

Výjimečný stav a jeho regulace v právním státě

State of Exception and Its Regulation in a *Rechtsstaat*

Lukáš Kollert*

Abstrakt

Článek se zaměřuje na výjimečný stav a řešení krizí v právním státě a hledá odpověď na otázku, který z možných přístupů v dané oblasti je z hlediska zájmu na dlouhodobém udržení právního státu a náležitém plnění jeho funkcí nevhodnější. V předložené studii věnujeme pozornost problematice řešení krizí v kontextu právního státu, zkoumáme pojem výjimečného stavu, ukazujeme kontroverze, konfuze a problémy, které jsou s ním spojeny, představujeme možné způsoby reakce veřejné moci na krizové situace a posuzujeme jejich přednosti a nedostatky. V návaznosti na závěr, že výjimečný stav by měl být upraven v pozitivním právu, následně věnujeme pozornost otázce, jakým způsobem a v souladu s jakými zásadami by do něj měl být vtělen. V této souvislosti předkládáme tezi, že by měl být zakotven na ústavní úrovni formou dvoustupňové regulace, jež kombinuje enumerativní výjimečné stavy s výjimečným stavem obecným s generální klauzulí na straně právních následků normy, který smí být vyhlášen pouze za předpokladu, že nastala existenční krize a dokonce ani enumerativní výjimečné stavy zjevně neumožňují její překonání. Jelikož však sebeširší regulace výjimečného stavu nemůže vyloučit potřebu jednání *ultra vires* nebo *contra legem*, zkoumáme v další části práce, zda a za jakých předpokladů může být legitimní nadpozitivní výjimečný stav a na bázi jakých důvodů.

Klíčová slova

Výjimečný stav; nouzový stav; krize; řešení krizí; právní stát.

Abstract

This treatise focuses on the state of exception and crisis resolution in a *Rechtsstaat* and seeks to answer the question of which approach to crisis resolution is the most appropriate to maintain the *Rechtsstaat* in the long term and to ensure proper performance of its functions. In this paper, I examine the problem of crisis resolution in the context of a *Rechtsstaat*, inquire into the concept of the state of exception, outline controversies, confusions and problems associated with it, present possible responses of public authorities to exceptional harmful situations and assess their advantages and drawbacks. Following the conclusion that the state of exception ought to be regulated in positive law, I ask the question how and in accordance with what principles it should be embodied therein. In this context, I suggest that it should be enshrined at the constitutional level in the form of a two-level regulation combining enumerative states of exception with a general one which contains a general clause in the part of the norm setting out the legal consequences of the state of exception and which may be employed only if there is an existential crisis and even the enumerative states of exception do not allow to overcome it. However, since even broad regulation

* JUDr. Mgr. Lukáš Kollert, Expert v oblasti regulace finančního trhu a mezinárodní spolupráce, Česká národní banka; doktorand, Filozofická fakulta, Univerzita Karlova, Praha / Expert in Financial Market Regulation and International Cooperation, Czech National Bank, Prague; Ph.D. student, Faculty of Arts, Charles University, Prague, Czech Republic / E-mail: lukas.kollert@seznam.cz / ORCID: 0000-0002-7135-0353 / Research ID: 57201070470

of the state of exception cannot rule out the need for ultra vires or contra legem steps, I examine whether and under what conditions a suprapositive state of emergency can be vindicated and on what grounds.

Keywords

State of Exception; State of Emergency; Crisis; Crisis Resolution; Rechtsstaat.

Úvod¹

Výjimečný stav je kontroverzním institutem, který nás staví před řadu dilemat a snadno uvádí do ústavněprávních rozpaků.² Je tomu tak mj. proto, že je, jak se zdá, z hlediska zájmu na zachování právního státu v některých případech podobně riskantní a nebezpečný jako potřebný a nezbytný. Tento mimořádný právní režim nelze sprovodit ze světa jednoduše tím, že jej vytěsníme z právní regulace a budeme ignorovat v úvahách o právu. Zatímco ve stabilním období nemusí budít zvláštní pozornost teoretiků ani politiků, v časech krize je tomu z pochopitelných důvodů naopak, jak ukázaly dostatečně zřetelně v posledních dekadách různé bezpečnostní, finanční a pandemické mimořádné situace.³ Jakkoli se tento pojem stal během posledních dvou desetiletí předmětem intenzivních debat, jež byly namnoze plodné a prohloubily naše chápání tohoto institutu, zůstává s ním spojena řada problémů, nejasností, konfuzí a kontroverzí, které vyplavou na povrch vždy, když jej začnou teoretikové v reakci na krize rigorózně studovat.⁴ Jedním ze záměrů předložené studie je přispět k hlubšímu pochopení tohoto institutu a jeho problémů a ke zmírnění nejasností, jež jsou s ním spojeny.

V souvislosti s naším tématem je třeba neztratit ze zřetele, že v krizových situacích je tlak na jednání představitelů veřejné moci enormní. Historie nás učí, že relevantní aktéři během krizí v krajním případě nezřídka realizují kroky, které jsou pokládány za nutné, i když jim k tomu chybí (explicitní) zákonné zmocnění.⁵ Bylo by pošetilé předpokládat,

¹ Autor děkuje oběma anonymním recenzentům za cenné připomínky a konstruktivní podněty k předložené studii. Veškeré případné chyby v textu jsou autorovy.

² V tomto článku navazuji na zjištění a závěry své dřívější studie, která je zde částečně přeložena, rozšířena a doplněna. Srov. KOLLERT, Lukáš. To Regulate, or Not to Regulate? A Study on the State of Exception and Its Regulation. In: *Emergency Powers. Rule of Law and the State of Exception*. Baden-Baden: Nomos, 2020, s. 75–100. ISBN 9783848757312. Danému tématu jsem se věnoval rovněž v rámci studentské vědecké a odborné činnosti (*Križe, právo a stát. Studie ke problematice mimořádného vládnutí uvnitř a vně právního státu*, SVOČ 2017), závěrečné práce *Ústavněprávní regulace výjimečného stavu v právním státě* obhájené na PF UK a částečně také textu KOLLERT, Lukáš. Suverenita a diktatura ve filosofii práva Carla Schmitta. In: *Suverenita panovníka, lidu a státu v moderní politické filosofii*. Ústí nad Labem: Nakladatelství Jana Evangelisty Purkyně, 2017, s. 113–141.

³ Srov. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Der Verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, č. 38, s. 1881–1890, s. 1884; Srov. dále QUARITSCH, Helmut. Souveränität im Ausnahmezustand. Zum Souveränitätsbegriff im Werk Carl Schmitts. *Der Staat*, 1996, roč. 35, č. 1, s. 1–30, s. 21.

⁴ Srov. JINEK, Jakub a Lukáš KOLLERT. Preface. In: *Emergency Powers. Rule of Law and the State of Exception*, op. cit., s. 5–8, s. 5.

⁵ Srov. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 19. vyd. Heidelberg: C. F. Müller, 1993, 319 s., s. 286. ISBN 3-8114-8293-9.

že budou tváří v tvář krizi nečinně přihlížet zásadním narušením právem chráněných hodnot, protože pro opatření, která jsou percipována jako potřebná, není dán jasný právní základ. Pro příklady není třeba chodit daleko. V případech poválečných dějin SRN můžeme jmenovat v Základním zákoně (dále též ZZ) nepředvídané povolání ozbrojených sil na pomoc ke zdolání povodní v roce 1962 v Hamburku.⁶ Dále lze uvést způsob, jakým byla v 70. letech řešena krize způsobená činností RAF, zejména protiprávně nařízené odposlechy vězňených členů této teroristické skupiny, jež podnítily brizantní a intenzivní debatu.⁷

Nutno poznamenat, že pokud je *contra constitutionem* nebo *praeter constitutionem* jednání veřejné moci akceptovatelné při řešení „pouhé“ krize, tím spíše můžeme předpokládat jeho uplatnění v okamžiku, kdy by země čelila krizi existenční.⁸ Není ostatně bez zájmovosti, že Helmut Schmidt, hlavní hybatel událostí kolem právně diskutabilní reakce na povodňovou katastrofu v Hamburku, svou rolí v této krizi nepohřbil svou politickou kariéru, nýbrž si naopak získal jméno coby schopný politik a nakonec se stal kancléřem.⁹ Jelikož může být každý stát dříve nebo později konfrontován s (existenční) krizí a její překonání může nezřídka vyžadovat jednání veřejné moci, jež by jinak bylo nepřijatelné,¹⁰ je žádoucí věnovat pozornost otázce, jak zmírnit rizika spojená s výjimečným stavem, resp. řešením krizí a zda je z hlediska zájmu na dlouhodobém udržení právního státu regulace výjimečného stavu přínosná nebo naopak spíše riziková.¹¹

Tuto otázku je třeba z pochopitelných důvodů klást právě v souvislosti právním státem.¹² Zatímco např. v absolutistickém státu mohl panovník na abnormální škodlivou situaci reagovat na základě téže právně neomezené moci, kterou disponoval i v době nekrizové (právě řečené lze vztáhnout i na státy totalitní),¹³ v právním státu je veřejná

⁶ Srov. FREUDENBERG, Dirk. *Theorie des Irregulären. Partisanen, Guerillas und Terroristen im modernen Kleinkrieg*. 1. vyd. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008, 496 s., s. 418. ISBN 978-3-531-15737-5.

⁷ Srov. MEYER, Hendrik. *Terror und Innere Sicherheit. Wandel und Kontinuität staatlicher Terrorismusbekämpfung*. Münster: Schöningh, 2006, 114 s., s. 30. ISBN 978-3865230546.

⁸ Srov. ISENSEE, Josef. Vorbehalt der Verfassung. Das Grundgesetz als abschließende und als offene Norm. In: *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur Staats- und Verfassungstheorie*. Heidelberg: C. F. Müller, 2018, s. 503–539, s. 518. ISBN 978-3811439566.

⁹ Srov. ISENSEE, Josef. On the Validity of Law with Respect to the Exceptional Case. In: *Emergency Powers. Rule of Law and the State of Exception*, op. cit., s. 11–29, s. 25.

¹⁰ Srov. DOEHRING, Karl. *Allgemeine Staatslehre*. 2. vyd. Heidelberg: C. F. Müller, 2000, 256 s., s. 202. ISBN 3-8114-2053-4.

¹¹ Srov. SCHRÖDER, Meinhard. Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates. Überlegungen zum Verteidigung des Rechtsstaates in außergewöhnlichen Lagen. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1978, roč. 103, č. 2, s. 121–148, s. 130.

¹² Srov. např. MANIN, Bernard. The Emergency Paradigm and the New Terrorism. What If the End of Terrorism Was not In Sight? In: *Les usages de la séparation des pouvoirs*. Paris: Michel Houdiard, 2008, s. 136–171. ISBN 978-2912673787.

¹³ Srov. ISENSEE, 2020, op. cit., s. 14; Dále srov. Schmittovy poznámky k jeho vlastnímu textu Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung obesažen v SCHMITT, Carl. *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, s. 260. ISBN 978-3428013296.

moc omezena pozitivními preskripcemi v důsledku zásad enumerace veřejnoprávních pretenzí a vázanosti veřejné moci právem.¹⁴

Problematikou výjimečného stavu bychom se v kontextu právního státu nemuseli zabírat, pokud by se naplnil jeden z následujících scénářů: buďto by skutečnost doznala tak radikální transformace, že by se potřeba aktivace tohoto institutu stala toliko hypotetickou, nebo by právní řády svěřovaly veřejné moci i za normálních okolností tak široké kompetence, že by výjimečného stavu nebylo třeba. V prvním případě by se stal výjimečný stav nadbytečným proto, že by odpadl důvod jeho aktivace na straně faktů, ve druhém případě proto, že kompetence svěřené právním řádem pro normální poměry by byly dostatečně široké i pro řešení situací, které běžně označujeme jako „krizové“. Zatímco první z uvedených možností je zjevně naivní, druhá je nežádoucí, neboť by zmocňovala i v době klidu k větším zásahům do práv a svobod občanů, než je za běžných okolností nutné, a ve skutečnosti by znamenala rozmělnění právního státu.

V souvislosti s řešením krizí a výjimečným stavem se v kontextu právního státu klade celá řada otázek, mezi něž patří např. následující:

1. Jakým způsobem by měla veřejná moc reagovat na krize? Jak by mělo být v různých situacích řešeno možné napětí mezi omezeními stanovenými právními normami a potřebou zajistit zabezpečení (klíčových) hodnot chráněných právním řádem?
2. Co je „výjimečný stav“? Existují různé druhy tohoto institutu?
3. Měl by být výjimečný stav zakotven v pozitivním právu?
4. Je možné navrhnout regulaci výjimečného stavu, která by byla efektivní a současně byla schopna poskytnout dostatečné garance, že tohoto institutu nebude zneužito?¹⁵ Jaká regulace přináší nejlepší rovnováhu mezi těmito (protichůdnými) požadavky?¹⁶
5. Pokud kroky přijaté během krize překročí hranice stanovené právními normami, lze o nich v některých případech navzdory jejich ilegalitě říci, že zůstávají na poli práva v širším slova smyslu?
6. Vylučuje kodifikace výjimečného stavu odvolání na nadpozitivní výjimečný stav?
7. Dochází k normalizaci výjimky? Pokud k prolínání normálního a výjimečného dochází, jedná se o recentní fenomén, nebo jde o jev, který je s právním státem v zásadě spojen od okamžiku jeho vzniku? Který z přístupů k výjimečnému stavu je případně nejvíce způsobilý upevnit hranici mezi normalitou, resp. normou a výjimkou?

¹⁴ Srov. např. čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR nebo čl. 3 ZZ. Jak poznamenává Rossiter: „No civil institution of crisis government existed under the ancien régime. It is unnecessary to suspend rights that do not exist or augment powers that are already absolute.“ ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in Modern Democracies*. 1. vyd. Princeton: Princeton University Press, 1948, 322 s., s. 80. ISBN 9780313207471; Podobně FORSTHOFF, Ernst. Ausnahmestand. In: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, I*. Stuttgart – Tübingen – Göttingen: Fischer – Mohr Siebeck – Vandenhoeck & Ruprecht, 1956, s. 455.

¹⁵ Srov. FRANKENBERG, Günther. *Political Technology and The Erosion Of The Rule Of Law. Normalizing The State Of Exception*. 1. vyd. Cheltenham – Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015, 305 s., s. 139. ISBN 978-1783472512.

¹⁶ Srov. HESSE, 1993, op. cit., s. 299.

Naší ambicí v této studii není předložit zevrubně zpracované odpovědi na všechny výše uvedené otázky. Ačkoli načrtáváme v základních obrysech reakci na většinu z nich, naší hlavní zkoumanou otázkou je, zda má být výjimečný stav zakotven v pozitivním právu, jak a podle kterých zásad má být případně upraven a zda existují situace, v nichž může být i přes jeho eventuální regulaci jednání na základě nadpozitivního výjimečného stavu legitimní.

V textu nejprve přibližujeme pojmy ústřední pro zkoumané téma a v obecné rovině se zaměřujeme na problém řešení krizí v právním státě. Dále prezentujeme sám pojem výjimečného stavu a předkládáme návrh na jeho typologizaci. Následně představujeme možné typy reakcí veřejné moci na mimořádné škodlivé situace a vyhodnocujeme jejich přednosti a nedostatky. V návaznosti na toto hodnocení argumentujeme, že zakotvení výjimečného stavu v pozitivním právu je řešením, které přináší v případě vhodné regulace nejlepší rovnováhu mezi výše uvedenými protichůdnými požadavky. V další části *de lege ferenda* předvádíme dvoustupňový návrh na úpravu výjimečného stavu a formulujeme obecné principy jeho řádné regulace. Jelikož však i při náležitém zakotvení výjimečného stavu nelze vyloučit potřebu překročení pozitivního práva, hledáme v poslední pasáži odpověď na otázku, v jakých krizových situacích lze pokládat překročení pozitivního práva za oprávnitelné a na základě jakých právních důvodů.

Nelze zde zcela opominout skutečnost, že následující text byl předložen do recenzního řízení uprostřed pandemické krize, na kterou řada států, včetně ČR, reagovala zavedením mimořádného právního režimu, a to opakovaně v celkovém trvání několika měsíců. Ačkoli se studie vzhledem k této okolnosti zaměřuje na aktuální téma, není její ambicí hodnotit relevantní platnou právní úpravu a judikaturu a posuzovat, zda konkrétní kroky orgánů veřejné moci na pandemickou krizi byly náležité a přiměřené. Toto zkoumání mj. vzhledem k rozsahu textu ponecháváme pro možný budoucí článek. Naším cílem je představit základní rámec pro regulaci výjimečného stavu a vytyčit její vůdčí principy a předložit sérii argumentů ve prospěch teze, že tento rámec představuje v obecné rovině nejvhodnější dostupné řešení hlavolamu výjimečného stavu v právním státě.

1 Krize a právní stát

Právní stát můžeme přiblížit pomocí klíčového požadavku, že vládnout mají zákony, nikoli lidé.¹⁷ Mezi jeho hlavní znaky patří především zásady dělby moci a možnosti soudního přezkumu výkonu veřejné moci, právní jistoty, ochrany individuálních práv a svobod, vázanosti představitelů veřejné moci zákonným právem a princip, že veřejnou moc lze vykonávat pouze na základě zmocnění obsaženého v pozitivní normě a v jeho

¹⁷ K tomu srov. ale LAZAR, Nomi Claire. A Topography of Emergency Power. In: *Emergencies and the Limits of Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 156–171, s. 171. ISBN 9780511552021. Ta upozorňuje, že vždy vládnou (byť zprostředkovaně) lidé a že zákony se mohou v případě špatných vládců či veřejných činitelů stát nástrojem jejich moci.

mezích.¹⁸ V principu právní jistoty je obsažen požadavek předvídatelnosti průběhu sociálních událostí i zásahů do nich ze strany státu a naplňování legitimních očekávání. Zahrnuje jak zajištění jasnosti, určitosti a bezrozpornosti právních norem, tak efektivní vymáhání práva ze strany státu. K hlavním cílům právního státu patří garance ochrany určitých hodnot, které jsou z hlediska ideje ležící v základu jeho pojmu pokládány za klíčové. Jedná se především o zajištění bezpečnosti a svobody jednotlivců a ochrany jejich základních práv a dále o zachování vlastní existence státu jako nutné a logické podmínky uskutečnění všech ostatních cílů právního státu.¹⁹

Jednu z výzev pro právní stát představuje fenomén krize.²⁰ Právě na něm lze totiž ilustrovat pnutí inherentní samému pojmu právního státu stejně jako problematičnost požadavku, že vláda má být za všech okolností uskutečňována na základě obecných norem a nikoli formou arbitrárních rozhodnutí konkrétních osob. Napětí může vznikat mezi výše uvedenými cíli právního státu (např. zajištění bezpečnosti) či požadavkem na prosazení práva v empirické skutečnosti na jedné straně a na druhé straně zásadou, že veřejná moc smí být vykonávána pouze na základě kompetence a v mezích zákona. Lze si představit, že v konkrétní situaci nastane diskrepance mezi pravomocemi státních orgánů a kompetencemi, které se ukazují jako nutné k překonání krize, plnění úkolů státu a uskutečnění práva. To může mít za následek, že stát buďto nebude plnit své funkce a podstatné hodnoty nebudou ochráněny, nebo budou představitelé veřejné moci nuceni jednat *ultra vires* (pozitivní zakotvení výjimečného stavu může tento problém, jak uvidíme, zmírnit, nikoli však beze zbytku odstranit).

¹⁸ Ke znakům právního státu obecně srov. např. BADURA, Peter. *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland* 4. vyd. München: C. H. Beck, 2010, 1067 s., s. 369 a násl. ISBN 9783406601644; GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 7. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, 335 s., s. 216 a násl. ISBN 978-80-7380-652-1; ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft*. 13. vyd. München: C. H. Beck, 1999, 466 s., s. 295 a násl. ISBN 9783406382673.

¹⁹ Jak podotýká Gerloch: „*právo nemůže existovat bez státu a stát bez práva*“. GERLOCH, op. cit., s. 217.

²⁰ Krizi můžeme charakterizovat jako mimořádnou škodlivou faktickou situaci, která vzniká následkem nastavení mechanismů a pravidel fungování určitého systému, disfunkce jeho součástí, nedostatku kapacit či prostředků nebo kombinací těchto možností a která bez patřičné reakce hrozí vést k důsledkům, jež jsou z hlediska tohoto systému nežádoucí a mohou eventuálně dosáhnout katastrofálních rozměrů. K těmto důsledkům mohou patřit neschopnost garantovat hodnoty a statky chráněné daným systémem, neschopnost systému plnit své funkce, zhroucení systému nebo případně entity nesoucí tento systém, tzn. státu jako takového. Jedná se o zlomovou chvíli, během níž dochází ke kulminaci určitého negativního a potenciálně zhoubného vývoje. S přihlédnutím k etymologii slova krize, které pochází ze starořeckého slova *κρίσις* (k němu viz LIDDELL, Henry George a Robert SCOTT. *A Greek-English Lexicon*. 9. vyd. Oxford: Clarendon Press, 1996, 2446 s., s. 996. ISBN 978-0198642268), můžeme krizi rovněž přiblížit jako rozhodnou situaci, jež volá po přijetí (zásadní) decise, kterou je nezřídka třeba přijmout pod tlakem, v časové tísní a na základě omezeného množství informací. Kritická nebo krizová situace je i s ohledem na nutnost přijetí rozhodnutí spjata s pocitem ohrožení a (silné) nejistoty stran budoucnosti, rizikem a zpravidla nutností čelit dilematu, v němž jsou relevantní aktéři nuceni určitě hodnoty obětovat, aby ochránili jiné hodnoty nebo v krajním případě existenci systému jako takového. K pojmu krize srov. KOSELLECK, Reinhart. *Einige Fragen an die Begriffsgeschichte von „Krise“*. In: *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, s. 203–217. ISBN 978-3518584637; Srov. rovněž BELLING, Vojtěch. *Finanční krize a návrat suveréna. Několik myšlenek ke státoprávnímu kontextu Fiskálního paktu*. *AUC IURIDICA*, 2012, roč. 58, č. 1, s. 7–21, s. 8 a násl.

Toto napětí je v pojmu právního státu přítomno v obecné rovině. Uvažme například trestní právo. Pokud by policie směla příležitostně překročit zákonná omezení na způsob „drsného Harryho“, byla by pravděpodobně tu a tam s to účinněji ochránit některé hodnoty. Za tuto účinnost by však bylo nutno zaplatit cenu, kterou zastánci právního státu považují z dobrých důvodů za příliš vysokou. Jeho právní řád je nastaven tak, že nutně počítá s tím, že jím chráněné hodnoty budou čas od času v určité míře narušovány, protože zajištění vyšší úrovně ochrany by bylo vykoupeno porušením jiných důležitých hodnot. Normotvůrce je proto nucen poměřovat relevantní hodnoty a najít mezi nimi správnou rovnováhu.

Toto vážení hodnot procházející právním řádem je prováděno ve vztahu k předpokládané faktické situaci, kterou lze ve vztahu k němu označit jako „normální“.²¹ Rozdělení a omezení kompetencí je navrženo pro tuto rámcovou situaci na straně faktů,²² jež umožňuje utvářet efektivně sociální realitu v souladu s normami a jejich cíli, aniž by bylo nutné nadměrně zasahovat do práv a svobod občanů apod. Tento přístup je jednoznačně žádoucí. Pokud by totiž byl právní řád konstruován optikou extrému, nebyl by běžné situaci přiměřený. Z druhé strany se však klade otázka, zda mají být hranice navržené pro předpokládanou a zpravidla danou normální situaci bezvýhradně dodrženy i během kritických okamžiků.

Za mimořádných okolností mohou limity stanovené pro normální situaci znemožnit řešení krize a zabránit tomu, aby stát plnil své klíčové funkce.²³ V extrémních případech mohou veřejné orgány čelit dilematu, zda obětovat základní hodnoty chráněné právním řádem nebo překročit hranice stanovené právními normami. Norma v takové situaci zůstává sice formálně platná, může se však míjet se skutečností, jestliže abnormální situace znemožňuje, aby byla realita formována v souladu s ní.²⁴ Je-li tomu tak, zdá se, že prvním úkolem státu musí být obnovit normalitu, kterou tento řád předpokládá.

Pro další úvahy o řešení krizí v právním státě pokládáme za užitečné provést rozlišení různých druhů abnormálních situací, neboť nám umožní zvláště posuzovat různé typy škodlivých situací a odděleně zodpovídat otázku, zda jsou určité kroky představitelů veřejné moci v těchto případech právně ospravedlnitelné nebo nikoli. Co totiž může být v jednom případě pokládáno za legitimní, to může být v jiném případě oprávněně považováno za neakceptovatelné.

Budeme rozlišovat mezi:

1. narušením normality,
2. krizí,
3. existenční krizí.

²¹ Srov. SCHMITT, Carl. *Pojem politična*. 1. vyd. Brno – Praha: CDK – Oikoymenh, 2007, 124 s., s. 46. ISBN 978-80-7325-107-9; SCHMITT, Carl. *Politická theologie. Čtyři kapitoly k učení o suverenitě*. 1. vyd. Praha: Oikoymenh, 2012, 52 s., s. 15. ISBN 978-80-7298-401-5.

²² Srov. FLEINER, Fritz. *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1923, 813 s., s. 217.

²³ Srov. DOEHRING, 2000, op. cit., s. 202; Dále srov. FLOR, Georg. Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts. *Juristische Rundschau*, 1954, s. 125–128, s. 125.

²⁴ Srov. ISENSEE, 2020, op. cit., s. 11 a násl.

Pokud právní normy poskytují dostatečné pravomoci pro řešení škodlivé situace, nejedná se, přestože může být závažná, *stricto sensu* o krizi, nýbrž spíše o dílčí narušení normality.²⁵ Jakkoli je důležitou otázkou, jak široké kompetence mají být svěřeny představitelům veřejné moci a zda mají být v právním řádu obsaženy zvláštní kompetence určené pro abnormální situace, setkáváme se s mnohem zajímavějším problémem v okamžiku, kdy se překonání škodlivé situace ukazuje jako uskutečnitelné pouze za cenu prolomení práva. Teprve v těchto případech můžeme hovořit o krizi v pregnantním slova smyslu. Pokud je navíc ohrožena sama existence státu, můžeme pro odlišení tohoto případu specifického jeho objektem použít označení „existenční krize“. Takovou situaci můžeme pomocí klasické nauky o třech prvcích nutných pro bytí státu přiblížit tak, že se jedná o krizi, která bezprostředně ohrožuje existenci přirozeného obyvatelstva, teritoriální integritu státu nebo existenci moci schopné garantovat a účinně prosazovat právní řád.²⁶ Konkrétně se může jednat např. o revoluci, secesi nebo válku, alespoň hypoteticky si lze představit i dosud nenastalou pandemii, která by byla natolik agresivní, že by byla způsobila vymýtit podstatnou část obyvatelstva.

2 Pojem výjimečného stavu

Za účelem minimalizace pravděpodobnosti, že budou představitelé veřejné moci čelit během krizových situací výše uvedenému dilematu, obsahují právní řády zpravidla speciální právní režimy, které můžeme v souladu s jazykovým územ označit jako „výjimečné stavy“. Je přitom třeba neztratit ze zřetele, že „výjimečný stav“ není, na rozdíl od slov jako „krize“ nebo „mimořádná situace“, označením pro abnormální škodlivou situaci, nýbrž pro právní institut,²⁷ skrze který dochází po jeho vyhlášení k dočasné (dílčí) suspendaci nebo modifikaci pozitivního práva za účelem překonání krize a obnovení normální situace. Výjimečný stav je tedy sice bytostně svázán s krizí, která ospravedlňuje jeho vyhlášení, avšak není s ní identický.²⁸

Právě řečené přivádí na světlo paradoxní logiku výjimečného stavu, jenž dočasně napadá určitý předmět ochrany, aby mohl být tento nebo jiný předmět zabezpečen.²⁹ Jak říká

²⁵ Srov. KLEIN, Eckart. Der innere Notstand. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VII. Heidelberg: C. F. Müller, 1992, s. 387–413, s. 388. ISBN 3-8114-1290-6.

²⁶ Srov. k tomu JELLINEK, Georg. *Všeobecná státověda*. Praha: Laichter, 1906, 866 s., s. 412 a násl.

²⁷ Srov. FORSTHOFF, op. cit.

²⁸ V odborné literatuře je pojem „výjimečný stav“, ale také „nouzový stav“, nezdědka nevhodně používán pro označení dvou různých významů, totiž krize na jedné straně a právního institutu pro její řešení na straně druhé. Na tuto nedostatečnost správně upozorňuje např. BELLING, Vojtěch. Výjimečný stav a hranice právního státu. *Právník*, 2018, roč. 157, č. 3, s. 200–220, s. 203 a násl.; Tezi můžeme doložit např. zde ZIPPELIUS, Reinhold a Thomas WÜRTEMBERGER. *Deutsches Staatsrecht*. 32. vyd. München: C. H. Beck, 2008, 658 s., s. 586. ISBN 9783-406570551.

²⁹ Isensee zastává např. tezi, že pokud je aktuální většina proti demokracii, může být legitimní ve jménu demokracie dočasně etablovat vládu menšiny. Srov. ISENSEE, Josef. *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995, 106 s., s. 97. ISBN 978-3-322-98765-5.

koncizně Triepel o diktatuře, kterou v souladu s tehdejším použitím tohoto pojmu chápe jako synonymum výjimečného stavu:

„*Vě své nejvnitřnější podstatě je diktatura ústavní anomálií. Zvláštní dialektika této instituce spočívá v tom, že to, co má chránit, musí, a tudíž také – v rámci účelu diktatury – smí napadnout, a to právě z toho důvodu, aby to ochránila.*“³⁰ [překlad aut.]

Podobnou souvislost má na mysli Schmitt, když konstatuje, že platnost normy je během výjimečného stavu suspendována v zájmu jejího uskutečnění neboli v zájmu nastolení podmínek, za nichž je možné formovat sociální skutečnost v souladu s normou a právo vymáhat.³¹

Uvedené tři základní atributy výjimečného stavu, totiž (částečnou) suspendaci nebo modifikaci práva, dočasnost a teleologickou vázanost, nacházíme již v římské diktatuře a můžeme je rozdělit do dvou kategorií. Zatímco první znak nositeli moci něco dovoluje, zbylé dva znaky jsou naopak restriktivní. Platí přitom, že jejich cílem je kompenzovat účinky znaku prvního. Právě tato kompenzace činí výjimečný stav v principu slučitelným s právním režimem státu, jehož principy jsou během něj modifikovány.³² Pokud by totiž výjimečný stav např. nebyl dočasný, nejednalo by se vůbec o případ výjimečného vládnutí, nýbrž o instalaci nového řádu.³³

Pokud jde o nástroje výjimečného stavu, mohou mít jak procedurální, kompetenční a organizační (změna způsobu přijímání rozhodnutí, koncentrace moci, zrychlení procesu přijímání legislativních aktů apod.), tak i materiální povahu (zásahy do základních práv a svobod atd.).

Předmět kontroverze mohou představovat případy, kdy jsou mimořádné kompetence svěřeny veřejné moci prostřednictvím *lex specialis*, aniž by bylo nutné formálně vyhlásit výjimečný stav, jako je tomu typově např. v zákoně o ochraně veřejného zdraví.³⁴ K této problematice *en passant* a spíše v obecné rovině poznamenáváme, že speciální ustanovení určená k řešení mimořádných situací, která mohou rozšiřovat kompetence např. ministra nebo dokonce nevoleného funkcionáře, aniž by bylo třeba vyhlášení výjimečného stavu ze strany orgánu s dostatečně silnou demokratickou legitimitou, lze pokládat za přijatelná

³⁰ TRIEPEL, Heinrich. Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs im Verfassungsstreite zwischen Preußen und dem Reiche – Ein Schlusswort. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1932, roč. 37, č. 24, s. 1501–1508.

³¹ Srov. SCHMITT, Carl. *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. 7. vyd. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, 257 s., s. XVII. ISBN 3-428-07940-X.

³² Srov. MANIN, op. cit.

³³ Pro přehled historického vývoje institutu výjimečného stavu srov. např. AGAMBEN, Giorgio. *The State of Exception*. 1. vyd. Chicago: University of Chicago Press, 2005, 104 s., s. 11 a násl. ISBN 978-0226009254; Dále srov. SCHEPPELE, Kim Lane. Legal and Extralegal Emergencies. In: *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, 2008, s. 165–186. ISBN 978-0199585571.

³⁴ Viz § 69 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů. K tématu obecně srov. DIENSTBIER, Jakub, Viktor DERKA a Filip HORÁK. Ústavnost mimořádných opatření podle zákona o ochraně veřejného zdraví. *Právník*, 2020, roč. 159, č. 5, s. 417–432.

jen pro reakci na méně závažné izolované a druhově relativně úzce vymezené hrozby, resp. mimořádné situace, jež nevyžadují kroky s dalekosáhlými dopady. Akty zasahující do základních práv a svobod by měly v demokratickém právním státě podléhat soudní a zejména v případech významných zásahů rovněž parlamentní kontrole a pravidelnému přezkumu, který efektivně zajišťuje např. institut časové limitace omezení základních práv a svobod. Řešení skutečně mimořádných situací by mělo být vázáno na výjimečný stav a jeho vyhlášení a svěření do rukou orgánů s dostatečnou demokratickou legitimitou. Nemělo by se zakládat na „kryptických výjimečných stavech“, které jsou do právního řádu včleněny formou speciálních ustanovení a působí dojmem, že jsou více nebo méně součástí práva pro běžné situace.

Při pohledu na odbornou literaturu je patrné, že diskuse o výjimečném stavu zažila po útocích, k nimž došlo 11. září 2001, mimořádnou konjunkturu. Řada autorů na vlně zájmu o tento institut předložila různé více nebo méně výstižné typologie reakcí na abnormální škodlivé situace a přístupů k výjimečnému stavu. Za referenční můžeme označit zejména studie předložené Ferejohnem a Pasquinem na jedné straně a Grossem na straně druhé, jakkoli se můžeme v dané oblasti setkat i s dalšími zajímavými kategorizacemi.³⁵

Nutno však říci, že nemálo recentních studií má sklon se soustředit na různé přístupy k „výjimečnému stavu“ jako relativně monolitickému konceptu a nevěnuje náležitou pozornost otázce, jaké druhy výjimečných stavů a škodlivých situací můžeme podle relevantních kritérií odlišovat, jaká jsou s různými druhy výjimečných stavů spjata rizika a za jakých okolností lze uchýlení se k nim pokládat za ospravedlnitelné. Právě rozlišení různých druhů výjimečných stavů budeme proto nyní věnovat pozornost.

K základním atributům výjimečného stavu patří, že se jedná o zvláštní právní režim vně hranic určitého řádu. Pro základní klasifikaci výjimečných stavů je užitečné si položit otázku, mimo jaký právní řád se nacházejí a v rámci jakého naopak setrvávají, resp. uvnitř kterého právního řádu nalézají svůj právní fundament. Podle tohoto kritéria můžeme provést distinkci mezi výjimečnými stavy, které

1. jsou zakotveny v pozitivním právním řádu,
2. se neopírají o pozitivní právo, nýbrž o nadpozitivní právní principy, resp. suverenitu politické jednoty.

³⁵ Srov. PASQUINO, Pasquale a John FEREJOHN. The Law of Exception. A Typology of Emergency Powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2004, roč. 2, č. 2, s. 210–239. DOI <https://doi.org/10.1093/icon/2.2.210>; Dále srov. GROSS, Oren. Chaos and Rules. Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional? *The Yale Law Journal*, 2003, roč. 112, s. 1011–1134; Pro typologii z pera autora, jenž vychází z tradice kontinentálního práva, srov. JAKAB, András. Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstandes. Eine deutsche Problematik mit ausländischen Augen. *Kritische Justiz*, 2005, roč. 38, č. 3, s. 323–336; Přehled různých typologií a přístupů podává v rámci tuzemského bádání BELLING, 2018, op. cit.

Zatímco první typ výjimečného stavu se nachází mimo právní řád určený pro normální situace, avšak zůstává uvnitř pozitivního práva a zakládá se na něm,³⁶ druhý typ se nachází mimo něj.

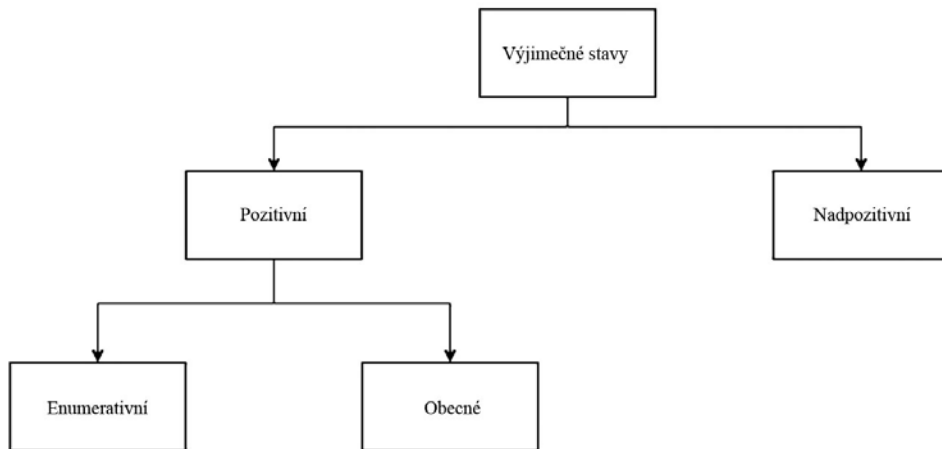
V případě pozitivně upraveného výjimečného stavu pak můžeme podle způsobu regulace rozlišit mezi výjimečnými stavy:

1. enumerativními,
2. obecnými.

Příslušné preskripce budou zpravidla obsahovat neurčité právní pojmy na straně normy stanovující skutkové předpoklady pro vyhlášení výjimečného stavu, např. veřejný pořádek a bezpečnost,³⁷ svobodné demokratické zřízení,³⁸ demokratické základy,³⁹ porušení řádného chodu ústavních orgánů veřejné moci apod.⁴⁰

Rozdíl mezi výše uvedenými výjimečnými stavy je proto třeba hledat spíše na straně normy, jež upravuje právní následky. Zatímco v prvním případě jsou relativně podrobně opsány mimořádné kompetence pro určitou krizovou situaci, práva, do nichž smí veřejná moc zasáhnout atd., ve druhém případě jsou hranice konání představitelů veřejné moci stanoveny méně restriktivně prostřednictvím generální klauzule.⁴¹

Diagram č. 1: Typologie výjimečných stavů



Zdroj: autor

³⁶ Někteří autoři proto hovoří o dvou ústavách, jedné pro normální situace a druhé pro situace mimořádné. Srov. např. ACKERMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *The Yale Law Journal*, 2004, roč. 113, č. 5, s. 1029–1091.

³⁷ Srov. čl. 35 ZZ.

³⁸ Srov. čl. 91 ZZ.

³⁹ Srov. čl. 7 odst. 1 ústavního zákona č. 110/1998 Sb., o bezpečnosti České republiky.

⁴⁰ Srov. čl. 16 francouzské ústavy.

⁴¹ Srov. např. čl. 16 francouzské ústavy nebo čl. 28 odst. 3 bod 2 irské ústavy.

Existující právní řády přistupují k výjimečnému stavu a jeho regulaci různě. Některé státy na ústavní úrovni výjimečný stav v pregnantním slova smyslu buď neobsahují a spoléhají spíše na nadpozitivní výjimečný stav (Švýcarsko),⁴² nebo se významně opírají o teorii tzv. „implicitních pravomocí“ (USA).⁴³ Jiné obsahují regulaci obecného výjimečného stavu (Irsko), diferencovanou soustavu enumerativních výjimečných stavů (Německo) nebo jejich kombinaci (Francie).⁴⁴

3 Možné způsoby reakce představitelů veřejné moci na mimořádné škodlivé situace a jejich posouzení

Abychom mohli fundovaně posoudit, zda je zakotvení výjimečného stavu v pozitivním právu žádoucí, představíme různé možné scénáře reakcí na škodlivé situace v právním státě. Následně budeme zkoumat, jaké mají přednosti a nedostatky a který z nich bychom na základě jejich posouzení měli chápat jako preferovanou variantu.

V případě mimořádné škodlivé situace si lze přinejmenším teoreticky představit sedm základních scénářů.⁴⁵

1. Pozitivní nouzová pravomoc pro potřebné kroky je explicitně dána a příslušná autorita je realizuje.

⁴² Je však třeba zmínit ústavní zakotvení možnosti přijímat nařízení s mocí zákona a čl. 173 odst. 1 písm. c), čl. 184 odst. 3 a čl. 185 odst. 2 švýcarské ústavy. Nutno dále uvést, že ve švýcarském případě hraje nikoli nepodstatnou roli jeho federální uspořádání. Ohledně tzv. *Vollmachtenregime* aplikovaného během obou světových válek uvádíme, že se sice zakládal na usnesení parlamentu, ten však nebyl k přijetí příslušného rozhodnutí ústavou zmocněn. Jediným možným právním základem tedy bylo nadpozitivní právo, na čemž se švýcarská právní věda shoduje.

⁴³ Srov. k tomu např. DOEHRING, Karl. Das Staatsnotrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika. In: *Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Großbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika*. Köln – Berlin: Carl Heymanns, 1955, s. 209–249.

⁴⁴ V Základním zákoně nacházíme kromě dalších institutů mimořádné právní režimy dle čl. 35 odst. 2 věta první, čl. 35 odst. 2 věta druhá a čl. 35 odst. 3 (*Katastrophennotstand*), čl. 80a odst. 1 (*Zustimmungsfall*, *Spannungsfall*), čl. 80a odst. 3 (*Bündnisfall*), čl. 81 (*Gesetzgebungsnotstand*), čl. 91 odst. 1 a čl. 91 odst. 2 (*innerer Notstand*) a čl. 115a až 115l (*Verteidigungsfall*). Relevantní jsou nicméně i některá další ustanovení, např. čl. 87a odst. 4 upravuje nasazení ozbrojených sil uvnitř státu v rámci vnitřního nouzového stavu, čl. 9, čl. 18 a čl. 21 umožňují zákaz spolků a politických stran a propadnutí taxativně vymezeného okruhu základních práv atd. Specifickou kategorií je pak právo na odpor dle čl. 20 odst. 4; K obecné charakteristice německé soustavy určené k řešení krizí viz např. DOEHRING, 2000, op. cit., s. 209; Dále srov. KHAKEE, Anna. Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe. Geneva Center for the Democratic Control of Armed Forces. *Policy Paper*, 2009, č. 30, s. 8, 21 a násl.; Komparaci právních řádů předkládá kromě dalších např. KYSELA, Jan. Nad jedním z „bezpečnostních aspektů“ ústavního pořádku ČR. K výkladu a aplikaci čl. 43 Ústavy. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2003, roč. 11, č. 2, s. 89–107, s. 91 a násl.; V případě Francie je v čl. 16 ústavy obsažen obecný výjimečný stav (*pouvoirs exceptionnels du président*), který je doplněn na ústavní a podústavní rovině enumerativními výjimečnými stavy. Na ústavní úrovni se jedná o stav obležení dle čl. 36 (*état de siège*). Na úrovni prostého zákona pak o stav nouze (*état d'urgence*) zakotvený roku 1955 a nově od roku 2020 o zdravotní stav nouze přijatý v reakci na krizi způsobenou pandemií COVID-19 (*état d'urgence sanitaire*). Irská ústava kromě obecného výjimečného stavu dle čl. 28 odst. 3 bod 2 obsahuje jen dílčí ustanovení pro případ nouze v čl. 15 odst. 8 a čl. 24 odst. 1.

⁴⁵ Při formulování těchto scénářů jsem volně vycházel z různých pozic a přístupů představených např. Grossem či Ferejohnem a Pasquinem a dalšími autory. Srov. GROSS, op. cit.; Dále srov. PASQUINO, FERREJOHN, op. cit.

2. Pozitivní nouzová pravomoc pro potřebné kroky je explicitně dána a příslušná autorita na základě své diskrece či v rozporu s právní povinností nejedná (případně nejedná proto, že z nějakých důvodů jednat nemůže).⁴⁶
3. Pozitivní nouzová pravomoc není explicitně dána a realizace potřebného jednání je právně ospravedlněna extenzivním výkladem (a) norem pro běžnou situaci (monistická varianta) nebo (b) norem určených pro mimořádné situace (dualistická varianta).
4. Pozitivní nouzová pravomoc není *ex ante* explicitně dána a je svěřena normou na rovině zákona či ústavního zákona přijatého tváří v tvář krizi.⁴⁷
5. Pozitivní nouzová pravomoc není explicitně dána a realizace potřebného jednání je ospravedlněna odvoláním na nadpozitivní právní principy s tím, že bude argumentováno, že jednání bylo sice *nelegální*, avšak *legitimní*. K těmto principům mohou patřit např. právo státu na sebezáchovu, zásada *necessitas legem non habet*, *maxima salus populi suprema lex esto* apod.⁴⁸ Do této kategorie spadá rovněž Lockova teorie prerogativy a přístupy, podle nichž by reakce na krizové situace měly být otevřeně realizovány *praeter legem* nebo *contra legem*.⁴⁹ V tomto scénáři lze uvažovat o zpětné legalizaci či aprobaci příslušných kroků nebo *ex post* indemnité pro představitele veřejné moci. Ti v takovém případě konají s více či méně pravděpodobným očekáváním, že jejich jednání bude legalizováno nebo sankcionováno. Toto stanovisko, zastávané např. Grossem nebo Lübbe-Wolff, zařazují do pátého scénáře, neboť lze mít důvodné pochybnosti o tom, že by představitelé veřejné moci kdy veřejně tvrdili, že jejich jednání ve skutečnosti nemělo právní základ, byť nadpozitivní.⁵⁰
6. Pozitivní nouzová pravomoc není explicitně dána a představitelé státní moci příslušně konání neuskuteční z toho důvodu, že pro toto jednání neexistuje zákonné zmocnění.
7. Pozitivní nouzová pravomoc pro potřebné kroky je explicitně dána, avšak ty jsou nakonec realizovány na jiném právním základu – uvést lze zvláštní *ad hoc* normativní akty přijaté tváří v tvář krizi, extenzivní výklad norem, nadpozitivní právo apod.

⁴⁶ V takovou chvíli se samozřejmě klade otázka, zda je ospravedlnitelné, aby potřebné kroky provedl jiný orgán i bez jasného zmocnění, což nás přivádí k vybraným ostatním scénářům (scénáře 3, 4, 5 a 7).

⁴⁷ Touto cestou byly svěřeny mimořádné kompetence např. F. D. Rooseveltovi pro reakci na Velkou hospodářskou krizi. Srov. k tomu AGAMBEN, op. cit., s. 21.

⁴⁸ Ke konceptu „Not kennt kein Gebot“ viz např. klasický text KOHLER, Josef. *Not kennt kein Gebot. Die Theorie des Notrechtes und die Ereignisse unserer Zeit*. Berlin – Leipzig: Rothschild, 1915, 39 s.; K formulaci *salus populi suprema lex esto* srov. CICERO, Marcus Tullius. *O zákonech*. 1. vyd. Praha: Oikoymenth, 2017, 201 s., s. 141. ISBN 978-80-7298-173-1.

⁴⁹ K Lockeovi srov. LOCKE, John. *Druhé pojednání o vládě*. 2. vyd. Praha: Svoboda, 1992, 184 s., s. 125 a násl. ISBN 80-205-0222-X; Srov. dále KYSELA, Jan. Právo jako relativně uzavřený systém a dvojí pojetí výjimečného stavu. Předběžné ohledání schmittovského tématu. In: *Výjimečné stavy a lidská práva*. Praha: Auditorium, 2016, s. 19–39, s. 26 a násl. ISBN 978-80-87284-57-5.

⁵⁰ Srov. GROSS, op. cit.; Dále srov. LÜBBE-WOLFF, Gertrude. Rechtsstaat und Ausnahmerecht. Zur Diskussion über die Reichweite des § 34 StGB und über die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Regelung des Ausnahmezustandes. *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, 1980, roč. 11, č. 1, s. 110–125; V podobném duchu rovněž COLE, David. Judging the Next Emergency. Judicial Review and Individual Rights in Times of Crisis. *Michigan Law Review*, 2003, roč. 101, č. 8, s. 2565–2595, s. 2589.

Při posuzování těchto scénářů, resp. eventuálně přístupů, které je považují za preferovanou variantu, je třeba mít na paměti, že neexistuje žádné stanovisko k řešení krizi a výjimečnému stavu, jež bychom mohli z hlediska zájmu na zachování existence právního státu a státu jako takového označit za neproblematické. Existují pouze přijatelnější a méně přijatelné varianty.

Problémem scénářů dva a šest je skutečnost, že stát neplní své klíčové funkce a není schopen chránit některé ze základních hodnot, v krajním případě svou vlastní existenci. Tento přístup můžeme zjednodušeně shrnout klasickou formulí „ať se stane spravedlnost, i kdyby měl při tom zhynout svět“ (*fiat iustitia pereat mundus*).⁵¹ V uvedených scénářích budou tyto hodnoty muset být obětovány ve prospěch rigidního lpění na formálních elementech právního státu.⁵² Neplnění funkcí a povinností státu, k nimž patří již od Hobbesa v první řadě garance vnitřního míru a bezpečnosti, může oslabit důvěru občanů ve stát, mít destabilizující účinky a potenciálně vést k poklesu poslušnosti na straně obyvatelstva. Klíčovou úlohou moderního státu je chránit občany a jejich životy a zajistit bezpečí neboli prostředí bez nadměrného strachu a starosti o život, jak můžeme dovodit i z etymologie latinského slova *securitas* (absence starosti, volnost od starosti).⁵³ Jak podotkl výstižně Schmitt, zásada *protego, ergo obligo* je pro moderní stát stejně určující jako *cogito, ergo sum* pro moderní filosofii.⁵⁴ Je však evidentní, že pokud má stát moci tuto roli plnit, musí v první řadě existovat.⁵⁵

Ke scénáři šest uvádíme, že absence explicitního právního základu pro potřebné kroky s největší pravděpodobností během krize nepovede k nekonání a respektování právních mezí. Spíše bude mít za následek nelegální jednání státních orgánů, které se bude patrně těšit podpoře veřejnosti a u něhož hrozí riziko, že bude disproporční nastalé situaci, resp. tváří v tvář krizi bude pravděpodobněji realizován třetí, čtvrtý či pátý scénář. Není bez zajímavosti, že nelegální konání by v krizové situaci narazilo zřejmě i na podporu nezanebatelné části odborné veřejnosti, jak lze doložit např. údajným výrokem Dietera Hömiga, soudce Spolkového ústavního soudu. Ten měl v kontextu judikátu Spolkového ústavního soudu k § 14 odst. 3 zákona o bezpečnosti letového provozu (*Luftverkehrsgesetz*) vyjádřit naději, že v případě útoku vezmou relevantní orgány odpovědnost za protizákonné

⁵¹ Srov. FRIED, Charles. *Right and Wrong*. Cambridge (MA) – London: Harvard University Press, 1978, 226 s., s. 10. ISBN 0-674-76905-8.

⁵² Kriticky k tomu např. Jefferson. Srov. JEFFERSON, Thomas. Letter to John. B. Colvin, September 20, 1810. In: *The Works of Thomas Jefferson, XI*. New York – London: G. P. Putnam's Sons, 1905, s. 146–150, s. 146.

⁵³ Srov. HAMILTON, John. *Security. Politics, Humanity, and the Philology of Care*. 1. vyd. Princeton – Oxford: Princeton University Press, 2013, 116 s., s. 5. ISBN 978-0-691-15752-8.

⁵⁴ Srov. SCHMITT, 2007, op. cit., s. 53.

⁵⁵ Srov. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, II*. 1. vyd. München: C. H. Beck, 1980, 1544 s., s. 1513. ISBN 3-406-07018-3.

konání na sebe a prostě provedou to, co „je třeba udělat“.⁵⁶ Obecně je správný Anselmův postřeh, že „*neexistuje vláda, která by v případě, kdy se jedná o otázku života a smrti národa, dala přednost právním skrupulím před tím, co je nutné pro existenci národa.*“⁵⁷ [překlad aut.]

Se třetím ze scénářů je spojena hrozba deformace právního řádu pro normální situace a jeho kontaminace pohledem na právo v době krize, která může vést k postupné erozi hranice mezi právní normalitou a právní výjimkou. Pokud bude právo pokřivené výkladem provedeným z perspektivy krize aplikováno v normálním případě, nebude plnit tu funkci, kterou původně za normálních okolností plnilo a plnit mělo.⁵⁸

Jakkoli se čtvrtý scénář zdá nabízet dostatečnou flexibilitu, je vystaven riziku, že přijatá legislativa bude pod dojmem bezprostředně vnímaného nebezpečí a tlaků ze strany veřejnosti vůči krizové situaci neadekvátní např. proto, že zákonodárce má v době krize sklon reagovat přehnaně a svěřit exekutivě širší kompetence, než by pro její zvládnutí byly nezbytné.⁵⁹ Podobně jako v předchozím scénáři existuje i zde riziko kontaminace právního řádu, v tomto případě krizovou legislativou. Třebaže existují nástroje způsobilé toto riziko snížit, např. tzv. „ustanovení o skončení platnosti“ (*sunset clauses*),⁶⁰ může být s jejich pomocí pouze zmírněno.⁶¹ V úvahu je třeba brát rovněž hranice dané ústavou, které nelze překračovat formou prostého zákona. V krizi by tak mohlo být zapotřebí přijetí ústavního zákona, což by v systémech s rigidními ústavami mohlo vést k materializaci hrozby, že nebude včas nalezena shoda atd.

Pátý z uvedených scénářů v sobě na první pohled nese silná rizika. Vzhledem k neurčitosti nadpozitivních právních principů otevírá státním orgánům velmi široké pole pro jednání, prolamuje přinejmenším potenciálně klíčové principy právního státu a zakládá problematický precedent, že pokud si to situace žádá, nemusí být pozitivní právo respektováno, což může teoreticky vést směrem k anarchii nebo naopak „absolutnímu“ státu.⁶² Předmětem sporů samozřejmě může být, v jakých situacích je možné pokládat nelegální kroky za legitimní. Realizace tohoto scénáře jde proti elementární struktuře právního státu a eroduje jeho základy. Pravděpodobnost, že bude nutné se k němu uchýlit, je proto

⁵⁶ Srov. HILLGRUBER, Christian a Uwe VOLKMANN. Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2008, č. 67, s. 7–128, s. 38.

⁵⁷ ANSELME, Pierre. Du respect de la légalité en cas de péril national. *Revue critique de la législation et de jurisprudence*, 1910, č. 39, s. 529–539, s. 536.

⁵⁸ Srov. HESSE, Konrad. Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes. *Juristenzeitung*, 19. 2. 1960, s. 105–108.

⁵⁹ Srov. SCHRÖDER, op. cit., s. 122.

⁶⁰ K institutu a jeho historickému vývoji srov. KOUROUTAKIS, Antonios Emmanouil. *The Constitutional Value of Sunset Clauses. An Historical and Normative Analysis*. 1. vyd. London – New York: Routledge, 2018, 188 s. ISBN 978-1138366756.

⁶¹ Srov. GROSS, op. cit., s. 1090.

⁶² Srov. k tomu MACHIAVELLI, Niccolò. *Vlády a státy. Úvahy o jejich vzniku, trvání a upadání (Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio)*. Zlín: Tisk, 1939, 578 s., s. 141.

třeba redukovat na minimum. Jakákoli regulace, byť i zakotvená formou generální klauzule na straně právních následků normy, představuje ve srovnání s tímto scénářem omezení výjimečného stavu.⁶³

Jedním z problémů tohoto scénáře je jeho evidentní napětí s principem právní jistoty a zásadou vázanosti představitelů veřejné moci pozitivním právem, resp. enumerativností veřejnoprávních pretenzí. Dalším problémem je, že zde nejsou poskytnuty právní záruky, že relevantní aktéři neprovedou změny daného systému a výjimečného stavu nezneužijí. Právě řečené platí i pro subvarianty počítající s *ex post* posuzováním kroků učiněných během výjimečného stavu, které se neopírají o normy pozitivního práva. Představitelé veřejné moci totiž mohou v rámci svého mimoprávního konání (ve smyslu pozitivního práva) provést úkony, které učiní zpětnou kontrolu jejich vládnutí problematickou či nemožnou. Můžeme si hypoteticky představit, že jedním z prvních kroků aktérů ve výjimečném stavu bude znemožnění soudního přezkumu přijímaných opatření (např. prostřednictvím změny personálního obsazení soudů), zajištění indemnity, paralyzace opozice zastoupené v parlamentu apod.⁶⁴ I když se může kontrola výkonu veřejné moci ze strany veřejnosti jevit nadějně, má i ona své citelné limity dané potenciální lhostejností občanů a možnostmi propagandy, manipulace a sugesce v době masových sdělovacích prostředků.

Jakkoli se může zdát ve světle výše řečeného zakotvení výjimečného stavu do pozitivního právního řádu logické,⁶⁵ existují autoři, kteří při východisku z různých teoretických a metodologických pozic předkládají relevantní argumenty proti inkorporaci výjimečného stavu do pozitivního práva a proti snaze zajistit, aby ústava nebyla toliko předpisem pro „hezké počasí“.⁶⁶ Jelikož zde budeme argumentovat ve prospěch regulace výjimečného stavu, budeme věnovat zvýšenou pozornost právě argumentům pro a proti jeho zakotvení do právních předpisů.

Jedním z hlavních argumentů proti zakotvení výjimečného stavu je, že může být zneužit a že legalizuje instrumenty, které mohou být použity k odstranění (demokratického) právního státu.⁶⁷ Tento argument má nepochybně pádnost a je třeba jej brát vážně.

⁶³ Srov. BÖCKENFÖRDE, op. cit., s. 1883; BELLING, 2018, op. cit., s. 208; Při formulaci výše uvedených tvrzení (především posledních tří vět) vycházím zejména z textů těchto dvou autorů.

⁶⁴ Srov. BELLING, 2018, op. cit., s. 218.

⁶⁵ Zakotvení mimořádných právních režimů obhajuje již Machiavelli: „*Tam, kde podobné zákonné ustanovení neexistuje, se republika buď rozpadne, anebo musí zákon na poslední chvíli změnit, a to je vždycky nebezpečný precedent.*“ MACHIAVELLI, Niccolò. *Úvahy o vládnutí a o vojenství*. 1. vyd. Praha: Argo, 2001, 343 s., s. 64. ISBN 80-7203-391-3.

⁶⁶ Srov. k tomu HESSE, 1960, op. cit., s. 108; Dále srov. KAISER, Anna-Bettina. *Ausnahmeverfassungsrecht*. 1. vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2020, 416 s., s. 10. ISBN 978-3-16-156412-3; K tématu obecně srov. STERN, op. cit., s. 1302 a násl.

⁶⁷ Dyzenhaus se staví proti inkorporaci „šedých děr“, které jsou podle něj ve skutečnosti černými dírami, do práva. Dyzenhaus tvrdí, že „[a] little bit of legality can be more lethal to the rule of law than none“. DYZENHAUS, David. Schmitt v. Dicey. Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order? In: *Cardozo Law Review*, 2006, roč. 27, č. 5, s. 2005–2040, s. 2027. Pojem šedé díry v právu Dyzenhaus přibližuje na s. 2018.

Jeho problémem nicméně je, že ke stejnému důsledku může vést i chybějící regulace výjimečného stavu nebo absence vůle nástroje určené pro mimořádné situace použít.⁶⁸ Oberreuter správně poznamenává, že tento argument zaměňuje příčinu a následek (možná by bylo trefnější říci: příčinu a prostředek).⁶⁹ Pokud významné sociální síly usilují o destrukci právního státu, není nutné, aby za tímto účelem využily výjimečného stavu. K dispozici je řada jiných prostředků. Poukázat můžeme např. na formálně legální převzetí moci Hitlerem v roce 1933 a skutečnost, že kompetence zakotvené v čl. 48 výmarské říšské ústavy nebyly použity k zabránění této události (zvažováno bylo také rozpuštění Říšského sněmu a *contra constitutionem* odložení voleb na neurčito).⁷⁰ Vzpomenout lze také události v Československu v únoru 1948. V obou případech se setkáváme se Schmittem popsanou „legální revolucí“ (bylo by lze hovořit také o „paradoxu neomezené demokracie“),⁷¹ při níž strany využívají legálních možností k tomu, aby odstranily stávající řád a nastolily místo něj řád nový.⁷² Výjimečný stav je v tomto kontextu přinejhorším dvousečným, nikoli bez dalšího negativním institutem.

Z druhé strany je kvůli obavám z případné neefektivnosti pozitivně upraveného výjimečného stavu vznášen proti jeho kodifikaci argument, že nemá být regulován kvůli nahodilosti a nekonečné rozmanitosti skutečnosti, kterou nelze předvídat.⁷³ I tento argument má svou váhu. Je nepochybně pravdou, že není možné předvídat v právních normách všechny situace, které mohou nastat. Již Rousseau koncizně uvedl, že „*velmi nutná předvídatost je uvažovatí, že nelze vše předvídat.*“⁷⁴

Bylo by však unáhlené a nepřiměřené dospět k závěru, že se nemáme snažit krize v maximální možné míře v právním řádu anticipovat. Z faktu, že není možné předvídat vše, jistě neplyne, že nemáme předvídat nic. Pokud vhodná regulace chybí, znamená

⁶⁸ Agambenova teze, podle níž „*the end of the Weimar Republic clearly demonstrates that [...] a protected democracy is not a democracy at all, and that the paradigm of constitutional dictatorship functions instead as a transitional phase that leads inevitably to the establishment of a totalitarian regime*“ (AGAMBEN, op. cit., s. 15), je dle mého soudu očividně silně zjednodušující a chybná a nerefektuje skutečnost, že právě „ústavní diktatura“ může být nástrojem, který v určitých případech může ustavení totalitárního režimu efektivně zabránit.

⁶⁹ Srov. OBERREUTER, Heinrich. *Notstand und Demokratie. Vom monarchischen Obrigkeitens- zum demokratischen Rechtsstaat*. 1. vyd. München: Vögel, 1978, 374 s., s. 3. ISBN 978-3920896335.

⁷⁰ Srov. k tématu BERTHOLD, Lutz. *Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am Ende der Weimarer Republik*. 1. vyd. Berlin: Duncker & Humblot, 1999, 94 s. ISBN 978-3428099887.

⁷¹ Viz k tomu SOBEK, Tomáš. *Právní myšlení. Kritika moralismu*. 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011, 620 s., s. 405 a násl. ISBN 978-80-7380-311-7.

⁷² Ke konceptu „legální revoluce“ srov. SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*. 8. vyd. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, 98 s., s. 28 a násl. ISBN 978-3428138449; K popisu února 1948 jako legální revoluce viz SCHMITT, Carl. Vorwort. In: SCHMITT, 2003, op. cit., s. 7–8.

⁷³ Srov. KLEIN, op. cit., s. 388.

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O společenské smlouvě neboli o zásadách státního práva*. Reprint 1. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2002, 157 s., s. 138. ISBN 80-86473-10-4; Viz také HAMILTON, Alexander. Federalista č. 23. In: *Listy federalistů. Soubor esejí psaných na podporu nové Ústavy předložené federálním sborům 17. září*. 2. vyd. Olomouc: Vydavatelství Univerzity Palackého, 1994, 537 s., s. 137–140. ISBN 80-7067-390-7.

to v případě (vážné) krize jednoduše to, že díl odpovědnosti je přesunut od zákonodárce na jiné orgány, které jsou hnány mimo mantinely pozitivního práva a tlačeny k přijetí rozhodnutí, jež nemají oporu v zákonném zmocnění (nebo že zákonodárce musí překotně a pod tlakem přijmout nouzovou legislativu).⁷⁵ Není-li výjimečný stav reglementován, zůstává v právním řádu mezera nepokrytá pozitivním právem, což přispívá k pravděpodobnosti sociální akceptace nelegálních (ve smyslu pozitivního práva) kroků realizovaných orgány veřejné moci, které mohou být situaci nepřiměřené. Kodifikace výjimečného stavu navíc nemusí vést ke konzumpci nadpozitivního výjimečného stavu. Pokud odvolání se na něj zůstává v principu v mezní situaci k dispozici jako možnost, ztrácí předmětný argument zásadně na přesvědčivosti.

Nutno rovněž zmínit problém „předpokladu separace“, na který klade důraz Gross.⁷⁶ Přístupy, jež označuje jako akomodativní,⁷⁷ se podle něj zakládají na chybné premise, že normalita a krize jsou binární kategorie, které je možné jasně oddělit. Ačkoli je i v tomto případě poukázáno na důležitou okolnost, je třeba si položit otázku, zda je tento problém pro přístupy obhajující pozitivní zakotvení výjimečného stavu o tolik palčivější než pro jiné a do jaké míry mu lze čelit vhodnou regulací výjimečného stavu. Dle našeho soudu je mu vystavena většina konkurenčních přístupů, včetně Grossova.⁷⁸ Můžeme totiž argumentovat, že extralegální konání preferované v jeho modelu je obhajitelné jen tehdy, pokud nastala krize. To ale nutně znamená, že musí předpokládat, že je možné od sebe oddělit normalitu a krizi, aby mohlo být rozhodnuto, zda dané extralegální jednání bylo na místě a zda jej lze sankcionovat atd.

Proti inkorporaci výjimečného stavu do pozitivního práva bývá dále namítáno, že zvyšuje pravděpodobnost suspendace práva pro normální situace a vede k postupné normalizaci výjimky. I pokud by však inkorporace pravděpodobnost suspendace práva skutečně zvyšovala, nebylo by důsledkem tohoto faktu, že bychom měli hodnotit regulaci negativně, neboť za jistých okolností může být omezené a kontrolované suspendování nebo modifikování práva bezesporu žádoucí.

Striktní lpění na limitech stanovených pozitivními normami pro normální situace může v případě existenční krize vést k rozkladu státu nebo právního státu. Nekonání může potencovat krizi a podlomit důvěru občanů v daný řád. Volání po vládě silné ruky,

⁷⁵ Srov. PUTZER, Max. *Gerichte, Terror und Verfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Gewährleistung justizieller Grundrechte anhand verfassungsgerichtlicher und höchstrichterlicher Rechtsprechung in Deutschland und Israel*. 1. vyd. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, 386 s., s. 194. ISBN 978-3161540158. Další možností by byl extenzivní výklad právních norem.

⁷⁶ Srov. GROSS, op. cit., s. 1069 a násl.

⁷⁷ Charakteristické pro ně je, že se v nich počítá s tím, že se právní řád musí za určitých podmínek abnormálními situacím přizpůsobovat.

⁷⁸ Pokud Gross počítá např. s možností zpětné legalizace stejně jako s možností pokrízové změny ústavy, co brání tomu, aby byla ústava upravena při východisku z výjimky a její praxe a výjimkou kontaminována? Srov. *Ibid.*, s. 1114.

kteřá podnikne potřebné kroky např. na základě nadpozitivního výjimečného stavu, může v takovém případě působit přitažlivě a v krajním případě se může nahrazení daného řádu jiným jevit jako jediná realistická cesta vpřed.

Je zapotřebí uvést, že absence kodifikace výjimečného stavu nezaručuje, že právní normy nebudou během krizí prolomeny. Na druhou stranu nutno přiznat, že argument kritiků nepostrádá jistou logiku, jakkoli si nejsme vědomi existence robustní empirické studie, jež by toto tvrzení průkazně dokázala. Přestože se však zdá, že zakotvení výjimečného stavu může zvýšit pravděpodobnost suspendace práva pro normální situace, absence kodifikace sice snad tuto pravděpodobnost snižuje, avšak na druhou stranu zjevně zvyšuje pravděpodobnost, že eventuální prolomení práva budou méně předvídatelná a přiměřená a stížena větší mírou rizika a menší mírou kontrolovatelnosti. Níže představíme další přednosti náležité regulace výjimečného stavu, které dle našeho názoru kompenzují výše uvedené, potenciálně problematický aspekt jeho reglementace.

Vhodná regulace výjimečného stavu zaprvé poskytuje orgánům veřejné moci vodítka pro jednání v situaci, kdy zpravidla není dostatek času pro uvážení potřebných kroků a kdy jsou tyto orgány vystaveny mimořádnému tlaku. Zadruhé klade hranice jednání těchto orgánů na základě uvážlivě provedeného vážení hodnot, které jsou veřejnosti *ex ante* známy, což nepochybně zásadně přispívá k zajištění právní jistoty i během krizí.⁷⁹ Zatřetí je možné ustavit různé kontrolní mechanismy, předem vyjasnit role a kompetence jednotlivých orgánů, zakotvit časová omezení apod.⁸⁰ Kodifikace začtvrté snižuje přesvědčivost deklarované nutnosti provedení nelegálních kroků a snižuje pravděpodobnost, že se během krize dostane ke slovu státní moc uvolněná od pout zákona. Pokud je zapáté kodifikována soustava diferencovaných výjimečných stavů, mohou být široké mimořádné pravomoci (zakotvené např. formou generální klauzule na straně právních následků normy na způsob čl. 16 francouzské ústavy) rezervovány pouze pro existenční krize a může být učiněno jasným, že v případě jiných krizí jsou k dispozici jen omezené mimořádné pravomoci „šité na míru“ určitému druhu krize.⁸¹ Extralegální model prosazovaný např. Grossem naopak tvrdí, že nelegální jednání veřejné moci je obhajitelné ne pouze v případě bezprostřední existenční krize, ale také ve jménu stěžejší definovatelného „veřejného blaha“.⁸²

Alternativní přístupy k řešení krizí, které sází na faktické prolamování práva a s nimiž se setkáváme např. u Funkeho, Grosse a dalších, problém potenciální normalizace výjimky neřeší. Z logiky věci je v nich totiž vytvářen precedent, že pokud si to situace

⁷⁹ Srov. k tomu např. ONDŘEJEK, Pavel. Výjimečné stavy a úskalí legality. In: *Výjimečné stavy a lidská práva*, op. cit., s. 41–54.

⁸⁰ Viz k tomu např. i stanovisko artikulované v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 2. 2021, ve věci sp. zn. 6 As 114/2020, odstavec 135. Dostupné z: http://www.nssoud.cz/files/SOUDNI_VYK_ON/2020/0114_6As__2000063_20210226115845_20210226124022_prevedeno.pdf

⁸¹ Srov. KHAKEE, op. cit., s. 10 a násl.

⁸² Srov. GROSS, Oren a Fionnuala NÍ AOLÁIN. *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*. 1. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 481 s., s. 112. ISBN 978-0521541237.

žádá, nemusí být pozitivní právo respektováno a je přípustné se uchýlit k jeho faktickému prolomení. Touto praxí může být výjimka normalizována podobně jako v případě mimořádného konání opřeneho o regulovaný výjimečný stav. Faktické prolamování pozitivních norem opakovaním sedimentuje a stává se součástí nové představy společnosti o tom, co je nebo není normální a přípustné (s tím, že následně je pochopitelně snazší relevantní vzorce konání vtělit do zákona). Stačí přesvědčit veřejnost nebo soudy o existenci (domnělé) krize. Ve skutečnosti je dle našeho názoru naivní představa implicitně obsažená ve vizích výše uvedených autorů, že faktické prolamování právního řádu jej ponechá „nedotčeným“.

V případě posuzování prolamování práva ze strany soudů je třeba konstatovat, že v principu nic nebrání tomu, aby judikatura soudů výjimku *ex post* „normalizovala“. Zkoumání případů z historie ukazuje, že pokud probíhá přezkum tváří v tvář (domnělé) krizi, nejsou soudci podobně jako další představitelé veřejné moci a občané zcela imunní vůči působení jevu, jenž bývá označován jako „efekt semknutí kolem vlajky“ (*rally around the flag effect*).⁸³ Posuzování mimořádného výkonu veřejné moci neopřeneho o pozitivní normy soudy v době krize se hrozí ukázat jako neefektivní, neboť soudci budou s nemalou pravděpodobností ve shodě s relevantními aktéry. Zpětné posuzování s větším časovým odstupem s sebou zase nese opačné riziko, že soudci budou jednání hodnotit v době obnovené normality nepřiměřeně přísně a že tato možnost představitel veřejné moci odradí od toho, aby v okamžiku krize podnikli nutné kroky, když je nemohou opřít o zmocnění obsažené v právní normě.⁸⁴ Zatímco první varianta činí neefektivní kontrolu výkonu veřejné moci v době krize, druhá činí neefektivní reakci na krizi jako takovou.

Varování před normalizací výjimky se stalo po událostech 11. září jedním z hlavních znaků diskuse o výjimečném stavu. V návaznosti na slavnou pasáž Benjamina je nezřídka prezentována teze,⁸⁵ že jsme se poměrně nově ocitli ve světě permanentní výjimky.⁸⁶ Dále pak zaznívá emfatický apel, že je třeba s nastalou situací něco udělat. Zaprvé je hodno pozornosti, že se v odborné literatuře sice často setkáváme s touto temnou diagnózou (výrazně přítomná je např. v textech Agambena), ale jen zřídka narazíme na perspektivní recept pro řešení tohoto stavu. Zadruhé je třeba poznamenat, že letmé prozkoumání dějin modů vládnutí od vzniku právního státu vyjevuje, že toto tvrzení pokulhává.⁸⁷ Právní stát

⁸³ Srov. ALBERT, Richard a Yaniv ROZNAI. Introduction. Modern Pressures on Constitutionalism. In: *Constitutionalism Under Extreme Conditions. Law, Emergency, Exception*. Cham: Springer, 2020, s. 1–17, s. 5. ISBN 978-3-030-49000-3.

⁸⁴ K výjimečnému stavu a roli soudů srov. obecně ONDŘEJKOVÁ, Jana. Pravomoci soudů v otázkách rozhodování o výjimečných stavech. In: *Výjimečné stavy a lidská práva*, op. cit., s. 55–66.

⁸⁵ Srov. BENJAMIN, Walter. O pojmu dějin. In: *Walter Benjamin: Výbor z díla II. Teoretické pasáže*. 1. vyd. Praha: Oikoymenth, 2011, 331 s., s. 307 a násl. ISBN 978-80-7298-456-5.

⁸⁶ Srov. AGAMBEN, op. cit., s. 2.

⁸⁷ Srov. NEOCLEOUS, Mark. The Problem with Normality. Taking Exception to „Permanent Emergency“. *Alternatives: Global, Local, Political*, 2006, roč. 31, č. 2 (Apr.–June 2006), s. 191–213.

se od počátku spoléhal na výjimečný stav a můžeme popsat dlouhou historii toho, jak praktiky typické spíše pro řešení mimořádných situací dle okolností tu pronikaly do normality a jindy z ní zase byly vytěšňovány, aniž by to (nutně) vedlo k zániku právního státu. Pokud je právní stát nucen často čelit mimořádným situacím, vzniká riziko, že se hranice mezi normalitou a výjimkou stane neostrou a že praktiky typické pro řešení krizí začnou prostupovat právní řád pro normální situace. Pomocí analýzy různých způsobů reakcí na škodlivé situace a teoretických modelů však lze ukázat, že toto riziko není specifické pouze pro přístup, který preferuje *ex ante* inkorporaci výjimečného stavu do pozitivního práva. Ve skutečnosti je inherentní všem scénářům a modelům s možnou výjimkou rigidního monistického legalistického přístupu, jenž odmítá speciální normy pro mimořádné situace i prolamování pozitivněprávních norem atd., avšak za cenu zcela zásadního rizika destrukce státu a jím neseného právního státu.

Jelikož bezrizikové řešení hlavolamu výjimečného stavu není možné a efektivita řešení krizí je vždy více či méně vykoupena rizikem zneužití,⁸⁸ můžeme reálně usilovat toliko o nalezení přístupu, který bude v největší možné míře schopen zajistit jak zachování principů právního státu (jeho substance), tak i jeho existence a klíčových hodnot chráněných právním řádem. Dle našeho názoru těmto požadavkům odpovídá maximalizace pravděpodobnosti, že právní řád předem svěří orgánům veřejné moci náležitým způsobem kompetence potřebné k řešení krize (první scénář) s tím, že pokud zakotvené výjimečné stavy neumožňují krizi vyřešit a tato krize bezprostředně ohrožuje existenci daného řádu nebo státu, je legitimní se uchýlit k nadpozitivnímu výjimečnému stavu (pátý scénář).

Pokud jde konečně o sedmý z nastíněných scénářů, platí pro něj *mutatis mutandis* argumenty namířené vůči legalistickým, interpretativním a extralegálním přístupům. Nepokládáme proto za nutné uvádět další argumenty pro to, abychom jej odmítli jako problematický.

4 Jak regulovat výjimečný stav?

Pokud jde o obecné principy řádné regulace výjimečného stavu v demokratickém právním státě, je záhodno jmenovat alespoň níže uvedené zásady, které by měly být ve vhodné míře v pozitivněprávní úpravě zohledněny. Vycházíme přitom jednak z přehledových studií a stanovisek jednotlivých níže uvedených autorů, jednak z postřehů ze studia právních úprav a historických zkušeností.⁸⁹

1. Zaprvé je třeba uvést zásadu striktní teleologické vázanosti výjimečného stavu na překonání mimořádné škodlivé situace. Cílem výjimečného stavu má být obnovit bez zbytečného odkladu a přiměřeným způsobem normalitu předpokládanou právním řádem (zásada konzervativní orientace výjimečného stavu).⁹⁰

⁸⁸ K tématu srov. kupř. STERN, op. cit., s. 1301 a násl.

⁸⁹ Obecně srov. např. KHAKEE, op. cit., s. 30 a násl.; Dále srov. ÖZBUDUN, Ergun a Mehmet TURHAN. *Emergency Powers*. European Commission for Democracy through Law, 1995.

⁹⁰ Srov. FLOR, op. cit., s. 126 a násl.

2. Zadruhé by náležitá regulace měla zakotvit skutkové předpoklady výjimečného stavu, stanovit povinnost jeho formálního vyhlášení a určit, kdo jej vyhláší a jakým způsobem. Výjimečné stavy s dalekosáhlými následky by měl – vzhledem ke své demokratické legitimitě – ideálně vyhlášovat, prodlužovat a ukončovat parlament, což je jeden z projevů níže uvedené zásady parlamentarizace. Je přitom vhodné jednak oddělit subjekt rozhodující o výjimečném stavu a subjekt, který v jeho rámci jedná,⁹¹ jednak určit náhradního rozhodovatele o výjimečném stavu pro případ, že primární rozhodovatel nebude moci konat. Pokud o vyhlášení, resp. prodloužení a ukončení výjimečného stavu rozhoduje parlament, může jít v optimálním případě u bikamerálních parlamentů o druhou komoru parlamentu nebo společný výbor obou komor⁹² či eventuálně o užší výbor (nejen) u parlamentu jednokomorového. Tyto výbory nebo druhá komora mohou v souvislosti s krizemi v případě potřeby plnit roli „náhradního parlamentu“⁹³, a to ne pouze ve spojitosti s vyhlásováním, prodlužováním a ukončováním výjimečného stavu, ale i plněním dalších, např. kontrolních funkcí (viz body 3 a 6 níže). Eventuálně se může jednat o předsedu parlamentu nebo jedné z komor, případně o vládu, presidenta nebo speciální orgán složený z vrcholných ústavních činitelů (zásada určení náhradního rozhodovatele o výjimečném stavu).⁹⁴
3. Zatřetí by právní norma měla zakotvit omezené trvání výjimečného stavu a upravit jeho terminaci a prodlužování (zásada dočasnosti výjimečného stavu).⁹⁵
4. Začtvrté by měla regulace zřetelně určit, jaké má vyhlášení výjimečného stavu právní následky. Relevantním aktérům by měly být svěřeny jen ty kompetence, které jsou vhodné, potřebné a přiměřené pro překonání mimořádné škodlivé situace, jež poskytla důvod pro jeho aktivaci (zásada proporcionality).⁹⁶

⁹¹ Srov. ROSSITER, op. cit., s. 20 a násl. Toto oddělení bylo typické již pro diktaturu jakožto institut římského práva.

⁹² Ústava ČSR z roku 1920 existenci takového výboru předvíдалa v § 54.

⁹³ Parlamentní výbor plní roli „náhradního parlamentu“ v případě nouze nacházíme v ZZ (čl. 53a). Pro podobnou úpravu srov. čl. 179 portugalské ústavy, kapitolu 15 § 2, 3 a 5 švédské ústavy a čl. 7 ústavného zákona č. 227/2002 Z. z., o bezpečnosti štátu v čase vojny, vojnového stavu, výnimočného stavu a núdzového stavu.

⁹⁴ Srov. k tomu KLEIN, Eckart. Funktionsstörungen in der Staatsorganisation. In: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VII, op. cit., s. 361–386; Jako náhradní subjekt rozhodující o vyhlášení výjimečného stavu stanoví presidenta republiky např. maďarská ústava v čl. 48 odst. 3. Nutno však upozornit na potřebu širokého souhlasu jiných institucí dle čl. 48 odst. 5.

⁹⁵ Viz výše, dočasnost byla rovněž charakteristická již pro diktaturu coby institut římského práva.

⁹⁶ K tématu srov. obecně ONDŘEJJEK, Pavel. Proporcionalita opatření přijímaných ve výjimečných stavech. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2020, roč. 28, č. 4, s. 613–629. Požadavek nezbytnosti se vztahuje rovněž na časové a místní hledisko: potřebné kompetence by právní řád měl relevantním aktérům svěřit jen po dobu nezbytně nutnou a uplatňovány by měly být jen tam, kde je to nutné. Zásadu proporcionality by měla řádná regulace obecně vzato vztáhnout i na obecný výjimečný stav.

5. Zapáté by z regulace výjimečného stavu mělo jasně vyplývat, že uchýlení se k němu je přípustné pouze tehdy, jestliže se kompetence svěřené právními normami pro normální situace ukáží jako nedostatečné (zásada subsidiarity).⁹⁷
6. Pokud jde zašesté o demokratickou kontrolu ze strany parlamentu, je příhodné zajistit, aby ji mohl provádět nejen při vyhlášení, prodlužování a ukončování výjimečného stavu, ale v přiměřené míře také v jeho průběhu (zásada parlamentarizace).⁹⁸
7. Zasedmé by právní úprava měla být diferencovaná a obsahovat různé typy výjimečných stavů, které budou vhodně nastaveny pro řešení různých druhů krizových situací (zásada diferenciacie).
8. Zaosmé by regulace výjimečného stavu měla počítat rovněž s přinejmenším *ex post* posouzením kroků učiněných v době jeho trvání, nikoli ovšem s primárním cílem hnát k odpovědnosti představitele veřejné moci, kteří přijímají nesnadná rozhodnutí ve výjimečném stavu,⁹⁹ nýbrž za účelem zhojení eventuálních excesivních narušení práv obyvatel.

Komparativní pohled odhaluje, že zakotvení mimořádných právních režimů v souladu s výše uvedenými zásadami není samozřejmostí. Lze mít např. výhrady ke způsobu vyhlášení výjimečného stavu dle čl. 16 francouzské ústavy (role parlamentu je zde povážlivě marginalizována) nebo právní úpravě na Slovensku, kde prezident vyhláší „vojnový stav“ a „výnimočný stav“ na návrh vlády bez zapojení Národní rady SR.¹⁰⁰ Pokud jde o zásadu diferenciacie, obsahuje na ústavní rovině nemalé množství právních řádů buď jen obecnou, nebo nedostatečně komplexní právní úpravu. Belgická a italská ústava např. hovoří toliko o stavu války, dánská ústava v naléhavých situacích umožňuje jen jisté modifikace v oblasti normotvorby apod.¹⁰¹

Je třeba zopakovat, že efektivita výjimečného stavu je vždy více nebo méně vykoupena rizikem jeho zneužití. Můžeme proto *de lege ferenda* usilovat pouze o nalezení pokud možno ideální rovnováhy mezi protikladnými požadavky,¹⁰² která dokáže maximalizovat

⁹⁷ Srov. SCHRÖDER, op. cit., s. 124. U obecného výjimečného stavu platí, že je jeho vyhlášení legitimní až tehdy, když dokonce ani pravomoci svěřené v rámci relevantních enumerativních výjimečných stavů neumožňují řešení situace.

⁹⁸ K zásadám parlamentarizace, diferenciacie a proporcionality srov. KUDRNA, Jan. Ústavní rámec zajištění bezpečnosti České republiky – zhodnocení současného stavu a úvahy *de lege ferenda*. *AUC IURIDICA*, 2017, č. 4, s. 159–174, s. 161 a násl.

⁹⁹ Srov. SCHRÖDER, op. cit., s. 125. Výše uvedeným ovšem nemá být řečeno, že by představitelé veřejné moci neměli nést odpovědnost za zjevné případy zneužití. Dle našeho názoru by v principu mělo být soudně přezkoumatelné i vyhlášení výjimečného stavu, avšak toliko s cílem minimalizovat riziko zcela flagrantních excesů. Regulace by měla rovněž zajistit podmínky potřebné pro plnění těchto funkcí.

¹⁰⁰ Srov. čl. 4 a 5 ústavního zákona č. 227/2002 Z. z., o bezpečnosti štátu v čase vojny, vojnového stavu, výnimočného stavu a núdzového stavu.

¹⁰¹ Srov. čl. 157, 167 a 196 belgické ústavy, čl. 23 a 42 dánské ústavy a čl. 27, 60, 78, 87, 103 a 111 italské ústavy.

¹⁰² Srov. WELIKALA, Asanga. States of Emergency. Issues For Constitutional Design. *CPA Working Papers on Constitutional Reform*, 5. srpen 2016, s. 3; Srov. dále k této problematice STERN, op. cit., 1303.

efektivitu výjimečného stavu (a zajištění bezpečnosti) a minimalizovat riziko jeho zneužití a nebezpečí, že budou nepřiměřeně narušena práva a svobody jednotlivců.¹⁰³

Při posuzování regulace výjimečných stavů a hledání jejich správné kalibrace nutno vzít v úvahu význam chráněné hodnoty a její postavení v hierarchii hodnot na jedné straně a předvídatelnost krize a prostředků nutných pro její překonání na straně druhé. Čím je hodnota významnější a čím méně lze předvídat prostředky nutné pro překonání situace, která ji ohrožuje, tím by mělo být pole pro jednání představitelů veřejné moci širší a tím větší důraz by měl být kladen na efektivitu na úkor zamezení rizika zneužití.

Na základě mj. výše zmíněných zásad a postřehů a s přihlédnutím ke specifickým kontinentálních právních systémů navrhuje následující obecnou odpověď na otázku, jak by měl být výjimečný stav regulován. Výjimečný stav by měl být pozitivně zakotven *ex ante* na rovině ústavního zákona s ohledem na zájem na zachování integrity právního řádu (zásada konstitucionalizace),¹⁰⁴ a to prostřednictvím systému kombinujícího:

1. Enumerativní výjimečné stavy určené pro relativně předvídatelné typy škodlivých situací ohrožující různé právem chráněné hodnoty a zájmy (životy, zdraví nebo svobodu občanů, majetek, životní prostředí, finanční stabilitu či veřejný pořádek a bezpečnost atd.), které smí být legitimně vyhlášeny teprve v okamžiku, kdy se kompetence svěřené pro normální situace ukáží jako nedostatečné. Představitelům veřejné moci by zde měly být svěřeny jen takové kompetence, jejichž využití neohrožuje nadřazenou hodnotu chráněnou právním řádem. Cílem regulace výjimečného stavu ostatně není pouze udělit představitelům veřejné moci potřebné pravomoci, ale také svěřenou moc vhodně kanalizovat a vytyčit jí náležitým způsobem mantinely.¹⁰⁵ Regulace předem stanoví, jaké jednání je v souvislosti s daným druhem krize přípustné a jaké nikoli a překročení stanovených limitů by nemělo být přípustné.
2. Obecný výjimečný stav s generální klauzulí na straně právních následků normy jako subsidiární a reziduální kompetenci, která smí být aktivována pouze za účelem ochrany daného řádu a existence státu coby jednotky zajišťující mír a garantující právní řád. Tento výjimečný stav lze považovat za legitimní pouze v případě nepředvídaného nebezpečí a zásadní diskrepance mezi kompetencemi svěřenými představitelům veřejné moci pro normální situace a v rámci enumerativních výjimečných stavů a pravomocemi, jež jsou nutné pro zvládnutí extrémní situace ohrožující existenci státu a daného řádu (revoluce, válka apod.). Jinak řečeno, vyhlášení tohoto výjimečného stavu je legitimní pouze tehdy, pokud se dokonce i pravomoci svěřené prostřednictvím relevantních enumerativních výjimečných stavů, jako jsou např. stav ohrožení státu nebo válečný stav v právním řádu ČR, ukáží jako zásadně nedostatečné

¹⁰³ Srov. k tomu např. ONDŘEJEK, Pavel. Výjimečné stavy a úskalí legality. In: *Výjimečné stavy a lidská práva*, op. cit.

¹⁰⁴ Srov. KUDRNA, op. cit., s. 160.

¹⁰⁵ Srov. SCHNEIDER, Peter. *Recht und Macht. Gedanken zum modernen Verfassungsstaat*. 1. vyd. Mainz: Hase & Koehler Verlag, 1970, 281 s., s. 59. ISBN 3775807748.

a pokud plnění klíčových úkolů státu není pouze ztíženo, nýbrž bez tohoto kroku znemožněno. Je třeba uvést, že co z hlediska možné diskrepance mezi svěřenými a potřebnými pravomocemi platí pro kompetence určené pro běžné situace, to může platit i pro kompetence svěřené pro situace mimořádné. Hesse se proto staví proti kazuistické regulaci výjimečného stavu a upozorňuje na nutnost použití neurčitých právních pojmů.¹⁰⁶ Obecný výjimečný stav se podobá nadpozitivnímu výjimečnému stavu v tom ohledu, že s ním nejsou spojena žádná konkrétní, nýbrž pouze obecná materiální omezení (jednání realizované na jeho základě musí např. moci dostát nárokům na vhodnost, potřebnost a přiměřenost realizovaných kroků).¹⁰⁷ Zároveň však podléhá alespoň minimálním procedurálním, formálním a teleologickým standardům a požadavkům, které jsou zde na rozdíl od nadpozitivního výjimečného stavu jasně vymezeny a pevně stanoveny a jež upravují např. vyhlášení,¹⁰⁸ průběžnou demokratickou kontrolu, účel, trvání a případně také ukončení výjimečného stavu.¹⁰⁹ Tato nemateriální omezení jsou nezbytná, aby vůbec byl věcně jakožto pozitivně regulovaný institut slučitelný s právním státem.¹¹⁰ Cílem je umožnit řešení situace a současně zachovat i během existenční krize alespoň některé ze znaků právního státu. Přestože však zakotvení obecného výjimečného stavu řeší do velké míry problém nepředvídatelnosti krizí, čelí z logiky věci hrozbě zneužití. Toto riziko je v předloženém návrhu kompenzováno striktně subsidiární povahou tohoto mimořádného právního režimu, jeho omezením na existenční krize a zdůrazněním procedurálních a dalších limitujících prvků.

Předložený návrh kombinující dva stupně pozitivních výjimečných stavů se snaží reflektovat skutečnost, že určité druhy škodlivých situací lze relativně dobře předvídat stejně jako nástroje, jež budou potřebné k jejich zvládnutí. Platí to typicky např. u přírodních a zdravotních pohrom či vybraných ekonomických a částečně také některých bezpečnostních škodlivých situací.

Představená pozice rozhodně netvrdí, že obecný výjimečný stav předčí „subtilní“ regulaci zakotvující soustavu enumerativních výjimečných stavů. Úprava obsažená např. ve výmarské říšské ústavě byla nenáležitá mj. proto, že postrádala enumerativní výjimečné stavy a obsahovala v čl. 48 pouze obecný výjimečný stav, jehož formulace navíc vedla k řadě

¹⁰⁶ Srov. HESSE, 1960, op. cit., s. 107; Podobně také BÖCKENFÖRDE, op. cit., s. 1885; Viz k tomu rovněž BELLING, 2018, op. cit., s. 211.

¹⁰⁷ Srov. např. FLOR, op. cit., s. 126 a násl. Právě uvedené by měla náležitá regulace výjimečného stavu vyjádřit. Případně lze dále buď *ex ante* či při vyhlášení mimořádného právního režimu vymezit negativní materiální hranici výjimečného stavu nebo stanovit, že určité kroky jsou přípustné pouze za předpokladu (předchozího) výslovného souhlasu jiného subjektu, typicky parlamentního tělesa.

¹⁰⁸ Srov. BÖCKENFÖRDE, op. cit., s. 1889.

¹⁰⁹ Srov. SCHRÖDER, op. cit., s. 133 a násl.

¹¹⁰ Srov. STERN, op. cit., s. 1303; Pro námitky, které lze vůči některým z těchto limitací vznést, srov. BELLING, 2018, op. cit., s. 212 a násl.

nejasností.¹¹¹ Protikladná regulace ZZ je naproti tomu nedostatečná kvůli své „neuzavřenosti“, kterou by pro případ nepředvídaných existenčních krizí překlenul obecný výjimečný stav. Správné řešení nepředstavuje ani jedna z úprav, nýbrž jejich syntéza, v níž jsou enumerativní výjimečné stavy na první úrovni mimořádných právních režimů doplněny pro případ existenčních krizí obecným výjimečným stavem na další, druhé úrovni subsidiarity.

Zde prezentovaná pozice se proto liší např. od stanoviska Krügerova, jenž zastává názor, že regulace může smysluplně stanovit pouze subjekt rozhodující o výjimečném stavu a subjekt, který v něm jedná na základě generálního zmocnění.¹¹² Tento přístup nepokládáme za nejvhodnější východisko pro řešení krizí v právním státě. V případě krizí by totiž hrozilo buď nejednání z toho důvodu, že aktivace takto robustního výjimečného stavu by narazila na odpor parlamentní či mimoparlamentní opozice, nebo naopak zneužití takto dalekosáhlého institutu v reakci na krize, které by vzhledem ke své závažnosti neposkytovaly dostatečný důvod pro jeho použití.

Předloženému návrhu je imanentní, že pokud se mimořádné kompetence ukáží jako nedostatečné v případě škodlivých situací ohrožujících takové hodnoty, jako jsou zdraví a život občanů nebo majetek, nelze při uplatnění metody vážení hodnot obhájit, aby se relevantní aktéři uchýlili k obecnému výjimečnému stavu a tím spíše pak k výjimečnému stavu nadpozitivnímu. Důvodem je, že ohrožená hodnota je v daném případě méně významná než hodnota ztělesněná principy právního státu a další hodnoty, které by měly být za účelem její ochrany v takovém případě porušeny. Právě řečené platí i pro boj s terorismem a např. otázku, zda je přípustné odvolat se na obecný nebo dokonce nadpozitivní výjimečný stav za účelem nařízení sestřelení letadla uneseného teroristy. Dokud útok ohrožuje „pouze“ životy, zdraví a majetek obyvatel a nelze jej – řečeno pomocí termínů čl. 15 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod – kvalifikovat jako „veřejné ohrožení státní existence“, není nařízení sestřelení letadla při odvolání na obecný výjimečný stav dle našeho názoru obhajitelné.

Obecně zastáváme na základě vážení hodnot a vzhledem k riziku setření hranice mezi normalitou a výjimkou stanovisko, že boj s terorismem v jeho běžných podobách by měl být mj. kvůli latentní povaze ohrožení veden v mezích běžného právního řádu s tím, že mimořádné instrumenty je přípustné aktivovat toliko „punktuálně“ k řešení konkrétní hrozby, nikoli globálně, preventivně a dlouhodobě. To ovšem samozřejmě nemá mít v rámci našeho stanoviska za následek, že bude právní řád pro normální situace významně prostoupen instituty, které jsou charakteristické pro řešení krizí.

Pokud se ještě vrátíme k otázce sestřelení letadla uneseného teroristy, nastala by jiná situace, jestliže by intenzita útoku dosáhla extrémních rozměrů a měla potenciál způsobit

¹¹¹ Stranou zde necháváme absenci prováděcího říšského zákona a další otázky.

¹¹² Srov. KRÜGER, Herbert. *Allgemeine Staatslehre*. 1. vyd. Stuttgart: Kohlhammer, 1964, 1028 s., s. 31 a 837.

následky, které by byly natolik zásadní, že by došlo k přímému ohrožení existence státu a jím neseného řádu.¹¹³ V takovém případě by bylo lze legitimně zvážit aktivaci obecného, resp. nadpozitivního výjimečného stavu.¹¹⁴ Podobnou argumentaci je možné alespoň hypoteticky rozvinout i pro jiné typy krizí, např. finanční.¹¹⁵

Není-li tato forma výjimečného stavu zakotvena v pozitivním právu a ukáží-li se jako nedostatečné kompetence svěřené jak pro běžné situace, tak i pravomoci udělené v rámci enumerativních výjimečných stavů, zbývá představitelům veřejné moci jako jediná právně uchopitelná možnost odvolat se na nadpozitivní právo. To je ovšem krok, který je s principy právního státu ve větším napětí než obecný výjimečný stav, jenž uchovává alespoň některé z jeho podstatných znaků. Jelikož je prolomení práva problematickým preceden-tem, jenž ohrožuje existenci právního státu a oslabuje důvěru ve vládu pozitivního práva, je třeba nutnost tohoto postupu odsunout pokud možno *ad infinitum*.¹¹⁶ Právě to je jeden z hlavních důvodů pro zakotvení obecného výjimečného stavu, jenž zásadně snižuje pravděpodobnost, že bude aktivován nadpozitivní výjimečný stav.¹¹⁷

Jakkoli však generální zmocnění vkládá relevantním aktérům do rukou materiálně takřka neomezenou pravomoc, není tím ještě vyloučeno, že bude nutné uchýlit se k nadpozitivnímu právu. Důvodem jsou výše uvedená formální, procedurální a další omezení obecného výjimečného stavu. Tuto nutnost lze pouze minimalizovat. Vláda zákona zde naráží na své hranice a otevírá se prostor pro možnost, že bude nezbytné, aby alespoň dočasně místo zákonů vládli lidé, neboť nelze docílit toho, aby pozitivní právní řád před-vidal všechny možnosti, které mohou nastat, jak bylo zdůrazněno. Realita má zkrátka bohatší fantazii než zákonodárce.¹¹⁸ Právě na příkladu krize se ukazuje, že empirická

¹¹³ Spolkový ústavní soud ve svém judikátu k otázce ústavnosti zákona o bezpečnosti letového provozu sice předmětnou otázku nenechal bez povšimnutí, avšak zcela jasnou odpověď na ni nepodal. Srov. k tomu BVerfGE 115, 118, odstavec 135. Dostupné z: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv115118.html>

¹¹⁴ To je právě ovšem neuralgický bod. Oponenti mohou namítnout, že neexistují dostatečně určitá kritéria pro rozhodnutí, jaké situace bezprostředně ohrožují existenci státu. Srov. např. ROXIN, Claus. Der Abschluss gekappter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, s. 552–563, s. 562; Je pravdou, že stanovit předem konkrétní kritéria není možné, a to z dobrých důvodů. Vždy je na posouzení relevantního aktéra, které musí být s to obhájit, zda jsou předpoklady pro aktivaci obecného výjimečného stavu splněny či nikoli. Jedinou možnou korekcí jsou politická a soudní kontrola. Viz k tématu také PETŘÍČEK, Miroslav. *Filosofie en noir*. 1. vyd. Praha: Karolinum, 2018, 322 s., s. 85. ISBN 978-80-246-3917-8.

¹¹⁵ Srov. HELGADÓTTIR, Ragnhildur. Economic Crises and Emergency Powers in Europe. *Harvard Business Law Review*, 2012, č. 2, s. 130–139, s. 137.

¹¹⁶ V tomto bodě souhlasím s Böckenfördem (op. cit.) a v českém prostředí Bellingem (2018, op. cit., s. 210).

¹¹⁷ Viz k tomu DOEHRING, 2000, op. cit., s. 210.

¹¹⁸ Srov. QUARITSCH, op. cit., s. 21.

skutečnost prostoupená elementem kontingence není plně kalkulovatelná a že ji systém pozitivních norem nemůže zcela „obsáhnout“.¹¹⁹

Při uvážení tohoto prvku kontingence nutno dospět k závěru, že zastávce čisté formy právního státu musí být tváří v tvář existenční krizi buď ochoten obětovat řád právního státu nebo stát jako takový ve jménu dodržení formálních požadavků obsažených v ideji právního státu, nebo se dopouští pokrytectví a musí tvrdit, že prolomení pozitivního práva je sice vždy právně nepřijatelné, avšak v krizi nutno doufat, že představitelé veřejné moci i tak uskuteční nelegální kroky, které je třeba realizovat.¹²⁰ Ačkoli iuspositivisté odmítají uznat jednání veřejné moci neopřené o pozitivní normy jako právní fenomén, pokládají, řečeno s Thomou, za myslitelné:

*„že postup, který je v rozporu s právní vědou [...] se v mimořádných případech bude jevit na základě politické nutnosti v tak velké míře legitimní, že jej budou parlamenty a veřejné mínění trpět a že jej dokonce i soudy ponechají v platnosti.“*¹²¹ [překlad aut.]

Ono zásadní dilema, zda v existenční krizi nekonat z důvodu chybějící kompetence nebo překročit hranice pozitivního práva, které na svých bedrech nesou reprezentanti veřejné moci, nelze z principiálních důvodů sprovodit ze světa. Je důležitou teoretickou otázkou s praktickými implikacemi, zda je možné takové jednání posoudit jako konání, jež je navzdory své nelegálnosti právně legitimní, nebo zda se může jednat o toliko mimo-právní akt. V odpovědi na tuto otázku lze ilustrovat rozdíly mezi různými právními školami a jejich koncepcemi práva. Klíčovou otázkou přitom je, zda je právo chápáno pouze jako soubor pozitivních právních norem nebo širěji.

O legitimitě výše uvedených kroků je možné vést diskusi, jestliže budou identifikovány nadpozitivní elementy práva, které poskytnou bázi pro jejich ospravedlnění. Motivací pro tuto snahu je zájem zachovat během nepředvídané krize existenci státu stejně jako zásadu, že výkon veřejné moci má mít vždy právní základ, i pokud by neměl výslovnou oporu v pozitivní právní normě. Uvažme např. hypotetický právní řád, v němž by pravomoc vyhlásit obecný výjimečný stav příslušela výlučně prezidentovi republiky a ve kterém by nebylo specifikováno s dostatečnou mírou určitosti, kdo je oprávněn jednat místo

¹¹⁹ Ideál právního státu vycházející z mechanistického obrazu universa a spočívající v plné předvídatelnosti výkonu veřejné moci nelze ve světě prostoupeném kontingencí plně realizovat. Srov. k tomu FATOVIC, Clement. *Outside the Law. Emergency and Executive Power*. 1. vyd. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009, 368 s., s. 3. ISBN 978-0801893629; Dále srov. ZIPPELIUS, op. cit., s. 307.

¹²⁰ V tomto duchu hovoří např. FUNKE, Andreas. Die Verfassung im Staatsnotstand. Insbesondere zum „geltungstheoretischen“ Argument für ein ungeschriebenes Notrecht des Staates im Ausnahmezustand. In: *Sicherheit und Krise. Interdisziplinäre Beiträge der Forschungstage 2009 und 2010 des Jungen Kollegs der Nordrhein-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und der Künste*. Paderborn: Brill, 2012, s. 141–161. ISBN 978-3-506-77552-8. Závěrem ovšem není, jak řečeno, že relevantní aktéři nemají jednat, ale že toto jednání není jednáním právním, nýbrž toliko faktickým.

¹²¹ Text citován dle KRENZLER, Michael. *An den Grenzen der Notstandsverfassung. Ausnahmezustand und Staatsnotrecht im Verfassungssystem des Grundgesetzes*. 1. vyd. Berlin: Duncker & Humblot, 1974, 114 s., s. 54. ISBN 978-3428030712.

něj v případě, že z objektivních důvodů nemůže konat. Pakliže by za těchto okolností byl tváří v tvář existenční krizi prezident nějakým způsobem „vyšachován“ ze hry a nebyl zde podle zákona nikdo, kdo by byl oprávněn v souladu s pozitivním právem obecný výjimečný stav aktivovat, bylo by legitimní, aby nutné kroky provedl jiný akceschopný orgán na bázi nadpozitivního práva, resp. výjimečného stavu?¹²²

5 Nadpozitivní výjimečný stav a jeho legitimita

Argumentace ve prospěch právní legitimacy prolamování pozitivního práva v souvislosti s krizemi vychází z teze, že lid neboli suverén v moderním demokratickém státu smí v případě hluboké existenční krize – prostřednictvím svých představitelů – prolamovat právo „z moci práva na sebezáchovu“.¹²³ V příbuzném duchu poznamenává v souvislosti s krizemi již Rousseau, že „v podobných případech není obecná vůle pochybná, a je jasné, že prvním úmyslem lidu jest, aby stát nezahynul.“¹²⁴ Fleiner zastává tezi, že vedle pozitivně přijaté ústavy existuje právně relevantní normativní báze pro realizaci potřebných kroků, jejímž východiskem je každému státu inherentní pud po sebezáchově.¹²⁵

Nadpozitivní výjimečný stav sice může znamenat dalekosáhlé prolomení pozitivního práva, avšak přesto zůstává v dimenzi práva v širším slova smyslu a příslušné jednání není pouze faktickou záležitostí. Odvolává se totiž podle jeho zastánců právě na princip práva na sebezáchovu, jenž tvoří logickou součást moderních právních řádů koncentrovaných kolem pojmu státu jako umělého konstruktu, jehož účelem je zajištění bezpečnosti a garantování práva.¹²⁶ Tato zásada tvoří implicitní komponentu ústavy moderního státu, i pokud není výslovně uvedena v ústavním textu, a v existenční krizi ospravedlňuje přijetí opatření, jež jsou percipována jako nutná, i bez zákonného zmocnění. Tím ovšem není dotčeno, že jednání musí být orientováno na legitimní účel, jímž smí být toliko ochrana řádu *en bloc* a státu, že musí moci dostát elementárním nárokům vyplývajícím z principu proporcionality apod. Vedle odlišného právního základu tkví tedy rozdíl oproti obecnému výjimečnému stavu ve skutečnosti, že adekvátní formální,

¹²² V německé diskusi se v tomto případě hovoří o tzv. *Staatsnotstand*. K otázce legitimacy nelegálního postupu akceschopného orgánu viz např. SCHMITT, 2006, op. cit., s. 232 a násl.

¹²³ Viz SCHMITT, 2012, op. cit., s. 14; Dále srov. SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 10. vyd. Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 404 s., s. 22. ISBN 978-3-428-07603-1.

¹²⁴ ROUSSEAU, op. cit., s. 139.

¹²⁵ Srov. FLEINER, op. cit., s. 217.

¹²⁶ V tomto duchu např. BÖCKENFÖRDE, op. cit., s. 1885; HECKEL, Johannes. Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand. Mit besonderer Rücksicht auf das Budgetrecht. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1932, roč. 61, č. 3, s. 257–338; HELLER, Hermann. *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*. Reprint 1. vyd. Berlin – Leipzig: Walter de Gruyter, 1927, 177 s., s. 166. ISBN 978-3-86932-213-1; Forstthoff zastává pozici, že s existencí státu je *eo ipso* dán institut výjimečného stavu. Srov. FORSTHOFF, op. cit., s. 455; Srov. dále STERN, op. cit., s. 1293; Na vybrané tituly odkazuje také BELLING, 2018, op. cit., s. 207 a násl. Na uvedených stranách se rovněž věnuje výjimečnému stavu „jako implicitní součásti [j] ústavního řádu“; Dále srov. KRENZLER, op. cit., s. 50 a násl.

procedurální a teleologické limity a kontrolní mechanismy zde nejsou pevně a určitě stanoveny. Nadpozitivní výjimečný stav přináší proto ve srovnání s obecným výjimečným stavem větší míru nejistoty a rizika zneužití.

Sotva lze popřít, že zánik státu nutně znamená rovněž zánik právního státu a že stát, který není schopen čelit krizím, je odsouzen k záhubě.¹²⁷ Jak říká Belling: „[b]ez státu [...] *neexistuje právní stát*.“¹²⁸ Souhlasíme s Folzem, že nedává dobrý smysl provádět vážení existence státu na jedné straně a zásady legality na straně druhé.¹²⁹ Pokud dojde k destrukci státu, dojde také k zániku právního státu, pro nějž je tento princip určující. Upřednostnění právního státu před státem tak v konečném důsledku volbu právního státu neznamená nebo přinejmenším znamenat nemusí.

Stát sám tvoří součást normality presumované moderním právním řádem a předpoklad uskutečnění práva v empirické realitě. Jelikož je existence státu první a hlavní podmínkou prosazení práva a existence právního státu, lze argumentovat, že je v případě existenční krize legitimní dočasně oddělit právní normy od jejich aplikace a učinit kroky potřebné k zajištění trvání státu. Právě řečené platí dokonce i pro normy regulující obecný výjimečný stav, přestože je i v případě jejich prolomení z normativního hlediska s ohledem na smysl vyhlášení nadpozitivního výjimečného stavu třeba doktrinálně trvat na jeho jistých minimálních limitech. Jmenovitě se jedná např. o nepřipustnost trvalé změny ústavy v rámci nadpozitivního výjimečného stavu (pro aktéra, který v něm jedná, ostatně text ústavy nepřekonatelnou překážku pro řešení krize nepředstavuje) atd.

Vyhlášení nadpozitivního výjimečného stavu můžeme pokládat za legitimní pouze za předpokladu kumulativního splnění následujících podmínek:

1. rizika pro existenci státu a právního státu jsou zjevně vyšší v případě, že nebude vyhlášen,
2. je chápán jako *ultima ratio* pro případ, kdy byly všechny možnosti dané pozitivním právem pro normální a nouzové situace *evidentně* vyčerpány.¹³⁰

Argumentaci ve prospěch nadpozitivního výjimečného stavu můžeme ovšem při reflexi podmínek uskutečnění práva rozvinout i z perspektivy jednotlivce. K tomuto na první pohled možná paradoxnímu závěru lze dospět, jestliže neztratíme ze zřetele, že práva jednotlivců jsou mimo společenství s druhými a veřejnou moc schopnou je garantovat

¹²⁷ Srov. FRIEDRICH, Carl Joachim. *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*. 2. vyd. Boston: Ginn, 1950, 687 s., s. 595 a násl.

¹²⁸ BELLING, 2018, op. cit., s. 207; Přitakávám tedy Barošovu tvrzení, že „[ú]stavní stát [...] nejprve musí být státem, aby mohl být ústavním státem. Ústava jakožto nejvyšší právní norma předpokládá stát.“ BAROŠ, Jiří. Cesty k suverenitě lidu. Nástin genealogie jednoho konceptu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2013, roč. 21, č. 1, s. 1–10, s. 8.

¹²⁹ Srov. FOLZ, Hans-Ernst. *Staatsnotstand und Notstandsrecht*. 1. vyd. Köln – Berlin – Bonn – München: Carl Heymanns, 1962, 212 s., s. 169.

¹³⁰ Srov. FOLZ, op. cit., s. 190.

pouhá abstrakta.¹³¹ Je-li tomu tak, znamená ohrožení existence státu nutně také ohrožení těchto práv. Dočasné omezení práv za účelem položení základů pro jejich uskutečnění, které nemá oporu v pozitivním právu, pak může být ospravedlnitelné i z pohledu jednotlivců, pokud v případě extrémní existenční krize tvoří *conditio sine qua non* jejich dlouhodobé udržitelnosti. V nikoli nepodobném duchu říká Montesquieu, že „*podezřelí občané [...] by [...] na určitý čas ztratili svoji svobodu, aby si ji uchovali po všechen čas.*“¹³² V těchto zcela mimořádných případech, kdy se jedná o bytí a nebytí státu, je možné argumentovat, že smí být po právu vykonáno dokonce i to, co by za jiných okolností bylo právně nepřipustné.¹³³ Výmluvně je vyjádření švýcarské Federální rady: „*Bylo by nesmyslné lpět na osobních právech a svobodách, jestliže by se v důsledku toho rozpadl stát, který je garantuje [...]*“¹³⁴

V tomto kontextu můžeme poukázat na fenomén zhroutěných států a říci, že nadpozitivní výjimečný stav se jeví jako legitimní tehdy, jestliže jsou zakotvené pozitivní výjimečné stavy nedostatečné a krize by mohla bez potřebného konání dosud existující státní autority vést k rozkladu státu. Právě na příkladu zhroutěných států se totiž ukazuje, že hodnotu státu můžeme spatřovat již v jeho existenci.¹³⁵ Lze souhlasit s Krügerem, že v nestátním nebo apolitickém stavu se člověku skutečně lidské existence nedostává.¹³⁶ I když je možné konkrétní stát pokládat za mravně odsouzeníhodný a v krajním případě jej odstranit, sotva se lze zbavit potřeby státní nebo podobné autority schopné zajistit základní funkce, které stát standardně vykonává a které jsou pro zajištění podmínek pro rozvoj lidského života nezbytné.

V rámci napětí mezi bezpečností a svobodou tak můžeme – jak bylo nastíněno – pro rozšíření pole jednání státní moci argumentovat i z pozic kladoucích důraz na svobodu jednotlivců. Svobodu lze realizovat pouze v relativně bezpečném prostředí.¹³⁷ Zatímco za normálních okolností je možné bezpečnost zajistit i při minimálních zásazích do práv a svobod občanů a rovněž ve společnosti existuje tendence klást svobodu před bezpečnost,¹³⁸ v případě krize může nastat situace, že bezpečnost bude možné garantovat jen

¹³¹ Srov. např. FICHTE, Johann Gottlieb. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*. 3. vyd. Hamburg: Meiner, 1979, 396 s., s. 110 a násl. ISBN 3-7873-0473-8; Dále srov. ISENSEE, Josef. Choulostivá světovláda lidských práv. *Církevní dějiny*, 2014, roč. XV, s. 57–82; Srov. rovněž KRIELE, Martin. *Einführung in die Staatslehre*. 2. vyd. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1980, 351 s., s. 116. ISBN 978-3-531-22035-2.

¹³² MONTESQUIEU, Charles-Louis de. *O duchu zákonů I*. 1. vyd. Praha: Oikoymenh, 2010, 378 s., s. 185.

¹³³ Srov. k tomuto problému WALZER, Michael. Political Action. The Problem of Dirty Hands. *Philosophy and Public Affairs*, 1973, roč. 2, č. 2, s. 160–180.

¹³⁴ Citováno z STERN, op. cit., s. 1345.

¹³⁵ Srov. SCHMITT, 2010, op. cit., s. 22.

¹³⁶ Srov. KRÜGER, op. cit., s. 191.

¹³⁷ Viz k tomu PAVLÍČEK, Václav. Zajištění bezpečnosti jako funkce státu a svobody občanů. In: *Právo a bezpečnost státu. Sborník statí*. Praha: Vodnář, 2002, s. 6–17, s. 6. ISBN 80-85889-55-2.

¹³⁸ Srov. CAMPAGNA, Norbert. *Carl Schmitt. Eine Einführung*. 1. vyd. Berlin: Parerga, 2004, 250 s., s. 22. ISBN 978-3937262000.

za cenu poměrně citelných zásahů a že občané sami budou restriktce kvůli vnímanému pocitu strachu vítat.¹³⁹ Právě řečené jednak ukazuje, že návrh rezignovat na regulaci a spolehnout se na aktivní občanstvo může mít pro právní stát fatální následky, jednak vede k otázce, kterou hodnotu upřednostnit, resp. jak určit rovnováhu mezi nimi s ohledem na konkrétní krizovou situaci. Nezbyvá než se opřít o test proporcionality. Nutno přitom pamatovat, že naprostého bezpečí nelze v pozemské skutečnosti prostoupené nahodilostí dosáhnout nikdy. Poukazuje na to již Hyginus v příběhu o stvoření člověka: podle jeho vyprávění uhnětla člověka z hlíny bohyně Cura (v překladu doslova starost) a toliko smrt jej může dle ustanovení Saturna vysvobodit ze stínu starosti, jeho stvořitele.¹⁴⁰

Závěr

Výjimečný stav je bytostně kontroverzní a aporetický institut, na nějž jsou kladeny protichůdné požadavky, totiž na efektivitu na jedné straně a poskytnutí záruk proti zneužití a hrozbě normalizace výjimky na straně druhé. Má-li být právní stát dlouhodobě zachován, nelze napětí mezi nimi řešit jednostranným upřednostněním jednoho na úkor druhého. Naopak je třeba hledat rovnováhu mezi nimi, a to nikoli abstraktně, nýbrž ve vztahu k typizovaným škodlivým situacím.

V existenční krizi je třeba se na škále mezi efektivitou a zárukami přiklonit v největší únosné míře na stranu účinnosti a v případě nutnosti přikročit k nadpozitivnímu výjimečnému stavu. Jak upozorňuje řada kritiků přípustnosti tohoto kroku, je s ním dáno riziko, že výjimečného stavu bude zneužito k upevnění pozic držitelů moci, represím vůči opozici nebo dokonce odstranění stávajícího řádu. Pokusili jsme se však ukázat, že k podobně nežádoucím důsledkům může vést i odmítání (nadpozitivního) výjimečného stavu. Striktní lpění na mezích (běžných) pozitivních pravomocí může v existenční krizi přivodit zánik státu, a tudíž právního státu, nebo krizi natolik potencovat, že se odstranění stávajícího řádu bude jevit jako jediná reálná cesta vpřed. Tato rizika nutně plynou z vlastností právního státu a nahodilosti empirické skutečnosti. Jistá aporetičnost tak není problémem některých přístupů k výjimečnému stavu, jak se snaží čtenáři vsugerovat Agamben, nýbrž je vepsána do věci samé.¹⁴¹ Podporu pro tuto tezi nacházíme mj. ve skutečnosti, že on sám žádné pozitivní a reálně aplikovatelné řešení hlavo-lamu výjimečného stavu, resp. řešení krizí nenabízí.

¹³⁹ Srov. HAMILTON, Alexander. Federalista č. 8. In: *Listy federalistů. Soubor esejí psaných na podporu nové Ústavy předložené federálním shromážděním 17. září*, op. cit., s. 61–64, s. 62.

¹⁴⁰ Srov. HYGINUS, Gaius Iulius. *Fabulae. Sagen der Antike*. 1. vyd. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1996, 127 s., s. 104 a násl. ISBN 3-423-09350-1.

¹⁴¹ Srov. AGAMBEN, op. cit., s. 8.

Celkově vzato můžeme přitakat hodnocení Friedricha, jenž tvrdí, že

„[...] neexistují žádné institucionální záruky, které by plně garantovaly, že mimořádných pravomocí bude užito za účelem zachování ústavy. Pouze odbodlení lidu dohlédnout na to, aby byly takto použity, to může zajistit [...] Celkově vzato kvazidiktátorská ustanovení moderních ústavních systémů [...] neodpovídají náročným standardům účinných limitací dočasné koncentraci moci. V důsledku toho jsou všechny uvedené systémy náchylné k tomu, aby byly přetvořeny v totalitární schémata, pokud jsou tomu okolnosti nakloněny.“¹⁴² [překlad aut.]

Regulace vskutku nemůže sama o sobě zaručit, že výjimečného stavu nebude zneužito. Zásadní roli v prevenci jeho zneužití bez sporu hrají právní a politický étos existující ve společnosti. Názorným příkladem je Švýcarsko. V jeho ústavním řádu není výjimečný stav na spolkové úrovni kodifikován (kromě možnosti přijímat nařízení s mocí zákona) a reakce federálních představitelů veřejné moci na krize jsou legitimizovány nadpozitivním právem. Třebaže však byla tato forma výjimečného stavu v dějinách Švýcarska opakovaně využita (v praxi tak, že Federální shromáždění svěřilo Federální radě „plnost moci“, aniž by k tomu však bylo ústavou zmocněno),¹⁴³ můžeme říci, že jeho aplikace nevedla k odstranění švýcarské demokracie a umožnila návrat k předchozí normalitě. Klíčovou roli v ochraně demokracie a právního státu jistě hraje existence dostatečného množství přesvědčených demokratů a zastánců právního státu.¹⁴⁴ Bez nich ústava demokratického právního státu sice může normativně z formálního hlediska (po nějakou dobu) platit, avšak reálně na platnosti z důvodu nedostatečné efektivity může ztrácet a stojí na šikmé ploše.

Připomeňme zde slova, která pronesl Hand:

„Často přemítám, zda nekládáme naše naděje příliš do ústav, zákonů a soudů. Jde o falešnou naději [...] Svoboda dlí v srdcích mužů a žen; pokud v nich skomírá, nemůže ji zachránit žádná ústava, zákon nebo soud; žádná ústava, zákon či soud dokonce ani nemůže příliš udělat pro to, aby zachráně napomohla. Dokud v nich dlí, nepotřebuje žádnou ústavu, zákon nebo soud, aby byla zachráněna.“¹⁴⁵ [překlad aut.]

Z uvedených slov a švýcarského příkladu nicméně nemůžeme dovodit, že by výjimečný stav neměl být zakotven v pozitivním právu. Podobně jako není samospásná regulace, nejsou totiž samospásné ani jiné možnosti redukce rizik, která jsou spojena s řešením krizí, jež počítají např. právě s kontrolou ze strany lidu (vzpomeňme Hamiltonovo varování atd.). Potřebný právní a politický étos nelze zakořenit do smýšlení politického

¹⁴² FRIEDRICH, op. cit., s. 584.

¹⁴³ Tento „nadústavní“ výjimečný stav byl ve 20. století ve Švýcarsku vyhlášen v letech 1914 a 1939 v souvislosti s první a druhou světovou válkou. Srov. např. KLEY, Andreas. Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts. *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 2011, roč. 130, s. 123–138.

¹⁴⁴ Srov. ISENSEE, 1995, op. cit., s. 97; Dále srov. HESSE, 1993, op. cit., s. 301; Srov. rovněž KHAKEE, op. cit., s. 30.

¹⁴⁵ HAND, Learned. The Spirit of Liberty. In: *The Spirit of Liberty. Papers and Addresses of Learned Hand*. New York: Knopf, 1960, 227 s., s. 189 a násl.

národa přes noc, ba dokonce zřejmě ani během jedné generace. Jde naopak o pozvolný a komplikovaný proces. Lze argumentovat, že ve státech, kde je náležitě rozvinut, náležitá regulace výjimečného stavu poskytuje další oporu dlouhodobému zachování právního státu. V ostatních případech může napomoci udržení právního státu a relativně stabilního politického prostředí, jež skýtá prostor pro rozvoj potřebného étosu v dané zemi a usměrňuje a omezuje jednání veřejné moci během (domnělé) krize. Zakotvení výjimečného stavu do pozitivního práva s sebou v principu nepřináší větší rizika pro dlouhodobou udržitelnost právního státu než konkurenční přístupy, jak bylo argumentováno v části 3 tohoto článku, a naopak v případě vhodné regulace nabízí určité výhody a přednosti, které je z hlediska zájmu na zachování právního státu žádoucí využít.

Při uvážení kontingence a rozmanitosti empirické skutečnosti, významu relevantních hodnot, podmínek uskutečnění práva a zajištění řádu a potřeby nalézt správnou rovnováhu mezi požadavky efektivity výjimečného stavu a záruk proti jeho zneužití ve vztahu k různým typizovaným škodlivým situacím bylo v této studii *de lege ferenda* doporučeno pozitivněprávní zakotvení soustavy mimořádných právních režimů, která má podobu eskalátoru¹⁴⁶ a v níž jsou kombinovány enumerativní výjimečné stavy určené pro různé relativně předvídatelné škodlivé situace s obecným výjimečným stavem jakožto residuální kompetencí, o kterou se veřejná moc může opřít výhradně v existenční krizi, pokud dokonce ani enumerativní výjimečné stavy neumožňují řešení situace. Představili jsme rovněž obecné principy řádné regulace výjimečného stavu. Současně bylo zdůrazněno, že kodifikací výjimečného stavu nedochází ke konzumpci nadpozitivního výjimečného stavu opřené o princip práva státu na sebezáchovu. Jakkoli je žádoucí minimalizovat pravděpodobnost, že bude nutné se k němu uchýlit, zůstává představitelům veřejné moci tato možnost legitimně otevřena, pokud v případě existenční krize nelze existenci státu a jím neseného právního řádu jinou cestou zajistit.

¹⁴⁶ Každá jeho vrstva je ve vztahu k vrstvě předchozí v poměru subsidiarity.