

Lidská práva v současné situaci

1 Bezpečnost jako kontext

Jako by existovaly dva zřetelné psychologické momenty v české „verzi“ krize způsobené pandemií viru nazvaného SARS-CoV-2 (koronakrize): Prvním je 10. březen, kdy vláda oznámila zrušení výuky ve školách, a druhým je 23. duben, kdy příslušný soud zrušil některá mimořádná opatření ministerstva zdravotnictví jako nezákonná. Zatímco ještě na konci února jsme mohli třeba na dveřích strančické lékárny najít vylepený text „Rouška ani respirátor není, pořídte si něco na uklidnění!“, po dubnovém rozhodnutí pražského městského soudu jsem zase obdržel zprávu od jedné své kolegyně (cituji) „Všichni už snad pochopili, že žádná pandemie není.“ O tom, co to vlastně bylo za událost, kterou jsme v těch čtyřiceti jarních dnech prožili, se bude diskutovat ještě dlouho, stejně jako o tom, zda je pandemie alespoň u nás již zažehnána, anebo přijde její druhá či třetí atd. vlna¹, anebo bude tato krize vystřídána dalšími, jako třeba krizí klimatickou, potravinovou apod.² Je vůbec dnes (na začátku května) již možné něco říci o této krizi, když se můžeme přít o to, zda je tato událost již dovršená či skončená? Na úvod se omezím v podstatě na několik momentů, které alespoň mají více společného s dojmy než se seriózní analýzou a které se spíše soustřeďují na tom, jak je tato událost vnímána či pochopena, než na to, jaká by mohla být její skutečná povaha

¹ Připomeňme v tomto kontextu, že pandemie tzv. španělské chřipky zasáhla české země nejdříve v relativně slabé vlně na jaře a v létě 1918, mohutná vlna spojená s „umíráním ve velkém“ se dostavila na podzim 1918, aby v první polovině roku 1919 došlo k méně markantnímu šíření onemocnění, takže se někdy ani o třetí vlně této chřipky nehovoří. K průběhu pandemie u nás viz SALFELLNER, H. *Pandemie španělské chřipky 1918/19 se zvláštním zřetelem na České země a střeoevropské poměry*. Praha, 2017. Disertační práce. Univerzita Karlova v Praze, 1. lékařská fakulta, Ústav dějin lékařství a cizích jazyků 1. LF UK. Školitelka doc. PhDr. Ludmila Hlaváčková, CSc.

² David Černý mne upozornil na knihu ORD, T. *The Precipice. Existential Risk and the Future of Humanity*. New York: Hachette Books, 2020, jejíž autor se mj. pokusil v její šesté kapitole i o jistou kvantifikaci existenčních hrozeb pro lidstvo: Klimatická krize podobně jako nukleární válka je podle Orda existenční hrozbou s pravděpodobností 1:1000, přírodní pandemie (tedy nevyvolaná lidmi) s pravděpodobností 1:10000, pandemie vyvolaná lidmi (tedy umělým patogenem) s pravděpodobností 1:30 a umělá inteligence s pravděpodobností 1:10. Celkově Ord odhaduje, že lidstvo (či spíše civilizace) bude zničeno přírodními příčinami, s pravděpodobností 1:10000, zatímco pravděpodobnost, že se tak stane v důsledku lidské činnosti, je 1:6.

– jevy se ostatně stávají událostmi pouze díky tomu, že jsou jako události chápány. Tyto momenty však poskytují jistý kontext uvažování o lidských právech v současné situaci.

Zdá se, že koronakrize je jakási „válka s virem“, boj proti přírodnímu jevu (jenž by se dal chápat jako živelná pohroma), a pokud se na skutečnost budeme dívat tímto v podstatě „válečným“ prizmatem, je zásadní otázkou nakonec pouze to, zda jsou prostředky ve „válce“ účinné, tedy efektivní. Normativní otázky (třeba právní) se v tomto světle jeví jako něco podružného, anebo se jako takové jeví až do nedávných soudních rozhodnutí, jak se toho dotknu níže. Všimněme si však jednoho aspektu, který je pro posuzování efektivitu klíčový, a tím je jistá výjimečnost této krize – často totiž slycháme, že jde o krizi bezprecedentní, nemající v posledních sto letech obdoby apod., přičemž se poněkud opomíná to, že lidé v jiných zeměpisných šířkách velmi podobné epidemické krize zažívali třeba se SARS nebo MERS (byť ne s globálním dopadem). Jestliže je tedy současná krize opravdu naprosto výjimečnou a s jinými neporovnatelnou událostí, je vlastně do velké míry „uzavřena“ věděním, protože *de singularibus non est scientia*. Pro efektivitu v této „válce“ to pak znamená, že ji nelze měřit stejným způsobem, jakým si můžeme ověřit třeba to, že je efektivní vařit vejce deset minut, když je chceme uvařit natvrdo. Jinak řečeno: Naše stále ještě velmi omezená znalost o „nepříteli“ (viru) vede k tomu, že mnohá opatření, která jsme ve „válce“ zavedli a použili, se mohou s odstupem času ukázat jako velmi omezeně efektivní či jako vůbec neefektivní. Uvědomme si také, že různí experti mohou mít dosti odlišné názory na efektivitu přijatých opatření – je vysoce pravděpodobné, že třeba lékař, ekonom nebo voják se budou lišit v tom, co je efektivní a co nikoli (protože každý posuzuje efektivitu s ohledem na odlišné hodnoty, což je pochopitelné), stejně jako mohou existovat rozdíly mezi názory odlišných lékařů, ekonomů či vojáků. Nedostatek znalostí, jejich „uzavřenost“ v různých disciplínách i různé perspektivy uvnitř jediné disciplíny spolu s nedostatkem času (protože ve válce je třeba zareagovat ihned) tedy vede k určité improvizaci a postupům „metodou pokus-omyl“, což pak má vliv i na normativní otázky, jak se pokusím ukázat níže. I kdyby tedy náhodou vlády bojující s virem „mobilizovaly“ masivně „své“ kapacity pro získání takovýchto znalostí (o čemž je nutno zcela zásadně pochybovat³), takové omezeně efektivní improvizaci se nejspíše není možné vyhnout – jak jinak si lze vysvětlit např. markantní odlišnost švédského přístupu v koronakrizi od velké většiny těch ostatních? Jakoby toto připodobnění koronakrizi k válce samo implikovalo, že kolem nás se pořád „vznáší“ příslovečná „válečná mlha.“ Tento nedostatek znalostí budu v následujícím textu nazývat epistemickou nejistotou.

³ Je např. pravděpodobné, že česká vláda při svých rozhodnutích nevychází z analýz dat, a tak jedná spíše pod „tlakem okolností“, než že by plně využívala všech dostupných poznatků – viz např. názory ekonomů Daniela Münicha z CERGE-EI.

Když se však vrátíme k historicky nejbližšímu „precedentu“ podobné výjimečné pandemie, totiž k pandemii tzv. španělské chřipky z let 1918 až 1919⁴, ihned nás může překvapit nikoli to, že opatření proti ní byla lokálního charakteru a z dnešního pohledu i dosti chaotická (což lze ve válečné a poválečné době dobře pochopit), ale především to, jak bylo celé zobrazování pandemie jaksi „odsunuto stranou“, protože tisk se v podstatě zabýval především otázkami politickými, jako byl konec války, vznik nových států, hospodářskými problémy vyvolanými válkou apod. a stejný dojem (protože nejsem historik) mám i z pozdější reflexe některých dobových „účastníků“.⁵ Jakoby tato pandemie nebyla událostí „velkých dějin“, jakoby se „svezla na vlně“ hrůz první světové války a bídy poválečného hospodářství (kdy se např. poukazovalo na to, že za šíření chřipky může nedostatek uhlí), jakoby byla „pouze“ soukromou věcí obětí a přeživších. Naopak dnešní mediální obraz koronakrizy je vsudypřítomný (minimálně v případě českých médií), až se neustálé připomínky bezprecedentnosti či výjimečnosti události staly podezřelými. Co se tak zásadního změnilo za oněch sto let?

Jistě lze argumentovat odlišností kontextu (protože v současné Evropě nezuří světová válka), ale také lze upozornit na to, jak mnoho jsme v posledních letech začali hovořit o bezpečnosti a začali ji spojovat s nejrůznějšími dříve spíše nezvyklými přívlastky (jako např. potravinová, energetická či inforatická bezpečnost): Jakoby se Clintonovo „*It's economy, stupid!*“ z devadesátých let minulého století pozvolna změnilo na začátku tohoto století (které skutečně začalo až v září 2001 s „válkou proti teroru“) v „*It's security, stupid!*“ a bezpečnost se stala novým dominantním „heslem“ naší doby. Jenže o jakou bezpečnost jde?

Frédéric Gros možná užitečně rozlišil tři pojetí bezpečnosti:⁶ První je v podstatě mentálním stavem vyrovnanosti či „klidu duše“, který je do velké míry nezávislý na tom, jaká je „vnější realita“ – ti z nás, kteří i v současné krizi pokračovali dále ve svých každodenních činnostech „jako by se nic nedělo“ nebo se „stáhli do sebe“, možná získali tento druh bezpečí, které je v podstatě soukromé (i když i ono se může stát předmětem veřejného a politického). Druhé je veřejné a politické v tom smyslu, že je v moderní době spojováno se státem, tedy tím „velkým vynálezem“ evropského novověku, který má občany ochránit před objektivním nebezpečím.⁷ Podle Grose má

⁴ SALFELLNER, H. *Pandemie španělské chřipky 1918/19 se zvláštním zřetelem na České země a středoevropské poměry*. Op. Cit.

⁵ Např. Peroutka ve svém známém *Budování státu* o této pandemii vlastně vůbec nepíše, podobně jako třeba Stefan Zweig ve svém *Světě včerejška*.

⁶ GROS, F. *Le principe sécurité*. Paris: Gallimard, 2012.

⁷ K tomu viz výstižně SKINNER, Q. *O státech*. Praha: Oikoymenh, 2012 (originální vydání z r. 1989). Teprve evropský novovek tematizoval stát jako entitu, která je v zásadě odlišná jak od „vládce“, tedy vládního či mocenského aparátu (čímž odsunul středověká „zrcadla princů“ stranou), tak od „ovládaných“, tedy obyvatelstva státu (čímž se rozešel s antickým pojetím *polis*). Skinner prvenství při vypracování tohoto pojmu státu připsal Hobbesovi v návaznosti na Machiavelliho a Bodina. Že hlavním Hobbesovým posláním státu je zajistit bezpečnost jeho obyvatel je, myslím, dostatečně zřejmé každému čtenáři jeho spisů *Leviathan* nebo *O občanu*.

sama tato „státní“ bezpečnost tři rozdílné podoby: právní jistotu (*sécurité juridique*) a policejní a vojenskou bezpečnost. Zatímco právní jistota se dobře ukazuje v koncepcích lidských práv a právního státu (které nás chrání před státem samotným a zároveň stát sám je hlavním garantem těchto koncepcí) a vojenská bezpečnost souvisí s vnější bezpečností státu, policejní bezpečnost je nejspíše nejméně tematizovaná a souvisí s ochranou veřejného pořádku (chápaného značně široce),⁸ přičemž policie není považována za primární právní činnost, ale spíše „reglementační“ v tom smyslu, že hlavní je pro ni poskytnutí účinné ochrany veřejného pořádku, zatímco to, zda jedná

⁸ Protože v dnešní době si policii spojujeme s represivními orgány státu, které mají zejména za cíl podílet se aktivně na vynucování práva, je zde možná vhodné ve zkratce připomenout celý vývoj pojmu policie, aby bylo poněkud jasnější, co se policií myslí. Když se ve středověku používá termín „policie“, myslí se tím zejména jistý druh spravování, který bychom dnes označili za péči o veřejný pořádek ve městě, ale termín je používán i jako synonymum pro politiku (ve smyslu *policy*, nikoli *politics*) – oba termíny jsou ostatně odvozeny od řeckého slova „polis“ – či „státní zřízení“ (např. Claude de Seyssel v r. 1515). Od počátku 17. století se však pojem policie začíná zužovat (protože přestává být totožná s politikou a postupně i se státním zřízením a také se odděluje od výkonu spravedlnosti) a zároveň se úkoly policie podstatně rozšiřují, když jsou jednak původně městská policejní opatření rozšiřována na území celého státu, jednak se začíná rozšiřovat chápání veřejného pořádku: Již nejde pouze o regulaci „každodenních nutností,“ tedy především zajištění pořádku a potravin pro městské obyvatelstvo, snahu o vypořádání se s chudinou, žebráky atd. jako ve středověku, ale jde o všestrannou a detailní péči o materiální a duchovní sféru obyvatel státu – např. Nicolas Delamare ve svém kompendiu policie *Traité de la police* z let 1705 až 1719 zmiňuje jedenáct oblastí policie (zbožnost, mravnost, zdraví, zajištění potravin, veřejný pořádek, regulace staveb, náměstí, hlavních silnic, řemesel a svobodných umění, obchodu, manufaktur, sloužících a pracovníků obecně, chudých, divadla a her). Viz i HATTENHAUER, H. *Evropské dějiny práva*. Praha: C. H. Beck, 1998 (německý originál z r. 1994), s. 388 an. Z toho je patrné, že působnost policie pokrývá vlastně vše, co dnes spadá do působnosti státní správy jako takové – ostatně termín „policejní věda“ (*Polizeywissenschaft*) byl ve střední Evropě v 18. století používán ve stejném smyslu, jako se dnes hovoří o „správní vědě“. Také z toho plyne, že policie je úzce spojena s jistým „obšťastňovacím“ či „pečovatelským“ státem (*Wohlfahrtsstaat*), který tak vehementně kritizoval liberalismus minimálně od Kanta. S tím, jak se postupně vyvíjelo správní právo jako samostatná disciplína, se pojem policie diferencoval, takže na konci 19. století a ještě v první polovině minulého století byla policie již jen jednou oblastí správní činnosti: Policie by se v tehdejší době dala vymezit (po vzoru meziválečných právníků Jiřího Hoetzela či Adolfa Merkla) tak, že jde o činnost konzervující, zachovávající (v tom smyslu, že slouží k udržení již stávajících statků, nikoli k vytváření nových statků), jež má preventivní či represivní charakter a užívá prostředků nejen vrchnostenských, ale i jiných. Např. Merkl charakterizoval policii jako „onu správní činnost, která má za úkol chránit řád či odvracet od něho nebezpečí a poruchy, a užívá při tom pohrůžky nebo přímo donucení.“ Viz MERKL, A. *Obecné právo správní. Díl druhý*. Praha – Brno: Orbis, 1932, § 17, s. 75 an. V té době a ještě v první republice se tak běžně mluvilo o policii zdravotní, stavební, požární, vodní, divadelní aj.

podle práva či nikoli, je v zásadě podružné,⁹ což vysvětluje to, proč Gros nepovažuje policejní bezpečnost za „podmnožinu“ právní jistoty.¹⁰

Konečně třetí pojetí bezpečnosti je to, které Gros označuje (možná ne příliš výstižně) za „biobezpečnost“ (*biosécurité*) a které spočívá v ochraně a ovlivňování normálnosti či „přirozenosti“ různých procesů jako je typicky „tok“ tekutin uvnitř lidského těla, zboží, surovin, lidí, myšlenek apod. Ačkoli má toto pojetí bezpečnosti svůj zřetelný původ ve Foucaultově pojmu biopolitiky,¹¹ nejvíce je „biobezpečnost“ zřejmá právě v současném procesu globalizace, kdy neustálé a proměnlivé „toky“ různými „sítěmi“ obepínají celou planetu a státy jsou zde mj. od toho, aby dělaly vše proto, aby tyto „toky“ co „nejpřirozeněji“ plynuly. Právě „biobezpečnost“ je na postupu spolu s globalizací a zásadně ovlivňuje i ostatní pojetí bezpečnosti. Např. vyrovnanosti již není tak snadné dosáhnout, protože musíme být flexibilní, adaptabilní, neustále dostupní a připravení reagovat na konstantní proměny „toků“.¹² „Sítě“ obepínající celou planetu jsou komplikované a tedy i velmi křehké, takže i drobná narušení mohou mít fatální důsledky jako efekt motýlích křídel. Spolu s neustálým „tokem“ informací, který je na jedné straně velmi dobře dostupný a zároveň rozporný (protože ani experti se neshodnou a svou roli sehrávají nejspíše i *fake news*), narůstá nejistota a tedy i úzkost z neznámého. Vyrovnanost a „klid duše“ se tak stává spíše jakýmsi „luxusem“, který si mohou dopřát hlavně ti, kteří jsou materiálně zajištěni a mají dostatek prostředků

⁹ Velmi zjednodušeně řečeno: Policie od počátku 17. století vlastně jedná mimo obecné zákony a opírá se o policejní nařízení a opatření vydávaná panovníkem a vládou, kdy tato nařízení nemusí být souladná se zákony. Když se především od 19. století rozvíjí ve střední Evropě koncepce právního státu (*Rechtsstaat*), jsou postupně všechny oblasti státní správy právu podřízovány tak, že je vytvořeno správní soudnictví a správní akty jsou postupně soudně přezkoumávány. Policie se tak „scvrkává“ na onu konzervující činnost (viz předchozí poznámka) a stává se tak především soudního přezkumu jako poslední (když pomineme dohledně přetrvávající absenci soudního přezkumu v případě politických otázek vymezovaných např. v americké doktríně *political question* či francouzské doktríně *actes de gouvernement*) – např. § 48 známého předlitavského tzv. říjnového zákona o správním soudě č. 36/1876 ř. z. vylučoval ze soudního přezkumu policejní trestání a tuto výluku odstranil až zákon č. 3/1918 Sb., jímž byl říjnový zákon recipován ve československého práva.

¹⁰ Když německý právník Georg Beseler ve frankfurtském parlamentu r. 1848 prohlásil: „Chceme nyní skoncovat s tím, co idea policejního státu představovala v minulých staletích. Chceme tak ustavit právní stát v Německu.“, zřejmě poprvé postavil právní stát proti státu policejnímu – viz STOLLEIS, M. *Histoire du droit public en Allemagne. Droit public impérial et science de la police 1600–1800*. Paris: PUF, 1998, s. 593. Beseler tím neměl na mysli pouze to, že by se mělo zabránit zvlášť represivní složky státní moci, ale obecně to, že se státní správa (včetně správních nařízení) má řídit zákony.

¹¹ Pojem biopolitiky byl nastíněn ve FOUCAULT, M. *Vůle k vědění (Dějiny sexuality I.)*. Praha: Hermann a synové, 1999, s. 165 an. a Foucault se ho dotýkal především v posledních přednáškách svého kurzu na *Collège de France* v letech 1977–1978.

¹² Ostatně již Montesquieu si všiml jistého neklidu či strachu anglického národa, který se věnuje převážně obchodu, jenž ve své zámožské podobě představuje vlastně první podobu globálních „toků“. Viz DE MONTESQUIEU, Ch.-L. *O duchu zákonů I.* Praha: Oikoyomenh, 2010, část třetí, 19, kap. 27., s. 363.

i času (protože „čas jsou peníze“) na meditace, terapie apod. Jinak řečeno: Jestliže se dnes někomu zdá, že v koronakrizi reagujeme až hystericky či přehnaně (což je patrné zejména v porovnání s tím, jak naši předkové reagovali na pandemii španělské chřipky), pak to vůbec nemusí být způsobeno pouze tím, že jsme se stali pohodlnými a „zhýčkanými“ (oproti našim předkům uvyklým na podstatně horší útrapy než my), ale také tím, že jsme přijali bezpečnost jako dominantní „paradigma“ našich životů, a to včetně „biobezpečnosti“. Strach z „nepřítele“ (viru) je tedy silný možná také právě proto, že úzkost z neustálé změny (která nám zabráňuje dosahovat vyrovnanosti), úzkost spojená s „biobezpečností“, je jakýmsi „podhoubím“, z něhož tento strach vyrůstá. A proto i strach, který se mnohým zdá být přehnaným, je vlastně velmi pochopitelnou reakcí (byť nikoli reakcí nevhodnější, protože strach je špatný rádce).

„Biobezpečnost“ však nezačala „vítězit“ pouze nad „klidem duše“, ale i nad „státní“ bezpečností, neboť většina států (snad kromě velmocí) již nemá kapacity „tokům“ odolávat nebo je i ovlivňovat, což se projevuje v tom, že nástroje vojenské a policejní bezpečnosti se mnohdy také již staly zbožím, které také „teče a obihá“ (viz např. soukromé bezpečnostní agentury a soukromé armády, které dnes často vedou „válku“ místo pravidelných armád), a nástroje právního státu a lidských práv se jen obtížně a pomalu snaží tomuto trendu čelit třeba pomocí prosazování požadavků respektu k lidským právům i pro nestátní (nadmárodní) aktéry nebo výzvami k nějaké podobě globální spravedlnosti.

Co se tedy děje s bezpečností v koronakrizi? Je zřejmé, že tato krize (která je sama způsobena „globálními toky“) tuto narůstající převahu „biobezpečnosti“ narušila, když globální „toky“ lidí, zboží a surovin byly s neuvěřitelnou rychlostí pozastaveny (a ekonomové se snaží odhadovat, kdy se opět vrátí k „normálu“). Nyní naopak získala „navrch“ „státní“ bezpečnost realizovaná různými opatřeními, která lze bez nadsázky označit právě za policejní.¹³ Jejich cílem je totiž ochránit a zachovat lidské životy, nikoli je přetvářet¹⁴ (to je v liberální společnosti v oblasti morálky – v zásadě odmítající paternalismus – věcí každého člověka a v oblasti kapitalistické ekonomiky věcí „volně proudícího“ trhu). Tato opatření také nelze označit ani pouze jako správná, protože jimi se nerealizuje nějaká veřejná politika státu¹⁵, ale „pouze“ se „válčí s virem.“ Proto se domnívám, že nejvýstižnější označení současných opatření přijímaných v koronakrizi je právě „policejní.“

¹³ Viz poznámka o vývoji pojmu policie výše. V první republice by označili tato opatření za opatření zdravotní policie.

¹⁴ Viz opět poznámka o vývoji pojmu policie výše, konkrétně konzervující a preventivní charakter policie.

¹⁵ „Politikou (policy) nazývám takový standard, který vytyčuje cíl, jehož se má dosáhnout, zpravidla zlepšení určité ekonomické, politické nebo sociální kvality společností[...].“ DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. Praha: Oikymenh, 2001, s. 44.

Ani právní jistota však nemůže být „odstavena“ a plně nahrazena policejní bezpečností, protože kdyby policie opravdu „zvítězila“, rovnalo by se to vlastně výjimečnému stavu, v němž je právo pozastaveno a koncept právního státu by byl zcela vyřazen „ze hry“ ve prospěch státu policejního.¹⁶ Jak tedy vstupuje právní stát do kontroly policie? Pomocí metody proporcionality, protože kontrola prosté zákonnosti policejních opatření nestačí, když je právní základ takových opatření dán velmi obecně a rámcově tak, že tato opatření mají provádět pouze to, co je „nutné a nezbytné“ k zastavení či zpomalení pandemie.¹⁷ Tím lze vysvětlit to, proč se opatření neustále mění – reagují totiž na postup či ústup pandemie, kdy se opatření, která byla efektivní v jistém časovém okamžiku, mohou ukázat jako neefektivní v jiném. Tento poukaz na efektivitu a nutnost také dobře ukazuje, proč je klíčovým momentem pro jisté „smíření“ policejní bezpečnosti a právní jistoty právě metoda proporcionality, když si uvědomíme, že nejstarší částí dnešního „testu“ proporcionality, který je dnes běžně aplikován evropskými soudy, je právě „test“ potřeby či nutnosti (*Erforderlichkeit*) vyvinutý především pruskými správními soudy v 19. století k tomu, aby umožňoval přezkum právě policejních opatření.¹⁸ Merk l podle mého dobře vystihl to, proč se proporcionalita (v jisté „zárodečné“ podobě *Erforderlichkeit*) aplikovala právě na policejní opatření, když psal, že „policejní právo ovládá tendence po pokud lze nejozšáhlejší nezávislosti policejních orgánů v rámci zákona.... Zmíněná tendence po nezávislosti policejních orgánů na podrobných zákonných ustanoveních tvoří přímou protivu tendence po pokud lze největší svobodě poddaných, neboť vede k tomu, že poddaní se stávají v oblasti policejní správy daleko závislejšími na vůli orgánů nežli v jiných správních oblastech.“¹⁹ To vede k tomu, že nauka správního práva hledá „zásady platné pro výkon policie“, aby policii přeci jen omezila, přičemž tyto zásady jsou dle Merkla „přirozenoprávním surrogátem“ za chybějící pozitivněprávní úpravu. Mezi tyto zásady patří mj. i „zásada přiměřenosti policejního zásahu, která žádá, aby policejní zásah byl přiměřený zlu, které má odvrátit. Dále se uvádí, že úřady jsou povinny volit prostředek mající odstraniti nastalé zlo

¹⁶ Nad tím, jestli se stane koncept výjimečného stavu (rozpracovaný nedávno především Giorgio Agambenem) novým „paradigmatem“ naší blízké budoucnosti, se v následujícím textu zabývá Petr Agha, kdy výjimečný stav připodobňuje k *farmakonu*, který může být lékem i jedem současně. Podle Agambena se policie ve výjimečném stavu stává jakýmsi „provizorním suverénem“ – viz AGAMBEN, G. *Homo sacer. Suverénní moc a pouhý život*. Praha: 2011, (původní italské vydání z r. 1995), s. 169.

¹⁷ Viz např. čl. 6 českého ústavního zákona o bezpečnosti, §§ 5 a 6 českého krizového zákona i § 69 odst. 2 českého zákona o veřejném zdraví hovořící o „nezbytně nutném“ či „nezbytně nutném rozsahu“.

¹⁸ Když na konci 19. století psal Otto Mayer o zásadě proporcionality (*Verhältnismäßigkeit*), měl na mysli právě „test“ nutnosti či potřeby, který je podle něj správními soudy aplikován právě na policejní opatření. Viz MAYER, O. *Deutsches Verwaltungsrecht. Erster Band*. Leipzig: Duncker und Humboldt, 1895, s. 267 an. Walter Jellinek v meziválečné době zase hovořil o soudní kontrole „přemíry“ či „nadměrnosti“ policejního opatření (*Übermaß*), k níž dochází tehdy, když policie požaduje více, než je nutné. Viz JELLINEK, W. *Verwaltungsrecht*. Berlin: Springer, 1928, s. 423.

¹⁹ MERKL, A. *Obecné právo správní. Díl druhý*. Op. Cit., s. 85.

tak, aby byly tímto prostředkem pokud lze nejméně zasaženy práva a zájmy jednotlivců....“²⁰ V české poválečné právní literatuře říkal vlastně totéž Jaroslav Pošvář.²¹ Když se tedy policie začala soudně přezkoumávat, zrodil se i princip proporcionality jakožto nástroj tohoto přezkumu.²²

Jestliže tedy opatření ve „válce s virem“ jsou policejními opatřeními, není vůbec překvapivé, že z hlediska zachování právního státu a lidských práv musíme vyřešit dvě otázky, z nichž jedna podmiňuje druhou: Otázku zákonnosti policejních opatření je nutno vyřešit proto, aby bylo možné vyřešit druhou, skutečně zásadní otázku, kterou je otázka po proporcionalitě policejních opatření. Ještě jinak řečeno: Jestliže otázku zákonnosti budeme chápat jako první „krok“ „testu“ proporcionality (čímž otázku legitimního cíle zredukujeme na otázku cíle, který je legální v tom smyslu, že je dosahován zákonnými prostředky), pak je zde pouze jediná klíčová otázka a tou je proporcionalita.

2 Lidskoprávní „instrumentárium“ jako problém

Když jsem na začátku zmiňoval rozhodnutí pražského městského soudu²³ a následná rozhodnutí ústavního soudu²⁴ jako určité psychologické mezníky současné krize, ukazoval jsem vlastně na ten moment, kdy policejní bezpečnost musela začít ustupovat právní jistotě, což by se dalo popsat i tak (snad ne příliš nadneseně), že se „právo opět navrátilo do obce“ do té doby ovládané policií. Co mají tato soudní rozhodnutí společného? Především to, že řeší otázku právního základu či rámce přijatých policejních opatření: Řeší, o jaký zákon mají být opřena (zda o krizový zákon či o zákon o veřejném zdraví), řeší formálně-právní povahu jak rozhodnutí o vyhlášení nouzového stavu samotného, tak policejních opatření samotných (jde o specifické právní předpisy, opatření obecné povahy nebo ještě o něco jiného?), řeší aktivní legitimaci těch, kteří vyhlášení nouzového stavu či konkrétní policejní opatření napadli (bylo nějak zasaženo do jejich subjektivních práv, anebo jde vlastně o *actio popularis*?), řeší pravomoc k soudnímu přezkumu (podléhají tato opatření přezkumu ve správním soudnictví, anebo „rovnou“ přezkumu v ústavním soudnictví, či jsou snad vůbec nepřezkoumatelná, když jasná právní úprava soudního přezkumu v dotčených zákonech je spíše nedokonalá?).

²⁰ Ibid., s. 86.

²¹ POŠVÁŘ, J. *Obecné pojmy správního práva*. Brno: ČSAS Právník, 1946, s. 48 an.

²² Viz poznámka výše k tomu, že policie není primárně činností podle práva.

²³ Rozsudek městského soudu v Praze č. j. 14 A 41/2020.

²⁴ Usnesení ústavního soudu č. j. Pl. ÚS 7/20 a Pl. ÚS 8/20.

Je dobré si uvědomit, že tyto otázky přitom nejsou vůbec rozhodnuty definitivně, ale spíše „provizorně“, protože rozhodnutí městského soudu může být ještě zrušeno nejvyšším správním soudem a protože samotný názor ústavního soudu (který připomíná spíše jistou „koláž“ právních argumentů z různých zdrojů a tradic) je opřen pouze o křehkou většinu – každý, kdo si přečetl všechna odlišná stanoviska k rozhodnutí Pl. ÚS 8/20 (jejichž souhrn je delší, než samotné většinové rozhodnutí), přece rychle pochopil, že možností, jaký právní názor zvolit ohledně právního rámce opatření, je vícero. Takže první poznatek, který můžeme říci ihned, je ten, že „návrat práva do obce“ nemusíme považovat za určitý „svátek“, ale spíše jako jeden z rychle a účinně (ve smyslu právní účinnosti) provedených kroků, které budou v budoucnu opět diskutovány, zpochybňovány, měněny apod., čemuž se právnícké spisování ve veřejném právu bude věnovat ještě dlouho (zatímco to soukromoprávní bude zase dlouhou dobu řešit třeba otázky náhrady škody nebo vyšší moci). Jestliže však bylo hlavním cílem těchto soudních rozhodnutí poskytnout rychlou a právně účinnou ochranu právního státu před policií, tak se sama v jistém smyslu stávají rozhodnutími „provizorními“ či „krizovými“, čímž se svou povahou začínají paradoxně blížit „provizornosti“ těch policejních opatření, která mají kontrolovat. Především to však znamená, že český právní základ či rámec policejních opatření v koronakrizi spíše selhal, čímž došlo k narušení právní jistoty, a tak se již brzy můžeme „těšit“ na novelizace dotčených zákonů (jakoby se minimálně psané právo podobalo semaforu, který je na nebezpečnou křižovatku nainstalován až po první vážné nehodě, což je samozřejmě lepší, než kdyby na ni nebyl nainstalován vůbec).

Tato rozhodnutí však pouze „připravují půdu“ či „hřiště“ pro budoucí, skutečně zásadní rozhodnutí o policejních opatření přijatých v koronakrizi, totiž rozhodnutí o jejich proporcionalitě. Tím se také „na scénu“ dostává koncept lidských práv, který byl doposud zmiňován spíše okrajově. Je totiž zřejmé, že dominantní lidskoprávní diskurs reaguje na problém lidských práv v koronakrizi otázkou po proporcionalitě jejich omezení. Když se však blíže podíváme na dominantní podobu „testu“ proporcionality (vyvinutou, jak známo, v praxi německého ústavního soudu), vidíme ihned, že právě proto, že jsme v situaci epistemické nejistoty, další „kroky“ testu proporcionality lze provést jen velmi omezeně či obtížně: Jak ustavit ty premisy „testů“ vhodnosti a potřeby, které mají faktickou povahu, aby mohla být provedena teleologická úvaha (u „testu“ vhodnosti) a ekonomická úvaha (u „testu“ potřeby)?²⁵ Kdo může v situaci epistemické nejistoty zodpovědně zhodnotit, zda současná konkrétní omezení třeba svobody pohybu

²⁵ V případě „testu“ potřeby či nutnosti jde vlastně o „variantu“ paretovského optima známého z ekonomie: Paretovské optimum v ekonomii je takový stav společnosti, kdy lepšího ekonomického postavení jedněch může být dosaženo pouze na úkor ekonomického postavení druhých. Aplikováno na „test“ potřeby: Zvětšení svobody jednoho jednotlivce může být realizováno pouze za cenu nerespektování veřejného zájmu či svobody jiného. Pokud lze tedy zachovat svobodu jednoho jednotlivce (jeho lidská práva) bez toho, aby se „platila“ tato „cena“, je třeba dát přednost tomu, aby se taková „cena neplatila.“

či shromažďování opravdu vedou k cíli, jímž je zastavení či zpomalení pandemie? Kdo může v situaci epistemické nejistoty rozhodnout, zda zastavení pandemie nelze dosáhnout za použití mírnějších prostředků, které by byly šetrnější k lidským právům?

Tato skepse k „testům“ vhodnosti a potřebnosti či nutnosti však není úplně na místě, a to minimálně ze dvou důvodů: Za prvé je zřejmé, že policejní opatření nemohou být zcela libovolná – kdyby stál třeba příkazal, aby se občané mohli pohybovat mimo své domovy pouze v reflexních vestách (které by si museli sami opatřit, stejně jako roušky) nebo kdyby podstatně omezil svobodu projevu tím, že by trestal kritiku přijatých opatření (jako třeba v Maďarsku), nejspíše bychom se shodli na tom, že toto opatření není vhodné. Jisté hranice tedy přeci jenom nalezneme. Ty však může odhalit i nějaký mírnější „test“, než jen „test“ proporcionality.²⁶

Za druhé je jasné, že nemůžeme vždy vycházet z toho, co je objektivně ustaveným faktem (o tom, jaké opatření je efektivní ve „válce s virem“), ale spíše z toho, co v daném časovém okamžiku *mohl* autor opatření (vláda) *vědět*, na jaké konkrétní expertní názory se mohl spolehnout. Kdybychom ostatně vždycky vycházeli z toho, že každé rozhodnutí veřejné moci se musí řídit pouze objektivními fakty, pak bychom se při jejich neznalosti²⁷ museli nutně dostat do situace, že veřejná moc by nemohla rozhodnout nikdy, a v situaci, kdy jsou naopak objektivní fakta známa (např. víme, že kouření tabáku škodí lidskému zdraví), by musely být veřejné politiky všech států, které uznávají proporcionalitu jako metodu vyvažování veřejných politik se subjektivními právy, vlastně stejné (např. pokud je pravda, že ochrany zdraví pracovníků v pohostinství nelze dosáhnout jinak, než úplným zákazem kouření tabákových výrobků,

²⁶ Možná by někdo mohl navrhout, aby se v situaci epistemické nejistoty použil místo „testu“ proporcionality mírnější „test“ racionality, který třeba český ústavní soud navrhl k přezkumu hospodářských a sociálních práv. Jenže takový návrh má svá úskalí: Za prvé se tím prohřešíme proti textu dotčených zákonů, které výslovně hovoří o nutnosti či nezbytnosti opatření, a „test“ racionality, jak známo, „test“ potřebnosti či nutnosti neobsahuje. Za druhé tím rozšíříme sféru aplikace tohoto „testu“ i mimo sféru hospodářských a sociálních práv (třeba pro svobodu pohybu či shromažďování). Za třetí, i když „test“ racionality aplikujeme pouze na hospodářská a sociální práva, v úvahu přichází především jeho použití na právo na podnikání, které je v koronakrizi stále dosti zásadně omezeno (takže to pro některé zejména drobné podnikatele znamená i existenční hrozbu). Z toho plyne, že v případě práva na podnikání se „test“ racionality nakonec zase vůbec nepoužije, protože v případě tak velkého zásahu do podnikání (v podobě uzavření provozoven) jde nejspíše o zásah do „esenciálního jádra“ práva na podnikání, tudíž se (v souladu s názorem českého ústavního soudu) má použít „test“ proporcionality. Jiné to pak může být třeba v případě omezení práva na vzdělání – je např. distanční výuka rovnocennou „náhradou“ za „kontaktní“ výuku (pak by nebylo zasahováno do tohoto práva vůbec), anebo je omezení tohoto práva tak veliké, že došlo k zásahu do jeho „esenciálního jádra“, anebo jde o zásah, který lze posuzovat dle „testu“ racionality?

²⁷ Je zřejmé, že věda je v podstatě nikdy nekončícím „vyškrtaváním“ těch možných světů, u nichž se vědeckými metodami nepotvrdilo, že jsou totožné s aktuálním světem. Situace, kdy nevíme, jaký je v jistém aspektu náš aktuální svět, je tak nejspíše častá.

jak tvrdí třeba náš ústavní soud,²⁸ pak by mělo být kouření v restauracích zakázáno všude, kde se uznává proporcionalita, což by vlastně znamenalo jistou celosvětovou soudní „expertokracii“ (pokud by proporcionalitu uznávaly všechny státy). Jestliže se tedy třeba česká vláda při vydávání svých opatření v koronakrizi řídila názory expertů, které nebyly úplně pochybené, domnívám se, že pak se soudní přezkum má omezit (z hlediska ustavení faktických premis „testu“ proporcionality) pouze na to, zda vláda dbala těchto názorů (a nenahrazovala je vlastními libovolnými úvahami), a na to, zda expertní názory byly skutečně *lege artis*. Tento aspekt také může vysvětlit, proč se opatření různých států v koronakrizi liší – roli nemusí hrát ani tak libovůle, ale spíše různost expertních pohledů na to, co je ve „válce s virem“ efektivní (např. zda spíše „izolace“ obyvatel nebo spíše jejich „promořování“). Domnívám se dokonce, že pokud budeme na autora opatření klást ještě přísnější požadavek z hlediska jeho znalostí, konkrétně ten, že měl vzít v úvahu nejen to, co mohl vědět, ale i to, co *měl* vědět, nelze si v situaci, kdy čas hraje tak zásadní roli (jak bylo řečeno výše), představit, že by měl autor opatření vědět více, než expert jednající *lege artis*.

Přejdeme nyní k poslednímu kroku „testu“ proporcionality, jímž je tzv. proporcionalita v užším smyslu či vyvažování, a v němž se berou v úvahu (v dnes již klasické verzi Alexyho tzv. vážící formule²⁹) jednak abstraktní váha lidských práv či veřejného zájmu, jednak intenzita zásahu do nich a spolehlivost (míra pravděpodobnosti), s jakou víme, že dojde ke konkrétnímu zásahu do lidského práva či veřejného zájmu. První „parametr“ vážící formule lze ustavit nejspíše bez větších potíží, když jsou opatření v koronakrizi přijata k ochraně života a zdraví jednotlivců, tudíž abstraktní váha „parametru“, jímž ospravedlňuje omezení jiných lidských práv autor těchto omezení, je vyšší, než třeba svoboda pohybu nebo shromažďování (protože k tomu, abych se pohyboval či shromažďoval, potřebuji žít). Intenzita zásahu a spolehlivost našich znalostí o jeho důsledcích (což jsou „parametry“, které jsou ve vztahu nepřímé úměry) jsou opět faktickými premisami („postiženými“ epistemickou nejistotou), kdy však již neposuzujeme to, co je efektivní ve „válce s virem“, ale to, jak mnoho se zasáhlo do omezovaných lidských práv. Na jedné straně je zde tedy naprosto jistý a velmi silný zásah do ostatních lidských práv než je právo na život (jako typicky svoboda pohybu či shromažďování), a na druhé straně je podobně silný zásah do práva na život, o jehož pravděpodobnosti se můžeme jen dohadovat, (v tom smyslu, že musíme brát v úvahu kontrafaktuální situaci, k jakému ohrožení života by došlo, kdyby žádná opatření provedena nebyla). Ať tak či tak, zdá se mi, že buď při vážení dojde k situaci, že autor opatření bude mít diskreci (pokud budeme možnost zásahu do života považovat pouze za pravděpodobnou), anebo právo na život převáží (pokud ji budeme považovat

²⁸ Nález ústavního soudu č. j. Pl. ÚS 7/17.

²⁹ Viz např. ALEXY, R. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: OUP, 2002 (německý originál z r. 1986), s. 401 an., nebo WINTR, J. Alexyho vážící formule. *Právník*. 2016, roč. 155, č. 5, s. 446–461.

za vysokou či jistou).³⁰ To znamená, že přijatá opatření se mohou ukázat jako proporcionální (samozřejmě pokud „proudou“ přes výše popsaná „úskalí“ „testů“ vhodnosti a potřeby či nutnosti).

Z toho pak plyne, že jestliže bude někdo provádět přezkum konkrétních opatření v koronakrizi pomocí proporcionality, buď bude vycházet z toho, že v situaci epistemické nejistoty spojené s časovou tísní nelze klást na vládu tak silné požadavky jako za normálních okolností, anebo naopak provede přísnější posuzování proporcionality a pak se asi „pustí“ spíše na „tenký led“, což ve vyhrcořenější podobě může znamenat i jisté „schmittovské“ rozhodnutí, jímž se ten, kdo jej provede, dostává do role suveréna, kterým se v koronakrizi vlastně stala vláda (když vyhlásila nouzový stav a „vláda“ policejními opatřeními).³¹ Je také možné, že „test“ proporcionality se ukáže jako vhodný nástroj pouze pro posuzování jen některých opatření, jejichž efektivita je snad pochybná i na základě současných expertních názorů – např. zákaz vycestování pro vlastní občany se jako pochybný může jevit proto, že jím se nijak nezabraňuje šíření nákazy na území našeho státu, když byla již dříve občanům navrátivším se ze zahraničí nařízena karanténa. A má být v současné situaci nějaký „test“ proporcionality vůbec používán, když vzhledem k výjimečnosti koronakrizi (viz výše) by se měl možná spíše použít princip předběžné opatrnosti, jehož prizmatem nemusíme tolik hledět na vyvážení lidských práv a jejich omezení?³²

Proporcionalita však není jediným nástrojem současného lidskoprávního „instrumentária“, který lze v koronakrizi použít s jistými otázkami. Lze samozřejmě uvažovat i o otázce rovnosti, vezmeme-li v úvahu, jak různě se opatření dotkla různých skupin jedinců – je možné např. ospravedlnit rozdílné zacházení s běžci a cyklisty oproti chodcům? Proč při rozvolňování opatření přistupovat jinak k provozovatelům těchto či oněch

³⁰ Početně vyjádřeno: Jestliže abstraktní váha práva na život bude nejvyšší (což na Alexyho „škále“ znamená přiřadit mu hodnotu 4), pak abstraktní váha svobody pohybu či shromažďování bude nižší (což na téže škále znamená přiřadit mu hodnotu 2). Pokud budeme považovat zásah do práva na život za nejvyšší (a potenciální smrti tak přiřadíme hodnotu 4) a pravděpodobný (a přiřadíme tak spolehlivosti hodnotu 0,5), a naopak zásah do svobody pohybu či shromažďování považovat za jistý a vysoký (protože víme jistě, že pohyb byl či stále je podstatně omezen a shromažďování lidí nad určitý počet je stále úplně vyloučeno) a přiřadíme mu tak hodnotu 4, výsledkem vážící formule by byla 1, tedy diskrece vlády (kterou má však pouze k efektivním opatřením, nikoli k jakýmkoli opatřením). Pokud budeme zvyšovat pravděpodobnost smrti, bude se vážení pouze „vychylovat“ ve prospěch vlády. Ve prospěch svobody pohybu či shromažďování se naopak bude vážení „vychylovat“ pouze tehdy, když budeme zvyšovat abstraktní váhu těchto dvou práv, což se mi ale nezdá být příliš ospravedlnitelné.

³¹ Marek Káčer mne upozornil na to, že pokud by případný soudní přezkum opatření byl skutečně přísnější, pak nejde o „schmittovské“ rozhodnutí, ale spíše o pokus o „návrat k normalitě“. Jenže je nějaký soud vůbec povolán k tomu, aby o tomto „návratu“ rozhodoval, když lze předpokládat, že on je expertem jen na oblast práva, zatímco v koronakrizi hrají roli i mimoprávní faktory? Nešlo by spíše opravdu o to, že jedno „schmittovské“ rozhodnutí by bylo pouze „napravováno“ jiným?

³² Některé aspekty principu předběžné opatrnosti ve svém textu diskutuje Tomáš Sobek.

podnikatelů? Proč otevírat obchody a nikoli školy? apod. Protože otázka rovnosti je v podstatě ještě více komplikovanou, než otázka proporcionality (neboť do různých „testů“ diskriminace vstupují nejen premisy či „parametry“ spojené s pokusem o objektivní zhodnocení zásahů do lidských práv jako u proporcionality, ale i otázky srovnání), lze očekávat ještě větší otázniky.³³ Konečně v úvahu přichází i použití doktríny tzv. pozitivních závazků (*positive obligations*) známou třeba z judikatury Evropského soudu pro lidská práva: Pokud by totiž vláda ve „válce s virem“ neprovedla žádná opatření, snadno by mohla být obviněna z toho, že selhala s poskytnutím ochrany právu na život svých obyvatel. Jde-li o pozitivní závazky, rád bych pouze poznamenal, že opatření k ochraně práva na život by také musela být opřena o to, co v dané chvíli autor těchto opatření měl a mohl vědět a v konečném důsledku by nejspíše byla opět posuzována měřítkem proporcionality, tj. zda neposkytnutí závazku je přiměřené cíli (pokud bychom toto měřítko vůbec neopustili ve prospěch předběžné opatrnosti, jak bylo naznačeno výše).

Zdá se tedy, že dominantní lidskoprávní „instrumentárium“, jež máme k dispozici, přináší ve výjimečných situacích jako je koronakrize mnoho otázek. Jestliže po soudech, které toto „instrumentárium“ používají, chceme, aby skutečně ochraňovaly lidská práva, mají výjimečnost situace přijmout jako danost a pomocí různých „testů“ eliminovat jen zjevné excesy (a pak možná nepotřebují tak propracované „testy“ jako „test“ proporcionality), anebo mají rozhodovat stejně jako v normální situaci i s rizikem, že jejich rozhodnutí budou neadekvátní situaci? V prvním případě se někdo bude moci ptát, k čemu vlastně soudní přezkum máme (kromě eliminace excesů a samozřejmě „ohlídání“ zákonnosti), ve druhém případě pak zase snadno obviníme soudy z toho, že nejednaly adekvátně, že jsou „necitlivé“ k výjimečnosti situace, časovému tlaku apod. Jakoby se obě alternativy dostávaly do slepé uličky. Máme tedy zakončit úvahu o lidskoprávním „instrumentáriu“ jenom tak, že je samo navrženo pro normální situace a zřejmě se nehodí do výjimečných situací (jak ostatně tvrdil již dávno Schmitt)?³⁴ Je přijetí takového názoru vůbec nějakým řešením problémů s tímto „instrumentáriem“?

³³ David Černý ve svém textu řeší otázku diskriminace tak, že klíčovým problémem je nakonec relevance kritéria, na základě něhož rozlišujeme, kdy vlastně odmítat, aby bylo nějaké kritérium, které je běžně zakázané (věk), chápáno jako zakázané absolutně. To by znamenalo, že relevance kritéria (tedy to, že není svévolné) je relativní k nějaké teorii hodnot, kterou budeme při „testu“ diskriminace používat. Možná tento aspekt (na který Černý explicitně poukazuje) je odpovědí na to, proč antidiskriminační rozhodování někdy působí rozporně – teorie hodnot používané v tom či onom případě se liší, pokud soudy, které „testy“ diskriminace používají, vůbec nějaké teorie hodnot mají.

³⁴ SCHMITT, C. *Politická theologie*. Praha: Oikoymenh, 2012, s. 14 an.: „Každá obecná norma vyžaduje normální formu životních poměrů, na něž má být v souladu se skutkovou podstatou aplikována a které podřizuje své normativní úpravě. Norma potřebuje homogenní médium. Tato faktická normalita není pouhým vnějším předpokladem, jež může právník ignorovat; patří spíše k její imanentní platnosti.“

3 Paradoxy lidských práv v době strachu?

Zakončil bych několika obecnějšími poznámkami o tom, co se možná ukazuje o lidských právech v koronakrizi. Nejde přitom přímo o reflexi pojmu lidských práv jako takového (tedy v konečném důsledku o jejich morální či jiné ospravedlnění), ale spíše o reflexi našeho zacházení s lidskými právy, tedy o reflexi současné praxe lidských práv. Ukazují se totiž některé momenty praxe lidských práv, které jsou možná paradoxní.

Především si uvědomme, že se do velké míry obrací role lidských práv: Protože virus (na rozdíl od živelné pohromy) nesídlí někde „za hranicemi“ obce, do níž rozpoznatelně vtrhává (jako požár či povodeň), ale naopak do ní vpadá nepozorovaně a jako zákeřný „vnitřní nepřítel“ se může „usídlit“ v kterémkoli z nás, všichni tak představujeme nebezpečí, protože všichni jsme potenciálními nositeli viru (a proto řešíme, jak jsme jeden od druhého vzdáleni, a jeden si před druhým zakrýváme své tváře.) Kdybychom se vrátili k „válečné“ terminologii (s plným vědomím její vyhrocenosti), pak se policejní opatření snaží reagovat na jistou podivnou podobu „občanské války“, kterou vedeme izolování od cizích i od blízkých z pohodlí svých příbytků (které se pro ty z nás, co jsou v karanténě, staly i domácím „vězením“). Jestliže dějiny „katalogizování“ lidských práv představují vlastně dějiny úpravy toho, co stát nesmí provádět jednotlivcům, pak se v koronakrizi ukazuje naopak to, že se nebojíme toho, kdo není nositelem lidských práv (státu), ale toho, kdo jím je. Samozřejmě, že toto platí pouze pro ta lidská práva, která jsou negativními právy, ale pozitivní lidská práva (mezi něž patří mnohá hospodářská a sociální práva) jsou mnohdy chápána jako pouhé politické aspirace či „manifestní“ práva, která se nedají aplikovat stejně jako práva negativní.³⁵ Jde-li pak o pozitivní závazky dovozované z existence negativních práv (zmiňované výše), pak lze poukázat na to, že třeba strasbourský soud zřejmě nemá žádnou ucelenější doktrínu pozitivních závazků, takže jejich dovozování se může jevit jako kazuistické.³⁶ Ostatně kdybychom koncepty pozitivních práv a pozitivních závazků brali podobně vážně jako liberální koncept negativních práv, museli bychom se blížít k nějaké formě globální sociální spravedlnosti, ne-li globálního socialismu, což zřetelně neděláme (byť by mnozí

³⁵ Nemusíme se zrovna opírat o kritiku pozitivních práv, kterou už dávno provedli třeba Cranston či Hayek, tedy poukazovat na to, že pozitivní práva by lidskými právy být vůbec neměla (viz CRANSTON, M. *Human Rights, Real and Supposed*. In: RAPHAEL, D. D. (ed.). *Political Theory and the Rights of Man*. Bloomington: Indiana University Press, 1967, s. 43 an., anebo HAYEK, F. A. *Právo, zákonodárství a svoboda. Nový výklad liberálních principů spravedlnosti a politické ekonomie*. Praha: Academia, 1994, s. 228 an.). Stačí poukázat na to, že mnohá pozitivní práva ani nemají být vynucována stejným způsobem jako práva negativní – viz tipicky čl. 2 odst. 1 Mezinárodního paktu o hospodářských sociálních a kulturních právech stanovící tzv. princip progresivní realizace těchto práv.

³⁶ Viz např. MOWBRAY, A. R. *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Oxford: Hart, 2004.

mohli velmi dobře argumentovat, že bychom to dělat měli). Jinak řečeno: Lidská práva v praxi své aplikace jsou stále ještě především negativními právy (ať už se nám to líbí, nebo ne). První paradox lidských práv v koronakrizi by tedy spočíval v tom, že došlo k určité změně akcentu v praxi lidských práv (již nejde o ochranu před státem, ale o ochranu před ostatními jednotlivci, stát není potenciálně nebezpečný, ale naopak je v roli „zachránce“) a lidská práva sama nakonec vyvolávají strach, protože ohrožují náš život: To, co má život zajišťovat, se stává pro život nebezpečným, tudíž pozastavení užívání tohoto nebezpečného „statku“ je z tohoto pohledu vyvolaného strachem oprávněné.³⁷

Lidská práva jsme také začali „katalogizovat“ a chránit na mezinárodní úrovni v reakci na druhou světovou válku, aby se již neopakovaly její nelidskosti. Hlavní nelidskosti druhé války však nebyla válka samotná jakožto jisté násilí na cizích nepřátelích – protože taková byla válka vždy – ale to, jak stát začal zacházet s vlastními občany (Německo s německými Židy, Romy, komunisty či homosexuály, USA s vlastními občany japonského původu apod.). Jestliže nyní dochází opět k výjimečné situaci, kterou sami připodobňujeme k „válce s virem“, opět pozastavujeme lidská práva svých vlastních spoluobčanů. Samozřejmě by bylo nehorázné srovnávat situaci lidí v karanténě třeba se situací lidí v koncentračním táboře (i když nelze opomenout ani to, jak se třeba s lidmi v karanténě zachází v jiných koutech světa).³⁸ Ale i karanténa může zachovávat na těch, kdo jí byli podrobeni, jisté „stigma“ v očích většinové společnosti,³⁹ byť s největší pravděpodobností nejde o „stigma“ trvalé, které by vystavovala jejich nositele existenční hrozbě, a rozdíl je také v tom, že takovou „stigmatizaci“ stát nepodporuje. Druhý paradox tedy spočívá v tom, že nástroj, který měl zabránit státu, aby opakoval lidské utrpení známé z jedné války, je v jiné „válce“ (kterou zřejmě nevyvolali lidé, pokud tedy nevěříme zprávám o nedbalostním či dokonce záměrném úniku viru

³⁷ Jediným lidskoprávním momentem, který jsem v současné české mediální diskusi zaznamenal a který nebyl vyvolán těmi, kdo se ochranou lidských práv „profesně“ zabývají, byly vlastně obavy expertů, aby ochrana lidských práv nezabránila používání nástrojů „chytré“ karantény. Z tohoto pohledu představují lidská práva vlastně nebezpečí, které by mělo být „odloženo na potom.“

³⁸ Např. na pakistánských hranicích s Íránem vyrostl tábor (karanténní zařízení), v němž jsou potenciálně nakažení lidé ponecháni v podstatě sami sobě – viz ELLIS-PETERSEN, H. – MEER BALOCH, S. Pakistan coronavirus camp: 'No facilities, no humanity'. In: *The Guardian* [online]. 19. 3. 2020. Dostupné z: <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/19/pakistan-coronavirus-camp-no-facilities-no-humanity>>. Nejde však pouze o vzdálené země třetího světa – možná v podobné situaci se nacházejí i lidé dlící ve vězeních či jiných formách detence, kteří jsou také vůči viru odkázáni sami na sebe, což ukazuje třeba případ USA (typicky v jejich věznicích a zařízeních *U.S. Immigration and Customs Enforcement* – ICE) – viz MATZ, J. The Coronavirus Is Testing America's Commitment to People's Constitutional Rights. In: *The Atlantic* [online]. 20. 4. 2020. Dostupné z: <<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/04/coronavirus-jails-constitutional-rights/610216/>>

³⁹ Viz např. HRADIL, M. Lidé z Litovle a Uničova čelí po konci karantény nevrážitosti i výhrůžkám. In: *Novinky.cz* [online]. 30. 3. 2020. Dostupné z: <<https://www.novinky.cz/koronavirus/clanek/lide-z-litovle-a-unicova-celi-po-konci-karanteny-nevrazitosti-i-vyhruzkam-40318617.>>

z laboratoře) „odložen stranou“, a to za podpory nemalé části veřejnosti. To možná znamená i jistou předzvěst budoucího zacházení s lidskými právy v nějaké příští krizi, třeba té klimatické, kdy by mohly být ohroženy celé národy a stigma uprchlíka by postihlo skutečně velkou část lidstva.

Samozřejmě, že oba paradoxy se dají vyřešit tak, jak bylo naznačeno v předchozím oddílu tohoto textu, tedy tak, že v koronakrizi jde o klasický konflikt mezi právem na život na jedné straně a třeba omezením práva na svobodu pohybu či shromažďování na straně druhé a tento konflikt se vyřeší pomocí proporcionality. Kromě výše nadnesených problémů s lidskoprávním „instrumentáři“ bych však chtěl poukázat ještě na něco jiného: Dějiny „katalogizování“ lidských práv nám ukazují, že lidská práva pravidelně chránila především jistou slušnou či důstojnou formu života, nejspíše proto, že život jako takový se považoval na jedné straně za samozřejmou či „přirozenou“ záležitost, kterou nebylo třeba zaručovat, anebo za něco, co není v lidské moci ochránit, protože to chrání pouze Bůh.⁴⁰ Kdybychom chtěli opravdu chránit lidský život jako takový, pak bychom museli mít právo na vodu, výživu, šatstvo či bydlení jako skutečné právo (protože stejně jako je lidský život podmínkou toho, abychom se mohli pohybovat či shromažďovat, je voda, výživa či šatstvo a bydlení podmínkou alespoň minimálního přežití), a nikoli pouze jako politickou aspiraci či „manifestní“ právo. Tím rozhodně nechci tvrdit, že v koronakrizi byly naše životy státem redukovány na agambenovské pouhé či holé životy, ani nechci tvrdit, že stát začal zavádět v koronakrizi opatření omezující mnohá naše lidská práva z jiných důvodů, než je ochrana našeho práva na život. Chci tím pouze naznačit, že praxe lidských práv ve vztahu k lidskému životu je minimálně zvláštní: Na jedné straně jsme ochotni pro ochranu podmínky (lidského života) obětovat mnohé z toho, co je touto podmínkou podmíněno (jistou úroveň slušného či důstojného života), ale na druhé straně nejsme ochotni zajistit to, co podmiňuje tuto podmínku samotnou (tedy základní potřeby nutné k tomu, aby byl lidský život vůbec zachován). Zbývá nám tedy pouze poněkud „poopravit“ známé Böckenfördovo diktum o sekulárním státu⁴¹ v tom smyslu, že lidská práva existují jenom díky podmínkám, které sama nedokáží zajistit? To by byl vlastně stejný závěr jako ten z předchozího oddílu, tedy, že lidská práva a s nimi spojené „instrumentárium“ jsou zde jen za „dobrého počasí“.

Ještě jiným řešením těchto paradoxů je, že přijmeme tezi, že koronakrize je pouze dočasná (byť nemůžeme vědět, kdy vlastně skončí) a svět se nakonec „vrátí k normálu“.

⁴⁰ První zakotvení práva na život jako takové nalezneme nejspíše v americkém Prohlášení nezávislosti z r. 1776, které však nebylo míněno jako právně závazný text, zatímco třeba v americké Listině práv z r. 1791 či ve francouzském Prohlášení práv člověka a občana z r. 1789 ho nenajdeme.

⁴¹ BÖCKENFÖRDE, E.-W. Vznik státu jako proces sekularizace. In: J. Hanuš (ed.). *Vznik státu jako proces sekularizace. Diskuse nad studií Ernsta-Wolfganga Böckenfördeho*. Brno, 2006, s. 7 an.

Jenže výjimečné situace vyvolávající nějakou krizi se alespoň v Evropě v poslední době spíše „množí“, než že by ustupovaly (krize způsobená „válkou proti teroru“ po r. 2001, globální ekonomická krize od r. 2008, uprchlická krize od r. 2015), tudíž bychom zřejmě měli být s dočasností poněkud opatrní. Nemusíme si rovnou myslet jako třeba Agamben, že výjimečné stavy se již dávno staly permanentními (byť v případě mnoha výjimečných situací se tak zřejmě stalo).⁴² Spíše bychom si měli uvědomit potenciální hrozbu spočívající v něčem jiném: Prostředky, které se nyní v koronakrizi stát či soukromí aktéři učí používat a jejichž efektivitu testují, se (poté, až bude proces učení a testování dokončen) použijí snadno k regulaci, kontrole, ovlivňování atp. těch aspektů našich životů, které koronakrizi (či jakákoli jiná budoucí krize) ještě neohrožila, třeba podobně jako se opatření odůvodňovaná ve výjimečném stavu ve Francii v l. 2016 až 2017 začala užívat nejen vůči těm, kteří se jevíli jako největší hrozba pro veřejný pořádek (islámští radikálové), ale i vůči jiným muslimům (např. již samotný fakt, že osoba konvertovala k islámu, byl často důvodem pro užití těchto opatření vůči této osobě) a také vůči radikálním politickým silám nesouhlasícím s kroky francouzské vlády, např. proti ekologickým aktivistům nebo těm, kteří se stavěli proti reformám pracovního práva.⁴³ Jinak řečeno: Stejně jako se policejní opatření v moderním smyslu zrodila (minimálně ve Francii a Německu) jako výjimečné nástroje reagující na válku (náboženskou válku ve Francii a třicetiletou válku ve střední Evropě) a dala vzniknout policii jako takové,⁴⁴ mohou i nástroje zrozené z „války proti viru“ zapříčinit vznik nových policejních nástrojů (zejména těch „chytrých“ a vybavených umělou inteligencí), jejichž charakter ještě není předmětem ani našich nejrůznějších nočních můr. Tyto nástroje přitom nebudou používat pouze státy, ale i soukromí aktéři (až se Grosova „biobezpečnost“ opět stane dominantní spolu s obnovením globálních „toků“

⁴² Např. výjimečné stavy, které byly vyhlášeny v reakci třeba na teroristickou hrozbu, se opravdu mnohdy permanentními staly, výstižný příklad představují třeba francouzské zákony přijaté ve výjimečném stavu (état d'urgence) po teroristických útocích z r. 2016. Většina opatření, která zákony zavedly, se od podzimu 2018 (kdy výjimečný stav ve Francii skončil) stala v jisté pozměněné podobě (posilující jejich soudní kontrolu) součástí „obecného práva“ (*droit commun*) v podobě zákona o vnitřní bezpečnosti a boji proti terorismu (SILT). Došlo tedy ke „smíšení či zmatení“ *droit d'exception* a *droit commun*, pravomocí správních tribunálů s těmi, co náleží obecným soudům, prevence a represe, dočasnosti trestu a časové neomezenosti těchto opatření (jak o ní svědčí aplikační praxe) atd. S jedinou výjimkou pak zákon SILT v březnu 2018 „posvětila“ i francouzská ústavní rada. Viz např. interview s čestnou profesorkou na *Collège de France* Mireille Delmas-Marty „Nous sommes passés de l'état de droit à l'état de surveillance.“ *Le Monde*, 13. 10. 2017. K pochybnostem o proporcionalitě mnoha opatření zákona SILT viz např. SIZAIRE, V. Une question d'équilibre ? À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018. *La Revue des Droits de l'Homme*, květen 2018.

⁴³ Viz např. FAURE, S. – ALONSO, P. Etat d'urgence: des travers dans l'Etat de droit. In: *Libération* [online]. 21. 6. 2017. Dostupné z: <https://www.liberation.fr/france/2017/06/21/etat-d-urgence-des-travers-dans-l-etat-de-droit_1578625>

⁴⁴ K tomuto vývoji policie ve Francii a Německu viz např. NAPOLI, P. Le discours de la police et de l'arithmétique politique (XVIe-XVIIe siècle). In: CAILLÉ, A. – SENELLART, M. – LAZZERI, Ch. (eds). *Histoire raisonné de la philosophie morale et politique. Le bonheur et l'utile, Tome I: De l'antiquité aux Lumières*. 2. édition. Paris: Flammarion, 2007, s. 353 an.

a státy – snad s výjimkou velmocí – před ní opět „ustoupí“), přičemž tito aktéři se nejspíše nebudou nijak „zdržovat“ s nějakým lidskoprávním „instrumentáři“, které se dlouho a obtížně rodilo spolu s tím, jak se rodily i koncepce lidských práv a právního státu. Zakončil bych otázkou, kterou mi položil Tomáš Sobek po dopsání předchozí verze tohoto mého textu: Budeme snad v takové situaci opět spoléhat na stát, že nás ochrání před těmito soukromými, často nadnárodními aktéry?