

K otázce mimoprávnosti mimořádného vládnutí

Jakub Dienstbier*

Abstrakt: Článek se věnuje otázce, zda mimořádné vládnutí probíhá ve sféře práva, anebo jde o fenomén ze své podstaty čistě mimoprávní. Této otázce se článek věnuje ve třech částech. První část shrnuje spor o podstatu práva v teorii mimořádného vládnutí, přičemž jednotlivé přístupy teoretiků mimořádného vládnutí odvisí od příslušných závěrů jednotlivých právněteoretických a právněfilosofických směrů. Z tohoto důvodu článek volí jako své teoretické východisko normativní institucionalismus Oty Weinbergera a Neila MacCormicka, obohacený o postřehy plánovací teorie právní Scotta Shapiro. Druhá část článku proto zhodnotí pojem mimoprávnosti z pozic těchto teorií, přičemž dojde k závěru, že pojem mimoprávnosti má ve skutečnosti dvojí charakter – mimoprávnost v prostém smyslu a mimoprávnost v kvalifikovaném smyslu (mimozákonnost). Třetí část článku je následně věnována prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí, a to konkrétně jednak kritice tzv. excepcionalistického decisionismu v interpretacích děl Carla Schmitta a Giorgio Agambena, jednak tzv. excepcionalistického republikanismu. Pozornost je věnována i problematice tzv. právních černých děr. U všech těchto přístupů dochází článek k tomu, že nejsou schopny plnohodnotně obhájit esenciální prostou mimoprávnost mimořádného vládnutí. Následně článek přináší dodatečné argumenty proti chápání mimořádného vládnutí jako zcela mimoprávního. Nejprve ukazuje, jaký je obecný vliv praktických informací na lidská jednání, tedy i na mimořádné vládnutí. Posléze dovozuje, že mimoprávnost mimořádného vládnutí není přijatelná pro systémový přístup k právu. Nakonec článek odmítá mimoprávnost mimořádného vládnutí poukázáním na institucionální skutečnost práva, zejména s ohledem na naše historické zkušenosti s mimořádným vládnutím a aktuální institucionální realitu.

Klíčová slova: mimořádné vládnutí, mimořádné stavy, právo, právnost, mimoprávnost, normativní institucionalismus, Carl Schmitt, ústavní republikanismus

Úvod

Pokud sledujeme vývoj právní vědy, lze říci, že se v čase střídá zájem o jednotlivá její témata. Hlavní pozornost nauky se pak upíná především k těm právním otázkám a jevům, které jsou aktuální vzhledem ke společenskému kontextu, v němž právo působí. Současná celosvětová pandemie nemoci covid-19 tak dala vzniknout nové vlně zájmu o jedno z tradičních témat právní a ústavní teorie, jímž je mimořádné vládnutí. Opět se nám vrací diskuse o základních myšlenkách a přístupech teorie mimořádného vládnutí, navazující na dvě předešlé nejvýznamnější vlny zájmu o tento obor – dobu po první světové válce a dobu po 11. září 2001.

* 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 rád autor poděkoval Janu Kyselovi, Filipu Horákovi a Filipu Jelínkovi.

Jedním ze základních témat teorie mimořádného vládnutí, které ani zdaleka neztratilo na svém významu a naléhavosti, je otázka, zda mimořádné vládnutí probíhá ve sféře práva, anebo je fenoménem mimoprávním, extralegálním. Problém mimoprávnosti mimořádného vládnutí je nicméně třeba zkoumat prostřednictvím odpovědí na dvě otázky, které jsou od sebe oddělené, avšak na sebe navázané. První otázkou je, zda se mimořádné vládnutí pohybuje mimo právo ze samotné své podstaty, pojmově, tedy i nutně. V takovém případě jde o mimoprávnost esenciální.¹ Pokud tomu tak není, nabízí se druhá, navazující otázka: není-li mimoprávnost mimořádného vládnutí jeho esenciálním znakem, nemá být přesto preferována? Jinými slovy, není, z nejrůznějších důvodů, lepší, aby mimořádné vládnutí probíhalo mimo právo? Zde již půjde o mimoprávnost preferenční.²

Předmětem této práce je řešení první otázky, tj. esenciální mimoprávnosti mimořádného vládnutí, konkrétně pak prokázání, že představa, že mimořádné vládnutí probíhá z podstaty zcela, úplně a vždy mimo jakékoliv právo (plně extralegálně), je mylná. Přestože by se, zejména právnícké komunitě, mohlo zdát, že řešení této otázky je zbytečné a jde pouze o boj s jakýmsi slaměným panákem, opak je pravdou. V zahraniční teoretické debatě je totiž poměr mimořádného vládnutí k právu dlouhodobě předmětem intenzivních kontroverzí.³ Názory a koncepce různých teoretiků mimořádného vládnutí byly totiž interpretovány právě jako esenciálně mimoprávní, přičemž s nimi tak bylo v odborném diskurzu i zacházeno, i pokud byl jejich původní, originální smysl odlišný (viz dále). Za esenciálně mimoprávní pak mimořádné vládnutí považují i jiné společenskovední obory;⁴ je tudíž velmi žádoucí přinést i právnícký pohled na věc.

Za účelem řešení otázky esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí se článek rozděluje do tří hlavních částí. První část shrnuje spor o podstatu práva, avšak nikoliv všeobecně, nýbrž pouze v rámci teorie mimořádného vládnutí. Jak však bude ukázáno, odvisí jednotlivé přístupy teoretiků mimořádného vládnutí od příslušných závěrů jednotlivých právněteoretických směrů.⁵ Proto, aby bylo vůbec možné naše téma uchopit i jinak než srovnáním jednotlivých názorů, je třeba zvolit jednoznačný teoretický základ. Tím pro nás bude právněpozitivistická teorie normativního institucionalismu Oty Weinbergera a Neila MacCormicka, obohacená o postřehy plánovací nauky právní (*Planning Theory of Law*) Scotta Shapira. Druhá část článku proto zhodnotí pojem mimoprávnosti z pozic těchto teorií, přičemž dojde k poznání, že mimoprávnost má ve skutečnosti dvojí charakter – mimoprávnost v prostém smyslu a mimoprávnost v kvalifiko-

1 Srov. CORBETT, R. J. Suspension of Law during Crisis. *Political Science Quarterly*. 2012, Vol. 127, No. 4, s. 628.

2 Ibidem.

3 Srov. SCHEPPELE, K. L. Legal and Extralegal Emergencies. In: WHITTINGTON, K. E. – KELEMEN, D. R. – CALDEIRA, G. A. *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 165–166. RAMRAJ, V. V. No doctrine more pernicious? Emergencies and the limits of legality. In: RAMRAJ, V. V. (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 4 an. SARAT, A. Introduction: Toward New Conceptions of the Relationship of Law and Sovereignty under Conditions of Emergency. In: SARAT, A. (ed.). *Sovereignty, Emergency, Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 3 an. RAMRAJ, V. V. – GURUSWAMY, M. Emergency powers. In: TUSHNET, M. – FLEINER, T. – SAUNDERS, Ch. *Routledge Handbook of Constitutional Law*. Abingdon: Routledge, 2012, s. 85.

4 Srov. např. tzv. realistickou teorii mezinárodních vztahů, jež kupříkladu jednání americké administrativy za kubánské raketové krize v roce 1962 chápala jako esenciálně mimoprávní. Srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 110 an.

5 Shodně RAMRAJ, V. V. Emergency Powers and Constitutional Theory. *Hong Kong Law Journal*. 2011, Vol. 41, No. 2, s. 484.

vaném smyslu. Třetí část článku je následně věnována rozboru prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí, a to konkrétně kritice tzv. excecionalistického decisionismu a tzv. excecionalistického republikanismu. Dále článek přinese dodatečné argumenty proti chápání mimořádného vládnutí jako zcela mimoprávního. Nejprve posoudí, jaký je obecný vliv praktických informací na lidská jednání, tedy i na mimořádné vládnutí. Posléze dovodí, že mimoprávnost mimořádného vládnutí je méně přijatelná pro systémový přístup k právu. Nakonec odmítne mimoprávnost mimořádného vládnutí poukázáním na institucionální skutečnost práva, zejména s ohledem na naše historické zkušenosti s mimořádným vládnutím a aktuální institucionální realitu.

Argumentace obsažená v tomto článku směřuje k jedinému závěru: představa prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí v jeho esenciální podobě není správná. Z institucionální perspektivy totiž vždy bude existovat právní norma (právní normy), které budou komunikovat alespoň nějakou praktickou informaci pro mimořádné vládnutí, a tedy že představa právního vakua, v němž se má mimořádné vládnutí ze své podstaty pohybovat, není udržitelná. To ovšem v žádném případě neznamená, že mimořádné vládnutí bude probíhat vždy v souladu s právním řádem. Naopak. Odmítnutím představy o esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí, tj. že mimořádné vládnutí je z podstaty věci fenoménem existujícím mimo jakékoliv právo, ke kterému právo nemůžeme jakýmkoliv způsobem vztáhnout, vůbec umožňujeme hodnocení mimořádného vládnutí v konkrétním případě jako souladného s právním řádem, anebo jako protiprávního. Závěrem je třeba podotknout, že rozsah našeho poznání bude s ohledem na přínosnost pro českou právní vědu zúžen na ústavní republiky, tedy demokratické právní státy s republikánskou státní formou.

1. Mimoprávnost v teorii mimořádného vládnutí

Není pravděpodobně spornějšího tématu v jurisprudenci než zkoumání samotného pojmu a podstaty společenského jevu zvaného právo.⁶ Úvahy na toto téma zaměstnaly generace právních vědců, daly vzniknout bezpočtu nejrůznějších teorií a tím či oním způsobem ovlivnily nejen právní praxi, nýbrž společnost samotnou. Lze proto konstatovat, že v obecné teorii práva, tuzemské⁷ i zahraniční,⁸ neexistuje jediné a jednotné chápání toho, co považovat za právo a za jeho jednotlivé prvky. Nejinak tomu je i v teorii mimořádného vládnutí. Zde lze identifikovat přinejmenším tři nejvýraznější přístupy k chápání práva a jeho skladebních prvků ve vztahu k mimořádnému vládnutí, které v podstatě navazují na příslušné závěry právní teorie a filosofie. Tyto přístupy označme za přístup přirozeno-právní, legalistický a justiční.⁹

⁶ Srov. HART, H. *Pojem práva*. Praha: Prostor, 2010, s. 17, a SHAPIRO, S. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, s. 3 an.

⁷ Srov. např. KNAPP, V. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 40–50, či GERLOCH, A. *Teorie práva*. 8. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2021, s. 23 an.

⁸ Srov. např. rozsáhlý přehled různých chápání práva v TAMANAHA, B. A *General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁹ Za zcela specifický, čtvrtý přístup k mimořádnému vládnutí lze označit teorii Martina Loughlina, který jej chápe jako součást *droit politique*, což je podle něj systém odlišný od práva pozitivního, zachyceného v legislativě (legalistický přístup), podle kterého rozhodují soudy (justiční přístup). Ve svých pozdějších pracích však konstatuje, že v současnosti mimořádné vládnutí již mimoprávně neprobíhá, což ale souvisí s přechodem převládající koncepce práva od tradiční

1.1 Přístup přirozenoprávní

První přístup je založen na teoriích přirozeného práva a lze jej rozčlenit do dvou navzájem protikladných podskupin. V prvé řadě jde o přístup nadřazující stát nad právo. Právo je zde pouhou odvozeninou od státu, přičemž stát má metaprávní, přirozené oprávnění na existenci. Mimořádné vládnutí, jakožto vládnutí, jímž se realizuje a brání toto přirozené (morální, rozumové nebo jiné) právo na existenci, se tak pohybuje mimo sféru (pozitivního) práva, přičemž není v moci práva je být jen částečně regulovat.¹⁰ Z tohoto důvodu mluví Ralph Trümpler o systémově transcendentní teorii mimořádného vládnutí.¹¹ Ve druhé řadě jde o klasické jusnaturalistické teorie, vázající platnost práva na požadavky konkrétního systému morálních norem. V teorii mimořádného vládnutí se mu pak velmi blíží zastánci běžného fungování právního řádu i za mimořádné situace, tzv. modelu *Business as Usual*.¹² Za zastávce spojení práva a morálky lze poté zvláště označit Davida Dyzenhausa.¹³ Ten si totiž ve svém díle *The Constitution of Law* vytkl za cíl prokázat, že některé principy (hodnoty), mající morální charakter, jsou inherentní samotné podstatě jakéhokoliv práva,¹⁴ přihlásil se k morálnímu zdroji právních norem,¹⁵ označil právní pozitivismus (respektive tzv. tezi oddělitelnosti)¹⁶ za svého soupeře¹⁷ a navázal na myšlenky Lona L. Fullera a Ronalda Dworkina.¹⁸ Nicméně některé jeho teze lze ale interpretovat i pozitivisticky.^{19, 20}

law (soudcovské praktiky odlišující právo a politično) přes moderní *legality* (právo jako zákonodárství) k dnešní *super-legality* (právo jako soubor fundamentálních norem majících především povahu principů). Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 6, 165–166.

- ¹⁰ Srov. JAKAB, A. German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency. *German Law Journal*. 2005, Vol. 7, No. 5, s. 467–469. Jakab mezi zastávce této na stát orientované přirozenoprávní teorie ve své klasické verzi řadí Klause Sterna, Herberta Krügera, Hanse Nawiaskeho, Carla Schmitta, Paula Kirchhofa a Ulricha Scheunera. Přinejmenším u Schmitta je však situace složitější, jak je vidět z následujících řádků.
- ¹¹ Srov. TRÜMPLER, R. *Notrecht. Eine Taxonomie der Manifestation und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda*. Zürich: Schulthess, 2012, s. 37. Trümpler uvádí i jiné zdroje mimořádného vládnutí kromě přirozeného práva; jde ovšem stále o zdroje založené na kognitivistickém postoji k právu (rozum, legitimita jednání, právní citění národa atp.).
- ¹² K modelu srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 87 an.
- ¹³ Jistě nejen jeho. Kupříkladu Terry Nardin v podstatě zastává kognitivistický (nonpozitivistický) postoj k právu, když váže platnost práva na morálku, jež je odvoditelná přímo z rozumu. Srov. NARDIN, T. *Emergency Logic: prudence, morality and the rule of law*. In: RAMRAJ, V. V. (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*, s. 99–104.
- ¹⁴ Srov. DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 7.
- ¹⁵ DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, s. 60 an. (zvláště s. 63).
- ¹⁶ K tezi oddělitelnosti viz SOBEK, T. *Nemorální právo*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2010, s. 260.
- ¹⁷ Srov. DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, s. 10, 61.
- ¹⁸ Srov. *ibidem*, s. 10, 61–62.
- ¹⁹ Uvádí totiž, že jeho koncepce vlády práva je spíše specifickým *common law* systémem. V jeho práci se navíc objevují formulace umožňující zacházet odděleně s právem jako normativním systémem na straně jedné a vládou práva jako specifickým morálním projektem nebo koncepcí na straně druhé. Za účel vlády práva následně označuje vládu dobrého práva, přičemž se k němu společnost sama rozhodla volbou liberálnědemokratického uspořádání své existence (srov. DYZENHAUS, D. *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, s. 4, 13, 19, 42, 220). Sám Dyzenhaus kritizuje především „ústavní pozitivismus“; má však na mysli legalistický přístup k pojetí práva (viz dále) v kombinaci s formalismem v právním (soudcovském) rozhodování. (srov. *ibidem*, s. 68).
- ²⁰ Byl proto podroben kritice, protože tím mj. míchá stanoviska přístupů *Business as Usual* a *Model of Accommodation*. Srov. SAGOS, N. C. *Democracy, Emergency, and Arbitrary Coercion. A Liberal Republican View*. Leiden – Boston: Brill, 2014, s. 82.

1.2 Přístup legalistický

Druhý přístup ztotožňuje právo se systémem právních norem, které jsou výlučně obecné, nikoliv *ad hoc* a zcela neurčitě,²¹ a zároveň se nacházejí v zákonech a v navazujících právních předpisech (tzv. teze identity),²² v případě angloamerického systému pak i v soudních precedentech. Jde o velmi vlivnou koncepci, především v oblasti kontinentální právní kultury.²³ Hlavní teze tohoto přístupu v teorii mimořádného vládnutí spočívá na tvrzeném protikladu normy, mající charakter práva, a aktu mimořádného vládnutí (opatření, mimořádného nařizování), kterému se takový charakter upírá.²⁴ Akt mimořádného vládnutí proto nemá kvalitu práva, neboť není výlučně obecný a zároveň nejde o součást právního předpisu. Současně nejde o běžný akt veřejné správy, neboť chybí jeho relativně striktní návaznost na zákonnou právní úpravu. Důsledkem tohoto přístupu tak je vykázání mimořádného vládnutí do sféry mimo právo.

Je zřejmé, že toto legalistické chápání práva není univerzálním, neboť vychází z konkrétních historických zdrojů z 19. století.²⁵ Jednak ze snahy odstranit právní pluralismus po Velké francouzské revoluci prostřednictvím obecné zákonné regulace,²⁶ jednak ze specifické ústavní situace v německých zemích, kdy se pomocí koncepce obecného zákona jako ústředního prvku právního státu snažilo měšťanstvo prosadit svůj podíl na výkonu veřejné moci.²⁷ Není tedy správné, pokud se koncepce práva, která stojí na specifické situaci moderních států 19. a 20. století, začne chápat jako koncepce výlučná.²⁸ Neumožní nám totiž, jak poznamenali Scott Shapiro a Oona Hathaway, označit za „právo“ mnohé normativní systémy včetně jejich jednotlivých prvků, které jako právo byly vždy chápány (např. současné mezinárodní právo veřejné nebo právní systémy v období starověku, středověku a raného novověku).^{29, 30}

²¹ K problematičnosti takového postoje srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 116.

²² K této tezi srov. SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 261.

²³ Takto chápá právo jako soustavu obecných právních norem např. KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 51, 149, ovšem s konstatováním, že obecnost právní normy není v literatuře všeobecně zastávána. Aleš Gerloch sice též definuje normu prostřednictvím znaku obecnosti, ale vedle toho uznává za významnou součást práva i právní principy; srov. GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 34–38.

²⁴ Srov. SCHMITT, C. *Politická theologie*. Praha: Oikymen, 2012, s. 14–15; SCHMITT, C. The Dictatorship of the President of the Reich According to the Article 48 of the Weimar Constitution. In: SCHMITT, C. *Dictatorship*. Cambridge – Malden: Polity Press, 2014, s. 214–216; BÖCKENFÖRDE, E. – W. The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances. In: BÖCKENFÖRDE, E.-W. – KÜNKLER, M. – STEIN, T. – DUNLAP, T. *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 127.

²⁵ Ke konkrétní historické podmíněnosti legalistického chápání práva viz GÁBRIŠ, T. *Preskriptivna teória práva. Metodológia aplikácie práva pre súčasnosť*. Bratislava: VEDA, 2020, s. 19–20.

²⁶ THORNHILL, C. L. *A Sociology of Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 207.

²⁷ KLOKOČKA, V. *Ústavní systémy evropských států*. 2. vydání. Praha: Linde, 2006, s. 63–64.

²⁸ Sám Carl Schmitt, z jehož některých děl legalistické chápání práva v teorii mimořádného vládnutí vychází (viz SCHEUERMAN, W. E. Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11. *The Journal of Political Philosophy*. 2006, Vol. 14, No. 1, s. 65), později naznačil, že jde jen o jedno z mnoha chápání práva, které je historicky vázáno právě na koncepci buržoazního (liberálního) právního státu 2. poloviny 19. století. Srov. SCHMITT, C. *Constitutional Theory*. Durham – London: Duke University Press, 2008, s. 181–194; SCHMITT, C. *Legality and Legitimacy*. Durham – London: Duke University Press, 2004, s. 3 an.; SCHMITT, C. *On the Three Types of Juristic Thought*. Westport: Praeger, 2004, s. 43 an.

²⁹ HATHAWAY, O. – SHAPIRO, S. Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law. *The Yale Law Journal*. 2011, Vol. 121, No. 2, s. 257 an. K tomu podobně srov. TAMANAHA, B. A. *A General Jurisprudence of Law and Society*, s. 204.

³⁰ O vadné identifikaci práva se zákonem, znemožňující považovat za součást práva např. i soudní rozsudky, psal již

Pokud jde navíc o nezbytnost obecnosti právní normy, pak je třeba mít na paměti, že norma nemusí být nutně obecnou (na rozdíl od pravidla);³¹ chápeme-li právo převážně jako soubor plánů pro lidské jednání, pak si lze představit normativní systém složený podstatně z individuálních plánů.^{32, 33} Je ale jisté, že k institucionalizaci jsou dominantně způsobilé normy obecné.³⁴ Ze zkušenosti s mimořádným vládnutím ovšem víme, že akty mimořádného vládnutí jsou velmi často obecné;³⁵ legalistickému chápání práva tak vadí spíše zvláštní právní forma těchto aktů, případně též jejich větší míra konkrétnosti³⁶ či omezená opakovatelnost jejich užití.

1.3 Přístup justiční

Konečně třetí přístup přiznává právní charakter pouze takovým normám, které jsou vynutitelné soudní cestou, respektive podle kterých rozhodují soudy. Neřídí-li se soudy takovými normami, nejde o právo, ale o záležitosti mimoprávní (typicky politické). Tato představa práva je velmi rozšířená především v zemích právní kultury *common law*³⁷ a neomezuje se pouze na obecnou charakteristiku práva.³⁸ Kořeny tohoto justičního přístupu k právu lze vystopovat hluboko do právní minulosti; ať už jde o raně středověkou doktrínu nezávanosti papeže a římské církve světským právem, tudíž ani světskými soudy (*plenitudo potestatis*),³⁹ rozlišování *jurisdictia* a *gubernacula* Henryho de Bractona či obecněji práva a prerogativy v anglickém právním myšlení⁴⁰ nebo doktrínu *actes du gouvernement* ve francouzském právu po Velké francouzské revoluci.⁴¹

Předně je třeba uvést, že kritérium soudního užívání pro rozlišování právního a mimoprávního vyvolává dojem nahodilosti a účelovosti. Historicky vzato totiž velká část práv-

Kelsen. Srov. Kelsen, H. *Ryzí nauka právní*. Brno – Praha: Orbis, 1933, s. 36. Velmi výstižně píše i Merkl, že pokud by se ztotožnilo „zákonodárství s právotvorbou, tu byla by právní nauka vyčerpána naukou o zákonech“. Viz Merkl, A. *Obecné právo správní. Díl první*. Brno: Orbis, 1931, s. 8.

³¹ Srov. Shapiro, S. *Legality*, s. 41. K tomu shodně Kelsen, H. *Všeobecná teorie norem*. Vídeň – Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 22.

³² Srov. Shapiro, S. *Legality*, s. 159.

³³ Stranou ponechme asi nejširší chápání práva, a to v socioprávním pozitivismu Briana Tamanahy, pro kterého je právo cokoliv, co daná společnost za právo označuje. I zde je tak možné si představit, že daná komunita bude za právo považovat i soubor individuálních mětí. Srov. Tamanaha, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*, s. 151 an.

³⁴ Srov. Holländer, P. *Základy všeobecné státovědy*. 3. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 107.

³⁵ Böckenförde, E.-W. *The Repressed State of Emergency. The Exercise of State Authority in Extraordinary Circumstances*, s. 127.

³⁶ Otázka abstraktnosti a konkrétnosti je však otázkou míry, na rozdíl od obecnosti a individuálnosti. Srov. Jakab, A. Problems of the Stufenbaulehre: Kelsen's Failure to Derive the Validity of a Norm from Another Norm. *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 2007, Vol. 20, No. 1, s. 46.

³⁷ Dominantně pak v USA, srov. Sobek, T. *Právní myšlení: kritika moralismu*. Plzeň, Aleš Čeněk, 2011, s. 387, a Vermeule, A. *Law's Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, s. 7–10.

³⁸ Na tom, co dělají nebo nedělají soudy, respektive podle čeho se soudy řídí, nebo neřídí, je z podstatné části založeno stanovisko tzv. právního konstitucionalismu (*legal constitutionalism*), jakožto protikladu vůči konstitucionalismu politickému, nebo zdůvodnění odlišování otázek právních a otázek politických, majících povahu samostatné doktríny (*political question doctrine*).

³⁹ Srov. Thornhill, C. L. *A Sociology of Constitutions*, s. 26.

⁴⁰ Srov. Loughlin, M. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 134–135; Loughlin, M. *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 379 an.; Kysele, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 185 an.

⁴¹ Viz Malíř, J. Politické limity soudního přezkumu v historické perspektivě: případ *actes de gouvernement* ve francouzském právu. *Jurisprudence*. 2017, č. 6.

ních norem, typicky z oblasti dnešního správního práva, nebyla určena soudům,⁴² a až do relativně nedávné doby existovaly rozsáhlé výluky ze soudního přezkumu; soudy se proto některými normami ani řídit nemohly. Přesto šlo o normy právní, neboť se jimi řídily a podle nich rozhodovaly jiné instituce (typicky správní úřady). Z právněsociologických výzkumů Briana Tamanahy navíc vyplývá, že existují i v současnosti právní systémy, které soudy jako specializované orgány nemají; jako hlavní kritérium pro rozlišování právnosti a mimoprávnosti tak sledování toho, co dělají soudy, není vhodné.⁴³ I v britském ústavním právu, ze kterého tento přístup významně čerpá, již takové kritérium neplatí. Jak uvádí Nick Barber, britské soudy na jednu stranu užívají praktické informace, které byly tradičně považovány za mimoprávní (ústavní konvence), na stranu druhou nevymáhají všechna pravidla obsažená v právních předpisech.⁴⁴ Navíc i to, co se považuje za doménu prerogativy britské Koruny, francouzských vládních aktů nebo americké politické otázky se v čase podstatně mění;⁴⁵ nemůže tak, pro posouzení toho, co je právo, jít o kritérium kvalitativní, nýbrž nanejvýše kvantitativní. Tento druhý přístup však lze velmi dobře vysvětlit z právněrozhodovací perspektivy.⁴⁶ Jde totiž o právněpolitický nástroj,⁴⁷ který soudci využívali a využívají, pokud z pragmatických důvodů o některých věcech nechtěli a nechtějí judikovat.⁴⁸ Ostatně byly to právě ohledy na mocensko-politickou situaci, které daly vzniknout jak francouzským aktům vládnutí,⁴⁹ tak i přejímání doktríny politické otázky v asijských zemích.⁵⁰

Závěrem je třeba k posledním dvěma přístupům dodat, že jak stavění právní normy na požadavku obecnosti, tak i její navázání na soudní rozhodování nemá oporu v logice normativních vět;⁵¹ nejde tak o definiční znak normy, nýbrž o zvláštní právněpolitickou koncepci plynoucí z již zmíněného konkrétního axiologicko-teleologického pozadí nebo podoby institucionálního ukotvení daného právního řádu (zejména koncepce právního státu, respektive *rule of law*). Z normologické perspektivy je totiž norma výrazem mětí bez ohledu na její obecnost či individuálnost, abstraktnost či konkrétnost, určitost či neurčitost, nebo aplikovatelnost v řízení před soudy.

⁴² Viz např. KOPECKÝ, M. Ústavní zakotvení rakouského modelu soudní kontroly správy a jeho následování. *Právník*. 2017, roč. 156, č. 12, s. 1074 an., nebo výklad o policii a policejním právu v LUKEŠ, Z. *Základy bezpečnostního práva*. Praha: Academia, 1971, s. 12 an.

⁴³ Srov. TAMANAHA, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*, s. 145–146. Je ale třeba podotknout, že souhlasíme s klíčovým podílem orgánů aplikace práva na existenci práva ve společnosti (srov. KÁČER, M. *Prečo zotrvať pri rozhodnutom. Teória záväznosti precedentu*. Praha: Leges, 2013, s. 20 an., 44); těmito orgány ale nemusí být pouze soudy jako zvláštní orgány, nýbrž i instituce jiné, které se za soudy spíše neoznačovaly a neoznačují.

⁴⁴ Srov. BARBER, N. *The Constitutional State*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 90–96.

⁴⁵ K právnosti britské prerogativy srov. JELÍNEK, F. *Prerogativa a brexit*. Rigorózní práce. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2021, s. 28 an. Dostupné z: <<http://hdl.handle.net/20.500.11956/125244>>. Malíř pak pro oboru francouzských *actes de gouvernement* uvádí, že jde o doktrínu spíše praktickou, empirickou než dogmatickou, a to právě s ohledem na vývoj toho, co soudy (ne)připouštějí k přezkumu. Srov. MALÍŘ, J. *Actes de gouvernement* v soudobém francouzském právu: kompromis mezi soudním přezkumem a politikou. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 2, s. 91.

⁴⁶ Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus: nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Kalligram, 2010, s. 205.

⁴⁷ MALÍŘ, J. Moderní doktrína politické otázky v USA: příběh, v němž stále nepadlo poslední slovo. *Jurisprudence*. 2019, č. 1, s. 15.

⁴⁸ O jasných politických tendencích nauky o vládních aktech psal v naší literatuře již Weyr. Srov. WEYR, F. *Československé právo ústavní*. Praha: Melantrich, 1937, s. 53.

⁴⁹ MALÍŘ, J. *Politické limity soudního přezkumu v historické perspektivě: případ actes de gouvernement ve francouzském právu*, s. 8.

⁵⁰ Viz TOMÁŠEK, M. Politická otázka při přezkumu ústavnosti na Dálném východě. *Jurisprudence*. 2017, č. 1, s. 28–30.

⁵¹ Srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 61–62; KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*. 3. vydání. Praha: Eurolex Bohemia, 2000, s. 124 an.

2. Mimoprávnost v normativním institucionalismu

2.1 Pojem práva v normativním institucionalismu a plánovací nauce právní

Normativní institucionalismus chápe právo jako systém právních norem (pravidel a principů) včetně jejich axiologicko-teleologického pozadí, jemuž přináležejí institucionální bytí.⁵² Základním stavebním kamenem státního práva je tak právní norma, jakožto jednotka institucionalizovaného mětí, v případě státního práva mětí veřejnomocenského. Právní normu pak lze chápat a zkoumat ve dvou smyslech – jako ideální entitu, zkoumanou normologickou perspektivou, a jako sociální skutečnost, zkoumanou perspektivou institucionální.⁵³ Právo pak, viděno z obou těchto perspektiv, aspiruje na to stát se systémem, tj. vzájemně provázaným, racionálním a vnitřně bezrozporným řádem.⁵⁴ I přesto však právní řád zůstává systémem otevřeným,⁵⁵ což se týká i jedné z jeho součástí – práva ústavního. Otevřenost práva obecně a ústavního práva zvláště se posléze projevuje přinejmenším ve třech oblastech. Předně (ústavní) právo přejímá informace z jiných systémů praktických informací,⁵⁶ dále ne všechny (ústavně)právní normy jsou vyjádřeny výslovně,⁵⁷ a konečně proto, že nelze předem určit všechny potenciální skutečnosti, na které by se mohly tyto normy vztahovat v budoucnu.⁵⁸

Plánovací nauka právní se pak věnuje především vysvětlení povahy právních aktů a dynamiky záměrné právotvorby. Tu chápe jako společenské plánování; fundamentální části práva tudíž mají charakter plánů pro lidská jednání.⁵⁹

2.2 Právo a prostor

Pokud v argumentaci učiníme závěr o tom, že určité jevy (např. akty mimořádného vládnutí) lze hodnotit z hlediska práva, a jiné se nacházejí mimo právo, vycházíme ze dvou hlavních premis: za prvé z námi chápaného pojmu práva (viz výše), za druhé z prostoru, ve kterém se toto právo nachází. Samotný pojem mimoprávnosti totiž evokuje představu prostoru práva prostého.⁶⁰ Koncepce prostoru je proto klíčovým prvkem pro zkoumání práva jako samostatného společenského systému.

⁵² WEINBERGER, O. *Norma a instituce*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 9, 29–30, 78–81, 86; WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*. Praha: Filosofia, 1997, s. 207; WEINBERGER, O. *Institucionalizmus: nová teória konania, práva a demokracie*, s. 76–77; MACCORMICK, N. *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 11 an.

⁵³ WEINBERGER, O. Norm as thought and as reality. In: MACCORMICK, N. – WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: Springer, 1986, s. 33 an. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 36–37.

⁵⁴ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 30–34.

⁵⁵ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 203.

⁵⁶ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 200; WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht: Springer, 1991, s. 120. Tento přístup uznává i panující česká nauka, srov. KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*. Praha: Karolinum, 2002, s. 33, 37–38. Z ústavní teorie pak srov. KLOKOČKA, V. *Ústavní systémy evropských států*, s. 11.

⁵⁷ WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 191. Z ústavní teorie pak srov. HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace*. Praha: Linde, 2003, s. 9, a DRGONEC, J. *Ústavné právo hmotné*. Bratislava: C. H. Beck, 2018, s. 36, 61.

⁵⁸ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 203, pokud jde o dodatečně se vynořující okolnosti. Srov. též TRYZNA, J. *Právní principy a právní argumentace*. Praha: Auditorium, 2010, s. 55–60. Z ústavní teorie pak srov. DRGONEC, J. *Ústavné právo hmotné*, s. 40 (o možnosti změny obsahu a rozsahu ústavní normy) nebo LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 4 (o nekonečné souhře mezi ústavním textem, principem a skutkovým precedentem).

⁵⁹ Srov. SHAPIRO, S. *Legality*, s. 119, 171 an.

⁶⁰ KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 65.

Od státu a jeho vztahu k právnímu řádu odvisí tradiční pojetí prostoru, jímž je pojetí geografické. V tomto pojetí zkoumáme prostor ve smyslu územního rozsahu platnosti právního řádu,⁶¹ případně jako územní sféru rozsahu kompetencí státních orgánů stanovených právem.⁶² Za jev nacházející se mimo právo tak v rámci geografického pojetí prostoru lze označit tu část trojrozměrné reality světa (část povrchu vesmírného tělesa, prostor nad ním, prostor pod ním a prostor mezi vesmírnými tělesy), na kterou se vzhledem ke své působnosti nevztahují žádné právní normy, žádný právní řád.

Z hlediska normativního institucionalismu i plánovací nauky je ovšem zřejmé, že toto pojetí prostoru je pojetím odvozeným, neboť přestože spočívá na objektivně daných prvcích přírody (zachycených v souboru popisných informací), odvozuje svůj smysl a účel od člověka a jeho života v rámci těchto prvků. Až svým životem připisuje člověk zvláštní charakteristiky jednotlivým částem objektivní reality, včetně stanovení, že na určitém území platí norma N, ale na jiném již ne, případně, že na tomto území státní orgán O disponuje právem stanovenou kompetencí K, ale jinde už ne.

Vzhledem k antropologickým poznatkům o podstatě života člověka a společnosti, jež jsou v základu normativního institucionalismu i plánovací nauky právní, je tak třeba jako východisko našich úvah o prostoru ve vztahu k právu zvolit perspektivu člověka jako bytosti jednající, tj. bytosti, jejíž chování je určováno popisnými a praktickými informacemi.⁶³ Dostáváme se tak ke druhému, primárnímu pojetí prostoru, jímž je pojetí praktické.⁶⁴ V tomto praktickém pojetí prostoru zkoumáme, zda, a pokud ano, pak jaké právní normy mají jako praktické informace vliv na zvažování a výběr variant (alternativ) lidského jednání.⁶⁵ Časové a teritoriální hledisko, jakož i hledisko zvláštního postavení dotčeného člověka či lidské instituce, jsou až prvky odvozenými.

Za jev nacházející se mimo právo tak v rámci praktického pojetí prostoru lze označit tu alternativu lidského jednání jakožto chování řízeného informacemi, ke kterému právní normy jako praktické informace nemají co říci.

2.3 Dvojitý charakter mimoprávnosti

Závěry normativního institucionalismu a plánovací nauky právní nás vedou k uznání širšího pojmu práva, zahrnujícího nejen právní pravidla, nýbrž i právní principy a další prvky, které mohou být obsaženy v různých druzích právních pramenů;⁶⁶ klíčové je pouze, zda jde o normy institucionalizované v rámci struktury veřejné moci. Při bližším zkoumání právního systému ovšem zjistíme, že jednotlivé právní normy se od sebe navzájem

⁶¹ Srov. NEUBAUER, Z. *Pojem státního území*. Praha – Brno: Orbis, 1933, s. 73 an.; NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*. Praha: SLON, 2006, s. 59 an.; WEYR, F. *Teorie práva*. Brno – Praha: Orbis, 1936, s. 121–122, 220 (ve smyslu hlediska statického); KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 91; HOLLÄNDER, P. *Základy všeobecné státovědy*, s. 95; odvozené též BOGU-SZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. 2. vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 27, 93; GERLOCH, A. *Teorie práva*, s. 78; HARVÁNEK, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, s. 20, 204, 207.

⁶² Srov. KLÍMA, K. Stát. In: KLÍMA, K. a kol. *Státověda*. 2. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, s. 76; WEYR, F. *Teorie práva*, s. 121–122, 220 (ve smyslu hlediska dynamického).

⁶³ WEINBERGER, O. *Institucionalismus*, s. 38; WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 12 an.

⁶⁴ O. Weinberger používal pojem „prostor pro jednání“ ve smyslu rozvětveného systému „alternativních způsobů chování, jež mohou být v budoucnu uskutečněny“. Viz WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 15.

⁶⁵ Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalismus*, s. 46–47, 98 an. Odvozené též KNAPP, V. *Teorie práva*, s. 65, 136.

⁶⁶ K tomu shodně MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 18.

odlišují, ať už jde o druh právního pramene, v němž jsou zachyceny, stupeň abstraktnosti, nebo právní sílu odpovídající postavení normy v hierarchickém uspořádání právního řádu. Je dále zřejmé, že nejvyšší stupeň institucionalizace v soudobých státech vykazují právní normy (zvláště pak právní pravidla) zachycené v právních aktech, zejména v právních předpisech.

Z institucionálního hlediska je tudíž vhodné rozlišovat obecný soulad s právními normami, vyjádřenými jakýmkoliv způsobem v jakýchkoliv pramenech práva (tj. všeobecný soulad s celým právním řádem), a soulad s právními normami v právních předpisech (tj. soulad se zákonnou částí právního řádu). Tyto „dva stupně právnosti“ identifikoval ve své práci Jaroslav Krejčí a označil je za *právnost prostou* (opírání se o jakoukoliv právní normu) a *právnost kvalifikovanou* (opírání se o zákonnou právní normu).⁶⁷ Pokud totiž odmítneme výše zmíněnou tezi identity a vyjdeme z širšího chápání práva, pak zákonný text nebude jediným a výlučným zdrojem právních norem, respektive práva. Pouze bude zdrojem privilegovaným.⁶⁸ Obdobně pak můžeme hovořit i o prosté a kvalifikované protiprávnosti (celkový rozpor s právním řádem nebo jen s jeho zákonnou částí).

Nás však zajímá jiný fenomén než soulad, anebo rozpor s právním řádem. Mimoprávnost jevu, v našem případě mimořádného vládnutí, jsme si charakterizovali jako alternativu lidského jednání, k němuž nemá právo jako soubor praktických informací co říci. Z tohoto důvodu by tak, v případě označení mimořádného vládnutí jako mimoprávního fenoménu, nebylo možné stanovit vztah mimořádného vládnutí s právem, a tak ani zhodnotit, zda konkrétní akty mimořádného vládnutí proběhly v souladu, anebo v rozporu s právním řádem. Tomuto hodnocení (Luhmannovou terminologií kódování)⁶⁹ by se totiž mimořádné vládnutí, vykázané do sféry mimo říši práva, vzpíralo.

Pro naše účely je tedy rozčlenění dvou stupňů potenciální mimoprávnosti mimořádně důležité, neboť umožňuje samostatně posoudit, zda mimořádné vládnutí probíhá (může probíhat) mimo prostor *extra legem intra ius*⁷⁰ (tj. mimo prostor prosté právnosti, úplně mimoprávně), nebo pouze mimo prostor *secundum et intra legem* (tj. mimo prostor kvalifikované právnosti, mimozákonně). Prostá mimoprávnost mimořádného vládnutí by tedy znamenala, že mimořádné vládnutí probíhá v prostoru úplné absence právních norem, které by měly být jen teoretický (potenciální) vliv na lidské jednání; šlo by tak o právněnormativní vakuum. Kvalifikovaná mimoprávnost následně znamená, že mimořádné vládnutí nemá oporu v explicitně zachyceném normativním textu přijatém ústavodárným nebo zákonodárným orgánem.

Důležitost tohoto rozlišování je třeba spatřovat i v nedůslednosti, v jaké dominující anglickojazyčný diskurz v rámci teorie mimořádného vládnutí zachází s termíny *law* nebo *legal*, aniž by přesně odlišil situaci, kdy má na mysli souvislost s právem a kdy souvislost s právními předpisy. Toto směšování totiž zásadním způsobem přispívá ke znepráhlednění odborné diskuse, kterou nevedou výlučně akademici ze země *common law*, a zatemnění problému právnosti, respektive mimoprávnosti mimořádného vládnutí. I v britském a americkém právu totiž v posledních desetiletích zásadně vzrostl význam zákonodárství;

⁶⁷ KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*. Praha: Moderní stát, 1931, s. 15–16.

⁶⁸ Toto rozlišování by mohlo připomínat Loughlinovo rozlišování *droit politique* a pozitivního práva (srov. LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*, s. 402). Nicméně se podstatným způsobem odlišuje; prostá i kvalifikovaná právnost je stále součástí jednoho normativního systému, který je produktem společenské institucionalizace.

⁶⁹ Srov. ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 68–69.

⁷⁰ K tomuto pojmu prostoru viz BARÁNY, E. *Pojmy dobrého práva*. Žilina: Poradca dobrého podnikatele, 2007, s. 70.

právě v systémech *common law* je tak velmi účelné rozlišovat souvislost se zákonnými normami na straně jedné a souvislost s normami pocházejícími z jiných zdrojů na straně druhé.

3. Nemožnost prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí

Za využití závěrů normativního institucionalismu nyní přejdeme k rozboru možnosti esenciální prosté mimoprávnosti, a to metodologicky ve dvou oddělených perspektivách – normologické a institucionální.

3.1 Normologická perspektiva

V prvé řadě je třeba zjistit, zda je mimoprávnost lidského jednání možná normologicky, tedy zhodnotit možnost právněnormativní indifferencie. Problém normativní indifferencie spočívá v otázce, zda je jakékoliv lidské jednání možné kvalifikovat jako právně dovolené, nebo nedovolené, anebo zda existuje prostor nevýlučnosti dovolenosti či zakázanosti lidského jednání. K tomu se přidává otázka podoby normy, tj. zda musí jít o zákaz či dovolení explicitní, či zda postačí implicitní.⁷¹

Lze konstatovat, že v obecné deontické logice, respektive v logice normativních vět je normativní indifferencie pro lidská jednání možná.⁷² Otázkou ovšem zůstává, zda je možná též pro mimořádné vládnutí jakožto specifické jednání, jímž se určuje jednání univerzální veřejnomocenské instituce – státu – za mimořádné situace.⁷³ Tuto možnost totiž striktně vylučovala ryzí nauka právní, respektive normativní teorie. Jestliže totiž zastánci této teorie došli k závěru o ztotožnění státu a právního řádu jako normového souboru, pak pro ně nebylo z normativněstatického pohledu myslitelné, aby bylo státu přiřitatelné jednání bez opory v právní normě.⁷⁴ Pro zachování „ryzosti“ bylo navíc většinou zastánců normativní teorie vyžadováno pro jednání státu dovolení výslovné.⁷⁵ Normativní institucionalismus však nestaví svou teorii na totožnosti státu a právního řádu; dle Weinbergera v otevřených systémech, jakými je i (ústavní) právo, je to, co není výslovně dovoleno či zakázáno, nejisté a spočívá na normativním rozhodnutí daného systému.⁷⁶ Systém praktických informací, v našem případě právo, navíc nemusí existovat explicitně formulován.⁷⁷ Tímto se normologické řešení problému právnosti mimořádného vládnutí v pod-

⁷¹ KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 110; WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 139 an.

⁷² KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 110–112; WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 139 an.

⁷³ K této koncepci vládnutí srov. WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, s. 123.

⁷⁴ Srov. WEYR, F. *Teorie práva*, s. 89–92, 308; KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 15, 20–28; Kelsen, H. *Ryzí nauka právní*, s. 49 an.; BULÍN, H. Konstrukce pojmu „právních pramenů“ vůbec a pramenů římského práva zvláště s hlediska ryzí nauky právní. In: WEINBERGER, O. – KUBEŠ, V. – KOSEK, J. *Brněnská škola právní teorie: (normativní teorie)*. Praha: Karolinum, 2003, s. 171; MERKL, A. *Obecné právo správní. Díl první*, s. 78–79; NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*, s. 24, 28.

⁷⁵ Přímou pro mimořádné vládnutí srov. WEYR, F. *Teorie práva*, s. 307–308, a MERKL, A. *Obecné právo správní. Díl první*, s. 54. S tím, zdá se, nesouhlasil Krejčí, který umožnil i opírání se o normy implicitní. Srov. KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 16, 20.

⁷⁶ Srov. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 148. I Knapp s Gerlochem píší, že vzhledem k neobyčejné složitosti právního systému může být sporné, zda je v konkrétním případě věc opravdu právem neupravená, tedy nacházející se v prostoru právněnormativní indifferencie. Srov. KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 123.

⁷⁷ WEINBERGER, O. *Institucionalismus*, s. 71.

statě shoduje s jedním z přístupů Tracy McNulty založeného na intuicionistické logice:⁷⁸ existuje prostor lidského jednání, a tedy i vládnutí, o němž nemůžeme říci, zda je právní, nebo protiprávní. Je tak z normologického hlediska mimoprávní.

Nicméně tímto naše zkoumání nekončí, neboť problém mimoprávnosti mimořádného vládnutí nelze vyřešit pouze v rovině normologické. Je totiž třeba dodatečného určení charakteru právního řádu, což lze bez vztažení se ke konkrétnímu právnímu řádu řešit pouze v rovině institucionální. Tomu v podstatě odpovídá i názor tradiční právní teorie, která problém normativní indifferenc v právu řeší axiomem majícím právněpolitický charakter.⁷⁹ Tím je zásada legální licence pro osoby fyzické a právnické a zásada legality pro veřejnou moc, jakožto součást koncepce právního státu.⁸⁰ Řešení problému mimoprávnosti mimořádného vládnutí tak spočívá v rovině institucionální.

3.2 Institucionální perspektiva

Teoretický proud obhajující prostou esenciální mimoprávnost mimořádného vládnutí výstižně označuje Nomi Claire Lazar za excecionalismus, přičemž jej rozděluje do dvou skupin – na excecionalistický decisionismus a excecionalistický republikanismus.⁸¹ Rozboru obou skupin se nyní budeme postupně věnovat.

3.2.1 Problémy decisionistické interpretace Carla Schmitta

Názna excecionalistického decisionismu lze sice objevit u Thomase Hobbese,⁸² za jeho nejvýraznějšího zastávce je ovšem považován Carl Schmitt, a to především pro svou práci *Politická theologie*.⁸³ V ní totiž představil svou koncepci výjimečného stavu (*Ausnahmenzustand*) jako neomezeného oprávnění suveréna k „suspendování veškerého existujícího řádu“.⁸⁴ Na základě suverénního rozhodnutí tak právo „ustupuje do pozadí“ a zůstává pouze stát, nadřazený nad platností právních norem.⁸⁵ V tomto pojetí sice může právo regulovat různé instituty mimořádného vládnutí,⁸⁶ mimoprávnímu výjimečnému stavu se však nelze vyhnout.⁸⁷ Obecně se tyto Schmittovy názory v teorii mimořádného vládnutí interpretují tak, že v podstatě vylučují možnost vázanosti mimořádného vládnutí právem, neboť výjimka je neslučitelná s právní normou;⁸⁸ mimořádné vládnutí tak probíhá v právní anomii a spočívá pouze na *ex nihilo* decisi suverénní autority.⁸⁹

⁷⁸ Viz MCNULTY, T. The Gap in the Law and the Border-Breaching Function of the Exception. *Konturen*. 2008, Vol. 1, s. 5–6.

⁷⁹ Srov. KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 112.

⁸⁰ Srov. PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*. 2. vydání. Bratislava: C. H. Beck, 2019, s. 71–73.

⁸¹ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 12 an.

⁸² Srov. LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 12, 71; SORREL, T. *Emergencies and Politics. A Sober Hobbesian Approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 93; HOBBS, T. *Leviathan, aneb Látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: Oikoymenth, 2009, s. 117–120, 124–125, 145, 222–225.

⁸³ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 12. Ke klasifikaci Schmittova přístupu jako esenciálně mimoprávního viz též FELDMAN, L. C. Schmitt, Locke and the Limits of Liberalism. *Konturen*. 2008, Vol. 1, s. 2.

⁸⁴ SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 14.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Schmitt zmiňuje nouzová nařízení a stavy obležení. Viz SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 9.

⁸⁷ SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 14.

⁸⁸ Tradiční chápání schmittovské výjimky mluví o tom, že norma nemůže být bez výjimky, neboť „výjimka ohraničuje (definuje) pravidlo“ (KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou*, s. 155). Nicméně kupříkladu Oren Gross se snažil poukázat na důsledky takové argumentace: pokud je to výjimka, která zároveň určuje (definuje), co je obecnou normou,

Takto chápané Schmittovy myšlenky zaznamenaly nebývalý ohlas; nejen, že vyvolaly bouřlivou reakci ve 20. a 30. letech 20. století, ale v podstatě ovládly debatu o mimořádném vládnutí až do současnosti.^{90, 91} Nejvýraznějším příkladem budiž americká diskuse v období po teroristických útocích na Světové obchodní centrum v roce 2001, kdy se činy administrativy prezidenta George W. Bushe vysvětlovaly právě s ohledem na Schmittova suveréna suspendujícího (ústavní) právo a jednajícího v prostoru bez norem, a to až už konceptuálně nebo prakticky.⁹²

Dosud jsme hovořili pouze o tom, že jde o interpretaci jedné ze Schmittových knih, nikoliv o postoj samotného Schmitta. Proč taková opatrnost? Za hlavním problémem znesnadňujícím řádnou reflexi myšlení tohoto německého teoretika jsou totiž považovány vzájemné rozpory v jeho pracích a závěrech.⁹³ Proto uspořádat opravdové názory Carla Schmitta do koherentního celku je nanejvýš obtížné.⁹⁴ V našem případě jde především o protiklad koncepce komisařské diktatury, kterou Schmitt představil roku 1921 v práci *Die Diktatur* a částečně rozvinul o tři roky později v článku týkajícím se výkladu mimořádných pravomocí říšského prezidenta dle čl. 48 výmarské Ústavy Německé říše⁹⁵ a koncepce suverenity a suverénní diktatury.

Komisařskou diktaturu charakterizoval Schmitt v podstatě jako institut mimořádného vládnutí, ve kterém se na základě imanentního ústavního zmocnění lze odchýlit od ústavních ustanovení za účelem zachování ústavy jako takové.⁹⁶ Pohybuje se tak v rámci moci ustavené (*pouvoir constitué*) a je účelově vázáno obnovením *statusu quo ante*. Suverénní diktatura je oproti tomu nástrojem moci ustavující (*pouvoir constituant*) bořícím

a zároveň ji vytyčuje meze, pak se sama stává obecnou normou. Je tedy zároveň beznormemnou i nevýjimečnou? Srov. GROSS, O. The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the 'Norm-Exception' Dichotomy. *Cardozo Law Review*. 2000, Vol. 21, No. 5–6, s. 1841.

⁸⁹ Srov. např. CRISTI, R. Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power. In: DYZENHAUS, D. (ed.). *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham – London: Duke University Press, 1998, s. 179; ZUCKERMAN, I. One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception. *Constellations: An International Journal of Critical & Democratic Theory*. 2006, Vol. 13, No. 4, s. 525, a ZUCKERMAN, I. *The Politics of Emergencies: War, Security and the Boundaries of the Exception in Modern Emergency Powers*. PhD. Thesis. Columbia University, 2012, s. 23. Dostupné z: <<https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/D8F76KN9/download>>, a SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 90–91.

⁹⁰ Srov. LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 22; ZUCKERMAN, I. *The Politics of Emergencies: War, Security and the Boundaries of the Exception in Modern Emergency Powers*, s. 20; SCHEUERMAN, W. E. States of Emergency. In: MEIERHENRICH, J. – SIMONS, O. (eds). *Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 547–548.

⁹¹ Taktéž v české literatuře se o tomto chápání Carla Schmitta v kontextu mimořádného vládnutí či boje proti terorismu několikrát diskutovalo. Srov. např. GÉRYK, J. Teorie výjimečného stavu: norma, decise a jejich prolnutí. In: ANTOŠ, M. – WINTR, J. (eds.) *Ústavní teorie*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2015, nebo KYSELA, J. Právo jako relativně uzavřený systém a dvojí pojetí výjimečného stavu. Předběžné ohledání schmittovského tématu. In: BÍLKOVÁ, V. – KYSELA, J. – ŠTURMA, P. (eds). *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016; BELLING, V. Výjimečný stav a hranice právního státu. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 3; KOLLERT, L. Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2021, roč. 29, č. 2.

⁹² Srov. TUSHNET, M. Meditations on Carl Schmitt. *Georgia Law Review*. 2006, Vol. 40, No. 3, s. 881–882.

⁹³ KENNEDY, E. *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham: Duke University Press, 2004, s. 5.

⁹⁴ Solidním pokusem z poslední doby je např. práce SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*, nebo MEIERHENRICH, J. – SIMONS, O. A „Fanatic of Order in an Epoch of Confusing Turmoil.“ The Political, Legal, and Cultural Thought of Carl Schmitt. In: MEIERHENRICH, J. – SIMONS, O. (eds). *Oxford Handbook of Carl Schmitt*.

⁹⁵ Obě práce jsou dostupné v SCHMITT, C. *Dictatorship*.

⁹⁶ Srov. SCHMITT, C. *Dictatorship*, s. 1 an., 29, 117–119.

stávající ústavní řád a tvořícím nový.⁹⁷ V *Politické theologii* se však již o komisařské diktatuře Schmitt nezmiňuje a jako by přenechal řešení mimořádných situací suverénovi.⁹⁸ John P. McCormick vysvětluje tento posun jednak vlivem teorie charismatického panství Maxe Webera,^{99,100} jednak pozdějším názorem Schmitta o nemožnosti zbavit se při řešení mimořádných situací souvislosti se suverenitou.¹⁰¹ Obojí pak demonstruje na Schmittově práci *Der Hüter der Verfassung*,¹⁰² kde podle něj dochází ke smísení dvou fenoménů: mimořádného vládnutí a charismatické instituce držící suverénní moc.¹⁰³

Výklad a chápání Schmittova díla v tom smyslu, že mimořádné vládnutí se nachází v prostoru bez norem a jde tudíž o ničím nevázanou vůli suveréna, není správný. Opomíjí totiž podstatu Schmittovy teorie, kterou on sám nejvíce ozřejmil v díle *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*,¹⁰⁴ vysledovat jej ale lze i v jeho výmarských pracích.¹⁰⁵ Schmittova teorie je totiž v podstatě teorií institucionální,¹⁰⁶ pracující s koncepcí tzv. konkrétně řádového myšlení (*konkretes Ordnungsdenken*). Ani politická, ani suverénní autorita, tedy ani mimořádné vládnutí neprobíhá v normativním vakuu, neboť je vázána pořadacími (řád dávajícími) idejemi (v našem smyslu praktickými informacemi), které vznikly v politické komunitě postupnou institucionalizací.¹⁰⁷ Mimořádné vládnutí, ať je chápeme jako projev suveréna, anebo ne, bude vždy probíhat v rámci konkrétního řádu. Bude o konkrétní řád opřeno, bude z něj vycházet. Proto pro Schmitta, i když se odchýlíme od detailů právního textu zachyceného ve formálních právních pramenech (viz výše o legalistickém chápání práva), zůstává i za výjimečného stavu řád v právním smyslu.¹⁰⁸ Navíc, jak si všiml Benjamin A. Schupmann, decise chápána tak, že se pohybuje v prostoru absolutní diskrece,¹⁰⁹ by nevysvětlovala, jak se jí má čelit hlavnímu problému Výmarského Německa, které Schmitt identifikoval – nedostatku přátelství v rámci politické komunity. Jednostranné rozhodnutí nevázané na konkrétní řád by jej pouze reprodukovalo.¹¹⁰

⁹⁷ SCHMITT, C. *Dictatorship*, s. 119.

⁹⁸ Srov. MCCORMICK, J. P. The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers. In: DYZENHAUS, D. (ed.). *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. Durham – London: Duke University Press, 1998, s. 217–218.

⁹⁹ Srov. MCCORMICK, J. P. *The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers*, s. 225.

¹⁰⁰ Charismatické panství spočívá v autoritě dané nevšedními osobnostními kvalitami konkrétního člověka (proroka, demagoga, vůdce, válečníka atp.). Viz WEBER, M. *Politika jako povolání*. Praha: Orbis, 1929, s. 23–24.

¹⁰¹ Srov. MCCORMICK, J. P. From Constitutional Technique to Caesarist Ploy: Carl Schmitt on Dictatorship, Liberalism, and Emergency Powers. In: BAEHR, P. – RICHTER, M. (eds). *Dictatorship in History and Theory. Bonapartism, Caesarism, and Totalitarianism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 204.

¹⁰² SCHMITT, C. *Der Hüter der Verfassung*. 5. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 2016. Části knihy byly přeloženy do anglického jazyka v VINX, L. *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

¹⁰³ MCCORMICK, J. P. *The Dilemmas of Dictatorship. Carl Schmitt and Constitutional Emergency Powers*, s. 232–234. Shodně FELDMAN, L. C. *Schmitt, Locke and the Limits of Liberalism*, s. 8.

¹⁰⁴ Srov. SCHMITT, C. *On the Three Types of Juristic Thought*, s. 43, 60 an.

¹⁰⁵ Srov. SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*, s. 28.

¹⁰⁶ Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 136. Nejde však o normativní institucionalismus!

¹⁰⁷ SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*, s. 91.

¹⁰⁸ Srov. DYZENHAUS, D. *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 44.

¹⁰⁹ Takto chápe Schmittovu suverénní decisi jako volnou adaptaci na podmínky v kontextu řešení mimořádných situací např. i SORREL, T. *Emergencies and Politics. A Sober Hobbesian Approach*, s. 96.

¹¹⁰ SCHUPMANN, B. A. *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis*, s. 91.

Nicméně nutno dodat, že za tuto nesprávnou interpretaci může do značné míry sám Schmitt, ať už ztotožňováním liberalismu s legalismem¹¹¹ nebo jeho vnitřně rozporným popisováním toho, co znamená suspendace ústavy. Nejprve totiž pod suspendací rozuměl učinění konkrétní výjimky z právní normy, nikoliv pozastavení platnosti právní normy.¹¹² Později měl za to, že suspendace znamená ustoupení veškerého práva do pozadí.¹¹³ A nakonec, že suspendací není pouhé učinění výjimky z jiné normy (což je v právu zcela běžný postup, nejvýrazněji při použití pravidla *lex specialis derogat legi generali*¹¹⁴), ani odpadnutí práva, nýbrž odstranění explicitních právních limitací pro veřejnou moc, především s ohledem na možnost zasahovat do základních práv.¹¹⁵ Je navíc zřejmé, že i tato teorie suspendace má zcela konkrétní historický základ; jde totiž v podstatě o zabsolutizování legislativní techniky ústav 19. a začátku 20. století do podoby obecné teorie.¹¹⁶ Ty totiž, pokud jde o mimořádné vládnutí, hovořily o suspendování (zbavení platnosti nebo účinnosti) ústavních článků, především o základních právech a svobodách. Vše navíc umocnila zkratkovitost Schmittových hlavních prací, jakož i jeho romantický existencialismus, který, pln patosu, estetizuje výjimečné případy jakéhokoliv druhu.¹¹⁷

3.2.2 Problémy decisionistické interpretace Giorgio Agambena

Druhým nejvýraznějším autorem, který své teorie zakládá na prosté esenciální mimoprávnosti mimořádného vládnutí, je současný italský filosof Giorgio Agamben. Ten totiž, v návaznosti na některé Schmittovy teze, popisuje v kontextu tzv. války proti terorismu po 11. září 2001 mimořádné vládnutí (jeho terminologií výjimečný stav) jako čistý *de facto* výkon moci, přičemž suspendaci veškerého právního řádu považuje za hlavní charakteristiku mimořádného vládnutí (výjimečného stavu).¹¹⁸ Tento svůj názor však zároveň koriguje prohlášením, že suspendace normy neznámá její zrušení, a že výjimečný stav není externí vůči (právnímu) systému, nýbrž se s ním různě prolíná, je k němu

¹¹¹ Srov. DYZENHAUS, D. The Politics of the Question of Constituent Power. In: LOUGHLIN, M. – WALKER, N. *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 132; THOMAS, G. The Limits of Constitutional Government: Alexander Hamilton on Extraordinary Power and Executive Discretion. In: FATOVIC, C. – KLEINERMAN, B. A. (eds). *Extra-Legal Power and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 101; FATOVIC, C. *Outside the law: emergency and executive power*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009, s. 4.

¹¹² Srov. SCHMITT, C. *Dictatorship*, s. 118.

¹¹³ Srov. SCHMITT, C. *Politická theologie*, s. 14.

¹¹⁴ Shodně KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 35.

¹¹⁵ Srov. SCHMITT, C. The Dictatorship of the President of the Reich According to the Article 48 of the Weimar Constitution. In: SCHMITT, C. *Dictatorship*, s. 192.

¹¹⁶ KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 60.

¹¹⁷ Viz ibidem, s. 20–22. Anna-Bettina Kaiser v tom spatřuje i vliv romantismu druhé poloviny 19. století s jeho estetizací zla a ošklivosti (viz např. hnutí prokletých básníků). O Carlu Schmittovi jako o antiliberálním romantikovi a nositeli temných apokalyptických vizí (*Weltangst, Weltschmerz*) píše i Günter Frankenberg (viz FRANKENBERG, G. *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, s. 76, 102–103, 111), za melodramatika pak Schmitta označil Bruce Ackerman (viz ACKERMAN, B. *Before the Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven: Yale University Press, 2006, s. 56). S těmito postřehy by jistě souhlasil Thomas Poole, který celou výmarskou debatu o mimořádném vládnutí označil za hystericky grandiózní, sice věrnou tradici literárního hnutí *Sturm und Drang*, ale pro akademickou analýzu v podstatě neplodnou. Srov. POOLE, T. *Reason of the State: Law, Prerogative and Empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 5.

¹¹⁸ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*. Chicago – London: University of Chicago Press, 2005, s. 3–4, 50.

stále topologicky vztažen.¹¹⁹ Proč tedy považovat Agambena za představitele proudu prosté esenciální mimoprávnosti? Kromě toho, že na minimálně dvou místech používá k charakteristice výjimečného stavu pojem „zóna anomie“¹²⁰ a že je tak převážně v literatuře interpretován,¹²¹ je tím hlavním důvodem jeho přirovnávání výjimečného stavu k institutu římského *iustitia*. *Iustitium* v Agambenově chápání znamená suspendaci práva jako takového za účelem vypořádání se s existencí *tumultus*, tj. mimořádné (faktické) situace.¹²² Nejde jen o pozastavení řádného výkonu spravedlnosti či o změnu běžných právních postupů, nýbrž o zmizení všech právních oprávnění a povinností (římských) občanů.¹²³

Užívání příkladů z římskoprávní republikánské minulosti vyvolává samo o sobě mnoho problémů; mnohé zdroje z tehdejší doby jsou totiž samy o sobě retrospektivními, vznikly v historické etapě, kdy dotčené instituty buď vyšly z užívání, nebo změnily svou podstatu, a pocházejícími od autorů sledujících vlastní politické cíle.¹²⁴ U Agambenova chápání institutu *iustitia* se pak projevila tento problém zcela otevřeně. Sám Agamben totiž spoléhá při popisu podstaty a fungování *iustitia* pouze na jediného, německého autora z roku 1877.¹²⁵ Tuto skutečnost následně podrobily kritickému zkoumání Kim Lane Scheppele a Anna-Bettina Kaiser a obě shodně konstatovaly, že neexistují důkazy, zejména ne důkazy historické, o bezprávnosti *iustitia*.¹²⁶

Nicméně přijmeme-li hypotézu, že *iustitium* existovalo, pak nás to nemusí vést ke stejnému závěru jako Agambena. Pokud se totiž zamyslíme nad jinou poznámkou týkající se *iustitia*, a to, že došlo k pozastavení výkonu spravedlnosti,¹²⁷ respektive k odstranění zákalu okamžitého trestu smrti pro římského občana,¹²⁸ zavede nás to k jedné z koncepcí Scotta Shapiro a Oony Hathaway, a sice ke koncepci vypuzení (*outcasting*).¹²⁹ Tito dva právní vědci totiž zkoumali způsoby, jak právní systémy bez rozsáhlého donucovacího aparátu (správních orgánů, policie, vězeňského systému a jiných *law enforcement agencies*)¹³⁰ zajišťovaly a zajišťují svoje prosazení (vynucení). Došli k závěru, že v případech nejtěžších deliktů se tak dělo (a děje) externalizací vynucování právních norem, tzn. ke spolehnutí se na vnější, neinstitucionální aktéry, že buď vůči pachateli užijí fyzické síly, nebo mu

¹¹⁹ Srov. ibidem, s. 23.

¹²⁰ Viz ibidem, s. 23, 50. Stav anomie pak lze definovat jako „dočasný pád normativních regulativů“. Viz MARŠÁLEK, P. *Příběh moderního práva*. Praha: Auditorium, 2018, s. 29.

¹²¹ Srov. např. BROPHY, S. Lawless Sovereignty. *Social and Legal Studies*. 2009, vol. 18, no. 2, s. 199 an.; KARAVOKYRYS, G. Constitution and Necessity in Times of Crisis: An Alternative Way of Understanding the Complicated Relation between Law and Politics. *European Politeia*. 2015, No. 2, s. 354 an.; ENGLER, A.-M. Shifting the Question to Law Itself: Agamben's Permanent State of Exception and German Refugee Camps in Empirical Research. *Zeitschrift für Politikwissenschaft*. 2018, No. 28, s. 487, 489 an.; FRANKENBERG, G. *Comparative Constitutional Studies*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018, s. 278; KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 60 an.

¹²² AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 41, 65–66.

¹²³ Ibidem, s. 41, 45.

¹²⁴ GREEN, A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford: Hart Publishing, 2018, s. 3–4; LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 119.

¹²⁵ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 45. Jde o práci Adolpha Nissena *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*.

¹²⁶ SCHEPPELE, K. L. *Legal and Extralegal Emergencies*, s. 167; KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 60.

¹²⁷ Srov. KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 60.

¹²⁸ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 41, 45.

¹²⁹ HATHAWAY, O. – SHAPIRO, S. *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*, s. 282.

¹³⁰ Mezi příklady, na kterých svou teorii demonstrovali, patří středověké islandské a kanonické právo, jakož i současné mezinárodní právo veřejné.

odeprou výhody plynoucí z příslušnosti k dotčené právní komunitě.¹³¹ Dochází tak k vyloučení pachatele z právního společenství, tj. „mimo právo“ (*outlawry*). Tito odpadlíci (psanci, vyvrhelové, vyhnanci) nemohou vstupovat do právních vztahů, je jim odepřena právní ochrana, mnohdy též přímo ztrácejí právní osobnost; jejich jmění tak přechází na dědice a lze je beztrestně (jako non-subjekty) usmrtit.^{132, 133} Je však zřejmé, že nejde o institut mimoprávní, v němž by právo přestávalo platit. Naopak jde o právní institut sloužící k prosazení, vynucení práva a k trestání osob právo porušivších v situaci, kdy nemáme k dispozici velký vnitřní, institucionalizovaný, exekutivní aparát, jako tomu bylo i ve starověkém Římě, respektive ve všech právních systémech až do vzniku moderních států. Ostatně sám Agamben pro takové chápání *iustitia* poskytuje argumenty, když onu „suspendaci práva“ za *iustitia* vztahuje ke středověkému institutu *Friedlosigkeit* v německých zemích a *wargus* v Anglii, tedy opět pouze k vyloučení delikventa z právního společenství prostřednictvím uvržení do klatby (*Acht*).¹³⁴

To, čeho tedy spíše chce Agamben svými tezemi o mimoprávnosti výjimečného stavu a *iustitia* dosáhnout, je v kontextu jeho teorie *homo sacer*¹³⁵ poukázat na neutěšenou situaci, v níž se ocitli vězni na Guantánamu a jinde v rámci boje proti terorismu. Jejich status se totiž podstatně vymykal běžnému právnímu postavení a spolu s případy mučení a jiného nelidského a ponižujícího zacházení vytvářel dojem, že se opravdu pohybují „mimo právo“ a jejich bytí je omezeno na „holý život“.¹³⁶ Z ryze juristického hlediska však jeho obecné závěry o mimoprávní charakteristice mimořádného vládnutí nejsou správné.

3.2.3 Problémy teorie legal black holes

Odkaz na pochmurný status vězňů na Guantánamu, v Abu Ghraibu a na jiných místech nás přivádí k poslední variantě schmittovsko-agambenovské interpretace, spatřující mimořádné vládnutí jako mimoprávní v jeho prosté esenciální podobě. Tuto interpretaci lze souhrnně označit za koncepci *legal black hole*, právní černé díry. Tento pojem totiž vešel ve známost jako označení výše zmíněných míst za prostory bez právních norem, za prostory, kde právo neplatí, po vzoru vesmírných černých děr nenávratně pohlcujících všechny objekty včetně světla.¹³⁷ Jednoduše tak jde o neuznání místní působnosti právních norem na určitý geografický prostor.¹³⁸

¹³¹ HATHAWAY, O. – SHAPIRO, S. *Outcasting: Enforcement in Domestic and International Law*, s. 282.

¹³² Ibidem, s. 287–288.

¹³³ V případě mezinárodního práva veřejného tak jde např. o zbavení hlasovacích či jiných členských práv v mezinárodní organizaci nebo instituci (viz např. čl. 7 Smlouvy o Evropské unii) nebo pověření jiného aktéra k vynucení (viz např. mandát udělený Radou bezpečnosti Organizace spojených národů některému státu nebo skupině států dle čl. 48 Charty OSN).

¹³⁴ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 71–72.

¹³⁵ Viz AGAMBEN, G. *Homo sacer*. Praha: Oikymen, 2012.

¹³⁶ Srov. AGAMBEN, G. *State of Exception*, s. 3–4.

¹³⁷ Viz STEYN, J. Guantanamo Bay: The Legal Black Hole. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2004, Vol. 53, No. 1; DYZENHAUS, D. Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency inside or outside the Legal Order? *Cardozo Law Review*. 2006, Vol. 27, No. 5, s. 2018; ARADAU, C. Law transformed: Guantánamo and the ‚other‘ exception. *Third world quarterly*. 2007, Vol. 28, No. 3; TUSHNET, M. The constitutional politics of emergency powers: some conceptual issues. In: RAMRAJ, V. V. (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*, s. 152–155; LAZAR, N. C. What is the State of Exception? In: GERSTLE, G. – ISAAC, J. *States of exception in American history*. Chicago: The University of Chicago Press, 2020, s. 28–29.

¹³⁸ Představitelné jsou i „právní černé díry“ nevztahované ke geografickému, nýbrž i k jinému sekundárnímu prostoru

Nicméně z výše podaného krátkého rozboru vztahu práva a prostoru plyne, že geografický prostor je až prostorem sekundárním; primárním prostorem je prostor alternativ lidského jednání. A právě pozorujeme-li problém perspektivou vztahu primárního prostoru a práva, zjišťujeme, že nemůže jít v případě právních černých děr o prostor bez norm. Ty tam totiž přinejmenším vtahují jednotliví institucionalizovaní aktéři (dozorci, vojáci atp.). Pokud totiž kdekoliv jedná veřejnomocenský aktér, tj. aktér státu jako instituce, pak jedná z pozice své institucionální role, a nese si normativní jádro své instituce (tj. právní řád)¹³⁹ kamkoliv jde, takříkajíc „s sebou“. Tak píše i Nick Barber, když uvádí, že se dozorci a jejich velitelé na těchto místech neprovinili pouze jako lidé (tj. hlavně morálně), ale především jako veřejní činitelé, respektive jako institucionální aktéři (tj. hlavně právně).¹⁴⁰

Ostatně, zhodnotíme-li všechny tyto domnělé právní černé díry s časovým odstupem, nezbyvá nám, než ve shodě s Nomi Claire Lazar konstatovat, že nešlo o oblasti mimo právo, protože excesy přímých aktérů byly potrestány a jejich oběti (alespoň finančně a morálně) odškodněny; jednání na těchto místech tedy bylo shledáno buď za souladné, anebo za rozporné s právem.¹⁴¹ Tvzení, že když (podle některých autorů) nedošlo k potrestání všech potenciálních viníků, zejména těch vysoko postavených v rámci americké exekutivy, dokazuje to mimoprávní charakter jednání v těchto místech, hrozí směřováním práva ve stavu normativu a ve stavu regulativu.¹⁴² V konečném důsledku jde o stejně nepřijatelnou argumentaci, jako kdyby se tvrdilo, že neexistuje trestní právo, když se pořád stávají nepotrestané vraždy a krádeže.¹⁴³ Navíc lze říci, že koncepce právních černých děr je založena na jednom z výše uvedených (nesprávných) přístupů k právu, konkrétně na absenci běžné a obecné zákonné regulace a tvrzením nedostatku kompetence soudů k přezkumu jednání na dotčených územích.¹⁴⁴ Obojí však bylo v americkém kontextu vyvráceno rozhodovací praxí Nejvyššího soudu USA,¹⁴⁵ v evropském pak judikaturou Evropského soudu pro lidská práva.¹⁴⁶

(časovému, osobnímu). Zejména personální prostor může být, jak autora upozornil Jan Kysela, v kontextu mimořádného vládnutí důležitý (např. podezřelí z terorismu vyňati z běžného právního režimu); ostatně jeho projevem je kupříkladu koncepce trestního práva pro nepřátele (*Feindstrafrecht*) Güntera Jakobse.

¹³⁹ Viz WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 197–198.

¹⁴⁰ Srov. BARBER, N. *The Constitutional State*, s. 41.

¹⁴¹ LAZAR, N. C. *What is the State of Exception?*, s. 28–29.

¹⁴² Viz SOBEK, T. Interpretace jako způsob nazírání. In: GERLOCH, A. – MARŠÁLEK, P. (eds). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a praxi*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, s. 68.

¹⁴³ Shodně LAZAR, N. C. *What is the State of Exception?*, s. 30.

¹⁴⁴ K tomu srov. Tushnetovo připodobnění *legal black holes* k *political question doctrine* (TUSHNET, M. *The constitutional politics of emergency powers: some conceptual issues*, s. 152), nebo Vermeulovo chápání právních černých děr jako oblastí, které nespádají pod působnost *Administrative Procedure Act* z roku 1946 (VERMEULE, A. *Our Schmittian Administrative Law*. *Harvard Law Review*. 2009, Vol. 122, No. 4, s. 1097, 1107 an.).

¹⁴⁵ Viz rozhodnutí *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), které přiznalo působnost pátého dodatku ústavy USA (*Due Process Clause* zaručující právo na *habeas corpus*) i na americké státní občany nacházející se v detenci na Guantánamu, nebo rozhodnutí *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), a *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), které právo na *writ of habeas corpus* přiznaly i neamerickým občanům. V rozhodnutí *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006), pak Nejvyšší soud USA dovodil, že i na Guantánamo se vztahuje Jednotný vojenský zákoník (*Uniform Code of Military Justice*) a Ženevské úmluvy.

¹⁴⁶ Srov. BÍLKOVÁ, V. Extraterritoriální aplikace lidských práv – Pohled z Evropy a z Ameriky. In: ŠTURMA, P. a kol. *Mezinárodní ochrana lidských práv: regionální a tematická diferenciace*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2011, s. 14, 20.

3.2.4 Problémy excecionalistického republikanismu

Nyní obraťme naši pozornost k excecionalistickému republikanismu, mezi jehož zastánce jsou řazeni Niccolò Machiavelli a Jean-Jacques Rousseau.¹⁴⁷ Oba totiž pro případ vážného ohrožení veřejného pořádku, respektive existence státu shodně tvrdili, že běžné, standardní normy musí ustoupit a je třeba podniknout cokoli k odvrácení nebo překonání hrozby.¹⁴⁸ Takový teoretický postoj je možné s ohledem na historické souvislosti označit za doktrínu státní rezóny.^{149, 150} Podle ní, jde-li o řešení záležitosti nezbytné pro záchranu státu, je možné využít jakékoliv prostředky, a to utajeně,¹⁵¹ neboť jsou vyžadovány zvláštní schopnosti, opatrnost a zkušenosti, jimiž disponuje pouze vladař (*arcana imperii*).¹⁵²

Lazar interpretuje republikánský excecionalismus tak, že pro něj je mimořádná situace vždy konstantně, latentně přítomná, přičemž pozastavení norem je implicitně odůvodněno hodnotou samotného státu, k jehož ochraně je mimořádné vládnutí podniknuto.¹⁵³ To je ovšem klíčový poznatek, odlišující excecionalistické republikány od decisionistů; pro republikány se, vzdor jejich kategorickým formulacím, totiž nepohybuje mimořádné vládnutí v prostoru bez norem.¹⁵⁴ Pouze v prostoru bez běžných norem; mimořádné vládnutí je tak vedeno systémem jiných norem, než kterým se řídí vládnutí řádné (běžné, obvyklé). Excecionalistický republikanismus (především Machiavelliho) tudíž stojí nikoliv na pozici normativního vakua, nýbrž na dichotomii norem platných pro běžné obyvatele státu a pro držitele veřejné moci.¹⁵⁵ Otázkou ovšem je, jaký charakter tyto normy mají. V literatuře se totiž povětšinou dochází k závěru, že jde o normy morální, etické;¹⁵⁶ pro veřejné činitele tak, přinejmenším v čase ohrožení, platí jiná morálka než pro běžné obyvatelstvo. Jak je tomu však s ohledem na normy právní?

Nabízí se nám minimálně tři možné přístupy, jak chápat pozici excecionalistického republikanismu. Za prvé, při zvážení střetu mezi normami morálky vladařské (politické, státní rezóny) a normami právními má přednost vladařská morálka. V takovém případě však nepůjde o esenciální prostou mimoprávnost; oba normativní systémy jsou k sobě vztaženy, byly uváženy v procesu rozhodování se a lze tak i dotčený akt vládnutí klasifikovat jako právní, či protiprávní. Na tomto místě se mu tak věnovat nebudeme, neboť nejde o problém právní normativity, nýbrž regulativity,¹⁵⁷ který musí být řešen konkrétním způsobem právní regulace a institucionální strukturou.

¹⁴⁷ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracy*, s. 12, 33.

¹⁴⁸ Srov. MACHIAVELLI, N. Rozpravy o prvních deseti knihách Tita Livia. In: MACHIAVELLI, N. *Úvahy o vládnutí a o vojenství*. Praha: Argo, 2001, s. 323; ROUSSEAU, J. J. *O společenské smlouvě*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 138–139.

¹⁴⁹ V tomto textu budeme užívat variantu pojmu ve tvaru státní „rezóna“, a to po vzoru nového vydání práce Zdeňka Neubaue-
ra (srov. NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*, s. 105). V literatuře se však používají i varianty *resona* či *raisona*.

¹⁵⁰ Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 141 an.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² POOLE, T. *Reason of the State: Law, Prerogative and Empire*, s. 67–68.

¹⁵³ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 21, 25, 33. K tomu shodně, za využití amerických teoretiků,
MORTENSON, J. D. A Theory of Republican Prerogative. *Southern California Law Review*. 2014, Vol. 88, No. 1, s. 48–50.

¹⁵⁴ Obdobně píše Martin Loughlin, že státní rezóna nepostrádá etickou, tj. normativní dimenzí. Selhává však v respektu
k psanému právu, tedy k zákonu. Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 142.

¹⁵⁵ Srov. ibidem, s. 35, a BELLAMY, A. J. Dirty Hands and Lesser Evil in the War on Terror. *British Journal of Politics & Inter-
national Relations*, 2007, Vol. 9, No. 3, s. 511–512.

¹⁵⁶ Srov. LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracies*, s. 12, 21 an. I Machiavelli píše o ustoupení norem běžné
morálky. Srov. MACHIAVELLI, N. *Rozpravy o prvních deseti knihách Tita Livia*, s. 323.

¹⁵⁷ K odlišení práva ve stavu normativu a ve stavu regulativu srov. SOBEK, T. *Interpretace jako způsob nazírání*, s. 68.

Za druhé, vladařská morálka má sice přednost před morálkou obyčejnou (soukromou), ne však před právním řádem, jímž je vázána. K tomuto přístupu sám Machiavelli poskytuje oporu, když opakovaně ve svých pracích zdůrazňuje význam dodržování práva v republice a ukazuje, jak zhoubný vliv má nedodržení práva, zejména ze strany veřejných činitelů, a to i v případě ohrožení bezpečnosti státu.¹⁵⁸ Ani v tomto případě nelze mluvit o esenciální prosté mimoprávnosti.

O esenciální prosté mimoprávnosti lze hovořit ve třetím chápání, a to, že vladařská morálka (státní rezóna) je sféra, nacházející se mimo prostor jakéhokoli práva, neboť právo je až odvozeninou od vladaře a státního zájmu.¹⁵⁹ Problémem takto chápaného excecionalistického republikanismu je, že je ve fundamentálním nesouladu jednak se základními hodnotami právnosti, jednak s moderním propojením republikanismu a liberální demokracie.¹⁶⁰

Právo chápané tak, že se skládá především z plánů pro lidská jednání, totiž není jen vodítkem pro to, jak se chovat v budoucnu, nýbrž i prostředkem pro hodnocení našeho jednání v minulosti; užít (aplikovat) je tak lze jak prospektivně, tak i retrospektivně.¹⁶¹ Smyslem a hodnotou práva (právnosti) je mj. umožnit členům právní komunity předvídat jednání institucionálních aktérů (veřejných činitelů), chránit je před diskriminací a svévolí ze strany těchto aktérů, tj. umožnit vyvozování odpovědnosti.¹⁶² Konečně je to právě způsobilost norem učinit lidské bytosti odpovědné vůči sobě navzájem, a tím umožnit vzájemnou kooperaci, koordinaci a sdílení mezi lidmi, jež se v současných teoriích norem považuje za klíčovou funkci norem, a to i (možná především) norem právních.¹⁶³ Pokud tedy pro držitele veřejné moci platí jiné normy než pro obyčejné občany, respektive pro ně neplatí normy právní, pak tedy příslušníci právní komunity nemohou posuzovat jednání veřejných činitelů, kteří nemusejí vůči nim skládat ze své činnosti účty. Tím se vytrácí jeden z klíčových důvodů existence práva ve společnosti.

Odpovědnostní funkce práva jako systému norem je pak významně zdůrazněna v kontextu ústavních republik. Považujeme-li totiž za základní hodnotu ústavního republikanismu vyloučení svévole a dominance,¹⁶⁴ jež má směřovat k nastolení ideálu sebevlády státních občanů,¹⁶⁵ pak pokud vyloučíme možnost veřejných činitelů se zodpovídat vůči občanům s poukazem na vázanost jinými normami, dostaneme se do zásadního protikladu s řídicí idejí ústavně republikánského státu samotného, tedy i s jeho normativním jádrem.¹⁶⁶ To ostatně plně platí i pro zmíněný excecionalistický decisionismus.

¹⁵⁸ Srov. MACHIAVELLI, N. *Rozpravy o prvních deseti knihách Tita Livie*, s. 206, 219–221. K Machiavelliho názoru o poslušnosti vůči právu jako hlavnímu prvku republikanismu srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 144 an.

¹⁵⁹ Podobně jako mimo prostor běžné morálky.

¹⁶⁰ K tezi, že současný republikanismus neposvětí mimoprávnost, shodně SAGOS, N. C. *Democracy, Emergency, and Arbitrary Coercion. A Liberal Republican View*, s. 31.

¹⁶¹ SHAPIRO, S. *Legality*, s. 126–127.

¹⁶² Ibidem, s. 395–396.

¹⁶³ Srov. BRENNAN, G. – ERIKSSON, L. – GOODIN, R. E. – SOUTHWOOD, N. *Explaining Norms*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 36–37.

¹⁶⁴ Viz k republikánské svobodě SOBEK, T. *Etika svobody*. In: SOBEK, T. a kol. *Právní etika*. Praha: Leges, 2019, s. 40.

¹⁶⁵ Srov. BRANDON, M. E. *War and the American Constitutional Order*. In: TUSHNET, M. (ed.). *The Constitution in Wartime*. Durham: Duke University Press, 2005, s. 20–21; KYSELA, J. *Dělba moci v kontextu věcného hledání dobré vlády*. Praha: Leges, 2019, s. 28, 92.

¹⁶⁶ Shodně LEONOV, M. *Emergency Governance in Liberal Democracy*. PhD. Thesis. Hamilton (Ontario): McMaster University, 2017, s. 137. Dostupné z <https://macsphere.mcmaster.ca/bitstream/11375/23105/2/Leonov_Max_201712_PhDdissertation.pdf>.

Situace se nicméně komplikuje, neboť v politické filosofii je republikanismus tradičně chápán jako komunitaristická (kolektivní) koncepce, která normativně nadřazuje republikánský celek nad sumu jednotlivců.^{167, 168} Klade tak důraz na lidovou suverenitu a obecné blaho, oproti liberalistickému důrazu na ochranu subjektivních práv a neosobní vládu práva.¹⁶⁹ Není však předmětem této práce zhodnotit vzájemný vztah těchto politicko-filosofických směrů a odlišné důsledky, které přinesly a přinášejí pro tvorbu a realizaci ústav. Z hlediska státovědy a právní teorie je ovšem důležité se zamyslet nad tím, v jakém státním uspořádání a jakými prostředky je republikanismus způsobilý dosáhnout svých cílů (lidová suverenita, občanská sebevláda, absence dominance atd.). Kromě autoritářských a totalitních států totiž tímto uspořádáním nemůže být stát monarchistický, jehož řídicí ideje jsou ve zřejmém rozporu s podstatou republikanismu.¹⁷⁰ Navíc v monarchii existuje osoba (panovník), která bez ohledu na své zásluhy není v rovném postavení s ostatními členy společnosti. Pro odůvodnění své moci může navíc odkazovat (a historicky vzato se tak dělo) na jiné zdroje, než je lidová suverenita, jako jsou moci reziduální či prerogativní.¹⁷¹ Že vykonávání reziduálních mocí neodpovídá ideálu sebevlády a absence dominance je nasnadě.

Z těchto důvodů je státovědné a právněteoretické chápání republiky a vládnutí v ní založeno na bytostném spojení s právem (ústavou).¹⁷² Právě prostřednictvím objektivního (ústavního) práva¹⁷³ a s právem spjatých ústavních institucí se realizuje kolektivní sebevláda, umožňuje se omezení svévole a zabraňuje se dominanci (viz výše). Konečně důrazem na ústavu pocházející od lidu, jako na základ pro veškerý výkon moci ve státě, republikanismus ve státovědném a právněteoretickém chápání vylučuje jiné zdroje moci. To vše lze dokladovat na příkladu vzniku Spojených států amerických. Američtí federalisté totiž zcela jednoznačně vyjevili inherentní spojení republiky a její ústavy,¹⁷⁴ a to právě mj. zahrnutím mimořádného vládnutí do ústavního rámce.¹⁷⁵ Na okraj dodejme, že klasická verze doktríny státní rezony, mající vést vladaře ztělesňujícího celý stát, není v moderní době použitelná i z jiného důvodu, a to proto, že vládnutí je dnes depersonalizované a rozptýlené mezi mnoho institucí.¹⁷⁶

¹⁶⁷ Srov. MORTENSON, J. D. *A Theory of Republican Prerogative*, s. 70.

¹⁶⁸ Ke kontroverznosti upřednostňování kolektivu v doktríně státní rezony srov. též LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 142.

¹⁶⁹ Viz pro stručné nastínění FERRARA, A. Pojetí vyššího zákonodárství na základě soudnosti. In: MICHELMAN, F. I. – FERRARA, A. *Polemika o ústavě*. Praha: Filosofia, 2006, s. 46–50.

¹⁷⁰ K monarchistické ideologii srov. NEUBAUER, Z. *Státověda a teorie politiky*, s. 104 an.

¹⁷¹ Srov. KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*, s. 40, 188.

¹⁷² Srov. MACCORMICK, N. *Institutions of Law*, s. 45; SCHEPPELE, K. L. Law in Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. 2004, Vol. 6, No. 5, s. 1005–1006; LOUGHLIN, M. *Foundations of Public Law*, s. 284. Shodný postoj zastávali i němečtí konzervativci poloviny 19. století (srov. KYSELA, J. *Zákonodárství bez parlamentů*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2006, s. 52).

¹⁷³ K tomu srov. kupříkladu tradiční britské republikánské myšlení, které ovšem, v důsledku nezkušenosti s moderní formou ústavnosti (kterou přinesli až američtí federalisté), republikánskou vládu práva a právem ztotožňovalo se striktní běžnou zákonností. Viz POOLE, T. *Reason of the State: Law, Prerogative and Empire*, s. 79–80; FATOVIC, C. *Outside the law: emergency and executive power*, s. 57–59.

¹⁷⁴ Srov. WEINSTOCK, L. *Toward a Structural Theory of Emergency Powers*, s. 409.

¹⁷⁵ Srov. THOMAS, G. The Limits of Constitutional Government: Alexander Hamilton on Extraordinary Power and Executive Discretion. In: FATOVIC, C. – KLEINERMAN, B. A. (eds). *Extra-Legal Power and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 98.

¹⁷⁶ LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 142, 164.

Tak tedy ani u republikánské verze excecionalismu nelze mluvit o esenciální prosté mimoprávnosti; i zde má mimořádné vládnutí (právně)normativní základ i meze, byť ne nutně v podobě explicitních zákonných ustanovení.^{177, 178} Kromě kritiky obou excecionalistických teorií však proti esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí svědčí i další argumenty, jak uvidíme na následujících řádcích.

3.2.5 Vliv praktických informací na mimořádné vládnutí

Normativní institucionalismus je založen na formálně finalistické teorii jednání. Jednání je touto teorií chápáno jako chování, které mohou podnikat i samotné instituce (jako je stát),¹⁷⁹ a které je určováno (řízeno) dvěma druhy informací – informacemi popisnými, vypovídajícími o stavu světa, a informacemi praktickými, obsahujícími normy, hodnoty, účely a preference.¹⁸⁰ Při zvažování alternativ jednání se pak zhodnocují oba druhy informací. Nás však vzhledem k předmětu zkoumání bude zajímat pouze zvažování informací praktických, konkrétně právněnormativních.

Zásadní otázkou je, jakým způsobem normativní informace (normy) ovlivňují naše jednání, tj. i vládnutí, jakožto jednání, jímž se určuje jednání univerzální veřejnomocenské instituce – státu.¹⁸¹ V procesu rozhodování se, kterou alternativu jednání zvolit, pak normy především¹⁸² komunikují informaci, jež nás má přimět k určitému jednání, nebo od něj odvrátit.¹⁸³ Tím pro nás sehrávají zvláštní roli vylučujících, ospravedlňujících či motivujících důvodů.¹⁸⁴ Klíčová je pak role norem jako důvodů vylučujících. Při výběru způsobu našeho jednání totiž analýzu neprovádíme vzhledem ke všem možným variantám, nýbrž jen vůči těm, které považujeme za přípustné. Normy proto vždy zužují rozsah alternativ jednání, tj. tvarují náš praktický prostor s ohledem na naše „*fixované normativní postoje*“.¹⁸⁵ Chápeme-li navíc právo perspektivou plánovací nauky právní, pak je možné v mimořádném vládnutí spatřovat společenské plánování svého druhu; plánování však nikdy neprobíhá ve vakuu, neboť obecný kontext i naše předešlá rozhodnutí vytvářejí rámec pro následné kroky. Omezují nás a vedou.¹⁸⁶ A, jak poznamenal Zdeněk Kühn, „*i ta nejvíce neurčitá norma nás nějakým způsobem váže, omezuje, tedy vylučuje některá rozhodnutí, jako rozhodnutí právní*“.¹⁸⁷

¹⁷⁷ Shodně MORTENSON, J. D. *A Theory of Republican Prerogative*, s. 68, 96.

¹⁷⁸ Hodnocení Machiavelliho přístupu k mimořádnému vládnutí ze strany Güntera Frankenberga jako zcela normativně nevázaného je tak poněkud přehnané a zjednodušující. Viz FRANKENBERG, G. *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*, s. 11–13.

¹⁷⁹ WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 57.

¹⁸⁰ WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 46 an.

¹⁸¹ Srov. WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, s. 116, 123.

¹⁸² Ne však zcela. Kupříkladu kompetenční normy mají jinou funkci.

¹⁸³ Volbu alternativ jednání je třeba chápat nejen tak, že ji podniká pouze primární subjekt (např. potenciální pachatel trestného činu při zvažování, zda trestný čin spáchat, nebo ne), nýbrž i tak, že je podnikají subjekty sekundární (např. soud při zvažování, zda obžalovaný je vinen ze spáchání trestného činu a případně jaký uložit trest).

¹⁸⁴ PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*, s. 87–89; BRENNAN, G. – ERIKSSON, L. – GOODIN, R. E. – SOUTHWOOD, N. *Explaining Norms*, s. 204.

¹⁸⁵ WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 92, 96.

¹⁸⁶ SHAPIRO, S. *Legality*, s. 124.

¹⁸⁷ KÜHN, Z. *Legalismus a formalismus*. In: ŽÁK KRZYŽANKOVÁ, K. – KÜHN, Z. – BERAN, K. – MARŠÁLEK, P. – WINTŘ, J. – ONDŘEJEK, P. – TRYŽNA, J. *Právo jako multidimenzionální fenomén. Pocta Aleši Gerlochovi k 65. narozeninám*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 437.

Tento vliv má určující charakter zejména u právních profesionálů, resp. jednotlivců, kteří jednají z pozice své institucionalizované role ve státě. Jak si všiml Brian Tamanaha, je role institucionalizovaných aktérů, kteří mají především podobu právních profesionálů, podstatná pro porozumění práva a vládnutí.¹⁸⁸ Jakmile se totiž etabluje dominantní vliv stavu právních profesionálů nejen na tvorbu, interpretaci a aplikaci práva, nýbrž i na veškerý výkon veřejné moci (tj. i na vládnutí), pak některé alternativy jednání (vládnutí), o nichž by se potenciálně (hypoteticky) dalo uvažovat, nebudou do procesu zpracování informací a rozhodování o jednání ani zahrnuty. Důvodem je stabilizující a usměrňující vliv toho, co Tamanaha velmi výstižně označil slovy „*totalita právní tradice*“.¹⁸⁹ Právní, respektive institucionální profesionálové totiž procházejí mnohdy mnohaletým formalizovaným vzděláním, jsou ovlivněni samotným specializovaným jazykem, v němž komunikují, a své myšlení mají postavené okolo fundamentálních principů, pravidel, idejí, institutů, praktik a procesů, jež získali vzděláním a praxí.¹⁹⁰ To vše zásadně poznamenává představu o tom, jaké jednání je ještě přípustné, respektive možné, a tak má, byť mnohdy nevědomý,¹⁹¹ vliv na výběr alternativy jednání v konkrétní situaci. Indoktrinaci (právními) normami a jejich internalizaci ve společnosti však podléhá do jisté míry téměř každý.¹⁹² Tím ovšem jistě nechceme říci, že institucionální aktéři (např. ministerští úředníci) jednají vždy v souladu s právem. Tvrdíme jen, že jednak k některým jednáním ani nedojde, neboť je to nemyslitelné, jednak že svoji činnost budou vždy vnímat jako ovlivněnou právem, na kterou má právo dopad, byť potenciální. Oboje tedy vylučuje mimořádné vládnutí jako úplně mimoprávní jev, na který právo nemůže mít žádný vliv, a který existuje bez jakéhokoliv poměru k právu.

Důvod, proč je mimořádné vládnutí považováno za mimoprávní, spočívá též v tradičním juristickém chápání vlivu práva na lidské jednání. Podle něj totiž právní norma, jež dosud formálně nenabyla účinnosti, nevyvolává právní účinky, případně pokud nebylo měti platné a účinné normy uposlechnuto, jedná se bez ohledu na právo (mimoprávně).

První chápání je jistě správné v rámci formalizovaných právních procedur, ne však již při širším pohledu na právní život. Ze zkušeností víme, že i dosud neúčinná právní úprava totiž, v souladu s teorií racionálních očekávání,¹⁹³ vede právní aktéry k jejich přizpůsobení se, tj. již ovlivňuje naše jednání, ať prospektivně,¹⁹⁴ nebo retrospektivně.¹⁹⁵ Tento vliv si přiblížíme v kontextu mimořádného vládnutí. V minulosti existovala ústavní ustanovení, která legislativně technicky mluvila o „suspendování“¹⁹⁶ či „zbavení účinnosti“¹⁹⁷ části právních předpisů, čímž se zakotvoval konkrétní způsob mimořádného vládnutí. Z hlediska právněinstitucionální reality není nepředstavitelné, že normy obsažené v sus-

¹⁸⁸ TAMANAHA, B. *A General Jurisprudence of Law and Society*, s. 72–74.

¹⁸⁹ TAMANAHA, B. *Law as a Means to an End*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 239.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Srov. WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 91.

¹⁹² Viz PROCHÁZKA, R. – KÁČER, M. *Teória práva*, s. 7–8.

¹⁹³ K teorii viz MANKIW, G. N. *Principles of Economics*. 7. vydání. Stamford: Cengage Learning, 2015, s. 784 an.

¹⁹⁴ Kupříkladu v podobě přípravy na ni. Nejvýraznějším příkladem z českého prostředí budí rozsáhlé přípravy nejrůznějších subjektů na rekonstrukci soukromého práva po roce 2012.

¹⁹⁵ Srov. výkladovou zásadu zohlednění předúčinného práva, kterou užil i náš Ústavní soud v nálezu Pl. ÚS 14/07. Srov. WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. 2. vydání. Praha: Auditorium, 2019, s. 159.

¹⁹⁶ Srov. např. čl. 20 základního zákona státního č. 146/1867 ř. z. v autentickém německém znění.

¹⁹⁷ Srov. např. čl. 48 výmarské Ústavy Německé říše z roku 1919.

pendovaných předpisech si udržely určitý vliv na jednotlivé kroky uskutečněné v rámci mimořádného vládnutí, a to např. při zvažování důsledků jednání za suspendace na akte-ry mimořádného vládnutí po návratu do právní normality.¹⁹⁸

Druhé chápání, ztotožňující mimoprávnost s ignorací normativní regulace, pak již buď zcela přehlíží retrospektivní vliv právních norem (vyvození odpovědnosti jakéhokoliv dru- hu v případě jednání v nesouladu s právní normou), který existuje i v případě neznalosti normativní úpravy, nebo pouze zanedbává, že i v rámci (třeba i vnitřní, osobní) optimali- zační analýzy při rozhodování se, které jednání uskutečnit, vystoupily normy jako argu- mentační důvody, byť nebyly upřednostněny. Svůj vliv na jednání, v podobě potřeby se s nimi v argumentaci tím či oním (nutně ne racionálním) způsobem vypořádat, však měly. Ať už se tedy mimořádným vládnutím odchýlíme jakkoliv intenzivně od běžné, obvyklé či standardní právní úpravy, nebo ji zbavíme přímého regulačního účinku, stále na ně bude mít určitý vliv.¹⁹⁹

3.2.6 Vliv systémového chápání práva na mimořádné vládnutí

Právo je institucionalizovaným normativním řádem.²⁰⁰ Přestože se liší konkrétní způsoby institucionálního zakotvení (byť) právního řádu,²⁰¹ snaží se přinejmenším moderní práv- ní řády²⁰² vytvářet racionální jednotu svých skladebních prvků, aby bylo možné smyslu- plně s právem zacházet jako s vnitřně provázaným systémem.²⁰³ Jde nejen o normologic- kou,²⁰⁴ ale především o institucionální charakteristiku práva; vytvoření řádu (komplexu) patří totiž mezi obecné cíle práva, mezi základní právní ideje.²⁰⁵ A protože normativní indiference (nevylučnost zakázání nebo dovolení lidského jednání) je normologicky vza- to možná, je z důvodu systémového chápání práva vždy nezbytné zvolit jako právněpo- litické východisko (postulát) pro právní systém normativní zásadu legální licence, nebo

¹⁹⁸ Tzn. když budeme úplně ignorovat při uskutečňování mimořádného vládnutí suspendovanou právní úpravu, neobráti se to proti nám, až mimořádná situace skončí? Nebudeme potrestáni za příliši excesivní jednání, byť i z určitého hlediska retroaktivně?

¹⁹⁹ Srov. BELLAMY, A. J. *Dirty Hands and Lesser Evil in the War on Terror*, s. 510. Obdobně píše Max Leonov o tom, že při upřednostnění nestandardního práva (výjimečného, mimořádného, neobvyklého atp.) na úkor práva standardního, neznamená to, že právo zmizí; je nutné jej zvážit v argumentaci, kompenzovat jeho omezení, případně oficiálně uznat jeho obětování. Srov. LEONOV, M. *Emergency Governance in Liberal Democracy*, s. 120.

²⁰⁰ MACCORMICK, N. *Institutions of Law*, s. 11; obdobně WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 30–31, 35.

²⁰¹ Srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 36–38.

²⁰² Pavel Ondřejek chápání práva jako systému odvozuje od racionalismu, ideje kodifikace a důrazu na pozitivismus ve vědě. Sám však ihned dodává, že sociální struktury (stát, církev atp.) byly tradičně přirovnávány k metaforám, jako je před- stava organismu nebo mechanismu (k tomu srov. též FILIP, J. – SVATOŇ, J. *Státověda*. 5. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2011, s. 17–18). Viz ONDŘEJEK, P. *Koncepce práva jako systému*, s. 28. Je tedy zřejmé, že i v méně rozvinutých právních komunitách byla vždy vnímána vzájemná souvislost a propojenost právních elementů; jinak by tělo ani stroj nemohly existovat a fungovat.

²⁰³ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 30–31.

²⁰⁴ Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 48 an., 76.

²⁰⁵ WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 33–34. Shodně, byť s výhradou, že se tím popisuje současné západní chápání práva, MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 34–35. Odvozené pak též HANUŠ, L. *Glosy k právní interpretaci*. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2020, s. 3 (má-li právo usilovat o snížení společenské entropie a nastolit jistotu a důvěru, pak samo nemůže být neuspořádáno). Na přesvědčení, že právo, zejména právo ústavní, lze popsat a analyzovat jako jednotný systém především právních principů, staví dlouhodobě své práce Jan Wintr. Srov. WINTR, J. *Říše principů. Obecné a odvětvové principy současného českého práva*. Praha: Karolinum, 2006; WINTR, J. *Principy českého ústavního práva*. 5. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020; WINTR, J. *Metody a zásady interpre- tace práva*.

právnosti státních funkcí.^{206, 207} Nakonec tedy jednání J musí být ve výsledku shledáno v čase T buď dovolené, anebo nedovolené, tj. nikoliv právně indiferentní.^{208, 209} Touto volbou právněpolitického postulátu a jeho následným poměřením dotčeného jednání tak vylučujeme mimoprávnost.²¹⁰

Již jsme zmínili, že mimořádné vládnutí bylo tradičně spojováno se suspendací práva. Suspendace se obecně chápe jako pozastavení účinnosti právních norem. Jan Kysela např. suspendaci zákona vysvětluje tak, že dotčený zákon sice „*platí, ale je hibernován, dokud nenastane stav ústavní obvyklosti*“.²¹¹ Takové chápání v podstatě navazuje na jednu ze Schmittových definic suspendace (konkrétně ústavy),²¹² a to, že se jí dočasně postaví jedno nebo více ústavních ustanovení stranou.²¹³ Z těchto chápání je tedy zřejmé, že ono suspendované právo je stále platné, tj. normativně existuje, avšak neaplikuje se z důvodu přistoupení k mimořádnému způsobu vládnutí. A protože se zpravidla týká ustanovení právního aktu nejvyšší právní síly (ústavy), která se týkala zásadních otázek vztahu mezi státními orgány navzájem a mezi státem a jednotlivci, je pochopitelné, proč bylo mimořádné vládnutí chápáno tak melodramaticky, jako výjimečný, mimoprávní výkon moci (*inter arma silent leges*). Ve skutečnosti ale lze neaplikaci některých ustanovení ústavy či obecně právního řádu při mimořádném vládnutí vysvětlit zcela prostě a jednoduše: jako aplikaci jednoho právního režimu na úkor právního režimu jiného.²¹⁴ Neaplikování jedné normativní úpravy ve prospěch aplikace jiné je ale v právu naprosto běžnou praktikou, zejména při používání tzv. kolizních pravidel. Nejčastějším případem pak je upřednostnění zvláštní právní úpravy oproti právní úpravě obecné, tzn. při užití kolizního pravidla *lex specialis derogat legi generali*. Viděno takto je právní řád protkáno nejrůznějšími výjimkami z obecných normativních režimů.^{215, 216} Z hlediska principu myšlenkové úspornosti (*Denkökonomie*)²¹⁷ tudíž není nutné snažit se konstruovat zvláštní, složitou kategorii „mimoprávnosti“, když lze dotčený fenomén vysvětlit jednodušeji, odkazem na tradiční a každodenně používanou právní praxi.

²⁰⁶ KREJČÍ, J. *Zásada právnosti státních funkcí a zásada zákonnosti správy*, s. 15 an.

²⁰⁷ Představitelná je i norma zmocňovací, která rozhodování o zákazu či dovolenosti jednání svěří nějakému institucionálnímu aktéru. V konečném důsledku ale vždy dojde k závěru o zakázanosti, anebo dovolenosti jednání.

²⁰⁸ Srov. KNAPP, V. – GERLOCH, A. *Logika v právním myšlení*, s. 111–112; KÜHN, Z. *Aplikace práva ve složitých případech*, s. 217.

²⁰⁹ Tento závěr není v rozporu s výše uvedenými různými vlivy práva na lidská jednání, ani s totožným tvrzením Weinbergera (srov. WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, s. 121). Pouze konstatuje, že v konečném důsledku musíme při posuzování jednání z hlediska právního systému dospět, i s přispěním voluntativních vlivů rozhodujícího aktéra, k závěru o dovolenosti, nebo nedovolenosti jednání.

²¹⁰ Tím v podstatě využíváme první z logických přístupů, které v kontextu schmittovského rozhodování o výjimce představila Tracy McNulty. Srov. MCNULTY, T. *The Gap in the Law and the Border-Breaching Function of the Exception*, s. 5–6.

²¹¹ KYSELA, J. *Dělba moci v kontextu věčného hledání dobré vlády*, s. 209.

²¹² To, že měl Carl Schmitt několik definic suspendace, jsme zjistili výše.

²¹³ SCHMITT, C. *Constitutional Theory*, s. 148.

²¹⁴ Shodně LEONOV, M. *Emergency Governance in Liberal Democracy*, s. 120; GREEN, A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, s. 68; KAISER, A. B. *Ausnahmeverfassungsrecht*, s. 62; a LAZAR, N. C. *What is the State of Exception?* In: GERSTLE, G. – ISAAC, J. *States of exception in American history*, s. 29.

²¹⁵ Obchodní právo je výjimkou z občanského práva, jakožto obecného práva soukromého, finanční právo pak výjimkou z práva správního. Totéž lze tvrdit na úrovni jednotlivých právních předpisů, institutů i právních norem.

²¹⁶ Srov. MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*, s. 150.

²¹⁷ K stručnému vysvětlení principu spolu s jeho užitím v ryzí nauce právní viz JAKAB, A. *Problems of the Stufenbaulehre: Kelsen's Failure to Derive the Validity of a Norm from Another Norm*, s. 50–51.

Ostatně takto se lze přiblížit i k vysvětlení Fraenkelova fenoménu duálního státu, na který se v teorii mimořádného vládnutí občas odkazuje.²¹⁸ Duálním státem je myšlen režim, v němž působí dvě paralelní struktury vládnutí: stát norem, v němž funguje běžné právo a instituce, a bezprávný stát opatření, v němž funguje gestapo.²¹⁹ Problémem této teorie, postavené na konkrétním příkladu nacistického režimu, je však přehlížení zásadní změny toho, co se institucionalizované považovalo za právo.²²⁰ Jak totiž uvádí Simon Lavis, postupy a rozhodnutí ve Třetí říši, které bychom jinak klasifikovali jako mimoprávní, lze s ohledem na nacistickou koncepci práva chápat tak, že jsou nadány právní formou.^{221, 222} Z tohoto důvodu je vhodnější chápat nacistický režim nikoliv jako funkcionálně duální, nýbrž jako hybridní,²²³ v němž fungovaly různé právní režimy.

Otázkou pouze zůstává, jak je upřednostněný zvláštní právní (ústavní) režim, aplikovaný pro mimořádné vládnutí, rozsáhlý, hutný, určitý či obecně kvalitní (dobrý);²²⁴ nicméně v tomto případě půjde o diametrálně odlišný problém, než je konstatování, že mimořádné vládnutí probíhá ve sféře bez práva.

3.2.7 Vliv institucionálního bytí práva na mimořádné vládnutí

Nejpřesvědčivější argumenty svědčící o nemožnosti prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí podává analýza vlivu institucionální reality práva v rámci státu. Jedním z největších přínosů normativního institucionalismu je totiž jeho teorie institucí. Instituce chápe jako rámce jednání,²²⁵ sestávající ze tří složek – osobní složky, věcné složky a jádra norem a jiných praktických informací.²²⁶ Za univerzální instituci, za institucionální celistvost, v níž probíhá život moderní společnosti, je pak třeba považovat stát.²²⁷ Pro stát tak v podstatě platí stejné zásady, které platí i pro ostatní instituce. V prvé řadě jde o poznatek, že s výjimkou období etablování jsou vždy dány současně nejen institucionální struktury, ale i právně-normativní regulace.²²⁸ Pro normativní institucionalismus je proto otázka, zda byl dříve stát (jak soudí některé jusnaturalistické přístupy v teorii mimořádného vládnutí), anebo právo, stejně zbytečná a zavádějící, jako pro normativní

²¹⁸ Srov. KYSELA, J. *Exceptionality in Law*. In: JINEK, J. – KOLLERT, L. *Emergency Powers. Role of Law and the State of Exception*. Baden Baden: Nomos, 2020, s. 113 an.

²¹⁹ Srov. FRAENKEL, E. *The Dual State*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 3 an.

²²⁰ Viz nacistické prameny práva jako je zdravé citění německého národa, program NSDAP nebo vůle Vůdce. K tomu srov. dnes již klasické dílo KNAPP, V. *Problém nacistické právní filozofie*. Reprint původního vydání z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 46 an., nebo TAUCHEN, J. *Prameny práva v nacistickém Německu*. In: SEHNÁLEK, D. – VALDHANS, J. – DÁVID, R. – KYNCL, L. (eds). *Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings*. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 2767 an.

²²¹ LAVIS, S. *The exception of the norm in the Third Reich: (Re)reading the Nazi constitutional state of exception*. In: CERCEL, C. – FUSCO, G. G. – LAVIS, S. (eds). *States of Exception: Law, History, Theory*. New York: Routledge, 2021, s. 95.

²²² Jinou otázkou samozřejmě zůstává, co všechno jsme schopni označit nebo akceptovat za právo. Institucionálnímu právnímu pozitivistovi ovšem nezbývá, než uznat za právo i nechutné právní režimy nacistické nebo stalinistické, což je nejen metodologickým důsledkem právního pozitivismu, ale i jeho velkou předností (srov. SOBEK, T. *Nemorální právo*, s. 138; SHAPIRO, S. *Legality*, s. 392 an.). Je ale jisté, že s jusnaturalisty se v těchto věcech nemůžeme shodnout.

²²³ LAVIS, S. *The exception of the norm in the Third Reich: (Re)reading the Nazi constitutional state of exception*, s. 111.

²²⁴ Srov. KYSELA, J. *Exceptionality in Law*, s. 101 an.

²²⁵ K obdobnému chápání institucí viz KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou. Úvod do ústavní teorie*, s. 18.

²²⁶ Srov. WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 25; WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání*, s. 197–198.

²²⁷ WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, s. 116.

²²⁸ Srov. ibidem, s. 117; WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 203.

teorii,²²⁹ byť z jiných, přesvědčivějších důvodů. Tímto se mj. normativní institucionalismus odlišuje od jiných právněinstitucionálních teorií, především od Schmittovy teorie konkrétně řádového myšlení, které vychází z neurčitě charakterizovaného konkrétního řádu a stále derivativního charakteru právní normy.²³⁰ Z našeho hlediska tedy instituce (např. stát) vždy mají své normativní jádro (právo v případě státu), které ovlivňuje jednání takové instituce a jednotlivých institucionálních aktérů (vládnutí v případě státu). Proto ani mimořádné vládnutí nemůže probíhat v prostoru právněnormativního vakua; jinak nemůže jít o vládnutí jakožto jednání, jímž se určuje jednání státu jako instituce. Z tohoto institucionálního důvodu proto pro mimořádné vládnutí nelze užít nauku o prostoru práva prostého (*rechtsfreien Raum*), neboť dotčené jednání (životní vztah) není nevýznamné nebo zanedbatelné, neboť jde o jednání státu jako institucionální celistvosti za účelem ochrany mimořádně ohrožených esenciálních právních statků.^{231, 232}

Tento teoretický závěr lze podepřít i naší historickou zkušeností s mimořádným vládnutím. Začneme-li již ve starověkém Římě, na jehož praxi mimořádného vládnutí navazují nejrůznější teoretické přístupy v oboru mimořádného vládnutí, pak ani jedna z praktik mimořádného vládnutí se nepohybovala mimo právo. Předně jde o institut diktátora, jakožto mimořádné magistratury pro případy ohrožení římské republiky. Diktátor skutečně vykazoval mnohé odchylky od standardního právního režimu v Římě a jeho kompetence byla mnohdy poměrně neurčitá, mlhavá. Jako orgán byl však diktátor jednoznačně zřízen a vymezen nepsanou římskou ústavou,²³³ která jej zmocnila k přijímání norem (jednotek mětí) odchylujících se od běžného právního režimu dle zásady *lex specialis derogat legi generali*, případně *lex superior derogat legi inferiori*. Aktům diktátora tak byla dána aplikační přednost před běžnými právními normami, jakožto zvláštní právní úprava oproti úpravě obecné, případně úpravě s vyšší právní silou oproti úpravě s nižší právní silou. Pro jeho činnost navíc platila právní pravidla, omezující jej např. co do délky trvání pověření.²³⁴ O esenciální prosté mimoprávnosti tak nemůže být řeči; diktátor byl vázán právem a jeho kroky bylo možné hodnotit jako souladné, nebo jako rozporné s právem (např. pokud vybočil z rozsahu zmocnění, z vázanosti svým účelem nebo při překročení časové limitace pověření).

Druhým římským institutem bylo senátní usnesení *senatus consultum ultimum* (SCU), jímž římský senát reagoval na případy vnitřního ohrožení státu, přičemž ve svém důsledku vedlo k oslabení práv římských občanů.²³⁵ Ani tento nástroj nepozastavil (nesus-

²²⁹ Srov. WEYR, F. *Teorie práva*, s. 92.

²³⁰ Srov. WEINBERGER, O. *Institucionalizmus*, s. 151, 190–191. Viz též LINDHAL, H. Law as concrete order. Schmitt and the problem of collective freedom. In: DYZENHAUS, D. – POOLE, T. *Law, Liberty and State*, s. 44–45.

²³¹ K práva prostému prostoru jako oblasti lidského života nevýznamné či zanedbatelné srov. HLOUCH, L. *Teorie mezer a současné právní myšlení. Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 2, s. 130 an.

²³² Pokud by někdo chtěl naši argumentaci zpochybnit s odkazem na Weinbergerovu poznámku o možnosti právní indiference, bezvýznamnosti či lhostejnosti některých druhů lidského jednání (viz WEINBERGER, O. *Norma a instituce*, s. 10), pak je třeba si uvědomit dvě věci. Za prvé, že normologicky vzato tento závěr uznáváme, a za druhé, že příklad uváděný Weinbergerem se netýká institucionálního jednání (jednání státu jako instituce), a to hlavně takové důležitosti, jako je mimořádné vládnutí, ale otázky, zda právo zajímá, jestli nosíme modrou kravatu, anebo ne...

²³³ LAZAR, N. C. Prerogative Power in Rome. In: FATOVIC, C. – KLEINERMAN, B. A. (eds). *Extra-Legal Power and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 34.

²³⁴ K institutu diktátora v Římě včetně jednotlivých omezení jeho kompetence viz RAMRAJ, V. V. – GURUSWAMY, M. *Emergency powers*, s. 86.

²³⁵ Srov. DOSTALÍK, P. *Antická státověda v díle M. T. Cicérona*. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2009, s. 139.

pendoval) veškeré právo, k čemuž senát neměl kompetenci,²³⁶ nýbrž pouze přislíbil pozdější odpuštění protiprávního jednání v jeho jménu.²³⁷ Za příklad mimoprávnosti SCU bývá dáván příklad Ciceronovo potlačení Catilina spiknutí v roce 63 př. n. l. Cicero totiž jako konzul, opřen o přijaté SCU, popravil Catilinu s jeho komplici bez řádného soudu, tj. v rozporu s jinak platnými právními zárukami postavení římských občanů. Za to byl po skončení svého konzulského funkčního období poslán do vyhnanství a jeho dům byl zbořen.²³⁸ Nicméně jako problematické se jeví tvrzení, že Cicero vnímal své kroky jako mimoprávní; sám totiž považoval autoritu senátu za nadřazenou ostatním orgánům, a proto si nechal své mimořádné jednání posvětit právě jeho zvláštním, mimořádným usnesením. To ostatně plyne i z jeho projevu k odsouzenému Catilinovi: „*Máme už totiž takovéto usnesení senátu, [...] a podle něho náleží, Catilino, abys byl okamžitě zabit.*“²³⁹ Jestli se v některé z částí kauzy Catilina spiknutí jednalo zcela bez ohledu na právo, pak půjde spíše o Ciceronovo vykázání do vyhnanství, které nařídil pozdější konzul – Ciceronův politický odpůrce.²⁴⁰ Ne však o mimořádné vládnutí k odstranění bezpečnostního ohrožení římského státu.

Pokud dále analyzujeme způsoby mimořádného vládnutí od římské republiky až k současnosti, pak zjistíme, že při řešení mimořádných situací lze vždy vysledovat kontinuální působení běžných a „nouzových“ praktických informací, jako jsou hodnoty a normy, na lidská jednání, zvláště pak na vládnutí.²⁴¹ Přinejmenším pro mimořádné situace nižší a střední intenzity proto neplatí, že by právo „zmizelo“.²⁴² To dokazuje i aktuální zkušenost s řešením pandemie nemoci covid-19.²⁴³

Zcela absurdní je pak esenciálně mimoprávní přístup k mimořádnému vládnutí v kontextu soudobých států. V současné době je totiž právní regulace natolik rozsáhlá a hutná, že je nepředstavitelné, aby pro jednání státu nebylo možné použít alespoň nějakou část práva, ať už v podobě právního pravidla, právního principu nebo právněpolitického cíle (hodnotově-účelového pozadí práva). Právní regulace dále zaujímá v současné „postmoderní“ společnosti klíčové a dominantní postavení oproti jiným normativním systémům (morálce, náboženství apod.). Pro soudobou společnost je tak hodno naší poslušnosti v naprosté většině případů, včetně řešení mimořádných situací nižší a střední intenzity,

²³⁶ Srov. KINCL, J. *Deset slavných procesů Marka Tullia*. Praha: C. H. Beck, 1997, s. 139 an.

²³⁷ LAZAR, N. C. *Prerogative Power in Rome*, s. 34–35.

²³⁸ Srov. GROSS, O. Extra-legality and the ethics of political responsibility. In: RAMRAJ, V. V. (ed.). *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 66–71; POOLE, T. *Reason of the State: Law, Prerogative and Empire*, s. 1–2.

²³⁹ DOSTALÍK, P. *Antická státověda v díle M. T. Cicerona*, s. 142–143.

²⁴⁰ GROSS, O. Extra-legality and the ethics of political responsibility, s. 70; DOSTALÍK, P. *Antická státověda v díle M. T. Cicerona*, s. 142. I toto jednání lze však zhodnotit jako buď v souladu, anebo v rozporu s římským právem.

²⁴¹ LAZAR, N. C. *States of Emergency in Liberal Democracy*, s. 5, 50–52.

²⁴² Pokud by se snad argumentovalo příklady mimořádných situací nejvyšší představitelné intenzity, které by znamenaly v podstatě zhroutení státu a všeho společenského (právního, politického aj.) řádu (k lokálnímu příkladu New Orleans po hurikánu Katrina v roce 2005 srov. BARBER, N. *The Constitutional State*, s. 24), je ale nejprve třeba si ujasnit, nakolik je vůbec ve schopnostech společenských věd, především právní vědy, státovědy a politologie, popsat jejich perspektivou takovou realitu světa. K tomu srov. WEINBERGER, O. Argumentace v právu a v politice. *Právník*. 1994, roč. 133, č. 7, s. 585–586.

²⁴³ Srov. GINSBURG, T. – VERSTEEG, M. The bound executive: Emergency powers during the pandemic. *International Journal of Constitutional Law*. 2021, Vol. 19, Iss. 5, s. 3–4, 18–19. doi.org/10.1093/icon/moab059. Autoři sice označili reakci několika států za extralegální, nicméně jde o vesměs nedemokratické státy, jako je Čínská lidová republika, Kuba, Bělorusko nebo Saudská Arábie; v těchto státech se tak nabízí otázka, co je vůbec po právu. Navíc koncepce mimořádného vládnutí dává význam pouze ve státech ústavně demokratických (demokratických právních).

pouze takové vládnutí, jež se opírá o právo, tj. o legálně racionální panství ve weberovském smyslu,²⁴⁴ být může nabývat různých podob.

Institucionálně vzato navíc proti prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí svědčí i komplexní realita státního mechanismu 21. století. Na mimořádném vládnutí se totiž nepodílí pouze vrcholní představitelé státu, jejichž funkce mají převážně politický charakter, nýbrž i rozsáhlý, profesionální aparát státních úředníků, policistů, vojáků atd. Především pro tyto institucionální aktéry, realizující mimořádné vládnutí na nižší a střední úrovni, je v podstatě nepředstavitelné, aby se při svém jednání nesnažili odkazovat na nějakou právní normu, jako na základ pro své jednání. Právě tohoto jevu si všiml Jack Goldsmith, americký profesor práva a vrchní právní poradce administrativy prezidenta George W. Bushe v období po teroristických útocích na Světové obchodní centrum z 11. září 2001.²⁴⁵ Podle něj totiž v důsledku rozsáhlosti moderního práva a potenciální kriminalizaci bezprávného výkonu veřejné moci,²⁴⁶ jež je prosazována různě nezávislými mechanismy a institucemi vynucení práva (zvláštní policejní útvary, orgány veřejné žaloby, soudy spolu s veřejným tlakem), došlo k právní indoktrinaci a zásadnímu zvýšení citlivosti aktérů mimořádného vládnutí k potřebě opřít se alespoň o nějakou právní autorizaci svého jednání.^{247, 248} Touto potřebou sami aktéři mimořádného vládnutí umožňují, aby bylo mimořádné vládnutí hodnoceno co do souladu, anebo rozporu s právním řádem, což by nebylo možné, pokud by šlo o jev ryze mimoprávní, na který by právo nemohlo uplatnit jakýkoliv vliv.

Je tedy zřejmé, že alespoň soudobé institucionální pojistky a mechanismy prostou mimoprávnost prostě neumožní.²⁴⁹ Ze všech těchto důvodů tak nelze bez dalšího využívat teorie mimořádného vládnutí, případně interpretace těchto teorií, které vycházejí z právní, institucionální i obecně společenské reality v 17. až 19. století. Jednak jsou dnes náklady tvrzení institucionálních aktérů o mimoprávním vládnutí, z důvodu dnešního významu práva ve státě a společnosti, mnohem vyšší než tehdy (a proto se k nim neuchýlí), jednak mimoprávnost není možná ani potřebná z důvodu široké právní regulace a kvality její institucionalizace.²⁵⁰ Příklady esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného

²⁴⁴ Nikoliv tedy panství charismatické, jež je ale v základu mnohých hlavních teorií, tvrdících esenciální prostou mimoprávnost mimořádného vládnutí.

²⁴⁵ S ohledem na poznámky, které autor textu obdržel, je třeba uvést, že to byl Jack Goldsmith, který jako nový vedoucí *Office of Legal Counsel* zrušil ona nechvalně známá memoranda interpretující právní řád USA tak, že dovoluje mučení (*torture memos*), a to pro jejich právní vadnost. Na vypracování těchto memorand měli hlavní vliv John Yoo a Jay S. Bybee.

²⁴⁶ V českém kontextu srov. např. § 329 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2009 Sb., trestního zákoníku, který v některých případech kriminalizuje překročení pravomoci (tj. jednání bez opory v právní normě) úřední osobou.

²⁴⁷ Srov. GOLDSMITH, J. *The Irrelevance of Prerogative Power, and the Evils of Secret Legal Interpretation*. In: FATOVIC, C. – KLEINERMAN, B. A. (eds). *Extra-Legal Power and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 214–217.

²⁴⁸ Tato kultura právnosti ve státním mechanismu připomíná i poměrně nedávný výrok někdejšího ministra spravedlnosti Roberta Pelikána, který stran správy a nezávislosti justice prohlásil, že jde o „geniální systém, ve kterém zcela zmizela moc“. Viz JANUŠ, J. První poministerský rozhovor Roberta Pelikána: Je to geniální systém, ve kterém zcela zmizela moc. In: *Info.cz* [online]. 13. 11. 2018 [cit. 2021-11-01]. Dostupné z: <<https://www.info.cz/pravo/advokacie/prvni-poministersky-rozhovor-roberta-pelikana-je-to-genialni-system-ve-kterem-zcela-zmizela-moc>>. Podle Zdeňka Kühna se i tímto výrokem potvrzuje, že institucionálně vzato jsou české soudy nezávislejší, než by jak by se dalo usuzovat ze zákonného textu. Srov. KÜHN, Z. *The Judiciary in Illiberal States*. *German Law Journal*, 2021, Vol. 22, No. 7, s. 1236–1237.

²⁴⁹ Srov. LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 165.

²⁵⁰ Srov. GOLDSMITH, J. *The Irrelevance of Prerogative Power, and the Evils of Secret Legal Interpretation*, s. 214. K tomu shodně LOUGHLIN, M. *Political Jurisprudence*, s. 163–165, a GREEN, A. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitutions in an Age of Crisis*, s. 164.

vládnutí, na které nejrozličnější aktéři odkazují,²⁵¹ jako je kupříkladu jedno z chápání Lockovy teorie prerogativy²⁵² nebo Lincolnových kroků na začátku americké občanské války,²⁵³ proto přinejmenším v dnešní době neobstojí, neboť oba přístupy vznikly v době jiného společenského uspořádání (Lockova prerogativa v době agrární společnosti,²⁵⁴ Lincolnova rozhodnutí v době rozvoje společnosti industriální). To potvrzují i české zkušenosti s řešením pandemie nemoci covid-19; ani jednou se totiž nestalo, aby se státní orgány nesnažily svoje jednání opřít o nějaké ustanovení právního řádu, ať už šlo o institut nouzového stavu dle ústavního zákona o bezpečnosti České republiky nebo o mimořádná opatření dle zákona o ochraně veřejného zdraví nebo tzv. pandemického zákona. To platí i pro zvládání jiných druhů mimořádných bezpečnostních hrozeb, jako byly kupříkladu situace bezprostředně po teroristických útocích v USA nebo Francii.

Co ovšem vyvolává problémy, a svádí tak k nesprávnému zařazování mimořádného vládnutí do kategorie esenciální prosté mimoprávnosti, jsou konkrétní modely mimořádného vládnutí, buď zakotvující příliš široké zmocnění pro exekutivní orgány bez explicitních právních omezení a institucionálních nástrojů kontroly, nebo umožňující nekontrolovanou a skrytou interpretaci ústavních a zákonných ustanovení zvýhodňující a posilující exekutivu v důsledku neoptimální institucionální architektury.²⁵⁵ Obojí je však zcela odlišný problém, než je domnělá esenciální prostá mimoprávnost mimořádného vládnutí.

Závěr

Shrme-li dosavadní poznatky, docházíme k následujícímu. Za prvé, kategorizace mimořádného vládnutí jako fenoménu mimoprávního závisí na našem chápání práva a jeho skladebních prvků, přičemž i právně pozitivisticky lze argumentovat pro právnost mimořádného vládnutí. Velmi užitečnou se pak jeví teorie normativního institucionalismu, která, spolu s plánovací teorií právní a historicko-sociologickými poznatky, přesvědčivě vyvrací iusnaturalistické, legalistické i justiční přístupy k právu a k mimořádnému vládnutí.

Za druhé, fenomén právnosti a mimoprávnosti je nutné zkoumat v kontextu určitého prostoru, přičemž primárním je nám prostor alternativ lidského jednání. Z této perspekti-

²⁵¹ Že současní „extralegalisté“ mohou být spojováni jak se Schmittem, jehož historické inspirace jsme spolu s na historii založenými teoriemi Agambenovými, odhalili v minulém článku, tak i s Johnem Lockem, uvádí Leonard C. Feldman. Srov. FELDMAN, L. C. *Schmitt, Locke and the Limits of Liberalism*, s. 2.

²⁵² Srov. GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 121–122, nebo FELDMAN, L. C. *Judging Necessity. Democracy and Extra-Legalism. Political Theory*. 2008, Vol. 36, No. 4, s. 556. Jak ale tito autoři uvádějí, nejde o jediné možné chápání Lockovy teorie prerogativy; tuto nevýlučnost mimoprávní interpretace ovšem mnozí akademici přehlíží, jako je příklad Karin Loevy (srov. LOEVEY, K. *Emergencies in Public Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 24–27).

²⁵³ Srov. BRANDON, M. E. *War and the American Constitutional Order*, s. 16–17; GROSS, O. – NÍ AOLÁIN, F. *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, s. 128–129.

²⁵⁴ K tomu srov. ZACK, N. *Ethics for Disaster*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2009, s. 78. Naomi Zack v této své knize upozorňuje, že když John Locke psal své dílo, psal je pod dojmem soběstačnosti společnosti, v níž její jednotliví členové žili hlavně z toho, co sami vypěstovali a před čím se sami ochránili v rodině či obci; ke svému přežití tudíž nepotřebovali stát a veřejnou moc, na rozdíl od dnešní (postmoderní a postindustriální) společnosti.

²⁵⁵ Srov. GOLDSMITH, J. *The Irrelevance of Prerogative Power, and the Evils of Secret Legal Interpretation*, s. 215, 223 an.; ACKERMAN, B. *The Decline and Fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, s. 46, 69, 84 an.

vy se nám problém mimoprávnosti rozděluje do dvou skupin či stupňů mimoprávnosti – prosté a kvalifikované.

Za třetí, teorie excecptionalistického decisionismu, tvrdící esenciální mimoprávnost mimořádného vládnutí v prostém smyslu, trpí závažnými vadami nebo jsou nesprávně interpretovány. Z dosavadních dominujících přístupů excecptionalistického decisionismu tak nelze usoudit na esenciální prostou mimoprávnost mimořádného vládnutí. Pokud jde o excecptionalistický republikanismus, pak ten připouští více variant vztahu mimořádného vládnutí a práva, přičemž pouze jednu z nich lze označit za přístup mimoprávní. Takový přístup je však v podstatném rozporu jednak s koncepcí práva (právních norem) jako takového, jednak s vůdčími idejemi ústavního republikanismu.

Konečně za čtvrté, lze najít dodatečné argumenty vyvracející představu esenciální prosté mimoprávnosti mimořádného vládnutí. Předně existence norem má dopad na zvažování a výběr alternativ, aniž si to uvědomujeme; zásadní je pak tento vliv na právní profesionály a institucionální aktéry. Dále je z hlediska systémového chápání práva esenciální prostá mimoprávnost neuspokojivá, a to jednak z právněpolitické nutnosti použít logický zákon vyloučeného třetího, jednak z povahy fungování právního řádu při aplikování zvláštní právní úpravy oproti právní úpravě obecné. Konečně nejvýraznější argumenty přinesla analýza institucionálního základu práva, a to pokud jde o důsledky teorie institucí normativního institucionalismu, komplexní institucionální realitu současného světa vylučující kompletní bezprávnost nebo o historické poznatky svědčící o přetrvávajícím významu a roli práva i za mimořádných situací. Lze tak článek uzavřít tím, že mimořádné vládnutí není úplně mimoprávním fenoménem, který by se z podstaty věci vzpíral hodnocení „v souladu s právem“, anebo „v rozporu s právem“.

Před teoretickým zpracováním nyní stojí otázka, zda se mimořádné vládnutí může pohybovat v praktickém prostoru mimo právnost kvalifikovanou, tj. bez opření se o text běžných či ústavních zákonů. Této odborné výzvě je však třeba věnovat samostatnou pozornost, a to pro její náročnost, rozsáhlost i určitou kontroverznost.

On the Extra-Legality of Emergency Governance

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

Abstract: The article deals with the question of whether emergency governance takes place within the sphere of law or whether it is a purely non-legal phenomenon. The article addresses this issue in three parts. The first part summarizes the dispute about the essence of law in the theory of emergency governance. Conclusion of this part is that the individual approaches of emergency government's academics depend on the respective conclusions of individual legal-theoretical and legal-philosophical directions. For this reason, the article chooses the normative institutionalism of Ota Weinberger and Neil MacCormick as its theoretical basis, enriched with observations by Scott Shapiro's Planning Theory of Law. The second part of the article therefore evaluates the concept of non-lawfulness (extra-lawfulness) from the positions of these theories, concluding that the concept of non-lawfulness (extra-lawfulness) is in fact dual – non-lawfulness in the simple sense and non-lawfulness in the qualified sense (extralegality). The third part of the article is then devoted to the simple non-lawfulness of emergency governance, specifically the critique of the so-called exceptionalist decisionism in the interpretations of the works of Carl Schmitt and Giorgio Agamben, as well as the so-called exceptionalist republicanism. Attention is also paid to the issue of so-called legal black holes. With all these approaches, the article concludes that they are not able to fully defend the essential simple non-lawfulness (extra-lawfulness) of emergency governance. After that, the article presents additional arguments against the understanding of emergency governance as completely extra-legal. Firstly, the article shows the general impact of practical information on human behavior, including emergency governance. The article then concludes that the non-lawfulness (extra-lawfulness) of emergency governance is not acceptable for a systemic approach to law. Finally, the article rejects the non-lawfulness (extra-lawfulness) of emergency governance by pointing to the institutional reality of law, especially in view of our historical experience with emergency governance and the current institutional reality.

Keywords: emergency governance, emergency government, states of emergency, law, lawfulness, legality, extralegality, normative institutionalism, Carl Schmitt, constitutional republicanism