucionálním bytím veřejné moci, tj. reálným fungováním a organizací státního

mechanismu.<sup>12</sup> Nicméně samotné ústavněprávní normy, které jsou vyjádřené v kontinentální právní kultuře především v ústavních textech, podléhají problému otevřené textury právních aktů více než normy jiných právních oborů.<sup>13</sup> Proto dochází k určité souhře „mezi argumenty de lege lata a de lege ferenda“,<sup>14</sup> resp. k nezbytnému důrazu na argumentaci hodnotovou a prosystémovou,<sup>15</sup> tedy v kontextu řídicích idejí institucí. Z těchto důvodů prostupují ústavní teorií i etické argumenty, oblast mimořádného vládnutí nevyjímaje.

Pokud se začteme do zahraniční odborné literatury o mimořádném vládnutí, zjistíme, že etická argumentace je v ní přítomna poměrně často a že se rozhodně neomezuje na zamýšlení se o mučení při pomyslném tikotu ničivé bomby a o sestřelování unesených letadel mířících na jaderné elektrárny či plné stadiony, jak by se mohlo zdát z několika česky psaných příspěvků do debaty.<sup>16</sup> Zásadní etický aspekt má totiž již samotná otázka o přípustnosti mimořádného vládnutí jako takového a jeho podobách v ústavně demokratických režimech. Analýze etického pozadí právě této úvodní části teorie mimořádného vládnutí je věnován tento článek, přičemž hlavní prostor je dán kritickému rozboru modelu *Extra-Legal Measures* O. Grosse, pro jeho intelektuální provokativnost a významnost z hlediska globální diskuze o mimořádném vládnutí.

V první části proto článek odpovídá na otázku, zda je samotná existence institutů mimořádného vládnutí z etického hlediska přípustná, anebo ne. Druhá část je věnována etickému rozboru otázky, zda je vhodnější mimořádné vládnutí prostředky právními, anebo mimoprávními. Třetí část představuje úvod do přemýšlení o mimořádném vládnutí z hlediska institucí, a to prostřednictvím rozboru etiky ctností aktérů mimořádného vládnutí. Čtvrtá část zkoumá, jakou roli hraje čas

<sup>8</sup> KÁČER, M. *Na okraji krajnej núdze: o prepisování zákonov počas ich aplikácie*. Praha 2015, str. 13.

<sup>9</sup> Srov. JASPERS, K. *Otázka viny*. Praha 2006, str. 25–26, 67 a násl. Zmínění K. Jasperse v kontextu bezpečnosti učinil C. Svoboda na konferenci *Právo v měnícím se světě* dne 16. 12. 2019.

<sup>10</sup> PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. 2. vyd. Bratislava 2019, str. 88.

<sup>11</sup> SORREL, T. *Emergencies and Politics. A Sober Hobbesian Approach*. Cambridge 2013, str. 1.

<sup>12</sup> WEINBERGER, O. Teoria konstytucji w świetle polityzmu instytucjonalnego. *Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny*, 1993, č. 4, str. 6–7.

<sup>13</sup> KYSELA, J. Mění se struktura právního řádu a jeho atributy. In: GERLOCH, A. a kol. *Nové jevy v právu na počátku 21. století. II., Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*. Praha 2010, str. 81.

<sup>14</sup> WEINBERGER, O. Argumentace v právu a v politice. *Právník*, 1994, č. 7, str. 587.

<sup>15</sup> KYSELA, J. *Mění se struktura*, str. 81.

<sup>16</sup> Srov. ŠIMÁČKOVÁ, K. Praktická úvaha nad tématem vztahu morálky a práva a potřebou profesní etiky. In: SOBEK a kol., c. d., str. 7 a násl. SOBEK, T. Etika svobody. In: SOBEK a kol., c. d., str. 66–68. GEALFOW, G. A. Kantovská etika. In: SOBEK a kol., c. d., str. 116–117. HOŘEŇOVSKÝ, J. Lze sestřelit letadlo unesené teroristy? Krajní nouze, nutná obrana, výjimečný stav? In: ANTOŠ, M. – WINTŘ, J. (eds.). *Omezování svobod z důvodu veřejného zájmu*. Praha 2017, str. 74–84. OBRAČAJOVÁ, B. Práva teroristů jsou lidská práva a lidská práva jsou práva teroristů. In: ANTOŠ, M. – WINTŘ, J. (eds.). *Základní lidská práva a svobody*. Praha 2015, str. 115–123. BÍLKOVÁ, V. *Boj proti terorismu z pohledu ochrany lidských práv*. Plzeň 2014, str. 176 a násl., 231 a násl. BÍLKOVÁ, V. – GRÍVNA, T. – HERCZEG, J. Scénář Renegade, aneb sestřelení civilního letadla z pohledu práva. *Trestněprávní revue*, 2008, č. 11, str. 328–335. VYHNÁNEK, L. Mučení ve vyšším zájmu. Konflikt lidských práv? *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2006, č. 3, str. 296–304. Nutno však dodat, že největší tuzemská debata o vztahu morálky a (ústavního) práva s ohledem na problematiku mučení teroristů se nevedla na stránkách odborných časopisů či ve sbornících z vědeckých konferencí, nýbrž v roce 2008 na známém blogu Jiné právo. Srov. včetně diskuze KOMÁREK, J. Právníkovi správně odpovídi s bonusem. In: *Jiné právo* [online] 23. 3. 2008. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2008/03/prvnkovy-sprvn-opovdi-s-bonusem.html>> a KOSAR, D. – KOMÁREK, J. Druhé memorandum týkající se mučení bylo zveřejněno. In: *Jiné právo* [online] 4. 4. 2008. Dostupné na <<https://jinepravo.blogspot.com/2008/04/druh-memorandum-tkajc-se-muen-bylo.html?m=0>>.

ve vztahu k jednotlivým modelům mimořádného vládnutí v kontextu etiky.

### Mimořádné vládnutí a situační etika

Jedním z výchozích problémů<sup>17</sup> celé teorie mimořádného vládnutí je otázka, zda je přípustné za mimořádné situace jednat (tj. vykonávat veřejnou moc) jiným způsobem než za situace normální (obvyklé, běžné, řádné). Část odborné veřejnosti odpovídá záporně a řadí se tak k proudu zastánců modelu, který O. Gross a F. Ní Aoláin označují spojením *Business as Usual*.<sup>18</sup> Právo má zůstat, či dokonce nutně zůstává, stejné za situace řádné a mimořádné, ve válce i v míru, čímž zjevně připomíná absolutní deontologickou etiku.<sup>19</sup> Eticko-filosofické pozadí tohoto přístupu odhaluje i N. C. Lazar, když jej, spolu s přístupem umožňujícím mimořádné vládnutí, ale pouze za striktního dodržení explicitních a detailních zákonných ustanovení, označuje za principiální či deduktivně-logický liberalismus a spojuje jej s neokantovskou kontinentální tradicí.<sup>20, 21</sup> Ponecháme-li stranou otázku, zda právo zůstává nutně stejné za situace řádné a mimořádné,<sup>22</sup> zůstane nám otázka správnosti formalistického zachování obecných pravidel.

Obecně má formalismus v právu svůj hluboký etický, politický a koneckonců i ústavní význam;<sup>23</sup> zejména se jím omezuje mocenská svévole a zvyšuje právní jistota adresátů norem.<sup>24</sup> Navíc, dle zastánců tohoto přístupu, přísné zachování striktního formalismu jasně symbolizuje oddanost ideálu právního státu (vlády práva). Tento formalismus má pak mít do budoucna výchovný význam pro další generace občanů.<sup>25, 26</sup> Při odůvodňování je tak

kladen velký důraz na expresivní funkci právních norem, vyjádřených v právním textu.<sup>27</sup>

Je jistě pravda, že formálnost právních pravidel je hodnotou samou o sobě.<sup>28</sup> Rigidním a formalistickým trváním na přístupu *Business as Usual* můžeme předejít zbrklému přijímání mimořádných opatření k řešení pro demokratický právní stát zátěžových situací, avšak nikoliv mimořádných.<sup>29</sup> V případě eskalace faktického stavu však tento přístup návod neposkytuje a jeho legitimita se rychle ztrácí. Proto i zastánci formalismu v právu od něj ve výjimečných případech ustupují, pokud není sporu o účelu, který má být naplněn, a nejde o vypočítavost ani o svévoli; v takovém případě střídmé prolomení textu nemusí ohrozit všeobecnou vládu pravidel.<sup>30</sup> Sám symbolicko-výchovný argument je sice zcela namístě, ale paradoxně vyznívá proti formalistickému přístupu, neboť do budoucna vyslaným poučením pro příští generace nebude to, že věrnost ideálům právního státu (vlády práva) je vznešená a stojí nade vším, nýbrž to, že liberální právněstátní uspořádání nutně selže v čase ohrožení, a proto je třeba jej jako neživotaschopný koncept opustit. Dost možná už i při sebemenších bezpečnostních obtížích.<sup>31</sup>

Pro možnost mimořádného vládnutí naopak svědčí etický argument ochrany právních statků (životů, zdraví a majetkových hodnot v rámci státu), protože nereagování na mimořádnou situaci v důsledku přísného vynucování pravidel a principů pro řádný stav znamená zhroucení veřejnomocenských institucí. Jinými slovy půjde o nastolení přirozeného stavu, a to v důsledku mimořádných okolností spíše podle Hobbese, než podle Rousseaua,<sup>32</sup> o čemž svědčí kupříkladu americké zkušenosti s nezvládnutou mimořádnou situací vyvolanou hurikánem Katrina

<sup>17</sup> Dalším je například otázka, zda jsme vůbec schopni odlišit řádnou situaci od mimořádné. Pro účely tohoto článku předpokládáme, že toho schopni jsme, ale ponechme otevřenou otázku o intenzitě mimořádnosti.

<sup>18</sup> Srov. GROSS, O – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge 2006, str. 10, 87 a násl. Nicméně ne všechny přístupy, které tito autoři řadí mezi *Business as Usual*, jsou takto rigidní.

<sup>19</sup> Srov. GEALFOW, c. d., str. 108.

<sup>20</sup> Srov. LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*. Cambridge 2009, str. 65, 92. Podle analýzy této autorky však sám I. Kant přiznal exekutivě možnost jednat v mimořádné situaci i proti zákonům, odvozeným z jeho principů práva. Srov. LAZAR, c. d., str. 61.

<sup>21</sup> Nabízí se otázka, zda lze ještě takové vládnutí označit za mimořádné. Pokud jde o názor odmítající přípustnost mimořádného vládnutí jako takového, pak o něm samozřejmě z povahy věci není možné hovořit jako o jedné z teorií mimořádného vládnutí, byť se též týká řešení mimořádných situací. Pokud jde o druhý zmíněný názor, půjde již o teorii mimořádného vládnutí, přičemž mimořádnost zde tkví v tom, že ona výslovná a podrobná ustanovení jsou v právní praxi užívána mnohem méně často než jiné části právního řádu.

<sup>22</sup> Tato otázka poněkud připomíná odvěký spor mezi kognitivismem a nonkognitivismem v právním myšlení, pokud jde o platnost právních norem, existujících nezávisle na různých formách normotvorby (srov. WEINBERGER, O. Přirozené právo a právnícká argumentace. *Právník*, 1993, č. 3, str. 194). Na druhou stranu i nonkognitivismus může zastávat takto rigidní pojetí, a to v případě absence institutů mimořádného vládnutí v textu právních pramenů. K tomu viz např. KREJČÍ, J. *Nařízení contra legem*. Praha 1927, str. 17.

<sup>23</sup> Obhajobu právního formalismu blíže viz PROCHÁZKA – KÁČER, c. d., str. 76–77, 154 a násl.

<sup>24</sup> PŘIBÁŇ, J. Legitimizační fikce legality. In: GERLOCH, A. (ed.). *Teoretické problémy práva na prahu 21. století: počta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc.* Praha 2002, str. 45. Shodně pro modely *Business as Usual* GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 99–102.

<sup>25</sup> Výchovné poselství zní, že je třeba striktně zachovat formální zákonnost, a to za každé situace, protože jedině tak vypadá právní stát (vláda práva).

<sup>26</sup> GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 99–102.

<sup>27</sup> Srov. PROCHÁZKA – KÁČER, c. d., str. 97 a násl.

<sup>28</sup> SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Praha 2008, str. 244.

<sup>29</sup> Např. pro potlačení významnější kriminality nebo pro uplatňování koncepce militantní (obranyschopné) demokracie [k té srov. ROSENFELD, M. Should Constitutional Democracies Redefine Emergencies and the Legal Regimes Suitable for Them? In: SARAT, A. (ed.) *Sovereignty, Emergency, Legality*. Cambridge 2010, str. 259].

<sup>30</sup> PROCHÁZKA – KÁČER, c. d., str. 156–157.

<sup>31</sup> Jde samozřejmě o liberalismus principiálního či deduktivně-logického střihu. Alternativou je liberalismus pragmatický, v němž již může být místo pro odchýlení se od běžných pravidel či pro volnější přístup k nim; k němu srov. LAZAR, c. d., str. 65 a násl. Problémem tak je, pokud se ústavní liberalismus spojuje pouze s prvně zmíněnou koncepcí.

<sup>32</sup> ZACK, N. *Ethics for Disaster*. Lanham 2009, str. 77. Shodně SORREL, c. d., str. 26 a násl.

v roce 2005.<sup>33</sup> Takový stav totiž vzhledem k historickým poznatkům vtahuje jednotlivce do určité „černé díry“, ve které se z hlediska právní a etické obvyklosti budou muset chovat buď hrdinsky, anebo nemilosrdně, aby vůbec přežili, resp. budou nuceni, aby jako soukromé osoby jednostranně rozhodovali o životě a smrti jiných osob, a tak si „hráli na Boha“.<sup>34</sup> Takové porušování běžných právních či morálních norem jistě nemusí být ospravedlnitelné, může však být z velké části omluvitelné.<sup>35</sup> V každém případě nebude ani ospravedlnitelné, ani omluvitelné, pokud veřejnomocenské instituce selžou v naplňování své vskutku primární vůdčí (řídící) ideje (funkce),<sup>36</sup> již je v podstatě zásadní snížení potřeby soukromé reakce na mimořádné situace.<sup>37, 38</sup> Chceme prostě přežít, ale ne ledajak, nýbrž slušně.<sup>39, 40</sup> Z podané argumentace nám tak plyne nejen to, že existují silné etické argumenty pro obhajobu existence institutů mimořádného vládnutí, nýbrž i to, že existuje morální povinnost tyto instituty využít, pokud je to třeba k překonání mimořádné situace.

Toto konstatování se může zdát zbytečné. Podstata teorie mimořádného vládnutí tradičně spočívá v preventivním omezení veřejné moci, protože zejména exekutiva bude jednat vždy a uvítá mimořádnou situaci jako záminku pro zvýšení své moci, resp. k její uzurpaci.<sup>41</sup> Koronavirová pandemie ukázala, že ani tento předpoklad nemusí platit vždy. V některých státech (např. Brazílie či USA) totiž vysocí vládní představitelé z nejrůznějších důvodů projeví nechuť nastatou mimořádnou situaci řešit, za což byli (konkrétně D. Trump) podrobena ostré kritice K. L. Scheppele. Tato autorka označila Trumpovu nečinnost za zneužití prezidentských pravomocí a poukázala na fakt, že neefektivní vláda,

resp. vláda, která odmítne chránit své občany, poškozují ústavní řád stejně, jako kdyby užívala mimořádných pravomocí bezdůvodně či extenzivně.<sup>42</sup>

Jakou cestou má však mimořádné vládnutí probíhat? Prostřednictvím práva, anebo mimo něj? Také řešení této otázky má etický podtext, jak je vidět v následující části.

### Etika právnosti a mimoprávnosti mimořádného vládnutí

Pravidelné uvažování nad procesem mimořádného vládnutí probíhá ve schématu: 1) před mimořádnou situací máme obecné a běžné normy, 2) za mimořádné situace se normy suspendují nebo se použijí jiné, a to z důvodu jednak existence mimořádné situace,<sup>43</sup> jednak vyššího principu, který chceme hájit před mimořádnou situací.<sup>44, 45</sup> Na tom, k čemu dochází ve druhém kroku, se, jak vidět, zastánci mimořádného vládnutí neshodnou. N. C. Lazar je tak pro zjednodušení dle jejich odpovědí rozděljuje na dvě skupiny – excecionalisty a liberály.<sup>46</sup>

Excecionalismus je založen na názoru, že běžně platné normy včetně morálních přestávají za mimořádné situace platit. Suspendovaná norma nevyvolává normativní účinky, a proto ani nemůže být porušena. Mimořádné vládnutí je tedy amorální, mimoprávní a není z čeho se zodpovídat.<sup>47</sup> Mimořádná situace je latentně přítomna, z toho důvodu je důležité se zaměřit na to, kdo rozhoduje o suspendování norem.<sup>48</sup> Neshoda ale panuje na potřebě ospravedlnění – někteří považují za nutné odvolat se při legitimizaci na morální nadřazenost dobře uspořádané republiky (N. Machiavelli, J. J. Rousseau),<sup>49</sup> pro jiné není justifikace nějakým ideálem vůbec důležitá

<sup>33</sup> SORREL, c. d., str. 23, 44.

<sup>34</sup> SORREL, c. d., str. 20, 23.

<sup>35</sup> Srov. SORREL, c. d., str. 16. Pro vysvětlení rozdílu mezi ospravedlněním a omluvou viz SOBEK, *Argumenty*, str. 87–88.

<sup>36</sup> Zejména dle teorií společenské smlouvy. Srov. ZACK, c. d., str. 77.

<sup>37</sup> SORREL, c. d., str. 20.

<sup>38</sup> Zcela stranou ponechejme Tushnetovu tezi o tom, že, pokud jde o právně-normativní aspekt, mohou právní černé díry fungovat i bez práva, avšak ne nutně bez vlády práva, pokud budou vytvářeny a udržovány pomocí moralizované politiky [TUSHNET, M. *The constitutional politics of emergency powers: some conceptual issues*. In: RAMRAJ, V. V. (ed.) *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge 2008, str. 155]. Je pochopitelné, že M. Tushnet vychází z pozic politického konstitucionalismu, ale minimálně terminologicky je podivné mluvit o vládě práva bez práva.

<sup>39</sup> Tento obrat použili A. Sajó a R. Uitz, ovšem naopak pro příliš extenzivní používání mimořádného vládnutí. Srov. SAJÓ, A. – UITZ, R. *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*. Oxford 2017, str. 416. Hodí se však i zde; ani jeden z extrémů není přijatelný.

<sup>40</sup> Jistě nebude možné mluvit o mimořádném vládnutí, pokud veřejná moc v důsledku krajně intenzivní mimořádné situace úplně zanikne. Jestli ale v obecné rovině existuje a trpí „pouze“ určitými poruchami (ona právní či morální černá díra, jako byla např. situace v New Orleans bezprostředně po hurikánu Katrina), pak je její mj. morální povinností zakročit a onu poruchu odstranit. Navíc, jak je uvedeno ve čtvrté části tohoto článku, je morální povinností veřejnomocenských institucí se na mimořádné situace všech představitelých druhů připravovat.

<sup>41</sup> Srov. KUDRŇA, J. Zakotvení mimořádných právních stavů v ústavním systému Polské republiky. In: Pavlíček, V. *Právo a bezpečnost státu: sborník statí*. Praha 2002, str. 117.

<sup>42</sup> SCHEPPELE, K. L. Underreaction in a State of Emergency: America as a Nearly Failed State. In: *Verfassungsblog* [online] 9. 4. 2020. Dostupné na < <https://verfassungsblog.de/underreaction-in-a-time-of-emergency-america-as-a-nearly-failed-state/> >.

<sup>43</sup> Zejména jde o klasický Schmittův argument o neexistenci normy, kterou by bylo možné uplatnit na chaos. Srov. SCHMITT, C. *Politická theologie*. Praha 2012, str. 15.

<sup>44</sup> Zejména z důvodu, který jsme diskutovali v první kapitole.

<sup>45</sup> FERREJOHN, J. – PASQUINO, P. The law of the exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2004, č. 2, str. 222–223.

<sup>46</sup> LAZAR, c. d., str. 12 a násl.

<sup>47</sup> LAZAR, c. d., str. 20.

<sup>48</sup> LAZAR, c. d., str. 21.

<sup>49</sup> Vidíme tedy, že ona suspendace norem pro tyto tzv. republikánské excecionalisty není úplná. Spíše je jejich přístup třeba vyložit tak, že pro držitele (veřejné) moci platí jiná morálka než pro běžné smrtelníky. K tomu viz třetí kapitola.

(T. Hobbes, C. Schmitt).<sup>50</sup> Excepcionalismus se nám tak rozděluje do dvou proudů – republikánského excepcionalismu a decisionistického excepcionalismu. Nicméně pro právní vědu a etiku byl mnohem důležitější vliv decisionistických excepcionalistů, neboť to byli oni, kteří vymezili podmínky debaty o mimořádném vládnutí, což je vzhledem k jimi užívané rétorice i způsobu myšlení v kontextu reálného stavu věcí pro ústavní demokracie mimořádně nebezpečné.<sup>51</sup> Nicméně nejde o jejich jediný úspěch. Decisionističní excepcionalisté totiž ovlivnili tzv. realistickou školu mezinárodních vztahů, která, rozeznávajíc pouze kategorie moc – anarchie, označuje s určitou dávkou posměchu ostatní přístupy za legalisticko-moralistické.<sup>52</sup> Zastavme se proto krátce u decisionistického excepcionalismu.

Problém decisionistických excepcionalistů je z etického hlediska minimálně v tom, že ani samotné rozhodování o výjimce se neodehrává v morálním vakuu; ono rozhodnutí o suspendaci norem je totiž morální volbou.<sup>53</sup> Nejde tak o úplnou suspendaci či odpadnutí (morálních) norem, nýbrž o použití jiných, zvláštních norem, a to též pod vlivem obecného normativního kontextu.<sup>54</sup> Přes tuto vadu jejich myšlenky zaznamenaly úspěch.

Mezi nedostatky excepcionalistických teorií též patří velmi hrubé vnímání mimořádné situace, nereflektující historickou zkušenost s bezpečnostními ohroženími různé intenzity, jakož i s kontinuitou normálních a nouzových hodnot.<sup>55</sup> Odstoupení od běžných pravidel je situačně podmíněno; ne všechny bezpečnostně problematické situace jsou situacemi existenciálního ohrožení, teoreticky odůvodňujícími nastolení výjimky a suspendaci práva a morálky.<sup>56</sup> Latentní přítomnost mimořádnosti ve svém důsledku znamená absenci normality, což zjevně neodpovídá skutečnosti.<sup>57</sup> Excepcionalistické teorie tak, zdá se, mají své trhliny. Přejděme tedy k liberálům.

S liberálním přístupem jsme se již setkali v předchozí kapitole. Kromě zmíněného

principiálního (racionálně-deduktivního) liberalismu rozeznává N. C. Lazar ještě liberalismus pragmatický. Pragmatický liberalismus vychází z učení J. Locka,<sup>58</sup> přičemž o jednu z interpretací jeho nauky o prerogativě opřel O. Gross svůj model *Extra-Legal Measures*.<sup>59</sup> Tento model se ocitl v popředí zájmu angloamerické ústavní teorie po roce 2001, a to ze dvou důvodů. Jednak existují v excepcionalistických teoriích (zejména pokud jde o decisionistické verze) vážné mezery (jak jsme viděli výše), jednak jde o model značně originální a poměrně propracovaný.

*Extra-Legal Measures* model v podstatě spočívá ve vykázání mimořádného vládnutí mimo právo, aniž by se jím suspendovalo, a to v úmyslu zabránit kontaminaci právního řádu „špinavými“ praktikami mimořádného vládnutí.<sup>60</sup>

Grossovy argumenty související s etikou, které použil pro podporu svého modelu, jsou dva. Prvním je samotná moralita ponechání práva stranou, ať už proto, aby se neušpínalo, nebo proto, že jeho striktní zachování by bylo hodnoceno jako krajně nerozumné či nemorální.<sup>61</sup> Tato argumentace připomíná variaci známé Radbruchovy formule, zde oděné do hávu existenciální etiky mimořádného vládnutí, kde namísto spravedlnosti stojí mravní nutnost reagovat na mimořádnou situaci. Skutečně, Grossova extra-legalita může znít jako německá teorie o nadpozitivním právu, ale pouze do doby, než zjistíme, že se O. Gross, pod tlakem kritiky, k povaze extralegálních opatření vyjádřil tak, že v každém případě se jedná o akty protiprávní, tj. ne pouze nesouladné s pozitivním právem.<sup>62, 63</sup> Nejde tak o vstup morálky do právního systému, nýbrž o dání přednosti morálce před právem. Výměnou za malé zlo (porušení práva) lze podniknout velké dobro (zachování morálních hodnot).<sup>64</sup> Není divu, že tato argumentace, sice eticky podbarvená, ale ve výsledku stojící na oddělení morálky a práva, byla kritizována jusnaturalisty, kupříkladu tak, že i za té

<sup>50</sup> LAZAR, c. d., str. 12, 20–21, 25. U T. Hobbesa by oním zdůvodněním mohl být strach ze života v přirozeném stavu, těžko to však považovat za ideál.

<sup>51</sup> Srov. LAZAR, c. d., str. 20, 22, a k nihilistickým a absurdním závěrům konkrétně Schmittovy teorie srov. GROSS, O. The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the 'Norm-Exception' Dichotomy. *Cardozo Law Review*, 2000, č. 5–6, str. 1841, 1852.

<sup>52</sup> GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 10, 110.

<sup>53</sup> LAZAR, c. d., str. 97. Shodně (i mimo kontext mimořádného vládnutí) KÁČER, c. d., str. 111.

<sup>54</sup> Ke vlivu normativního kontextu viz názor M. Walzera v poznámce pod čarou č. 68.

<sup>55</sup> Ke kontinuitě hodnot srov. LAZAR, c. d., str. 5.

<sup>56</sup> Srov. ACKERMAN, B. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven 2006, str. 57. Shodně POOLE, T. *Reason of State: Law, Prerogative and Empire*. Cambridge 2015, str. 5.

<sup>57</sup> Srov. GROSS, *The Normless*, str. 1841.

<sup>58</sup> Srov. LAZAR, c. d., str. 65, 67 a násl.

<sup>59</sup> Srov. GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 122 a násl.

<sup>60</sup> GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 161.

<sup>61</sup> GROSS, O. Extra-legality and the ethic of political responsibility. In: RAMRAJ (ed.), c. d., str. 60.

<sup>62</sup> Srov. GROSS, *Extra-legality*, str. 63.

<sup>63</sup> Možnou otázkou je, zda se O. Gross, vědom si legitimacy a vážnosti práva, nedopustil používanou terminologií (*extra-legal* místo přesnějšího *illegal measures*) neetické manipulace. S takovým závěrem by dost možná souhlasil T. Campbell, který Grossovi vytkl používání termínu *extra-legal* namísto *illegal*, a to s ostrým dodatkem, že by opatřením přijímaným podle Grossova modelu slušelo spíše označení *treasonable*. Srov. CAMPBELL, T. Emergency strategies for prescriptive legal positivists: anti-terrorist law and legal theory. In: RAMRAJ (ed.), c. d., str. 224.

<sup>64</sup> Srov. GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 112, 116. Zde O. Gross a F. Ní AOLÁIN odkazují na praktiky talmudického práva.

nejvážnější mimořádné situace právo poskytuje dostatečné morální postoje pro zachování vlády práva jako určitého projektu či koncepce.<sup>65</sup> Ovšem zde již narážíme na odlišné představy o pojmu práva.

Nicméně model *Extra-Legal Measures* není nutné kritizovat výlučně z pozic teorií přirozeného práva. Celkem vzato je Grossova myšlenka kombinací (ústavně)právní rigidity, dogmatismu a absolutismu shora zmíněného přístupu *Business as Usual* (právní řád nesmí být mimořádným vládnutím dotčen) a volné úvahy držitelů (veřejné) moci, omezené pouze neprávními faktory.<sup>66</sup> Je tak sporné, zda O. Grosse zařadit bez dalšího mezi pragmatiké liberály, kam dle klasifikace N. C. Lazara spadá i Grosse vzpomínaný J. Locke. V Grosseově modelu totiž nalezneme prvky jak republikánského excecionalismu (protiprávní opatření odůvodněná vyšším zájmem), tak principiálního liberalismu (nepřípustnost zásahu do právního řádu).<sup>67</sup> Opustíme tedy Grosseovu první etickou argumentaci a přesuňme se ke druhé, která se týká mravnosti aktérů mimořádného vládnutí v institucionální struktuře státu, a je proto pro ústavní teorii mnohem zajímavější.

### Etika aktérů mimořádného vládnutí

Chápeme-li právo jako institucionalizovaný normativní řád,<sup>68</sup> pak etické reflexi práva nepodléhá pouze samotný normový soubor, nýbrž i jeho institucionální pozadí. Institucionálním pozadím (bytím) se rozumí osobní a věcný substrát instituce,<sup>69</sup> přičemž z hlediska předmětu tohoto článku dává smysl se věnovat pouze substrátu osobnímu, a to zejména pokud jde o institucionální aktéry. Právě jich se týká hlavní část obhajoby modelu *Extra-Legal Measures*, která je postavena na

myšlenkách dvou velikánů politické filosofie a sociologie – J. Locka a M. Webera.

Již bylo řečeno, že O. Gross využil jednu z interpretací Lockovy teorie prerogativy, a to pokud jde o právnost a ústavnost prerogativy. To ale není vše. Gross si též všiml zvláštního vztahu vladaře (knížete) k prerogativě. Ona „moc jednat podle rozvahy pro veřejné dobro bez předpisu zákona a někdy i proti němu“<sup>70</sup> není totiž dána jednou pro vždy ve stejném rozsahu, nýbrž se mění s ohledem na osobu, která zastává vladařskou (knížecí) funkci. Prerogativa je tedy spjata nejen s úřadem, ale i s jeho nositelem.<sup>71</sup> A zde se ke slovu dostává M. Weber, a to se svou tezí o dvojí etice – etice podle smýšlení a etice podle odpovědnosti<sup>72</sup> – přičemž ta posledně zmíněná je výsostnou etikou politiků.<sup>73</sup> Kdo tedy zastává politickou funkci, nejčastěji v rámci exekutivy, má mravní povinnost v případě ohrožení jednat protiprávně za účelem odvrácení hrozby,<sup>74</sup> k tomu se veřejně přiznat a nechat veřejnost rozhodnout o dodatečném schválení či neschválení.<sup>75</sup> Odpovídá tak primárně za výsledek, nikoliv za řádnost (tj. právnost) postupu.<sup>76</sup>

Vidíme tedy, že v institucionalistickém pohledu stojí model *Extra-Legal Measures* na následujících tezích:

- 1) moc politických orgánů se neodvíjí čistě od právního řádu, ale též od osoby, která je členem takového orgánu;
- 2) pro členy těchto orgánů platí jiná morálka než pro ostatní;<sup>77</sup>
- 3) z této veřejné, politické morálky plyne v čase ohrožení povinnost jednat v rozporu s právním řádem k jeho ochraně;
- 4) ochranou před zneužitím je ctnost člena orgánu,<sup>78</sup> která ho nutí vyjevit povahu podniknutých opatření veřejnosti, a nejistota ohledně dodatečného schválení spolu s implicitní povinností soud veřejnosti přijmout.<sup>79</sup>

<sup>65</sup> DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge 2006, str. 42.

<sup>66</sup> Shodně DYZENHAUS, D. The compulsion of legality. In: RAMRAJ (ed.), c. d., str. 41–42.

<sup>67</sup> K pragmatickým liberálům je spíše možné řadit koncepci *supreme emergency exception* M. Walzera: není vyloučené prolomení běžných pravidel, pokud je v sázce přežití politického společenství. Tato pravidla však stále tvarují naše (mravní) úsudky. Normy mohou být suspendovány, ne však ignorovány. Srov. BELLAMY, A. J. Dirty Hands and Lesser Evil in the War on Terror. *British Journal of Politics & International Relations*, 2007, č. 3, str. 510. M. Walzera si zde uvádíme, protože část z jeho myšlenek používá i O. Gross, ne však tu o *supreme emergency exception*, jak je vidět v další kapitole.

<sup>68</sup> Srov. MACCORMICK, N. *Institutions of Law*. Oxford 2007, str. 11.

<sup>69</sup> WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*. Praha 1997, str. 198.

<sup>70</sup> LOCKE, J. *Druhé pojednání o vládě*. Praha 1992, str. 125.

<sup>71</sup> Určitým problémem je, že O. Gross tuto interpretaci J. Locka neprovedl explicitně. Tu tak provedl až C. Fatovic (srov. FATOVIC, C. *Outside the Law. Emergency and Executive Power*. Baltimore 2009, str. 41, 65).

<sup>72</sup> Srov. WEBER, M. *Politika jako povolání*. Praha 1929, str. 78.

<sup>73</sup> WEBER, c. d., str. 44, 76 a násl.

<sup>74</sup> GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 134. K původu této myšlenky od J. Locka srov. DYZENHAUS, *The compulsion*, str. 42.

<sup>75</sup> Srov. GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 122–123, 134 a násl. Tímto důrazem na dodatečném schválení se Gross již od Locka odlišuje, což sám přiznává. Srov. GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 123.

<sup>76</sup> Srov. KÁČER, c. d., str. 106–107.

<sup>77</sup> Na tomto místě si připomeňme podobnost této teze s výše uvedenými názory republikánských excecionalistů. Kromě nich lze podobnou myšlenku o dvojí morálce vysledovat např. i u F. Nietzscheho (srov. NIETZSCHE, F. *Mimo dobro a zlo*. Praha 1996, str. 169 a násl.), za což autor vděčí J. Kyselovi.

<sup>78</sup> Politik má být morální ve smyslu politické morálky. Na tomto místě O. Gross odkazuje na koncepci morálních politiků M. Walzera. Srov. GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 134.

<sup>79</sup> Opět součást politické morálky.

Problematičnost teze 1) je nasnadě. Je totiž v rozporu s tradiční, avšak stále platnou, původně církevně-monarchistickou naukou o oddělení úřadu a toho, kdo jej zastává, přičemž kvality či jejich absence nemají vliv na existenci či rozsah kompetence.<sup>80</sup> D. Dyzenhaus proto jak teorii Lockovy prerogativy, tak i Grossovy myšlenky na ni navazující zavrhuje s odkazem na jejich normativní nepevnost. Prerogativa je buď mimoprávní mocí (a tedy legitimována schopnostmi a charakterem vladaře), anebo pravomocí orgánu veřejné moci (a pak je ústavněprávní).<sup>81</sup> Otázkou je, nako-lik jsou politicko-filosofické myšlenky konce 17. století, vzniklé ve zcela jiném právně-spo- lečenském kontextu, vhodné pro reflexi nor- mativně-institucionální reality začátku 21. sto- letí. Stěží můžeme právní normou konstruovat pravomoc tak, že sice přísluší orgánu veřejné moci, ale vykonávat ji může pouze ctnostný, mravně zachovalý člověk do orgánu povolá- ný. Navíc, vzhledem k zásadě právnosti stá- tních funkcí,<sup>82</sup> nemohou orgány veřejné moci jednat *ultra vires*, s pouhým odkazem na obecné blaho či mravní povinnost politika.<sup>83</sup> Přípuštění opaku znamená prvek diskonti- nuity vůči ústavnímu režimu před začátkem mimořádné situace.

O. Gross dále dělá chybu, pokud argu- mentuje weberovskou odpovědností politika, neb ta je dominantně spjata s charismatickým panstvím. Charismatické panství jistě převá- ží, pokud řešíme opravdu mezní situaci exist- enciálního ohrožení. Mimořádné situace se však neomezují pouze na tyto „katastrofy“. U mimořádných situací nižší intenzity bude charismatické panství významně soupeřit s panstvím legálně-rationálním, které si mo- del *Extra-Legal Measures* vytkl za úkol chránit; to se mu tak nemůže podařit.<sup>84</sup> Navíc tato ar- gumentace nezohledňuje komplexnost insti- tucionální reality naší doby. Na výkonu

veřejné moci se totiž nepodílí pouze politici, ale též velmi rozvinutý, profesionální byro- kratický a bezpečnostní aparát. Dle M. Webe- ra platí pro úředníky (vojáky, policisty...) jiná etika než pro politiky, a to etika úplné posluš- nosti vůči politickým příkazům.<sup>85</sup> Nelze tedy po nich z etického hlediska požadovat odva- hu jednat protiprávně, ale jsou to zároveň oni, kteří mají protiprávní příkazy politiků provádět. Zároveň od doby M. Webera došlo k podstatnému posunu, protože počínaje Norimberským tribunálem platí mezinárod- něprávní (a právněteoretická) zásada, nepři- pouštějící zproštění odpovědnosti z důvodu plnění zjevně protiprávního příkazu.<sup>86</sup>

*Extra-Legal Measures* model je hrozbou ješ- tě v jiném ohledu. Pokud platí teze 2) a 3), pak budou čelní politici jednat i bez ohledu na psaná omezení<sup>87</sup> s tím, že z psychologické- ho hlediska mohou správně očekávat, že ve- řejnost jejich jednání *ex post* schválí.<sup>88</sup> Za zá- chranu života a majetku jsou totiž lidé zpravidla vděční. Pokud bude bezprávnost jednou veřejně přijata, pak může nekontrolo- vatelně eskalovat, a to i mimo mimořádné si- tuace.<sup>89</sup> Teze 4) se tak zdá být spíše iluzorní a extralegalita selhává jako účinná pojistka před zneužitím mimořádného vládnutí a kontaminací právního řádu.

Na druhou stranu se nelze spoléhat výluč- ně na psané právní limity; ty samostatně de- mokratickou právní státnost nezachrání,<sup>90</sup> mj. i proto, že sami (ústavní) právníci jsou mnoh- dy, slovy B. Ackermana, „cheap“<sup>91</sup> a velmi so- fistikovaně odůvodní téměř cokoliv.<sup>92</sup> Měli bychom se tudíž zajímat i o neformální, insti- tucionální vazby a procesy a pomocí práva usilovat o snížení rizika zneužití institutů mi- mořádného vládnutí. Státnictví je totiž oprav- du komplikovanějším fenoménem, ani zcela etickým, ani zcela právním,<sup>93</sup> u kterého hrají občanské ctnosti důležitou roli,<sup>94</sup> zejména pak

<sup>80</sup> Srov. KYSELA, J. Ústava mezi právem a politikou. *Úvod do ústavní teorie*. Praha 2014, str. 143.

<sup>81</sup> DYZENHAUS, *The compulsion*, str. 42–43.

<sup>82</sup> KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*. Praha 1931, str. 11 a násled.

<sup>83</sup> NARDIN, T. Emergency Logic: prudence, morality and the rule of law. In: RAMRAJ (ed.), c. d., str. 113. Jde samozřejmě o pohled vnitrosystémový (vnitroprávní).

<sup>84</sup> J. Stádník autora článku upozornil i na další problém s využitím weberovské argumentace. Z politikovy odpovědnosti za výsledek ještě nutně neplyne povinnost jednat mimoprávně; může totiž využít i zákonných prostředků k dosažení cíle.

<sup>85</sup> Srov. WEBER, c. d., str. 43–44.

<sup>86</sup> Srov. např. ŠTURMA, P. *Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva*. Praha 2002, str. 47, jakož i čl. 33 Statutu Mezinárodního trestního soudu (vyhlášen pod č. 84/2009 Sb. m. s.).

<sup>87</sup> Srov. ACKERMAN, *Before the Next Attack*, str. 88.

<sup>88</sup> DYZENHAUS, *Constitution*, str. 52.

<sup>89</sup> ACKERMAN, *Before the Next Attack*, str. 89.

<sup>90</sup> KÁČER, c. d., str. 86.

<sup>91</sup> ACKERMAN, B. Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, 2004, č. 5, str. 1056.

<sup>92</sup> Příkladem *par excellence* může být, i na stránkách Jiného práva diskutovaný, případ amerického konstitucionalisty J. Yoo. Ten je totiž autorem nejen oněch nechvalně známých *torture memos* (aneb kterak vyložit Úmluvu proti mučení tak, že dovoluje mučení), ale též memoranda o nasazování ozbrojených sil v zahraničí, ve kterém obhajuje kontroverzní teorii jednotné exekutivy (*unitary executive theory*), která v tomto kontextu zahrnuje prezidentovu úplnou pravomoc nasadit ozbrojené síly a zahájit válku proti jakémukoli, byť potenciální hrozbě, a to bez ohledu na ostatní složky veřejné moci. Byť se tento dokument též formálně nazývá memorandum, není v něm uveden ani jeden z relevantních, avšak konkurenčních, protikladných názorů, kterých je, nutno dodat, opravdu požehnaně. Blíže viz EDELSON, Ch. *Emergency Presidential Power: From the Drafting of the Constitution to the War on Terror*. Madison 2013, str. 131–138.

<sup>93</sup> ACKERMAN, *This Is Not a War*. *The Yale Law Journal*. 2004, č. 8, str. 1879 a násled.

<sup>94</sup> LAZAR, c. d., str. 131.

ve státech založených na republikánské tradici.<sup>95</sup> V demokratickém právním státě však občanské ctnosti nesmí být jedinou pojistkou před zneužitím moci.<sup>96</sup> Právě v důrazu na instrumentální a flexibilní vnímání institucí a jejich vzájemných vztahů s ohledem na udržování liberálních hodnot je třeba vidět nejdůležitější přínos pragmatického liberalismu J. Locka, a to nejen pro teorii mimořádného vládnutí.<sup>97</sup>

### Etický rozměr času v mimořádném vládnutí

Čas je jedním z kritérií, podle kterého lze dělit jednotlivé modely mimořádného vládnutí, a to na modely *ex ante*, *interim* a *ex post*.<sup>98</sup> Nicméně čas není důležitý pouze pro klasifikační účely, nýbrž i pro hodnocení jednotlivých modelů mimořádného vládnutí. Zejména *interim* a *ex post* modely jsou kritizovány pro svou nebezpečnost kontaminace normálních právních poměrů mimořádnými, pro svou způsobilost významně narušit princip právního státu nebo zničit stát jako takový.<sup>99</sup> Oproti nim mají *ex ante* modely,<sup>100</sup> tj. modely s předem připravenými a v právním řádu zakotvenými soubory mimořádných pravomocí a institucionálními strukturami určenými k řešení různých mimořádných situací, poměrně značný etický význam.

Pokud připustíme možnost jednání podle jiných norem za mimořádné situace, bez ohledu na čas jejich vytvoření či souladnost s právem, musíme se ptát, do jaké míry máme legitimní možnost ustoupit od našich pravidelných, řádných či běžných normativních požadavků. Na první pohled se zdá, že legitimizující, resp. ospravedlňující či omluvná síla, byť podepřená nejrůznějšími důvody, nemá absolutní charakter, neboť existují

faktory ji intuitivně snižující.<sup>101</sup> Tímto faktorem je především možnost, v čase relativního klidu a míru předcházejícím mimořádné situaci, podniknout preventivní a přípravné kroky k odvrácení mimořádné situace, resp. k jejímu brzkému zvládnutí, tak, aby se minimalizovaly případy náročných dilemat (právních, morálních, politických, ekonomických...)<sup>102</sup>

Co je ovšem pro někoho pouze myšlenkový experiment, je pro jiného téměř denní chléb. Koho zachránit při dopravní nehodě či požáru dříve, máme-li omezené zdroje (lidské i materiální)? A koho, když je situace vážnější, jako v případě rozsáhlých povodní, teroristických útoků nebo epidemií? Pokud se na tyto ohrožující situace včetně mimořádných nebudeme předem připravovat, byť nemůžeme s jistotou všechny druhy předvídat, pak v reakci na ně zachráníme méně lidí, než kdybychom podnikli preventivní a přípravné kroky včetně plánování.<sup>103</sup> Nemusíme však zůstat „pouze“ u zachraňování lidských životů; na jejich místo lze dosadit i jiné právní statky, jako je princip právního státu (vlády práva), jednoty právního řádu, dělby moci, demokratického rozhodování, kontroly a odpovědnosti atd.

Jestliže se rozhodneme preferovat právnost mimořádného vládnutí, pak pokud nebude dostatečně předem a ve slušné podobě naplánována (ústavně)právní reakce na mimořádné situace, budou orgány veřejné moci fakticky nuceny ve jménu efektivit a flexibility slevit téměř ze všech takových právních hodnot.<sup>104</sup> Můžeme tedy oprávněně kritizovat právotvůrce (ústavního či jiného)<sup>105</sup> i z etických pozic, pokud obecnou morální povinnost přípravy a plánování neplní, což je bohužel též případ České republiky.<sup>106</sup> Právě koronavirová pandemie ukázala, jak náš ústavní pořádek a na něj navazující zákonná úprava s řešením mimořádných situací příliš

<sup>95</sup> Lze jistě namítnout, že občanské ctnosti či republikánské státnictví jsou dnes již překonanými kategoriemi. Nicméně nelze pominout, že v dějinách právního a politického myšlení se na důležitost ctností v republice (mj. v podobě aktivního občanství) opakovaně poukazovalo; za všechny autory uvedme Montesquieua (srov. KYSELA, J. *Dělba moci v kontextu věcného hledání dobré vlády*. Praha 2019, str. 113). Občanská ctnost v podobě „odpovědnosti za místo, v němž žijí“ není mrtva ani dnes, jak ukazuje J. Kysela (KYSELA, *Dělba moci*, str. 228 a násl.); neprojevuje se pouze v participaci na rozvoji státu, ale především v neformální kontrole moci, a to též prostřednictvím udržování a připomínání etosu ctnostných zakladatelů státu či důležitých státních funkcionářů (Otcové zakladatelé či A. Lincoln v USA, T. G. Masaryk u nás).

<sup>96</sup> Jak napsal J. Kysela, k dobrému vládnutí je třeba jak rozvíjení občanských ctností, tak i náležité institucionální uspořádání, tj. dělba moci (srov. KYSELA, *Dělba moci*, str. 92). Zároveň, jak autora J. Kysela upozornil, musíme spoléhat na (či doufat v) to, že veřejní funkcionáři alespoň nějaké ctnosti mají, jinak bychom nestrpěli žádné vládce.

<sup>97</sup> Srov. LAZAR, c. d., str. 65, 74.

<sup>98</sup> Srov. DIENSTBIER, J. Základní analýza ústavních prostředků mimořádného vládnutí v České republice. In: GERLOCH, A – ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. (eds.). *Právo v měnícím se světě*. Plzeň 2020, str. 83 a násl.

<sup>99</sup> Srov. BELLING, c. d., str. 213, 219 a násl.

<sup>100</sup> Které jsou z různých pozic kritizovány též; srov. za všechny GROSS, O. Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*, č. 5, 2003, str. 1069 a násl.

<sup>101</sup> SORREL, c. d., str. 4–5.

<sup>102</sup> ZACK, c. d., str. 19, 126. Shodně SORREL, c. d., str. 4–5.

<sup>103</sup> Srov. ZACK, c. d., str. 22, 125–126. Obdobně se věnuje etickému významu principu předběžné opatření při rozhodování, zda se uchýlit k mimořádnému vládnutí, pokud nemáme dostatečné informace o povaze a rozsahu bezpečnostní hrozby T. Sobek. Srov. SOBEK, T. Jaké to je být odepsaný. In: ŠEJVL – AGHA – SOBEK – KOKEŠOVÁ – ČERNÝ, c. d., str. 40–41.

<sup>104</sup> Srov. DIENSTBIER – DERKA – HORÁK, c. d., str. 420.

<sup>105</sup> A v určitém ohledu i (ústavně)právní nauku. Je jistě zásadně mít kupříkladu doktrinárně rozpracované dílčí aspekty základních práv a svobod do detailů, nicméně bez pořádných a široce přijímaných teoretických poznatků o právní reakci na mimořádné situace bude tento košatý lidskoprávní strom stát na velmi nestabilním podloží.

<sup>106</sup> Blíže viz DIENSTBIER – DERKA – HORÁK, c. d., str. 424 a násl.



nepočítá (možná s výjimkou povodní), protože přes existenci *ex ante* modelů v našem právním řádu nebylo jejich konkrétní provedení vůbec promyšlené.<sup>107</sup> Navíc ani určité uvolnění mezi jednotlivými „vlnami“ nemoci covid-19 nebylo zatím využito ke komplexní právní přípravě na očekávané pokračování pandemie. Povinnosti přípravy a plánování tak stále není učiněno zadost.<sup>108</sup>

Kromě etiky prevence, přípravy a plánování, která je obsažena v modelech *ex ante*, probíhá po skončení mimořádné situace etická reflexe mimořádného vládnutí bez ohledu na použitý model. Vždy totiž dochází ke zpětnému vyhodnocení a postupnému vytváření kolektivní paměti spolu se seznamem doporučení pro budoucí mimořádnosti.<sup>109</sup> Etický rozměr času po skončení mimořádné situace je ale z povahy věci mnohem důležitější pro *ex post* modely, jejichž typickým představitelem je již diskutovaný model *Extra-Legal Measures* O. Grosse. Moralita totiž hraje roli při vyrovnávání se s podniknutými kroky mimořádného vládnutí, která v tomto modelu postrádají předchozí, zejména právní autorizaci. Sám *Extra-Legal Measures* model počítá se zpětným schválením podniknutých opatření na základě jejich vyhodnocení veřejným míněním,<sup>110</sup> a to i z hlediska kolektivního morálního vědomí společnosti. Schválení se může stát úspěchem ve volbách, udělením milosti nebo morálním oceněním ve formě vyznamenání či jiných poct; odsouzení pak volební prohrou, odsouzením za právní delikt nebo odepřením vyznamenání a dalších poct.<sup>111</sup> Půjde tak o proces vyrovnávání se s minulostí, a pokud byla mimořádné situace opravdu vážná a podniknutá opatření intenzivní, dokonce o transformaci celého režimu ve státě.<sup>112</sup>

## Závěr

Tento článek se pokusil o shrnutí a analýzu etické argumentace v různých problémových oblastech teorie mimořádného vládnutí. Pokud jde o otázky a cíle nastolené v úvodu, docházíme k následujícím závěrům.

Existence institutů mimořádného vládnutí je z etického hlediska nezbytná. Pokud je hlavním účelem státu zajistit slušné přežití svých občanů, musí být možné vykonávat veřejnou moc též mimořádným způsobem, a pokud dojde ke vzniku mimořádné situace, mají veřejnomocenské instituce morální povinnost užít instituty mimořádného vládnutí. Zároveň existencí institutů mimořádného vládnutí a jejich používáním v mimořádných situacích stát chrání obyvatele před nutností řešit krajně obtížná právní a morální dilemata.

Na první pohled nelze z etického hlediska bez dalšího konstatovat přednost právního či mimoprávního přístupu, byť ne všechny mimoprávní přístupy jsou bezrozporné. Pro právnost mimořádného vládnutí svědčí až morální povinnost připravovat se na mimořádné situace, která v konečném důsledku hovoří pro přednostní konstruování *ex ante* modelů mimořádného vládnutí. Nicméně se nevyhneme nezbytnosti etické reflexe jednotlivých aktů mimořádného vládnutí bez ohledu na zvolený model.

Výzvou pro další zkoumání je normativně-institucionalistická analýza pragmaticky liberálního přístupu k mimořádnému vládnutí ve středoevropském kontextu, kde dosud spíše převažoval buď decisionistický excecionalismus, anebo liberalismus principiální (racionalisticko-deduktivní).<sup>113</sup> Z tohoto důvodu je třetí část tohoto článku spíše vykročením do tématu bez jasného závěru. V konečném důsledku totiž v oblasti aktérů mimořádného vládnutí nejde o vyostřený spor mezi konsekvenčialismem a deontologií, jak by se mohlo zdát kupříkladu z debaty o přípustnosti mučení v rámci boje proti terorismu, nýbrž o etiku ctnosti těchto aktérů ve vztahu k nastolení řádného vztahu mezi cíli a prostředky vládnutí.<sup>114</sup> Zde je tak třeba přistupovat k institucím empiricky, resp. pragmaticky a zamyslet se nad rolí jednak státníků, jednak byrokratického a bezpečnostního aparátu v mimořádných situacích. Právě role a činnost státního úřednictva a ozbrojených sil s ohledem na jejich věrnost ústavnímu režimu zůstává z hlediska ústavní teorie a státovědy stále neprozkoumanou oblastí.

<sup>107</sup> Příklady budíž spor o povahu krizových opatření podnikaných za nouzového stavu v souvislosti s možností jejich soudního přezkumu, problematika náhrady újmy za podniknutá krizová či mimořádná opatření nebo kontroverzní § 69 odst. 1 písm. i) zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví.

<sup>108</sup> Je pravdou, že vláda navrhla zvláštní zákon k řešení koronavirové pandemie, nicméně ten se jednak stal předmětem kritiky mj. pro absenci parlamentní kontroly nad mimořádnými opatřeními, jednak nepostoupil k okamžiku psaní tohoto článku ani do prvního čtení v Poslanecké sněmovně.

<sup>109</sup> Pro časový koloběh týkající se řešení mimořádných situací viz LOEVY, K. *Emergencies in Public Law: The Legal Politics of Containment*. Cambridge 2016, str. 220.

<sup>110</sup> Srov. GROSS – NÍ AOLÁIN, c. d., str. 147 a násl.

<sup>111</sup> GROSS, *Extra-legality*, str. 65–66.

<sup>112</sup> Blíže viz PŘIBÁŇ, J. *Právní symbolismus*. Praha 2007, str. 89 a násl.

<sup>113</sup> Ať už jde o výmarskou debatu o mimořádném vládnutí z 20. a 30. let 20. století nebo lidskoprávní argumentaci nejvyšších soudních autorit v kontextu teroristických hrozeb po roce 2001 (např. rozhodnutí německého Spolkového ústavního soudu ve věci ústavnosti zákona o letecké bezpečnosti, sp. zn. 1 BvR 357/05).

<sup>114</sup> Srov. FATOVIC, c. d., str. 184.