

Autorova reakce: Mimořádné vládnutí na pozadí ústavní teorie

Jakub Dienstbier*

Abstrakt: Článek představuje odpověď autora monografie *Teorie mimořádného vládnutí* (Dienstbier, J., Wolters Kluwer, 2024) na komentáře v rámci zvláštního čísla časopisu *Právník* věnovanému knize. Článek se postupně věnuje analýze aplikace komplexního modelu odpovědnosti, přičemž poukazuje na potřebu zaměřit se na institucionální zakotvení režimu mimořádného vládnutí, jakož i na rozvoj vzdělání a profesní etiky u decisních aktérů a jejich personálu. Dále upozorňuje na možnost převrácení korelativního vztahu mezi mocí a odpovědností, potenciálně umožňující značné posílení především vrcholné exekutivy. Následně se věnuje rozboru problematiky právnosti mimořádného vládnutí, kde vysvětluje teze vznesené v knize týkající se dotváření ústavy za stavu ústavní nouze. Ve třetí části reaguje na tezi o smíšeném charakteru modifikovaného testu proporcionality, přesahujícího v knize zavedené modely mimořádného vládnutí, kterou problematizuje s ohledem na možné chápání odklonu modifikovaného testu proporcionality od principu *in dubio pro libertate* jako změny paradigmatu, a tudíž i identity testu. V poslední části pak kritizuje užívání klimatické krize jako důvodu pro uplatnění mimořádného vládnutí a volá spíše po adaptaci řádného ústavního režimu.

Klíčová slova: ústava, ústavní právo, ústavní teorie, mimořádné vládnutí, mimořádné stavy, odpovědnost, legalita, proporcionalita

Úvod

Mimořádnému vládnutí se věnuji od roku 2016, kdy jsem jako student druhého ročníku magisterského studia práv vystoupil na výjezdním semináři katedry ústavního práva pražské právnické fakulty s příspěvkem na téma *Mimořádné situace a stavy v ústavní historii*.¹ Od té doby na mě směřovalo mnoho dotazů, jejichž podstata byla ale vždy tatáž: proč se věnuji tak obskurnímu a neužitečnému tématu? Naposledy jsem takový dotaz obdržel na konferenci v prosinci 2019 s poznámkou, že „nouzové stavy – ty se nikdy nepoužijí“. V podstatě za tři měsíce poté došlo k vyhlášení nouzového stavu z důvodu koronavirové pandemie, jež se opakovalo ještě několikrát. Započítáme-li i pozdější aktivaci nouzového stavu z důvodu migrační vlny v souvislosti s válkou na Ukrajině, zjistíme, že jsme v mimořádném ústavním režimu od oné konference dodnes (červen 2025) žili více než jeden rok čistého času. Bohužel se tedy z teoreticky velmi zajímavého a náročného, ale neprobádaného tématu (což byl důvod mého zájmu) stala žitá (ústavně)právní realita, přičemž aktuální vývoj bezpečnostní situace ve světě příliš nesvědčí o tom, že by tematika mimořádného vládnutí měla zůstat pouze v akademických pracích.

* JUDr. Jakub Dienstbier, Ph.D., katedra ústavního práva, Právnická fakulta Univerzity Karlovy. E-mail: dienstbierj@prf.cuni.cz. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4284-3159>. Scopus ID: 57247156600. ResearcherID: HMD-7233-2023. Autor též působí v Kanceláři prezidenta republiky; článek však nevyjadřuje postoj ani této instituce, ani prezidenta republiky. Tato práce byla podpořena programem *Univerzitní výzkumná centra UK č. UNCE24/SSH/39 (Univerzitní centrum pro konfliktní a post-konfliktní studia)*. Za kritické přečtení autor děkuje Filipu Jelínkovi.

¹ Viz DIENSTBIER, J. *Mimořádné situace a stavy v ústavní historii*. In: WINTR, J. – ANTOŠ, M. (eds.). *Vybrané problémy ústavního práva v historické perspektivě*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2016. Dostupné z: <https://wintr.cz/images/sborniky/sbornik2016b.pdf>.

Proto když píší tyto řádky, mám poněkud rozporuplné pocity. Na jednu stranu považuji za velkou poctu, že se v časopise *Právník* sešli čtyři komentátoři k rozboru právě mé druhé knihy,² která je zároveň i mou disertační prací. Za jejich užitečné poznámky i erudované výtky bych chtěl velmi poděkovat. Zvláštní dík pak patří Janu Gérykovi, z jehož hlavy tento nápad pochází. Na druhou stranu se ale chťe nechtě nemohu ubránit pocitu, že tento zájem o problematiku ústavního zajišťování bezpečnosti za mimořádných situací je alespoň zčásti způsoben i smutnými prožitky včerejška a obavami o podobu zítřka. To už je ale asi riziko povolání.

Nyní však už k těžišti tohoto rozsahem i ambicemi omezeného příspěvku, jímž je reakce na publikované komentáře. Po jejich přečtení mám za to, že jejich obsahem není ani tak zásadně zpochybnit hlavní teze a závěry knihy, nýbrž spíše vybídnout k tomu, abychom na některé otázky nahlíželi i z jiné perspektivy. Toho se přidržím i já; ve svém příspěvku tak budu reagovat ne ani tak „obranou“ své knihy, jako spíš rozvinutím úvah jednotlivých komentátorů s ohledem mj. na to, o čem od obhájení disertační práce přemýšlím a o čem snad ještě něco i napíši. Doufám též, že mi specifický formát tohoto příspěvku umožní i mnohdy spíše úvahovou podobu některých částí textu; snad mi to nebude kladeno příliš k tíži. Má reakce je rozdělena do čtyř částí. V první části se věnuji možným vztahům mezi odpovědností a mocí, které ve svém příspěvku nastínil Maxim Tomoszek. Dovožuji, že aplikace komplexního modelu odpovědnosti vyžaduje zaměření se na institucionální zakotvení režimu mimořádného vládnutí, jakož i na rozvoj vzdělání a profesní etiky u decisních aktérů a jejich personálu. Nadto upozorňuji na možnost převrácení korelativního vztahu mezi mocí a odpovědností, potenciálně umožňující značné posílení především vrcholné exekutivy. Ve druhé části odpovídám na otázky vznesené Maximem Tomoszkem a Lukášem Kollertem týkající se legality mimořádného vládnutí. Ve třetí části reaguji na zpochybnění mnou prezentovaných modelů mimořádného vládnutí Pavlem Ondřejkem za využití principu proporcionality. Jeho tezi o smíšeném charakteru modifikovaného testu proporcionality, přesahujícího dichotomie dualismu a monismu, respektive *ex ante* a *ex post* pohledu, problematizuji s ohledem na možné chápání odklonu modifikovaného testu proporcionality od principu *in dubio pro libertate* jako změny paradigmatu, a tudíž i identity testu. Nadto ani časový rozměr testu proporcionality nemusí jednoznačně svědčit o tom, že se proporcionalita vzpírá prezentované klasifikaci modelů mimořádného vládnutí. Příspěvku Jana Géryka se pak věnuji především ve čtvrté části, kde, s ohledem na abstraktnost a kontextové přesahy jeho úvah, vybízím k nahlédnutí za hranice „ryzí“ teorie mimořádného vládnutí.

1. Moc a odpovědnost: oboustranný vztah?

Maxim Tomoszek ve svém promyšleném článku reaguje na fakt, že problém odpovědnosti není v mé knize zpracován komplexně, nýbrž pouze probleskuje při analýze jednotlivých dílčích otázek mimořádného vládnutí. To je jistě pravda; jeho příspěvek je proto cenným doplněním, ale i nastíněním prostoru pro další rozpracování teorie mimořádného vládnutí. Ani zdaleka se nechci pustit do rozvedení jím uváděných teoretických rozborů poj-

² DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2024. Dostupné z: <https://hdl.handle.net/20.500.14178/2573>.

mu odpovědnosti; rád bych však některé jím prezentované myšlenky a závěry týkající se odpovědnosti v poměrech mimořádného vládnutí doplnil o své úvahy.

V úvodu Tomoszek konceptualizuje pojem odpovědnosti jako korelát pojmu moci, přičemž postuluje přímou úměru: čím více svěřené moci, tím více s ní spojené odpovědnosti. Tato úvaha není v naší nauce ničím novým; pravidelně se jí argumentuje při interpretaci postavení prezidenta republiky dle ústavního pořádku, ovšem v opačném gardu: není-li odpovědnost (dle čl. 54 odst. 3 Ústavy), nemůže být ani moc, a proto, přinejmenším při sporu o obsah a rozsah kontrasignovaných pravomocí včetně prostoru pro prezidentovo autonomní uvážení při jejich výkonu, má hrát prim vůle odpovědné vlády.³ Ponechme však rozbor této konkrétní argumentace nyní stranou; jednak neřešíme ústavní pořádek, nýbrž ústavní teorii, jednak neřešíme korelativitu v modu menší (odpovědnost/moc) – menší (odpovědnost/moc), ale naopak větší – větší.

V tomto ohledu se nám nabízí přemýšlení o korelativitě moci a odpovědnosti ve dvou variantách. První z nich je Tomoszkem uvedený poměr „větší moc má vést ke větší odpovědnosti“. Tuto úvahu dává do souvislosti s kulturou (teorií) ospravedlnění – každé uplatnění veřejné moci je třeba vůči subjektům přesvědčivě zdůvodnit, přičemž podmínky, za nichž je mimořádné vládnutí často podnikáno (větší nejistota), má vést ke zdůvodnění podrobnějšímu. Podle mého soudu má první varianta svou relevanci především ve třech rovinách.

V prvé řadě má ovlivnit ústavodárce, respektive zákonodárce k učinění právně-politické volby stran zakotvení příslušného modelu mimořádného vládnutí. Lze totiž mít za to, že některé modely mohou naplňovat požadavky kultury ospravedlnění spíše více než modely jiné. Především je to případ monistických *ex post* modelů;⁴ tím, že se z ústavně-právního hlediska odehrávají za nezměněné situace, ponechávají alespoň teoreticky v platnosti povinnosti odůvodnit přijímanou *ad hoc* legislativu v důvodové zprávě a parlamentní rozpravě nebo v odůvodnění příslušného správního či soudního rozhodnutí při interpretačním přizpůsobení za použití standardních metod nalézání práva. Historické i nedávné zkušenosti s řešením mimořádných situací však i zde velí k ostražitosti. Jak uvádím ve své práci, v praxi se velmi často této možnosti nevyužívá a povinnost k odůvodnění je splněna jen ryze formálně, pokud vůbec. Je proto třeba přizpůsobit institucionální strukturu veřejné moci pro mimořádné situace tak, aby působila na všechny složky veřejné moci tlakem vedoucím ke zdůvodňování.⁵ Toho však lze dosáhnout i u jiných modelů, především u dualistických *ex ante* modelů;⁶ ostatně Tomoszek k této úvaze tak trochu vybízí svou úvahou o třetí úrovni kompetencí, již chápu jako v podstatě ústavní diktaturu vybavenou robustnějšími kontrolními mechanismy než ve Francii, Irsku či ve

³ Viz KYSELA, J. *Ústava mezi právem a politikou: Úvod do ústavní teorie*. Praha: Leges, 2014, s. 312 (s odkazy na stanoviska Weyra a Krejčího).

⁴ Jde o modely mimořádného vládnutí, které jsou vytvářeny až po vypuknutí mimořádné situace, přičemž zásadně nevybočují z běžného způsobu vládnutí (nevytváří specifický režim vládnutí). Viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 173 an.

⁵ Nelze opomenout, že zejména ve vztahu k soudům musí tento tlak na (přesvědčivost) zdůvodňování vyvíjet i právní akademie; jako v podstatě jediná totiž může kritizovat jednání soudů bez podezření na politické (ekonomické atp.) ovlivňování soudcovské nezávislosti.

⁶ Jde o modely mimořádného vládnutí, které jsou vytvořeny (připraveny) ještě před vypuknutím mimořádné situace, přičemž pro mimořádné vládnutí vytvářejí specifický ústavní režim vládnutí. Viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 170 an.

výmarském Německu.⁷ Mám tak za to, že má doporučení stran výběru vhodných modelů pro různé druhy mimořádných situací stále platí.

Kromě vlivu kultury ospravedlnění na výběr a podobu modelu mimořádného vládnutí má první varianta vztahu moci a odpovědnosti význam i pro podobu soudního přezkumu. V tomto ohledu se jako velmi inspirativní jeví především Vyhnánkův návrh na příklon k poloprocesnímu přezkumu.⁸ K této podobě soudní kontroly exekutivy se ostatně, opřen však o výslovné ustanovení pandemického zákona,⁹ v podstatě uchýlil Nejvyšší správní soud v době covidové pandemie.¹⁰ Považuji však v této souvislosti za nezbytné uvést poznámku o institucionálním rozměru věci. Jakkoliv má poloprocesní přezkum sladit potřebu deference vůči politickým složkám veřejné moci (za mimořádného vládnutí zvláště vůči exekutivě) s potřebou zajistit legitimitu intenzivnímu uplatňování veřejné moci především ve sféře osob (zejména většímu omezování základních práv), může tuto rovnováhu vychýlit v zásadní neprospěch deference. Kladení zvláštního důrazu na náležité odůvodňování jednotlivých veřejnomocenských aktů včetně sběru a vyhodnocení empirických dat vyžaduje po decisních aktérech, aby měli k dispozici odborný personál v patřičném počtu a vybavený patřičnými zdroji. Považuji však za notoriu, že v naší společnosti dlouhodobě převažují spíše negativní postoje vůči státní administrativě s odkazy na její tvrzenou přebujelost a neefektivitu, neschopnost získat a udržet (!) schopné a erudované odborníky pro státní službu atd. Jakkoliv tedy prosazení poloprocesního přezkumu za mimořádné situace, respektive i mimo ni, může vést ke vzniku povinnosti (pozitivního závazku) státu mít kvalitní a dostatečně početný odborný personál způsobilý dostát požadavkům kultury ospravedlnění, společenské podmínky realizaci této povinnosti dost možná neumožní.

V neposlední řadě je třeba se zamyslet nad tím, jak konkrétně se má kultura ospravedlnění projevit ve zdůvodňování jednotlivých kroků především exekutivy při podnikání mimořádného vládnutí, respektive obecněji v záležitostech bezpečnostní politiky. Na první pohled se totiž zdá, že nejlépe jí vyhovuje maximalizace transparentnosti veřejné moci. Ta je však v záležitostech ryzího vládnutí (tj. klasicky v rozhodování o bezpečnostně-politických otázkách) velmi problematická, a to nejen ve vztahu k vyzrazení životně důležitých informací (potenciálnímu) protivníkovi.

Jak uvádí kupříkladu Schliesky, je třeba si uvědomit, že plná transparentnost nejen že není požadavkem demokratického právního státu, nýbrž naopak představuje ohrožení reprezentativní demokracie a samotné schopnosti státu řešit ve veřejném zájmu společenské problémy a výzvy.¹¹ Vládě¹² prostě také musí být umožněno vládnout, má-li býti za stav společnosti volána k odpovědnosti. Vedle možné paralýzy veřejné moci mohou

⁷ Srov. Tomoszkovu poznámku o požadavku na „přísný procesní postup“.

⁸ Srov. VYHNÁNEK, L. Poloprocesní přezkum a tlak na zvyšování kvality normotvorby. In: BENÁK, J. – FILIP, J. – ŠIMÍČEK, V. (eds.). *Pocita Janu Svatoňovi k 70. narozeninám*. Brno: Masarykova univerzita, 2022, s. 151–161; VYHNÁNEK, L. a kol. The Dynamics of Proportionality: Constitutional Courts and the Review of COVID-19 Regulations. *German Law Journal*. 2024, roč. 25, č. 3.

⁹ Viz § 3 odst. 2 zákona č. 94/2021 Sb. v původním znění.

¹⁰ Srov. ONDŘEJEK, P. Analýza judikatury Nejvyššího správního soudu týkající se požadavků na odůvodnění opatření podle tzv. pandemického zákona. *Acta Universitatis Carolinae: Iuridica*. 2024, roč. 70, č. 3.

¹¹ Srov. SCHLIESKY, U. In: BADDENHAUSEN, H. – BLUM, P. – BROCKER, L. – CANCEK, P. – EWER, W. et al. *Parlamentsrecht: Praxishandbuch*. Baden-Baden: Nomos, 2016, s. 229–230.

¹² Nikoliv pouze ve smyslu vrcholného orgánu výkonné moci.

totiž požadavky na maximalizaci transparence vést k její ovladatelnosti, respektive k ovládnutí ze strany organizovaných zájmových (vlivových) skupin či dostatečně hlasitými¹³ částmi populace.¹⁴

Způsobilst a schopnost (možnost) orgánů veřejné moci vládnout, mají-li být odpovědní, nás přivádí k druhé variantě korelativity moci a odpovědnosti. Vztah větší moci vedoucí k větší odpovědnosti lze totiž i převrátit, a to v podobě poměru „větší odpovědnost má vést k větší moci“. Jakkoliv Tomoszek tuto variantu ve svém rozboru výslovně nepojmenovává, uvádí následující: „[a]ktér, který se ujme řešení mimořádné situace, přebírá tuto roli s vědomím, že je odpovědný za výsledky mimořádného vládnutí, i když řadu relevantních faktorů nemůže ovlivnit nebo závisí na činnosti jiných aktérů.“ Tím se však vyvolává otázka, co takové ujetí se řešením s vědomím odpovědnosti za výsledek znamená.

Právě v teorii a praxi mimořádného vládnutí totiž přesně na této tezi, v podstatě rozvíjející odpovědnost plynoucí z role (*role-responsibility*) do mocenských důsledků, spočívají moderní teorie prerogativy, především „model“ *Extra-Legal Measures*.¹⁵ Nejde ale jen o mimořádné vládnutí; lze totiž na několika příkladech demonstrovat¹⁶ obecnou snahu především exekutivních orgánů¹⁷ rozšiřovat své kompetence, tudíž i mocenské postavení v ústavním systému, právě s ohledem na svou roli a z ní plynoucí odpovědnosti. Náznaky využití odpovědnosti plynoucí z role jsme v době koronavirové pandemie mohli ostatně pozorovat i u nás.¹⁸

Tuto variantu považují za potenciálně nebezpečnou. Vytváří totiž prostor pro uchopení moci bez právního základu, respektive bez ohledu na limity dané systémem vzájemné kontroly ústavních orgánů. Jakkoliv se patrně nelze vyhnout takto dovozeným subsidiárním kompetencím, je třeba být velmi opatrný při argumentaci aplikující odpovědnost plynoucí z role na ústavní rozdělení moci. Zkušenosti totiž ukazují, že kompetence takto dovozené za mimořádné situace mají tendenci se normalizovat.¹⁹ Blíže se však k této problematice dostaneme v části druhé.

Dovozování mocenských důsledků odpovědnosti plynoucí z role představuje riziko ještě v jiném ohledu. V dnešní době, vyznačující se mj. soustředěním se na krátkodobé cíle a permanentním spoléháním se vrcholných politiků na průzkumy veřejného mínění,²⁰ se značná část legitimity vládnutí nečerpá ze souladu s normativně-hodnotovým řádem, nýbrž z performance aktivity zdárně komunikované veřejnosti.²¹ Důraz, který společnost dává na odpovědnost plynoucí z role, oproti právní odpovědnosti (*liability-responsibility*), přináší pobídku pro veřejné činitele, aby jednali (tj. vykonávali politickou moc) přehnaně, afektivně, „silácky“, bez ohledu na normativně-institucionální limity, s cílem dodat si

¹³ Ať už skutečně, nebo v online prostředí sociálních sítí.

¹⁴ SCHLIESKY, U. In: BADDENHAUSEN, H. – BLUM, P. – BROCKER, L. – CANCIK, P. – EWER, W. et al. *Parlamentsrecht: Praxishandbuch*, s. 230; KYSELA, J. *Dělba moci v kontextu věcného hledání dobré vlády*. Praha: Leges, 2019, s. 31–32 (s odkazy na práce Fukuyamy, Zakariya a Loughlina).

¹⁵ Viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 138 an.

¹⁶ Kupříkladu jde o teorii správcovství nebo o teorii inherentních pravomocí. Viz *ibidem*, s. 129 an.

¹⁷ Ale nejen jich – může jít i o soudy. Srov. DERKA, V. – HORÁK, F. – DIENSTBIER, J. Ústavní soud je soudním orgánem ochrany ústavnosti. Ale co to znamená? *Právník*. 2021, roč. 160, č. 11, s. 943 an.

¹⁸ Viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 141 an (jde konkrétně o vyjádření předsedy vlády Andreje Babiše).

¹⁹ *Ibidem*, s. 37 an., 135–136.

²⁰ Srov. ACKERMAN, B. *The Decline and Fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, s. 43.

²¹ Srov. LAZAR, N. C. What is the State of Exception? In: GERSTLE, G. – ISAAC, J. (eds.). *States of Exception in American History*. Chicago: Chicago University Press, 2020, s. 32–34.

legitimity (či ji obnovit),²² a to i pro činnost mimo mimořádnou situaci. Na krizové rámování diskurzu jako důvodu pro vylepšení své (mocensko-legitimizační) situace ostatně odkazuje ve svém příspěvku i Jan Géryk.

Tomoszkovu tezi lze však chápat i jinak, a sice že od každého veřejného činitele na rozhodujících místech automaticky očekáváme, že zároveň s povoláním do veřejné funkce se z povahy věci k této odpovědnosti hlásí. V takovém případě mám však dojem, že se tento závěr míjí s politickou realitou, přinejmenším na nižších stupních krizového řízení, které jsou (alespoň podle české krizové legislativy) pro zvládnutí mimořádné situace zcela klíčové.²³ Takto chápané důsledky odpovědnosti z role by si vyžádaly zásadní přeměnu nejen tuzemské právní úpravy, ale i institucionální struktury krizového řízení.

Co nám tedy ze stručného rozboru možných vztahů úměry mezi mocí a odpovědností vyplývá? Po mém soudu je třeba se zaměřit na decisní aktéry, a to v rovině institucionální i personální. Institucionálně jde o volbu a provedení takového modelu mimořádného vládnutí, který umožňuje deliberaci, nutí k předkládání důvodů, alespoň uvnitř státního mechanismu mezi různými aktéry z různých složek moci. Jinými slovy, jde o otázku, jakou moc a odpovědnost (z role a z kompetence) komu přiznáme. V tomto ohledu myslím, že je ku prospěchu věci přemýšlet o institucionálním (ústavním) designu kreativně. Kultuře ospravedlnění může napomoci zřizování různých stálých i epizodních institucí. Pokud jde o stálé instituce, nabízí se především konstruování orgánů čtvrté moci. Jakkoliv jsem byl ve své knize poměrně skeptický k jejich zřizování a působnosti v oblasti mimořádného vládnutí,²⁴ svůj postoj jsem postupně přehodnotil. Mám za to, že orgán čtvrté moci může dobře posloužit ve dvou oblastech – pro identifikaci mimořádné situace a rozhodnutí o vstupu do mimořádného režimu a o výstupu z něj, a pro poskytnutí odborného zázemí pro problematiku mimořádného vládnutí, zajišťujícího funkce v oblasti výzkumu a vzdělávání, přenosu know-how a nezávislého monitoringu přípravy na mimořádné situace.

Zásadní význam však mohou sehrát i epizodní instituce,²⁵ zejména pak různé auditní či vyšetřovací komise (*commissions of inquiry*), zřizované *ad hoc* jak pro analýzu nástrojů mimořádného vládnutí (či obecně zajišťování bezpečnosti) a doporučení k jejich změně,²⁶ tak pro zhodnocení výsledků mimořádného vládnutí (řešení mimořádné situace).²⁷ Napadají mě především dvě výhody takových epizodních institucí. Zaprvé, umožňují doplnit mnohdy (z různých důvodů) neefektivní vyvozování ryze právní odpovědnosti ze strany veřejných žalobců a soudů o realizaci jiných druhů odpovědnosti, tj. odpovědnosti z role a za následek/výsledek. Navíc pokud se zakotví či normalizuje jejich povinnost je zřizovat, povede to k prospektivnímu vlivu odpovědnosti na činnost decisních aktérů. Zadruhé, umožní alespoň částečně obejít legitimizační negativa vyplývající z nedůvěry ke stálým

²² Ibidem, s. 34.

²³ Viz např. § 14, 14a, 18, 19, 21, 21a, 22 a další krizového zákona (č. 240/2000 Sb.).

²⁴ Viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 193–194.

²⁵ Viz VERMEULE, A. *Intermittent institutions. Politics, Philosophy & Economics*. 2011, Vol. 10, No. 4.

²⁶ Viz v této oblasti např. Audit národní bezpečnosti z roku 2016, který na popud Ministerstva vnitra vypracoval expertní tým. Audit je dostupný zde: <https://vlada.gov.cz/assets/media-centrum/aktualne/Audit-narodni-bezpecnosti-20161201.pdf>.

²⁷ Viz například tzv. Agranatovu vyšetřovací komisi, která byla v letech 1973–1975 pověřena vyšetřit důvody nepřipravenosti Izraele na jomkipurskou válku. Její závěry vedly mj. k personálním změnám na nejvyšších postech izraelské armády a vojenské rozvědky.

institucím.²⁸ V jistém smyslu totiž epizodní instituce nenáleží do běžného státního mechanismu, kterému část společnosti může přisuzovat různé negativní charakteristiky, a proto nemusí být od začátku „poskvřena“ nedůvěrou či odporem. Zároveň se vyznačují velkou variabilitou svého složení; tím, že se do ní pozvou osobnosti těšící se u převážné většiny společnosti důvěry, ale i zástupci opozice, potenciální whistlebloweři či reprezentanti antiestablishmentových společenských proudů, lze alespoň napomoci posílení důvěryhodnosti státu (veřejné moci), a tím i zvýšit jeho legitimitu a legitimitu mimořádného vládnutí.²⁹ I v tomto ohledu mohou epizodní instituce, a to zřizované nejen na celostátní úrovni,³⁰ přispět k naplňování Gérykem zmiňované koncepce reflexivního práva.

Z personálního hlediska je třeba pracovat na vzdělávání a rozvoji státnicko-profesionálního étosu decisních aktérů a jejich odborného personálu. V této souvislosti se jako velmi inspirativní jeví publikované zkušenosti bývalého primátora hl. města Prahy Tomáše Hudečka s krizovým řízením během povodní v roce 2013. Podle jeho vzpomínek je klíčovým problémem nastavení krizového řízení u nás fakt, že v něm zásadní roli hrají představitelé územních samospráv (viz výše), kteří však na tuto úlohu nejsou nijak školeni a trénováni a z pochopitelných důvodů³¹ o tuto oblast nejeví příliš zájmu; navrhuje proto vytvoření systému obligatorního vzdělávání.³² Dodáním potřebného vzdělání a rozvojem potřebných dovedností se však personální stránka nevyčerpává. Jak jsem nastínil na různých místech své knihy, především pak v exkurzu o roli státnictví, je třeba vytvořit podmínky pro rozvíjení profesněetického étosu jak u vrcholných politiků, tak i (dost možná zvláště) u osob ve státní službě, tedy na rozvíjení odpovědnosti jako ctnosti. Bez ní se totiž mocenské důsledky odpovědnosti z role, jak uvádím shora, mohou vymknout jakékoliv kontrole.

2. Právnost vs. striktní zákonnost

Tomoszkovy úvahy o odpovědnosti se však ani zdaleka netýkají jen odpovědnosti plynoucí z role a odpovědnosti za výsledky či následky. V jeho aplikaci komplexního pojetí odpovědnosti důležitou roli hraje i klasická právní odpovědnost; několik důležitých pasáží jeho článku je tak věnováno otázce zákonné úpravy mimořádného vládnutí a zajištění toho, že decisní aktéři budou jednat v souladu s ní. Tím se jeho úvahy potkávají s článkem Lukáše Kollerta věnovanému právě otázce právnosti mimořádného vládnutí. Mám za to, že v obou příspěvcích lze v této oblasti identifikovat tři hlavní okruhy témat: 1) otázka zajištění prospektivního působení odpovědnosti, tj. shody činnosti veřejných orgánů s právem, 2) specifickému působení výhrady zákona především v českém prostředí, 3) možnosti odchýlení se od ústavního textu při nečinnosti ústavního orgánu.

²⁸ Srov. VERMEULE, A. *Intermittent institutions*, s. 426–429.

²⁹ Srov. POSNER, E. A. – VERMEULE, A. *The executive unbound: After the Madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2013, s. 139–146.

³⁰ Jak plyne kupříkladu z kulatého stolu prezidenta republiky k připravenosti a odolnosti, bezpečnostní komunita, místní samospráva i neziskový sektor volají po bližší spolupráci, propojování a koordinaci. Viz Prezident Petr Pavel na Pražském hradě pokračoval v debatě na téma připravenosti a odolnosti. In: *Pražský hrad* [online]. 7. 5. 2025 [cit. 2025-06-24]. Dostupné z: <https://www.hrad.cz/cs/pro-media/tiskove-zpravy/aktualni-tiskove-zpravy/kulaty-18540>.

³¹ Např. jde o vliv politického cyklu: mimořádná situace nemusí během jejich funkčního období nastat, proto pro (lokální i celostátní) politiky nemusí dávat smysl se jí intenzivněji věnovat.

³² Srov. HUDEČEK, T. *Řízení a správa města. Kniha třetí*. Praha: IPR, 2019, s. 365–366.

K první otázce Tomoszek uvádí, že je vždy lepší se následnému uplatnění právní odpovědnosti (v podobě odsouzení a výkonu trestu, náhrady újmy atd.) vyhnout, respektive učinit kroky pro to, aby ke vzniku právní odpovědnosti nedošlo, protože systémové pojistky zapůsobily prospektivně. S tím zcela souhlasím. Jak uvádím na několika místech své knihy, zcela klíčovou roli pro dodržení požadavků právnosti zde hraje náležitý institucionální mechanismus. Z tohoto důvodu jsem věnoval závěru třetí části své knihy značnou pozornost doporučením pro normativně-institucionální zakotvení patřičného způsobu mimořádného vládnutí. Právě proto důraz na vtažení všech složek veřejné moci i občanské společnosti, právě proto snaha umožnit deliberaci při slyšení opozičních hlasů, právě proto poukázání na význam administrativního aparátu legislativy i exekutivy. Právě posledně zmíněný význam považuji za čím dál podstatnější. Jak uvádím v pasáži o vlivu institucionálního bytí práva na mimořádnost mimořádného vládnutí,³³ podstatnou roli sehrává příslušná kultura legality v dané komunitě. Pokusím se to vysvětlit na srovnání amerického a českého přístupu k právní argumentaci v oblasti zajišťování bezpečnosti. Ve Spojených státech je naprosto běžnou právně argumentační praktikou poukazovat na mimořádně vágní ustanovení ústavy (např. tzv. *Take Care Clause*,³⁴ *Commander-in-Chief Clause*³⁵ nebo *Vesting Clause*³⁶) a z nich dovozovat konkrétní pravomoci exekutivy (respektive prezidenta) bez jakéhokoliv provedení a konkretizace v podobě běžného zákona, a to ve velmi širokém rozsahu, který se dotýká i postavení běžných osob. Druhou možností je dovozovat pravomoci agregací, tj. pospojováním různých ústavních i zákonných ustanovení tak, aby se z nich dovodila pravomoc, která by jinak z jednoho (zmocňujícího) ustanovení dovodit nešla. Těž je možné odkázat na vhodně formulovanou ústavní doktrínu, absolutně nevztaženou k interpretaci ústavního či zákonného textu, či na náležitě interpretovanou dřívější praxi atp.³⁷ Domnívám se, že pokud by za současného stavu česká právní komunita takovou argumentaci ne-li na první pohled odmítla, tak by na ni přinejmenším hleděla s velmi silným podezřením. U nás se totiž za posledních třicet let, mj. pod vlivem legislativního optimismu, opanování akademického studia exekutivy teorií správního práva, dominance Poslanecké sněmovny v ústavně politickém systému a k exekutivní normotvorbě nepříznivé judikatury Ústavního soudu, v podstatě vypěstoval kult zákona. A troufl bych si tvrdit, že aktéry uvnitř naší exekutivy by dost možná právní argumentace dovozující kompetence bez konkrétnější opory v textu běžného zákona ani nenapadla. Jakkoliv tento stav přináší zřetelné výhody ve vztahu ke kultuře právnosti, kontroly exekutivy a souladnosti výkonu veřejné moci s právním řádem, je otázkou, zda nepřináší i potenciální negativa v podobě ztížení možnosti dostat požadavkům plynoucím z jiných druhů odpovědnosti (z role a za výsledek), schopnosti vládnout a řešit komplexní problémy např. v oblasti národní bezpečnosti nebo přílišného podřízení politické exekutivy (gubernativy)³⁸ legislativě a v důsledku i administrativnímu aparátu.

³³ DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 78 an.

³⁴ Čl. 2 oddíl 2 Ústavy USA: „He [the president – pozn. aut.] [...] shall take Care that the Laws be faithfully executed“.

³⁵ Čl. 2 oddíl 2 Ústavy USA: „The President shall be Commander in Chief of the Army and Navy of the United States, and of the Militia of the several States, when called into the actual Service of the United States“.

³⁶ Čl. 2 oddíl 1 Ústavy USA: „The executive Power shall be vested in a President of the United States of America.“

³⁷ Ke všem těmto praktikám viz např. COHN, M. *A Theory of the Executive Branch: Tension and Legality*. Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 71 an.

³⁸ Gubernativu jako označení politické části exekutivy (politického vedení administrativy) navrhuje DANN, P. *Governments*. In: MASTERMAN, R. – SCHÜTZ, R. (eds.). *The Cambridge companion to comparative constitutional law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, s. 362.

Tím se dostáváme k druhé otázce, a sice k výhradě zákona. Tomoszek uvádí, že jsem se ve své knize nevěnoval rozboru výhrady zákona v tuzemských podmínkách, v čemž má naprostou pravdu. Ústavní dogmatika však nebyla předmětem mé ústavněteoretické práce, jak ostatně uvádím v jejím úvodu,³⁹ přičemž na závěr identifikuji právě komplexní ústavnědogmatický rozbor tuzemské úpravy mimořádného vládnutí jako prostor pro další akademické zkoumání.⁴⁰ Na tomto místě si však na něco takového, byť specificky ve vztahu k výhradě zákona, netroufnu. Nicméně jak jsem se snažil argumentovat ve svém nedávném článku o válečném stavu,⁴¹ je otázka, zda se požadavky plynoucí z výhrady zákona nemění v našem prostředí vyhlášením některého z ústavně zakotvených mimořádných stavů, a to jednak ve vztahu výhrady zákona při stanovení mezí základních práv, jednak ve vztahu výhrady zákona ke kompetenčnímu základu pro činnost orgánů veřejné moci.⁴²

Konečně třetí otázku o možnosti odchýlit se od zákonného textu vznáší především Kollert. Ten v prvé řadě naráží na mou formulaci na s. 93 knihy, přičemž podle něj je potenciálně matoucí vložení slova „ústavním“ do závorky u výčtu chráněných hodnot. Slovem ústavní v závorce jsem sledoval to, že jmenované hodnoty (právní statky) zpravidla chrání nejen specificky ústava (ústavní právo), ale právní řád jako celek napříč jednotlivými odvětvími; jde tak standardně o povinnost plynoucí z ústavních norem i o součást axiologicko-teleologického pozadí práva. Shodně s Kollertem bych považoval za nepřipustné, aby se jako důvod pro odchýlení se od požadavku kvalifikované právnosti (tj. striktní zákonnosti) využíval právní statek (veřejný zájem, hodnota, účel atp.) zakotvený pouze na úrovni běžného jednotlivého zákona. Za metodologicky složitější a nevyřešený problém však považuji situaci, kdy nějakou hodnotu či účel sice jednoznačně neidentifikujeme v ústavě (ústavním textu), ale lze jej dovodit právě z rekonstrukce onoho hodnotově-účelového pozadí právního řádu, vesměs způsobem, kterým Ústavní soud dovodil pravidla pro počítání času v ústavním právu.⁴³ V širším ohledu jde o problém tzv. teorie zákonnosti ústavy,⁴⁴ tedy otázky, zda je pro výklad ústavních pojmů, respektive obecněji pro ústavněprávní argumentaci možné užívat pojmy, koncepce a výklady z běžných zákonů, či dokonce, zda jsou tyto určující.⁴⁵ Jde tak o další střípek zapadající do obrazu diskutovaného na poslední výjezdni konferenci kateder ústavního práva v červnu 2025 – nedostatečné rozpracovanosti naší národní ústavní teorie, a to především, jde-li o metodologii nalézání ústavního práva.

³⁹ Srov. DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. XVI.

⁴⁰ Srov. *ibidem*, s. 201.

⁴¹ Srov. DIENSTBIER, J. Válečný stav jako ústavní institut. *Právník*. 2025, roč. 164, č. 6, s. 502 an.

⁴² Velmi zjednodušeně mám za to, že čl. 6 odst. 1 ústavního zákona o bezpečnosti ČR míří na čl. 4 Listiny základních práv a svobod, zatímco stav ohrožení státu a válečný stav z hlediska zákonnosti míří na čl. 2 odst. 3 Ústavy, respektive čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.

⁴³ Nález Ústavního soudu ze dne 17. 12. 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97.

⁴⁴ Srov. FILIP, J. *Ústavní právo České republiky. 1. Základní pojmy a instituty. Ústavní základy ČR*. Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 312.

⁴⁵ V tomto ohledu jde o střet mezi principem nadřazenosti (vyšší právní síly) ústavy a z toho plynoucí autonomie ústavních pojmů a principem jednotnosti a bezrozpornosti právního řádu, k čemuž se přidávají spory o možnosti zákonodárce a exekutivy relevantně interpretovat ústavu atp. Zásadní roli zde pak hraje ústavněteoretické předporozumění, jako je to vidět kupříkladu u Konrada Hesseho, který s teorií zákonnosti ústavy přišel. Srov. WIHL, T. Rudolf Smend's Legacy in German Constitutional Theory. In: GOLDONI, M. – WILKINSON, M. *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2023, s. 84.

Myslím ale, že Kollertovi jde i o něco jiného, a sice o to, aby se odchýlení se od zákonného textu, respektive ústavního textu za stavu ústavní nouze nedělo pro ochranu jakýchkoliv zájmů a hodnot, nýbrž jen těch esenciálních. S tím určitě souhlasím. Nicméně z právního hlediska je zde třeba uvést, že bude záležet na tom, jaké hodnoty a účely budou pro příslušný ústavní řád esenciální. Není totiž asi nepředstavitelná kupříkladu libertariánská ústava, která bude za takovou hodnotu náležící do její identity (ohniska) považovat soukromý majetek.

Konečně poslední související úvahu, kterou bych zde rád uvedl, je Kollertova úvaha o možnosti vzniku stavu ústavní nouze v situaci, kdy „*příslušný orgán není vyřazen z provozu a „pouze“ odmítá konat*“. Z mého pohledu i v takovém případě může dojít ke vzniku ústavní nouze. Ústavy republikánských států totiž (explicitně či implicitně) normují povinnost orgánů veřejné moci postupovat ve veřejném zájmu (společném prospěchu).⁴⁶ To dle okolností může znamenat nejen zákaz činnosti určitého druhu, ale také zákaz nečinnosti určitého druhu. Nadto lze určité sliby ústavních funkcionářů chápat právě jako zachycení povinnosti konat,^{47, 48} nehledě na možnost rekonstruovat z různých ustanovení ústavy funkci toho kterého ústavního orgánu.

Je-li tedy porušena ústavní povinnost konat a ústava explicitně neupravuje náhradní způsob řešení (např. po vzoru čl. 34 odst. 1 *in fine* Ústavy), vzniká ústavní mezera. K tomu závěru ostatně na jiném místě docházím např. pro případ nenavržení vyhlášení válečného stavu, kde za určitých okolností dovozují subsidiární návrhové zmocnění prezidenta republiky.⁴⁹ Problematicke rezervních pravomocí a subsidiárního zmocnění bych se však rád intenzivněji věnoval v budoucnosti. Nicméně vzhledem k značné citlivosti této otázky považuji již nyní za nezbytné zmínit dvě věci. Zaprvé, taková nečinnost vyvolávající mezeru musí být srovnatelná (*eiusdem generis*) s případem znemožnění činnosti, které uvádím v knize výslovně, tj. očividná a intenzivní (jinak nepřekonatelná). Zadruhé, plně podléhá mezím *lege artis* postupu ve stavu ústavní nouze (subsidiarita, účelová vázanost, proporcionalita, mezinárodněprávní souladnost).

Komentář stavu ústavní nouze však učinil i Maxim Tomoszek, a sice svou obavou o vliv případného přijímání krycích právních předpisů⁵⁰ po skončení stavu ústavní nouze. Jeho obavy jsou dvojího druhu. V první řadě má za to, že dojde politizaci rozhodování v tom smyslu, že tento krycí předpis prosadí vládní strany. Jakkoliv v knize uvádím, že krycí předpis může mít i povahu běžného zákona, je důležité uvést, že to záleží na povaze učiněného jednání.⁵¹ A to je zásadní – vzhledem k typické povaze jednání učiněného

⁴⁶ V českém kontextu viz např. čl. 2 odst. 3 Ústavy a ve spojení s ním náleží Ústavního soudu ze dne 11. 9. 2024, sp. zn. Pl. ÚS 23/24 (body 30 a 37).

⁴⁷ Srov. např. čl. 69 odst. 2 Ústavy o slibu člena vlády uvádět Ústavu a zákony v život.

⁴⁸ Za velmi inspirativní zde považuji poznámku Hattenhauera o roli slibů v archaickém právu. Slib totiž fungoval jako právní důvod vzniku povinnosti (slibem se povinnost přebírala), přičemž jejím složením u dotčeného jednotlivce docházelo k „*podmíněnému sebekleťu*“ pro případ nesplnění. Srov. HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1998, s. 8–9. Nabízí se tedy úvaha, nakolik jsou ostatní ústavní orgány ústavně povinovány k institucionálnímu respektu plynoucímu z principu vzájemné loajální spolupráce ústavních orgánů vůči orgánu, u kterého došlo k „*sebekleťu*“ v důsledku nečinnosti...

⁴⁹ Viz DIENSTBIER, J. *Válečný stav jako ústavní institut*, s. 499.

⁵⁰ Krycím předpisem zde (a v knize) myslím právní předpis přijatý řádnou procedurou po skončení stavu ústavní nouze, který postaví najisto právnost jednání učiněných za stavu ústavní nouze. Blíže viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 110.

⁵¹ Srov. DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 110.

za stavu ústavní nouze by takový předpis, aby splnil svou roli nastolení právní jistoty, musel mít zpravidla povahu ústavního zákona, tj. předpisu, který vesměs nelze přijmout bez hlasů parlamentní opozice. To pak ovládnutí rozhodování ze strany politických stran přinejmenším snižuje, jakkoliv to politizaci samé beze zbytku nezabrání. To je však osud ústavního práva jako práva politiky.⁵² Ve druhé řadě Tomoszek vznáší obavy stran kontraproduktivnosti pro situaci, kdy by došlo k pochybením. Tuto obavu sdílím také. Nicméně mám za to, že jednak lze toto riziko snížit vhodnou formulací krycího předpisu (ve stylu „nešlo o bezprávná jednání, ledaže šlo o jednání ve zlé víře či za nelegitimním cílem“), jednak jde o určitou daň za zvýšení právní jistoty, kterou krycí předpis přináší.

3. Proporcionalita jako model napříč modely?

Príspevek Pavla Ondřejka se věnuje reflexi testu proporcionality ve vztahu k modelům mimořádného vládnutí prezentovaným v knize. Jeho hlavní tezí je, že se test proporcionality vymyká stanoveným modelům, neboť u něj nelze říci, že je ryzím dualismem, či monismem, respektive *ex ante*, či *ex post* modelem. Na tuto tezi bych rád zareagoval nejprve poznámkou o modelech obecně a poté specificky o testu proporcionality při zajišťování bezpečnosti za mimořádných situacích.

Smyslem a účelem mého vymezení čtyř druhů mimořádného vládnutí bylo na základě provedené abstrakce poskytnout relativně jednoduchý a užitečný přehled ani ne tak ucelených modelů, jako spíše ideálně typických kritérií (prvků) mimořádného vládnutí. Tuto povahu ostatně zřetelně vyjevují ve svém textu: „*toto dělení na jednotlivé kategorie modelů (způsobů) mimořádného vládnutí, vytvořené s ohledem na obě kritéria (především pak na kritérium režimu), je spíše povahy kontinuální než binární, přičemž jeho užívání má, jako je tomu u jiných (pseudo)dichotomií v právu, plnit heuristickou funkci.*“⁵³ Mám, ve shodě s Jellínkem,⁵⁴ za to, že právě konceptualizace typických prvků nám umožňuje poznávat komplikované společenské jevy, a to včetně uvědomění si individuálních zvláštností toho kterého jevu v kontrastu k ideální typičnosti. Soustředění se na abstrahování modelů vzniklých z konceptualizace ideálně typických prvků navíc umožňuje rychle si uvědomit potenciální výhody a nevýhody, rizika a příležitosti příslušného nástroje či praxe mimořádného vládnutí. Že je ostatně smysluplné ve státovědě a ústavní teorii postulovat pojmy zachycující typické, respektive důležité charakteristiky relevantních společenských jevů, není stanoviskem jen státovědy začátku 20. století, ale i globální ústavní teorie začátku 21. století.⁵⁵

Společenská a právní realita přináší samozřejmě nikoliv ideální, nýbrž průměrné typy. Ty bývají velmi často smíšené, hybridní povahy. Ve své knize toto naznačuji mj. odkazem na možnost subdualismu, tj. vytvoření dualismu z materiálního hlediska v rámci formálně stejného režimu bez ohledu na mimořádnou situaci.⁵⁶ V praxi můžeme poukázat i na zvláštní konstrukci pandemického zákona.⁵⁷ Ten totiž kombinoval *ad hoc* legislativu

⁵² KYSELA, J. Poznámky ke stavu oboru ústavního práva a státovědy. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2017, roč. 15, č. 3, s. 376 an.

⁵³ DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 161.

⁵⁴ Srov. JELLINEK, G. *Všeobecná státověda*. Praha: Jan Leichter, 1906, s. 43.

⁵⁵ Srov. BARBER, N. W. *The Constitutional State*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 5–6.

⁵⁶ Viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 162–163.

⁵⁷ Zákon č. 94/2021 Sb.

(tedy *ex post* monismus) s mimořádným stavem (tedy *ex ante* dualismus).⁵⁸ Inu, „šedá [...] je všechna teorie, a žití zlatý strom se zelená.“⁵⁹

Smíšenou povahu dovozuje Ondřejek i u testu proporcionality. Podle něj nejde ani o čistý dualismus (neb se aplikuje i za normality), ani o čistý monismus (neb samotná mimořádná situace automaticky vede k mírnému výkladu), ani o čistý *ex post* postup (neb jednotlivé kroky testu jsou předem známé), ani o čistý *ex ante* postup (neb výklad jednotlivých kroků je odlišný). Po mém soudu tím přesně naplnil účel dovozených klasifikačních prvků; jejich užití totiž umožňuje strukturovat analýzu nejen předmětného jevu (zde test/princip proporcionality užívaný při mimořádném vládnutí), ale hlouběji porozumět standardnímu případu (ideálnímu typu).⁶⁰ Barber však správně upozorňuje, že debata o tom, které prvky, jakým způsobem a v jaké míře jsou důležité pro pojmovou konstrukci a analýzu může být předmětem neshod.⁶¹ Je tomu tak i v tomto případě. U Ondřejkem (a Horákem) konstruovaného testu proporcionality si lze klást otázku, zda ona změna paradigmatu v uvažování nad testem proporcionality z modu *in dubio pro libertate* do modu předběžné opatrnosti⁶² není natolik zásadní, že se dotýká koncepce testu v jeho samotném základu (jádro, ohnisku, identitě).⁶³ Jinými slovy, že sice formálně se jednotlivé kroky testu nazývají stejně, ale materiálně jde o jiný test, neboť myšlenkový postup v rámci jednotlivých kroků je odlišný, test jako celek slouží jiným cílům, test neodpovídá předporozumění právních aktérů, aplikace testu povede k prosazování jiných hodnot a účelů atd. Kladná odpověď na tuto otázku by podle mě jednoznačně zařadila takový test proporcionality do dualismu.

Pochybnosti o smíšenosti modifikovaného testu proporcionality však lze vznést i z hlediska prvku (kritéria) času. Smyslem tohoto prvku je totiž odlišnost modelů (nástrojů) mimořádného vládnutí, „pokud jde o očekávání i o důsledky“.⁶⁴ Stručně vzato je výhodou *ex ante* modelů předem připravená (naplánovaná) reakce na náhlé mimořádné situace dávající aktérům mimořádného vládnutí jednoduše řečeno „pevnou půdu pod nohama“. V tomto ohledu argumentuje Ondřejek diskurzivní závazností judikatury a tzv. derivativními ústavními normami; po provedení testu proporcionality budou do budoucna (i v obdobných případech) zavazovat derivativní ústavní normy v podobě právních pravidel. K tomu bych rád učinil tři poznámky. Zaprvé, tento *ex ante* náhled se zakládá na tom, že v dané ústavní komunitě již k nějaké mimořádné situaci došlo a že byl v ní byl

⁵⁸ Blíže viz DIENSTBIER, J. – DERKA, V. – HORÁK, F. Způsoby mimořádného vládnutí v České republice při řešení pandemie nemoci covid-19. In: KYSELA, J. – ŘEPA, K. *Reakce právního systému České republiky na covidovou pandemii*. Praha: Leges, 2022, s. 145 an.

⁵⁹ GOETHE, J. W. von. *Faust*. Praha: František Borový, 1949, s. 98.

⁶⁰ BARBER, N. W. *The Constitutional State*, s. 6.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Viz ONDŘEJEK, P. – HORÁK, F. Proportionality during Times of Crisis: Precautionary Application of Proportionality Analysis in the Judicial Review of Emergency Measures. *European Constitutional Law Review*. 2024, Vol. 20, No. 1, s. 40 an.

⁶³ Kupříkladu Höllander uvádí, že test proporcionality je inherentně spojený s nastolováním individuální spravedlnosti [ostatně i sám Alexy při konstrukci testu zacházel s principem *in dubio pro libertate* jako v podstatě s apriorní daností – viz ONDŘEJEK, P. Poměřování jako klíčový argument přezkumu ústavnosti v éře proporcionality a některé projevy jeho kritiky. *Právník*, 2016, roč. 155, č. 4, s. 365 (poznámka pod čarou č. 101)]. Srov. HOLLÄNDER, P. *Zrod a metamorfózy principov bezrozpornosti a úplnosti práva*. Praha: Leges, 2022, s. 87. Příklon k principu předběžné opatrnosti však současně znamená též příklon k ochraně kolektivu (společnosti).

⁶⁴ DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 164.

test proporcionality uplatněn, což nemusí vždy a všude platit. Zadruhé, uplatnění testu proporcionality musí v právní praxi opravdu dát vzniknout derivativním ústavním normám, a to použitelným jako pravidla (vyklučující důvody pro jednání)⁶⁵ pro mimořádné vládnutí na makroúrovni. Test proporcionality je však určen spíše pro posuzování individuálních případů. A při veškerém zobecňování nemusí poskytnout ani zdaleka dostatečně hutnou regulaci.⁶⁶ A konečně zatřetí, i když vše zmíněné skutečně nastane, lze si klást právně teoretickou otázku, zda *ex ante* působí proporcionalita, anebo spíše ona masa derivativních ústavních norem zachycená v judikatuře (tj. soudy utvořené právo v podobě pravidel).

Poslední komentář si dovolím učinit na margo Ondřejkova zhodnocení právních šedých děr. Souhlasím s tím, že metoda proporcionality může být svým vybízením k odvodňování a argumentaci (viz kulturu ospravedlnění v Tomoszkově příspěvku a výše), je-li aplikována důsledně a tam, kde má být, užitečnou pomůckou pro odvracení rizik právních šedých děr, respektive mlhavého práva (*fuzzy law*). Praktický kámen úrazu ale tkví v oné důslednosti; jak jsem uvedl na několika místech své knihy, ani soudy nejsou imunní vůči psychickým vlivům mimořádného vládnutí a souvisejícím fenoménům, jako je *rally around the flag*,⁶⁷ nebo naopak přílišné přísnosti přezkumu vedoucí soudní přezkum a autoritu (vrcholných) soudů k úpadku i v situacích normality. Kromě praktických obav z důsledku se ale zde nabízí ještě teoretická námitka. Užívání testu proporcionality z teoretického hlediska spočívá na dichotomii právních pravidel a právních principů, přičemž tento test může být užíván jen v oblasti právních principů. Jakkoliv dnes alespoň v evropském prostoru přiznáváme principiální povahu většině základních práv, nečiníme tak u většiny ostatních ústavních norem. A jak jsem se snažil zachytit i ve své knize, v mimořádném vládnutí nejde jen o zásahy do právního postavení jednotlivců, ale také o rozdělení moci ve státě. A právě kompetenční normy vyjadřující zmocnění orgánů veřejné moci principiální povahu spíše nevykazují.⁶⁸ Je proto třeba mít na paměti, že přes všechnu univerzalitu není test proporcionality jedinou či ústřední právní praktikou.

4. Klimatická změna: mimořádná situace, nebo nová normalita?

Jan Géryk se ve svém pozoruhodném článku zamýšlí nad otázkou, jakým způsobem zapadá klimatická změna do mnou konstruovaného chápání mimořádné situace a jejich jednotlivých druhů. Zamýšlí se především nad transformativní povahou krizí, přičemž vybízí k doplnění nezvratnosti jako potenciálního důvodu pro doplnění jako klasifikačního parametru. Gérykův příspěvek poukazuje na fakt, že nás dost možná čeká doba, která

⁶⁵ Považuji zde za důležité uvést poznámku Nevese, že pouze pravidla jsou způsobila k redukci komplexity, uzavírání právních problémů a transformace právní neurčitosti do jistoty řešení; v opačném gardu může přílišný důraz či přeceňování principů učinit z práva tekutý, pohyblivý, neurčitý a nekontrolovatelný systém. Srov. NEVES, M. *Constitutionalism and the Paradox of Principles and Rules. Between the Hydra and Hercules*. Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 2–4.

⁶⁶ Ostatně jaké derivativní ústavní normy v podobě právních pravidel si odnášíme pro příští aktéry mimořádného vládnutí z covidové pandemie?

⁶⁷ Jak uvádím v knize, „*přinejmenším na začátku mimořádné situace se společnost často semkne a bezvýhradně podpoří kohokoliv, kdo jí příslibí zajištění bezpečnosti i za cenu podstatného omezení svobody*“. Viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 196.

⁶⁸ Srov. WEINBERGER, Ota. *Norma a instituce: Úvod do teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 63, 92 an.

úplně převrátí dosavadní uvažování o veřejnomocenské reakci na mimořádné situace v ústavních republikách. Důvodem pro tuto změnu má být klimatická změna. Gérykem uváděné příklady vyhlášení „stavů klimatické nouze“, užívání krizové rétoriky při diskuzi o řešení klimatické změny, jakož i v teorii vysledovatelné pokusy o užití pojmů a nástrojů mimořádného vládnutí, respektive zajišťování bezpečnosti;⁶⁹ to vše opravdu směřuje k rozšíření mimořádného vládnutí i do této oblasti

Ve své knize⁷⁰ jsem se snažil teoreticky vysvětlit a na několika historických příkladech doložit obecnou tendenci mimořádného vládnutí se při častém užívání normalizovat a institucionalizovat jako vládnutí řádné. Jakkoliv ne vždy vedly tyto změny k horšímu, mám stále za to, že je třeba jednat s ohledem na princip předběžné opatrnosti a spíše se bránit změnám ústavního uspořádání jako celku pod tlakem konkrétní mimořádné situace. Takové změny totiž zpravidla neprobíhají v atmosféře uplatnění veřejného rozumu, tj. umožňující poučenou deliberaci v rámci dostatečně reprezentativního a legitimního tělesa. Myslím tedy, že rámování klimatické změny rétorikou krize a potřebností mimořádných prostředků není z ústavního hlediska krokem správným směrem.

Gérykovy odkazy na „šum napětí“ a neodvratnost klimatické krize mají vést dle mého názoru nikoliv ke změně chápání pojmu mimořádná situace (*emergency*), nýbrž k zamyšlení se nad změnami v řádném ústavním designu a právním řádu. Klimatická změna totiž proměňuje samotnou normalitu; ze státovédného hlediska proto představuje podobnou výzvu jako potřeba zajištění mírového spoluzití obyvatel určitého území (a kupříkladu s rozdílným vyznáním) v různých etapách vývoje lidské společnosti. Nové, nezvratné normalitě by se tedy spíše mělo přizpůsobit přemýšlení o státu a právu jako takové, kupříkladu rozvíjením doktríny státních cílů a ústavních teleologických norem, rozpracováním teorie reprezentace se zohledněním skupin postižených klimatickou změnou či budoucích generací, zaváděním mitigačních a adaptačních opatření atp.; to vše doplněné o pojistky a mechanismy kontroly a odpovědnosti, jejichž promyšlené zakomponování do systému právě takové zvažování umožňuje. Nadužívání nástrojů mimořádného vládnutí může totiž znamenat normalizaci a institucionalizaci mnohem horšího státoprávního uspořádání, než kdybychom se ve státovědě poctivě zamysleli, jak přizpůsobit celou strukturu veřejné moci a jejího uplatňování novému a zhoršujícímu se stavu věcí. Snad k tomu dojde dříve, než nás k tomu donutí série skutečných mimořádných situací.

Závěr

V tomto svém příspěvku jsem se snažil reagovat na hlavní poznámky či námítky týkající se různých částí mé knihy. Mám za to, že jde-li o otázku nastavení komplexního modelu odpovědnosti včetně jeho prospektivního působení, je třeba se zaměřit na rovinu institucionální a personální. Poměr mezi mocí a odpovědností není zároveň jednoduše uchopitelný, neboť jej lze chápat nejen ve smyslu příkazu ke zvýšení odpovědnosti, ale i ke zvýšení moci, a to potenciálně i bez dostatečného právního základu. Pokud jde o význam právní regulace, je třeba se zaměřit na zkoumání kultury legality v příslušné ústavní komunitě.

⁶⁹ Srov. např. NEVITT, M. P. The Commander in Chief's Authority to Combat Climate Change. *Cardozo Law Review*. 2015, Vol. 37.

⁷⁰ Viz DIENSTBIER, J. *Teorie mimořádného vládnutí*, s. 37 an., 135–136.

Jde-li o dotváření ústavy, nelze vyloučit vznik stavu ústavní nouze z důvodu kvalifikovaného nekonání ústavního orgánu. V neposlední řadě jsem reagoval na Ondřejkovo tvrzení o smíšeném charakteru modifikovaného testu proporcionality jako modelu mimořádného vládnutí, kde jsem poukázal na význam klasifikačních kritérií, jakož i na problematičnost tvrzení o hybridní povaze modifikovaného testu proporcionality přesahující mnou navržené modely. Konečně jsem se věnoval možnosti využívat mimořádné vládnutí pro řešení klimatické změny, k čemuž jsem vyjádřil negativní postoj.

V závěru své knihy jsem uvedl určité klišé, a sice že mimořádné vládnutí je velmi složitý jev, který by bylo třeba dále zkoumat z různých perspektiv a různými přístupy. Jsem proto velice rád, že čtyři akademici byli mou knihou „vyprovokováni“, aby přispěli k podhalování tajů mimořádného vládnutí a konstruování jeho teorie. Tyto příspěvky po mém soudu odhalily, že je třeba se teorii mimořádného vládnutí, respektive ústavní teorii jako takové intenzivně věnovat i nadále. Čeká nás tedy ještě dost práce.

Author's Response: Emergency Governance in the Background of Constitutional Theory

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

Abstract: In the article, the author of the monograph *A Theory of Emergency Governance* (Dienstbier, J. Wolters Kluwer, 2024) responds to the essays of commentators included in a discussion in the journal *Právník* (The Lawyer). The article analyses the application of the comprehensive model of constitutional responsibility, pointing out the need to focus on the institutional embedding of the emergency governance regime, as well as on the development of education and professional ethics among decision-makers and their staff. It also highlights the possibility of reversing the correlative relationship between power and responsibility, potentially serving as power-increasing factor, particularly of the top executive. He then analyses the issue of the legality of emergency governance, explaining the theses raised in the book regarding the of the constitution-formation under the state of constitutional necessity. In the third part, he responds to the thesis of the mixed character of the modified proportionality test, going beyond the models of emergency governance introduced in the book, which he problematizes with regard to the possible understanding of the departure of the modified proportionality test from the principle of *in dubio pro libertate* as a change in the paradigm and, therefore, in the identity of the test. In the last section, he then criticizes the use of the climate crisis as a reason to invoke emergency governance, calling rather for an adaptation of the ordinary constitutional regime.

Keywords: constitution, constitutional law, constitutional theory, emergency, emergency governance, emergency government, states of emergency, responsibility, legality, proportionality