

## STATI

# Stav ústavní nouze

Jakub Dienstbier\*

**Abstrakt:** Tento článek se zabývá analýzou institutu stavu ústavní nouze, přičemž dochází k následujícím poznatkům. Ke vzniku tohoto stavu dochází v případě, kdy ústava explicitně, konkrétně a určitě nereguluje způsob veřejnomocenské reakce na nastalou mimořádnou situaci, kterou je nezbytné řešit. Jde tak o případ mezery v ústavě, jež může mít podobu mezery pravé, nepravé i smíšené. Právě smíšené mezery budou s ohledem na současný stav teorie ústavního práva nastávat nejčastěji, neboť k zaplnění mezery budou vyzývat jak ustanovení organizační, tak lidskoprávní části ústavy. Toto zaplnění může mít především podobu výkonu výsoštné pravomoci ústavního orgánu, jehož činnost byla v důsledku mimořádné situace znemožněna, aniž byl výslovně stanoven způsob jeho nahrazení. Nicméně kompetence k zaplnění mezery ve stavu ústavní nouze není bezbřehou, neboť musí splňovat požadavek subsidiarity, proporcionality, účelové vázanosti a souladnosti s mezinárodním právem veřejným. Stav ústavní nouze pak automaticky končí, když pominou okolnosti jej vyvolávající; jednání za něj učiněná jsou však od počátku učiněna v souladu s právním řádem. Stav ústavní nouze je ovšem třeba pokládat za kontroverzní institut, a to mj. s ohledem na tvrzenou anormativnost, účelovost a nerepublikánský charakter ústavní nouze, pouze implicitní podobu zmocnění, spornost nezbytnosti dotvoření ústavy, problematický poměr dotváření ústavy k ústavodárné moci nebo možnému riziku zneužití a institucionalizace rozšířeného předmětu ústavní nouze.

**Klíčová slova:** ústavní nouze, stav ústavní nouze, mimořádné stavy, mimořádné vládnutí, ústavní nezbytnost, mezera v právu, implicitní pravomoc

## Úvod

Ústava je v podstatě mírovým řádem.<sup>1</sup> Je tak velmi dobře představitelné, že bude upravovat pouze takové modely vládnutí (výkonu veřejné moci), které z objektivních důvodů nebude možné využít v situaci zásadního ohrožení ústavního řádu, nebo které nebudou stačit na potlačení takové mimořádné situace, přičemž alternativy výslovně v ústavě upraveny nebudou. Jinými slovy, bude potřeba uchýlit se k mimořádnému vládnutí, jehož explicitní zakotvení bychom v ústavních zákonech hledali jen marně. Tento naléhavý nedostatek ústavních předpisů nazvěme stavem ústavní nouze.

S termínem „ústavní nouze“ nebo též „ústavní nezbytnosti“ se lze setkat v zahraniční doktríně.<sup>2</sup> Velmi známá je však i v českém právním prostředí, a to především pro jeho

\* JUDr. Jakub Dienstbier. Katedra ústavního práva, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: dienstbierj@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4284-3159>. Výzkum byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy (projekt č. 376320, *Mimořádné vládnutí v českém ústavněprávním kontextu*). Za cenné připomínky by autor rád poděkoval Janu Kyselovi, Vojtěchu Mišákoví a Anně-Bettině Kaiser z Právnické fakulty Humboldtovy univerzity v Berlíně.

1 HÄFELIN, U. – HALLER, W. – KELLER, H. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. 8. vydání. Zürich: Schultess, 2012, s. 584.

2 Srov. např. PAULSEN, M. S. The Constitution of Necessity. *The Notre Dame Law Review*. 2004, vol. 79, no. 4; WOLF-PHILIPPS, L. Constitutional legitimacy: A study of the doctrine of necessity. *Third World Quarterly*. 1979, vol. 1, no. 4; STAVSKÝ, M. The Doctrine of State Necessity in Pakistan. *Cornell International Law Journal*. 1983, vol. 16, no. 2; MAHMUD, T. Jurisprudence of Successful Treason: Coup d'Etat & Common Law. *Cornell International Law Journal*. 1994, vol. 27, no. 1. V německojazyčném prostředí je užívání toho pojmu velmi časté, srov. proto za všechny (včetně literatury tam uvedené)

používání v kontextu jednání československé exilové politické reprezentace v rámci tzv. Prozatímního státního zřízení za druhé světové války.<sup>3, 4</sup> V odborných pracích se ovšem, v návaznosti na francouzskou, německou a rakouskou doktrínu, objevovalo již v době okolo první světové války a po ní.<sup>5</sup> Dosud však nedošlo ke komplexnímu zhodnocení tohoto fenoménu, což je cílem tohoto článku, a to z hlediska teorie mimořádného vládnutí (nikoliv obecné teorie práva). Pro postup analýzy se volně inspirujeme systematickou rozboru (především švýcarského) systému právní úpravy mimořádného vládnutí Ralpa Trümplera<sup>6</sup> – budeme se tak postupně zabývat vznikem, předmětem, obsahem, mezím a skončení stavu ústavní nouze. Následně se zmíníme i o problémech či kontroverzích, které s koncepcí stavu ústavní nouze souvisejí.

Konečně je třeba podotknout, že pro účely analýzy stavu ústavní nouze vycházíme z teorie normativního institucionalismu jako právněteoretického základu (zejména pokud jde o pojem práva, vládnutí a institucionalizace), přičemž naši argumentaci koncipujeme s ohledem na její použitelnost v prostředí demokratických právních států s republikánskou státní formou (ústavní republiky).

## 1. Vznik ústavní nouze

Ke vzniku stavu ústavní nouze dochází při současném splnění dvou podmínek. První podmínka je splněna, pokud v objektivní realitě nastaly takové skutkové okolnosti, jejichž obecnou, určitou, ale zároveň situačně-specifickou normativní úpravu ústavní zákony výslovně neobsahují. Zde tedy hrají důležitou roli popisné informace, referující o fakticky nastalém stavu věcí (bytí). Nejsou však jedinými. Samotný úsudek o absenci účinné ústavní úpravy řešení situace je už založen na informacích praktických; nelze jej tak exaktně prokázat. Stejně je tomu u druhé podmínky. Spočívá totiž na obecně akceptovatelném zaujetí stanoviska o nezbytnosti (nutnosti) přijetí normativního řešení na podkladě stá-

---

TRÜMPLER, R. *Notrecht. Eine Taxonomie der Manifestationem und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda*. Zürich: Schulthess, 2012; ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre*. 17. vydání. München: C. H. Beck, 2017, s. 255 an.; KAISER, A.-B. *Ausnahmeverfassungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020.

- <sup>3</sup> Srov. výběrově MEISSNER, A. Právní kontinuita. In: *Sborník věd právních a státních*. Praha: Bursík a Kohout, 1946, roč. 44–46, s. 21–22; POŠVÁŘ, J. Kontinuita státu a práva československého. *Právník*. 1947, roč. 86, č. 8–9, s. 256 an. Z novější doby pak PAVLÍČEK, V. Předmět ústavního práva a obecné státovědy. In: PAVLÍČEK, V. a kol. *Ústavní právo a státověda. 1. díl. Obecná státověda*. Praha: Linde, 1998, s. 23; KUKLÍK, J. *Mýty a realita tzv. „Benešových“ dekretů: dekrety prezidenta republiky 1940–1945*. Praha: Linde, 2002, s. 61 an.; SUCHÁNEK, R. Nouzové zákonodárství. In: PAVLÍČEK, V. a kol. *Bezpečnost České republiky a potřeba ústavních změn*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2004, s. 33; GRONSKÝ, J. *Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. I., 1914–1945*. Praha: Karolinum, 2005, s. 433; MARŠÁLEK, P. *Pod ochranou hákového kříže: nacistický okupační režim v českých zemích 1939–1945*. Praha: Auditorium, 2012, s. 224 an.; KLÍMA, K. *O právu ústavním*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012, s. 74.
- <sup>4</sup> Bez přímé spojitosti s Prozatímním státním zřízením se tento termín objevuje v JIRÁSEK, J. Vyhlašování mimořádných stavů. In: PAVLÍČEK, V. a kol. *Bezpečnost České republiky a potřeba ústavních změn*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2004, s. 84; PREUSS, O. Teorie ústavy. Ústavní a demokratický právní stát. In: RESCHOVÁ, J. – KINDLOVÁ, M. – GRINC, J. – PREUSS, O. – ANTOŠ, M. *Státověda: stát, jednotlivec, konstitucionalismus*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2019, s. 185.
- <sup>5</sup> Srov. BAXA, B. *Sněm království českého*. Praha: Josef R. Vilímek, 1914, s. 31; WEYR, F. *Základy filosofie právní (Nauka o poznávání právníckém)*. Brno: A. Piša, 1920, s. 103–104; KREJČÍ, J. *Delegace zákonodárné moci v moderní demokracii*. Praha: Nakladatel Jan Košatka, 1924, s. 28, 38–39, 50–51; KREJČÍ, J. *Nařízení contra legem*. Praha: Parlament, 1927, s. 7 an. KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*. Praha: Moderní stát, 1931, s. 96; WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 307–308.
- <sup>6</sup> Srov. TRÜMPLER, R. *Notrecht*, s. 34–63.

vající ústavy,<sup>7</sup> v kontextu mimořádného vládnutí pak v návaznosti na závěr o přistoupení k mimořádnému vládnutí. Jde tedy v podstatě o rozhodnutí dotvořit ústavní úpravu v rámci dosavadního ústavního řádu, tj. stále v kategoriích moci ustavené (*pouvoir constitué*). Absence explicitní ústavní úpravy vyvolávající stav ústavní nouze se však musí dotýkat fungování ústavního systému jako takového,<sup>8</sup> nikoliv jen jistého „nepohodlí“, které dodržení ústavního textu pro ústavní orgány může vyvolat.<sup>9</sup> Typickým příkladem stavu ústavní nouze je tak znemožnění činnosti ústavního orgánu, kterému je ústavně svěřena výsostná kompetence, aniž by byl současně stanoven způsob jejího náhradního výkonu.<sup>10</sup> Za mimořádné situace se tak může stát např. usmrcením členů zákonodárského sboru nebo jejich nemožností se sejit v usnášeníschopném počtu v důsledku teroristického útoku nebo živelné katastrofy, případně znemožněním řádné činnosti justice (soudů a orgánů veřejné žaloby) v prostoru bojových operací a na území okupovaného válečným nepřítelem. Jako další klasický příklad může posloužit naléhavá potřeba okamžitě podniknout jednání, jež ze strany zmocněného orgánu podniknout v daném čase a za daných okolností není možné.

## 2. Předmět ústavní nouze

Již z okolností vzniku stavu ústavní nouze je zřejmé, že jde o případ mezery v ústavním zákoně.<sup>11</sup> V české právní nauce byla otázkám právních mezer, jejich kategorizaci a možnostem dotváření práva věnována v uplynulých desetiletích značná pozornost;<sup>12</sup> můžeme se

<sup>7</sup> Srov. KÖRBEL, P. Doslov ke kontinuitě práva. *Právník*. 1947, roč. 86, č. 10, s. 283 (mluvící o naléhavé potřebě změn a doplnění právního řádu); POŠVÁŘ, *Kontinuita státu a práva československého*, s. 256 (mluvící o nutnosti tvorby právních norem).

<sup>8</sup> Shodně HALLER, W. – KÖLZ, A. – GÄCHTER, T. *Allgemeines Staatsrecht*. 6. vydání. Zürich: Schulthess – Nomos, 2020, s. 142. Autoři mezi podmínky vzniku ústavní nouze řadí 1) existenciální ohrožení státu nebo plnění jeho úkolů a 2) nemožnost podniknout nezbytná opatření v ústavě explicitně předvídaným způsobem.

<sup>9</sup> V českém kontextu došlo při zajišťování bezpečnosti republiky minimálně ke dvěma případům, kdy rozhodující aktéři zanedbali ústavní text. V obou případech došlo k překročení předem daného souhlasu Parlamentu s nasazením části ozbrojených sil v zahraničí; šlo konkrétně o přesun části polní nemocnice z Albánie do Turecka v reakci na zemětřesení v roce 1999 a vyslání vojenských jednotek na Slovensko k postavení provizorního přístřeší pro ukrajinské uprchlíky v roce 2022. Přestože lze důvodně kritizovat čl. 43 Ústavy *de constitutione ferenda*, ani v jednom uvedeném případě nešlo o stav ústavní nouze. Byť byly obě akce motivovány humanitárními důvody, nedotýkaly se fungování ústavního řádu.

<sup>10</sup> Srov. HOETZEL, J. Příspěvky k výkladu ústavní listiny. In: *Sborník věd právních a státních*. Praha: Bursík a Kohout, 1925, roč. 25, č. 2, s. 140–141 (mluvící o „absolutní technické nemožnosti pravidelných prostředků“, zvláště nemožnosti, aby se sešel parlament); MEISSNER, A. *Právní kontinuita*, s. 21–22 (mluvící o nemožnosti svolat parlament); NEUBAUER, Z. Kontinuita našeho ústavního práva. *Právník*. 1945, roč. 84, č. 9, s. 291 (mluvící o „prosté faktické či technické nemožnosti postupovati přesně podle ústavy“); POŠVÁŘ, J. *Kontinuita státu a práva československého*, s. 256 (mluvící o nouzi nepřipouštějící aplikaci předpisů ústavy); PAVLÍČEK, V. *Předmět ústavního práva a obecné státopědy*, s. 23 (mluvící o nemožnosti parlamentu nebo jiného orgánu ústavou výlučně zmocněného zaplnit mezeru).

<sup>11</sup> Srov. KAISER, A.-B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 340; PAVLÍČEK, V. *Předmět ústavního práva a obecné státopědy*, s. 23; JIRÁSEK, J. *Vyhlašování mimořádných stavů*, s. 84; PREUSS, O. *Teorie ústavy. Ústavní a demokratický právní stát*, s. 185; KLEIN, E. Funktionsstörungen in der Staatsorganisation. In: ISENSEE, J. – KIRCHHOF, P. (hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XII, Normativität und Schutz der Verfassung*. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 2014, s. 931; KLEIN, E. Innerer Staatsnotstand. In: ISENSEE, J. – KIRCHHOF, P. (hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XII, Normativität und Schutz der Verfassung*. 3. vydání. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 2014, s. 969.

<sup>12</sup> Srov. především WEINBERGER, O. *Norma a instituce: úvod do teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 200 an.; KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 65 an.; HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace: ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 18 an.; KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 200 an.; TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2010, s. 245 an.; MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 213 an., 223 an.; GERLOCH, A. –

proto opřít o tyto poznatky. Především jde o Hlouchův závěr o zásadním přijetí teorie mezer ze strany současné právní teorie i praxe;<sup>13</sup> nebudeme se tedy zabývat její obhajobou. Existenci mezer v zákoně tak přijmeme jako výchozí předpoklad. Dále je třeba ujasnit, že vzhledem ke shora uvedenému vymezení vzniku stavu ústavní nouze půjde o mezeru v (ústavním) zákoně, nikoliv mezeru v (ústavním) právu.

Pro naše účely se zdá být klíčová kategorizace mezer na mezery pravé a nepravé,<sup>14</sup> posléze doplněná ještě o mezery smíšené.<sup>15</sup>

Pravou (technickou, logickou) mezerou se rozumí neúplnost psaného práva, tj. situace, kdy pro rozhodnutí určitého případu, respektive aplikaci určitého ustanovení je nezbytná existence jiné pozitivní zákonné úpravy, jež nicméně absentuje.<sup>16</sup> V našem případě půjde o situaci, kdy v ústavním zákoně nalezneme příslib ústavní úpravy mimořádného vládnutí, která však nebyla přijata.<sup>17</sup>

Mnohem častější jsou však mezery nepravé (teleologické, axiologické), tedy případy, kdy na neúplnost psaného práva usoudíme z hlediska principů, hodnot nebo účelů.<sup>18</sup> V oboru mimořádného vládnutí půjde o situace, kde v ústavním zákoně nejsou vůbec zakotveny instituty mimořádného vládnutí, případně zakotveny jsou, avšak nedostatečně (neupravují způsob řešení konkrétní nastalé mimořádné situace nebo ji neumožňují vyřešit).

Vzhledem k širokému předmětu moderních ústav<sup>19</sup> a povaze jejich ustanovení<sup>20</sup> lze mít za to, že co do úpravy mimořádného vládnutí budou nejčastěji nastávat mezery smíšené. Smíšená mezera kombinuje pravou a nepravou mezeru; teleologickou argumentací dojdeme k závěru, že ústava vyžaduje naplnění určitého cíle, avšak k jeho dosažení chybí psaná ústavněprávní úprava.<sup>21</sup> V takovém případě, dospějeme-li k poznatku o nezbytnosti zaplnění mezery (viz výše o vzniku stavu ústavní nouze), lze dovodit kompetenční normu.<sup>22</sup>

TRYZNA, J. Závažnost právních textů při interpretaci a aplikaci práva soudy a argumentace *lege artis*. In: GERLOCH, A. – TOMÁŠEK, M. a kol. *Nové jevy v právu na počátku 21. století. II, Teoretické a ústavní impulzy rozvoje práva*. Praha: Karolinum, 2010, s. 36 an.; WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 168 an.; HLOUCH, L. Teorie mezer a současné právní myšlení. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 2; TVRDÍKOVÁ, L. Teorie mezer a nejednotný přístup k nim v soudní praxi. *Jurisprudence*. 2019, roč. 28, č. 6.

<sup>13</sup> HLOUCH, L. *Teorie mezer a současné právní myšlení*, s. 129.

<sup>14</sup> Srov. HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace*, s. 18; MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 225–227; TVRDÍKOVÁ, L. *Teorie mezer a nejednotný přístup k nim v soudní praxi*, s. 32.

<sup>15</sup> MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 232; TVRDÍKOVÁ, L. *Teorie mezer a nejednotný přístup k nim v soudní praxi*, s. 35.

<sup>16</sup> MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 225; HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace*, s. 18.

<sup>17</sup> V takové situaci se nacházelo Slovensko, a to od 1. 1. 1993 do 1. 5. 2002. Dle čl. 102 písm. d) ústavního zákona č. 460/1992 Zb., Ústava Slovenskej republiky, mohl slovenský prezident vyhlášovat výjimečný stav, avšak na základě ústavního zákona, který ale byl přijat až s účinností od 1. 5. 2002 (jedná se o *ústavní zákon č. 227/2002 Z. Z., o bezpečnosti štátu v čase vojny, vojnového stavu, výnimočného stavu a núdzového stavu*).

<sup>18</sup> MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 227; HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace*, s. 18; TVRDÍKOVÁ, L. *Teorie mezer a nejednotný přístup k nim v soudní praxi*, s. 33; KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 205 an.

<sup>19</sup> Prieto Sanchis tento rys moderního chápání ústav (neokonstitucionalismu) označil za „vsudypřítomnost“ ústav (srov. GÁBRIŠ, T. *Preskriptivná teória práva. Metodológia aplikácie práva pre súčasnosť*. Bratislava: VEDA, 2020, s. 195). Pokud totiž začneme aplikovat doktrínu přímé aplikace ústav a prozařování jejich ustanovení, pak stěží najdeme společenský vztah upravený právním řádem, ke kterému alespoň nějaká ústavní ustanovení nebude mít co říci.

<sup>20</sup> Jak uvádí, v návaznosti na Ernsta-Wolfganga Böckenfördeho (a Pavla Holländera), Jan Kysela, v ústavních textech „převážují principy, programové věty, obecná ustanovení o cílech, či lapidární formulace, namnoze navazující na ústavní tradici“. (KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 50).

<sup>21</sup> MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 232; TVRDÍKOVÁ, L. *Teorie mezer a nejednotný přístup k nim v soudní praxi*, s. 35.

V ústavních textech lze takovou teleologickou normu (příkaz k dosažení cíle) dovodit z různých ustanovení. V prvé řadě jde o povšechná ustanovení ukládající státu (veřejné moci) zajistit bezpečnost svou a svých občanů.<sup>23</sup> Dále jde o ustanovení, která všeobecně charakterizují postavení ústavního orgánu a rámcově vymezují jeho úkolů a kompetencí. Typicky jde o hlavu státu, vládu nebo předsedu vlády. Může jít jak o ustanovení přímo vztahovaná k zajišťování bezpečnosti,<sup>24</sup> tak i k obecnému postavení ústavního orgánu v ústavním systému.<sup>25</sup> Jako třetí podklad pro argumentaci o existenci smíšené mezery mohou posloužit i sliby ústavních funkcionářů,<sup>26</sup> příkladem za všechny budiž slib polského prezidenta „*střežit důstojnost národa, nezávislost a bezpečnost státu*“ v čl. 130 polské ústavy.

Nicméně není nutné zůstávat pouze v oblasti organického ústavního práva. Na smíšenou mezeru lze usoudit, i pokud se opřeme o ustanovení zakotvující základní práva a svobody.<sup>27</sup> Pokud totiž uznáme, že z ústavně zaručených základních práv a svobod plynou pro veřejnou moc nejen negativní, ale i pozitivní závazky<sup>28</sup> včetně povinnosti přijmout náležitou právní úpravu k ochraně a realizaci základních práv, pak v podstatě měníme normologický charakter lidskoprávních norem. Ty totiž tradičně byly chápány jako normy dovolující, tj. vyjadřující normativní modalitu dovolení spolu s implicitním zákazem do dovolení zasahovat.<sup>29</sup> Přijmeme-li ale široce formulovanou doktrínu pozitivních závazků, pak se normativní modalita lidskoprávních norem mění z dovolení (pro nositele – osoby) na příkaz, respektive na zmocnění (pro adresáty – veřejnou moc). Podpoříme-li navíc doktrínu pozitivních závazků argumentací o bytostném sepětí opravdové realizace základních práv pouze ve státně organizované společnosti,<sup>30</sup> získáme tím ústavně přikázaný cíl a zmocnění k vyplnění mezery.<sup>31</sup> Právě na význam pozitivních závazků, vyžadujících po

<sup>22</sup> Srov. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*. Praha: Filosofie, 1997, s. 45. Jak uvádí Weinberger, nejde o porušení dichotomie popisných a praktických vět, neboť normativní závěr (kompetenční norma) jsme dovodili z praktické premisy (intendovaný cíl). Pro ústavní teorii viz i ústavněprávní argument „kdo má dovolený cíl, má dovolené i jednání k němu směřující“ v práci FILIP, J. *Ústavní právo České republiky. 1. Základní pojmy a instituty, ústavní základy ČR. 4., opravené a doplněné vydání*, v nakl. Doplněk 2. opravené a doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 319.

<sup>23</sup> Taková ustanovení nalezneme kupříkladu v čl. 1 českého ústavního zákona č. 110/1998 Sb., v čl. 1 odst. 1 slovenského ústavního zákona č. 227/2002 Z. z., v čl. 5 polské ústavy, v čl. 9a odst. 1 rakouského spolkového ústavního zákona, v čl. 2 švýcarské ústavy nebo v čl. 9 písm. a) portugalské ústavy.

<sup>24</sup> Příkladem budiž čl. 5 a čl. 21 francouzské ústavy, čl. 126 odst. 1 a 2, čl. 146 odst. 4 bod 7 a 8 polské ústavy nebo čl. 120 portugalské ústavy.

<sup>25</sup> Jde o různé, známé formulace o vládě jako „*vrcholném orgánu výkonné moci*“ nebo o hlavě státu, jež má „*zabezpečovat řádný chod ústavních orgánů*“. Užívání těchto obecných formulací je však velmi zrádné, neboť v různém kontextu mohou komunikovat velmi odlišný význam. Navíc se nemusí týkat pouze exekutivních orgánů, ale např. Ústavního soudu jako „*soudního orgánu ochrany ústavnosti*“. K možným odlišným významům na příkladu čl. 83 Ústavy o českém Ústavním soudu viz DERKA, V. – HORÁK, F. – DIENSTBIER, J. Ústavní soud je soudním orgánem ochrany ústavnosti. Ale co to znamená?. *Právník*. 2021, roč. 160, č. 11.

<sup>26</sup> PAULSEN, M. S. *The Constitution of Necessity*, s. 1261 an.

<sup>27</sup> KAISER, A.-B., *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 339–340.

<sup>28</sup> Což je v evropském ústavním myšlení, mj. s ohledem na silný vliv judikatury Evropského soudu pro lidská práva, v současné době převažující postoj. Srov. BARTOŇ, M. Úvod do teorie základních práv. In: BARTOŇ, M. a kol. *Základní práva*. Praha: Leges, 2016, s. 60–62.

<sup>29</sup> Srov. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 141; PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. 2. vydání. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s. 110.

<sup>30</sup> V anarchii (bezstátní společnosti), jež by vznikla v důsledku nezvládnuté mimořádné situace, by lidskoprávní standard byl velmi nízký. Srov. SUCHÁNEK, R. Omezení základních práv v mimořádných situacích. In: PAVLÍČEK, V. a kol. *Právo a bezpečnost státu: sborník statí*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2002, s. 63; POSNER, R. A. *Not a suicide pact: the constitution in a time of national emergency*. New York: Oxford University Press, 2006, s. 46–47.

<sup>31</sup> Srov. KAISER, A.-B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 339–340.

státu aktivní řešení mimořádné situace, tedy mimořádné vládnutí, bylo opakovaně poukázáno v době koronavirové pandemie.<sup>32</sup>

### 3. Obsah a meze ústavní nouze

Obsahem ústavní nouze je implicitní zmocnění k vyplnění mezery v ústavním zákoně,<sup>33</sup> tj. k takovému jednání orgánů veřejné moci, které by jinak (mimo stav ústavní nouze) bylo považováno za protiústavní.<sup>34, 35</sup> Typickým příkladem je přípustnost náhradního výkonu výsostné kompetence jednoho ústavního orgánu (například parlamentu při výkonu zákonodárné moci) jiným, ústavně výslovně nezmocněným orgánem veřejné moci (například vládou) nebo možnost zřizovat zvláštní orgány veřejné moci mimo postup zachycený explicitně v ústavě.

Takové nouzové zmocnění však není absolutní a všezahrnující; opak by znamenal úplné opuštění a následný zánik stávajícího ústavního řádu. Jednání orgánů veřejné moci ve stavu ústavní nouze je omezeno požadavky subsidiarity, účelové vázanosti, proporcionality

<sup>32</sup> Srov. BÍLKOVÁ, V. *Koronavirová krize a lidská práva*. Praha: Ústav mezinárodních vztahů, Centrum mezinárodního práva, 2020. Dostupné z: <<https://www.iir.cz/koronavirova-krize-a-lidska-prava-2>>; MAVRONICOLA, N. Positive obligations in crisis. In: *Strasbourg Observers* [online]. 2020 [cit. 2021-12-21]. Dostupné z: <<https://strasbourgeoisobservers.com/2020/04/07/positive-obligations-in-crisis/>>; STUBBINS BATES, E. COVID-19 Symposium: Article 2 ECHR's Positive Obligations – How Can Human Rights Law Inform the Protection of Health Care Personnel and Vulnerable Patients in the COVID-19 Pandemic? In: *OpinioJuris* [online]. 2020 [cit. 2021-12-21]. Dostupné z: <<http://opiniojuris.org/2020/04/01/covid-19-symposium-article-2-echrs-positive-obligations-how-can-human-rights-law-inform-the-protection-of-health-care-personnel-and-vulnerable-patients-in-the-covid-19-pandemic/>>.

<sup>33</sup> Jeden z anonymních recenzentů vyjádřil pochybnost o tom, zda lze konstatovat mezeru v ústavním zákoně, když se objevování mezer v běžných zákonech děje s ohledem na důsledky plynoucí z nadřazeného souboru právních norem, tedy s ohledem na ústavu. Ústavní zákony se ale nachází na vrcholu právního řádu, a proto, dle recenzenta, nelze takovou mezeru konstatovat, ledaže by tak učinila moc ustavující. Dle názoru autora článku se zjištění mezery (v ústavních) zákonech neděje pouze s ohledem na požadavky plynoucí z vyššího souboru norem, ale také pro systémové důvody dané úrovní právního řádu. Některé normy nadané formálně stejnou právní silou, tedy nacházející se na hierarchicky stejném stupni právního řádu s ohledem na jejich delegační i derogiční souvislost, jsou důležitější, a to s ohledem na svůj význam, obsah a rozsah. Pokud jde o ústavní úroveň, mohou ústavní principy a ústavní teleologické normy vyvolávat nutnost normativní existence psaných ústavních pravidel, která ale v ústavním textu nenajdeme. Při vyplňování mezery, dovoleném navíc pouze v extrémním případě ohrožení ústavního řádu jako takového, tak orgán moci ustavené stále respektuje vůli moci ustavující. Uznáváme však, že jde o poměrně kontroverzní postoj, jak ostatně uvádíme v závěrečné části článku.

<sup>34</sup> Srov. PAVLÍČEK, V. Mýty a realita prezidentských dekretů. In: PAVLÍČEK, Václav. *O české státnosti. 1. Český stát a Němci*. Praha: Karolinum, 2002, s. 387. Obdobné stanovisko v německé ústavní nauce zastává Eckart Klein (srov. KLEIN, E. *Innerer Staatsnotstand*, s. 969 an.). Viz též JAKAB, A. German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency. *German Law Journal*. 2005, vol. 7, no. 5, s. 473. V tomto ohledu jde, jak autora upozornil Jan Kysela, o institut podobný Schmittově koncepci komisařské diktatury, neboť také v ní se komisařský diktátor odchyluje od dílčích částí ústavy za účelem její zachrany jako takové (srov. SCHMITT, C. *Dictatorship*. Cambridge – Malden: Polity Press, 2014, s. 127 an.; SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 153 an.; KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 129). Přesto není komisařská diktatura se stavem ústavní nouze zcela totožná; komisařská diktatura není *a priori* omezena pouze na případy mezer a nemá stanoveny určitější meze, jako je tomu u stavu ústavní nouze.

<sup>35</sup> Zde lze vysledovat podobnost (nikoliv totožnost!) stavu ústavní nouze a jiných „stavů (krajní) nouze“, zejména v právu trestním, občanském nebo mezinárodním. Analogie mezi těmito dvěma instituty tkví v tom, že v obou případech jde o jednání, které by jinak bylo protiprávní, tj. by mimo nastalé okolnosti nebylo právně dovolené (zmocněné). Pokud by nenastaly podmínky zapříčínující vznik ústavní nouze, nebylo by zaplnění mezery tohoto charakteru mimo formální proces ústavních změn a doplňků (dodatků) dovoleno stejně, jako by kupříkladu v právu trestním nebylo dovoleno mimo okolnosti krajní nouze způsobovat škody na majetku. Povahy jednání se však v obou institutech (stavu ústavní nouze a ostatních krajních nouzích) odlišuje, a proto nejde o instituty shodné (stejně), nýbrž pouze podobné, analogické.

a souladnosti s mezinárodním právem veřejným. Tyto meze vyplývají jednak z povahy ústavní republiky (jejích řídicích idejí),<sup>36</sup> jednak z *lege artis* postupů dotváření práva v případě mezery.<sup>37</sup>

Požadavek subsidiarity nouzového výkonu veřejné moci je založen na právní závaznosti ústavy a jejím nadřazeném postavení v rámci právního řádu i státního mechanismu. Ústava totiž v prvé řadě váže svým textem a ústavodárcem výslovně přijatými instituty a procesy. Z tohoto důvodu mají explicitní ústavní nástroje mimořádného vládnutí, jejich částečné užití nebo alespoň užití analogické<sup>38</sup> vždy přednost před relativně volnou úvahou při vyplňování mezery.<sup>39, 40</sup>

Požadavek účelové vázanosti je v prvé řadě odvozen od účelu mimořádného vládnutí, jímž je zabránění nebo překonání konkrétní mimořádné situace.<sup>41</sup> V tomto stavu má ale ještě užší význam, který je dán předmětem ústavní nouze, a sice existencí mezery v ústavním zákoně. Z tohoto důvodu může jednání orgánů veřejné moci ve stavu ústavní nouze směřovat pouze k nezbytnému zaplnění takové mezery.<sup>42</sup> S ohledem na výše zmíněné typické příklady ústavní nouze a na strukturální ústavní princip věrnosti ústavních orgánů (*Verfassungsorgantreue*)<sup>43</sup> bude praktickým užitím požadavku účelové vázanosti povinnost ústavních orgánů směřovat své jednání k co možná nejrychlejšímu obnovení běžného fungování ostatních ústavních orgánů, jejichž činnost byla znemožněna mimořádnou situací.<sup>44</sup>

<sup>36</sup> Srov. PAVLÍČEK, V. Několik poznámek k právním principům v procesu transformace ústavních systémů. In: PAVLÍČEK, V. *O české státnosti. 2. O právech, svobodách a demokracii*. Praha: Karolinum, 2002, s. 167 (mluvící o vázanosti stavu ústavní nouze „*duchem ústavy*“ a účelem zajistit ústavně chráněné hodnoty).

<sup>37</sup> Obdobně píše Melzer, že je soudní moc při tvorbě práva (v případě mezer) vázána mezemi přípustné právní argumentace. Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 44.

<sup>38</sup> O možnosti použít analogii při vyplňování ústavní mezery ve stavu ústavní nouze píše Pavlíček; srov. PAVLÍČEK, V. *Předmět ústavního práva a obecné státnovědy*, s. 23.

<sup>39</sup> Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 223, 232, 243 an. K tomu, že výslovná úprava v ústavním právu má při rozhodování přednost viz též FILIP, J. *Ústavní právo České republiky*, s. 266. Analogii jako v podstatě běžnou metodu v právní argumentaci a aplikaci pak obhájí Marek Káčer; srov. KÁČER, M. *Na okraji krajnej nůdze. O prepisování zákonov počas ich aplikácie*. Praha: Leges, 2015, s. 95.

<sup>40</sup> K podmínce subsidiarity shodně PAULSEN, M. S. *The Constitution of Necessity*, s. 1287; FLOR, G. Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts. *Juristische Rundschau*, 1954, Nr. 4, s. 126; ISENSEE, J. Die Staatlichkeit der Verfassung. In: DEPENHEUER, O. – GRABENWARTER, Ch. (hrsg.). *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 258. Bohumil Baxa obdobně píše o podmínce vyčerpání všech ústavních prostředků a o vyloučenosti ústavní nouze, pokud lze „téžhož účinku dosáhnouti prostředkem v ústavě obsaženým“ (BAXA, B. *Sněm království českého*, s. 31). Podobně uvádí i Lukáš Kollert (v návaznosti na Hanse-Ernsta Folze) a Konrad Hesse, že je pro využití „nadpozitivního výjimečného stavu“ (v podstatě období stavu ústavní nouze) nutné evidentně vyčerpat všechny možnosti dané pozitivním (mysleno psaným) právem (srov. KOLLERT, L. *Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2021, roč. 29, č. 2, s. 256; HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. vydání. Heidelberg: C. F. Müller, 1999, s. 301). Konečně lze na podmínku subsidiarity usoudit s ohledem na podobnost stavu ústavní nouze k jiným „nouzovým“ institutům v ostatních právních odvětvích, tj. *per analogiam iuris* (viz poznámka pod čarou č. 35).

<sup>41</sup> Srov. PAVLÍČEK, V. *Mýty a realita prezidentských dekretů*, s. 387 (mluvící o vázanosti aktů veřejné moci učiněného za stavu ústavní nouze mimořádnou situací).

<sup>42</sup> Podobně KOLLERT, L. *Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě*, s. 255 (pro svou koncepci „nadpozitivního výjimečného stavu“).

<sup>43</sup> Srov. WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 5. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 34; GRÖPL, Ch. *Staatsrecht I*. 9. vydání. München: C. H. Beck, 2017, s. 347; SCHENKE, W.-R. *Die Verfassungsorgantreue*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

<sup>44</sup> Z tohoto důvodu se jednání exekutivy za ústavní nouze chápe ne jako jednání v rozporu s vůlí legislativy, nýbrž jako jednání náhrady (náhradníka, surrogáta) legislativy v situaci, kdy je její explicitní projev vůle nedosažitelný. Srov. BARON, D. L. – LEDERMAN, M. S. The Commander-in-Chief at the Lowest Ebb. Framing the Problem. *Harvard Law Review*. 2008, vol. 121, no. 3, s. 747–748.

Další požadavek má opět analogický předobraz v různých právních odvětvích; jde však o samostatný ústavní princip, jenž stojí v základu soudobého konstitucionalistického myšlení. Jde o povinnost postupovat při vyplňování ústavní mezery proporcionálně.<sup>45</sup> Části standardního testu proporcionality jsme již zmínili u podmínky subsidiarity a účelové vázanosti; jednání orgánů veřejné moci za stavu ústavní nouze musí být způsobilé dosáhnout sledovaného účelu (vhodnost, tedy i účelová vázanost), přičemž k tomuto dosažení není lepší alternativy (potřebnost, tedy i subsidiarita). Přiměřenost jednání ve stavu ústavní nouze se tak především zaměřuje na poměrování, respektive zvažování významu mimořádné situace ve vztahu k ústavní mezeře a způsobu jejího zaplnění. Přiměřenost *stricto sensu* má zajistit, aby se jednání v prostoru ústavní mezery skutečně omezilo jen na to, co je nezbytné k obnovení řádného fungování ústavních orgánů, tj. k návratu do sféry explicitního ústavního práva.<sup>46</sup> Tento požadavek též představuje rozhraničení mezi jednáním za ústavní nouze, tedy v rámci stávajícího ústavního řádu, a jednáním majícím povahu vzniku nového ústavního řádu.

Závěrečný požadavek respektu k závazkům plynoucím z mezinárodního práva je důsledkem vlivu mezinárodního práva na právní řády ústavních republik, respektive jejich vzájemného vztahu.<sup>47</sup> Především jde o respektování kogentních norem mezinárodního práva, stanovujících absolutní meze pro jakékoliv jednání států a státních institucí; ani ve stavu ústavní nouze proto nelze mučit, páchat genocidia nebo zavádět apartheid.

#### 4. Skončení ústavní nouze

Stav ústavní nouze automaticky končí, pomínou-li podmínky pro jeho vznik a trvání. Vzhledem k jeho podstatě (vyplňování právních mezer) a kontextu (řešení mimořádné situace) nejde o jednání protiprávní, neboť je kryto implicitními ústavními normami majícími především povahu ústavních principů,<sup>48, 49</sup> v případě smíšených mezer pak i konkrétním podkladem v ústavním ustanovení. Nicméně z hlediska právní jistoty a praktického (ústavního) zákonodárce bude velmi účelné, pokud bude jednání za stavu ústavní nouze posléze potvrzeno, dle povahy učiněného jednání, ústavním zákonem nebo zákonem přijatým řádnou procedurou, který právnost dotčeného jednání prohlásí s deklara-

<sup>45</sup> Shodně GRZESZICK, B. *Ungeschriebenes Verfassungsrecht*. In: DEPENHEUER, O. – GRABENWARTER, Ch. (hrsg.). *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, s. 442; FLOR, G. *Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts*, s. 127; HESSE, K. Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmestandes. *Juristenzeitung*, 1960, Jhrg. 15, Nr. 4, s. 106. Podobně KOLLERT, L. *Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě*, s. 255 (pro svou koncepci „nadpozitivního výjimečného stavu“). Taktéž Ústavní soud ČR v nálezu ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09 (část VI./a), uvádí, že je nutné dodržet princip proporcionality i při vyplňování ústavní mezery za mimořádné situace (válka, přírodní pohroma) ústavním zákonem *ad hoc* (tj. z materiálně-ideálního hlediska mimořádným opatřením přijatým ve formě ústavního zákona).

<sup>46</sup> Shodně GRZESZICK, B. *Ungeschriebenes Verfassungsrecht*, s. 442.

<sup>47</sup> Srov. Filipovu obecnou výkladovou direktivu pro ústavní právo, požadující respektovat souvislost ústavy a mezinárodních závazků, jakož i sladění výkladu domácí ústavy s ústavami rodiny demokratických právních států (FILIP, J. *Ústavní právo České republiky*, s. 303–304).

<sup>48</sup> Podobně považuje za součást „práva v širším smyslu“ jednání v „nadpozitivním výjimečném stavu“ i Lukáš Kollert, který uvádí, že takto učiněné jednání se opírá o zásadu tvořící „implicitní komponentu ústavy moderního státu, i pokud není výslovně uvedena v ústavním textu, a v existenční krizi ospravedlňuje přijetí opatření, jež jsou percipována jako nutná, i bez zákonného zmocnění“. Srov. KOLLERT, L. *Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě*, s. 255.

<sup>49</sup> U zaplňování mezer v zákonech jde obecně o princip účelnosti práva, princip (hodnotové) bezrozpornosti práva a princip formální spravedlnosti či rovnosti. Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 217.



torními účinky. Lze totiž očekávat, že bude sporné, kdo jednal ve stavu ústavní nouze a co v něm učinil. Přijetí „krycího“ právního předpisu bude každopádně zcela nezbytné, pokud akty učiněné za stavu ústavní nouze mají mít právní účinky i po jejím skončení.

## 5. Problémy ústavní nouze

Z výše uvedeného rozboru stavu ústavní nouze je zřejmé, že jde o institut vyvolávající určité spory. Hlavní problémy a kontroverze si nyní uvedeme a blíže rozebereme.

### 5.1 Anormativnost, účelovost a nerepublikánský charakter ústavní nouze

Nejjednodušší, ale také nejsilnější námitkou proti stavu ústavní nouze je, že jde o institut, který je jen „*stěžl o něco víc než racionalizací mimoústavního, protiprávního jednání za mimořádné situace*“.<sup>50</sup> Stav ústavní nouze za institut nemající oporu v ústavě a právním řádu vůbec, právně-politického či přímo jusnaturalistického charakteru,<sup>51</sup> označují takoví teoretici,<sup>52</sup> jako je Clinton Rossiter,<sup>53</sup> Gaston Jéze,<sup>54</sup> František Weyr,<sup>55</sup> Saikrishna Prakash,<sup>56</sup> Adolf Merkl,<sup>57</sup> Friedrich Koja<sup>58</sup> nebo Jaroslav Krejčí.<sup>59</sup>

První výtkou vůči ústavní nouzi je normativistický závěr o noetické chybnosti stavu ústavní nouze, neboť ten má plynout ze zdroje nezávislého na právním řádu, a sice z „nouze“ samotné.<sup>60</sup> Jde tak o nepřípustné narušení oddělenosti světa bytí a světa mětí. Toto porušení Humovy teze je však jen zdánlivé, neboť, jak jsme uvedli při rozboru vzniku ústavní nouze, neopírá se ústavní nouze pouze o existenci popisných informací (bytí), nýbrž hlavně o informace praktické, tj. o zaujetí stanoviska k objektivní realitě. Je-li tedy součástí premis kromě popisných informací i alespoň nějaká informace praktická, může být závěr povahy praktické informace.<sup>61</sup> Dále pokud je onou praktickou informací v premise stanovený cíl (účel), jež jsme identifikovali v různých ústavních ustanoveních organického i lidskoprávního charakteru (viz výše), může být závěr normativního charakteru (zmocnění k nouzovému výkonu veřejné moci směřujícímu k zaplnění mezery), pokud

<sup>50</sup> ROSSITER, C. L. *Constitutional dictatorship: crisis government in the modern democracies*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, s. 11.

<sup>51</sup> Je pravdou, že historicky vzato byl stav ústavní nouze obhajován právě z pozic nepsaného přirozeného práva; za příklad může posloužit KAUFMANN, E. On the problem of the people's will. In: JACOBSON, A. J. – SCHLINK, B. (eds). *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000, s. 202.

<sup>52</sup> A nejen oni; ústavní nouzi oponoval i Georg Jellinek, Hans Kelsen nebo Richard Thoma. Srov. SEIFERT, Jürgen. Die Abhör-Affäre 1977 und der Überverfassungsgesetzliche Notstand. *Kritische Justiz*. 1977, Jhrg. 10, Nr. 2, s. 105–106.

<sup>53</sup> Srov. ROSSITER, C. L. *Constitutional dictatorship*, s. 11, 106–114.

<sup>54</sup> Srov. KREJČÍ, J. *Delegace zákonodárné moci v moderní demokracii*, s. 38–39. Krejčí zde odkazuje na Jézeho publikaci *L'exécutif en temps de guerre* z roku 1917 (s. 112–118).

<sup>55</sup> Srov. WEYR, F. *Základy filosofie právní*, s. 103–104; WEYR, F. *Teorie práva*, s. 307–308.

<sup>56</sup> Srov. PRAKASH, S. The Constitution as Suicide Pact. *Notre Dame Law Review*. 2004, vol. 79, no. 4.

<sup>57</sup> Srov. MERKL, A. *Obecné právo správní. Díl první*. Brno: Orbis, 1931, s. 56.

<sup>58</sup> Srov. KOJA, F. *Allgemeine Staatslehre*. Wien: Manz, 1993, s. 398.

<sup>59</sup> Srov. KREJČÍ, J. *Delegace zákonodárné moci v moderní demokracii*, s. 51; KREJČÍ, J. *Nařízení contra legem*, s. 7 an.; KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 96.

<sup>60</sup> Srov. KREJČÍ, J. *Nařízení contra legem*, s. 66; WEYR, F. *Základy filosofie právní*, s. 103; WEYR, F. *Teorie práva*, s. 307–308; MERKL, A. *Obecné právo správní*, s. 56. Nejde však jen o názor normativistů; o nouzi (nezbytnosti) jako o autonomním prameni práva mluví v kontextu koncepce ústavní nouze i Oren Gross. Srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 46–47.

<sup>61</sup> Srov. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 45, 99.

se dospělo k poznání, že jde o jediný prostředek k dosažení tohoto cíle (zajištění národní bezpečnosti, platnosti právního řádu, řádného fungování orgánů veřejné moci, realizace základních práv atp.).<sup>62</sup> Opíráme tudíž jednání za stavu ústavní nouze o právní řád, jak vyžadoval Merkl<sup>63</sup> a Krejčí,<sup>64</sup> byť jinak, než by si asi představovali, protože „*normativní řád je bohatší, než v zákonech [výslovně – pozn. aut.] vyjádřené normativní myšlenky*“.<sup>65, 66</sup>

Druhá výtká kritizuje ústavní nouzi za nedostatečně určitý a explicitní podklad<sup>67</sup> v ústavním textu či přímo za nerespektování slov ústavního zákona.<sup>68</sup> V pozadí této výtky stojí již stěží překonatelný rozdíl v koncepci práva a chápání toho, co je po právu. S doktrínou stavu ústavní nouze totiž nemůže souhlasit ten, kdo zastává úzké pojetí práva nebo je přesvědčen o uzavřeném charakteru ústavního práva jako právního subsystému; oba přístupy totiž vylučují možnost mezer v (ústavním) zákoně, a tak i způsoby jejich zaplnění (dotvoření prostřednictvím analogie, teleologické redukce apod.). Americký konstitucionalista Saikrishna Prakash se v této souvislosti trochu provokativně ptá, kde bereme jistotu, že ústavy nejsou zamýšleny jako „sebevražedné pakty“, u nichž se buď bude uplatňovat text jakožto úplná regulace vládnutí, nebo se nebude ústava aplikovat vůbec.<sup>69, 70</sup>

Řešení tohoto sporu však není předmětem této práce, neboť jde o záležitost obecné právní teorie, nikoliv teorie mimořádného vládnutí. Z hlediska názoru panujícího v české právní doktríně a judikatuře je třeba konstatovat širší koncepci práva, otevřenost systému ústavního práva, existenci mezer a přípustnost jejich dotváření způsobem *lege artis*, tedy i možnost stavu ústavní nouze.

Nicméně situace je komplikovanější. Je totiž třeba upozornit, že republikánská ústavnost má specifickou povahu;<sup>71</sup> je tak nutné si ujasnit, zda mezery v ústavních zákonech jsou možné i v ústavních republikách, založených na privilegovaném postavení ústavního dokumentu a právně-politickém postulátu o úplnosti ústavní úpravy. Právě na tuto odlišnost poukázal Gaston Jèze, který stav ústavní nouze chápe právě jako předústavní či reziduální moc suverénního panovníka pouze částečně omezeného oktrojovanou ústavou.<sup>72</sup> Jak jsme ale uvedli shora, není to samotný stav krize či nouze, který by měnil kompetence

<sup>62</sup> Ibidem, s. 45. Shodně též ZIPPELIUS, R. *Allgemeine Staatslehre*, s. 255–256.

<sup>63</sup> Srov. MERKL, A. *Obecné právo správní*, s. 56.

<sup>64</sup> Srov. KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 96.

<sup>65</sup> WEINBERGER, O. *Institucionalizmus: nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Kalligram, 2010, s. 191.

<sup>66</sup> Shodně FLOR, G. *Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts*, s. 126. Josef Isensee uvádí, že koncepce ústavní nouze není a priori rozporná s kelsenovskou právní teorií (ryzí naukou právní), neboť není založeno ani na fakticitě státní existence, ani na přirozenoprávních premisách, nýbrž na státní ústavě. Srov. ISENSEE, J. *Die Staatlichkeit der Verfassung*, s. 258.

<sup>67</sup> Srov. Kelsenovu poznámku o tom, že ryzí nauka právní nemůže jako právní vidět nic jiného, než co je výslovně uvedeno v textu („empirickém právním materiálu“) v KELSEN, H. *Legal formalism and pure theory of law*. In: JACOBSON, A. J. – SCHLINK, B. (eds). *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000, s. 77–78.

<sup>68</sup> Srov. KREJČÍ, J. *Nařízení contra legem*, s. 17, 33, 65; WEYR, F. *Teorie práva*, s. 307–308; ROSSITER, C. L. *Constitutional Dictatorship*, s. 11, 112–114, 226.

<sup>69</sup> Srov. PRAKASH, S. *The Constitution as Suicide Pact*, s. 1302 an.

<sup>70</sup> Prakash zároveň zpochybňuje možnost „vybírat“ si, kterou ústavní normu kdy aplikujeme a kterou při aplikaci „upozadíme“. Vadí mu neujasněnost kritérií tohoto „výběru“ i to, že bychom jeho připuštěním v podstatě vytvořili dvě kategorie ústavnosti. Srov. ibidem, s. 1300, 1305 an. Tato argumentace nápadně připomíná postoj odpůrců nauky o materiálním jádru (ohnisku) ústavy; k tomu srov. např. PAVLÍČEK, V. *Kdo je v České republice ústavodárcem a problém suverenity*. In: VANDUCHOVÁ, M. – HORÁK, J. (eds). *Na křižovatkách práva: pocta Janu Musilovi k sedmdesátým narozeninám*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 22.

<sup>71</sup> Blíže viz DIENSTBIER, J. *K otázce mimoprávnosti mimořádného vládnutí*. *Právník*. 2022, roč. 161, č. 6, s. 516–517.

<sup>72</sup> Srov. KREJČÍ, J. *Delegace zákonodárné moci v moderní demokracii*, s. 38.

orgánů veřejné moci, a ani se neopíráme při vymezení ústavní nouze o oprávnění suverénního panovníka, nýbrž o ústavu přijatou svrchovaným lidem. Pokud bychom chápali republikánskou ústavnost rigidním způsobem, a sice že existuje pouze a jen ústavní text a nic jiného, pak bychom do naší argumentace v podstatě vraceli tezi o tzv. všeobecné negativní větě,<sup>73</sup> vztaženou k psanému ústavnímu právu. Takový postup by však byl v rozporu s námi chápaným pojmem práva, založeným na normativním institucionalismu, výše zmíněné otevřené povaze ústavního práva, jakož i s ústavním republikanismem samotným.<sup>74</sup> Sladíme-li tyto teoretické poznatky o (ústavním) právu s právně-politickou koncepcí republikanismu, můžeme chápat republikánskou ústavnost tak, že pro obhájení výkonu veřejné moci v republice, tedy i pro dotvoření ústavy ve stavu ústavní nouze, je třeba vyhledat a přinést argumenty odůvodněné ústavou samotnou, ať už jejími explicitními nebo implicitními normami či normami vzniklými fungováním řádu jí zakotveným (ústavní zvyk či obyčej), a nikoliv v jiných zdrojích.<sup>75</sup> Jako důsledek republikánské ústavnosti je koneckonců třeba spatřovat i meze jednání za stavu ústavní nouze, tj. požadavek subsidiarity (využít ústavní text v maximální možné míře), účelové vázanosti (směřovat k obnovení normality, tj. zejména obnovení činnosti zákonodárního sboru), proporcionality i vázanosti mezinárodním právem.

## 5.2 Implicitní charakter zmocnění

Dalším problémem ústavní nouze, navazujícím na problémy předešlé, je pouze implicitní charakter zmocnění k výkonu veřejné moci. Odmítáme-li, že kompetence orgánů veřejné moci mohou být stanoveny i jinak než výslovně a určitě, pak odmítáme i ústavní nouzi.<sup>76</sup> S ní však zamítáme i obdobné kompetence, kupříkladu soudní moci k rozhodování *praeter et contra verba legis*, neboť až na výjimky<sup>77</sup> taková kompetence ústavou či zákonem

<sup>73</sup> Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 215 an.

<sup>74</sup> Srov. HAMILTON, A. *Federalista č. 28*. In: HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistů: Soubor esejí psaných na podporu nové ústavy předložené federálním shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Univerzita Palackého, 1994, s. 157.

<sup>75</sup> Zmocnění dané od Boha, časová předřazenost monarchy před zákonodárným sborem, panovník jako vlastník státu či nositel otcovské moci nad poddanými, oktrojovaný charakter ústavy vyjadřující monarchovo sebeomezení apod.

<sup>76</sup> V teorii mimořádného vládnutí se takovým striktním zastáncem ústavního textu zdá být András Jakab. Má totiž obavu, že pokud nebudeme přísně dodržovat ústavní text, pak jsou právní meze mimořádného vládnutí zbytečné. Za tuto podle něj „slepu uličku“ kritizuje především Eckarta Kleina (srov. JAKAB, A. *German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency*, s. 474). K Jakabovým názorům třeba uvést toto: Mimořádné vládnutí je samozřejmě plně vázáno ústavním textem. Pouze v případě zřejmé mezery v tomto textu je možné uchýlit se k pravomocím nepsaným, implicitním. V takovém případě stále ústavní text váže prostřednictvím požadavku subsidiarity v nejvyšší možné míře. Ústavní text je ostatně zásadní i pro požadavek účelové vázanosti, neboť stanovuje cíl nouzového jednání. Pokud bychom Jakabovu argumentaci přenesli i na jiné případy vyplňování mezer, znamenalo by to, že ani soudci nejsou vůbec vázáni textem zákona, což ale neodpovídá ani právní teorii, ani právní praxi. Jakab se navíc vůbec nevypořádává se samotnou doktrínou implicitních pravomocí. Jím navrhovaný postup, kombinující striktní vázanost ústavním textem v kombinaci s morálním korektivem, obsahuje přinejmenším stejná rizika a vady, které vycítá implicitním pravomocím. Prostřednictvím striktního dodržení ústavního textu obsahujícího mezeru může dojít ke zhroucení ústavního systému, či přímo k sabotáži ústavy (srov. LEVINSON, S. – BALKIN, J. M. *Constitutional Crisis. University of Pennsylvania Law Review*. 2009, vol. 157, no. 3, s. 714, 730). A pokud jde o jeho morální korektiv, jde v určitém smyslu o přihlášení se k variantě doktríny *Extra-Legal Measures*, tj. k preferenční mimoprávnosti mimořádného vládnutí. V konečném důsledku se však naše stanoviska příliš neliší. I my přiznáváme, při rozboru preferenční mimoprávnosti, podstatný, klíčový vliv psané právní regulace mimořádného vládnutí. Pouze jsme ochotni v určitých případech (mezera v ústavě a naléhavá potřeba ji zaplnit opřená o objektivní skutečnosti) akceptovat odklon od ní, a to z právních (nikoliv morálních) důvodů.

<sup>77</sup> Viz např. čl. 1 odst. 2 švýcarského občanského zákoníku či čl. 4 odst. 2 slovenského zákona č. 160/2015 Z. z., civilního sporového poriadku. Ani ty však *stricto sensu* nehovoří o možnosti dotvářet právo *contra verba legis*.

výslovně a určitě stanovena není. V oboru ústavního práva pak zmocnění ke spouště jednání ústavních orgánů není předepsána výslovně a určitě.<sup>78</sup> Navíc byly tzv. dovozené pravomoci uznány doktrinárně<sup>79</sup> i judikatorně,<sup>80, 81</sup> přičemž Melzer dokonce hovoří o povinnosti orgánu veřejné moci právo dotvořit, tj. implicitní pravomoc využít.<sup>82</sup> Že se impli-

<sup>78</sup> Srov. HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace*, s. 9, 42; FILIP, J. *Ústavní právo České republiky*, s. 95, 146–147; KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 56–57.

<sup>79</sup> Srov. DRGONEC, J. *Ústavné právo hmotné*. Bratislava: C. H. Beck, 2018, s. 79. Drgonec pro možnost dovození implicitní pravomoci vyžaduje 1) nevyhnutelnou potřebu pro řádné uplatnění jiné ústavně svěřené pravomoci, 2) striktní vymezenost pro legitimní ústavní účel, 3) shodnost nebo úzkou spojitost legitimního ústavního účelu s explicitní pravomocí, 4) maximálně rozumně možnou šetrnost k právní sféře osob (ibidem). Navazuje tak na závěry českého Nejvyššího správního soudu (viz dále). V oboru ústavní teorie (a politické filosofie) jsou nejznámějšími zastánci implicitních pravomocí američtí federalisté. Srov. MADISON, J. *Federalista* č. 44. In: HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistů: Soubor esejí psaných na podporu nové ústavy předložené federálním shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Univerzita Palackého, 1994, s. 249 ve spojení s HAMILTON, A. *Federalista* č. 23. In: HAMILTON, A. – MADISON, J. – JAY, J. *Listy federalistů: Soubor esejí psaných na podporu nové ústavy předložené federálním shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Univerzita Palackého, 1994, s. 137. Hamilton dále dochází k závěru, že prostředky by měly být přímo úměrné cílům, přičemž osoby, od jejichž činnosti se dosažení takových cílů očekává, mají mít k tomuto účelu náležitě prostředky, tj. pravomoci. Koncepce implicitních pravomocí je však mnohem staršího data, neboť, jak uvádí Jan Wintr, objevíme o ní zmínku již v *Digestech*; srov. WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*, s. 42.

<sup>80</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 25. 11. 2009, č. j. 7 Afs 111/2009-64, č. 2017/2010 Sb. NSS. Je ale zřejmé, že největší zkušenosti s doktrínou implicitních pravomocí pocházejí z prostředí federálních států, v nichž jsou spory o rozsahy kompetencí mezi federací a členskými subjekty na denním pořádku. V americkém prostředí, pomíneli rozhodnutí nejvyššího soudu ve věci *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), kde šlo o interpretaci *Necessary and Proper Clause*, jde zejména o rozhodnutí ve věci *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1885), a *In re Neagle*, 135 U.S. 1 (1890). V první zmiňované kauze šlo o spor, zda federální vláda je kompetentní k vydání soudního rozhodnutí, kterým se nařizuje ukončení stávky, která má násilný charakter. Nejvyšší soud rozhodl, že federální veřejná moc je kompetentní mj. k zabezpečení obecného blahobytu (*general welfare*), což opřel o různé své předchozí precedenty. Ukázkovým příkladem dovození v podstatě nesporné implicitní pravomoci je však kauza druhá. Její podstatou bylo, zda federální vláda může, v případě hrozeb vůči životu federálního soudce, přidělit ohroženému tělesnou stráž i bez explicitního zákonného zmocnění. Tato tělesná stráž pak atentátníka při útoku usmrtila, za což byla orgány státu Kalifornie vzata do vazby. V tomto případě nejvyšší soud dovodil, že pravomoc ustavit tělesnou stráž s oprávněním použít zbraně i k usmrcení útočnicka implicitně vyplývá z povinnosti federální exekutivy zajistit, aby zákony byly svědomitě plněny (Čl. II oddíl 3 ústavy USA). V německém prostředí se uznávají tři druhy nepsaných kompetencí spolkové veřejné moci. Prvním druhem jsou doplňkové kompetence (*Annexkompetenzen*), plynoucí z potřeby provést či připravit výkon jiných kompetencí. Druhým druhem jsou kompetence věcné souvislosti (*Kompetenzen kraft Sachzusammenhang*), jejichž podstatou je, že bez nich by nebylo možné užít jiných, výslovně svěřených kompetencí věcně souvisejících. Třetím příkladem jsou kompetence svěřené Spolku povahou věci (*Kompetenzen kraft Natur der Sache*). Rakouská doktrína a judikatura v obdobných případech hovoří o *Adhäsionstheorie*. Srov. JAKAB, A. *Two Opposing Paradigms of Continental European Constitutional Thinking. The International and Comparative Law Quarterly*. 2009, vol. 58, no. 4, s. 940 (ke srovnání německé a rakouské teorie); GRÖPL, Ch. *Staatsrecht I*, s. 295–296 (k německé teorii); ÖHLINGER, T. *Verfassungsrecht*. 5. vydání. Wien: WUV, 2003, s. 132 (k rakouské teorii).

<sup>81</sup> Proti doktríně implicitních pravomocí bývá stavěno rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *Steel Seizure Case [Youngstown Sheet & Tube Company v. Sawyer]*, 343 US 579 (1952); viz např. KYSELA, J. *Dělba moci v kontextu věcného hledání dobré vlády*. Praha: Leges, 2019, s. 165. Tento případ se však vůbec netýkal stavu ústavní nouze, neboť nešlo o situaci mezery. Prezident Truman totiž otevřeně nerespektoval zákon Kongresu, který přesně dotčenou situaci (v podstatě pracovněprávní spor) reguloval (srov. EDELSON, Ch. *Emergency Presidential Power: From the Drafting of the Constitution to the War on Terror*. Madison: The University of Wisconsin Press, 2013 s. 106; PAULSEN, M. S. *Youngstown Goes to War. Constitutional Commentary*, 2002, vol. 19, no. 1, s. 227). A, jak z argumentace Nejvyššího soudu USA dovozují Barron a Lederman, pokud by takové explicitní úpravy nebylo, Nejvyšší soud USA by podpořil prezidenta! Srov. BARRON, D. J. – LEDERMAN, M. S. *The Commander-in-Chief at the Lowest Ebb. Framing the Problem*, s. 703. Významným se zdá být i *concurring opinion* soudce Burtona, který poukázal na charakter situace, ve které se Spojené státy v předmetné době ocitly: rozhodně totiž nešlo o situaci srovnatelnou s hrozcím nebo trvajícím útokem (srov. též VLADECK, S. I. *Congress, the Commander-in-Chief, and the Separation of Powers After Hamdan. Transnational Law and Contemporary Problems*. 2007, vol. 16, no. 3, s. 945); Nejvyšší soud USA se tedy nevymezil proti doktríně implicitních pravomocí (rozhodně pak ne implicitních pravomocí ve stavu ústavní nouze), nýbrž proti doktríně nevázaných pravomocí inherentních.

<sup>82</sup> Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva*, s. 210, 218 an. Melzer tuto povinnost navíc neukládá pouze soudům jako součástí soudní moci, nýbrž i orgánům veřejné správy jako součástí moci výkonné.

citní pravomoci standardně užívají v právu mezinárodním a evropském asi netřeba blíže rozepisovat.<sup>83, 84</sup>

V oblasti zajišťování bezpečnosti je pak velmi zajímavou doktrínou, postavenou na implicitních pravomocech, teorie Henryho Monaghana o ochranné pravomoci (*protective power*).<sup>85</sup> Tato pravomoc obsahuje zmocnění exekutivy zachovat, chránit a bránit personál, majetek a prostředky státu (v americkém kontextu federální veřejné moci) proti protiprávnímu útoku.<sup>86</sup> Pro americké ústavní právo dále rozvíjí tuto doktrínu tak, že je exekutiva oprávněna (a možná i povinna) užít sílu v rozsahu nezbytném pro vynucení práva, pokud nastala porucha v běžném fungování veřejné moci, čímž se zřetelně přibližuje naší koncepci stavu ústavní nouze.<sup>87</sup>

Přes všechny přednosti zůstává však teorie dovozených či implicitních pravomocí (*implied powers theory*) kontroverzní, neboť normologicky vzato jsou tyto kompetence jako normy zmocňující dovozeny z norem příkazujících a účelových (teleologických);<sup>88</sup> tyto však jsou příliš vágní, tudíž potenciálně umožňují koncentraci moci okolo nich.<sup>89</sup> Tato skutečnost se z konstitucionalistického pohledu jeví jako velmi závažná. Absence výslovných a určitých mezí při výkonu veřejné moci při zajišťování bezpečnosti (nejen za mimořádné situace) totiž dala v ústavní teorii v minulosti vzniknout nejrůznějším koncepcím odůvodňujícím expanzi exekutivy na úkor jak ostatních složek veřejné moci, tak fundamentálních právních pozic jednotlivců (základních práv a svobod). Namátkou uvedeme tři příklady.

První z nich je tzv. teorie správcovství (*stewardship theory*), kterou pro americké ústavní právo rozpracoval prezident Theodore Roosevelt. Její podstatou je, že veřejní činitelé (zejména v nejvyšších ústavních exekutivních funkcích) mají povinnost jednat kdykoliv a jakýmkoliv způsobem v zájmu národního blaha, ledaže to ústava výslovně zakazuje.<sup>90</sup> Tato teorie nejen obrací běžně chápaný poměr mezi legislativou a exekutivou v prezidentských i parlamentních režimech,<sup>91</sup> ale především znamená naprosté opuštění koncepce právního státu, která stojí na zákazu jako na výchozím normativním nastavení pro uplatňování veřejné moci.<sup>92</sup> Ostatně podobná argumentace francouzského konstitucionalisty Raymonda Carré de Malberga stran přípustnosti zákonodárné delegace, stojící na tezi o tom, že co ústava zákonodárci nezakazuje, je mu dovoleno, byla právě na tomto podkladě vyvrácena, a to již začátkem 20. století.<sup>93</sup>

<sup>83</sup> Srov. za všechny poradní posudek Mezinárodního soudního dvora v kauze *Bernadotte* (Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion. *I.C.J. Reports*. 1949, s. 182–183) a rozsudek Evropského soudního dvora č. 22/70 (AETR).

<sup>84</sup> Odkaz na stav nouze v mezinárodním právu jako na variantu stavu nouze v právu ústavním uvádí Václav Pavlíček; srov. PAVLÍČEK, V. *Mýty a realita prezidentských dekretů*, s. 387.

<sup>85</sup> Srov. MONAGHAN, H. P. The Protective Power of the Presidency. *Columbia Law Review*. 1993, vol. 93, no. 1.

<sup>86</sup> *Ibidem*, s. 61, 72.

<sup>87</sup> Srov. *ibidem*, s. 66–67. Monaghan odkazuje mj. na jednání Abrahama Lincolna v počátcích americké občanské války.

<sup>88</sup> Srov. PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*, s. 112.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> Srov. WINTERTON, G. The Concept of Extra-Constitutional Executive Power in Domestic Affairs. *Hastings Constitutional Law Quarterly*. 1979, vol. 7, no. 1, s. 1.

<sup>91</sup> V prezidentských i parlamentních režimech se počítá s tím, že dominantní část kompetenčního katalogu exekutivy bude stanovena v zákonech jakožto právních aktech sboru volených představitelů lidu, bezprostředně se opírajících o ústavu; odchylky je poté zpravidla třeba stanovit ústavou výslovně.

<sup>92</sup> Srov. především SOBEK, T. *Argumenty teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 130; PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*, s. 71.

<sup>93</sup> Srov. KREJČÍ, J. *Delegace zákonodárné moci v moderní demokracii*, s. 44 an.

Na teorii správcovství navazuje tzv. teorie inherentních pravomocí (*inherent powers theory*), opět především americké provenience; za její základ je však třeba považovat již pozdní názory Alexandra Hamiltona, vyjádřené v tzv. *Pacificus Papers*.<sup>94, 95</sup> Za inherentní jsou naukou považovány takové pravomoci, které jsou dány samotnou povahou exekutivy,<sup>96</sup> bez zřetele na explicitní ustanovení ústavy nebo z nich racionálně dovozených implicitních kompetencí.<sup>97</sup> Exekutiva, respektive její vrcholný představitel tudíž může opomenout jak explicitní zákonné restriktce své pravomoci, tak i závazky plynoucí z mezinárodního práva.<sup>98</sup> Přestože se teorie inherentních pravomocí dočkala též určitého judikaturního uznání,<sup>99</sup> je třeba její základ spatřovat v ústavní doktríně<sup>100</sup> a praxi americké exekutivy.<sup>101</sup> Ve spojení s teorií jednotné exekutivy (*unitary executive theory*)<sup>102</sup> získal tento přístup velkou pozornost v teorii mimořádného vládnutí v souvislosti s tzv. válkou proti terorismu po 11. září 2001.<sup>103</sup> Obhajoval se jím totiž postup americké vlády stran možnosti nasazovat ozbrojené síly, internovat podezřelé z terorismu *incommudicado* na dobu neurčitou, skrytě sledovat komunikaci svých občanů, jakož i mučit domnělé teroristy, a to bez ohledu na zmocnění či právní regulaci zákonem a bez ingerence soudů. Negativní důsledky takto koncipovaných ústavních pravomocí jsou asi vcelku zřetelné.<sup>104</sup>

<sup>94</sup> V těchto nepříliš známých listech Alexander Hamilton obhajoval vydání tzv. proklamací neutrality prezidentem Georgem Washingtonem roku 1793, aby se zabránilo vtažení USA do války mezi Velkou Británií a revoluční Francií. Hamilton, zejména v prvním listě, obhajoval širokou koncepci exekutivní pravomoci v zahraničních vztazích a vojenských. Blíže viz HAMILTON, A. Pacificus I. In: *Founders Online* [online]. [cit. 2022-1-10]. Dostupné z: <<https://founders.archives.gov/documents/Hamilton/01-15-02-0038#ARHN-01-15-02-0038-fn-0002>>. Na Hamiltonovy listy ostře a záporně reagoval jiný z původních federalistů, a sice James Madison, píšící jako Helveticus.

<sup>95</sup> Srov. ARATO, A. Their Creative Thinking and Ours: Ackerman's Emergency Constitution after Hamdan. *Constellations*, 2006, vol. 13, no. 4, s. 546–547.

<sup>96</sup> Srov. WINTERTON, G. *The Concept of Extra-Constitutional Executive Power in Domestic Affairs*, s. 2.

<sup>97</sup> Srov. EDELSON, Ch. *Emergency Presidential Power*, s. 4, 9. Z těchto důvodů označuje Leonard Feldman zastánce teorie inherentních pravomocí za realistické extralegalisty (srov. FELDMAN, L. C. Judging Necessity: Democracy and Extra-Legalism. *Political Theory*. 2008, vol. 36, no. 4, s. 551).

<sup>98</sup> Srov. EPSTEIN, R. A. Executive Power, The Commander-in-Chief, and the Militia Clause. *Hofstra Law Review*. 2005, vol. 34, no. 2, s. 320.

<sup>99</sup> Srov. rozhodnutí amerického nejvyššího soudu v kauze *U. S. v. Curtiss-Wright Export Corporation*, 299 US 304 (1936), ve kterém soudci došli k závěru, že prezident disponuje v oblasti mezinárodních vztahů „úplnou a exkluzivní pravomocí“. K zařazení mezi teorii inherentních pravomocí viz ARATO, A. *Their Creative Thinking and Ours*, s. 546–547; EDELSON, Ch. *Emergency Presidential Power*, s. 65.

<sup>100</sup> Barron s Ledermanem na základě rozsáhlé analýzy historických pramenů tvrdí, že konkrétně teze o výhradních prerogativách (inherentních pravomocích) prezidenta jako vrchního velitele ozbrojených sil je dílem až akademiků z doby po skončení občanské války do začátku první světové války. Navíc až do Korejské války (1950–1953) žádný z amerických prezidentů neargumentoval výsadností a nedotknutelností (právní neregulovatelností) takové pravomoci. Srov. BARRON, D. J. – LEDERMAN, M. S. The Commander in Chief at the Lowest Ebb. A Constitutional History. *Harvard Law Review*. 2008, vol. 121, no. 4, s. 948, 1027. Za hlavního současného proponenta této teorie lze považovat Johna Yoo (srov. EDELSON, Ch. *Emergency Presidential Power*, s. 131 an.; ARATO, A. *Their Creative Thinking and Ours*, s. 546–547).

<sup>101</sup> Jde především o postup administrativy prezidenta George W. Bushe ml. Srov. BARRON, D. J. – LEDERMAN, M. S. *The Commander-in-Chief at the Lowest Ebb. Framing the Problem*, s. 704.

<sup>102</sup> Tato americká ústavněprávní teorie ve zkratce spočívá v tvrzení, že prezident USA je jediným držitelem veškeré federální výkonné moci a jako takový není při výkonu této moci vázán akty Kongresu ani soudní moci; v oboru exekutivy mu tak přísluší výsostná kompetence interpretace ústavy na úkor interpretace ze strany zákonodárné a soudní moci. Srov. EDELSON, Ch. *Emergency Presidential Power*, s. 126. Počátky propojení této teorie s teorií inherentních pravomocí v bezpečnostní oblasti lze vysledovat k administrativě prezidenta Ronalda Reagana; srov. LEVINSON, S. – BALKIN, J. *Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design*. *Minnesota Law Review*. 2010, vol. 94, no. 6, s. 1842 an.

<sup>103</sup> Srov. SCHEPPELE, K. L. Small Emergencies. *Georgia Law Review*. 2005–2006, vol. 40, no. 3, s. 858.

<sup>104</sup> Benjamin Kleinerman výstižně uvádí, že koncepce inherentních pravomocí kombinuje to nejhorší jak z legálního, tak extralegálního přístupu k mimořádnému vládnutí. Srov. KLEINERMAN, B. A. In the Name of National Security: Executive

Teorie správcovství i teorie inherentních pravomocí jsou však svým rozsahem nerosovatelně širšího dosahu než implicitní pravomoci dovozené za stavu ústavní nouze. Nárokují si svou použitelnost totiž i mimo existenci mezery v ústavě, již je především za mimořádné situace nezbytně nutné doplnit. Mají být použitelné pro běžný provoz veřejné moci a řešení bezpečnostních záležitostí v řádných situacích.<sup>105</sup> Pokud jde o meze, pak jediná, která jakékoliv meze exekutivy uznává, je teorie správcovství, a to výslovnými zákazy uvedenými v ústavě. Tím ovšem plně neřeší problém ústavních mezer (při potřebě rozhodovat *contra verba constitutionis*), takže tváří v tvář stavu ústavní nouze není efektivní. Navíc stav ústavní nouze více respektuje principy právního státu i poměr legislativy a exekutivy, když svou použitelnost omezuje výlučně na situace ústavních mezer, které je nezbytně nutné zacelit. Navíc teorie správcovství není způsobilá pokrýt všechna jednání učiněná za mimořádné situace. Vedle toho meze ústavní nouze, ač nejsou tolik zřetelné a určité jako v případě teorie správcovství, přece poskytují účinnější nástroj kontroly.

Zcela bez kontroly, bez účinných normativních i institucionálních mezí, bez použitelnosti pouze za mimořádné situace, respektive ústavní mezery, a s mnohými historickými příklady zneužití je teorie inherentních pravomocí. Pro její zásadní odlišnost od stavu ústavní nouze netřeba s ohledem na výše řečené více dodávat.

Teorie inherentních pravomocí má ovšem svou verzi, která se striktně vzato omezuje na situace podobné stavu ústavní nouze. Její zdroj a myšlenkový základ je však v kategoriálním rozporu s podstatou ústavních republik. Navíc neobsahuje žádné meze a nenechává prostor pro orgány ostatních složek veřejné moci. Tuto verzi inherentních pravomocí nastínil Carl Schmitt ve svém pozoruhodném článku *Der Führer schützt das Recht*, kde se snažil obhájit postup Adolfa Hitlera a dalších předáků německé nacistické strany v rámci tzv. noci dlouhých nožů, při níž došlo k likvidaci špiček SA (*Sturmabteilung*). Podle Schmittovy koncepce je to Vůdce, který „chrání právo před nejhorším zneužitím, když v okamžiku nebezpečí bezprostředně vytváří právo mocí svého vůdcovství jako nejvyšší soudce“, neboť „každý opravdový Vůdce je vždy zároveň i soudcem. Z vůdcovství plyne soudcovství.“<sup>106</sup>

Je třeba říci, že Schmittova koncepce „Vůdce chrání právo v případě bezprostředně hrozícího nebezpečí“ dává naprostý smysl v nacistické koncepci státu a práva,<sup>107</sup> především pak ve Schmittově verzi, pracující s kategoriemi konkrétního řádu.<sup>108</sup> O její zásadní

---

Discretion and Congressional Legislation in the Civil War and World War I. In: TULIS, Jeffrey – MACEDO, Stephen (eds). *The limits of constitutional democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2010 s. 106. Jenny Martinez, komparující kompetence výkonné moci v různých ústavních režimech, dokonce dochází k závěru o neexistenci kompetencí, které by byly svou povahou výlučně exekutivní (dovozené z politické teorie a praxe), přičemž svěření takto široce konstruované kompetence by navíc, s ohledem na četné příklady zneužití, nebylo nezbytné ani moudré. Srov. MARTINEZ, J. S. Inherent Executive Power: A Comparative Perspective. *The Yale Law Journal*. 2006, vol. 115, no. 9, s. 2486.

<sup>105</sup> Srov. KLEINERMAN, B. A. *In the Name of National Security*, s. 106 an.

<sup>106</sup> SCHMITT, C. *Der Führer schützt das Recht*. *Deutsche Juristen-Zeitung*. 1934, Jhrg. 39, Nr. 15, s. 946. Dostupné z: <[http://www.flechsig.biz/DJZ34\\_CS.pdf](http://www.flechsig.biz/DJZ34_CS.pdf)>. Anglický překlad článku je dostupný z: <<https://arplan.org/2019/06/15/schmitt-fuhrer-law/>>.

<sup>107</sup> Především jde o koncepci „vůdcovství“ (*Führertum*). Srov. KNAPP, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Reprint původního vydání z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 123.

<sup>108</sup> O jejím vlivu svědčí i užívání obrátů typu *oberster Gerichtsherr* (doslovně „nejvyšší soudní pán“), který vychází ze středověkého germánského práva, nebo jeho odkaz na jednání „Vůdce“ jako reakce na porušení důvěry ze strany „podvůdce“ v rámci „hnuti“. Ke středověkému základu konkrétně-řádového právního myšlení, jež se př nejvíce projevil

nepoužitelnosti v prostředí ústavních republik, jakož i odlišnosti od námi koncipovaného stavu ústavní nouze, ale nelze pochybovat.<sup>109</sup>

### 5.3 Spornost nezbytnosti dotvoření ústavy

Nebezpečí koncentrace a zneužití moci ve stavu ústavní nouze jistě bude vždy hrozit. To však nepochybně jeho existenci, odůvodněnost a potřebnost.<sup>110</sup> K minimalizaci tohoto rizika slouží jak velmi úzké vymezení vzniku a předmětu ústavní nouze, tak i dovozené meze přípustného jednání. Jednání ve stavu ústavní nouze tudíž neodpovídá úsloví *Not kennt kein Gebot*, jímž „odůvodňoval“ německý říšský kancléř Theodor von Bethmann Hollweg vpád do Belgie roku 1914, a tedy jednoznačné porušení mezinárodního práva.<sup>111</sup> Tím vším se stav ústavní nouze podstatně odlišuje od výše zmíněných koncepcí, jako jsou správcovství, inherentní pravomoci nebo vůdcovství.

Existence stavu ústavní nouze je ale založena na praktických informacích, na námi zaujatém stanovisku k objektivní realitě, o které tvrdíme, že není (vůbec či vhodně) řešena psanou ústavní úpravou. Důsledkem takového stanoviska je závěr o nezbytnosti, naléhavé nutnosti vzniklou ústavní mezeru zaplnit dotvořením ústavy, tedy jednáním směřujícím k nastolení ústavní normality. Na tomto úsudku však přirozeně nemusí panovat stoprocentní shoda a je dokonce možné, že přes naše snahy o co možná nejpřísnější formulaci podmínek vzniku, předmětu a obsahu ústavní nouze, bude takový úsudek poměrně sporný.<sup>112</sup>

Určité kontroverznosti nebo vzniku dohadů o neodůvodněnosti neobvyklých nebo výjimečných postupů v konkrétních případech, jako je třeba dotváření práva při vyplňování mezer, řešení obtížných případů aplikace práva (*hard cases*) nebo zajišťování bezpečnosti při řešení mimořádných situací, se nelze vyhnout.<sup>113</sup> Proto *ex ante* odůvodněnosti těchto koncepcí a postupů, včetně stavu ústavní nouze, v konkrétních případech budou mít významný vliv i jejich efekty a rozbor *ex post*,<sup>114</sup> s ohledem na akceptaci ze strany právní komunity (především právních aplikátorů).<sup>115</sup> To je však osud v podstatě veškerého práva.

---

právě v německém prostředí, jakož i ke zvláštnímu, zčásti mystickému, přístupu k chápání právních institutů, jako je čest nebo důvěra, srov. SCHMITT, C. *On the Three Types of Juristic Thought*. Westport: Praeger, 2004, s. 45, 54–55, 75 an. Souhlasit je třeba i s poznámkou Jana Kysely, že tato koncepce obtoji i v decisionistické perspektivě s Vůdcem jako suverénem.

<sup>109</sup> Schmitt mj. uvádí, že je to „Vůdce“ sám, který rozhoduje o rozsahu a obsahu svého „ochranného“ jednání, přičemž ve „vůdcovském státě“ nedochází k rozdělení moci, proto je „vůdcovství“ plnějším vyjádřením státní moci užitě k obraně národního společenství. Srov. SCHMITT, C. *Der Führer schützt das Recht*, s. 948 an. Absence mezi, nevázanost na případ ústavní mezery, jíž je třeba nezbytně nutně vyplnit, rozpor s řídicími idejemi a základními ústavními normami ústavní republiky (dělba moci, lidová suverenita apod.) je nasnadě.

<sup>110</sup> Srov. PAULSEN, M. S. *The Constitution of Necessity*, s. 1259.

<sup>111</sup> Srov. LÜGER, H.-H. *Kommunikation in der Krise – Reden zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges*. In: WEIGT, Z. – KACZMAREK, D. – MAKOVSKI, J. – MICHON, M. (hrsg.) *Felder der Sprache. Felder der Forschung. Lodzer Germanistikbeiträge. Didaktische und Linguistische Implikationen der Interkulturellen*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, 2014, s. 19 an.

<sup>112</sup> Srov. HELLER, K. J. *The Rhetoric of Necessity*. *Georgia Law Review*. 2006, vol. 40, no. 3, s. 785; HESSE, K. *Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes*, s. 106.

<sup>113</sup> Srov. postřehy Jana Tryzny stran vzniku pochybností o legitimitě argumentace při použití argumentu dosud nepoužívaného, neznámého či neobvyklého (TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace*, s. 69).

<sup>114</sup> HELLER, K. J. *The Rhetoric of Necessity*, s. 796.

<sup>115</sup> Srov. KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutom. Teória záväznosti precedentu*. Praha: Leges, 2013, s. 29, 44.



## 5.4 Poměr dotváření ústavy k ústavodárné moci

Problematicčnost stavu ústavní nouze tkví též v tom, že jeho podstatou je dotváření ústavy ze strany jí založených ústavních orgánů, a to bez opření se o předpis o formálních ústavních změnách a doplňcích (dodatcích). Z důvodu nauky o odlišnosti moci ustavující a ustavené bývá proto ústavní teorie velmi citlivá, pokud jde o zásahy do ústavy bez patřičného výslovného zmocnění.

Máme-li ústavu považovat za právo, musíme uznat, že pro ni platí základní zákonitosti týkající se vzniku a existence práva. V naší koncepci založené na normativním institucionalismu jde především o to, že platnost práva spočívá na jeho institucionalizaci, přičemž i prostřednictvím institucionalizace nemající oporu v předepsaném postupu právních změn k nim přeci jen dochází.<sup>116</sup> Tento poznatek není novinkou v ústavní teorii, neboť jej výstižně zpracoval klasik státovědy Georg Jellinek, když od sebe odlišil formální ústavní změnu na straně jedné a ústavní proměnu neprobíhající podle formálních předpisů na straně druhé.<sup>117</sup> Podle něj vedou k ústavní proměně právě objevy ústavních mezer,<sup>118</sup> tímto proměňováním (doplňováním) se však neruší ústava jako taková, protože vše probíhá stále v rámci jejího řádu.

Klíčovou odlišností dotvoření ústavy za stavu ústavní nouze od projevů ustavující moci je tak úvodní zhodnocení dotvořit ústavu stále na jejím podkladě, v rámci stávajícího ústavního řádu,<sup>119</sup> v čemž se též projevují meze ústavní nouze. Tato odlišnost není jedinou, neboť pro to, abychom stav ústavní nouze uznali jako institut stávajícího ústavního práva, je třeba i zásadní kontinuity institucí jednajících ve stavu ústavní nouze; bez ní by totiž podmínky vzniku, předmětu, obsahu a mezí ústavní nouze nebyly závazné právně-normativní povahy, nýbrž „pouhým“ autonomním, morálně-politickým sebeomezením subjektu jednajícího jménem nositele ustavující moci (lidu).<sup>120</sup> Z tohoto důvodu není, rigorózně vzato, činnost tzv. Prozatímního státního zřízení v zahraničí jednáním účinným v námi vymezeném stavu ústavní nouze. Ústavnost první Československé republiky totiž byla Mnichovem a událostmi po něm následujícími rozbita a její ústavní instituce a řád zanikly.<sup>121</sup> Prezident Beneš a vláda jím jmenovaná dne 21. července 1940 v čele

<sup>116</sup> WEINBERGER, O. *Institutionalismus*, 191; WEINBERGER, O. *Law, Institution, and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Springer, 1991, s. 118–119.

<sup>117</sup> Srov. JELLINEK, G. *Constitutional Amendment and Constitutional Transformation*. In: JACOBSON, A. J. – SCHLINK, B. (eds). *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000, s. 54 an.

<sup>118</sup> *Ibidem*, s. 56.

<sup>119</sup> Jan Kysela pro tento případ uvádí ilustrativní rozdíl mezi orgánem-tvůrcem a orgánem-realizátorem ústavy, stejně jako nezbytnost zachování ústavy v její „identitě, kontinuitě či základní struktuře“, aby bylo možné stále hovořit o totožném ústavní řádu. Srov. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 130.

<sup>120</sup> Schmittovskou terminologií „suverénního diktátora“. Srov. SCHMITT, C. *The Dictatorship*, s. 127; SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory*, s. 160 an.

<sup>121</sup> Shodně PEŠKA, Z. K otázce kontinuity našeho ústavního práva v letech 1938–1945. In: *Sborník věd právních a státních*. Praha: Bursík a Kohout, 1946, roč. 44–45, s. 67 an.; HORÁČEK, C. ml. K problému kontinuity československého ústavního práva. In: *Sborník věd právních a státních*. Praha: Bursík a Kohout, 1946, roč. 44–45, s. 53 an.; TÁBORSKÝ, Z. *Naše věc*. Praha: Melantrich, 1946, s. 148, 177; WEYR, F. Vznik a zánik státu. In: *Slovník veřejného práva československého*. Svazek V. Praha: Eurolex Bohemia, 2000, s. 530 an.; MARŠÁLEK, P. Otázka kontinuity československého státu a práva v letech 1938–1945. In: GERLOCH, Aleš (ed.). *Teoretické problémy práva na prahu 21. století: pocta k 75. narozeninám prof. JUDr. Jiřího Boguszaka, DrSc.* Praha: Karolinum, 2002, s. 216–217; PAVLÍČEK, V. O dekretch prezidenta republiky v kontinuitě státu a práva. In: PAVLÍČEK, V. *O české státnosti. 1. Český stát a Němci*. Praha: Karolinum, 2002, s. 189 an. Částečná shoda je též s Krčmářem, a to z důvodu jeho označení ústavního dekretu č. 2/1940 Úř. věst. čsl. za normativní ohnisko; dále ovšem označuje toto ohnisko za restaurační, nikoliv čistě revoluční, které ponechává základní rysy

s Janem Šrámkem, nevznikly na základě kontinuálního výkonu Ústavní listiny.<sup>122</sup> Z perspektivy vnitrostátního ústavního práva<sup>123</sup> proto nelze než označit činnost exilové politické reprezentace za jednání učiněné jménem a v zastoupení československého lidu jako ustavující moci, vytvářející základy nového ústavního řádu, byť z vlastní vůle založeného na předcházejících ústavních poměrech.<sup>124</sup> V těchto intencích je třeba chápat Schwelbovu poznámku o chápání dekretální normotvorby jako nepřikázaného jednatelství (*negotiorum gestio*) vyžadujícího následné potvrzení (ratihabici) ze strany lidu;<sup>125</sup> pokud by tyto dekrety a formalizovaný nový ústavní řád nevyjadřovaly vůli lidu jako ustavující moci, prostě by je po skončení války odmítla.<sup>126</sup> Ústavní nouze žádné nové normativní ohnisko nezakládá, neznamená revoluci v právním smyslu ani (formální) ústavněprávní diskontinuitu. Jednání za ní učiněná jsou, formálně vzato, od počátku platná na základě stávající ústavy a nepotřebují dodatečného zhojení platnosti po dobu ústavní nouze.<sup>127</sup>

## 5.5 Riziko zneužití a institucionalizace rozšířeného předmětu ústavní nouze

Ústavní nouze je, jak vyjadřuje samotný název, institutem výjimečným, sloužícím k řešení mimořádně závažných situací, na něž ústavní text nepamatoval. Bude-li užíván v relativně krátké době opakovaně, byť z opodstatněných důvodů, hrozí, že se prostřednictvím procesu spontánní institucionalizace odpoutá od ústavy, osamostatní se jako obyčejová ústavní norma a rozšíří rozsah své použitelnosti a důsledků.<sup>128</sup> Přesně k takovému jevu došlo v Pákistánu, kde se postupem času z úvodní „opravdové“ ústavní nouze stal zcela odlišný institut, sdílející se stavem ústavní nouze pouze název, užívaný pro odůvodnění státních převratů.<sup>129</sup> Opravdový, námi vymezený stav ústavní nouze nemůže být s ohle-

předcházejícího ohniska v platnosti (KRČMÁŘ, J. Několik poznámek k tvorbě normových ohnisek. In: *Sborník věd právních a státních*. Praha: Bursík a Kohout, 1946, roč. 44–45, s. 12). Otázkou ovšem je, zda tak restaurační ohnisko činí z vlastní vůle (moci), či z vůle (moci) ohniska předcházejícího, revolučního.

<sup>122</sup> Shodně uvádí Václav Pavlíček, že abdikace, byť vynucená, je stále platná, proto prezidentský úřad Edvarda Beneše dle Ústavní listiny zanikl dne 5. 10. 1938. Srov. PAVLÍČEK, V. *O dekretch prezidenta republiky v kontinuitě státu a práva*, s. 189.

<sup>123</sup> Autor práce považuje za nutné zdůraznit, že plně souhlasí se závěry Pavla Maršálka (srov. MARŠÁLEK, P. *Otázka kontinuity československého státu a práva v letech 1938–1945*, s. 208 an.) i Ústavního soudu ČR (náleze ze dne 8. 3. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 14/94) o hodnotové, státní a mezinárodněprávní legitimitě, kontinuitě a legalitě Prozatímního státního zřízení, respektive stavem před rokem 1938 a po roce 1945.

<sup>124</sup> Proto je ilustrativní hovořit po Krčmářově vzoru o normativních ohniscích revolučních a restauračních (srov. KRČMÁŘ, J. *Několik poznámek k tvorbě normových ohnisek*, s. 12); v obou případech jde však o projev nevázané ustavující moci, respektive v jejím zastoupení, což si Krčmář pohříchu neuvědomuje.

<sup>125</sup> Srov. SCHWELB, E. *Obnovení právního pořádku. Vysvětlivky k ústavnímu dekretu presidenta republiky ze dne 3. srpna 1944 o obnovení právního pořádku /č. 11/1944/*. Londýn: Spolek československých právníků v zahraničí, 1945, s. 10–11.

<sup>126</sup> Srov. SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory*, s. 164–165.

<sup>127</sup> Zůstává však praktická výhoda přijetí „krycího“ právního předpisu s ohledem na právní jistotu a očekávanou spornost aktéra jednajícího ve stavu ústavní nouze, kterou jsme zmínili v rozboru skončení stavu ústavní nouze a odpovědnosti za něj a v něm (viz výše).

<sup>128</sup> Srov. FLOR, *Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts*, s. 128; HADJIGEORGIOU, N. – KYRIAKOU, N. Entrenching Hegemony in Cyprus: The Doctrine of Necessity and the Principle of Bicommunality. In: ALBERT, R. – ROZNAI, Y. (eds). *Constitutionalism Under Extreme Conditions. Law, Emergency, Exception*. Cham: Springer, 2020, s. 295. Autoři Hadji-georgiou a Kyriakou zde uvádějí, že kyperská judikatura a doktrína rozšířila původní úzký stav nouze na „nepřísahá základní kámen kyperského právního řádu“.

<sup>129</sup> Srov. rozhodnutí pákistánského federálního (nejvyššího) soudu ve věci *Begum Nusrat Bhutto v. Chief of Army Staff and Federation of Pakistan*, PLD 1977 SC 657, a práci KALHAN, A. *Constitution and 'extraconstitution': colonial emergency*

dem na podmínky jeho vzniku, předmět, obsah a meze nikdy korektně použit pro odůvodnění státního převratu či jiné protiústavní uzurpace moci.<sup>130</sup> Zneužití ovšem lze kterýkoliv právní institut, kteroukoliv právní normu a kterýkoliv právní argument.

## Závěr

V tomto článku jsme se věnovali rozboru institutu stavu ústavní nouze v ústavních republikách, a to jak jeho vymezení, tak i jeho kontroverzním stránkám. Z podaného výkladu je zřejmé, že nejde ani o institut běžného ústavního práva, ani o institut nesporný, nevyvolávající značný počet sporných otázek. Nejde tak o téma tímto krátkým článkem uzavřené jednou provždy.

Ústavní nouze je institutem nouzovým a takovým by též měla zůstat. Je tak především úkolem ústavodárce, aby při tvorbě ústavy myslel i na méně obvyklé situace, ke kterým může v provozu veřejné moci dojít, zejména pokud jde o náležitou explicitní úpravu působu mimořádného vládnutí. Nicméně přes všechny snahy nelze z teoretického hlediska nikdy vyloučit, že ke vzniku stavu ústavní nouze někdy dojde. O tom ostatně svědčí i zkušenosti ze zahraničí, ať už jde o ústavní nouzi v USA na začátku občanské války, ve Francii na začátku první světové války nebo na Kypru v souvislosti s bojkotem účasti na výkonu veřejné moci ze strany kyperských Turků. Argumentace ústavní nouzí navíc není záležitostí pouze ústavních republik: známá je z Rakousko-Uherska (1913), Nizozemska (1941), Pákistánu (1955), Španělska (1981) nebo Japonska (1984). K rozboru všech těchto případů však na tomto místě již není prostor, a proto mu bude věnována pozornost v některé z příštích prací.

---

regimes in postcolonial India and Pakistan. In: RAMRAJ, V. V. – THIRUVENGADAM, A. (eds). *Emergency Powers in Asia: Exploring the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Za vrchol dějinné ironie je třeba považovat argumentaci zastánců státních převratů, volajících na pomoc teoretické závěry svrchovaného demokrata a liberála Hanse Kelsena. Že používání vývodů jeho ryzí nauky právní jako popisné teorie norem *de lege lata* k legitimizaci jednání *de lege ferenda* plyne z hlubokého nepochopení, netřeba blíže rozvádět; sám Kelsen se ostatně vůči takovému užívání jeho závěrů v praxi ohradil. Srov. MAHMUD, T. *Jurisprudence of Successful Treason*, s. 105 an. Tayyid Mahmud ve svém článku též poskytuje rozsáhlý přehled rozhodnutí nejen pákistánských soudů, snažících se stavět svou argumentaci na domnělém stavu ústavní nouze či na jeho překrouceném, institucionalizovaném „dvojníkoví“. Viz MAHMUD, T. *Jurisprudence of Successful Treason*, s. 54 an.

<sup>130</sup> Shodně STAVSKÝ, M. *The Doctrine of State Necessity in Pakistan*, s. 388; MAHMUD, T. *Jurisprudence of Successful Treason*, s. 116.

## The State of Constitutional Necessity

Jakub Dienstbier (<https://orcid.org/0000-0002-4284-3159>)

**Abstract:** This article analyses the institution of the state of constitutional necessity, with the following findings. State of constitutional necessity arises when the constitution does not explicitly, specifically and definitely regulate the public authority's response to an emergency situation that needs to be addressed. This is the case of a constitutional gap, which may take the form of a genuine, non-genuine or mixed gap. The mixed gaps will occur most often, given the current state of constitutional law theory, as both the organizational and human rights provisions of the constitution will be called upon to fill the gap. This filling may take the form, in particular, of the exercise of the prerogative power of a constitutional institution whose activities have been prevented as a result of an emergency situation, without any explicit provision being made for its substitution. However, the power to fill the gap in a state of constitutional necessity is not absolute, as it must satisfy the requirements of subsidiarity, proportionality, purpose-boundness and consistency with public international law. The state of constitutional necessity then automatically ends when the circumstances giving rise to it cease to exist; however, the actions taken under it are, from the outset, in accordance with the legal order. The state of constitutional necessity must, however, be considered a controversial institution, *inter alia*, in view of the alleged anormativity, expediency and non-republican character of it, the merely implicit form of empowerment, the questionable necessity of constitutional completion, the problematic relationship of constitutional completion to constitution-making power or the possible risk of abuse and institutionalization of the expanded subject matter of constitutional necessity.

**Keywords:** constitutional necessity, state of constitutional necessity, states of emergency, emergency governance, emergency government, legal gap, implied power