

Právo a krize. Rozprava o možnostech jednání moci veřejné mimo zákon v mimořádných situacích

Lukáš Kollert*

Abstrakt: V tomto článku vstupuji do diskuse s Teorií mimořádného vládnutí z pera Jakuba Dienstbiera a zkoumám otázku, zda smí být moc veřejná v kontextu řešení krizí ve výjimečných případech uplatněna mimo hranice zákona, jak se podává skrze běžně používané metody právního výkladu. Následně věnuji pozornost dalším souvisejícím problémům, např. v případě jakých mimořádných situací by mohl být postup moci veřejné mimo zákon ospravedlnitelný, jaké druhy kroků jsou v této souvislosti obhajitelné a podle jakých zásad má být v tomto prostoru případně uplatňována. Konečně věnuji pozornost také otázce, zda a jak by se naše odpovědi měly lišit v závislosti na ohroženém objektu a příčině krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů moci veřejné (orgán vyřazen z provozu, pasivita orgánu, chtěná absence regulace, reglementace chybějící v rozporu s plánem, neefektivnost právní úpravy apod.).

Klíčová slova: právní stát, řešení krize, mimořádné vládnutí, mezera v zákoně, uplatňování moci veřejné mimo zákon

Úvod

Účelem existence státu jako politické jednoty množiny osob je naplnění určitého okruhu úkolů a funkcí, mezi něž patří především zajištění vnitřního a vnějšího míru, pokojného řešení sporů a ochrany jednotlivců prostřednictvím efektivního řádu.¹ V právním státě není přípustné tyto cíle uskutečňovat na základě volného uvážení nositelů veřejné moci, neboť státní moc v něm lze v souladu se zásadou zákonnosti „*uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví.*“²

V kombinaci s principem legální licence tato zásada umožňuje formulovat závěr, zdá se, že zákon v principu dává (více méně) jasnou právní odpověď na veškeré situace, jež mohou nastat.³ Není-li v případě veřejné moci určitý postup dovolen, je zakázán; není-li v případě osob práva soukromého určitý postup zakázán, je dovolen.

* JUDr. Mgr. Lukáš Kollert, Ph.D., interní doktorand, katedra ústavního práva, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: lukas.kollert@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7135-0353>. Výzkum byl podpořen Grantovou agenturou Univerzity Karlovy, projekt č. 364222 *Krize a právní stát. Studie k ústavněprávní regulaci výjimečného stavu v České republice, Francii a Spolkové republice Německo* řešený na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. Za cenné připomínky k pracovní verzi této studie děkuji prof. JUDr. Janu Kyselovi, Ph.D., DSc.

¹ Srov. např. BADURA, Peter. *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 2010, s. 2 an.; KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980, s. 47an.; HOLLÄNDER, Pavel. *Základy všeobecné státopědy*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2012, s. 104; SCHMITT, Carl. *Pojem politična*. Praha: OIKOYMENH, 2013, s. 46.

² Čl. 2 odst. 2 usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Dále srov. čl. 2 odst. 3 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, podle něhož státní moc „*lze [...] uplatňovat jen v případech, v mezích a způsobem, které stanoví zákon.*“

³ Srov. např. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 243.

Omezení státní moci vyplývající ze zásady zákonnosti zpravidla a většinou nebrání naplnění účelů existence právního státu, nýbrž k němu naopak podstatně přispívá. Není však třeba přebujelé obrazotvornosti, abychom si dokázali představit, že vznikne mimořádná situace, která způsobí, že moc veřejná nebude schopna v mezích zákona, jak se podává skrze používané metody právního výkladu (jazykový, logický, systematický, teleologický, historický, případně komparativní), plnit své úkoly, případně je nebude schopna plnit v míře, která odpovídá hodnotovému nastavení právního řádu či očekáváním populace.

Za účelem snížení pravděpodobnosti, že k takové situaci dojde, právní státy zpravidla regulují mimořádné právní režimy pro řešení krizí (tzv. nouzové nebo výjimečné stavy), jak dokládají srovnávací studie,⁴ případně institut ústavní diktatury či další relevantní právní nástroje, které je možné v případě nouze využít.

Z hlediska tématu tohoto článku je nicméně zásadní, že ani zakotvení mimořádných právních režimů nemůže beze zbytku vyloučit, že nastane krizová situace, jejíž překonání nebude (dostatečně efektivně) možné v mezích pravomocí a působností svěřených zákonem, včetně těch, jež jsou dány v rámci výjimečných stavů.⁵ Reglementace těchto a podobných institutů může problém stojící v pozadí našeho tázání, parafrázujeme-li slova Carla Schmitta, o jeden důležitý krok posunout, přirozeně však ne odstranit.⁶ Realita má bohatší fantazii než normotvůrce⁷ a může „*vyvstat na tisíc případů, na něž zákonodárce nepomyslel*“.⁸ Jedním z rizik jakékoli regulace slučitelné s ideou právního státu, tj. ne zcela neurčité,⁹ je, že se objeví krize, která nenaplní předpoklady pro vyhlášení žádného z regulovaných výjimečných stavů. Mezi další obecná rizika patří, že příslušný orgán může být tak či onak vyřazen z provozu, což vznáší otázku možnosti jeho (zákonem nepředvídané) substituce apod.¹⁰ Toto riziko může zásadně ohrozit řešení krize i v případě, že jsou určitému orgánu svěřeny mimořádné pravomoci formou generálního zmocnění, které je rovněž na hranici slučitelnosti s ideou právního státu (president může být např. unesen). Příslušný orgán může také v rozporu se svou povinností zůstat pasivní a nepřijímat opatření, jež se jeví jako potřebná. Při zakotvení enumerativních výjimečných stavů „střížených na míru“ typově určeným krizím (bezpečnostní, zdravotní, finanční krize, přírodní katastrofy) k tomu dále přistupuje problém, že se svěřené pravomoci ukáží jako nedostatečné nebo málo pružné pro účinné zažehnutí krize.¹¹ Zakotvení výjimečných stavů také může zcela chybět. Při nedostatečnosti právní úpravy či dysfunkci některých orgánů

⁴ Srov. např. KHAKEE, Anna. Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe. *Policy Paper*. Geneva Center for the democratic control of Armed Forces. 2009, Nr. 30; BJØRNSKOV, Christian – VOIGT, Stefan. The Architecture of Emergency Constitutions. *International Journal of Constitutional Law*. 2018, Vol. 16, No. 1, s. 101–127.

⁵ Srov. FLOR, Georg. Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts. *Juristische Rundschau*. 1954, Nr. 4, s. 125–128, zde s. 126.

⁶ SCHMITT, Carl. *Politická theologie. Čtyři kapitoly k učení o suverenitě*. Praha: OIKOYMENH, 2012, s. 14.

⁷ Srov. QUARITSCHE, Helmut. Souveränität im Ausnahmezustand. Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts. *Der Staat*. 1996, Jhrg. 35, Nr. 1, s. 1–30, zde s. 21.

⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O společenské smlouvě aneb zásady politického práva. In: FORTOVÁ, Hana (ed.). *Rozprava o nerovnosti. O společenské smlouvě*. Praha: Karolinum, 2022, s. 280.

⁹ Srov. DIENSTBIER, Jakob. *Teorie mimořádného vládnutí*. Praha: Wolters Kluwer, 2024, s. 108, kde jsou k nalezení i odkazy na další literaturu.

¹⁰ K substituci v souvislosti s mocí zákonodárnou srov. KYSELA, Jan. *Zákonodárství bez parlamentů. Delegation a substituce zákonodárné pravomoci*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, 2006, s. 9–11.

¹¹ Srov. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Der Verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen. *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 38, 1978, s. 1881–1890, zde s. 1885, 1890.

veřejné moci je na mimořádnou situaci samozřejmě možné reagovat legislativní změnou tváří v tvář krizi, je však třeba neztratit ze zřetele riziko časové tísně, ústavních limitů, neakceschopnosti parlamentu, např. jeho neschopnosti se vůbec sejit, nebo případně jeho neochoty potřebné kroky uskutečnit.

Stále se tak vracíme k hlavní otázce stojící v pozadí tohoto článku: má moc veřejná řešit krize s maximálním úsilím a nasazením všech přípustných prostředků vždy v mezích zákonných limitů, nebo smí v některých výjimečných případech postupovat mimo ně? Otázkou je třeba klást dle mého soudu právě takto, neboť by bylo zavádějící ji stavět tak, že na jedné straně je postup mimo zákon a záchrana objektu a na straně druhé postup *secundum et intra legem* a ztráta nebo masivní narušení právem chráněného statku, respektive v zásadě rezignace na to jej ochránit.

Uznáme-li, že je postup moci veřejné mimo zákon při řešení krizí principiálně slučitelný s ideou právního státu, vyvstávají další otázky: v případě jakých mimořádných situací je ospravedlnitelný a jaké druhy kroků jsou obhajitelné (s ohledem na ohrožený objekt, příčiny krize a další okolnosti)? Podle jakých zásad má být moc veřejná v prostoru mimo zákon uplatňována? Bude se naše odpověď na tuto otázku lišit v závislosti na ohroženém objektu a příčině krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů veřejné moci (orgán vyřazen z provozu, pasivita orgánu, chtěná absence regulace, reglementace chybějící v rozporu s plánem, neefektivnost právní úpravy)? Jak případně? Máme např. v různých druzích krizí používat různé testy při posuzování konfliktu veřejného zájmu a základních práv a svobod (test proporcionality, test racionality, test proporcionality modifikovaný zásadou předběžné opatrnosti atd.)?¹²

Otázce uplatňování moci veřejné v prostoru mimo zákon věnuje ve spojení s problémem řešení krizí pozornost také *Teorie mimořádného vládnutí* od Jakuba Dienstbiera. Její tematický záběr je nicméně nepochybně o poznání širší. Zaměřuje se obecně jak na pojem mimořádného vládnutí a jeho modely, tak na mimořádné situace a jejich klasifikaci, provádí analýzu různých pozic a pojmů a na základě argumentů se přiklání k přístupu, který kombinuje *ex ante* regulované výjimečné stavy pro řešení pohrom a náhlých katastrof a *ex post* normy přijaté zvláště pro danou mimořádnou situaci v případě depresí a vleklých katastrof.¹³ Pro tento článek je nicméně podstatné, že nestrká hlavu do písku před naší hlavní otázkou a soustředí se na problém uplatňování moci veřejné v prostoru jednak běžné, jednak ústavní mimozákonnosti.

V tomto článku hodlám stručně představit pozici *Teorie mimořádného vládnutí* k našemu tématu a prozkoumat ji zejména optikou vybraných výše položených výzkumných otázek. Postupuji tak, že nejprve načrtávám vybrané možné přístupy k pojmu práva a jejich odpovědi na naši hlavní otázku. Přístup *Teorie mimořádného vládnutí* v další části k jednomu z nich přiřazuji a nastiňuji některá pro naše téma podstatná východiska práce. Následně blíže analyzuji v ní představenou koncepci a formuluji otázky mající jako primární motivaci její možné další rozvinutí a precizaci.

¹² Srov. ONDŘEJJEK, Pavel – HORÁK, Filip. Proportionality during Times of Crisis. Precautionary Application of Proportionality Analysis in the Judicial Review of Emergency Measures. *European Constitutional Law Review*. Vol. 20, No. 1, s. 27–51.

¹³ K problematice mj. regulace výjimečných stavů srov. mou dřívější studii KOLLERT, Lukáš. Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2021, roč. 29, č. 2, s. 227–260; Dále srov. BELLING, Vojtěch. Výjimečný stav a hranice právního státu. *Právník*. 2018, roč. 157, č. 3, s. 200–220.

1. Stručné představení postoje vybraných přístupů k otázce přípustnosti konání moci veřejné v prostoru mimo zákon

Je patrné, že výše položenými otázkami má smysl se v plném rozsahu zabývat jen v kontextu právního státu, jemuž je vlastní zásada, že moc veřejná má být uplatňována *secundum et intra legem*, neboť např. ve státě absolutním či totalitním nemusí být meze zákona dodržovány ani za normálních okolností, tím spíše pak v okamžiku krize.¹⁴

Jako přinejmenším diskutabilní se však mohou jevit i optikou právního státu a jeho zastánců. Jak jsem uvedl výše, neplatí snad, že u každého myslitelného lidského jednání lze za pomoci aplikace výkladových metod díky kombinaci zásad zákonnosti a legální licence jednoznačně říci, zda je, či není zákonem povoleno? Právní řád by tak byl z normativního hlediska úplným a uzavřeným systémem bez mezer, jak to odpovídá logice tzv. všeobecné negativní věty, podle níž je veškeré jednání veřejné moci zakázáno, ledaže je dovoleno.¹⁵ Odpověď na otázku, zda se lze mimořádně uchýlit k postupu mimo zákon, by tudíž zněla „ne“ a dále by nebylo co řešit.

Právě popsaná pozice pozitivismu práva jako uzavřeného systému, která v zásadě provádí identifikaci práva se zákonem,¹⁶ odpovídá *mutatis mutandis* stanovisku zákonného pozitivismu neboli právního pozitivismu v té podobě, v níž např. v německém prostředí převládal v poslední čtvrtině 19. století a první polovině století dvacátého.¹⁷ Pro něj je z logických a metodologických důvodů nepřipustné připsat státu jednání mimo zákon. To nicméně nutně neznamená, že by nemohlo a dokonce nemělo být realizováno, je však třeba trvat na jeho rozporu s právem, na tom, že není ospravedlnitelné, ale toliko omluvitelné.¹⁸ V tomto textu není prostor pro podrobnou odpověď na otázku, zda je tato pozice normativně správná, či nikoli, pokládám však za příhodné uvést, že neodpovídá dnes převládající vizi právního státu v doktríně a že také judikatura např. našich soudů se přiklonila k možnosti dotváření práva a existence implicitních pravomocí moci veřejné.¹⁹

Jiné z hlediska našeho tématu relevantní směry naopak logicky připouští možnost, aby byl postup mimo zákon v případě moci veřejné za určitých předpokladů v souladu s právem, ať už jde o přirozenoprávní teorii (existuje předstátní právo s předem daným

¹⁴ Srov. např. MANIN, Bernard. The Emergency Paradigm and the New Terrorism. What If the End of Terrorism Was not In Sight? In: BAUME, Sandrine – FONTANA, Biancamaria (éds.). *Les usages de la séparation des pouvoirs*. Paris: Michel Houdiard, 2008, s. 136–171.

¹⁵ Srov. k tomuto tématu HLOUCH, Lukáš. Teorie mezer a současné právní myšlení. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2013, roč. 21, č. 2, s. 129–136; MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva. Úvod do právní argumentace*. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 214 an.; Mezi její zastánce patří např. KELSEN, Hans. Zur Theorie der Interpretation. *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*. 1934, Nr. 8, s. 9–17.

¹⁶ Srov. GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*, s. 246; SEELMANN, Kurt. *Rechtsphilosophie*. München: C. H. Beck, 2010, s. 29; Kriticky k tomu naopak PAULSON, Stanley. *Statutory Positivism. Legisprudence*. 2007, Vol. 1, Nr. 1, 2007, s. 1–29.

¹⁷ Srov. CALDWELL, Peter. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham – London: Duke University Press, 1997, s. 3 an.; Dále srov. STOLLEIS, Michael. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweiter Band. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*. München: C. H. Beck, 1992, *passim*.

¹⁸ Typově lze ve vztahu k našemu tématu uvážit dvě varianty zákonného pozitivismu, totiž legalistickou a mimoprávní. Zatímco první by zastávala stanovisko, že nositelé moci veřejné mají za všech okolností jednat v mezích zákona, druhá by tvrdila, že v krizi mají podniknout potřebné kroky, avšak optikou práva se jedná o protiprávní akt, který nicméně může být omluven, akter může být omilostněn atd.

¹⁹ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ČR ze dne 25. 11. 2009, č. j. 7 Afs 111/2009-64, č. 2017/2010 Sb.; Dále srov. MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*, s. 39an.

obsahem, na němž lze poměřovat legitimitu činnosti veřejné moci a o němž je možno se opřít při postupu mimo pozitivní zákon, stranou zde nechávám otázku přípustnosti kroků mimo přirozené zákony),²⁰ směr zdůrazňující klíčovou roli státu ve zprostředkování a uskutečnění práva a jeho povinnost zajistit vlastní sebezáchovu²¹ nebo pozitivismus práva jako otevřeného systému (právní řád je kromě zákonů tvořen principy, účely a hodnotami, ve vztahu k nimž přichází do úvahy obhajoba postupu mimo zákon).²²

Cílem tohoto článku není popsat detailně přednosti a nedostatky těchto přístupů a vysvětlit, proč některé z nich pokládám za preferované. Omezím se zde proto toliko na konstatování, že za proudy, jež podle mě mají potenciál nabídnout nejlepší poměr výhod a nedostatků, pokládám směr kladoucí důraz na stát jako podmínku uskutečnění práva a pozitivismus práva jako otevřeného systému, případně jejich syntézu. Konceptci *Teorie mimořádného vládnutí* můžeme přiřadit k pozitivismu práva jako otevřeného systému, jak uvidíme níže, tedy jednomu z těchto přístupů.

2. K vybraným prvkům metodologického východiska *Teorie mimořádného vládnutí*

Teorie mimořádného vládnutí vychází z pozitivistického pojetí práva, konkrétně se hlásí k normativnímu institucionalismu.²³ Nehledá tedy zdroje pro své argumenty mimo pozitivní právo a nepracuje např. s myšlenkou předem daného přirozeného práva s určitým obsahem.

Třebaže je zákon v práci akcentován jako privilegovaný pramen práva,²⁴ je v ní odmítnuta teze identity a je zdůrazněno, že právní řád je třeba chápat jako normativní celek tvořený vedle pravidel rovněž právními principy, účely a cíli.²⁵ Je zde tudíž logicky možné postupovat mimo zákon, ale v rámci práva v širším slova smyslu. Panství práva tedy není ztotožněno s dodržováním zákonných pravidel, ale chápáno spíše jako vláda v souladu s vůdčími idejemi a principy právní úpravy, které je třeba poměřovat, vyvažovat a sladovat.

Jelikož je právní řád včetně práva ústavního v *Teorii mimořádného vládnutí* chápán jako otevřený systém, je uznána možnost existence mezer nejen v zákoně, ale i na úrovni zákona ústavního, a připouští se existence implicitních norem a pravomocí a dotváření práva analogií a teleologickou redukcí, a to i v případě práva ústavního, což je logicky předpokládáno v pojmu stavu ústavní nouze, pro práci zásadním. Případný postup mimo

²⁰ Pro představení této pozice v myšlení středověkých autorů srov. BELLING, Vojtěch. *Zrození suveréna. Pojem suverenity a jeho kritika v moderní politické a právní filosofii*. Brno: CDK, 2014, s. 37an.

²¹ Srov. kromě dalších např. KRÜGER, Herbert. *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart: Kohlhammer, 1964, s. 191; STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, II*. München: C. H. Beck, 1980, s. 1293.

²² Z hlediska klasifikace Andrése Jakaba jde o pozici otevřeného ústavocentrismu (vedle klasického státocentrismu, uměřeného státocentrismu a klasického ústavocentrismu). Srov. JAKAB, András. Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes. Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen. *Kritische Justiz*. 2005, Jhrg. 38, Nr. 3, s. 323–336, zde s. 333; Dále srov. KLEIN, Eckart. Der innere Notstand. In: ISENSEE, Josef – KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. VII, Heidelberg: C. F. Müller, 1992, s. 387–413, zde s. 412; Pro představení různých přístupů k otázce nepsaného nouzového práva srov. FOLZ, Hans-Ernst. *Staatsnotstand und Notstandsrecht*. Köln – Berlin – Bonn – München: Carl Heymanns, 1962, s. 151an.; KRENZLER, Michael. *An den Grenzen der Notstandsverfassung. Ausnahmezustand und Staatsnotrecht im Verfassungssystem des Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 1972, s. 49an.

²³ Srov. DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 9 an.

²⁴ Srov. ibidem, s. 116.

²⁵ Srov. ibidem, s. 74.

zákon pak není při splnění příslušných podmínek chápán jako jsoucí v rozporu s právem, ale omluvitelný, což by odpovídalo pozitivismu Anschützova²⁶ či Thomova²⁷ stříhu, ale jako od počátku souladný s právem a ospravedlněný.²⁸

Dalším podstatným rysem *Teorie mimořádného vládnutí* je, že v souvislosti s překonáváním krizí připouští výkon veřejné moci s bezprostřední oporou v ústavě bez nutnosti konkrétního základu pro daný postup na úrovni běžného zákona, včetně teleologických norem,²⁹ norem obecně definujících postavení ústavního orgánu apod., a dokonce při opoře v textu slibů ústavních funkcionářů.³⁰

3. Obecně k mimořádnému vládnutí a možnostem jednání moci veřejné mimo hranice (ústavního) zákona při řešení krizí v Teorii mimořádného vládnutí

Teorie mimořádného vládnutí obecně argumentuje ve prospěch mimořádného vládnutí zacíleného specificky na „potlačení mimořádné situace“,³¹ a tedy se staví proti představě, že všechny výzvy, jimž právní státy mohou čelit, včetně závažných krizí, mají být řešeny v mezích norem určených pro stav normality, což by odpovídalo tzv. *business as usual* modelu.³² Konkrétně se přiklání k překonávání krizí na základě *ex ante* regulovaných výjimečných stavů u pohrom a náhlých katastrof a *ex post* přijatých norem šitých na míru dané mimořádné situaci v případech depresí a vleklých katastrof. Ostré (a důvodné) kritice, s níž se ztotožňuji, naopak podrobuje extralegalismus neboli nauku, podle níž mají být krize obecně řešeny otevřeně v rozporu se zákonem s tím, že činnost nositelů veřejné moci, kteří se k tomuto postupu uchýlili, může být zpětně sankcionována soudy nebo lidem, respektive jeho zástupci.

Je si však, jak jsem předeslal výše, plně vědoma rizika, že může nastat krize, kterou nebude možné účinně řešit ani na základě *ex ante* reglementovaného výjimečného stavu (vůbec nemusí být zakotven, v něm obsažená úprava se může ukázat jako nedostatečná, nebude možné jej vyhlásit atd.), ani *ex post* přijatého zákona (parlament nebude schopen se sejít apod.) nebo jinou cestou předvídanou v zákoně. Především v této souvislosti se pak věnuje otázce přípustnosti řešení krize mimo zákon.

S ohledem na metodologické východisko publikace a jemu odpovídající pojem práva musí být opora pro tento postup hledána v pozitivním právu.³³ Základ pro něj je nalezen v ústavních ustanoveních v případech běžné mimozákonnosti a vůdčích principech a ide-

²⁶ Srov. MEYER, Georg. *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Nach dem Tode des Verfassers in siebenter Auflage bearbeitet von Gerhard Anschütz*. München–Leipzig: Duncker & Humblot, 1919, s. 906.

²⁷ Srov. THOMA, Richard. Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung. In: ANSCHÜTZ, Gerhard – THOMA, Richard (Hrsg.). *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*. Zweiter Band. Tübingen: Mohr Siebeck, 1932, s. 221–236. zde s. 231 an.

²⁸ Srov. DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 131.

²⁹ Srov. ibidem, s. 150, 177.

³⁰ Srov. ibidem, s. 126 an.

³¹ Ibidem, s. 19.

³² Srov. GROSS, Oren. Chaos and Rules. Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*. 2003, Vol. 112, s. 1011–1134, zde s. 1043 an.; V typologii Ferejohna a Pasquina této pozici odpovídá stanovisko legalistického monismu; srov. FEREJOHN, John – PASQUINO, Pasquale. The Law of Exception. A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*. 2004, Vol. 2, No. 2, s. 210–239, zde s. 223.

³³ Srov. k tomu DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 147.

jích ústavní úpravy v případě mimozákonnosti ústavní. Ve druhém z nich máme co do činění se stavem ústavní nouze neboli případem naléhavého nedostatku ústavních předpisů,³⁴ v němž na nedokonalost právní úpravy narážíme ne na úrovni běžného zákona, ale dokonce zákona ústavního.

Moc veřejná smí být podle *Teorie mimořádného vládnutí* uplatněna v prostoru běžné mimozákonnosti, pokud pro jednání, jež se v mimořádné situaci jeví jako potřebné, sice nenalezneme základ v běžném zákoně, avšak pomocí právní argumentace dospějeme k závěru o existenci mezery v něm, která je vyplněna s bezprostřední oporou v ústavě, typicky normě stanovící povinnosti státu, chráněné účely a hodnoty (územní celistvost státu, zdraví a životy, veřejný pořádek a bezpečnost apod.) či postavení jednotlivých orgánů moci veřejné.³⁵

Je nesporné, že takové počínání je v evidentním napětí se zásadou zákonnosti, jež je úzce spojena s požadavky právní jistoty a dělby moci, pro právní stát zásadními. *Teorie mimořádného vládnutí* nicméně vzhledem ke svému metodologickému východisku správně upozorňuje, že ačkoli požadavek zákonnosti nepochybně tvoří jeden z klíčových prvků právního státu, nepředstavuje jeho nedotknutelný axiom, a to už proto, že není účelem o sobě, ale slouží jiným cílům, v konečném důsledku zajištění života jednotlivců o určité kvalitě.³⁶ Ať už jej chápeme jako právní pravidlo, nebo právní princip, může v konkrétní situaci ustoupit do pozadí ve vztahu k jiné normě, v prvním případě na základě kolizních pravidel (*lex specialis derogat legi generali*), ve druhém v důsledku poměrování principů a příkazu k jejich optimalizaci.³⁷

Uplatnění moci veřejné v prostoru ústavní mimozákonnosti předpokládá, že dokonce ani text ústavy neposkytuje oporu pro jednání, které se jeví jako nezbytné pro řešení mimořádné situace. Jedná se jinými slovy o již zmíněný případ naléhavého nedostatku ústavních předpisů neboli stavu ústavní nouze a mezery v ústavním zákoně, která tvoří její předmět a jež má být vyplněna při opření se o vůdčí principy a ústřední ideje ústavní úpravy, respektive axiologicko-teleologické pozadí právního řádu jako takového, čímž dojde k potřebnému dotvoření ústavního práva „stále v kategoriích moci ustavené (*pouvoir constitué*)“.³⁸ Je namístě dále akcentovat, že *Teorie mimořádného vládnutí* nesetrvává pouze u organického ústavního práva a tvrdí, že na mezeru v ústavním zákoně můžeme v kontextu nauky o pozitivních závazcích státu usoudit i při východisku z ustanovení, jež zakotvují základní práva a svobody.³⁹ O možných podobách takové mezery byla řeč již výše: úplná absence mimořádných nástrojů pro řešení krizí nebo jejich významná nedostatečnost,⁴⁰ vyřazení příslušného orgánu ze hry atd. Identifikovaná mezera se uzavře tak, že se dovodí potřebná pravomoc orgánu veřejné moci s tím, že bude tvrzeno, že byla v ústavě obsažena implicitně.⁴¹

³⁴ Srov. ibidem, s. 123.

³⁵ Srov. ibidem, s. 126 an.

³⁶ Srov. ibidem, s. 60, 110 a 119.

³⁷ Srov. k tomu ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, s. 75 an.; Dále srov. ČERVÍNEK, Zdeněk. Alexyho teorie proporcionality. *Kritická reflexe. Právník*. 2020, roč. 159, č. 12, s. 905–926; Srov. také MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*, s. 45 an.

³⁸ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 124.

³⁹ Srov. ibidem, s. 127.

⁴⁰ Ibide, s. 126, 176.

⁴¹ Srov. ibidem, s. 128, 131.

Pro adekvátní představení *Teorie mimořádného vládnutí* je důležité zdůraznit, že postup mimo zákon (a tím spíše mimo ústavní zákon) reflektuje v kontextu řešení krize a že jej mj. vzhledem k riziku koncentrace a zneužití moci chápe jako něco zcela mimořádného, co musí být v souladu s vůdčími idejemi ústavních republik. Přípustný je pouze při splnění řady podmínek, které se vztahují jak k jeho předpokladům, tak i průběhu. Vládnutí mimo prostor běžné i ústavní zákonnosti je tak omezeno požadavkem subsidiarity, podle něhož právní řád váže v první řadě textem (ústavního) zákona a postup dle explicitních ustanovení má přednost „[...] před relativně volnou úvahou při vyplňování meze-ry [...]“,⁴² proporcionality, dočasnosti, účelové vázanosti a souladnosti s mezinárodním právem veřejným.⁴³

4. K vybraným aspektům jednání moci veřejné mimo hranice (ústavního) zákona při řešení krizí

Jako východisko pro část, která se zaměřuje na přístup *Teorie mimořádného vládnutí* k postupu moci veřejné mimo zákon v kontextu řešení krizí ve větším detailu, volím pasáž, v níž jsou dle mého soudu nejkompaktněji shrnuty jeho stěžejní prvky.

„Jak jsme uvedli v první části práce, vzhledem k principu předběžné opatrnosti veřejní činitelé (a nejen oni) mají preferovat reakci na mimořádnou situaci i bez čekání na konkrétní zákonnou oporu, byť by se ex post ukázalo, že hrozba nebyla tak vážná a naléhavá, že by znemožňovala přijetí zákona (pozitivní omyl), a to před rizikem negativních důsledků mimořádné situace pro (ústavním) právem standardně chráněné účely a hodnoty, jako jsou lidské životy a zdraví, majetek, životní prostředí nebo veřejný pořádek a bezpečnost (negativní omyl). Negativní omyl totiž bývá spojen s horšími důsledky než omyl pozitivní, a to i pro dodržení (ústavního) práva, resp. pro jeho samotnou roli ve společnosti.“

Pokud jde o naši výchozí otázku, již jsme viděli, že se *Teorie mimořádného vládnutí* k možnosti postupu orgánů veřejné moci mimo zákon v kontextu řešení krizí staví kladně (samozřejmě za předpokladu splnění stanovených podmínek). Jak jsem však nastínil v úvodu, uznáme-li obecnou slučitelnost takového konání s ideou právního státu, vyvstávají další otázky, na něž je namístě podat odpovědi. Je takové jednání např. ospravedlnitelné u všech druhů krizí s ohledem na chráněný objekt a příčiny krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů? Naším základním východiskem musí nesporně být zákaz postupu moci veřejné mimo zákon, ledaže v určitém případě nalezneme principy a argumenty natolik závažné, že v dané situaci převáží význam zásady zákonnosti a ospravedlní mimozákonný postup. Dále je namístě otázka, zda se na konání moci veřejné mimo zákon uplatní v odlišných situacích odlišné nebo stejné nároky, pravidla a standardy atd., např. princip předběžné opatrnosti.⁴⁴

Konkrétně se můžeme např. ptát, zda je jednání nositelů veřejné moci mimo zákon podobně obhajitelné v situaci, kdy je např. pandemií bezprostředně ohroženo veřejné

⁴² Ibidem, s. 129.

⁴³ Srov. ibidem, s. 129. Dále ibidem, s. 197.

⁴⁴ K možné modifikaci testu proporcionality principem předběžné opatrnosti v souvislosti s krizemi srov. ONDŘEJEK, Pavel – HORÁK, Filip. *Proportionality during Times of Crisis*.

zdraví, v právním řádu jsou zakotveny nástroje pro zvládnání pandemií (a tedy lze jen obtížně argumentovat, že by normotvůrce zanedbal svou povinnost vyplývající z ustanovení, jako je např. čl. 1 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky) a příslušný orgán není vyřazen z provozu a „pouze“ odmítá konat (přitom může jít o výsledek jeho vyhodnocení, že situace ještě není natolik vážná, aby bylo namísto postupovat mimo zákon), jako v situaci, kdy po konfrontaci s pandemií vůbec není přijata odpovídající úprava, která je potřebná k tomu, aby stát plnil svou povinnost stanovenou na úrovni ústavního zákona, a nelze doufat, že normotvůrce dostatečně rychle vhodnou regulaci přijme. Parametry můžeme pochopitelně dále různě obměňovat. Za veřejné zdraví a pandemii můžeme dosadit existenci a substanci právního státu a válku nebo povstání, za chybějící regulaci nebo pasivitu orgánu jeho vyřazení z provozu nebo nedostatečnost právní úpravy, sama nedostatečnost může spočívat v úplné absenci potřebné pravomoci (zákon orgánu např. vůbec nesvěřuje pravomoc omezit základní právo, do něhož je třeba zasáhnout za účelem řešení krize) nebo v zásadě toliko technické mezeře, kdy pro naplnění přidělené pravomoci orgán potřebuje další, např. i méně dalekosáhlou, která mu svěřena není.⁴⁵

Pokud jde o objekty, je třeba říci, že jich právní řád chrání celou řadu. V případě mimořádných právních režimů platí, že jsou zacíleny na ochranu statků, jako jsou např. sama existence a substance právního státu, veřejný pořádek a bezpečnost, zdraví a životy obyvatel, majetek, hospodářská stabilita, finanční stabilita, životní prostředí atd.

Dle mého soudu je patrné, že postup moci veřejné mimo zákon je nejobhajitelnější v případě krize, jež bezprostředně ohrožuje objekt, jehož zachování tvoří podmínku ochrany všech ostatních objektů, tedy sám stát v jeho existenci a substanci neboli formě stanovené rozhodnutím ústavodárce, včetně nutných prvků státnosti (obyvatelstvo, území, efektivní řád zajišťující mír na daném teritoriu),⁴⁶ jestliže intenzita jejich ohrožení dosáhne takové úrovně, že představuje nebezpečí pro existenci státu jako takového. Představit si můžeme např. vojenskou invazi cizího státu, občanskou válku, rozsáhlé vnitřní nepokoje, pandemii hrozící vyhubením obyvatelstva, ale hypoteticky i pandemii, která sice o sobě vyhlazením populace nehrozí, avšak platí, že neschopnost státu řešit zákonnou cestou krizi vyvolává tak mimořádnou vlnu nevole na straně občanů, že hrozí rozvrat řádu a je ohrožena jeho substance.

V tomto kontextu lze poukázat na problém zhroucených států a argumentovat, že postup moci veřejné mimo zákon k odvrácení krize lze hájit jako legitimní, pokud by bez něj mohla vést k destrukci státu nebo jím neseného právního řádu.⁴⁷ Není přitom rozhodující, zda je povinnost zachovat existenci a substanci právního státu výslovně uvedena v textu ústavy, neboť ji lze dovodit jako implicitní součást ústavy každého moderního státu.⁴⁸ Spolková rada ve Švýcarsku v souvislosti s úvahami o reglementaci výjimečného stavu a institutu nadpozitivního výjimečného stavu uvedla, že by bylo „[...] nesmyslné lpět na

⁴⁵ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 125 n.

⁴⁶ Ke třem prvkům státnosti srov. JELLINEK, Georg. *Všeobecná státověda*. Praha: Laichter, 1906, s. 412 an.

⁴⁷ Celkově vzato lze souhlasit s Folzem, že vážení existence státu na jedné straně (právního státu) a zásady zákonitosti na straně druhé (právního státu) dává v existenční krizi omezený smysl, neboť destrukce státu nutně znamená také zánik právního státu, pro nějž je tento princip určující. Srov. FOLZ, Hans-Ernst. *Staatsnotstand und Notstandsrecht*, s. 169.

⁴⁸ Srov. BELLING, Vojtěch. *Výjimečný stav a hranice právního státu*, s. 207 an.

osobních právech a svobodách, jestliže by se v důsledku toho rozpadl stát, který je garantuje [...]“.⁴⁹ Tento výrok můžeme pro naše účely reformulovat tak, že by bylo nesmyslné lpět na zásadě zákonnosti, jestliže by se v důsledku toho rozpadl stát, který ji garantuje.

Obhajobu možných kroků moci veřejné mimo zákon lze v případě bezprostředního ohrožení existence a substance právního státu formulovat jako argument transcendentálního typu. Účelem existence právního státu je naplnit určitý okruh úkolů a účelů a zajistit uskutečnění práva. Ať už jsou zmíněné účely dále konkretizovány jakkoli, platí, že nutnou podmínkou jejich naplnění je existence státu (nebo typově obdobné entity). Je-li bezprostředně ohrožen, je legitimní v případě nutnosti míru ochrany některých objektů a principů přiměřeně a v nezbytném rozsahu snížit, aby byl ochráněn ten, jehož zajištění tvoří podmínku možnosti ochrany ostatních. Rozpad státu totiž znamená regres ze *status civilis* do *status naturalis*, v němž ochrana právních statků není garantována a život člověka je, jak to vyjádřil slavně Thomas Hobbes, „osamělý, ubohý, ošklivý, zvířecí a krátký“.⁵⁰ Řečeno slovy dalšího klasika, Jeana-Jacquesa Rousseaua, „posvátnou moc zákonů je možné zastavit [...] tehdy, jedná-li se o spásu vlasti“, neboť v případě existenční krize není „obecná vůle na pochybách a je zřejmé, že prvním záměrem lidu je, aby stát nezahynul.“⁵¹ Z výše uvedeného důvodu je možné pro omezení základních práv a svobod a zásady zákonnosti v nutném rozsahu argumentovat i z pozic, které nezpochybňují jejich význam, ale naopak na ně kladou důraz.⁵²

Jde-li o existenci a substanci právního státu, máme, domnívám se, dobré argumenty pro obhajobu postupu moci veřejné mimo zákon jako *ultima ratio* za předpokladu splnění řady podmínek. V případě ostatních objektů by bylo zajímavé a příhodné provést obdobnou úvahu. *Teorie mimořádného vládnutí* pokládá uplatnění veřejné moci mimo zákon za v principu ospravedlnitelné u širokého okruhu objektů, konkrétně přichází do úvahy „pro (ústavním) právem standardně chráněné účely a hodnoty, jako jsou lidské životy a zdraví, majetek, životní prostředí nebo veřejný pořádek a bezpečnost“.⁵³ Ostatně soustředění se na existenci a substanci právního státu výslovně označuje za „v současnosti již překonané, neboť nebude přesně odpovídat tomu, co považujeme za mimořádnou hrozbu s ohledem na naše životní zkušenosti a systémy praktických informací.“⁵⁴ Jak jsem navíc uvedl výše, v souvislosti s ochranou základních práv a svobod klade důraz také na pozitivní závazky státu a argumentuje,⁵⁵ že konání moci veřejné mimo zákon, dokonce i ústavní zákon, je možné obhájit také za účelem naplnění těchto závazků státu s tím, že se tak může více prospět i lidské svobodě (nejspíše se mívá: v dlouhodobém horizontu).⁵⁶

Potenciálně matoucí je pak vložení slova „ústavním“ do závorky v následující větě: „[...] před rizikem negativních důsledků mimořádné situace pro (ústavním) právem stan-

⁴⁹ Citováno dle STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, II, s. 1345.

⁵⁰ HOBBS, Thomas. *Leviathan, aneb, Látka, forma a moc státu církevního a politického*. Praha: OIKOYMENH, 2009, s. 89; Dále srov. KRÜGER, Herbert. *Allgemeine Staatslehre*, s. 191.

⁵¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O společenské smlouvě aneb zásady politického práva. In: FORTOVÁ, Hana (ed.). *Rozprava o nerovnosti. O společenské smlouvě*. Praha: Karolinum, 2022, s. 280 an.

⁵² Srov. ISENSEE, Josef. Choulostivá světovláda lidských práv. *Církevní dějiny*. 2014, roč. XV, s. 57–82; Dále srov. FICHTE, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. Hamburg: Meiner, 1979, s. 110 an.

⁵³ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 115.

⁵⁴ Ibidem, s. 32. K rozšíření okruhu objektů srov. ibidem, s. 34.

⁵⁵ Srov. ibidem, s. 127 n.

⁵⁶ Srov. ibidem, s. 120.

*dardně chráněné účely a hodnoty [...]“.⁵⁷ Znamená to, že je podle koncepce *Teorie mimořádného vládnutí* možné obhájit postup v rozporu s ústavním principem zákonnosti za účelem ochrany účelů a hodnot stanovených na úrovni běžného zákona, tedy na nižší úrovni v rámci hierarchické výstavby právního řádu?*

Pokud jde o příčiny krize, je příhodné předeslat, že má zpravidla původ ve „vnějším světě“, čímž se v německé právní vědě odlišuje od tzv. „narušení ústavy“ (*Verfassungstörung*),⁵⁸ u něž k nežádoucí škodlivé situaci dochází primárně v důsledku dysfunkce ústavních orgánů. I v případě krizi však nezřídka bude faktorem podílejícím se na vzniku mimořádné situace právní a institucionální nastavení daného řádu a funkčnost jeho orgánů. Ty mohou být, jak jsem uvedl výše, vyřazeny z provozu či (domněle) neplnit své povinnosti dané ústavou (pasivita). Právní řád může obsahovat zjevnou mezeru např. v podobě chybějící regulace v rozporu s plánem daným ústavou (stanoví se, že povinnosti státu je chránit určitý objekt, avšak orgánům moci veřejné se nesvěří nástroje k jeho ochraně v mimořádné situaci, zakotví se institut válečného stavu, avšak neurčí se normativní následky jeho vyhlášení), může ale také nastat případ, že právní úprava je přijata, avšak toliko nedává příslušným orgánům pravomoci, jež se tváří v tvář krizi jeví jako potřebné. Důvodů pro to může být celá řada: může jít o vědomé rozhodnutí normotvůrce, který na základě vážení relevantních hodnot dospěl k závěru, že potřebnou pravomoc odmítá svěřit, což bychom dovedli např. z důvodové zprávy nebo záznamů jednání, může se ale jednat také o nedostatečnost nechtěnou s tím, že na základě argumentace dovedíme rozpor s hodnotovým pozadím právního řádu. Existovat mohou také procesní překážky, např. je potřeba urychleně upravit matérii vyžadující formu zákona, nemáme zakotveny alternativní postupy pro zrychlené schválení změny, standardní legislativní proces by očividně trval příliš dlouho atd.

Teorie mimořádného vládnutí dominantně pracuje s případem, kdy je nějaký orgán vyřazen z provozu, aniž by byl stanoven orgán náhradní,⁵⁹ eventuálně je z objektivních důvodů vyloučeno, aby se včas sešel.⁶⁰ Sice rozhodně neztrácí ze zřetele, že příčiny krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů mohou mít i jiné podoby, které jsem popsal výše, nezdá se však, že by se plasticky zaobírala otázkou, v jaké míře je postup moci veřejné mimo zákon ospravedlnitelný s ohledem na „vnitřní“ příčinu krize. Je přitom patrné, že mimozákonné kroky budou obtížně obhajitelné, jestliže příslušná regulace je normotvůrcem přijata a narazíme na (dílčí) vědomou mezeru v zákoně, obhajitelnější v případě chybějící pravomoci v rozporu s plánem a ještě obhajitelnější, jestliže bude toliko absentovat pravomoc nezbytná pro uplatnění jiné pravomoci, kterou normotvůrce příslušnému orgánu výslovně světil.⁶¹

⁵⁷ *Ibidem*, s. 115.

⁵⁸ K pojmu „narušení ústavy“ srov. HECKEL, Johannes. Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand. Mit besonderer Rücksicht auf das Budgetrecht. *Archiv des öffentlichen Rechts*. 1932, Jhrg. 61, Nr. 3, s. 257–338; HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993, s. 284 an.; KLEIN, Eckart. Funktionsstörungen in der Staatsorganisation. In: ISENSEE, Josef – KIRCHHOF, Paul (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XII. Normativität und Schutz der Verfassung*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, 2014, s. 362–386, zde s. 362 an.

⁵⁹ DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 124, 128.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 125; dále srov. příklad ústavní nouze č. 1: *The Union forever – USA 1861* na s. 132 an.; Srov. rovněž příklad ústavní nouze č. 2: *Moltke ante portas – Francie 1914* na s. 138 an.

⁶¹ K tomuto případu srov. např. DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 125 an.

Celkově vzato se ovšem zdá, že *Teorie mimořádného vládnutí* je ke konání moci veřejné mimo zákon u různých příčin krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů podobně otevřená jako v případě chráněných objektů. Nepochybně je připouští v okamžiku, kdy je příslušný orgán vyřazen z provozu či se nemůže včas sejít nebo absentuje potřebná regulace s ohledem na text ústavy či její ústřední ideje a hodnoty nebo se ukáže jako nedostatečná.⁶² Možnost tohoto jednání ovšem připouští podle všeho také v případě narušení ústavy, ježto jako příklad stavu ústavní nouze uvádí politickou krizi na Kypru v 60. letech 20. století.⁶³ Námi položenou otázkou se nicméně nezaobírá sevřeně na jednom místě a minimálně v jednom případě není její stanovisko zřejmé. Jedná se o situaci, kdy příslušný orgán nepodniká potřebné kroky v (domnělém) rozporu se svou ústavní povinností, čehož se kniha dotýká jen *en passant* v souvislosti s kritikou Donalda Trumpa z pera Kim Lane Scheppele a řešením koronavirové pandemie v USA.⁶⁴ Smí za tohoto předpokladu konat jiný orgán či aktér?

S právě nastíněnými problémy se *Teorie mimořádného vládnutí* vypořádává, nakolik dohlížím, hbitě, elegantně a v jistém ohledu správně odkazem na princip proporcionality, jímž se dá vyřešit mnohé. Klade se však otázka, zda by nebylo namísto konkrétněji nasměrovat aktéry moci výkonné (stále vycházím z představy, že řešení krize ponese na svých bedrech především oni) a představitele moci soudní, u jakých objektů a příčin krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů může při poměrování se zásadou zákonnosti dojít k jejímu převážení a aprobování postupu mimo (ústavní) zákon.

V případě stavu ústavní nouze pak může mást, že *Teorie mimořádného vládnutí* připouští kroky moci veřejné mimo ústavní zákon v případě různých objektů a příčin krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů, ba dokonce v kontextu ochrany základních práv a svobod a pozitivních závazků státu, avšak současně ve smyslu požadavku účelové vázanosti, který má platit pro stav ústavní nouze obecně,⁶⁵ uvádí, že s ohledem „[...] na výše zmíněné typické příklady ústavní nouze [...] bude praktickým užitím požadavku účelové vázanosti povinnost ústavních orgánů směřovat své jednání k co možná nejrychlejšímu obnovení běžného fungování ostatních ústavních orgánů, jejichž činnost byla znemožněna mimořádnou situací.“⁶⁶ Je však nesnadné nahlédnout, jak by konání moci veřejné mimo ústavní zákon za účelem ochrany základního práva nebo svobody mělo (nutně) sledovat jako svůj cíl co možná nejrychlejší „obnovení běžného fungování ostatních ústavních orgánů, jejichž činnost byla znemožněna mimořádnou situací“. Krize totiž může mít na straně právního řádu a funkčnosti orgánů úplně jinou příčinu. Jinak řečeno, může nastat situace, že je zde krize a ústavní orgány jsou plně funkční (jen jim např. chybí určitá pravomoc). Právě řečené platí obdobně pro tvrzení, že „stav ústavní nouze se však musí dotýkat fungování ústavního systému jako takového“,⁶⁷ které se zdá omezovat přípustnost kroků moci veřejné mimo ústavní zákon typicky spíše na existenční krize, případně narušení ústavy.

⁶² „Je totiž velmi dobře představitelné, že ústavní předpisy budou výslovně upravovat pouze takové modely vládnutí, jež z objektivních důvodů nebude možné za mimořádné situace uskutečnit (případně nebudou stačit na potlačení mimořádné situace), přičemž alternativy výslovně v ústavě upraveny nebudou.“ Ibidem, s. 122. Zdůraznil autor; srov. dále ibidem, s. 126 a 176.

⁶³ Ibidem, s. 140.

⁶⁴ Srov. ibidem, s. 58.

⁶⁵ Srov. ibidem, s. 19, 48, 130.

⁶⁶ Ibidem, s. 130.

⁶⁷ Ibidem, s. 124.

Dalším významným prvkem *Teorie mimořádného vládnutí* je vztažení principu předběžné opatrnosti nejen k mimořádnému vládnutí obecně, ale i možnosti řešení krizí mimo zákon, jak je patrné z následujícího vyjádření: „vzhledem k principu předběžné opatrnosti veřejní činitelé (a nejen oni) mají preferovat reakci na mimořádnou situaci i bez čekání na konkrétní zákonnou oporu.“⁶⁸ Tento krok vede k závěru, že vyvstane-li v kontextu mimořádné situace (velmi široce uchopené jak co do ohroženého objektu, tak co do příčin krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů) otázka, zda jsou naplněny předpoklady pro postup moci veřejné mimo zákon, je v pochybnostech namísto touto cestou vykročit, i kdyby se zpětně ukázalo, že naplněny nebyly, neboť, jak tvrdí *Teorie mimořádného vládnutí*, následky negativního omylu jsou menší než omylu pozitivního.⁶⁹

Podobně jako v případě objektů vede k otázkám také vyjádření *Teorie mimořádného vládnutí* týkající se subjektů mimořádného vládnutí, podle něhož „veřejní činitelé (a nejen oni) mají preferovat reakci na mimořádnou situaci i bez čekání na konkrétní zákonnou oporu“. Slova „a nejen oni“ stěží umožňují jiný závěr než ten, že *Teorie mimořádného vládnutí* připouští, aby úkoly státu, tedy neprivátní záležitosti, v krizi postupem mimo zákon řešily i osoby soukromého práva. Tato myšlenka není mj. v kontextu pojmu práva na odpor v principu neobhajitelná,⁷⁰ je však formulována značně obecně, což nastoluje otázku, v případě jakých ohrožených objektů a příčin krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů lze takovéto kroky pokládat za ospravedlnitelné. Je možné tak postupovat paralelně s orgány veřejné moci? Nebo pouze v případě rozkladu veřejné moci či nemožnosti jejího uplatnění včas v daném čase a prostoru? Nebo i tehdy, když příslušný orgán neplní (řáděně) své povinnosti?

Závěr

Třebaže tento text není recenzí *Teorie mimořádného vládnutí*, ale rozpravou nad jedním jejím tématem, pokládám za přípustné a příhodné uvést, že se jedná o kvalitní a zdařilou publikaci s množstvím inspirativních postřehů, která zkoumané téma komplexně uchopila a představuje žádoucí doplnění tuzemského bádání v předmětné oblasti. Ocenit je třeba také uvedení množství konkrétních a ilustrativních příkladů postupů v prostoru běžné, respektive ústavní mimozákonnosti. S řadou pozic, které jsou v ní představeny, se ztotožňuji, např. s odmítnutím extralegalismu, jenž se v akademickém prostředí rozmohl po útocích 11. září 2001, důrazem na vhodnost *ex ante* regulace mimořádných právních režimů, v obecné rovině obhajobou přípustnosti postupu moci veřejné mimo zákon, když stát čelí zcela mimořádným výzvám, akcentací požadavků subsidiarity a proporcionality v souvislosti s mimořádným vládnutím obecně a možným postupem moci veřejné mimo zákon během překonávání krize zvláště atd.

Právě v posledních bodech se však, zdá se mi, nabízí prostor pro další možné rozpracování a zpřesnění zkoumané koncepce, které by poskytlo detailnější vodítko jak pro orgány řešící krizi, tak pro ty, jež jejich konání posuzují z hlediska souladu s právním řádem. Po případném dalším dokreslení kontur stanoviska *Teorie mimořádného vládnutí* v této

⁶⁸ Ibidem, s. 115.

⁶⁹ Ibidem, s. 36.

⁷⁰ K tématu srov. KOLLERT, Lukáš. Právo na odpor v kontextu demokratického právního státu. *Právník*. 2022, roč. 161, č. 10, s. 957–972.

oblasti pak bude možné cíleněji formulovat ať už argumenty polemické, nebo naopak na její podporu.

Domnívám se, že u čtenáře *Teorie mimořádného vládnutí* může jinak, navzdory jednoznačně zdůrazněným požadavkům subsidiarity a proporcionality, vzniknout podezření, že kombinace neuzavřenosti chráněných objektů a příčin krize na straně právního řádu a funkčnosti orgánů na jedné straně a principu předběžné opatrnosti na straně druhé pootevřít dvířka postupu mimo zákon a pomyslné Pandořiny skříňky o něco více, než by bylo obezřetné s ohledem na zájem na dlouhodobém zachování existence a substance právního státu, a to zejména v kontextu dnešního všestranně pečovatelského státu a společnosti s relativně zvýšenou citlivostí vůči riziku, která očekává, že stát zajistí bezpečí v celé řadě oblastí života, zasáhne při narušení esenciálního obsahu nebo podstatných náležitostí chráněného objektu a celkově „se postará“.⁷¹ Upozorňoval-li Alexander Hamilton již na konci 18. století na riziko, že i občané národů kladoucích důraz na svobodu v krizi ve větší než nezbytné míře rádi ustoupí z důrazu na svá práva a svobody výměnou za bezpečnost,⁷² je třeba mít se před ním o to více na pozoru v kontextu státu současnosti. Jestliže by k jednání moci veřejné mimo zákon docházelo s ohledem na zvyšující se nároky na bezpečnost života častěji, hrozilo by riziko sedimentace a institucionalizace, jak uvádí i *Teorie mimořádného vládnutí*.⁷³

Pokud bychom zvolili příliš otevřený přístup k postupu moci veřejné mimo zákon při překonávání mimořádných situací, hrozilo by dále, že by zejména moc výkonná měla sníženou motivaci zajistit přípravu právní úpravy pro krizové situace, třebaže právě na to klade *Teorie mimořádného vládnutí* důraz, neboť díky absenci regulace by byl v okamžiku krize spíše naplněn předpoklad pro postup mimo zákon, a moci výkonné by se tak otevřely dveře pro mnohem flexibilnější a z jistého úhlu pohledu efektivnější řešení krize, byť samozřejmě limitované požadavkem proporcionality. Tím bychom byli připraveni o řadu přínosů zásady zákonnosti a související normotvorby, jako jsou mj. veřejnost a kontradiktornost při stanovování pravidel apod. (vs. zraku veřejnosti méně přístupná politika vlády během krize). *Teorie mimořádného vládnutí* upozorňuje na riziko vychýlení dělby moci ve prospěch moci zákonodárné, pokud by v rámci reakce na mimořádné situace nebylo přípustné postupovat s bezprostřední oporou v ústavním ustanovení bez nutnosti jeho provedení zákonem.⁷⁴ Příliš vstřícné stanovisko ke konání moci veřejné mimo zákon s korektivem proporcionality se však zdá hrozit narušením rovnováhy směrem opačným.

Přestože není namístě identifikovat právní stát s (ryze) formálním dodržováním pravidel,⁷⁵ stále platí, že princip zákonnosti, ač má své limity (zákony mohou být tyranické, zákonodárce může přijímat zákony způsobilé narušit principy právního státu atd.), hraje zásadní roli v zachování právního státu (působení proti nebezpečí svévole a koncentrace moci, zajištění právní jistoty a předvídatelnosti výkonu moci veřejné apod.). S důrazem

⁷¹ Viz k tomu ostatně DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 32.

⁷² Srov. HAMILTON, Alexander. Federalista č. 8. In: HAMILTON, Alexander – JAY, John – MADISON, James. *Listy federalistů. Soubor esejí psaných na podporu nové Ústavy předložené federálním shromážděním 17. září 1787*. Olomouc: Vydavatelství Univerzity Palackého v Olomouci, 1994, s. 61–64, zde s. 62.

⁷³ Srov. DIENSTBIER, Jakub. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 156.

⁷⁴ Srov. ibidem, s. 110.

⁷⁵ Ibidem, s. 116.

Teorie mimořádného vládnutí na právní étos a rozvinuté instituce lze jistě souhlasit,⁷⁶ jde však o běh na dlouhou trať a něco, co se buduje i díky respektu k zásadě zákonnosti. V kontextu dnešního pečovatelského státu a společnosti se zvýšenou citlivostí vůči riziku je např. otázkou, zda princip předběžné opatrnosti vztahovat k možnosti postupu moci veřejné mimo zákon u celé řady chráněných objektů, nebo jen některých, privilegovaných, konkrétně zejména existence a substance právního státu z výše uvedených důvodů, respektive zda není zpravidla vhodný větší důraz na zákonnost a zdrženlivost, aby postup moci veřejné mimo zákon zůstal událostí skutečně výjimečnou (přitom není třeba formulovat závěr, že je přípustný buď jen pro ochranu existence a substance právního státu, nebo všech chráněných objektů: *tertium datur*).

Konečně je namístě se ptát, zda lze v našem kontextu skutečně s takovou mírou jistoty tvrdit, že důsledky negativního omylu jsou z hlediska všech relevantních oblastí horší než omylu pozitivního. Tento v zásadě jediný argument ve prospěch aplikace principu předběžné opatrnosti není blíže rozebrán a objasněn a je toliko podepřen odkazem na text Tomáše Sobka,⁷⁷ kde ovšem bližší a rigorózní odůvodnění hledáme opět marně. V ideálním světě, v němž by se po „utáhnutí šroubů“ v reakci na krizi dostatečně často skutečně prováděla důsledná a kritická analýza trvajících přiměřenosti opatření opřená o robustní soubor dat z různých relevantních oblastí, by tomu tak snad mohlo být. Ve světě omezeného času a zdrojů tomu tak však být rozhodně nemusí a dopady v jiných sférách mohou být významné. Je tak otázkou, zda ve věci postupu moci veřejné mimo zákon k principu předběžné opatrnosti nepřístupovat opatrněji.

⁷⁶ Srov. k tomu *ibidem*, s. 120.

⁷⁷ Srov. SOBEK, Tomáš. Jaké to je být odepsaný. In: ŠEJVL, Michal – AGHA, Petr – SOBEK, Tomáš – KOKEŠOVÁ, Jana – ČERNÝ, David. *Vítězové a poražení. Právní a etické problémy současné koronakrize*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2020, s. 35–43, zde s. 40 an.

Law and Crisis. A Discussion on the Possibilities of Exercising Public Power Outside the Law in Emergencies

Lukáš Kollert (<https://orcid.org/0000-0002-7135-0353>)

Abstract: In this paper, I enter into discussion with Theory of Emergency Governance by Jakub Dienstbier and examine whether in exceptional cases public officials may proceed outside the law (as revealed through commonly used methods of legal interpretation) in the context of crisis resolution. Subsequently, I focus on other related topics, e.g. in what types of emergencies, depending on the endangered value and the cause of the crisis on the part of the legal order and public authorities (competent authority can be paralysed or passive, absented regulation as well as allegedly insufficient powers can correspond to the intention of the legislator or be at odds with the values of the constitution, etc.), can the employment of public power outside the law be justified. I also ask whether the precautionary principle ought to be applied in this area and according to what principles public power should be exercised outside the law in various types of crises.

Keywords: rule of law, crisis resolution, emergency governance, legal gap, exercising public power outside the law