

# Výjimečný stav a hranice právního státu

Vojtěch Belling\*

**Abstrakt:** Ačkoliv je téma nouzového vládnutí, mimořádných pravomocí a výjimečného stavu oblíbeným předmětem právních, politologických a filosofických diskusí, doprovází je častá terminologická zmatení ohledně zkoumaného objektu. V předkládaném článku je výjimečný stav definován jako právní institut označující soubor opatření, jichž státní orgán užívá k překonání situace vážné, existenciální krize ohrožující existenci státu a ústavního řádu, jejíž podobu nelze předem předvídat. Takto pojatý výjimečný stav je třeba odlišit od nouzových stavů, jež reagují na krizové situace, které neohrožují existenci státu. Zároveň je třeba jej odlišit od institutů, které reagují na taková ohrožení státu, jejichž podobu a průběh je možné předvídat. Výjimečný stav se na rozdíl od nich opírá o generální zmocnění, které lze pokládat za implicitní součást každého ústavního řádu. Zároveň však platí, že de lege ferenda je vhodnější explicitní zakotvení této normy v psané ústavě, a to v dostatečně obecné podobě. V případě, že by takové zakotvení bylo příliš svazující, ať procesně, či materiálně, mohl by se stát ocitnout před dilematem, zda se uchýlit k nepsanému výjimečnému stavu (a zpochybnit právní stát), nebo akceptovat vlastní destrukci (a tím i zničení právního státu). V článku zároveň polemizujeme se snahou jednání v krizové situaci vyjmout z práva a pojímat jej jako mimoprávní či protiprávní jednání ospravedlnitelné pouze eticky nebo ex post.

**Klíčová slova:** výjimečný stav, stav nouze, právní stát, mimořádné vládnutí

## Úvod

Zatímco před čtvrtstoletím se mohl Francis Fukuyama nechat unášet vizí konce dějin a liberálnědemokratického univerza, sekvence teroristických útoků, válek a ekonomických krizí nás v posledních patnácti letech utvrzuje v tom, že svět není pomyslnému konci historie o nic blíže než kdy předtím. Nejen však to. Především se ukazuje, že normalita, tedy stav, v němž platí normální právní řád, musí stále častěji ustupovat před nejrůznějšími krizovými, nouzovými a výjimečnými stavy. Problematika výjimečného stavu se proto logicky stává předmětem zvýšeného zájmu politické i právní vědy.<sup>1</sup> Kromě klasického tématu ochrany státu před vnitřním nebezpečím (ponecháme-li stranou válečný stav) se nově tématem výzkumu stávají výjimečné stavy vyvolané vnější teroristickou hrozbou a ekonomickou krizí.<sup>2</sup>

Otázka, nakolik lze krizovou situaci ospravedlnit prolamováním či suspendováním pozitivních, nebo dokonce přirozenoprávních norem ze strany veřejné moci, byla a je již od éry středověku předmětem sporů právníků i filosofů.<sup>3</sup> Od počátku ji doprovázejí nejasnosti

\* Doc. JUDr. PhDr. Vojtěch Belling, Ph.D., Filozofická fakulta Univerzity J. E. Purkyně v Ústí nad Labem. E- mail: [belling@email.cz](mailto:belling@email.cz). Vydání této studie bylo podpořeno Grantovou agenturou ČR v rámci projektu GA16-203905 *Eroze suverenity a postnacionální vládnutí v době krize*.

<sup>1</sup> Jakkoli je tato debata prozatím vedena spíše v zahraniční literatuře, objevuje se její reflexe i v české diskusi. Viz naposledy BÍLKOVÁ, V. – KYSELA, J. – ŠTURMA, P. a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016, nebo GÉRYK, J. *Teorie výjimečného stavu: norma, decise a jejich prolnutí*. In: ANTOŠ, M. – WINTR, J. *Ústavní teorie*. Praha: Právnická fakulta, 2015.

<sup>2</sup> K posledně zmíněnému tématu viz např. WHITE, J. *Emergency Europe*. *Political Studies*. 2015, roč. 63, č. 2, s. 300–318; GREENE, A. *Questioning executive supremacy in an economic state of emergency*. *Legal Studies*. 2015, roč. 35, č. 4, s. 594–620; KILPATRICK, C. *On the Rule of Law and Economic Emergency. The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*. *Oxford Journal of Legal Studies*. 2015, roč. 35, č. 2, s. 325–353.

<sup>3</sup> Viz k těmto diskusím v epoše středověku naposledy v české literatuře BELLING, V. *Zrození suveréna. Pojem suverenity a jeho kritika v moderní politické a právní filosofii*. Brno: Centrum pro studium demokracie a kultury, 2015, s. 37 an.

ohledně chápání samotného pojmu výjimečného stavu. Zatímco někteří pokládají výjimečný stav za ústavní zmocnění k prolamování ústavních norem,<sup>4</sup> jiní jej chápou jen jako mimoprávní prosazení faktické moci, které nesmí být ústavou anticipováno, nýbrž pouze následně legislativně či soudně zlegalizováno, nebo naopak potrestáno.<sup>5</sup> Část prvně jmenovaných podmiňuje výjimečný stav formálním zakotvením v psané normě,<sup>6</sup> zatímco další jej v duchu Lockeovy nauky o prerogativě pokládají za institut nepsaného práva, jenž může, avšak nemusí být formálně zakotven v ústavě.<sup>7</sup> Pro některé může nepsaný výjimečný stav představovat zmocnění k suspendování celé ústavy ve jménu nastolení nového řádu,<sup>8</sup> pro jiné je naopak vždy její imanentní součástí a slouží výhradně k jejímu zachování.<sup>9</sup> Někteří doporučují jen velmi obecné zakotvení procedurálních podmínek spuštění výjimečného stavu v ústavě,<sup>10</sup> zatímco jiní preferují striktnější soubor kritérií.<sup>11</sup> Celá debata je přitom v kontextu opatření po 11. září 2001 vedena s notnou dávkou emocí a deskriptivní dimenze se v ní prolíná s normativní. Zatímco někteří varují před nastupující normalizací výjimečného stavu,<sup>12</sup> jiní naopak upozorňují na hrozící neschopnost státu ubránit sebe a svůj ústavní řád tváří v tvář existenčním hrozbám.<sup>13</sup>

Výše naznačené diference ukazují, že je třeba teoretické přístupy k výjimečnému stavu typologizovat. O to se již někteří autoři v nedávné době snažili.<sup>14</sup> W. Scheurman

<sup>4</sup> Klasicky např. SCHMITT, C. *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsproblem bis zum proletarischen Klassenkampf*. 8. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2015 (1921), či ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton: Princeton University Press, 1948.

<sup>5</sup> O takové „legalizaci ilegality“ hovoří již DICEY, A. V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 10. vydání. London: Palgrave Macmillan, 1985 (1915), s. 412 an. Na něj se odvolává např. GROSS, O. Chaos and rules. Should responses to violent crises always be constitutional? *Yale Law Journal*. 2003, roč. 112, s. 1011–1034. Zatímco Gross však nevyklučuje možnost *ex ante* zakotvení takového mimoprávního jednání v ústavě nebo alespoň obecné anticipace takového postupu a následné legalizace, jiný zastánce Diceyho, David Dyzenhaus, preferuje radikální vytěsnění výjimečného stavu z práva a akceptuje pouze možnost *ex post* *indemnizace*, která však nesmí být nijak anticipována (DYZENHAUS, D. Schmitt vs. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order? *Cardozo Law Review*. 2006, roč. 27, s. 2005–2039). Právní zakotvení výjimečného stavu pokládá za cestu k legálnímu teroru rovněž KAMPMARK, B. *Apologists for Power: The Yoo Brief, Executive Power and the State of Exception*. *Australian Journal of Politics and History*. 2015, roč. 61, č. 1, s. 82–99.

<sup>6</sup> FUNKE, A. Die Verfassung im Staatsnotstand – Insbesondere zum „geltungstheoretischen“ Argument für ein ungeschriebenes Notrecht des Staates im Ausnahmezustand. In: ZWIERLEIN, C. (Hg.) *Sicherheit und Krise. Interdisziplinäre Beiträge der Forschungstage 2009 und 2010 des Jungen Kollegs der Nordrhein-westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste*. Paderborn: Schöningh, 2012, s. 141–161.

<sup>7</sup> Klasicky samozřejmě SCHMITT, C. *Politická theologie*. Praha: Oikuméné, 2012. Schmitt však pro tento typ výjimečného stavu dříve užíval pojem *Staatsnotstand*, aby jej odlišil od právně zakotveného výjimečného stavu *Ausnahmezustand* (SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 236). Podobně FORSTHOFF, E. Ausnahmezustand. In: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*. 1965, s. 455. Řada autorů ovšem jednoznačně volá po tom, aby takový nadpozitivní výjimečný stav byl právně formalizován: viz např. HESSE, K., Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes. *Juristenzeitung*. 1960, roč. 1960, č. 4, s. 105–108, nebo BÖCKENFÖRDE, E.-W. Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1978, roč. 31, č. 38, s. 1881–1890. Posledně zmíněný konstatuje, že „Vždycky, když ústava neobsahuje žádná ustanovení výjimečného stavu, snaží se do ústavy vstoupit právní figura „nadzákonného nouzového stavu“, a to často rezolutně a nezadržitelně, jako ospravedlnění pro mimoústavní jednání“ (tamtéž, s. 1884).

<sup>8</sup> Tak v rámci tzv. suverénní diktatury SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 127 an.

<sup>9</sup> Tak např. KLEIN, E. Der innere Notstand. In: ISENSEE, J. – KIRCHHOF, P. (Hg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands. VII. Normativität und Schutz der Verfassung – internationale Beziehungen*. Heidelberg: C. F. Müller, 1992, s. 387–414; podobně TROPER, M. *Le droit et la nécessité*. Paris: PUF, 2011.

<sup>10</sup> Tak výslovně BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der verdrängte Ausnahmezustand*, s. 1890.

<sup>11</sup> Viz ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship*, s. 297 an. Kriticky viz DYZENHAUS, D. *Schmitt vs. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?*, s. 2014.

<sup>12</sup> Typicky AGAMBEN, G. *State of Exception*. Chicago: University of Chicago Press, 2005. Podobně FRANKENBERG, G. *Staatstechnik. Perspektiven auf den Rechtsstaat und Ausnahmezustand*. Frankfurt/Main, 2010.

<sup>13</sup> Tak DEPENHEUER, O. *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*. München: Schöningh, 2007. Podobně ISENSEE, J. *Der Terror, der Staat und das Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

<sup>14</sup> V české literatuře viz ONDRĚJEK, P. Výjimečné stavy a úskalí legality. In: BÍLKOVÁ, V. – KYSELA, J. – ŠTURMA, P. a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium 2016, s. 41–54, zde s. 48.

rozdlišuje z hlediska přístupu k psanému právu mezi demokratickým formalismem a liberálním přístupem *common law*.<sup>15</sup> První má být nakloněn *ex ante* zakotvování ústavních klauzulí o výjimečném stavu zmocňujících legislativu k rozhodování o výjimečném stavu a exekutivu k nouzovému jednání v něm, druhý upřednostňuje spíše *ex post* soudní kontrolu. P. Pasquino a J. Ferejohn rozlišují mezi monismem a dualismem z hlediska toho, zda jsou pravomoci ve výjimečném stavu pokládány za součást normálního vládnutí nebo nikoli.<sup>16</sup> Monisté nerozlišují mezi normalitou a výjimkou, ať již proto, že trvají na vládě práva za každých okolností, nebo proto, že – v teorii absolutismu – vládnoucí moc pokládají za suverénní a nesvázanou žádnými limity. Dualisté pokládají výjimečný stav za zvláštní režim, který je buď opřen o zákonnou normu, nebo o ústavu. Ústavní model lze pak dělit dle spouštěče výjimečného stavu: ten je buď automatický (ontologický model), nebo předpokládá politické rozhodnutí (epistemologický model). Oren Gross a Fionnuala Ní Aoláin rozlišují mezi třemi modely: akomodativním (zvláštní právní norma pro mimořádné situace nebo přizpůsobení normy a její interpretace této situaci), modelem *business as usual*, tedy jednotné úpravy pro všechny situace (bez speciálních norem pro mimořádné situace) a modelem tzv. mimoprávních opatření, kdy státní orgán jedná *extra legem*, aniž by k tomu byl nějakou normou zmocněn.<sup>17</sup> První i druhý model přitom spoléhají na normovatelnost výjimky, avšak podle zmíněných autorů selhávají tváří v tvář realitě, a mohou tak vždy vyvolat potřebu uchýlit se ke třetímu.<sup>18</sup>

K některým úskalím uvedených typologizací se dostaneme níže v textu. V tomto příspěvku se nebudu snažit o obecnou typologizaci možných způsobů řešení mimořádných situací v právu a mimo právo, nýbrž se zaměřím specificky na výjimečný stav jako ústavněprávní institut zakotvující pravomoc státních orgánů pro jednání v nepředvídatelné krizové situaci ohrožující existenci státu. Pracovním východiskem přitom bude definice Ernsta Forsthoffa, podle něhož výjimečný stav sestává „z *takových opatření, která stát podniká, aby odvrátil nebezpečí, která ohrožují jeho existenci zevnitř*“, již, jak uvidíme, bude třeba doplnit o prvek nepředvídatelnosti takových nebezpečí.<sup>19</sup> Takto definovaný výjimečný stav bude třeba odlišit od jiných forem právně zakotvených nouzových stavů, které reagují na situace, které existenci státu neohrožují a/nebo které lze co do formy a průběhu předvídat. Teprve po takovém rozlišení bude možné hledat odpověď na otázku, zda a v jaké podobě má výjimečný stav své místo v ústavním řádu právního státu a zda ke své platnosti vyžaduje formální zakotvení. V rámci formulování odpovědi na tuto otázku provedeme exkurz ke dvěma specifickým pokusům řešit problematiku postupu v krizových situacích mimo rámec platného ústavního řádu, a to Schmittovu konceptu výjimečného stavu a soudobým anglosaským konceptům mimoprávních a *ex post* legalizovaných opatření.

<sup>15</sup> SCHEUERMAN, W. Survey article: Emergency powers and the rule of law after 9/11. *Journal of Political Philosophy*, 2006, roč. 14, č. 1, s. 61–84, zde s. 74 an. V pozdějším textu pak navrhuje detailnější rozlišení na ústavní relativisty, zastánce mimoprávního řešení výjimečného stavu, zastánce *common law* a konečně právní formalisty, k nimž řadí i sebe (SCHEUERMAN, W. Emergency Powers. *Annual Review of Law and Social Science*, 2006, č. 2, s. 257–277).

<sup>16</sup> PASQUINO, P. – FERREJOHN, J. The law of exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2004, roč. 2, č. 2, s. 210–239.

<sup>17</sup> GROSS, O. – NÍ AOLAÍN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. Podobně však již GROSS, O. Chaos and rules. Should responses to violent crisis always be constitutional? *Yale Law Journal*, 2003, roč. 112, s. 1011–1134.

<sup>18</sup> *Ibidem*, s. 10.

<sup>19</sup> FORSTHOFF, E. Ausnahmezustand. In: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, s. 455.

## 1. Definiční znaky výjimečného stavu

Na počátku je třeba několika definičních vymezení. Řada autorů tenduje k zaměňování výjimečného stavu jako právního institutu a nouzové, krizové situace jako fenoménu sociální reality. Výjimečný stav je pak popisován jako objektivní krizová situace, v níž se nějaký stát nachází.<sup>20</sup> Obojí, sociální situaci a právní stav, je však třeba striktně rozlišovat. Krizová (výjimečná) situace je pouze materiální podmínkou pro vyhlášení výjimečného stavu, přičemž k ní z definice patří, že musí být jako krizová někým rozpoznána. Teprve tím je vyhlášen výjimečný stav. Prvek rozlišení mezi normalitou a výjimkou jde ruku v ruce s rozhodnutím o výjimečném stavu. Toto rozlišující rozhodnutí je spojujícím elementem mezi krizovou situací jako sociální skutečností a výjimečným stavem jako právním institutem.<sup>21</sup>

Výjimečný stav je proto třeba odlišit také od tzv. nouzového vládnutí (angl. *emergency government*) ve smyslu faktického jednání (ať již v rámci stanovených pravomocí nebo mimo ně). Výjimečný stav je pouze umělým, právním konstruktem, zatímco nouzové vládnutí, koncept oblíbený zejména v anglosaském světě, je pojmem spadajícím do sféry sociální reality.

Pokud takto odlišíme pojmy, které označují jevy v empirické sociální realitě, od právního pojmu výjimečného stavu, je následně nutné odlišit tento pojem od nejrůznějších nouzových stavů, které jsou sice právními instituty pro případy krizí, avšak svým účelem a rozdílnou mírou předvídatelnosti se od výjimečného stavu liší.

Z hlediska účelu je nutné rozlišovat mezi krizovými situacemi, které ohrožují existenci státu nebo jeho ústavního řádu, a krizovými situacemi ohrožujícími jiné legitimní zájmy státu a jeho občanů, které však nejsou bezprostředně spojeny s existenciálním nebezpečím.<sup>22</sup> Pouze první situace by měla být kvalifikována jako kritické ohrožení normality, které ospravedlňuje výjimečný stav, zatímco ve druhém případě jde o dílčí poruchu normality (veřejného pořádku) s méně závažnými důsledky, která vede k vyhlášení některého typu nouzového stavu, nikoli však výjimečného stavu. Účelem výjimečného stavu je zachování státu a obnovení ústavní normality, zatímco účelem nouzového stavu je obrana širšího spektra chráněných zájmů. Toto rozlišení se ne vždy odráží v terminologii a v právní úpravě. Např. slavný čl. 48 německé výmarské ústavy chápal výjimečný stav jako institut sloužící k obnově normality, „*pokud jsou v Německé říši podstatně porušena nebo ohrožena veřejná bezpečnost a pořádek*“. Jak známo, aplikoval se tento článek i na situace hospodářské krize, a to poměrně extenzivně. S podřazením různých objektů

<sup>20</sup> Viz např. KLEIN, E. *Der innere Notstand*, s. 388; FOLZ, E. *Staatsnotstand und Notstandsrecht*. Köln – Berlin – Bonn – München: Heymann, 1962, s. 27 an. Podobně FREUDENBERG, D. *Theorie des Irregulären. Partisanen, Guerillas und Terroristen im modernen Kleinkrieg*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, s. 409) uvádí, že výjimečným stavem je míněna „*situace, v níž jsou přítomna tak závažná nebezpečí pro existenci státu, jeho bezpečí a (právní) řád, že její překonání prostředky jsoucími k dispozici v normálním případě není možné*“.

<sup>21</sup> Výjimečnou situaci je vše, co se kompetentní orgán rozhodně tak kvalifikovat, jak trefně konstatuje TROPER, M. *Le droit et la nécessité*, s. 102. Ferejohnem a Pasquinem uváděná možnost „ontologického“ výjimečného stavu je z tohoto důvodu v praxi nepředstavitelná.

<sup>22</sup> V této souvislosti lze zmínit i J. Kyselou uváděné dvojí pojetí výjimečného stavu: jednou v užším smyslu jako reakce na krizovou situaci, ve druhém jako jakákoli výjimka z normy (Právo jako relativně uzavřený systém a dvojí pojetí výjimečného stavu. KYSELA, J. Předběžné ohledání schmittovského tématu. In: BÍLKOVÁ, V. – KYSELA, J. – ŠTURMA, P. a kol. *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium 2016, s. 19–40, zde s. 29 an). Jejich difference vyplývá pouze z toho, že v prvním případě jde o existující právní institut výjimečného stavu, zatímco ve druhém v podstatě o jakoukoli situaci výjimky z normality, která může být však regulována prostřednictvím různých právních institutů (včetně např. stavů nouze apod.).

ohrožení pod jeden pojem se někdy setkáváme i dnes.<sup>23</sup> Tato záměna má za následek četná nepochopení. Častý argument, že ohrožení životů lidí terorismem či přírodní katastrofou není akceptovatelným důvodem pro prolamování zásad právního státu,<sup>24</sup> nelze totiž bez dalšího použít i na případy ohrožení existence státu, které logicky implikují destrukci právního státu jako celku. Diskuse o tom, zda má státní orgán mít pravomoc porušit základní práva v situaci ohrožení životů lidí (např. sestřelením letadla obsazeného teroristy), je proto druhově podstatně odlišná od diskuse, zda má mít stát tuto pravomoc v situaci ohrožení vlastní existence (pakliže není terorismus sám pokládán za existenční hrozbu).<sup>25</sup> S ohledem na řečené je proto vhodné rozlišovat mezi výjimečným stavem, v němž je ohrožen stát a/nebo jeho ústavní řád,<sup>26</sup> a nouzovými stavy, jak koneckonců činí i česká právní úprava.<sup>27</sup> Podřazovat oba druhy chráněných hodnot pod jeden obecný pojem „vyššího principu“<sup>28</sup> je silně zjednodušující. Pojem výjimečného stavu by měl být vyhrazen jen pro případy ohrožení státu a ústavy.<sup>29</sup>

Ani to však není vyčerpávající vymezení. Ne každé existenciální ohrožení státu a jeho ústavního řádu musí vést k výjimečnému stavu. Ohrožení je totiž možné dále diferencovat dle míry jejich předvídatelnosti, které odpovídá míra *ex-ante* limitace použitelných opatření.<sup>30</sup> Mnohé krizové situace totiž mohou být právem relativně snadno předvídaný, ať jde o poruchy normality nebo o existenciální ohrožení státu. Zejména nouzové stavy ve výše uvedeném smyslu se vyznačují tím, že jsou koncipovány pro relativně úzce a přesně vymezené krizové situace, respektive poruchy normality, jejichž průběh a vhodná opatření k nápravě lze předem předvídat. V praxi jde o případy přírodních katastrof, hospodářských krizí, krizí v devizovém hospodářství apod. Pravomoci státních orgánů, respektive rozsah použitelných opatření, jsou pro tyto případy upraveny velmi detailně. Mnohé typy poruch normality však co do typu a průběhu přesně předvídat nelze. Můžeme sice obecně počítat s nebezpečím teroristického útoku, avšak na rozdíl od záplavy, zemětřesení či krize v devizovém hospodářství se lze předem daleko hůře připravit na jeho možné podoby a taxativně vymežit konkrétní opatření, která budou pro daný případ dostačující. Legislativa tu často jen následuje nové a nové formy ohrožení, jak ukázala

<sup>23</sup> Například podle Christiana Heintzeho platí, že „pokud jsou ohroženy život nebo zdraví velkého počtu osob nebo důležité statky obecného dobra, zvl. schopnost státu jednat, je tato situace pokládána za výjimečný stav“. (HEINTZE, Ch. *Ausnahmefall, Staatsnotstand und Rechtsstaat. Bayerische Verwaltungsblätter*. 2009, roč. 2009, č. 13, s. 385–391, zde s. 385). Nehledě na Heintzeho záměnu sociální reality a právního institutu se zde mísí zcela odlišné účely jednání státu, tedy vlastní sebezáchova a ochrana života občanů.

<sup>24</sup> ACKERMAN, B. *The emergency constitution. Yale Law Journal*. 2004, roč. 121, s. 1029–1091, zde s. 1039 an.

<sup>25</sup> Naopak ovšem např. DEPENHEUER, O. *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*. München: Schöningh, 2007, oba případy spojuje. Podobně i ISENSEE, J. *Verfassung ohne Ernstfall: der Rechtsstaat*. In: ISENSEE, J. *Recht als Grenze – Grenze des Rechts. Texte 1979–2009*. Bonn: Bouvier 2009, s. 187–215, který hovoří o „vážném případě“ jako spouštěči mimořádných pravomocí. Také v anglosaské debatě o nouzovém vládnutí vedené v souvislosti s terorismem jsou oba případy poruch normality často směřovány.

<sup>26</sup> Obojí je třeba rozlišovat. Ne každé ohrožení existence ústavního řádu musí zároveň ohrožovat existenci státu jako takového. Vzhledem k tomu, že stát však v konkrétní podobě nelze myslet jinak než jako konstituovaný stát, je destrukce jeho ústavní podoby ohrožením stejného výtvaru.

<sup>27</sup> Čl. 5 až 7 ústavního zák. č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky.

<sup>28</sup> FERREJOHN, J. – PASQUINO, P. *Law of Exception*, s. 223.

<sup>29</sup> Tak činí FORSTHOFF, E. *Ausnahmestand*. In: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, s. 455, který hovoří o rozdílu mezi „poruchami normality“ a ohrožením existence státu. Podobně také BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der verdrängte Ausnahmestand*, s. 1884, podle něhož je nutnou výchozí podmínkou fundamentální ohrožení státu v jeho roli garanta míru a právního řádu.

<sup>30</sup> Ostatně i autoři zastávající tezi, že maximum krizových situací, včetně extrémních, lze předvídat a podle nich zakotvit příslušné krizové normy, mohou těžko vyloučit případy skutečně nepředvídatelných situací vymykajících se tomuto pravidlu – viz kupř. CAMPBELL, T. *Emergency strategies for prescriptive legal positivists: anti-terrorist law and legal theory*. In: RAMRAJ, V. J. *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 201–228, zde s. 212, 221.

snaha o rychlé zakotvení norem umožňujících sestřelení uneseného letadla v některých státech po 11. září 2001. Úsilí o příliš detailní vymezení použitelných nástrojů hrozí přitom vést k tomu, že se v konkrétní situaci tyto disponibilní nástroje ukáží jako nedostačující.

Stejná diference je patrná rovněž u situací, které ohrožují existenci státu a/nebo ústavního řádu. Existují některé, svým průběhem dostatečně „standardizované“ typy ohrožení existence státu, pro které jsou v právu k dispozici jasně definované postupy a nástroje. Typickou ukázkou je válečný konflikt a jemu odpovídající válečný stav (případně stav obležení, jenž byl ovšem často používán i v situaci vnitřních ohrožení), který má přes variabilitu konkrétních podob jisté konstanty, s nimiž lze předem počítat.<sup>31</sup> Naopak jiná ohrožení, jako jsou nové „iregulérní“ konflikty, ale také povstání, puče, občanské války a vnitřní pokusy o destrukci demokracie, ať již formálně legální, nebo ilegální cestou, mohou nabývat velmi rozličné podoby. K výše uvedenému určení výjimečného stavu účelem (reakce na ohrožení státu) je tedy třeba doplnit jako druhý podstatný element nepředvídatelnost. Jak uvádí K. Hesse, „opatření přípustná ve výjimečném stavu nelze předem normovat, nýbrž se odvozují výhradně z jejich cíle“.<sup>32</sup> Podobně Böckenförde konstatuje, že „k charakteru výjimečného stavu patří nepředvídatelnost, předem nevypočítatelná situace, která tudíž nemůže být předem normativně anticipovatelná“.<sup>33</sup> Shrňeme-li, lze pojem výjimečného stavu tedy vztáhnout na takové případy destrukce normality, které existenciálně ohrožují stát a jeho ústavní řád a nemohou být co do jejich formy či průběhu předem anticipovány. K tomu je nutno doplnit, že jde o ideálnětypickou definici, neboť v praxi není hranice mezi „skutečným“ výjimečným stavem a nejrůznějšími nouzovými stavy, potažmo tedy mezi ohrožením státu a méně podstatným ohrožením veřejného pořádku, často jednoznačná.

Podstatnou náležitostí takto pojatého výjimečného stavu je sama mimořádnost, výjimečnost opatření, z nichž sestává. Pokud by šlo o opatření, k nimž mají státní orgány legální licenci v době normality, nebylo by třeba výjimečný stav vyhlášovat. Vlastní výjimečnost výjimečného stavu spočívá v tom, že běžně platné normy narážejí na sociální realitu, kterou nepředpokládaly a kterou nejsou schopné regulovat.<sup>34</sup> Nejsou proto také s to přispívat k vytváření situace normality.<sup>35</sup> Stát pak není schopen svými prostředky garantovat své základní funkce zajištění bezpečí a práva, které patří k jeho podstatě. Výjimečný stav je právní odpovědí na tuto situaci. Umožňuje, ať již cestou dočasného suspendování, nebo prolamování individuálním opatřením, derogaci od norem (včetně ústavních) vytvořených pro situaci normality.<sup>36</sup> V této souvislosti je třeba zdůraznit, že pojem

<sup>31</sup> Lze připomenout, že již Machiavelli v kap. 34 svých *Discorsi* rozlišoval mezi situacemi vnějšího nebezpečí, na která lze reagovat klasickou (právem upravenou) diktaturou, a situacemi vnitřních krizí, kdy je třeba přistoupit ke skutečně mimořádným, právem nekodifikovaným opatřením.

<sup>32</sup> HESSE, K. *Grundfragen*, s. 106.

<sup>33</sup> BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der verdrängte Ausnahmezustand*, s. 1885. Pro rozlišení mezi ohrožením státu a jiným typem poruch normality v nepředvídatelných situacích Böckenförde používá pojmy „velkého“ a „malého“ výjimečného stavu.

<sup>34</sup> Srov. *ibidem*, s. 1884.

<sup>35</sup> Viz ke vztahu mezi právní normativitou a sociální normalitou a funkci ústavy formovat normalitu HELLER, H. *Staatslehre*. Leiden: A. W. Sijthoff 's Uitgeversmaatschappij, 1934, s. 252.

<sup>36</sup> Prolamování tu znamená pravomoc státního orgánu provádět *ad hoc* nezbytná opatření, i pokud jsou v rozporu s některými ustanoveními ústavy, aniž by to však znamenalo, že tato ustanovení ztrácejí obecnou platnost a účinnost. Suspendování oproti tomu znamená dočasné zrušení účinnosti ústavního ustanovení. Výmarská říšská ústava takto v čl. 48 odst. 2. dávala říšskému prezidentovi možnost jak přijímat konkrétní opatření dle vlastního uvážení (tedy i prolamovat ústavní normy), tak suspendovat taxativně vymezené články ústavy (srov. SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 217 an). Prolamování či suspendování norem jako klíčový prvek výjimečného stavu je samozřejmě třeba oddělit od obecnější diskuse o možnosti jednorázově prolamovat ústavní normy ústavním zákonem (při ponechání této normy v platnosti) ve stavu ústavní normality. V případě výjimečného stavu je totiž takové prolomení výsledkem konkrétního opatření, nikoli zákona. Není vedeno politicky motivovanou snahou jednat v rozporu

výjimečného stavu je proto definičně spjat s exekutivní mocí, neboť jednání v něm sestává z individuálních opatření. Pojem opatření je zde nutné zásadně odlišit také od individuálních aktů, které na konkrétní situaci aplikují obecnou normu (např. soudní či správní rozhodnutí). Opatření je totiž konkrétní situací plně určeno a nelze je zobecnit. Jak konstatoval již Schmitt, „*spezifikum opatření spočívá v jeho účelové závislosti na konkrétní věcné situaci*“.<sup>37</sup> Opatření je tak „*ze svého pojmu zcela ovládnuto klauzulí rebus sic stantibus*“. I když může být obsahem opatření i mimořádný normativní akt, je nutno jej odlišit od právní normy přijaté řádnou normotvornou cestou.<sup>38</sup>

Spojení výjimečného stavu s exekutivní mocí může samozřejmě provokovat. William Scheuerman si takto stěžuje na „*tradiční klišé o roli exekutivy v situacích nouze*“.<sup>39</sup> Avšak jiné řešení výjimečných situací, např. přijímání *ad hoc* legislativních aktů, by již nebylo aplikací institutu výjimečného stavu. V takovém případě by zmizel rozdíl mezi výjimečným a normálním stavem, neboť způsob odpovědi na výjimečnou situaci by byl vlastně zcela standardní.<sup>40</sup> V tomto smyslu je myšlení o výjimečném stavu inherentní striktní dualismus ústavní normality a ústavní výjimky.<sup>41</sup> Takto striktní odlišování výjimečného stavu od stavu právní normality je samozřejmě předmětem disputací. Tzv. monistický model nouzového vládnutí, o němž mluví Ferejohn a Pasquino, je z definice neslučitelný s principem výjimečného stavu jako zvláštního právního institutu a představuje jiný způsob odpovědi na mimořádné situace.<sup>42</sup> Podobně i snaha Nomi Claire Lazarové pokládat pravomoci k jednání v krizové situaci za součást ústavní „normality“, a vyhnout se tak dichotomii normy a výjimky, se s konceptem výjimečného stavu vylučuje.<sup>43</sup> Důsledkem takové snahy normalizovat výjimku je pouze vymazání rozdílu mezi ústavní normalitou a ústavní výjimkou a v konečném důsledku likvidace principu právního státu.

---

s právem pro snazší dosažení určitého účelu, nýbrž snahou o obnovu normality a zachování státu a je provedeno na základě explicitního nebo implicitního zmocnění, které je (*ex ante*) obsaženo v právním řádu. Viz k tomu H. Ehmke, jenž ve svém klasickém pojednání o prolomování ústavy uvádí, že ani ústavním zákonem nelze prolomit ústavní normu, nemá-li být cílem její trvalá změna, nýbrž jen jednorázová odchylka od ní, a pokládá takové prolomení za výraz „*absolutismu dvoutřetinové většiny parlamentu*“ (EHMKE, H. *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung. Archiv des öffentlichen Rechts.* 1954/55, roč. 79, č. 4, s. 385–418, zde s. 401). Ehmke zároveň konstatuje, že případ výjimečného stavu je třeba od obecného prolomování ústavy odlišit (ibidem, s. 408). Stejný přístup zastával i Schmitt, jenž jednorázová prolomení ústavy ústavním zákonem (konkrétně případně *ad hoc* přijatý ústavní zákon o rozpuštění parlamentu) považoval za protiústavní, pokládal však zároveň za ústavně konformní možnost suspendování ústavní normy opatřením ve výjimečném stavu (SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 251).

<sup>37</sup> SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 251.

<sup>38</sup> *Tamtéž*.

<sup>39</sup> SCHEUERMAN, W. *Survey Article*, s. 79.

<sup>40</sup> Carl Schmitt to ve své klasické, byť kontroverzní studii o suverenitě formuloval následovně: „*tak jako je v normálním stavu samostatný moment rozhodování potlačen na minimum, je ve výjimečném stavu zničena norma*“ (SCHMITT, C. *Politická teologie*, s. 13).

<sup>41</sup> Srov. SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 254; BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der verdrängte Ausnahmezustand*, s. 1886.

<sup>42</sup> FEREOHNS, J. – PASQUINO, P. *The law of exception*, s. 223 an. Viz k tomu též ONDŘEJEK, P. *Výjimečné stavy a úskalí legality*, s. 48 an.

<sup>43</sup> Lazarová se snaží vymezit vůči „*excepcionalismu*“ jako „*doktrínu, že běžné normy se nepoužívají v situacích nouze*“: Nouzové pravomoci mají být ospravedlněny „*protože ztělesňují principy, které již fungují za normálních podmínek*“. LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 5, 12. To, co je pro klasické teoretiky výjimečného stavu vybočením z právní normality jako takové (nikoli však nutné z práva), je pro Lazarovou „*pouze*“ nouzovou derogací od konkrétních norem, aniž by byla prolomena právní normalita. Podobně jako Lazarová, i Mark Tushnet se kriticky vyjadřuje k distinkci normality a výjimky (TUSHNET, M. *The political constitution of emergency powers*, s. 148, pozn. 9). Také Michel TROPER tvrdí, že „*na výjimečném stavu není nic výjimečného*“ (TROPER, M. *Le droit et la nécessité*, s. 99–109), neboť v něm, stejně jako ve stavu normality, platí stále jeden právní řád. Zároveň však Troper jednoznačně hovoří o výjimečném stavu jako „*druhé materiální ústavě pro časy krize*“ (ibidem, s. 107), čímž implicitně přijímá tezi, že jde o skutečně výjimečný právní režim odlišný od normálního režimu. Domnívám se, že v této debatě jde spíše o terminologický problém toho, nakolik je či není zdůrazněna výjimečnost institutu výjimečného stavu, když obě strany „*sporu*“ pokládají tento stav, jakkoli vybočuje z právní normality, za součást právního řádu.

## 2. Výjimečný stav jako implicitní součást ústavního řádu

Jestliže jsem uvedl, že výjimečný stav je třeba chápat jako zvláštní druh právního, přesněji ústavněprávního institutu, musíme nyní blíže osvětlit jeho vztah k právu. Z hlediska způsobu zakotvení v právu lze rozlišovat mezi nepsaným a psaným výjimečným stavem. Lokalizace výjimečného stavu do sféry nadpozitivního, nepsaného právního řádu navazuje volně již na předmoderní kanonickoprávní koncept *necessitas non legem habet* (původně vázaný jen na sebezáchovné jednání jednotlivce), jež se odráží i v klasickém německém právním pořekadle *Not kennt kein Gebot*.<sup>44</sup> V kontextu moderní státovědy je takový nepsaný výjimečný stav obvykle chápán jako institut logicky vyplývající z podstaty státu. V německé jurisprudenci se toto nepsané právo státu na sebezáchovu označuje často obecně jako právo státní nouze (*Staatsnotsrecht*, popřípadě *Staatsnotstand*) na rozdíl od psaného výjimečného stavu (*Ausnahmezustand*).<sup>45</sup> Naopak třeba Michel Troper pro oba případy užívá termínu výjimečný stav, bez ohledu na to, zda se opírá o explicitní nebo implicitní (tedy nadpozitivní) pravidlo, což budu činit i já v tomto textu.<sup>46</sup>

Nadpozitivní výjimečný stav je pokládán za implicitní součást každého ústavního řádu, aniž by v něm musel být formálně zakotven.<sup>47</sup> Někteří teoretici o něm hovoří jako o jakémsi „přirozeném“ právu státu na sebezáchovu, analogicky k přirozeným právům přisuzovaným člověku.<sup>48</sup> Jeho logika je zřejmá: má-li stát naplňovat účel, kvůli němuž byl vytvořen, pak je v prvé řadě nezbytné, aby vůbec existoval. Je-li tedy jeho smyslem existovat jako právní stát a zajistit bezpečí a vládu práva, je logicky jeho prvním úkolem obrana sama sebe a své ústavy před destrukcí. Bez státu totiž neexistuje právní stát. Hermann Heller v tomto smyslu mluvil o principu absolutní sebezáchovy jako o nejvyšším právním principu, který stojí nad všemi konkrétními (pozitivními) právními normami.<sup>49</sup>

Lokalizace institutu výjimečného stavu do sféry nadpozitivního práva samozřejmě vzbuzuje oprávněné obavy z excesů a rizika jeho zneužití.<sup>50</sup> Tyto obavy mohou být podepřeny také již výše zmíněnými snahami vztahovat pojem výjimečného stavu i na situace

<sup>44</sup> Viz KOHLER, J. *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*. Berlin – Leipzig: Walther Rothschild, 1915.

<sup>45</sup> Přesto existují různé, často nikoli explicitně vyjádřené výklady těchto pojmů. Uvedené rozdělení jasně zastává SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 236. V podobném smyslu též SCHRÖDER, M. *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates*, s. 132. K tématu viz např. FOLZ, E. *Staatsnotstand und Notstandsrecht*, passim; KOJA, F. *Staatsnotstand als Rechtsbegriff*. Salzburg: Pustet, 1979; HESSE, K. *Staatsnotstand und Staatsnotsrecht*. In: GÖRRES-GESELLSCHAFT (Hg.). *Staatslexikon. Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*. Bd. 7. 6. vydání. Freiburg i. Br.: Herder, 1962, s. 611. KRENZLER, M. *An den Grenzen der Notstandsverfassung. Ausnahmezustand und Staatsnotrecht im Verfassungssystem des Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1974, který však definuje termín *Staatsnotstand* šířeji, jako obecný pojem pro různé typy výjimečného stavu (ibidem, s. 34; podobně i FREUDENBERG, D. *Theorie des Irregulären*, s. 412). Celé téma je třeba vnímat i v kontextu německé debaty o konceptu tzv. nadzákoného stavu nouze (*Übergesetzlicher Notstand*), který se obvykle týká ospravedlnění jednání konkrétních osob, které by jinak bylo trestné. Viz k tomu kriticky SEIFERT, J. „Die Abhör-Affäre 199“ und der überverfassungsgesetzliche Notstand. Eine Dokumentation zum Versuch, Unrecht zu Recht zu machen. *Kritische Justiz*. 1977, roč. 10, č. 2, s. 105–125.

<sup>46</sup> TROPER, M. *Le droit et la nécessité*, s. 108.

<sup>47</sup> QUARITSCH, H. *Souveränität im Ausnahmezustand. Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts*. *Der Staat*. 1996, roč. 35, č. 1, s. 1–30, zde s. 21 an; KLEIN, E. *Der innere Notstand*, s. 413. Podobně TROPER, M. *Le droit et la nécessité*, s. 99 an.

<sup>48</sup> BLUNTSCHLI, J. C. *Allgemeines Staatsrecht*. 5. vydání. Stuttgart: Cotta, 1876, s. 237 an; podobně KAUFMANN, E. *Zur Problematik des Volkswillens* (1931). In: KAUFMANN, E. *Gesammelte Schriften*. III. Göttingen: O. Schwartz, 1960, s. 272. Podobně KOHLER, J. *Not kennt kein Gebot*, s. 32, tu mluví o přenosu práva na sebezáchovu z jedince na stát.

<sup>49</sup> HELLER, H. *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*. Berlin: De Gruyter, 1927, s. 162.

<sup>50</sup> Klasicky již KELSEN, H. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Springer, 1925, s. 157, a JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. 3. vydání. Berlin: Springer 1920, s. 359; MERKL, A. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Berlin: Springer, 1927, s. 166; ARNDT, A. *Demokratie – Wertsystem des Rechts*. In: ARNDT, A. – FREUND, M. *Notstandsgesetze – aber wie?* Köln: Verlag Wissenschaft und Politik, 1962, s. 7–66. SEIFERT, J. *Die Abhör-Affäre 1977 und der Überverfassungsgesetzlicher Notstand*. In: *Kritische Justiz*, 1977, roč. 77, č. 2, s. 105–125. V principu též HESSE, K. *Grundfragen*, s. 106.



dílčích poruch normality – veřejného pořádku či životů lidí.<sup>51</sup> Pokud výjimečný stav omezíme jen na nepředvídatelné situace existenciálního ohrožení státu, je výše popsané riziko zneužití výrazně umenšeno. Přesto je však nelze eliminovat. Podle Adolfa Arndta je proto každé odvolání na nepsaný výjimečný stav „*odpudivým zastíráním porušení ústavy, ústavní zrahy*“.<sup>52</sup> Podle Konrada Hesseho znamená rezignace na formální ústavní zakotvení práva výjimečného stavu, „*že jsou stabilita a reputace ústavy obětovány vnějším nutnostem*“.<sup>53</sup> Dokonce i zastánci možnosti odvolat se na nepsaný výjimečný stav uznávají, že jeho aplikace – není-li regulována psanou normou – vede ke koncentraci moci do rukou jednoho orgánu, k ohrožení právního státu a k nebezpečí trvalé diktatury.<sup>54</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde takto varoval, že aplikace nadpozitivního nouzového stavu naráží v podmínkách moderního právního státu na jeho základní strukturu a destruuje ji.<sup>55</sup> Jinými slovy, ve jménu zachování státu jako takového je opouštěn právní stát. Právě za účelem současného zachování obojího je podle něj (i řady dalších autorů) potřebné výjimečný stav formálně kodifikovat.<sup>56</sup> Problematickou otázkou, k níž se ještě vrátíme, však zůstává, zda je v případě takové kodifikace možné se na výjimečný stav odvolávat v situaci, kdy se pozitivní úprava ukáže jako nedostatečná.<sup>57</sup>

### 3. Psaný výjimečný stav

Zatímco někteří autoři pokládají kodifikaci výjimečného stavu za potřebnou s ohledem na princip právního státu, jiní ji pokládají, v duchu právního pozitivismu, za absolutní podmínku platnosti výjimečného stavu. Institut výjimečného stavu podle nich existuje pouze a jen do té míry, v níž je upraven v platném pozitivním právu. Jakékoli odvolání na

<sup>51</sup> Lze si vzpomenout zejména na německou debatu z druhé poloviny 70. let, která byla vedena v době krize způsobené terorem Frakce rudé armády. Jiným obdobným příkladem byla pak německá debata o zákonu o letecké bezpečnosti, v níž rovněž zaznívaly argumenty pro uplatnění nadzákonného výjimečného stavu (viz např. ISENSEE, J. *Not kennt kein Gebot*. In: ISENSEE, J. *Recht als Grenze – Grenze des Rechts. Texte 1979–2009*. Bonn: Bouvier 2008, s. 216–225). Lze ovšem připustit, že i terorismus může za jistých okolností představovat existenciální riziko pro stát, zvláště je-li doprovázen silným politickým hnutím usilujícím o destrukci ústavního řádu.

<sup>52</sup> ARNDT, A. *Demokratie – Wertesystem des Rechts*, s. 13.

<sup>53</sup> HESSE, K. *Grundfragen*, s. 107. Na jiném místě však Hesse přesto uvádí, že pokud ústava neobsahuje žádné výslovné zmocňovací ustanovení pro případ výjimečného stavu, „*nezbývá odpovědným orgánům v rozhodujících okamžicích jiná možnost, než se postavit mimo ústavu*“ (HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*. Heidelberg: C. F. Müller, 1976, s. 286).

<sup>54</sup> Na nebezpečí překlopení nepsaného práva výjimečného stavu ve Schmittovu suverénní diktaturu upozorňuje explicitně SCHRÖDER, M. *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates*, s. 133.

<sup>55</sup> BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der verdrängte Ausnahmezustand*, s. 1883. Touto preferencí Böckenfördeho pro kodifikaci však není nikterak popřen původ výjimečného stavu v nadpozitivním právu, jak se domnívá například Gunnar Folke Schuppert (SCHUPPERT, G. F. *Staatswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2003, s. 86), nýbrž pouze *de lege ferenda* odmítnuta snaha odvolávat se na nepsané právo v podmínkách ústavního státu, v němž je možné toto právo pozitivně zakotvit a specifikovat v ústavě. Podobně např. G. Frankenberg u Böckenfördeho zdůrazňuje jeho kritiku konceptu nepsaného výjimečného stavu a údajně „*distancování od Schmittovy Politické theologie*“ (FRANKENBERG, G. *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2010, s. 151), aniž by dostatečně zdůraznil, že Böckenförde tento koncept kritizuje proto, že je ve srovnání s psaným výjimečným stavem hůře slučitelný s právním státem, nikoli však proto, že by vůbec neměl relevanci.

<sup>56</sup> Např. ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton: Princeton University Press, 1948; HESSE, K. *Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes*. *Juristenzeitung*. 1960, roč. 1960, č. 4, s. 105–108; SCHRÖDER, M. *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates. Überlegungen zur Verteidigung des Rechtsstaates in außergewöhnlichen Lagen*. *Archiv für öffentliches Recht*. 1978, roč. 103, č. 2, s. 121–148; KLEIN, E. *Der innere Notstand*. In: ISENSEE, J. – KIRCHHOF, P. (Hg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands. VII. Normativität und Schutz der Verfassung – internationale Beziehungen*. Heidelberg: C. F. Müller, 1992, s. 387–414; WINDTHORST, K. *Der Notstand*. In: THIEL, M. *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Ordnung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, s. 365–414.

<sup>57</sup> Srov. SCHRÖDER, M. *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates*, s. 133.

nepsané, respektive nadpozitivní právo výjimečného stavu je pokládáno za vyloučené a znamená porušení principů ústavního státu.<sup>58</sup> Pokud by státní orgán jednal nad rámec zákonného, respektive ústavního zmocnění, ocitl by se v bezprávním stavu. To je přístup např. Adolfa Arndta či Andrease Funkeho, podle kterých je nouzové jednání státního orgánu mimo rámec ústavy, jakkoli může být mravně ospravedlnitelný jeho cíl, absolutně protiprávní, a to bez ohledu na to, zda je v ústavě výjimečný stav zakotven nebo není.<sup>59</sup> Podobně Horst Ehmke tvrdí, že pravomoci k prolamování ústavy je třeba zakotvit v psané ústavě, neboť nepsané nouzové právo není právním institutem.<sup>60</sup> Obdobný přístup „právního formalismu“ zastává i William Scheuerman.<sup>61</sup> Tento pozitivistický postoj je potřeba odlišit od výše popsaných konceptů, které výjimečný stav pokládají za obecný právní princip, který by sice *de lege ferenda* měl být zakotven v právní normě, avšak toto zakotvení nepovažují za nezbytný předpoklad jeho platnosti.<sup>62</sup>

Obě pojetí psaného výjimečného stavu vedou k problémům. Pokud je výjimečný stav zcela redukován na psanou normu, znamená to podstatné omezení jeho efektivity v případě krize. Čím detailnější je normativní zakotvení, tím více hrozí nízká efektivnost výjimečného stavu tváří v tvář nastalé situaci. Věta „*enumeratio ergo limitatio*“ je ve vztahu k výjimečnému stavu přesná.<sup>63</sup> Může být jak argumentem pro jeho formální zakotvení s cílem předejít riziku zneužití nepsaného práva,<sup>64</sup> tak argumentem proti z toho důvodu, že je tak limitována účinnost výjimečného stavu v situacích, kdy by se jeho nástroje, respektive typově vyjmenované případy jejich užití, ukázaly jako neschopné naplnit cíl ochrany státu a ústavy.<sup>65</sup> To vede k otázce, co může státní moc činit v případě, že jsou zjevně ohroženy demokratický právní stát či sama existence státu a existující nástroje zakotvené v ústavě nedokáží toto ohrožení odvrátit.<sup>66</sup> Pokud je uznáván pouze kodifikovaný výjimečný stav (respektive pokud je nepsaný institut výjimečného stavu pokládán za konzumovaný okamžikem jeho kodifikace), čelil by ústavní řád riziku vlastního zhroucení, pokud by se kodifikovaná norma ukázala jako nedostatečná. V takovém případě totiž hrozí buď to, že státní orgány nebudou v krizové situaci účinně jednat, čímž způsobí chaos a destrukci řádu, nebo to, že budou jednat absolutně protiprávně, čímž způsobí destrukci právního státu.

Řešení této situace cestou *ad hoc* přijímaných zákonů není věrohodné z již výše zmíněných důvodů. To, co Ferejohn a Pasquino nazývají jako „legislativní“ model nouzového vládnutí,<sup>67</sup> ve skutečnosti princip výjimečného stavu popírá. *Ad hoc* konstituovaný kvazi výjimečný stav je totiž individuálně vytvářen až v situaci krize (či dokonce po jejím

<sup>58</sup> Viz již výše pozn. 60.

<sup>59</sup> Viz pozn. č. 6.

<sup>60</sup> EHMKE, H. *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung*, s. 407.

<sup>61</sup> SCHEUERMAN, W. *Emergency Powers. Annual Review of Law and Social Science*. 2006, č. 2, s. 257–277.

<sup>62</sup> Někdy jsou oba pohledy v literatuře směřovány, což však představuje záměnu odlišných metodologických pozic. Např. zmíněný Scheuerman (SCHEUERMAN, W. *Survey Article*, s. 75 an) hovoří o tzv. demokratických formalistech usilujících o kodifikaci výjimečného stavu v ústavě či v zákoně, aniž by však rozlišoval mezi perspektivou pozitivismu a přístupy, které takto chtějí pouze ústavně zakotvit dosud nepsaný výjimečný stav.

<sup>63</sup> Klasicky viz SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 217.

<sup>64</sup> Tak WINDTHORST, K. *Der Notstand*, s. 376.

<sup>65</sup> Tak ISENSEE, J. *Nachwort: Der Terror und der Staat, dem das Leben lieb ist*. In: KLEIN, E. – HACKE, Ch. – GRZESZICK, B. (Hg. von ISENSEE, J.) *Der Terror, der Staat und das Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, s. 107.

<sup>66</sup> Viz ke sporům o tuto otázku přehledně FOLZ, E. *Staatsnotstand und Notstandsrecht*, s. 125 an; KRENZLER, M. *An den Grenzen der Notstandsverfassung. Ausnahmezustand und Staatsnotrecht im Verfassungssystem des Grundgesetzes*. Berlin, 1974, s. 49 an, 61 an; KLEIN, E. *Der innere Notstand*, s. 411 an.

<sup>67</sup> FEREJOHN, J. – PASQUINO, P. *The law of exception*, s. 217.

skončení). Nejde tedy o aplikaci již existující ústavní normy, nýbrž o individualizovaný legislativní akt. individualizovaný legislativní akt. Cestou *ad hoc* aktů je tak právní řád spíše kolonizován normami výjimečného stavu.<sup>68</sup> Nehledě na riziko, že sám zákonodárny sbor bude neakceschopný, vede tento model promíšení normality a výjimky především k ohrožení základních principů právního státu.

Druhou možností je pak v případě nedostatečné normy akceptovat uchýlení se k faktické síle, která bude buď pouze mravně legitimizována, *nebo ex post* legalizována. To je cesta, kterou jdou například Oren Gross, Mark Tushnet nebo Andreas Funke. Taková cesta ovšem po představitelích státu požaduje, aby jednali vědomě a explicitně protiprávně ve jménu mravnosti a staví je tak před těžké dilema rozhodování mezi právem a mravností. Takový požadavek je možné klást na jednotlivce, nikoli však na státní orgán, jenž se může řídit pouze právem, jenž se může řídit pouze právem. K této argumentaci se ještě vrátíme.

Pokud je formálně zakotvený výjimečný stav pokládán za kodifikaci nadpozitivního práva, může být řešením případné nedostatečnosti této kodifikace uchýlení se opět k nepsanému právu, za předpokladu, že je mu přiznávána subsidiární platnost ve vztahu k psanému výjimečnému stavu (tzn., že není pokládán za konzumovaný okamžikem kodifikace). Pro takový pohled lze jistě najít pádné argumenty. Jak uvádí Meinhard Schröder, „konstitucionalizace výjimečného stavu nemůže předvídat a odpovídajícím způsobem regulovat každou mimořádnou situaci“. Podle Ernsta Kleina je nejednání státního orgánu v případě krize z hlediska právního státu spíše projevem absence zodpovědnosti než věrnosti ústavě.<sup>69</sup> Podobně podle Alberta Bleckmanna je iluzorní se domnívat, že by se vláda smířila v krizové situaci s omezeními danými ústavou, pokud by ohrožovala její schopnost odvrátit nebezpečí.<sup>70</sup> Je to vlastně podobná situace, jako když ústava neobsahuje vůbec žádné ustanovení pro případ výjimečné situace ohrožení státu. Ve chvíli, kdy se ústavní norma ukáže jako málo efektivní, odvolá se státní orgán na nadpozitivní princip. Avšak takový přístup latentně hrozí devalvací principů právního státu. K čemu je ostatně ústavně zakotvená úprava výjimečného stavu, když může být státním orgánem dle libosti ignorována, pokud usoudí, že je nedostatečná? Pokud by v každém případě, kdy se ústavní norma ukáže jako nedostatečně účinná, mělo být možné se subsidiárně odvolat na nepsané normy, byla by celá konstrukce ústavy v ohrožení a sama kodifikace výjimečného stavu v ní by byla vlastně nadbytečná.

Pokud však takové subsidiární použití nepsaného výjimečného stavu chceme vyloučit, zbývá jen jediná cesta. Tou je taková kodifikace, která bude poskytovat dostatečné nástroje a diskreci na to, aby nutnost odvolání se na nadpozitivní výjimečný stav odsunula *ad infinitum*. Podle Meinharda Schrödera, Ernsta-Wolfganga Böckenfördeho, Konrada Hesseho a dalších je tak možné ústavou specifikovat pouze účel a pojem výjimečného stavu, nikoli však omezit nástroje.<sup>71</sup> Podobnou tezi zastával i Clinton Rossiter, podle něhož je třeba ústavou či zákonem dát vládě „*jakoukoli moc, již může potřebovat pro ochranu*

<sup>68</sup> Srov. BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der verdrängte Ausnahmezustand*, s. 1885. I pokud by příslušné akty byly vybaveny tzv. sunset klauzulí, nemění to nic na tom, že se jedná o akty stejné právní síly jako zákony přijímané v rámci právní normality, čímž se stírá substantivní rozdíl mezi právní normalitou a výjimkou. Oproti tomu výjimečný stav je, jak bylo uvedeno výše, založen na exekutivních opatřeních, které z povahy věci nemají legislativní povahu, dokonce i pokud jsou jimi přijímány normativní akty.

<sup>69</sup> KLEIN, E. *Der innere Notstand*, s. 412.

<sup>70</sup> BLECKMANN, A. *Staatsrecht. II. Die Grundrechte*. 3. vydání. Köln – Berlin – Bonn – München: Heymann, 1989, s. 425.

<sup>71</sup> SCHRÖDER, M. *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates*, s. 134; BÖCKENFÖRDE, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, s. 1885; HESSE, K. *Grundfragen*, s. 106 an. Obdobně také FRIEDRICH, C. J. *Constitutional Government and Democracy*. Boston: Little, Brown, 1941.

státu před nepřáteli“.<sup>72</sup> Rossiter sice uvádí také jistá materiální kritéria výjimečného stavu (že výjimečný stav má být možné spustit jen, pokud je to „nutné nebo nezbytné pro zachování státu a jeho ústavního řádu“,<sup>73</sup> a že všechna opatření ve výjimečném stavu musí být zcela nezbytná pro odstranění příslušné krize),<sup>74</sup> avšak ta jsou velmi vágní a závisí na politickém posouzení (podobně jako snaha omezit výjimečný stav principy proporcionality a nezbytnosti).<sup>75</sup> Omezující povahu mohou mít pouze tehdy, pokud jsou ve výjimečném stavu rozděleny rozhodující autority, což však vyvolává další problematické důsledky, k nimž se dostaneme níže.

Zastánci tohoto řešení sice nepopírají, že lze předem počítat s některými možnými a předvídatelnými situacemi, a že lze pro tyto případy vymezit i příslušné instrumenty, avšak výčet těchto situací a nástrojů nemůže být nikdy úplný.<sup>76</sup> Hesse tak uvádí, že „kazuistická regulace, která normuje jednotlivé případy nouzového stavu a jednotlivá příslušná přípustná opatření podle dané skutkové situace, se musí v současné době nepřehledných a nepředvídatelných výjimečných situací ukázat jako nedostatečná“.<sup>77</sup> Proto navrhuje nevymezovat výjimečný stav negativně (ve smyslu, co stát nesmí činit), nýbrž pozitivně a dostatečně obecně. Ze stejného důvodu navrhl Ernst-Wolfgang Böckenförde zakotvit v ústavě jen co nejširší generální klauzuli, která nebude klást státní moci v případě existenciální krize žádné materiální právní překážky.<sup>78</sup> Regulace výjimečného stavu má podle něj především určit nositele rozhodovací kompetence, nikoli přesně vymezit jeho pravomoc.

Takto byl upraven institut výjimečného stavu ve výmarském Německu (kde však byl zároveň doprovázen příliš široce vymezeným účelem) a v podobné podobě existuje rovněž coby prezidentská prerogativa ve Francii.<sup>79</sup> Naopak současná německá úprava tzv. vnitřního stavu nouze (*innerer Notstand*) v Základním zákoně je poměrně detailní a výslovně vylučuje např. možnost omezení některých základních práv.<sup>80</sup> Nehledě na námitku, že v případě aplikace tohoto stavu by tak jako tak nepřímo došlo k omezení těchto práv,<sup>81</sup> byla takto zvolená cesta v minulosti předmětem kritiky ze strany zastánců ústavního zakotvení výjimečného stavu právě proto, že neposkytuje exekutivě dostatečné pravomoci pro případ skutečně existenciálního ohrožení státu zevnitř.<sup>82</sup> Totéž by bylo možné říci také

<sup>72</sup> ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship*, s. 300.

<sup>73</sup> *Ibidem*, s. 298.

<sup>74</sup> *Ibidem*, s. 302.

<sup>75</sup> Srov. HESSE, K. *Grundfragen*, s. 106.

<sup>76</sup> BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der verdrängte Ausnahmezustand*, s. 1885.

<sup>77</sup> HESSE, K. *Grundfragen*, s. 107. Obdobně v anglosaském prostředí tvrdí s odkazem na C. Schmitta např. Mark Tushnet, že detailní regulace připravená pro jednotlivé možné podoby krizových situací bude vždy nekompletní a bude vyžadovat, jako druhou „komponentu“ systému regulace krizí, generální zmocnění v ústavě (TUSHNET, M. *The political constitution of emergency powers: some conceptual issues*. In: RAMRAJ, V. J. *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 145–155, zde s. 150). Sám Tushnet je však právě z těchto důvodů skeptický k právní regulaci jako takové a preferuje regulaci „politickou“ (viz dále).

<sup>78</sup> BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat*. In: VOGEL, H.-J. – SIMON, H. – PODLECH, A. (Hg.). *Die Freiheit des Anderen. Festschrift für Martin Hirsch*. Baden-Baden: Nomos, 1981, s. 259–272, zde s. 264.

<sup>79</sup> Čl. 16 Ústavy Francouzské republiky zakotvující tzv. výjimečné pravomoci prezidenta republiky (*pouvoirs exceptionnels*). Podle nich může prezident v případě ohrožení integrity teritoria nebo výkonu mezinárodních aktivit státu učinit „opatření vyžadovaná situací“ (*mesures exigées par ces circonstances*). V případě Výmarského Německa šlo o již výše citovaný čl. 48 říšské ústavy.

<sup>80</sup> *Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschlands*, čl. 91. Dále je možné odkázat ještě na čl. 87a odst. 4, který zakládá možnost nasazení ozbrojených sil proti povstalcům v případě ohrožení liberálně demokratického zřízení.

<sup>81</sup> KLEIN, E. *Der innere Notstand*, s. 387–414.

<sup>82</sup> Viz kriticky FORSTHOFF, E. *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel des Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck 1971, s. 166 an. Ernst Forsthoff přitom dříve vycházel z toho, že v roce 1949 zakotvení výjimečného stavu v ústavě nebylo nutné s ohledem na absenci suverenity v Německu. S jejím obnovením se však podle něj měla znovu otevřít

o české úpravě, která obsahuje pouze procedurální ustanovení o způsobu projednávání legislativních aktů a neposkytuje jinak žádné speciální zmocnění pro orgány výkonné moci k jednání mimo rámec ústavní normality.

Výhodou generální klauzule je bezpochyby její široký záběr, který umožňuje legálně, tedy v souladu s psanou ústavou, reagovat na takřka jakoukoli krizovou situaci. Její aplikací se spouští nouzový ústavní režim, který dočasně vyřazuje z účinnosti „normální“ ústavu. Tím jsou významně snížena rizika neefektivnosti institutu výjimečného stavu a zároveň i nutnost uchýlovat se k nadpozitivnímu právnímu principu. Je tak zabezpečen soulad cíle udržení právního státu a ústavního řádu i zachování státu jako takového.

Je ovšem zřejmé, že generální klauzule s sebou nese riziko zneužití.

Řada autorů navrhuje tomuto riziku předejít procedurálními mechanismy, které se týkají rozhodování o a ve výjimečném stavu, časového omezení a soudní kontroly *ex post*.<sup>83</sup> Do první skupiny patří návrhy na oddělení rozhodování o a ve výjimečném stavu<sup>84</sup> nebo na zavedení tzv. supermajoritního eskalátoru, tedy stoupající nutně kvalifikované většiny pro vyhlášení výjimečného stavu a hlasování o jeho prodloužení.<sup>85</sup> Podobným směrem jdou i návrhy (či existující úpravy), aby exekutivní rozhodnutí o výjimečném stavu nebo ve výjimečném stavu parlament potvrzoval (či mohl vetovat). Taková rozdělení funkcí působí na první pohled logicky. Zejména (nikoliv však výlučně) v případě výjimečných stavů vyvolaných vnitropolitickou situací však vyvolávají silné riziko neúčinnosti, neschopnosti rychlého jednání, ale i možnost eskalačního účinku parlamentního rozhodování o výjimečném stavu na další zhoršení situace a také riziko, že právě parlament může být terčem akcí směřujících k destrukci státu a ústavního řádu, respektive může být paralyzován a neschopen rozhodování.<sup>86</sup> Rozdělení rozhodování především znovu otevírá zásadní dilema, zda v případě zásadního ohrožení existence státu bude exekutivní orgán v případě absence formálního vyhlášení výjimečného stavu riskovat jeho zánik nebo se rozhodne jednat i bez příslušného zmocnění. Příkladem takové situace byla pozdní výmarská republika, v níž se nakonec právě strach z nouzového exekutivního vládnutí bez alespoň pasivní podpory parlamentu a přílišné lpění na formálně demokratické proceduře staly jedním z klíčových faktorů otevírající cestu nacistické totalitě. Jako byla epocha let 1930–1932 příkladem příliš extenzivního využívání výjimečného stavu, je přelom let 1932 a 1933 příkladem situace, v níž jeho nevyužití právě kvůli absenci podpory parlamentu vedlo k materializaci rizika faktické destrukce ústavního řádu jako celku.<sup>87</sup>

Stejně dilema jako rozdělení rozhodujících orgánů vyvolává i pojistka v podobě časového omezení, která již od římské éry představuje konstantní téma všech diskusí o výjimečném stavu. Zatímco v případě dílčích poruch veřejného pořádku jistě fixně stanovená délka výjimečného stavu nepředstavuje problém, v situacích zásadního ohrožení existence státu je sotva možné se po stanovené době vrátit k normalitě bez ohledu na to, zda se

i otázka výjimečného stavu (FORSTHOFF, E. *Ausnahmezustand*, s. 457). Podobně BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der verdrängte Ausnahmezustand*, passim.

<sup>83</sup> Jak upozorňuje W. Scheuerman (SCHEUERMAN, W. *Survey Article*, s. 66), řada současných úprav výjimečného stavu upřednostňuje právě pouze procedurální aspekty před substantivním vymezením. To lze koneckonců říci i o české právní úpravě.

<sup>84</sup> ROSSITER, C. *Constitutional Dictatorship*, s. 299 an.

<sup>85</sup> ACKERMAN, B. The emergency constitution. *Yale Law Journal*. 2004, roč. 121, s. 1029–1091.

<sup>86</sup> Viz také KLEIN, E. *Der innere Notstand*, s. 409. K Ackermanovi viz z podobných důvodů kriticky GROSS, O. Extra-Legality and the ethic of political responsibility. In: RAMRAJ, V. J. *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, s. 60–94, zde s. 86 an.

<sup>87</sup> Srov. WINKLER, H. A. *Weimar 1919–1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie*. München: C. H. Beck, 1993, s. 608. Tím samozřejmě není ještě nic řečeno o tom, k jakému důsledku by v dané epoše využití výjimečného stavu vedlo.

podářilo krizi zažehnat. Pro takové případy je nutné počítat s možností dalšího prodloužení. Pokud je přitom o prodloužení rozhodováno stejným orgánem, jenž rozhoduje ve výjimečném stavu, pak samotné časové omezení ztrácí valný smysl.<sup>88</sup> Pokud o prodloužení rozhoduje jiný orgán, pak opět nastává výše popsany problém rozdělení rozhodujících orgánů.

Třetím myslitelným typem pojistky proti zneužití je pak možnost posouzení jednání příslušné autority soudem, která je výrazně diskutována zejména v anglosaském prostředí (viz k tomu níže). Ani tato pojistka však nepředstavuje věrohodné řešení rizika zneužití. Pokud by v případě existenciálních krizí ohrožujících stát soud znemožnil *ex ante* exekutivě reagovat, byl by smysl výjimečného stavu vyprázdněn. Státnímu orgánu by nezbyvalo než jednat i přes soudní zákaz. Rozhodování soudů *ex post*, jakkoli má v tomto kontextu jistě svůj význam, zase nemůže zabránit již nastalým excesům. Obecně je otázkou, nakolik by tvář v tvář extrémní situaci přítomnost soudní kontroly *ex post* či *ex ante* v praxi něco změnila na faktickém způsobu jednání exekutivy ve výjimečném stavu.<sup>89</sup> Lze si nadto představit, že soudní kontrola bude *ad hoc* zcela vyloučena (přímo či indemnizačním aktem).<sup>90</sup> V úvahu je dále třeba vzít také fakt, že pokud se státní autorita opírá o generální klauzuli, jejímž jediným omezením je bytostně politické posouzení toho, zda jsou příslušná opatření opravdu nutná, pouští se soud na tenkou plochu politického rozhodování.<sup>91</sup>

Všechny tři výše popsané návrhy, které se snaží minimalizovat riziko zneužití výjimečného stavu, ústí znovu a znovu do stejného dilematu, zda má být v situaci existenciální krize obětován stát či právní stát. Nemáme-li proto sklouznout k nekonečnému regresu, je nejvhodnějším řešením tohoto dilematu ústavně zakotvená generální klauzule, která umožňuje širokou diskreci státních orgánů při vyhlásování výjimečného stavu v něm. Pojistky před jeho zneužitím nemohou mít právní, nýbrž politickou povahu. To je nutná cena za schopnost demokratického právního státu ubránit vlastní existenci před pokusy o jeho totální destrukci, ať již násilnými prostředky nebo legální revolucí.

## 4. Exkurz: Krizové jednání mimo rámec ústavy

### 4.1 Carl Schmitt: výjimečný stav jako nástroj obnovy normality

Těžko si představit jakékoli pojednání o výjimečném stavu, které by pominulo myšlení Carla Schmitta o tomto tématu. Hned zkraje je ovšem nutné říci, že Schmitt přistupoval ke konceptu výjimečného stavu velmi diferencovaně. Radikální přístup vyjádřený v *Politické teologii* ostře kontrastuje s moderátnějším pojetím, jež zastával v metodologicky daleko propracovanějších textech *Die Diktatur* (1921) a *Die Diktatur des Reichspräsidenten*

<sup>88</sup> Viz kriticky ve vztahu k Rossiterově modelu DYZENHAUS, D. *Law in Time of Crisis*, s. 37, 42.

<sup>89</sup> Jak poukazuje CAMPBELL, T. *Emergency strategies for prescriptive legal positivists*, s. 220, není většinou praktický rozdíl v krocích, které provádí exekutiva ve výjimečném či nouzovém stavu v zemích, kde silná soudní kontrola existuje a kde nikoli.

<sup>90</sup> To uznává i obhájce role soudů Dyzenhaus, podle něhož soudci v případě privativní klauzule, která roli soudů vylučuje, nezbyvá než i tak jednání státního orgánu posoudit, i když bez vymahatelných důsledků (DYZENHAUS, D. *Constitution of Law*, s. 218).

<sup>91</sup> Podle Marka Tushneta (TUSHNET, M. *The political constitution of emergency powers*, s. 150 an) je třeba na soudce posuzujícího jednání orgánu opírajícího se o generální klauzuli nahlížet spíše jako na suveréna, jehož jednání je omezeno více „moralizovanou politikou“ než právem (což však Tushnet hodnotí pozitivně). Zmíněný Campbell (CAMPBELL, T. *Emergency strategies for prescriptive legal positivists*, s. 228) pak v obavě před jednáním „neodpovědné soudní mocí“ v politické sféře upřednostňuje cestu silné pozitivní regulace krizových situací (což však popírá princip generální klauzule).

nach Artikel 45 der Weimarer Verfassung (1924).<sup>92</sup> V obou posledně zmiňovaných dílech Schmitt rozlišoval mezi dvěma druhy výjimečného stavu, tzv. komisařskou a suverénní diktaturou. Komisařská diktatura navazuje na tradici římské diktatury. V kontextu moderního právního státu je jí míněn psaný výjimečný stav, jehož cílem je obnovení existujícího ústavního řádu. Takto pojatý institut je svázán do rámce určitých existujících pravidel stanovujících mj. autoritu, která výjimečný stav vyhláší a která v něm rozhoduje.<sup>93</sup> Zatímco v tomto stavu lze suspendovat kteroukoliv ústavní normu, nelze suspendovat ústavu jako celek. Naopak suverénní diktatura je případem, kdy dochází k suspendaci celé stávající ústavy. Suverénní diktátor není tedy nijak legitimovaný předchozím ústavním řádem, nýbrž zakládá sám novou ústavu. Neaplikuje tedy ústavě imanentní výjimečný stav, nýbrž rovnou vytváří nový řád.<sup>94</sup> Cílem tohoto typu výjimečného stavu není obnova předchozí normality, nýbrž vytvoření nové normality, jakkoli obecný cíl, tedy odstranění výjimečné situace a nastolení řádu, zůstává stejný. Uvnitř platného ústavního řádu je tedy možná pouze diktatura komisařská, jež odpovídá výjimečnému stavu tak, jak byl zakotven i v čl. 48 výmarské říšské ústavy. Prezident, ač dle tohoto článku rozhoduje jak o spuštění výjimečného stavu, tak o prováděných opatřeních, není suverénem.<sup>95</sup> Cílem této diktatury není destrukce, nýbrž záchrana stávající ústavy, byť za cenu dočasného suspendování některých pozitivních ústavních norem.<sup>96</sup>

Oproti tomuto juristickému pojetí Schmitt v *Politické theologii* nastiňuje výrazně filosofičtěji pojatou, ale také pojmově mnohem méně precizní a právně jasnou vizi výjimečného stavu.<sup>97</sup> Nevychází tu již z dualismu komisařské a suverénní diktatury a v pojmu výjimečného stavu směšuje prvky obou dříve popsanych typů. Na jedné straně vychází z toho, že rozhodovatel o výjimečném stavu je suverén, jenž může suspendovat ústavu jako celek, na druhé straně konstatuje, že tento rozhodovatel může být určen pozitivní ústavní normou.<sup>98</sup> Dochází tak k paradoxu, že tento suverén stojí mimo právo, a přece k němu patří.<sup>99</sup> Říšský prezident je najednou označitelný jako suverén, zcela v protikladu k pojetí v (dřívější) knize *Die Diktatur* (1921) a v (pozdějším) textu *Die Diktatur des Reichspräsidenten* (1924). Oproti pojednání o diktatuře pro Schmitta není v *Politické theologii* podstatný rozdíl mezi tím, zda jde o ochranu stávajícího nebo vznik nového řádu, a klíčovou úlohu hraje sama antinomie řádu a chaosu. Účelem výjimečného stavu je obnova normality jako takové a odstranění krize, ať již cestou návratu k předchozí normalitě nebo posunu k nové (což mimochodem jasně dokládá nesprávnost interpretace Schmitta jako milovníka výjimečných stavů). Takto pojatý výjimečný stav má k pozitivnímu právu ovšem jen minimální vztah. Sám Schmitt uvádí, že pozitivní právo může pouze jmenovat rozhodovatele, avšak nikoli stanovit obsah a limity jeho rozhodování. Jak však správně upozorňuje Ernst-Wolfgang Böckenförde, ani takové jmenování rozhodovatele pozitivní normou není

<sup>92</sup> Oba spisy jsou vydány a zde citovány jako SCHMITT, C. *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. 8. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

<sup>93</sup> SCHMITT, C. *Die Diktatur*, s. 1 an.

<sup>94</sup> *Ibidem*, s. 134.

<sup>95</sup> *Ibidem*, s. 239.

<sup>96</sup> SCHMITT, C. *Verfassungslehre*, s. 111. Není ovšem správná interpretace, že pro Schmitta nemá ve výjimečném stavu žádné místo substantivní princip právního státu, respektive *rule of law*, jak tvrdí Dyzenhaus (DYZENHAUS, D. *Schmitt vs. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?*, s. 58). Ve skutečnosti totiž cílem výjimečného stavu (ve smyslu komisařské diktatury) je právě zachování tohoto principu. Právě proto Schmitt jasně rozlišuje (prolomitelná) ustanovení psané ústavy od (neprolomitelné) ústavy jako celku.

<sup>97</sup> Srov. k rozdílu mezi nimi QUARITSCH, H. *Souveränität im Ausnahmezustand*, s. 11 an.

<sup>98</sup> SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 10, 13.

<sup>99</sup> *Ibidem*, s. 10.

v logice Schmittovy argumentace nezbytné.<sup>100</sup> Sám rozhodovatel se totiž, coby suverén, nemusí na ústavu vůbec odvolávat. Jak dále uvidíme, je v této argumentaci rozhodování o výjimečném stavu nutně spojeno s rozhodováním ve výjimečném stavu, neboť samotným „epistemickým“ rozhodnutím se spouští stavidla suverénního jednání.

Je evidentní, že Schmittovo pojetí spojující výjimečný stav s rozhodováním suveréna, jenž je vyňat z rámce ústavy a logicky mu předchází, stojí jen krůček od akceptace přednosti faktické síly v duchu klasického státoprávního pozitivismu. Schmitt ovšem výjimečný stav nechce zcela vyvázat ani z právní sféry, ani ze sféry státu a kritizuje kapitulaci pozitivistických právníků před tímto stavem.<sup>101</sup> Od chaosu se tento stav liší právě tím, že v něm nadále fungují státní instituce, které provádějí opatření s cílem obnovy normálního stavu.<sup>102</sup> Nejde ovšem o pouhou dominanci faktické moci těchto institucí. I když je pro normální stav typická dominance normy a pro výjimečný stav dominance rozhodnutí, není ani jeden z nich mimo právní sféru. Normu a rozhodnutí totiž ve Schmittově pojetí pojí dialektický vztah, jenž teprve ve svém celku vytváří právní řád (který proto nelze zcela ztotožnit s pozitivním právem). Ústava (ve smyslu pojmu tzv. pozitivní ústavy) je Schmittem definována jako *rozhodnutí pro „druh a formu politické jednoty“*, tedy pro určitou konkrétní podobu státu.<sup>103</sup> Není tedy sama vůbec normou, nýbrž rozhodnutím. Právě toto pojetí ústavy vysvětluje, proč u Schmitta může být výjimečný stav vyveden z rámce ústavy, a přesto zůstat právním fenoménem. Je totiž stejně tak výsledkem rozhodnutí, jako je psaná ústava výsledkem pozitivní ústavy coby rozhodnutí. Jinými slovy, jedno rozhodnutí zde *ad hoc* suspenduje jiné rozhodnutí, ať již natrvalo, či dočasně, a to za účelem nastolení řádu. Dokonce i akt suspendace psané ústavy jako celku je paradoxně ochranou ústavy jako rozhodnutí pro konkrétní existenci státu. Jelikož pozitivní ústava není pro Schmitta normou, není ani jednání v souladu s ní v rozporu se Schmittovou tezí, že v situaci krize a chaosu nelze použít žádnou normu. Schmittův koncept sice tedy není – oproti některým interpretacím<sup>104</sup> – založen na tom, že výjimečný stav je jakousi „černou dírou“ mimo právní řád jako takový, nýbrž je, v podobě suverénní diktatury, pouze negací stávajícího, dosud platného psaného ústavního řádu za účelem nastolení normality a právního řádu jako takových. Je ovšem zřejmé, že toto pojetí je v anglosaském světě založeném na *common law* těžko pochopitelné a že je logicky svázané s diskontinuitní povahou principu právního státu, který vždy předpokládá konkrétní stát a konkrétní ústavní řád. Schmitt tak pouze dovádí do logických důsledků princip přednosti státu před ústavou: pokud má existovat právní stát, musí zde nejprve být vůbec nějaký stát.<sup>105</sup> Právě proto je primárním cílem v situaci chaosu nastolit řád, ať již jeho obnovou nebo vytvořením jiného.

<sup>100</sup> BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der Begriff des Politischen*, s. 351. P. Ondřejek tvrdí, že Schmitt možnost právní regulace výjimečného stavu „zcela odmítal“ (ONDŘEJEK, P. *Výjimečné stavy a úskalí legality*, s. 41). To však není zcela pravda. Takové tvrzení se může vztahovat pouze k textu *Politická theologie* a i zde je, jak vidno, pouze jakýmsi logickým dovedením Schmittových myšlenek do jejich závěrů, neb Schmitt rozhodně nepopírá možnost zakotvení výjimečného stavu v psaném právu.

<sup>101</sup> Srov. QUARITSCH, H. *Souveränität im Ausnahmezustand*, s. 18.

<sup>102</sup> Srov. *ibidem*, s. 20.

<sup>103</sup> SCHMITT, C. *Verfassungslehre*, s. 20. Schmittův pojem pozitivní ústavy však nelze chápat ve smyslu psané ústavy. Pozitivní pojem ústavy staví Schmitt jak proti abstraktní ústavě, tak proti materiálnímu a formálnímu pojmu ústavy a chápe jej právě v uvedeném „politickém“ smyslu jako rozhodnutí.

<sup>104</sup> Viz DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 215.

<sup>105</sup> Srov. BÖCKENFÖRDE, E.-W. *Der Begriff des Politischen*, s. 351; podobně VOIGT, R. *Zwischen Mythos und Wirklichkeit. Zur Staatskonzeption von Carl Schmitt*. In: VOIGT, R. (Hg.), *Mythos Staat. Carl Schmitt's Staatsverständnis*. Baden Baden: Nomos, 2001, s. 35–57, zde s. 43.



Právě preference rozhodnutí před normou, jak v pojmu výjimečného stavu, tak ústavy samé, však představuje ve Schmittově konceptu bránu směrem k dominanci fakticity nad normou. I když je totiž rozhodnutí pokládáno za právní fenomén, jde zároveň o fenomén faktický. Jak na Schmittovu adresu kriticky konstatoval Hermann Heller, činí jeho pojem pozitivní ústavy coby faktického rozhodnutí nepochopitelným, proč je tato ústava vůbec platná, nejde-li o normu.<sup>106</sup> Přes označování rozhodnutí jako součásti právního řádu se nelze ubránit dojmu, že přednost rozhodnutí, které se rodí „normativně z ničeho“, aniž by Schmitt ozřejmil, jaké materiální předpoklady musí naplňovat, znamená přednost fakticity před právem. Ostatně není také zcela zřejmé, jaký je rozdíl mezi tím, když je psaná ústava suspendována za účelem obnovení původní pozitivní ústavy, tedy původního rozhodnutí pro konkrétní podobu státu, a když je suspendována za účelem provedení nového rozhodnutí, a tedy i zřízení nového státu. Cíl obnovy a destrukce státu se u Schmitta stávají těžko rozlišitelnými. Teprve v pozdějších spisech se Schmitt tento nedostatek snažil řešit hegelovským obratem k myšlení „konkrétního řádu“, který rozhodnutí o výjimečném stavu předchází coby jeho nadpozitivní normativní základ, a který proto představuje i prvek kontinuity v existenci státu.<sup>107</sup>

Shrneme-li, lze říci, že Schmitt na jedné straně pokládá výjimečný stav za právní institut, který je platný bez ohledu na to, zda je v psané ústavní normě zakotven, či nikoli, avšak na straně druhé jej nepovažuje za součást nějakého vyššího normativního řádu, nýbrž za výsledek faktického rozhodnutí (ať již je jeho cílem potvrzení pozitivní ústavy nebo nová ústava ve smyslu nového rozhodnutí), a tedy faktický úkon, který logicky nemusí být ani proveden orgánem ustanoveným dle dosavadní ústavy. Osciluje tak mezi pojetím výjimečného stavu jako nepsaného právního institutu a jeho redukcí na faktický jev. Tato oscilace je nutnou konsekvencí Schmittova pojetí práva jako syntézy normy a rozhodnutí, tedy světa normativní a faktické reality.

## 4.2 Vytěsnění krize z práva: nouzové vládnutí místo výjimečného stavu

Dilemata spojená s výjimečným stavem chápaným jako právní institut přiměla některé anglosaské autory ke kritice takto koncipovaného výjimečného stavu. Tato kritika nemá nikterak omezit prostor pro jednání státní moci v krizové situaci. Jejím cílem je, aby se exekutiva v mimořádných situacích mohla spoléhat na generální zmocnění nebo na široce chápanou nepsanou normu. Proto je důraz kladen nikoli na zmocnění *ex ante*, nýbrž na legalizace *ex post*. Tím má být zajištěna jednota právního řádu v situaci normality i krize, neboť se nepřipouští jakákoli „druhá“ ústava. Dlužno podotknout, že toto pojetí je blízké především anglosaské právní tradici, jež není zvyklá řešit problém diskontinuity ústavního řádu. Jeho průkopníkem je Albert Venn Dicey, jehož teze ovšem umožňují různé interpretace.<sup>108</sup> Dicey sice připouštěl možnost *ex ante* přijatých norem umožňujících omezo-

<sup>106</sup> HELLER, H. *Staatslehre*, s. 276.

<sup>107</sup> SCHMITT, C. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg: Akademie für Deutsches Recht, 1934.

<sup>108</sup> Podle Ferejohna a Pasquina (PASQUINO, P. – FEREJOHN, J. *The Law of Exception*, s. 239) je Dicey zastáncem dualistického modelu výjimečného stavu. Jak však upozorňuje David Dyzenhaus, je Dicey odpůrcem výjimečného stavu jako zvláštního právního institutu pro mimořádné situace a pouze akceptuje možnost *ex post* legalizovaného nouzového vládnutí (DYZENHAUS, D. *Schmitt vs. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, s. 2005–2039). Naopak Michael Head namítá, že Dicey je ve svém pojetí neméně autoritářský než Schmitt a že klade do popředí cíl zachování státní autority (HEAD, D. *Emergency Powers in Theory and Practice: The Long Shadow of Carl Schmitt*. London: Routledge, 2017, s. 103).

vat některá základní práva v mimořádných situacích, avšak jen ve velmi omezené míře. Ačkoli obecně uznával prerogativu parlamentu schválit jakýkoli zákon, zároveň celkem zřetelně dával najevo, že není možné žádným zákonem prolamovat principy *rule of law*. Proto za vhodnější řešení pokládal *ex post* indemnizaci osob porušujících v mimořádné situaci právo. Tato indemnizace má doslova „zlegalizovat ilegalitu“. Bez ní by tyto osoby bylo nutné obvinít z porušení práva.

Na Diceyho se dnes odvolává Oren Gross, který jasně odmítá výjimečné situace pokládat za právně regulovatelné, a neguje tak výjimečný stav coby právní fenomén.<sup>109</sup> Odlišování ústavní normality a ústavní výjimky obsahuje podle něj jasné riziko dlouhodobého nadužívání výjimečného stavu.<sup>110</sup> To ovšem neznamená, že by státní moc byla tvář v tvář mimořádným situacím bezzubá. Naopak, snaha omezovat v takových situacích jednání státní moci pouze na to, co umožňuje ústava, je Grossem odmítnuta.<sup>111</sup> Představitelé státu však musí přistoupit k tzv. mimoprávním opatřením (*extra-legal measures*) a přitom doufat, že následně budou jejich kroky legitimizovány, ať zákonem, či soudem.<sup>112</sup> Toto pojetí v mnohém připomíná klasická pozitivistická řešení výjimečného stavu. Pozitivisté proklamovali, že ve výjimečné situaci „končí státní právo“, aniž by to znamenalo vyloučení faktického jednání státní moci.<sup>113</sup> Výše jsem rovněž zmínil obdobnou pozici Funkeho, podle nějž je v případě, že zde není regulace výjimečného stavu a nastane krize, možné přikročit k faktickému jednání, jež je sice protiprávní, avšak morálně správné. Ne nepodobně také Tushnet tvrdí, že tzv. mimoústavní opatření je nutné zcela oddělit od práva a pojmout je jen jako faktické kroky, které mohou být pouze *ex post* legitimizovány *via facti*, prostřednictvím „mobilizovaného občanstva“.<sup>114</sup> Grossova pozice je ovšem jiná v tom smyslu, že se nespokojuje s konstatováním, že jednání představitele moci bude sice možná správné a morální, avšak protiprávní, nýbrž se snaží hledat cestu pro legalitu takového faktického jednání. Jinými slovy, Gross nechce pojmout mimořádnou situaci čistě jako stav dočasné absence právního státu.<sup>115</sup> Právě proto je pro něj důležitá *ex post* legalizace. Podle Davida Dyzenhause ovšem Gross v tomto pojetí dochází k tomu, že zmocnění jednat ve výjimečné situaci je vlastně legální pravomocí, která je implicitní součástí ústavního řádu.<sup>116</sup> Proto nakonec čelí stejnému problému jako klasické koncepty výjimečného stavu, tedy možnosti, že se z ústavního diktátora stane neomezený diktátor, jenž si *ex post* nechá všechny své kroky zlegalizovat. Podobně Scheuerman konstatuje, že Grossův model hrozí promíchá-

<sup>109</sup> GROSS, O. Chaos and rules. Should responses to violent crisis always be constitutional? *Yale Law Journal*. 2003, roč. 112, s. 1011–1134. Grossův model je dále rozveden v obsáhlé publikaci GROSS, O. – NÍ AOLAÍN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

<sup>110</sup> GROSS, O. *Chaos and rules*, s. 1069 an. Paradoxní je, že výše uváděný Böckenförde vidí stejné nebezpečí v pravém opaku, tedy nerozlišování pravidla a výjimky.

<sup>111</sup> *Ibidem*, s. 1023.

<sup>112</sup> *Ibidem*, s. 1024.

<sup>113</sup> ANSCHÜTZ, G. – MEYER, G. *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*. München – Leipzig: Duncker & Humblot, 1914, s. 906.

<sup>114</sup> TUSHNET, M. V. Controlling Executive Power in the War on Terrorism. *Harvard Law Review*. 2005, roč. 118, s. 2673–2682. Tushnet se oproti Grossovi (i Dyzenhausovi – viz dále) snaží pro situaci výjimky navrhnout systém „normativně postoupené“ (*normatively infused*) politiky. Na jiném místě pak uvádí, že je-li zpětně jednání posouzeno soudy, hrají roli takto normativně ovlivněné politiky soudci (TUSHNET, M. V. *The political constitution of emergency powers*, s. 150 an).

<sup>115</sup> Tak DYZENHAUS, D. *Schmitt vs. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?*, s. 2028.

<sup>116</sup> *Ibidem*, s. 2029. Stejně tak TUSHNET, M. *The political constitution of emergency powers*, s. 146 an. Podle Tushneta je Grossův model prodchnutý právem. Proto Tushnet hovoří u svého modelu raději o mimoústavních opatřeních, aby je odlišil od mimo-právních opatření v Grossově podobě. Podobně David Cole upozorňuje, že Gross nakonec dochází k dichotomii normality a stavu, kdy je vládnuto „mimoprávními opatřeními“, jakkoli se právě snaží zabránit tomu, aby výjimečná situace byla pokládána za součást práva (COLE, D. *Judging the next emergency: judicial review and individual rights in time of crisis*. *Michigan Law Review*. 2003, roč. 101, č. 8, s. 2565–2595).

ním výjimky z práva a právní normality, a v důsledku toho *ex post* legalizací kroků zjevně masivně porušujících *rule of law*.<sup>117</sup> Tento argument má svou nepopíratelnou validitu: příkladem *ex post* politické i právní indemnizace bylo koneckonců přijetí zákona o nouzové ochraně státu za účelem zpětné legalizace nacistické noci dlouhých nožů.

Již zmíněný Dyzenhaus se proto snaží Grossův model překonat striktním lpěním na principu jednoty právního řádu založeného na *rule of law*. Právní řád může a má podle něj poskytnout i nástroje pro jednání v krizové situaci.<sup>118</sup> Zároveň dodává, že pokud psaná norma není k dispozici, může státní orgán i tak jednat, a to buď v souladu s nepsaným *common law of necessity* (jehož obsah však není specifikován), nebo v rozporu s právem. Ve druhém případě se musí spoléhat na indemnizační normu, která *ex post* zlegalizuje jeho dosud ilegální jednání. Avšak toto spoléhání má, na rozdíl od Grossova konceptu, jasné hranice. Pokud by státní orgán prováděl kroky, které jsou v rozporu s tzv. základními principy *rule of law*, šlo by o tzv. nelegalizovatelné akty.<sup>119</sup> Podle Dyzenhouse není tedy právními prostředky možné porušovat *rule of law*.<sup>120</sup> Jednání ve výjimečné situaci, které by prolomovalo základní principy *rule of law*, nelze tak ani předem legalizovat prostřednictvím právní normy, neboť ta by paradoxně otevírala cestu protiprávnímu jednání,<sup>121</sup> avšak ani *ex post*, neboť indemnizační akt by měl „zajistit, nikoli podkopat vládu práva“.<sup>122</sup> Případné normy, které by exekutivě dávaly *ex ante* pravomoc prolomovat vládu zákona nebo které by *ex post* legalizovaly zjevně protiprávní jednání, mohou být sice formálně platné, avšak nemají „právní autoritu“.<sup>123</sup> Soudy by je proto měly posoudit jako *embedded mistake* (v reminiscenci na Dworkina), jakkoli nebudou moci dělat nic jiného, než pouze deklarovat, že vláda jednala mimo právo. Ostatně si lze představit i to, že jedním z prvních kroků provedených ve výjimečném stavu by bylo znemožnění soudního přezkumu přijímaných opatření, zajištění indemnity pro nositele moci apod. Podle zmíněného Dyzenhouse je i za takových podmínek posouzení souladu mimořádných opatření s principy právního státu mravní povinností soudce, byť nebude fakticky prosaditelné.<sup>124</sup>

Dyzenhausův přístup tak otevírá cestu dualitě legálního (potažmo legalizovatelného) a nelegalizovatelného jednání. Pro případy legalizovatelného jednání lze buď předem zakotvit institut výjimečného stavu, nebo se opřít o nepsané právo či *ex-post* legalizaci. Pro případ „nelegalizovatelného“ jednání naopak žádná právní norma ani princip logicky neexistují. Pokud státní orgán takto jedná, byť ve snaze zachránit existenci státu, pohybuje se mimo právo, ve sféře fakticity. Když Dyzenhaus dochází k otázce, co spadá do této druhé kategorie, odpovídá tautologicky, že jde „z definice“ o mimoprávní akty.<sup>125</sup> Určení

<sup>117</sup> SCHEUERMAN, W. *Survey Article*, s. 72.

<sup>118</sup> DYZENHAUS, D. *The compulsion of legality*, s. 54.

<sup>119</sup> *Ibidem*, s. 54. Dyzenhaus sice upozorňuje, že jde skutečně o výjimečné situace, podle nichž nemá být vytvářen model, avšak to nás nemůže zmást, neboť v debatě o výjimečném stavu šlo vždy především o tyto situace. Koneckonců i Gross a Aolaín uvádějí, že jejich koncept mimoprávních opatření se vztahuje právě na zcela mimořádné situace, pro něž nelze mít předem připravenou normu (GROSS, O. – AOLAÍN, F. *Law in Times of Crisis*, s. 421).

<sup>120</sup> DYZENHAUS, D. *Constitution of Law*.

<sup>121</sup> DYZENHAUS, D. *Schmitt vs. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?*, s. 2037.

<sup>122</sup> DYZENHAUS, D. *The compulsion of legality*, s. 47 an.

<sup>123</sup> „A law might be valid on the one hand and yet, on the other hand, have only a doubtful claim to legal authority because it overrides explicitly fundamental principles of the rule of law.“ DYZENHAUS, D. *Schmitt vs. Dicey: Are states of emergency inside or outside the legal order?*, s. 2035.

<sup>124</sup> DYZENHAUS, D. *Constitution of Law*, s. 218. Na jiném místě Dyzenhaus uvádí, že v případě, že soudce nechce materiálně posuzovat jednání státního orgánu, je lépe rezignovat na přezkum, než vytvářet zdání legality pouhým přezkumem procedurální správnosti (*ibidem*, s. 34 an).

<sup>125</sup> Za tuto „cirkulární“ definici kritizuje Dyzenhouse HEAD, M. *Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 105.

hranice mezi těmito dvěma případy je tak jen věcí soudců. V tomto modelu však hrozí, že politik bude vlastně vždy jednat v nejistotě, zda jeho jednání bude následně soudem akceptováno a pojata jako legalizovatelné. A zároveň zde dochází k riziku, že v právním řádu budou existovat normy, které budou sice formálně platné, ale soudcem budou prohlášené za postrádající právní autoritu. Jak podotýká Thompson, jestliže Grossův model vytváří prostor pro politické jednání nsvázané právem, tak Dyzenhausův model přenáší konečnou politickou zodpovědnost na soudce.<sup>126</sup> V klíčovém bodě, tedy otázce jednání státní autority v situaci, která vyžaduje prolomení fundamentálních principů vlády práva, se přitom drží principu, že státní orgán sice nakonec bude muset jednat mimoprávně, bude-li chtít zachránit stát, avšak toto jednání bude absolutně protiprávní a jeho aktér bude případně potrestán.<sup>127</sup>

Na uvedených příkladech pozic, které odmítají chápat výjimečný stav (přínejmenším v úzkém smyslu opatření umožňujících prolamovat i základní principy právního státu) jako právní institut, je patrné, že jednání ve výjimečné situaci vytěsňují do sféry mimoprávní fakticity. Jejich přístup je pak však v podstatě pokrytecký. Buď totiž po představiteli moci chtějí, aby jednal sice mravně a správně, avšak protiprávně (s vědomím, že může být potrestán), což jej vede do schizofrenní pozice, nebo stát a ústavní řád odsuzují vědomě k destrukci, a třeba i k následnému nástupu totalitní moci, a to ve jménu absolutní integrity vlády zákona.

## Závěr

Domnívám se, že při hledání odpovědi na potřebnost ústavního zakotvení výjimečného stavu ve smyslu zmocnění exekutivy k překračování běžně platných norem v krizových situacích, je nutné vyjít z jeho účelu, jímž je ochrana státu a ústavního řádu. Chápeme-li stát jako mocenský systém garantující na určitém území bezpečí a jednotný, vymahatelný právní řád, pak je zachování státu a ústavního řádu *conditio sine qua non* právního státu. Pokud tedy připustíme, že stát může být ve jménu striktního trvání na principu právního státu destruován, popřeme v konečném důsledku i tento princip sám. To je cesta, k níž vedou snahy výjimečný stav z práva vytěsnit nebo redukovat pouze na velmi striktně regulovanou pravomoc omezenou nejrůznějšími materiálními a procedurálními principy. Pokud však naopak připustíme, aby byl ve jménu zachování státu opuštěn princip právního státu, vytratí se smysl existence státu. K tomuto důsledku vedou snahy vystačit si s nepsaným výjimečným stavem jako absolutně platným právem státu na sebezáchovu. Volání po „řešení“ extrémních krizových situací protiprávním, faktickým jednáním státního orgánu má přitom podobnou konsekvenci. Jedinou cestou, která umožní v situaci existenciálního ohrožení státu zachovat stát i právní stát, je zakotvení výjimečného stavu v ústavním řádu v tak široké podobě, jež za každých okolností zajistí ústavní konformitu opatření, která je k záchraně státu a obnově ústavní normality třeba provést. Jistě, ani v tomto případě nelze vyloučit zneužití, které se navíc bude opírat o punc formálního

<sup>126</sup> THOMPSON, T. Emergency strategies for prescriptive legal positivists: anti-terrorist law and legal theory. In: RAMRAJ, V. J. *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 201–229, zde s. 228.

<sup>127</sup> Mark Tushnet proto uvádí, že Dyzenhaus paradoxně „ponechává větší prostor pro normativně ovlivněnou politiku než profesor Gross“ (TUSHNET, M. *The political constitution of emergency powers*, s. 145). Zároveň lze však podotknout, že sotva který představitel státu by na sebe v případě krize vzal odpovědnost jednat vědomě a explicitně protiprávně (aniž by se dovolával alespoň všeobecně uznávaného právního principu). Viz tak SCHEUERMAN, W. *Survey Article*, s. 72 a TUSHNET, M. *The political constitution of emergency powers*, s. 150, pozn. 19.

souladu s právem. Vždy bude hrozit, že příslušný orgán nesprávně vyhodnotí důvody pro vyhlášení výjimečného stavu, že bude činit opatření zjevně neproporcionální účelu (zvláště pokud sama hrozba bude vyhodnocena nesprávně) a že bude zbytečně výjimečný stav prodlužovat. Tato rizika však nelze řešit právně, nýbrž jen politicky. V případě fungujícího právního státu a občanské společnosti je existující politická kontrola silnou prevencí jakéhokoli zneužití. V případě, kdy jsou právní stát a ústavní řád jako celek již ohroženy, může být výjimečný stav založený na generální klauzuli v ústavě naopak jedinou cestou, jak efektivně zabránit jeho úplné, byť legální destrukci.

## State of Emergency and Limits of the Rule of Law

Vojtěch Belling

**Abstract:** Despite the fact that emergency governance, extraordinary measures, and state of exception are popular subjects of current legal, political and philosophical discussions, there is often a terminological confusion about the object of such investigation. In the present article, the state of emergency is defined as a legal institute consisting of a set of measures that the state authority uses to overcome the situation of a serious existential crisis threatening the existence of the state or its constitutional order. The state of exception needs to be distinguished from other states of emergency which respond to crisis situations that do not threaten the existence of the state. At the same time, it must be distinguished also from legal regimes that are designed as a response to those crises endangering the existence of the state that can be anticipated. Unlike these “limited” legal regimes, the state of exception is based on a general clause. Although such a broad legal regime can be considered as an integral part of any constitutional order, I argue that it is *de lege ferenda* more appropriate.

**Key words:** state of exception, state of emergency, emergency government, emergency powers, rule of law