

Michal Šejvl

Petr Agha

Tomáš Sobek

Jana Kokešová

David Černý

Vítězové a poražení:

Právní a etické problémy současné koronakrize

ÚSTAV	STÁTU
A	PRÁVA

Akademie věd ČR

**Vítězové a poražení:
Právní a etické problémy
současné koronakrize**

**Michal Šejvl
Petr Agha
Tomáš Sobek
Jana Kokešová
David Černý**

Vítězové a poražení: Právní a etické problémy současné koronakrize

Vzor citace

ŠEJVL, M. – AGHA, P. – SOBEK, T. – KOKEŠOVÁ, J. – ČERNÝ, D. *Vítězové a poražení: Právní a etické problémy současné koronakrizy*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2020, 90 s. ISBN 978-80-87439-45-6

Publikace vznikla s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

Autoři kapitol

JUDr. Michal Šejvl, Ph.D. – předmluva, kap. 1

Mgr. Petr Agha Ph.D., LL.M. – kap. 2

doc. JUDr. Tomáš Sobek, Ph.D. – kap. 3

Mgr. Bc. Jana Kokešová – kap. 4

PhDr. David Černý, Ph.D. – kap. 5

Autoři jsou vědeckými pracovníky Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i.

Recenze

doc. Mgr. Marek Káčer, Ph.D.

PhDr. Tomáš Hříbek, Ph.D.

© Michal Šejvl, Petr Agha, Tomáš Sobek, Jana Kokešová, David Černý, 2020

© Ústav státu a práva Akademie věd ČR, 2020, Národní 18, 116 00 Praha 1,
www.ilaw.cas.cz

ISBN 978-80-87439-45-6

ŮSTAV	STĀTU
A	PRĀVA

Akademie věd ČR

Obsah

Předmluva	5
Lidská práva v současné situaci	10
Farmakon	28
Jaké to je být odepsaný	35
Morální nárok na finanční satisfakci	44
Alokace na základě věku a diskriminace	58
Summary	85
Jmenný rejstřík	88
Věcný rejstřík	89

Předmluva

Texty pracovníků Ústavu státu a práva, které jsou shromážděny v této knize, mají svůj základ v rozhovoru, který spolu (na dálku) začali v polovině dubna vést Petr Agha a Michal Šejvl na téma současné krize vyvolané pandemií viru SARS-CoV-2 (ať už ji budeme nazývat koronakrizí, pandemickou krizí či jinak). Protože postupně oběma z nich přestal „formát“ rozhovoru vyhovovat (tak, jak rozhovor „košatěl“, začaly se v něm objevovat nové a nové aspekty a problémy, které by si zasloužily hlubší zpracování), rozhodli se jednak připravit vlastní samostatné texty, jednak přizvat k reflexi současné krize i ostatní kolegy, kteří si také sami vybrali ty problémy, jež je dle jejich názoru důležité rozpracovat, příp. i nabídnout možnosti jejich řešení. Z tohoto důvodu všechny texty, které zde předkládáme, toho mají na první pohled společného méně než toho, co je spojuje. Většinu lze zařadit do „proudu“ psaní, které je typické pro současnou analytickou filozofii, ale jsou mezi nimi i takové, které vycházejí z odlišné filozofické tradice, kterou by bylo možné označit za kritickou či „postmoderní“ (pokud toto označení ještě vůbec o něčem vypovídá). Zabývají se právními otázkami (právní stát, lidská práva, diskriminace, satisfakce), ale nejde o texty právnícké, takže čtenář by měl být „varován“ již teď, že problémy českého pozitivního práva (ať již ústavního či občanského) se zde rozhodně neřeší. Odlišují se stylem (od esejů až po vědecká pojednání), délkou, zpracovaností argumentace, strukturací úvahy atd., což lze vysvětlit jednak individuálními tematickými zaměřením autorů, jednak krátkým časem, který jednotliví autoři měli k jejich zpracování. Co je tedy „drží pohromadě“ v jediné knize, s výjimkou události koronakrizе, na niž reagují?

Především to, že všechny se nakonec věnují tomu, co by se snad dalo pracovníě nazvat „kompetitivní“ situací, protože právě v této krizi se ukazuje, že mnohá řešení, která v boji s pandemií používáme, jsou z různých hledisek špatná (protože boj s pandemií zřejmě vyžaduje použití nástrojů, o nichž jsme si mysleli, že již snad patří spíše do té „temnější“ části naší historie či rovnou do dystopických úvah) a v konečném důsledku jde především o to, aby byla špatná co nejméně. Jak velká omezení našich lidských práv, právního státu či liberální demokracie nebo jak velká „ochromení“ ekonomického života máme snést, aby byly zachráněny ohrožené lidské životy? Jak se rozhodovat při alokaci životně důležitých omezených zdrojů? Za co máme koho „kompenzovat“ či poskytovat mu „satisfakci“? Jaké analytické (či jiné myšlenkové) nástroje máme používat při takovém rozhodování? Na jaké aspekty bychom neměli zapomínat? To jsou jen některé otázky, jimž se tato kniha věnuje. Právě proto, že jde o řešení „kompetitivních“

situací, je zřejmé, že někdo z takového rozhodování vzejde jako „vítěz“ a někdo jako „poražený“, čímž lze vysvětlit i název knihy (jehož autorkou je Jana Kokešová), i když by bylo spíše na místě hovořit o tom, kdo je (zatím) „poražen“ více a kdo méně.

Knihu otevírají dva v podstatě esejistické texty, které se snaží (každý jinak) nějak pojmově uchopit současnou krizi jako jistou aktuální událost v širším kontextu. Zatímco Michal Šejvl se ve svém textu věnuje zejména dopadům na koncept lidských práv, Petr Agha se zaměřil na širší rámec liberální demokracie jako takové. Šejvl používá pojem bezpečnosti rozpracovaný Frédéricem Grosem jako vhodný kontext současné krize (což mu mj. umožňuje „navrátit“ koncept policie do současného diskursu, když opatření přijatá vládou v současné krizi charakterizuje jako policejní opatření) a dále se pokouší o aplikaci „testu“ proporcionality na omezení svobody pohybu a shromažďování – s výsledkem, který podle něj do velké míry ukazuje na diskreci v použití těchto opatření, což možná přináší jisté pochybnosti o proporcionalitě jakožto klíčové součásti dominantního lidskoprávního „instrumentária“. Na závěr se pak snaží o jistou první reflexi toho, jak se v současné krizi snad proměnilo naše chápání lidských práv: Stát se stal „zachráncem“ našich životů a lidská práva (kterými jsme se před „nebezpečným“ státem především chránili) se proměnila na jeden ze „zdrojů“ rizika. Vnímáno optikou vztahu „vítězové a poražení“ se tak mnohá naše lidská práva (především svoboda pohybu a shromažďování) stala dočasnými „poraženými“, přičemž nad onou dočasností se dle Šejvla nejspíše vznáší znepokojivý otazník, který vyplývá především ze vzniku nových „chytrých“ (tedy i vybavených umělou inteligencí) nástrojů, jež budou moci být použity v budoucnu bez ohledu na to, zda to bude v krizové situaci či mimo ni.

Když Petr Agha uvažuje o tom, jak současná krize proměnila podobu liberální demokracie, věnuje se nejen tomu, že jistá absence demokratické legitimacy je stále častější (s tím, jak postupuje proces globalizace) a expertní rozhodování nahrazuje to demokratické, ale především tomu, že současná krize není jistou výjimečnou událostí, ale spíše jen další novou „trhlinou“ liberální demokracie, dalším „krokem“ ve stejném trendu její „eroze“. Z této perspektivy je pak výjimečný stav (v poslední době tematizovaný především Giorgio Agambenem) opravdu něčím, co vykazuje dlouhodobou tendenci, a stává se tak (podobně jako starořecký *farmakon* v Derridově interpretaci) lékem i jedem současně. V tomto kontextu je pak jedním z největších nebezpečí to, že se posiluje myšlenka, že liberální demokracie jako režim nefunguje, což může mít samozřejmě závažné politické i právní důsledky. Na rozdíl od Šejvla Agha daleko radikálněji pochybuje o tom, že by se legalita a proporcionalita opatření přijímaných v současné krizi měly stát klíčovými nástroji diskursu o lidských právech a právním státu. Stane tedy na straně „poražených“ i liberální demokracie jako taková a „vítězem“ bude „vláda expertů“ v nějaké příští „reinkarnaci“ výjimečného stavu?

S dalším textem Tomáše Sobka již vstupujeme do diskursu analytické filozofie. Jeho text se nevěnuje současné krizi jako takové, ale spíš etickým teoriím, jak bychom podobné krize měli řešit. Mezi takovými teoriemi se na prvním místě nabízí utilitarismus, který ale nerespektuje to, co Rawls označil jako oddělenost osob. Utilitarismus totiž počítá užítky různých osob, jako by to byla jedna osoba, což může snadno vést k obětování jednotlivce v zájmu většiny. Sobek proto volí perspektivu kontraktualismu, podle kterého je politické opatření správné jen tehdy, když jej žádná osoba nemůže rozumně odmítnout. Představme si, že vláda přemýšlí, zda má zrušit opatření přijatá v krizi podobné té současné. Určitě existuje podnikatel, pro kterého by zachování těchto opatření znamenalo jistotu velké ekonomické ztráty. Ale na druhé straně určitě existuje důchodce, pro kterého zrušení těchto opatření znamená, že je v sázce jeho život. Takže stojí námitka proti námitce, a kontraktualista si klade otázku, která z nich je silnější. Jenomže jak přesně máme chápat druhou námitku? Máme dvě možnosti. Z ex ante hlediska může kterýkoli konkrétní důchodce vznést námitku, že zrušení opatření zvyšuje pravděpodobnost, že zemře na virus. Z ex post hlediska je prakticky jisté, že v důsledku zrušení opatření někdo zemře. A tento někdo, jehož identitu zatím neznáme, má námitku, že je obětí zrušení opatření. Sobek argumentuje, že kontraktualismus se dostává do potíží, ať už si zvolíme ex ante nebo ex post hledisko. Buď nabízí řešení, která jsou v hrubém rozporu s morálními intuicemi, anebo sklouzává k řešením, která se nápadně podobají utilitarismu. V závěru svého textu se Sobek věnuje tzv. principu předběžné opatrnosti. Jestliže máme indicie o hrozící katastrofě (např. smrtící pandemie), ale chybí nám přesnější informace, měli bychom preferovat domněnku, že katastrofa hrozí, před domněnkou, že nehrozí. Omyl ve druhém případě by totiž měl horší důsledky než omyl v prvním případě. Jenomže minimální hranice rizika k aktivaci předběžné opatrnosti je relativní k individuálním zájmům. Co je pro někoho riziko, které si už vyžaduje nějaké opatření, to je pro druhého jen zanedbatelným, resp. přijatelným rizikem. A proto je těžké definovat takovou veřejnou politiku předběžné opatrnosti, která vhodně zohlední všechny protichůdné zájmy ve společnosti. Nakonec nejde ani tak o to, kdo bude „vítěz“ a kdo „poražený“, ale pouze o to, abychom nikoho „neodepisovali předem“, abychom dopředu neignorovali ničí námitky.

Texty Jany Kokešové a Davida Černého, jimiž je tato kniha zakončena, se již věnují dvěma konkrétním problémům, které současná koronakrize vyvolala – problému morálního práva podnikatelů na určitou míru satisfakce za státní opatření, která tak podstatně zasáhla do jejich podnikání, a problému toho, zda dochází k diskriminaci na základě věku, když nějaký vzácný přístroj či léčbu poskytneme mladšímu pacientovi, když mladší i starší pacient mají stejnou prognózu přežití. Kokešová vychází vlastně z kantovské perspektivy, která odmítá instrumentalizaci člověka, a tak by se na první pohled zdálo, že když bude stát podnikatelům nahrazovat jejich újmy (za uzavření provozoven apod.), bude je odškodňovat proto, že z nich učinil nástroje v „boji“ s pandemií. Jenže tak jednoduchá situace podle autorky není, protože pandemie nedopadla pouze na zvláště ohrožené rizikové skupiny obyvatel (např. staré lidi, ty, co trpí

cukrovkou či onkologickým onemocněním apod.), ale dopadla na stát chápaný jako celek všech občanů, a proto se podnikatelé nemohli stát nástrojem, pomocí něhož byly ochráněny rizikové skupiny, a jednání státu je tak oprávněné, pokud zvolil takové řešení, které mělo podle všeho způsobit menší újmu. Proto stát není za škodu způsobenou podnikatelům odpovědný, nicméně by jim měl poskytnout jistou satisfakci, aby byly opět narovnány vztahy mezi podnikateli, kteří utrpěli újmu, a ostatními občany. Podnikatele tedy nemůžeme jaksi „automaticky“ chápat jako „poražené“ a rizikové skupiny jako „vítěze“ – spíše se máme soustředit na opětovné narovnání vztahů mezi nimi.

David Černý ve svém textu, který je argumentačně nejspíše nejpropracovanější a nejvíce naplňuje „ideál“ analytické filozofie, v podstatě podává extenzivní ospravedlnění svého názoru, který v současné krizi zastával a zastává mj. i v médiích a za který byl velmi často kritizován, totiž názoru, že alokace vzácných zdrojů či léčby by měla probíhat i v závislosti na věku (za podmínky, že starší i mladší pacient mají stejnou prognózu přežití a že nelze zachránit oba). To zejména pro právníky představuje něco zásadně nepřijatelného, když je diskriminace na základě věku pozitivním právem zakázaná (ledaže by šlo o oprávněnou diskriminaci, kdyby byla proporcionální). Netřeba zde rekonstruovat celou podrobnou autorovu argumentaci, spíše bych zdůraznil jeden obecnější moment, na nějž Černého analytická práce poukázala: Problém diskriminace nespočívá v tom, že s někým zacházíme jinak na základě určitého kritéria, ale v samotné relevanci tohoto kritéria, které nejspíše nemůžeme určit jako zakázané jaksi „natvrdo“, ale spíše o něm uvažovat v závislosti na nějaké teorii, kterou budeme používat – přičemž Černý se snaží obhájit tuto relevanci jako míru špatnosti smrti. „Vítěz“, který přežije, tak získal oproti „poraženému“ jisté dobro (život) právě proto, že míra špatnosti smrti u něj byla vyšší, než u „poraženého“ (samozřejmě za předpokladu, že nebylo možné zachránit oba – v tom šlo o „kompetitivní“ situaci – a že oba měli stejnou prognózu přežití).

Snad tato předmluva příliš nedezinterpretovala texty mých kolegů a snad také ukázala jisté tematické „překrývání“ všech textů, které by se snad dalo popsat jako zvláštní případ známé Wittgensteinovy „rodinné podobnosti“ – tematicky se totiž nepřekrývají všechny texty, ale jeden text se tematicky překrývá v něčem s jiným, další text v něčem jiném zase s jiným textem apod. Všechny texty také otevírají mnohé otázky, jejichž podrobnější rozpracování autoři pravděpodobně ještě provedou, ať již se to bude týkat lidských práv, liberální demokracie, proporcionality, diskriminace, kolektivního jednání a odpovědnosti za ně nebo samotných etických teorií (kontraktualismus či utilitarismus). Možná by někdo mohl říci, že autoři měli počkat, až bude jejich reflexe propracovanější a snad i hlubší. Ale rozhodli se publikovat své texty (více či méně propracované) již nyní, protože „kdo rychle dává, dvakrát dává.“ Pokud tyto texty tedy vzbudí ve čtenářích kritické reakce, je to dobře, protože právě v diskusi s kritikou se tříbí argumenty. Na závěr bych ještě rád velmi poděkoval všem autorům, že své texty

dovedli připravit v takřka „šibeničním“ termínu a dokonce si je mnozí z nich stihli i vzájemně „okomentovat“. Velký dík také patří oběma recenzentům, kteří také mnohdy přispěli cennými podněty a také to zvládli ve velmi krátkém čase. Také bych rád poznamenal, že tyto texty byly ve svých finálních podobách odevzdány 12. května 2020, a nemohou tedy nijak reflektovat to, co nás v nejbližší době ještě čeká a co bude možná až „nesnesitelně“ zajímavé.

Michal Šejvl

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 stranické 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 přit o to, zda je tato událost již dovršená či skončená? Na úvod se omezím v podstatě na několik momentů, které možná 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 středoevropské 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 efektivity 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“ vědění, 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 ekonoma 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 všudypřítomný (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 informatická 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 státě*. 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 připisal 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 svobodného umění, obchodu, manu-faktur, 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 typický „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 také předmětem soudního přezkumu jako poslední (když pomineme podnes přetrvávající absenci soudního přezkumu v případech 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 do 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 složce 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 zámořské podobě představuje vlastně první podobu globálních „toků“. Viz DE MONTESQUIEU, Ch.-L. *O duchu zákonů I.* Praha: Oikoymenth, 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 nejvhodnější, 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 obíhá“ (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: Oikymen, 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 Merkl 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 nejosáhlejší 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 surogátem“ 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 nutné době“ 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 možnosti, 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 ze 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 navrhnout, 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 prohléšíme 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 „výškrťáváním“ 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. *Právnick*. 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 „projdou“ 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 tísňí 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 „vládla“ 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 navrátilším se ze zahraničí nařízena karanténa. A má být v současné situaci nějaký „test“ proporcionality vůbec používán, když vzhledem k výjimečnosti koronakrizise (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 otazníky.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 odmítá, 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 strasbourgský 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 blížit 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 typicky 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 nelidskostí druhé války však nebyla válka samotná jakožto jisté násilí na cizích nepřítelích – 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 zanechávat 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 dlíci 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 (být 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 (být 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 koronakrize (či jakákoli jiná budoucí krize) ještě neohrožila, třeba podobně jako se opatření odůvodňovaná ve výjimečném stavu ve Francii v I. 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-XVIIIe 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?

Farmakon

V počátcích pandemie byla během několika dnů přijímána rozhodnutí s dalekosáhlými důsledky, a to bez předchozí dlouhodobé veřejné debaty a bez toho, aby byla jejich legitimita stvrzena řádným demokratickým procesem. Bez efektivního celospolečenského konsenzu, který by měl poskytnout legitimizační rámec jak pro přijímaná opatření, tak i pro organizaci našeho každodenního života v období pandemie, musíme hledat prozatímní opory mimo běžné institucionální struktury státu, tedy tam, co nazvu ideologickým substrátem společnosti, avšak můžeme pro tyto zdroje legitimacy hledat i jiné termíny – etika, morálka, ústavní zásady atd. Koncepty, dlouhodobě používané právě pro účely překlenování čím dál tím častější absence demokratické legitimacy, však postupně začínají ztrácet svojí rezonanci, a to jednak díky jejich nadměrnému užívání a také díky jejich postupnému rozpadu v procesech, které pro zjednodušení nazýváme globalizací. Hlavním důsledkem těchto procesů je potom naše neschopnost uvěřit v myšlenky s velkým M, které mají schopnost mobilizovat společnost, zato jsme se však naučili snadno se shodovat na tzv. *faute de mieux*. Přesně z tohoto milieu potom vychází i způsoby, které volíme tvář v tvář pandemii viru SARS-CoV-2. Pandemie tak nevytvořila novou situaci, pouze odhalila trhliny v existujícím systému, které jsme se naučili nevnímat.

1 Infodemie a válka s globalizovaným virem

Dynamika současného světa, kterou nejčastěji nazýváme globalizací, spočívá na předpokladu, že je nezbytné vyrábět, prodávat a kupovat, obíhat, a směšovat. V „otevřené společnosti“ je chování viru velmi konformní: chová se jako všichni ostatní, cirkuluje. A tak hranice, a to nejen ty národní, byly jedním z těch konceptů, který měl postupně, s rozvojem globálního obchodu a prohlubující se evropskou integrací, vyvanout. V globalizovaném světě by přece globální normy měly umožňovat řešení každé události. Tento předpoklad najdeme například v myšlence globálního konstitucionalismu. Najednou jsme však svědky toho, že ze dne na den se hranice opět vytyčují – a to nejen ty evropské, ale také hranice národních států, měst a regionů, uzavírají se dokonce i části měst. Zahalování tváří rouškou se najednou stává výrazem zodpovědnosti a solidarity, zatímco ještě nedávno byla zahalená tvář bezpečnostním rizikem a výrazem neochoty sdílet společnou identitu národního státu. Za potlesku společnosti se začínáme jako jednotlivci znovu svazovat s jedním místem a přijímáme

omezení pohybu. Národní státy, národní hranice i hranice uvnitř společností byly dlouhodobě považovány za překážku, kterou je třeba odstraňovat. Najednou, stejně jako v roce 2008, kdy svět ochromila finanční krize, se národní státy stávají řešením situace, která má jak globální příčiny vzniku, tak i globální důsledky. Paradoxně jsme v té ochromující podívané na pandemii svědky podivuhodného oživení států. V jakémsi ironickém zvratu je ta entita, kterou označujeme jako národní stát a jejíž smrt byla tragicky oslavována při nesčetných příležitostech, znovu ve středu dění. Tentokrát však jako spasitel! Stát se znenadání jeví jako jediná ochrana ve světě, který byl zničen hospodářskými, ekologickými a zdravotními tragédiemi. Vlády národních států jsou znenadání oslavovány za to, jakým způsobem pečují o zdraví obyvatel, a výjimky z pravidel právního státu jsou posvěceny přitakávajícím veřejným míněním ve jménu naší bezpečnosti, která se nachází právě uvnitř hranic národních států – *salus populi suprema lex esto*. Žádná práva nejsou imunní natolik, aby nemohla být obětována ve jménu zdraví populace.

V okouzlení rolí států jako zachránce a ochránce obyvatelstva je potom zpochybňování procesu vyhlášení výjimečných stavů, případně věcných důvodů, které k takovému vyhlášení vedou, či jednotlivých nařízení států při řešení nákazy obyvatel, považováno za nejvyšší formu rouhání. Chceme, aby reakce exekutivy byly efektivní. Avšak touha najít efektivní ochranu před virem SARS-CoV-2 může otevřít dveře nebezpečí jinému – dominanci expertního diskurzu v rozhodování výkonné moci, tedy v rozhodování, které se neopírá o fikci legitimacy. Vztah mezi odbornými názory tzv. nezávislých odborníků a rozhodnutími přijatými národními exekutivami je v tomto ohledu klíčovým momentem. Role vědeckých pracovníků a jejich poznatků při formulaci národních strategií boje s virem vyvolává totiž zajímavé ústavně-právní otázky politické odpovědnosti. Přílišné spoléhání pouze na expertní vědění při tvorbě politik států zatemňuje otázky politické odpovědnosti při rozhodování a jeho legitimacy. Současná pandemie tak vrhá světlo na dlouhodobý problém liberálních demokracií, tedy na vztah mezi legitimitou a legalitou a zejména narůstající roli legality při legitimizaci kroků exekutivy a oslabování demokratických složek rozhodování. Všimněme si například, jak často političtí představitelé hovoří o „válce s virem“. Z právního hlediska je výjimečný stav mechanismem reakce na krize, který mění rozdělení / rovnováhu sil a pozastavuje některé svobody, aby co nejrychleji obnovil podmínku normality. Zákon však dává orgánům státu pravomoc uskutečnit i to, co dosud nebylo možné. Válečné metafory, které doprovázejí přemítání o pandemii, jsou následně argumentačním společníkem při procesu uplatňování konkrétních opatření, které mají za cíl vytvořit sémiotickou atmosféru, která výjimečný stav legitimizuje. Jsme totiž trvale vystaveni něčemu, co lze nazvat info-demie. Vidíme nesmírnou propast pandemie, ve které nacházejí smrt rukou neviditelného nepřítele naší milovaní, kteří nemají přístup ke kolabujícím jednotkám intenzivní péče. Čteme o ekonomické katastrofě nevídaných rozměrů. Taková realita nám potom neumožňuje uvažovat o hlubokých etických a politických důsledcích mimořádné situace, ve které poslední týdny žijeme. Jedinou smysluplnou a přijatelnou reakcí,

kteřá zbývá jak jednotlivci, tak státním aparátům, je boj o vlastní přežití. Naléhavost situace totiž vyžaduje jednat, nikoliv přemýšlet – potřebujeme jistoty, nikoliv zbytečné spekulace. Společnost se v takové atmosféře potom velmi ochotně odevzdává expertnímu jazyku a politice zdraví, kterou tento jazyk evokuje jako legitimizační nástroj a která postupně nahrazuje současnou ideologii liberální demokracie, která se musí opírat o mnohem širší spektrum faktorů zajišťujících její hegemonické postavení.

2 Výjimečný stav a expertokracie

Otázka, kterou formuluje Agamben⁴⁵, tedy zda je (tendence k) vyhlášení výjimečných stavů příznakem dlouhodobějších tendencí ve způsobech vládnutí a řešení nenadálých situací různého typu, je v této chvíli naprosto zásadní. Vyhlášení výjimečného stavu totiž přitahuje celou řadu parazitických jevů, kterých je třeba se vyvarovat. A to bez ohledu na to, zda je SARS-CoV-2 virus jen o něco vážnější než sezónní chřipka, či zda se jedná o skutečné ohrožení životů, zdravotnických systémů a hospodářství v celosvětovém měřítku. SARS-CoV-2 rozhodně není fantasmagorická iluze, je to virus se smrtícím potenciálem. Už ale samotná zprostředkovaná interpretace jeho smrtícího potenciálu, založená na vědeckém modelování, statistice a analýze, v sobě odráží momenty fantasmagorického představení, které je podtrženo spektaklem mnohonásobné řady zrušených letů, vlaků, hraničních kontrol, karantén, tedy výjimečnými opatřeními, která byla přijata pod záštitou ochrany našich životů a společností před jeho smrtící potencialitou. Rozhodnutí o přítomnosti a budoucnosti země se závažnými sociálně-ekonomickými důsledky jsou nyní ponechávána v rukou představitelů režimů, které se opírají nikoliv o demokratickou legitimitu nebo alespoň její fikci, ale o technologie a know-how. Agamben považuje reakci na COVID-19 za vyústění dlouhodobé tendence nepřiměřených státních kroků, které jsou činěny ve jménu zdraví a bezpečnosti populace. Agambenovu kritiku současných opatření je třeba chápat především jako kritiku dlouhodobých tendencí v liberálně demokratických státech. Přijetí takových opatření jako je celostátní „karanténa“ (ve smyslu *lockdown*) ve jménu zajištění bezpečnosti a ochrany před virem totiž vytlačujeme běžné fungování vlády založené na demokratických mechanismech ze spektra možného a postupně jej nahrazujeme přechodem k trvalejšímu výjimečnému stavu, ve kterém může být velmi rychle zásadním způsobem (nevratně) narušena řada občanských svobod. Taková ústavněprávní a politická strategie potom podle Agambena pouze reflektuje již existující posun liberální demokracie směrem k tzv. expertokracii.

⁴⁵ AGAMBEN, G. *Homo sacer. Suverénní moc a pouhý život*. Praha: Oikoymenth, 2011, (původní italské vydání z r. 1995), AGAMBEN, G. *State of Exception*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005 (původní italské vydání z r. 2003).

Výjimečný stav, ve kterém jsme se všichni po určitou dobu trvání pandemie nacházeli, nám může nabídnout jasnější obrázek těch skutečně operabilních instrumentů, o které se opírá praxe současných liberálních demokracií. Agamben se přičinil o revitalizaci zájmu o tyto mechanismy vládnutí a oživil také kritické nástroje pro analýzu existujícího statu quo na vlně resuscitace díla Carla Schmitta, kterou odstartovaly zásadní texty, jako je Derridova *Síla zákona*⁴⁶ a Foucaultův text *Je třeba bránit společnost*⁴⁷. Do té doby bylo téma výjimečného stavu téměř zcela vymazáno z každodenní analýzy ústavního práva a ústavního pořádku. Globální ústavní právníci, pracující poněkud ve stínu Habermasova ústavního patriotismu, byli příliš zaneprázdněni psaním ústav nově se rodícího impéria Evropské unie. Jsou to právě Agambenovy texty, které dokázaly obrátit naši pozornost k temným stránkám liberálního konstitucionalismu a jeho postupné a nenápadné suspendaci základních principů, na kterých byl budován a které jsou dodnes součástí jeho legitimizačního příběhu. Ukázal, že právní stát není neutrálním médiem, které limituje působení státu, ale je přímou součástí problému. Kdo tedy vykládá právo? Kdo rozhoduje? Kdo je suverén?

3 Fetiš výjimečného stavu

Vyhlašování výjimečného stavu je právě takovým *farmakonem*, o kterém mluví Platón, my se zde budeme inspirovat Derridovou interpretací jeho textu v eseji „La pharmacie de Platon“⁴⁸. Starořecké slovo *farmakon* je paradoxní a lze jej přeložit jako „droga“, což znamená „lék“ i „jed“. Derrida sleduje významy přiřazené k pojmu *farmakon* v Platónových dialozích: lék, jed (lék nebo nemoc nebo jeho příčina), droga, recept, kouzlo, medicína, umělé zbarvení, malovat atd. Derrida k tomu poznamenává, že tato substance, která je zároveň lékem i jedem, především svoje uživatele vtahuje do specifického diskurzivního pole, které reflektuje jeho významovou ambivalenci. Díky ambivalenci významu tohoto pojmu potom záleží na překladateli, říká Derrida, který z těchto mnoha významů si zvolí – bude to „lék“, nebo „jed“? Tato významová ambivalence a důležitost kontextu, ve kterém je *farmakon* podáván, představuje zajímavý nástroj, pomocí kterého lze nahlížet vyhlášení výjimečného stavu, uzavření hranic a zavedení povinnosti nosit roušky, případně jiné ochranné pomůcky. Jistě, všechna tato opatření lze považovat za administraci léku, ale pouze z jednoho velmi specifického úhlu pohledu z celé té škály, kterou Derrida vykreslil.

⁴⁶ DERRIDA, J. *Síla zákona*. Praha: Oikoymenth, 2002

⁴⁷ FOUCAULT, M. *Je třeba bránit společnost. Kurs na Collège de France 1975–1976*. Praha: Filosofía, 2005.

⁴⁸ DERRIDA, J. „Plato's Pharmacy“ In: *Dissemination*. Translated by Barbara Johnson. Chicago: University of Chicago, 1981.

Ještě než se dostaneme k otázce výjimečného stavu, zastavíme se na chvíli u otázky aktivování státních hranic, ke kterému tváří v tváří zděšení ze SARS-CoV-2 došlo. Uzavření hranic se exekutivám národních států jevílo jako jakési přirozené opatření pro zastavení oběhu viru, který kopíroval pohyb lidí, a chtělo by se říci i zboží a kapitálu, s neúprosnou rychlostí. V kontextu evropského projektu se jedná o zcela zásadní krok, kdy se aktivní hranice národních států mají stát nástrojem boje proti globálním hrozbám. Nicméně, položme si praktickou otázku, k čemu je vlastně totální ochrana národních hranic v době pandemie? Na symbolické úrovni, která čerpá ze stále přetrvávajícího vnímání světa rozděleného na národní státy, se jistě jedná o velmi silné politické gesto.. Nicméně kromě politického spektaklu, demonstrace síly a falešného pocitu bezpečí, které takové gesto vyvolá, je materiální efekt takového rozhodnutí diskutabilní. Snaha imunizovat Českou republiku před globálním virem pomocí uzavření hranic a míst, kde by se mohli lidé potkávat, a zavedení povinnosti nasazovat roušky za všech okolností představuje bezesporu zajímavý jev, který nazvu fetišem. Fetišizace národních hranic a rétorika, která ji provází, odráží silnou touhu po znovu-zavedení pocitu kontroly, pořádku a bezpečí, která je možná o to nebezpečnější, že uspokojena být nemůže. Je pochopitelné, že myšlenka otevřených hranic může vyvolávat obavy. Ale co to vlastně znamená chránit hranice? Je troška paranoie v kombinaci s byrokratickou logikou národních aparátů, které nejsou schopny jinak než pomocí hranic a zákazů reagovat na nikým nečekanou pandemii, v kombinaci s příděchem provinčního rasismu skutečně efektivním řešením globální pandemie?

4 Myopie právního státu

Proč se v tomto textu opakovaně vracím k Agambenovým myšlenkám a kritice výjimečného stavu jako reakci na pandemii SARS-CoV-2? Právě proto, že výjimečný stav představuje odklon od „normální“ politiky a zavádí do politického života prvek neznámého. Zatímco většina komentářů k výjimečnému stavu v České republice se zaměřuje na procedurální aspekty, málokdo se pokouší ambivalenci výjimečného stavu promyslet takovým způsobem, který plně zachycuje to, co tato situace znamená pro liberálně demokratický stát. Termín *farmakon* označuje silnou látku, která může uzdravit, ale také může nakonec i zabít. Výsledek záležel na dávce, kontextu, vnímavosti těla na podanou látku atd. Možná tělo zachráníme, možná na následky požití této drogy zemře. Jeho užitím přijímáme oba jeho možné důsledky – život nebo smrt, dobré nebo špatné výsledky. S pojmem *farmakon* se tedy, jak říká Derrida, váže nejistota a nepředvídatelnost – nemožnost dopředu odhadnout výsledek je základní vlastností podávané látky. Jsme konfrontováni s různými a často málo kompatibilními strategiemi boje proti viru, což opět znamená, že si musíme vybrat mezi různými řešeními, které mají potenciálně dramaticky odlišné důsledky. Podle mého názoru však nejde o způsob přemýšlení, který by nám mohl být užitečný. Jsme si opravdu jisti, že existují

zásadní rozdíly v těch možných strategiích, ze kterých jsme si museli vybírat? Je zřejmé, že hodně záleží na postoji, který zaujímáme k současnému liberálně demokratickému statu quo. Mainstreamoví komentátoři většinou stojí na pozicích, že různé rysy současné situace představují hrozbu pro liberálně demokratické hodnoty a procesní zásady právního státu. Liberální demokracie je nebo by měla být považována za nejvyšší formu politického vývoje, a proto se normy, které ji podporují, musí bránit před procesy, které ji evidentně ohrožují.

Takové úvahy nepřinášejí do debaty, kterou zde vedeme, příliš nového – ano, principy na kterých stojí liberální demokracie a právní stát bychom měli bránit před, nazvěme to například, nesystémovým přístupem české vlády. Takové úvahy ale neberou v potaz důsledky přijímání takových rozhodnutí za hranicemi procedurálních pravidel právního státu. Otázky, které otevírá Derridova analýza Platónova textu, nám mohou pomoci tuto oborovou myopii překonat. Jistě, otázka, zda opatření přijatá exekutivou státu působí jako jed, nebo jako lék, je bezpochyby spíše otázkou naší pozice ve vztahu k druhům mocenských vztahů, které v liberálně demokratických státech nacházíme, než něco, co bychom měli brát jako absolutní hodnotu. Pro mnoho občanů bude rozdíl mezi tím, zda přijatá opatření jsou spíše lékem nebo jedem procesních pravidel liberální demokracie, nepochybně málo důležitý. Avšak například při pohledu z hlediska sociálně-ekonomického dopadu se pak mohou rozdíly mezi různě zvolenými přístupy zdát méně akademické, a proto i mnohem podstatnější, a to bez ohledu na rozdíly v ideologiích, které bývají často hnacím motorem politických komentářů.

Co je tedy tím elementem, který odlišuje jed od léku? Obecně považujeme výjimečný stav za rozchod s normální politikou, politickou praxí nebo ústavním pořádkem země, tak jak je tedy chápeme v tzv. demokraciích západního typu. Způsob přijímání rozhodnutí v době trvání výjimečného stavu vychází z existující krizové situace, případně z rozšířeného přesvědčení o existenci takové krize. Vyhlášení výjimečného stavu potom posiluje myšlenku, že demokracie jako režim nefunguje, což na oplátku posiluje pocity rozčarování, odcizení a opuštění liberální demokracie jako perspektivního projektu. Tento text s použitím Agambenových myšlenek naznačuje, že musíme o výjimečném stavu přemýšlet nejen jako o krátkém časovém okamžiku nebo náhlé „události“, ale jako o politickém konceptu, který se vedle jiných konceptů postupně prosazuje do běžného lexikonu každodenní politiky. Diskutování o výjimečném stavu izolované od podmínek, které ho doprovázejí, nás pouze vede zpět do bludiště definičních diskusí o tom, zda toto opatření mělo být přijato s tímto nebo tamtím právním ustanovením atd. Zkoumání opatření přijatých v souvislosti s pandemií SARS-CoV-2 ve specifickém rámci krize liberální demokracie tak ukotvuje otázky spojené s vyhlášením výjimečného stavu v klíčové otázce posledních let.

5 Závěr

Pokaždé, když je Leviatan probuzen ze své běžné ústavní apatie, je velmi obtížné vrátit se zpět k normálnímu životu. Což mě opět vede zpět k Agambenovým úvahám – normalizace výjimečných opatření má závažné politické důsledky. Ve stále nejistějším světě tak může napříště expanze rozsahu a normalizace výjimečného stavu být již jen logickou reakcí na každou podobnou situaci. V tomto krátkém textu jsem se pokusil pokrýt možná příliš široké pole. Navrhuji nicméně, že dva hlavní způsoby, jak se o opatřeních přijatých vládou diskutuje, tedy otázka přiměřenosti, nebo chcete-li proporcionality, a otázka dodržování procesních pravidel právního státu, jsou možná příliš ploché nebo reduktivní, než aby dokázaly zachytit to, co je na současné situaci podle mého názoru zásadní.

Jaké to je být odepsaný

1 Problém agregace

Jedna z hlavních námitek vůči konsekvencialismu je zaměřena proti jeho ochotě k interpersonální agregaci. Konsekvencialisté sčítají přínosy a ztráty, které z určitého rozhodnutí plynou pro různé osoby, jako by tvořily jednu osobu, a tím porušují to, co Rawls nazval odděleností osob.⁴⁹ Jako morálně problematické se zejména jeví, když malý počet lidí má utrpět velkou individuální ztrátu, aby si velký počet lidí mohl užít malý individuální prospěch. Můžeme si vcelku snadno představit dramatický příklad takové situace: „Vezměme, že Jonesovi se stala nehoda ve vysílací místnosti televizní stanice. Elektrické zařízení spadlo na jeho ruku a my jej nemůžeme vyprostit, aniž bychom vypnuli vysílač na patnáct minut. Jenomže právě probíhá zápas světového poháru, který neskončí dřív než za hodinu.“⁵⁰ Jones trpí extrémní bolestí, jenomže současně si milióny diváků užívají zápas. Měli bychom okamžitě vypnout vysílač, anebo počkat až zápas skončí? Celkový součet malých potěšení miliónů lidí převáží nad velkým utrpením jednoho člověka, ale je to morálně relevantní? Morální intuice je v této věci zřejmě na straně okamžitého vypnutí. Nebudeme si zde klást otázku, jestli sofistikované verze konsekvencialismu dokáží této intuici vyhovět.⁵¹ Zaměříme svoji pozornost na jednu nekonsekvencialistickou teorii, totiž Scanlonův kontraktualismus.

Podle této velmi vlivné verze kontraktualismu je správné takové jednání, které lze ospravedlnit vůči všem ostatním, a to na základě principu, který nelze rozumně odmítnout. Zajímá nás individuální perspektiva jednotlivých osob. Použití určitého principu mívá pozitivní nebo negativní dopady do životů jednotlivců. A my se ptáme, jaké námitky proti použití tohoto principu mohou dotčené osoby vznést z hlediska svých osobních důvodů. Kritérium toho, jaké odmítnutí je nerozumné, přitom poskytuje tzv. princip největšího břemene: „Bylo by nerozumné [...] odmítnout princip, protože tě zatěžuje,

⁴⁹ RAWLS, J. *The Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, s. 25.

⁵⁰ SCANLON, T. M. *What We Owe To Each Other*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998, s. 235.

⁵¹ Myslím, že z pozic konsekvencialismu pravidel lze vcelku přesvědčivě zdůvodnit, že bychom měli okamžitě vypnout vysílač, ale to není předmětem tohoto textu.

když každý alternativní princip by ještě víc zatěžoval někoho jiného.“⁵² Jinými slovy, rozumně odmítnu určitý princip právě tehdy, když moje námitka proti němu je silnější než každá námitka, kterou může kdokoli ze svého hlediska vznést proti alternativám tohoto principu.⁵³ V příkladu s vysílačem máme dvě možnosti: okamžitě vypnout vysílač a pokračovat ve vysílání. Proti okamžitému vypnutí může kterýkoli televizní divák vznést námitku, že tento zásah ho připraví o sportovní zážitek. A naopak proti pokračování může Jones vznést vlastní námitku, že bude po celou dobu vysílání extrémně trpět. Jonesova námitka je závažnější, a proto lze pokračování vysílání rozumně odmítnout. Kontraktualismus v zásadě nepřipouští interpersonální agregaci zátěží, a to znamená, že počet dotčených osob zde nehraje roli. Počítání osob umožňuje pouze tehdy, když jsou v konkurenci stejně závažné námitky.⁵⁴

Nebudeme zde uplatňovat tzv. závoj nevědomosti. To znamená, že nebudeme uměle redukovat znalosti aktérů o jejich identitě.⁵⁵ Chceme totiž, aby každá osoba mohla uplatnit své vlastní, oddělené, individuální zájmy.⁵⁶ Nicméně, dovolíme si určitou idealizaci. Když řekneme, že osoba má proti nějakému opatření námitku, nemyslíme tím, že ona sama tuto námitku skutečně promyslí a vznese. Spíše tím myslíme, že jí určitá námitka prospívá, resp. že jí takovou námitku můžeme připsat. V tomto askriptivním smyslu může mít námitku i malé dítě nebo (z *ex post* hlediska) dokonce mrtvý člověk.

2 *Ex ante* nebo *ex post*?

Současný kontraktualismus Scanlonova typu se ale potýká s překvapivě těžkým problémem, která časová perspektiva je relevantní k uplatňování námitek proti rozmanitým principům jednání. Neshoda v této otázce vedla k rozštěpení kontraktualistů na dva tábory: na jedné straně *ex ante* kontraktualisty, na druhé straně *ex post* kontraktualisty. *Ex ante* kontraktualisté uvažují závažnost námitek z hlediska očekávaného užitku, takže zohledňují pravděpodobnost, se kterou konkrétní osoba utrpí určitou

⁵² SCANLON, T. Contractualism and Utilitarianism, In: SEN, A. – WILLIAMS, B. (eds). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982, s. 111.

⁵³ „Jestliže nějaký princip nemůže nikdo rozumně odmítnout, pak nejsilnější námitka proti němu nebude tak silná jako ty, které mohou být vzneseny z jiných hledisek proti každé jeho plauzibilní alternativě. Je to ten princip, jehož důsledky jsou nejvíce akceptovatelné pro osobu, pro kterou je nejméně akceptovatelný.“ Viz KUMAR, R. Risking and Wronging. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 43, No. 1, 2015, s. 31.

⁵⁴ SCANLON, T. M. *What We Owe To Each Other*. Op. Cit., s. 232; REIBETANZ MOREAU, S. Contractualism and aggregation. *Ethics*. 1998, Vol. 108, s. 304–305.

⁵⁵ Srovnej RAWLS, J. *The Theory of Justice*. Op. Cit., s. 118; HARSANYI, J. Morality and the Theory of Rational Behavior. In: SEN, A. – WILLIAMS, B. (eds). *Utilitarianism and Beyond*. Op. Cit., s. 45.

⁵⁶ V tomto smyslu jde Rawlsův závoj nevědomosti proti Rawlsové požadavku na oddělenost osob.

ztrátu. *Ex post* kontraktualisté hodnotí námitky z hlediska výsledku, tedy podle toho, jak závažnou námitku bude mít nějaká osoba za předpokladu, že kvůli danému opatření utrpěla určitou ztrátu. Rozdíl mezi oběma přístupy lze ilustrovat na následujícím příkladu.⁵⁷

Hromadné očkování:

Milión dětí je ohrožen virem, který je všechny zabije, pokud nic neuděláme. Potřebujeme masovou produkci vakcíny a přitom musíme zvolit mezi třemi vakcínami (kapacitní limity umožňují produkci pouze jedné vakcíny):

- Vakcína 1 (V1) s jistotou zachrání životy všech dětí. Nicméně, vakcína 1 nezajistí úplnou ochranu před škodlivými účinky viru. Každé dítě zůstane doživotně upoutáno k invalidnímu vozíku.⁵⁸
- Vakcína 2 (V2) poskytne každému dítěti 999/1000 šanci, že přežije virus bez jakýchkoli následků. Nicméně, pro každé dítě existuje 1/1000 riziko, že vakcína 2 bude zcela neúčinná a dítě viru podlehně. (Předpokládejme, že výstupy pro různé děti jsou statisticky nezávislé.) Dětem, které takto zemřou, říkáme „smolaři“ (*luckless*).
- Vakcína 3 (V3) garantuje, že 999 000 dětí přežije virus bez jakýchkoli následků. Nicméně, vakcína 3 bude zcela neúčinná pro identifikovaných 1 000 dětí, které viru podlehnou. Příčinou neúčinnosti je známá zvláštnost v jejich genotypu. Dětem, které takto zemřou, říkáme „odepsaní“ (*doomed*).

Nejprve srovnáme V1 s V3. Toto srovnání je z hlediska kontraktualismu neproblematické. Smrt je zřejmě horší následek než doživotní upoutání k invalidnímu vozíku. Zvolíme-li V1, pak žádné z postižených dětí nemá k dispozici silnější námitku, než jakou by mělo kterékoli z odepsaných dětí v případě, že bychom zvolili V3. V rámci tohoto srovnání V1 nelze rozumně odmítnout, a proto je to správná volba. Věc ale není tak jasná, když máme srovnat V1 s V2. Zde se totiž projeví rozdílnost *ex ante* a *ex post* přístupu. Začneme *ex post* hlediskem, které hodnotí předpokládané výstupy. Jestliže zvolíme V2, lze očekávat asi 1 000 mrtvých dětí. Neznáme předem jejich přesný počet, ani jejich identitu. Nicméně je prakticky jisté, že alespoň jedno dítě zemře, a to je z *ex post* hlediska klíčová skutečnost. My sice neznáme předem jeho identitu, ale víme, že někdo (nějaký smolař) určitě zemře. Můžeme tedy konstatovat, že proti V2 by někdo měl námitku, která je silnější než kterákoli námitka proti V1. V tomto srovnání V1 nelze rozumně odmítnout, a proto je to (*ex post*) správná volba. Nyní se

⁵⁷ FRICK, J. Contractualism and Social Risk. *Philosophy & Public Affairs*. 2015, Vol. 43, No. 3, s. 181.

⁵⁸ Poškození pohybového ústrojí dítěte nezpůsobí V1, ale virus. V1 tomu pouze nedokáže zabránit.

na věc podíváme z *ex ante* hlediska, tedy z perspektivy individualizované míry rizika. Proti V2 může kterékoli dítě (včetně budoucích smolařů) vznést nejvýše námitku, že ho vystavuje 0.1% riziku smrti. Ovšem to je menší námitka než námitka proti V1, totiž jistota, že skončí na invalidním vozíku. V tomto srovnání V2 nelze rozumně odmítnout, a proto je to (*ex ante*) správná volba.

Dobře, ale které hledisko je morálně relevantní? Všimněme si, že *ex post* kontraktualista je indiferentní mezi alternativami V2 a V3. Bere to tak, že v obou případech se uplatní námitka smrti, přičemž újma smrti je stejně závažná pro dítě-smolaře jako pro odepsané dítě. Život jako život. Námitky jsou zde vyrovnané, takže lze zohlednit předpokládaný počet mrtvých, ale i ten je zhruba stejný. Naproti tomu *ex ante* kontraktualista vnímá zřetelný morální rozdíl mezi situací dítěte-smolaře a odepsaného dítěte. Kdyby kterýkoli smolař mohl předem zvážit alternativy V1 a V2, rozhodl by V2 pro sebe jako preferovanou možnost.⁵⁹ Nevěděl by, jak dopadne. Raději by podstoupil 0.1% riziko smrti, než aby byl doživotně připoután na invalidní vozík. Skutečnost, že následně měl obrovskou smůlu, je politováníhodný výsledek morálně neutrální loterie života. Naproti tomu odepsané dítě má od začátku informaci, že kvůli zvláštnosti svého genotypu bude V3 pro něj zcela neúčinná. Kdyby mohlo předem zvážit alternativy V1 a V3, nezhodnotilo by V3 jako svoji preferovanou možnost. Odepsané dítě by preferovalo jistotu invalidního vozíku před jistotou smrti. Jestliže jsme zvolili V3, odsoudili jsme ho na smrt. Prostě jsme ho předem odepsali. Zdá se, že *ex ante* kontraktualismus je vnímavý k důležitému morálnímu rozdílu, vůči kterému je *ex post* kontraktualismus slepý. Také *ex ante* přístup ale dráždí naše morální intuice. Ve svém důsledku totiž znamená, že předem identifikovaný život hodnotíme více než život někoho, kdo zemře, ale dosud neznáme jeho identitu.⁶⁰ Uvažme následující dilema.⁶¹

Horníci:

Horník Pavel uvízl v šachtě, která se pomalu hroutí. Jestliže ho nezachráníme, je prakticky jisté, že tam zemře. Nicméně, záchranná akce by byla velmi nákladná. Máme omezené prostředky, a proto si musíme vybrat mezi dvěma alternativami:

- *Záchrana*: Investujeme všechny své dostupné prostředky do záchranu Pavla.
- *Prevence*: Investujeme všechny své dostupné prostředky do zlepšení bezpečnosti v tomto dole. Jestliže zvolíme tuto možnost, riziko smrti z budoucích nehod

⁵⁹ Mluvíme o dítěti, takže by za něj zvážil možnosti někdo jiný, typicky jeho rodič.

⁶⁰ REIBETANZ MOREAU, S. Contractualism and aggregation. *Ethics*. 1998, Vol. 108, s. 304; OTSUKA, M. Risking life and limb. In: COHEN, G. – DANIELS, N. – EYAL, N. (eds). *Identified versus statistical lives: An interdisciplinary perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 77–93.

⁶¹ FRICK, J. Contractualism and Social Risk. *Philosophy & Public Affairs*. 2015, Vol. 43, No. 3, s. 212.

pro každého z dalších 100 horníků, kteří zde pracují, klesne ze 3 % na 1 %. Očekáváme, že toto opatření zachrání dva životy (ovšem nevíme, čí životy to budou). Pro Pavla to každopádně znamená, že zemře.

Podívejme se na dilema nejprve z *ex post* hlediska, což je jednodušší. Pavel má námitku proti volbě prevence, že to znamená jeho smrt. Proti záchraně mají námitku dva horníci, jejichž identitu dosud neznáme, že jejich smrt je důsledkem tohoto opatření. Závažnost námitek je zde vyvážená, a proto se uplatní počty, takže (*ex post*) správnou volbou je prevence.⁶² Nyní přistupme k *ex ante* hledisku. Pavel má opět námitku proti volbě prevence, protože to znamená jeho smrt. Zároveň platí, že to je jistá smrt. Kterýkoli z dalšího sta horníků má proti záchraně nejvýše námitku, že jeho osobní riziko smrti z budoucích nehod neklesne o 2 %. Pavlova námitka je silnější, takže (*ex ante*) správnou volbou je záchrana. Toto řešení není ve zřejmém rozporu s morálními intuicemi. Nicméně, představme si modifikovaný scénář, ve kterém nevstupuje sto, ale milión dalších horníků. Volba prevence by podle předpokladu zachránila asi 20 000 lidských životů. To by však na *ex ante* úvaze nic nezměnilo. Každý z miliónu horníků by měl proti záchraně opět nejvýše námitku, že jeho osobní riziko smrti z budoucích nehod neklesne o 2%. Jenomže to znamená, že připisujeme větší váhu Pavlově životu než životům 20 000 lidí, a to pouze proto, že jeho život je v okamžiku volby identifikovaný, zatímco jejich nikoli. My víme, že zemře obrovský počet lidí, pouze nevíme, kteří to budou. Všimněme si, že zde nejde primárně o problém agregace. Neptáme se, zda malé ztráty hodně lidí mohou převážit nad velkou ztrátou jednoho člověka. Stojíme před otázkou, jaký morální význam máme připisovat nahodilému faktu identifikace konkrétního člověka.⁶³

Ex ante kontraktualista má však k dispozici i jiné řešení. Může posunout časovou perspektivu zpátky před okamžik důlní nehody.⁶⁴ To znamená do doby, kdy Pavel ještě netušil, že právě on bude zasažen první nehodou. Pro každého horníka, včetně Pavla, je z perspektivy před nehodou výhodnější, aby se veškeré dostupné zdroje investovaly spíše do prevence než do záchranu prvního života při první nehodě. Prevence totiž podle předpokladu pro každého z nich snižuje riziko smrti více než garance záchranu při první nehodě. Pavel by tedy v době před nehodou hodnotil investice do prevence jako správné. Jenomže následně přišla nehoda a Pavel se stal smolařem. Nebo ne?

⁶² Jussi Suikkanen nabízí velmi zajímavou alternativní *ex post* analýzu. Viz SUIKKANEN, J. *Ex Ante and Ex Post Contractualism: A Synthesis*. *The Journal of Ethics*. 2019, Vol. 23, s. 94.

⁶³ Můžeme si náš příklad ještě modifikovat. Vezmeme, že v šachtě uvízli dva horníci. My víme, že jeden z nich už je mrtvý a jeden dosud žije a naléhavě potřebuje naši záchranu. Nevíme ale, který z nich dosud žije. Ten má námitku proti volbě prevence, protože to znamená jeho smrt. Bylo by ale podivné, abychom snížili závažnost jeho námítky na polovinu jenom proto, že neznáme jeho identitu. Srovnej NORCROSS, A. *Contractualism and Aggregation*. *Social Theory and Practice*. 2002, Vol. 28, No. 2, s. 310.

⁶⁴ GORDON-SOLMON, K. Should Contractualists Decompose? *Philosophy & Public Affairs*. 2019, Vol. 47, No. 3, s. 13.

Myslím, že zde narážíme na **paradox**. Skutečnost, že Pavla nezachráníme, zdůvodníme tak, že investice do prevence je (z hlediska před nehodou) i pro něj výhodnější než garance zachrany při první nehodě. Ale zároveň skutečnost, že ho nezachráníme, ve svém důsledku znamená, že ho vyloučíme z možnosti podílet se na výhodách prevence. Žádné preventivní opatření v jeho prospěch nebylo vykonáno. Vždyť o tom, že zavedeme preventivní opatření, jsme rozhodli až v době Pavlovy nehody. Jediné bezpečnostní opatření, které v době nehody bylo pro něj k dispozici, byla záchrana. Nelze ale říct, že v této věci měl smůlu. Pavel zemřel proto, že jsme se rozhodli ho nezachránit. Z tohoto hlediska nebyl smolař. My jsme ho prostě odepsali.

3 Předběžná opatrnost

Nedávno vláda řešila dilema, jak tvrdá opatření má zavést proti pandemii viru SARS-CoV-2. Následně řešila naopak dilema, jak rychle má tato opatření uvolňovat. V optice kontraktualismu se přitom nabízí otázka, zda lze zavedení, resp. uvolnění určitých opatření rozumně odmítnout. Na jedné straně jsou podnikatelé, pro které tato opatření znamenají jistotu velké ekonomické ztráty. Ale na druhé straně jsou důchodci, kteří jsou jako riziková skupina ohroženi přímo na životech. Z hlediska *ex ante* má každý důchodce proti ukončení opatření nejvýše námitku, že to zvýší pravděpodobnost, že se stane obětí viru. Z hlediska *ex post* je námitka mnohem silnější, pokud je prakticky jisté, že v důsledku ukončení opatření zemře někdo, kdo by jinak nezemřel. Zdá se, že tuto silnější námitku ztráty života nelze přebít námitkou velké ekonomické ztráty. Jenomže to jen odhaluje závažnou slabinu *ex post* kontraktualismu. Vždyť řada běžných a společensky užitečných aktivit (např. automobilová doprava) zahrnuje riziko, které znamená praktickou jistotu, že v jejich důsledku občas někdo zemře.⁶⁵ A přitom si snad nikdo nemyslí, že to je postačující důvod pro zákaz takových aktivit.

Některá dilemata musíme řešit v kontextu velké epistemické nejistoty. Máme indicie, že čelíme riziku nějaké katastrofy, aniž bychom disponovali přesnými údaji o míře tohoto rizika. Takže máme pochybnosti, zda katastrofa opravdu hrozí. Podle tzv. principu předběžné opatrnosti „*při zhodnocení rizika jsme morálně zavázáni preferovat pozitivní omyl před negativním*“.⁶⁶ Pozitivní omyl je domněnka, že katastrofa hrozí, ačkoli ve skutečnosti nehrozí. Negativní omyl je domněnka, že katastrofa nehrozí, ačkoli ve skutečnosti hrozí. Jestliže máme pochybnosti, zda katastrofa hrozí, předběžná

⁶⁵ Srovnej SCANLON, T. M. *What We Owe To Each Other*. Op. Cit., s. 209; ASHFORD, E. Demandingness of Scanlon's contractualism. *Ethics*. 2004, Vol. 113, s. 298–300; JAMES, A. Contractualism's (not so) slippery slope. *Legal Theory*. 2012, Vol. 18, s. 270; HOLM, S. The luckless and the doomed. Contractualism and justified risk-imposition, *Ethical Theory and Moral Practice*. 2018, Vol. 21, s. 241.

⁶⁶ PETERSON, M. *The Ethics of Technology: A Geometric Analysis of Five Moral Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 124.

opatrnost preferuje mylnou domněnku, že katastrofa hrozí, před mylnou domněnkou, že nehrozí. Oba omyly jsou zatížené náklady. Pozitivní omyl znamená, že budeme zbytečně investovat do opatření proti neexistující hrozbě. Negativní omyl v nejhorším scénáři znamená, že podlehneme katastrofě, protože na ni nebudeme připraveni. Předběžná opatrnost preferuje pozitivní omyl před negativním, protože ten negativní je spojený s výrazně horšími důsledky.⁶⁷

Problém je ovšem v tom, že v principu jsme neustále vystaveni nějakým katastrofickým hrozbám. Každý si umí představit katastrofické scénáře, které jsou sice nepravděpodobné, ale nemůžeme je s jistotou vyloučit. (Nezapomeňte na mimozemšťany!) Jestliže riziko, které aktivuje princip předběžné opatrnosti, neomezíme nějakým minimálním prahem, budou požadavky předběžné opatrnosti neúnosné. Minimální práh má plnit funkci, že riziko, které ho nepřekročí, můžeme ignorovat jako zanedbatelné. Ovšem není užitečné, abychom si minimální práh definovali jako nějaké konkrétní číslo pravděpodobnosti. Vždyť princip předběžné opatrnosti je určený pro okolnosti velké epistemické nejistoty, tedy právě pro ty případy, kdy neznáme přesnou míru hrozícího rizika.⁶⁸ Nastavení vhodného minimálního prahu je nesmírně zápletkovitá záležitost, kterou zde nemohu rozebírat. Všímnu si ale jednoho aspektu, který je z hlediska kontraktualismu zajímavý.

Zdá se, že postačující důvody k aktivaci předběžné opatrnosti závisí na tom, co je v sázce.⁶⁹ Např. člověk, který neumí plavat, si potřebuje dobře ověřit, zda rybník, do kterého chce vstoupit, není hluboký. Potřebuje to mnohem víc než člověk, který je výborný plavec. Pro neplavce i pouhá indicie k domněnce, že v rybníku je hluboká voda, aktivuje předběžnou opatrnost. A podobně i pouhá indicie k domněnce, že v jídle jsou arašidy, pro někoho aktivuje předběžnou opatrnost, pokud má alergii na arašidy. Potíž je v tom, že když vláda řeší nějaké dilemma, obvykle na sebe naráží protichůdné

⁶⁷ Právníci používají zásadu *in dubio pro reo*, která znamená, že soud má povinnost rozhodovat ve prospěch obžalovaného, pokud o jeho vině existují důvodné pochybnosti, které nelze odstranit. Jinými slovy, preferujeme osvobození pachatele (negativní omyl) před odsouzením nevinného (pozitivní omyl). Nastavení minimální hranice toho, co se považuje za prokázání viny mimo důvodné pochybnosti, má vliv na poměr pozitivních a negativních omylů, které budou trestní soudy produkovat. Např. William Blackstone napsal, že je lepší, aby deset pachatelů uniklo trestu, než aby byl odsouzený jeden nevinný. Viz LAUDAN, L. *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, s. 130.

⁶⁸ Srovnej např. WAREHAM, C. – NARDINI, C. Policy on synthetic biology: Deliberation, probability, and the precautionary paradox. *Bioethics*. 2015, Vol. 29, s. 118–125; HOLM, S. Precaution, threshold risk and public deliberation. *Bioethics*. Vol. 33, 2019, s. 254–260.

⁶⁹ Srovnej DeROSE, K. Contextualism and Knowledge Attributions. *Philosophy and Phenomenological Research*. 1992, Vol. 52, s. 913–929; STANLEY J. *Knowledge and Practical Interests*. Oxford: Oxford University Press, 2005; WRIGHT, C. The variability of 'knows': an opinionated overview, In: ICHIKAWA, J. J. (ed.). *The Routledge handbook of epistemic contextualism*. London: Routledge, 2017, s. 13–31.

zájmy.⁷⁰ Pro důchodce i pouhá indicie, že bude exponovaný viru SARS-CoV-2, aktivuje předběžnou opatrnost. Mladý podnikatel se viru tolik bát nemusí, ale jeho předběžnou opatrnost aktivuje i pouhá indicie, že jeho byznysu hrozí zkrachování. To vládě výrazně komplikuje úsilí nastavit sdílený minimální práh pro aktivaci veřejné politiky předběžné opatrnosti. Kontraktualista si klade otázku, zda určité opatření vlády lze rozumně odmítnout. Zkoumá, jak silné námitky může kdokoli vznést proti danému opatření a proti jeho dostupným alternativám. K tomu potřebuje co nejlépe porozumět individuálním perspektivám různých osob. A to vyžaduje objektivizující odstup od své vlastní perspektivy. Někteří autoři se však domnívají, že na něco takového bychom se v morálním myšlení neměli spoléhat. Např. Ryan Muldoon má za to, že snahy pochopit cizí perspektivu jsou myšlenkovými experimenty, které až příliš snadno produkují pozitivní omyly.⁷¹ S nesnesitelnou lehkostí pryč podléháme iluzi, že někoho chápeme. To znamená, že i k porozumění druhým lidem potřebujeme něco jako předběžnou opatrnost. Zároveň ovšem platí, že pozitivní omyl není o nic méně nebezpečný než negativní omyl. Přisat někomu námitku, kterou nemá, může ve svém důsledku přebít námitku, kterou skutečně má. A tak někoho odepíšeme nikoli proto, že jsme k jeho zájmům bezohlední, ale proto, že máme falešný pocit, že mu rozumíme.

4 Započítat každého

Výše bylo řečeno, že Scanlonův kontraktualismus umožňuje počítání osob pouze tehdy, když jsou v konkurenci stejně závažné námitky. Představme si, že stojíme před dilematem: Buď zachráníme jeden lidský život, anebo zachráníme dva jiné lidské životy. Morální intuice požaduje, abychom zachránili větší počet osob, tedy abychom počítali lidské životy. Ale jak to zdůvodnit z kontraktualistických pozic? Vezměme, že bychom alternativy záchrany života jedné a dvou osob hodnotili jako rovnocenné. Hodili bychom si mincí, takže každá ze tří osob by měla stejnou šanci na záchranu (50 %). Kdokoli z dvoučlenné skupiny by ale pak mohl vznést námitku, že nebereme ohled na hodnotu jeho života. Uvažovali bychom totiž stejně jako v případě dilematu jednoho života proti jednomu životu.⁷² Prostě bychom ignorovali jeho existenci. Tento argument lze ovšem obrátit. Kdybychom preferovali záchranu dvou osob před záchranou jedné osoby, pak by ona jediná osoba mohla vznést námitku, že její existence zde nehraje žádnou roli. Jestliže máme automaticky zachránit vyšší počet osob, pak je vcelku jedno, zda proti dvěma životům stojí jeden nebo žádný život.⁷³ Nicméně zdá se mi,

⁷⁰ CARTER J. A. – PETERSON, M. On the Epistemology of the Precautionary, In *Erkenniss*. 2015, Vol. 80, s. 6; PETERSON, M. *The Ethics of Technology: A Geometric Analysis of Five Moral Principles*. Op. Cit., s. 132.

⁷¹ MULDOON, R. *Social Contract Theory for a Diverse World*. London: Routledge, 2016, s. 41.

⁷² SCANLON, T. M. *What We Owe To Each Other*, Op. Cit., s. 232.

⁷³ NORCROSS, A. Contractualism and Aggregation. *Social Theory and Practice*. 2002, Vol. 28, No. 2, s. 304.

že druhá námitka má jinou povahu než první námitka. V prvním případě opravdu někoho přehlížíme. Uvažujeme dva životy proti jednomu, jako by to byl jeden život proti jednomu, takže jedna osoba z dvoučlenné skupiny nebyla započítána. Ve druhém případě osamělá osoba ve skutečnosti byla započítána, ovšem to mohlo stačit pouze k vyvážení jednoho života ze dvoučlenné skupiny. Rozhodneme se pak pro záchranu dvoučlenné skupiny, protože je tu další život navíc. Námitka, že nesmíme přehlížet hodnotu žádného lidského života, tedy není námitkou proti počítání lidských životů, ale naopak ve prospěch počítání.

Tuto úvahu si můžeme zobecnit. Jestliže máme hodnotit správnost vládních opatření v době koronakrizy, neměli bychom se primárně ptát, kdo je vítěz a kdo poražený. Někteří lidé mají štěstí, jiní mají smůlu. To platí v každé době, nejen v době krize. Eticky relevantní otázka je, zda tato opatření brala náležitý ohled na každého, včetně osob, které skončily v poli poražených. Některé nároky mohou být převážené, ale žádné nesmí být ignorované.

Morální nárok na finanční satisfakci

1 Úvod

I pes pozná, zda jsme o něj zakopli, anebo jsme ho nakopli.⁷⁴ Poznají to podnikatelé? Za účelem zpomalit postup pandemie viru SARS-CoV-2 přijala vláda mnohá opatření a jedním z nich byly dočasně uzavřeny provozovny, restaurace a prodejny. Tímto stát znemožnil mnohým podnikatelům vykonávat jejich živnost, čímž je připravil nejen o zisk, ale dostal je do prekérní situace, v níž musí hradit fixní náklady, ačkoliv nemají žádný příjem. Mnozí z podnikatelů se v důsledku vládního opatření zadluží na spoustu let dopředu, aby svou živnost zachránili, a mnozí další o ni zcela přijdou. Zdá se ale, že uzavření provozoven bylo v dané situaci ospravedlnitelným řešením, a nikoliv svévolným postupem. Většina států západního světa k takovému kroku přistoupila a řada epidemiologů se shoduje, že to byla jediná možnost, jak zabránit kolapsu zdravotnického systému a smrti tisíců lidí. Řada států tedy shodně omezila a stále ještě omezuje podnikatele při výkonu jejich živnosti, ovšem rozdílně už se jednotlivé státy staví k otázce, zda a jak podnikatele odškodnit nebo je finančně podpořit. Důvod pro poskytnutí finanční podpory může být čistě legální – stát by mohl jednat protizákonně, kdyby podnikatele neodškodnil. Právo je ale přeci jen kontingentním faktem,⁷⁵ proto se ptám, zda existuje i nějaký morální důvod, podle kterého by si každý z poškozených podnikatelů mohl nárokovat podporu. Zaměřím se přitom na hledisko korektivní spravedlnosti,⁷⁶ která intuitivně vyvstane na mysl, uvažujeme-li o újmě, která podnikatelům

⁷⁴ „Even a dog distinguishes between being stumbled over and being kicked.“ HOLMES, O. W. *Common Law*. Reprinted. New Brunswick, London: Transaction Publishers, 2005, s. 3.

⁷⁵ Alespoň z hlediska právního pozitivismu. INVERNIZZI-ACCETTI, C. Reconciling Legal Positivism and Human Rights: Hans Kelsen's Argument from Relativism. *Journal of Human Rights*. 2017, Vol. 2, s. 5.

⁷⁶ Nicméně vztah a hranice korektivní a distributivní spravedlností nemusí být nikterak jasné. V právní teorii probíhá spor, jehož jedna strana považuje korektivní spravedlnost za samostatnou kategorii a druhá ji vnímá jako podřízenou spravedlnosti distributivní. DAGAN, H. The Distributive Foundation of Corrective Justice. *Michigan Law Review*. 1999, č. 1, s. 139–142. Existenci významného spojení mezi oběma druhy přitom uznávají i proponenti prvního z obou přístupů viz COHEN, A. I. Corrective vs. Distributive Justice: the Case of Apologies. *Ethic Theory of Moral Practice*. 2016, Vol. 3, s. 663–677.

vznikla v důsledku státem přijatých restriktivních opáření. Přeci jen, byl to stát, kdo provozovny zavřel, a nikoliv pandemie.

Protože se zaměřuji na morální hledisko, není mým cílem analyzovat právní úpravu a z ní plynoucí nárok na náhradu škody, respektive v širším pojetí újmy. Namísto toho usiluji o identifikaci morálního nároku podnikatelů vůči státu na poskytnutí alespoň nějaké formy podpory. Budu-li tedy v textu hovořit o povinnosti či nároku, pak půjde o povinnost či nárok morální. Zároveň upozorňuji, že nejde o návrh *de lege ferenda*, ale o rozbor problematiky z etického hlediska.

V první polovině textu se zabývám otázkou, zda má stát morální povinnost k náhradě újmy podnikatelů. Docházím k závěru, že nikoliv, přestože to byl právě stát, kdo provozovny uzavřel. Tvrdím, že stát nemá povinnost k náhradě újmy, protože (a) ho nelze za uzavření provozoven vinit (je-li pravdou, že uzavření provozoven bylo rozumným řešením situace) a (b) stát nepoužil podnikatele jako pouhého nástroje,⁷⁷ ale naopak k nim choval stejný respekt jako k ostatním občanům⁷⁸ (opět za předpokladu, že uzavření provozoven bylo rozumným řešením situace). Ve druhé polovině textu ale přeci jen dovozují morální nárok podnikatelů na finanční podporu. Nejde ale o nárok na náhradu újmy, nýbrž o morální nárok na satisfakci za vznik nerovného vztahu mezi podnikateli a státem (*de facto* mezi podnikateli a ostatními občany). Nárok podnikatelům plyne, jestliže to byli právě oni, na koho byla přesměrována největší tíha vyšší moci (pandemie). Tvrdím, že pandemie byla vyšší moci, která dopadla na všechny občany. Mají-li si být občané rovni, pak není možné, aby tíhu vyšší moci, která dopadla na ně všechny, odnesli svou újmou pouze někteří – jen podnikatelé – a ostatní byli tzv. černými pasažéry.⁷⁹ Proto by podnikatelům měla náležet satisfakce.

2 Kontrola a odpovědnost

Intuice, která stojí za morální povinností státu poskytnout podporu podnikatelům, je založena na řídicí otázce: „Kdo má kontrolu?“ Před pandemií to byli podnikatelé, kdo měl kontrolu nad svým vlastním byznysem. S příchodem pandemie ji ale ztratili a namísto nich ji získal stát, který začal rozhodovat o tom, zda a jak podnikatelé budou nebo nebudou svou živnost provozovat. K pojmu kontrola se intuitivně váže i pojem odpovědnost.⁸⁰ Ten, kdo má kontrolu, má zpravidla i odpovědnost.⁸¹

⁷⁷ KANT, I. *Základy metafyziky mravů*. Praha: Svoboda, 1976, s. 86.

⁷⁸ Újmu, která měla vzniknout podnikatelům, bral vážně, viz část 2. a 3. této kapitoly.

⁷⁹ Srov. HART, H. L. A. Are there any natural rights? *The Philosophical Review*. 1955, Vol. 64, No. 2, s. 185.

⁸⁰ SOBEK, T. Etika svobody. In: SOBEK, T. (ed.). *Právní etika*. Praha: Leges, 2019, s. 42 an. Jestliže nadále používám pojem „kontrola“, pak ve významu přejatém z tohoto textu.

⁸¹ HAJI, I. *Reason's Debt to Freedom: Normative Appraisals, Reasons, and Free Will*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 3.

Pokud mám kupříkladu kontrolu nad svým vlastním jednáním, tak jsem za toto své jednání odpovědná. Pokud nade mnou ale někdo kontrolu převezme (třeba mě zhy-pnotizuje), nejsem za to, co dělám, odpovědná já, ale on. On je ten, kdo má kontrolu nad mým jednáním. V době před pandemií měli kontrolu nad svým podnikáním podnikatelé, a tedy za něj byli i odpovědní. Kdyby zbankrotovali, byla by to jejich vina. Jestliže má teď nad jejich podnikáním kontrolu stát, tak je to možná právě stát, kdo je namísto podnikatelů za podnikání odpovědný. A možná proto by měl podnikatele finančně podpořit nebo odškodnit.

Kontrola ale vždy nutně odpovědnost neimplikuje. Ne vždy je za újmu odpovědný ten, kdo má kontrolu. Porovnejme dva příklady. Prvním příkladem je situace, kdy bez rozhlédnutí vstoupíte na koleje a já vás strhnu zpět těsně předtím, než by vás porazila tramvaj. Měla jsem nad vámi v tu chvíli kontrolu. To já jsem měla pod kontrolou vaše tělo – váš pohyb zpět. Řekněme, že jsem vám tím zachránila život, ale zároveň jsem vám způsobila drobné zranění, třeba jste si odřeli koleno. Druhým příkladem je podobná situace, ovšem tentokrát jste se před vstupem na koleje rozhlédli, žádná tramvaj nejela a nebezpečí vám nehrozilo. A přesto jsem vás strhla zpět. A v důsledku toho jste si odřeli koleno. V prvním případě bylo mé jednání oprávněné, kdežto ve druhém už ne. V prvním případě mě nebudete za odřené koleno vinit, kdežto ve druhém případě ano. V prvním případě jsem vám totiž zachránila život za cenu vaší drobné újmy. Ve druhém případě jsem vám pouze způsobila újmu, proto bylo mé jednání neoprávněné a za újmu jsem odpovědná. Ten, kdo má kontrolu, není vždy odpovědný za vzniklou újmu, a proto za ni nemusí být nutně odpovědný ani stát, ačkoliv měl kontrolu.

V těchto dvou případech je jasné, kdy bylo mé jednání neoprávněné, a tedy kdy má kontrola nad vámi implikovala mou odpovědnost za vaši újmu – bylo to jen ve druhém z obou případů. Jsou ale složitější situace, kdy to tak samozřejmě není. Tento druh morálních dilemat je notoricky znám jako trolley problem.⁸² Představme si třetí případ. V něm jede tramvaj po kolejích, které se rozdvíhají. Na hlavní koleji postává skupinka lidí a na vedlejší koleji stojíte vy sám/sama. Nikdo z vás všech, co stojíte na kolejích, o jedoucí tramvaji neví. Tramvaj je rozjetá, nelze ji zastavit a řítí se na skupinu lidí na hlavní koleji. Já jsem opodál a mohu přehodit výhybku tak, aby tramvaj srazila vás, tedy jen jednoho člověka, namísto skupiny lidí. Jestliže se rozhodnu výhybku přehodit a tramvaj pošlu na vedlejší kolej, bude takové mé jednání oprávněné, anebo ponesu vinu za újmu, která vám tím vznikne?

Představme si čtvrtý případ. Řekněme, že se tramvaj řítí na skupinku nic netušících lidí postávajících na koleji. Vy jste tentokrát náhodný kolemjdoucí a já se rozhodnu vás pod jedoucí tramvaj strčit, abych ji tím zastavila a zabránila smrti skupiny lidí na

⁸² Trolley Problem. Poslední aktualizace 30. 4. 2020 [cit. 5. 5. 2020], In: Wikipedia [online]. Dostupné z: <https://en.wikipedia.org/wiki/Trolley_problem>.

kolejích. Bylo tentokrát mé jednání oprávněné? Ohledně třetího případu se odborná literatura v zásadě shoduje, že je správné přehodit výhybku tak, aby byl ztracen pouze jeden život namísto více životů lidí stojících ve skupině na hlavní koleji. Řešení čtvrtého případu je o mnoho složitější. Zatímco utilitaristická argumentace opět v zásadě směřuje k počítání životů, a tedy i zde hovoří ve prospěch záchrany skupiny za cenu smrti kolemjdoucího,⁸³ kantovská argumentace dochází k závěru spíše opačnému.⁸⁴

Co je rozlišovacím rozdílem mezi třetím a čtvrtým případem? Ve čtvrtém případě je do záchrany skupinky lidí vtažen náhodný kolemjdoucí a je využit jako nástroj. Kdyby kolem v tu chvíli nešel, nemohl by být použit k zastavení tramvaje. To je rozdíl oproti třetímu případu, v němž se na jedné koleji nachází jeden člověk a na druhé skupina lidí. Pokud přehodím výhybku tak, aby tramvaj najela na kolej s jediným člověkem, nepoužívám tohoto člověka jako nástroje k záchraně ostatních. Kdyby tento jeden člověk na koleji nebyl, tramvaj tudy s klidným svědomím pošlu.

Testem, zda je někdo použit jako nástroj, je otázka, co by se stalo, kdyby tento člověk v dané situaci vůbec nebyl – kdybychom ho z příkladu vyškrtli.⁸⁵ Řekněme, že se ptáme, zda je člověk X použit jako nástroj. Ve třetím příkladu je člověkem X ten, kdo je sám na vedlejší koleji. Ve čtvrtém příkladu je člověkem X kolemjdoucí. Jestliže lze skupinku lidí postávajících na koleji zachránit i kdyby člověk X neexistoval, pak člověk X není použit jako nástroj.

Kdyby ve třetím případě člověk X neexistoval, a tedy nestál na vedlejší koleji, tramvaj tudy s klidným svědomím pošlu, situaci vyřeším a skupinku lidí zachráním. Kdyby ve čtvrtém příkladu nešel člověk X kolem, nemohla bych ho použít k zastavení tramvaje. Situaci bych nevyřešila a tramvaj by smetla skupinku lidí. Ve čtvrtém případě tedy člověka X – kolemjdoucího – používám jako nástroj, kdežto v případě třetího člověka X – toho na vedlejší koleji – jako nástroj nepoužívám. Kantovská argumentace ohledně čtvrtého příkladu v zásadě dochází k jinému závěru než utilitaristická. Zatímco utilitaristé i zde počítají životy a kolemjdoucího by pod tramvaj spíše strčili, kantovci nikoliv, protože člověk podle nich nemůže být použit jako nástroj.⁸⁶ Ve třetím případě je tedy oprávněné přehodit výhybku, kdežto o oprávněnosti strčit pod tramvaj kolemjdoucího, jako tomu bylo ve čtvrtém případě, panuje teoretická neshoda.

⁸³ FRIED, B. H. What Does Metter? The Case for Killing the Trolley Problem (or letting it die). *The Philosophical Quarterly*, 2012, č. 248, s. 527.

⁸⁴ DWORKIN, R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge – London: Harvard University Press, 2011, s. 287.

⁸⁵ WALEN, A. Wrongdoing Without Motives: Why Victor Tadros is Wrong about Wrongdoing and Motivation. *Law and Philosophy*, 2013, č. 2, s. 234–240.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge – London: Harvard University Press, 2011, s. 287.

V souvislosti s řešením pandemie viru SARS-CoV-2 stát znemožnil podnikatelům provozovat jejich živnosti. Nepoužil stát náhodou podnikatele jako nástroje při řešení krize? Bylo jednání státu oprávněné?

3 Nechat neštěstí ležet tam, kam dopadlo

Ohledně neštěstí způsobeného vyšší mocí platí v civilním právu zásada nechat ho ležet tam, kam dopadlo.⁸⁷ Když kupříkladu do mého domu udeří blesk a způsobí požár, je to neštěstí, které padlo jen na mě. Mí sousedé se nemusí skládat, aby mi škodu nahradili. Současnou pandemii viru SARS-CoV-2 můžeme chápat jako vyšší moc.⁸⁸ Otázkou je, na koho toto neštěstí dopadlo.

Zdá se, že nemocí Covid-19 způsobenou virem SARS-CoV-2, je silně ohrožována jen určitá část populace, řekněme riziková část. Pro lidi z nerizikových skupin nebývá nemoc fatální a mnohdy probíhá dokonce asymptomaticky.⁸⁹ Možná bychom mohli tvrdit, že pandemie je neštěstí, které dopadlo jen na rizikovou část populace. Dále bychom mohli tvrdit, že stejně tak, jako moji sousedé nemají morální povinnost skládat se na opravu mého shořelého domu, nemají ani podnikatelé morální povinnost omezovat se za účelem ochrany rizikové skupiny lidí. A pokud stát podnikatele k takovému omezení nutí, pak je používá jako nástroj k záchraně rizikových obyvatel. Tedy chová se k podnikatelům tak, jako by je strkal pod kola tramvaje – jako kolemjdoucího ve čtvrtém příkladu.

Tato úvaha nás dostává do epicentra sporu utilitaristů a kantovců. Je ale pandemie skutečně neštěstím, které dopadlo pouze na rizikovou část populace? Nedopadlo spíše na stát jako celek? Jestliže neštěstí dopadlo na celý stát, pak podnikatelé nejsou v situaci kolemjdoucího a nejsou použiti jako nástroj k záchraně rizikových skupin. Šlo by o situaci analogickou třetímu případu – kdy přehazujeme výhybku tak, aby tramvaj projela vedlejší koleji, na níž způsobí menší újmu. Právě podnikatelé by v tomto případě stáli na oné vedlejší koleji. Dočasně uzavřít jejich živnosti by mělo způsobit menší újmu než neudělat nic a riskovat kolaps zdravotnictví a smrt tisíců lidí.⁹⁰

⁸⁷ Srov. KOZIOL, H. *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Svazek 2, Besonderer Teil. 2. Auflage. Wien: Manz, 1984, str. 100, cit. z MELZER, F. Náhrada újmy způsobené náhodou. *Bulletin advokacie*. 2018, č. 1 [cit. 5. 5. 2020]. Dostupné z: <<http://www.bulletin-advokacie.cz/nahrada-ujmy-zpusobene-nahodou>>.

⁸⁸ Srov. MELZER, Filip. *Náhrada újmy způsobené náhodou*. Op. Cit.

⁸⁹ Za předpokladu, že virus nezmutuje do agresivnější podoby. Srov. FLEGR, J. Koronavirus je legrace proti tomu, co ještě přijde. In: Aktualne.cz [online]. 27. 4. 2020 [cit. 5. 5. 2020]. Dostupné z: <<https://video.aktualne.cz/dvtv/koronavirus-je-legrace-proti-tomu-co-jeste-prijde-koledovali/r~43d99dee858f11eab0f60cc47ab5f122/>>.

⁹⁰ I v souvislosti s podnikateli budu hovořit o vzniknuvší újmě na jejich straně, a nikoliv jen o škodě. Škoda je podmnožinou újmy a je možné, že by i podnikatelé mohli mít za určitých okolností morální nárok na náhradu nemajetkové újmy.

Dopadlo tedy neštěstí jen na rizikovou část populace, anebo na celý stát? K nalezení odpovědi použijme jednoduchý test intuicí: očekávali jsme od státu, že bude nějakým způsobem pandemii vzdorovat, anebo nás naopak překvapilo, že na ni vůbec nějak reagoval? Pokud pro nás bylo překvapením, že se stát rozhodl ve věci jednat, pak platí, že pandemii považujeme za neštěstí dopadající pouze na rizikovou část populace, a nikoliv na stát. Stejně jako neočekávám od svých sousedů finanční podporu, když mi shoří dům po zásahu bleskem, neočekávali bychom ani aktivitu státu při řešení pandemie. Jestliže se ale naopak domníváme, že by stát zásadně selhal, kdyby zůstal v pandemické situaci inaktivní, pak považujeme reakci státu na pandemii za jeho povinnost. Pokud považujeme stát za povinného jednat, pak zároveň musíme považovat stát za toho, na koho dopadla vyšší moc a kdo byl neštěstím postížen.

Odborná i laická veřejnost, zdá se, považovala reakci státu za jeho povinnost. Pokud je to pravda, pak vyšší moc dopadla na stát (a nikoliv jen na rizikovou část populace). Pokud dopadla na stát, pak stát nepoužil podnikatele jako nástroje k řešení pandemie. Podnikatelé nejsou v situaci kolemjdoucího jako ve čtvrtém případě, ale jsou na vedlejší koleji jako v případě třetím. Jednání státu bylo oprávněné, pokud ospravedlní, že přehodit výhybku – dočasně uzavřít podnikatelům živnost – mělo podle všeho způsobit menší újmu.

4 Proti komu poslat tramvaj

Teorie trestního práva rozlišuje mezi *excuse*⁹¹ a ospravedlněním (*justification*).⁹² *Excuse* použiji, pokud mě někdo viní z jednání, kterého jsem se nedopustila, anebo jsem ho neměla pod svou kontrolou (například jsem byla v hypnóze, v šoku nebo nedobrovolné intoxikaci). Použitím *excuse* vyjadřuji: „neudělala jsem nic špatného,“ případně „nebyla jsem to já, kdo to skutečně udělal“.⁹³ Naproti tomu, jestliže se ospravedlňuji, tak říkám, že jsem se ocitla v situaci, v níž jsem musela volit mezi možnostmi, z nichž všechny implikovaly něčí újmu. Vybrala jsem tu z možností, která měla způsobit tu nejmenší újmu. Ospravedlněním vyjadřuji: „sice jsem udělala čin, z něhož

⁹¹ Přeložit pojem *excuse* do českého jazyka je problematické. Nejblíže překladem je výraz *omluva*. Slovo *omluva* má ale v českém jazyce dva významy, a to: (1) přijetí odpovědnosti a vyjádření lítosti: „omlouvám se, že jsem to udělala“, případě poskytnutím satisfakce za to, co se stalo; a (2) odmítnutí odpovědnosti: „byla jsem v silném šoku, což mě omlouvá“. (Srov. *apology* viz TAVUCHIS, N. *Mea Culpa. A Sociology of Apology and Reconciliation*. Stanford: Stanford University Press, 1991, s. 17, 33; LAZARE, A. *On Apology*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 145 an.; 167). Kdybychom *excuse* překládali jako *omluvu*, byla by to ta *omluva* ve druhém z obou významů. V tomto textu budu ale používat slovo *omluva* i v prvním z obou významů, proto pojem *excuse* používám bez překladu.

⁹² Rozlišení přejato z WESTEN, P. An Attitudinal Theory of Excuse. *Law and Philosophy*. 2006, č. 3, s. 291, 298.

⁹³ Například to způsobil ten, kdo mě zhypnotizoval nebo intoxikoval.

někomu vznikla újma, ale není mou chybou ani vinou, že újma vznikla.“ Ospravedlnění spočívá v tvrzení, že jsem se dopustila daného skutku, ovšem tento skutek byl tím nejlepším, co jsem mohla udělat.

Před šestnácti lety zasáhla Indonésii vlna tsunami. Tehdy médií proběhl příběh matky, která se se svými dvěma dětmi ocitla uprostřed přílivové vlny. Jedno její dítě bylo čtyřleté a druhé šestileté. Každé z nich matka držela za ruku. Kvůli silnému proudu ale musela jedno dítě pustit, aby se sama udržela na nohou. Pustila starší z obou dětí. Příběh měl dobrý konec, neštěstí přežili všichni tři. Když matka záchranářům zdůvodňovala svou „Sophiinu volbu“, její úvaha byla racionální. Pustila starší z obou dětí, to šestileté, protože šestileté má oproti čtyřletému větší šanci samo v silném proudu přežít. Matka tedy svůj výběr ospravedlnila. Řekla, že dítě sice pustila, ale v dané situaci to bylo to nejlepší, co mohla udělat. Kromě ospravedlnění měla i *excuse* pro to, že se s dětmi vůbec v záplavě ocitla. Vlna tsunami přišla náhle a neočekávaně a byla nepředvídatelnou vyšší mocí. Matka neudělala nic špatného, nebylo její chybou ani vinou, že se uprostřed záplavy ocitla. *Excuse* by neměla, jen jestliže by dobrovolně a vědomě děti do rozbourené vody dovedla anebo nedbala případných varování před tsunami.

Matka neměla kontrolu nad tím, že se v rozbourené vodě ocitla, měla už ale kontrolu nad tím, jak se v takové situaci chovala. Kontrolu můžeme mít zaprvé nad tím, zda se vůbec do nějaké situace dostaneme, a za druhé nad tím, jak v této situaci jednáme. Postavení státu v současné pandemii je analogické příběhu matky. Stát se do situace nedostal vlastní vinou, neměl nad vznikem pandemie kontrolu a ani mít nemohl. Má proto *excuse* a není vinen tím, že se v této složité situaci vůbec ocitnul. Není jeho vinou, že musí vybírat mezi řešeními, z nichž všechna způsobují újmu. Kdyby stát ale například provozoval laboratoře, z nichž by virus nedopatřením unikl, pak by neměl *excuse* a patrně by odpovídal za způsobenou újmu.

Stát nezpůsobil pandemii, neměl pod kontrolou její existenci a příchod do Evropy a ani to mít pod kontrolou nemohl. Co už ale pod kontrolou měl, byl průběh pandemie na území republiky. Z nabízejících se možných řešení pandemické krize stát vybral tu variantu, v níž dočasně uzavřel restaurace, obchody a provozovny. Stejně tak, jako matka v indonéské tsunami ospravedlnila svou volbu, musí mít pro tu svou ospravedlnění i stát.⁹⁴ Je ospravedlněn, jestliže v úsudku nepochybil, nic podstatného neza nedbal a v dané situaci a s informacemi, které byly k dispozici, zvolil to nejlepší řešení (respektive to implikující nejmenší újmu).⁹⁵ Pokud se stát ospravedlní, znamená to,

⁹⁴ Nechci zde rozhodovat o tom, zda je defaultním nastavením (1) předpoklad ospravedlnění státu, které stát ztrácí, až když je mu prokázáno, že ospravedlněn není; anebo (2) zda má stát důkazní břemeno ohledně existence svého ospravedlnění. Možná mé formulace použité v textu působí, jako bych snad dávala odpověď, to ale není mým cílem.

⁹⁵ O epistemické nejistotě v době rozhodování ve svých textech píše Michal Šejvl a Tomáš Sobek.

že újma podnikatelům sice vznikla – a vznikla v důsledku rozhodnutí státu – ale stát za ni není odpovědný. Ospravedlnění znamená: „Sice jsem udělal čin, který někomu způsobil újmu, ale není mou chybou ani vinou, že újma vznikla.“ Pokud využiji metaforu z výše uvedených příkladů s tramvají, stát má ospravedlnit, že přehodit výhybku a poslat rozjetou tramvaj na podnikatele, bylo v danou chvíli tím nejlepším řešením. Pokud se mu to povede, nebude za újmu podnikatelů vinen a nebude za ni ani morálně odpovědný.⁹⁶

5 Narovnání vztahů

Stát nezavinil újmu, a tedy za ni není odpovědný. Nemůže být ale přeci jen odpovědný alespoň za něco?

Pro mobilizaci intuicí si představme jednoduchý příklad nezaviněného způsobení újmy. Představme si, že vám šlápnou na nohu poté, co se do mě náhle opřel silný poryv větru, kvůli němuž jsem musela udělat úkrok stranou. Jestliže vám takto šlápnou na nohu, budete na tom hůř, než byste byli, kdybych neexistovala.⁹⁷ Kdyby mě nebylo, nešlápla bych vám na nohu. Vy nesete určitý (i když třeba drobný) náklad za to, že existuji. Existuji na váš účet. Není totiž mým právem šlapat vám na nohu a vy nemáte korelující povinnost šlapání na nohu strpět.⁹⁸ Pokud se tak přesto stane, vznikla v našem vzájemném vztahu nerovnost. Šlápnutí na nohu se stalo na vaši útratu, zaplatili jste za to svou bolestí nohy, ačkoliv jste neměli žádnou povinnost platit.

V takových situacích je běžné, že ten, kdo újmu způsobí, se omlouvá. Řekněme tedy, že jsem se vám omluvila, ačkoliv moje šlápnutí na vaši nohu zcela evidentně nebylo mou vinou. Pokud se omluvím, pak omluva není uznáním mé viny, anebo naopak pokusem zbavit se viny. Vinna buď jsem, anebo nejsem, a omluva na tom nic nezmění.⁹⁹ A v tomto případě jsem vinna nebyla, bez ohledu na to, zda se omluvím nebo ne. Jaký smysl zde tedy omluva má? Omluva může mít více účelů, přičemž jedním

⁹⁶ K důkaznímu břemenu viz předchozí dvě poznámky pod čarou.

⁹⁷ Vynechme úvahy o tom, že jsem vám například někdy v minulosti pomohla nebo vám v budoucnu pomohu, a tedy i přesto, že jsem vám teď šlápla na nohu, je pro vás ve výsledku má existence benefitující. Oprostěme se prosím od takových úvah o minulosti a budoucnosti a představme si, že jediné, co se nám společně kdy přihodí, je, že jsem vám teď šlápla na nohu.

⁹⁸ Srov. HOHFELD, W. N. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*. New Haven – London: Yale University Press – Oxford University Press, 1919, s. 5, 17.

⁹⁹ HARTMAN, Robert J. *In Defense of Moral Luck. Why Luck Often Affects Praiseworthiness and Blameworthiness*. New York, London: Routledge, 2017, s. 138; OSHANA, M. *Moral Taint. Metaphilosophy*. 2006, č. 3–4, s. 364.

z nejdůležitějších z nich bývá náprava vzájemných vztahů,¹⁰⁰ a právě tento účel dává největší smysl v případě nezaviněného způsobení újmy.¹⁰¹ Omluva by měla být satisfakcí za náklad, který vám kvůli mně vzniknul, tedy narovnáním našich pokřivených vztahů. Pokud by z něčeho mohl vyplývat váš morální nárok na satisfakci z mé strany, pak jsou to právě nevyrovnané účty, které mezi sebou máme – nevyrovnané účty za mou existenci na vaši útratu. Normativní práci zde odvádí má povinnost nebýt tzv. černým pasažérem. Černým pasažérem jsem, právě žiji na útratu druhých.¹⁰²

¹⁰⁰ COHEN, A. I. *Corrective vs. Distributive Justice: the Case of Apologies*. Op. Cit., s. 670; LAZARE, A. *On Apology*. Op. Cit., s. 145 an.

¹⁰¹ Z důvodu zachování plynulosti výkladu vkládám právě sem – do poznámek pod čarou – argumentaci o tom, proč je omluva právě v tomto případě narovnáním vztahů. Dalo by se uvažovat, že omluva není satisfakcí, ale spíše (a) vyjádřením soucitu, účasti nebo politováním nad vzniknuvší událostí nebo (b) distancováním se od špatného přístupu k vaší osobě (že jsem vám újmu nezpůsobila ze zlého úmyslu nebo pro ignoraci nebezpečí, že vám újmu způsobím). Špatný přístup (*bad attitude*) viz WESTEN, P. *An Attitudinal Theory of Excuse*. *Law and Philosophy*. 2006, č. 3, s. 353 an.

Omluva nemůže být (a) pouhým vyjádřením účasti, soucitu nebo politováním nad vzniklou situací. Kdyby byla právě jen tím, očekávali byste omluvu za šlápnutí na nohu nejen ode mě, ale i od všech ostatních, kteří tomu přihlíželi nebo se o tom později dozvěděli. Protože ale omluvu nejspíš očekáváte jen ode mě, je něčím jiným než vyjádřením účasti a soucitu.

Pokud by (b) omluva byla jen distancováním se od špatného přístupu (vyjádřením, že jsem vám újmu nezpůsobila úmyslně ani z nedbalosti), pak by mělo stačit, že se ospravedlním nebo doložím *excuse*. Právě ospravedlnění a *excuse* směřují k distancování sebe sama od špatného přístupu při vykonání skutku. Říkáme jimi, že jsme čin buď vůbec neudělali, anebo jsme ho sice udělali, ovšem nikoliv řízením zlým úmyslem. Jestliže se ale přesto omluvím, pak omluva znamená něco jiného než *excuse* a ospravedlnění. (Srov. odlišnost omluvy od *excuse* a ospravedlnění viz TAVUCHIS, N. *Mea Culpa. A Sociology of Apology and Reconciliation*. Stanford: Stanford University Press, 1991, s. 17).

Je sice pravdou, že omluva, protože obsahuje prvek lítosti nad vzniklou situací, znamená určité distancování se od špatného přístupu k vám. Ale všimněme si rozdílu v tom, od čeho se distancujeme v případě omluvy za nezaviněnou újmu na jedné straně a v případě *excuse* a ospravedlnění na straně druhé. V případě *excuse* a ospravedlnění vyjadřují, že jsem neměla špatný přístup v minulosti (když se skutek stal – nejednala jsem tehdy ze zlého úmyslu ani z nedbalosti), ale nic tím nefíkám o tom, jaký mám přístup teď. Omluva naopak směřuje do přítomnosti. Jí vyjadřují, že mám správný přístup teď. Omluvou se tedy snažím napravit náš aktuálně poškozený vztah bez ohledu na to, zda jsem ho poškodila zaviněně nebo nezaviněně. Mohu se proto omlouvat i za to, co jsem vám způsobila nezaviněně, ale pokřivilo to náš vzájemný vztah. V takovém případě svou omluvou poskytnu satisfakci, již náš vzájemný vztah narovnávám (srov. LAZARE, A. *On Apology*. Op. Cit., s. 129 an.).

Omluvit se mohu i v případě, kdy vím, že nejsem vinna, ale nejsem si jistá, zda to víte vy. Omluva má nižší náklad než poškozený vztah. I v takovém případě omluva směřuje k urovnání našich vzájemných vztahů a poskytnutí vám něčeho, co je takového narovnání schopno (srov. LAZARE, A. *On Apology*. Op. Cit., s. 145 an.). Podobně je tomu i v případě, kdy se omlouvám, protože si sama nejsem jista, zda jsem vinna nebo ne, a tedy je pro mě opět menším nákladem se omluvit. Raději se tedy omluvím, abych vztah urovnala. Opět tedy poskytnu něco, co náš vztah urovnává.

¹⁰² Normativní práci zde odvádí má povinnost nebýt černým pasažérem. Srov. HART, H. L. A. *Are there any Natural Rights?* Op. Cit., s. 185; APPLBAUM, A. I. *Legitimacy. The Right to Rule in a Wanton World*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, s. 40.

Za určitých okolností může být satisfakcí finanční podpora nebo kompenzace.¹⁰³ Řekněme, že váš syn nezaviněně rozbil okno vašemu chudému sousedovi. Kupříkladu si hrál s míčem, když zafoukal onen náhlý a neočekávatelný poryv větru, který přeměroval míč na jinou trajektorii, než mu původně udělil váš syn. Pokud za sousedem zajdete a pouze mu řeknete: „promiňte, sousede“, ale nenabídnete úhradu škody, soused vaši omluvu nemusí chápat jako upřímnou. Nemusí to pro něj být skutečná satisfakce, která je schopna narovnat váš vzájemný vztah. Jestliže on bude muset dlouze šetřit na zasklení okna, kdežto pro vás by bývala byla úhrada zasklení tak nízkou položkou ve vašem rozpočtu, že byste si jí ani nevšimli, tak sousedovi pouhé „promiňte“ nemusí stačit k nápravě vašich vzájemných vztahů.¹⁰⁴ Působí to z vaší strany neupřímně a sobecky, a nenarovnává to tedy váš vzájemný vztah. Skutečnou satisfakcí bude, když sousedovi uhradíte škodu.¹⁰⁵ Co je skutečnou satisfakcí, je relativní k možnostem a poměrům zúčastněných.¹⁰⁶ Řekněme, že by byla situace opačná a dcera tohoto souseda by nezaviněně rozbila vaše okno. Protože pro vás není problém zafinancovat zasklení okna, kdežto pro souseda by šlo o velký zásah do jeho rodinného rozpočtu, mohla by vám jeho slova „promiňte, sousede“ stačit jako upřímná a dostatečná satisfakce narovnávající váš sousedský vztah.

Může se tedy stát, že ačkoliv nejsme odpovědní za vzniknuvší újmu, přeci jen poskytujeme satisfakci. A to nikoliv za svou vinu – nic jsme nezavinili, ale z důvodu srovnání našich vzájemných účtů, respektive narovnání našich vztahů.¹⁰⁷ Protože účelem této satisfakce není náhrada újmy, ale srovnání vzájemných vztahů, není třeba hradit celou výši újmy. Vztahy nesrovnáme vždy tak, že přelijeme tíhu škody z jedné strany na druhou a donutíme toho, kdo škodu nezaviněně způsobil, aby ji celou nahradil. Pokud mají být účty vyrovnány, musí satisfakce odpovídat situaci a možnostem zúčastněných stran.

¹⁰³ Srov. LAZARE, A. *On Apology*. Op. Cit., s. 155.

¹⁰⁴ Upozorňuji, že zde nemluvíme o povinnosti k náhradě škody podle platného práva. Mluvíme o tom, co v této situaci může soused z vaší strany chápat jako dostatečné vyjádření péče o váš vzájemný sousedský vztah (srov. LAZARE, Aaron. *On Apology*. Op. Cit., s. 129 an.) a dostatečné vyjádření vašeho dobrého přístupu (srov. špatný přístup WESTEN, P. An Attitudinal Theory of Excuse. *Law and Philosophy*. 2006, č. 3, s. 353 an.).

¹⁰⁵ Srov. Vzájemné vztahy budou srovnány, jestliže ten, kdo je narušil, vynaloží pro jejich nápravu dostatečné úsilí. STUMP, E. Personal relations and moral residue. *History of the Human Sciences*. 2004, č. 2/3, s. 49, 50.

¹⁰⁶ Srov. HARTMAN, R. J. *In Defense of Moral Luck. Why Luck Often Affects Praiseworthiness and Blameworthiness*. New York – London: Routledge, 2017, s. 138.

¹⁰⁷ Korektivní spravedlnost se netýká pouze provinilců. COHEN, A. I. Corrective vs. Distributive Justice: the Case of Apologies. Op. Cit., s. 665.

6 Stát zakopl, anebo nakopl?

Stát neměl kontrolu nad rozšířením pandemie, a tak má *excuse* proti odpovědnosti za existenci pandemické situace. Nad čím už ale stát kontrolu měl, bylo samo řešení pandemické situace. Zdá se, že jakékoliv řešení, které se v danou chvíli nabízelo, bylo v nějakém ohledu špatné. Vystavovalo lidi riziku nákazy, ohrožovalo je na životě nebo omezovalo širokou plejádu jejich práv. Pokud ale stát prokáže,¹⁰⁸ že ze všech špatných řešení vybral to, které v danou chvíli objektivně působilo jako nejlepší (implikovalo nejmenší újmu), pak svůj výběr ospravedlní a nebude za způsobenou újmu morálně odpovědný.

Všimněme si, že ospravedlnění spočívá v prokázání, že bylo zvoleno řešení působící menší újmu než jiná nabízející se řešení.¹⁰⁹ Stát shledal, že nejlepším řešením je způsobit újmu podnikatelům a vyhnout se tak mnohem větší újmě, kterou by implikovalo nějaké jiné řešení. Pokud tedy nejlepší možností bylo způsobit újmu podnikatelům, pak podnikatelé sami nesli náklad za všechny ostatní, z čehož by mohl vyplývat jejich morální nárok na satisfakci. Normativní práci zde odvádí povinnost ostatních nebýt černým pasažérem.¹¹⁰ Herbert Hart říká, že pokud skupina lidí jedná společně a podle pravidel k dosažení určitého cíle a za účelem dosažení cíle omezí svou svobodu, pak mají tito lidé, kteří svou svobodu omezili, když tomu bylo třeba, právo požadovat podobné omezení od těch, kteří z tohoto jejich sebeomezení benefitovali.¹¹¹ V opačném případě budou ti, kteří získali pouze benefity, černými pasažéry.

Stát má asi tak silnou povinnost narovnávat své vztahy s podnikateli, jako mám já povinnost se vám omluvit, když vám nedopatřením šlápnu na nohu. Při šlápnutí na nohu jsem nic nezavinila (mám *excuse*), stejně tak jako nic nezavinil stát, když zavedl restriktce (má *excuse* i ospravedlnění). Pokud ale já sama někomu nezaviněně způsobím újmu a zároveň chci nadále být ostatními lidmi vnímána jako ohleduplný člověk mající své místo ve společnosti, měla bych dbát o své vztahy k ostatním lidem a přimout za tyto vztahy odpovědnost a snažit se je udržet v dobrém stavu. A podobně, jestliže o sobě stát tvrdí, že je státem demokratickým a respektujícím každého jednoho

¹⁰⁸ K důkaznímu břemenu viz pozn. p. č. č. 94 a 95.

¹⁰⁹ K důkaznímu břemenu viz pozn. p. č. č. 94 a 95.

¹¹⁰ Normativní práci zde odvádí má povinnost nebýt černým pasažérem. Srov. APPLBAUM, A. I. *Legitimacy. The Right to Rule in a Wanton World*. Op. Cit., s. 40.

¹¹¹ HART, H. L. A. Are there any Natural Rights? Op. Cit., s. 185

občana,¹¹² pak by měl dbát, aby takovým i zůstal.¹¹³ Měl by udržoval své dobré vztahy s každým jednotlivcem a vyrovnávat s nimi své vzájemné účty poskytnutím (vzhledem ke svým možnostem) přiměřené satisfakce. Neznamená to ale, že stát bude nutně hradit veškerou újmu, která podnikatelům vznikla. K ničemu takovému není povinen, protože se ničím neprovinil a za újmu morálně neodpovídá. Na druhou stranu ale pouhé „sorry jako“ by samo o sobě bez nějaké finanční podpory nebo finančních záruk nemuselo stačit. Znělo by to neupřímně, sobecky, a nikoliv jako skutečná satisfakce. I pes pozná, zda jsme o něj zakopli, anebo jsme ho nakopli, a tohle je způsob, jak to poznají i podnikatelé.

7 Morální nárok

Doposud se text týkal vztahu státu k jeho občanům. Stát je sice kolektivní entitou schopnou generovat svou vlastní vůli,¹¹⁴ zároveň ale není od svých občanů odtržen. Je jimi konstituován a bez nich by neexistoval. Navíc, jestliže někomu poskytne finanční satisfakci, tak nikoliv ze svých vlastních peněz, protože žádné takové nemá. Stát disponuje pouze těmi penězi, které předtím vzal (nebo si později vezme) od svých občanů.¹¹⁵ Jestliže stát narovná své vztahy s podnikateli, tak de facto zároveň s tím narovná i vztahy mezi občany navzájem. Pokud stát podle svých možností poskytne podnikatelům satisfakci, znamená to zároveň, že každý občan dle svých možností poskytne podnikatelům satisfakci. I občané ale mají důvod satisfakci poskytnout. Pokud jsou (a nadále chtějí být) vzájemně rovnými, pak nemohou zachovávat stav, v němž neštěstí, které padlo na ně všechny, odnesou jen někteří z nich – v tomto případě podnikatelé – a nemohou se chovat jako černí pasažéři.

¹¹² Srov. hodnoty demokracie: rovnost, férovost, responsivita, suverenita lidu. Jestliže vládne lid, přičemž k němu má být stát responsivní, a zároveň platí, že jsou všichni členové lidu rovni, pak stát respektuje každého jednotlivce a každého respektuje stejně. Hodnoty demokracie viz DUFEK, P. Většinový princip v demokracii: k otázce metod rozhodování. In: DUFEK, P. – BAROŠ, J. et al. *Liberální demokracie v době krize. Perspektiva politické filozofie*. Praha – Brno: Sociologické nakladatelství (SLON) v koedici s Masarykovou univerzitou, 2019, s. 181.

¹¹³ Srov. nepřijetí odpovědnosti za následky svých činů vs. přijetí odpovědnosti i za stav věci, jehož vznik jsme neměli plně pod kontrolou. WOLF, S. *The Moral of Moral Luck. Philosophic Exchange*, 2000, č. 1, s. 13, 14.

¹¹⁴ LIST, Ch. – PETTIT, P. *Group Agency. The possibility, design, and status of corporate agents*. Oxford: University Press, 2011, s. 59 an.

¹¹⁵ Plus od kohokoliv, kdo se ve státě rozhodne podnikat či žít, a tedy i platit daně. Nicméně takoví lidé to na rozdíl od občanů dělají ze své vlastní vůle a dobrovolně. A pokud nesouhlasí s výší daně, mohou odejít. Naproti tomu v případě občanů nelze vyvozovat z pouhého faktu, že z republiky neodejdou, jejich souhlas s počináním státu. KELLY, P. *Locke's Second Treatise of Government. A Reader's Guide*. London – New York: Continuum International Publishing Group, 2007, 105 an., především 109.

Restriktivní opatření činil stát především s ohledem na rizikové skupiny obyvatel. Není ale samozřejmě fakticky možné chtít od rizikových skupin obyvatel, aby nahradily podnikatelům vzniklou újmu. K rizikovým skupinám patří hlavně ekonomicky neaktivní senioři, kteří nemohou být schopni něco takového zaplatit. Především by ale takový požadavek na rizikové skupiny ani nebyl namístě, protože oni újmu podnikatelům nezavinili, a tedy za ni nejsou odpovědní a nemusí ji hradit. Pokud by měla být podnikatelům poskytnuta satisfakce za účelem narovnání vzájemných vztahů mezi občany, pak musí být v takové výši, aby vztahy byly skutečně srovnány. Příliš vysoká satisfakce by vztahy nesrovnala, ale naopak generovala další nerovnosti – jen by přelévala břemeno z jedněch na druhé. Výše satisfakce proto musí odpovídat možností zúčastněných, a jestliže jsou možnosti malé nebo žádné, pak musí být i výše poskytnuté satisfakce malá nebo pouze symbolická.

Pandemie je neštěstím, které nedopadlo jen na rizikové skupiny, ale na celý stát. Tedy na všechny obyvatele včetně těch, kteří jsou i nadále v době pandemie ekonomicky aktivní, a včetně těch, kteří na současnou krizi dokonce profitují. I na jejich hlavu neštěstí dopadlo, ačkoliv se jich třeba nijak významně nebo negativně nedotklo. Nerovný vztah tedy vznikl i mezi nimi a těmi, kterým naopak byla újma způsobena. I mezi nimi by proto dle jejich možností měla proběhnout satisfakce. Určení způsobu a výše satisfakce a její provedení by samozřejmě mělo být v rukou státu, jehož (jednou z) funkcí právě je přerozdělovat břemena a narovnávat vztahy mezi občany. Nutno ale opět dodat, že stejně tak, jako se ničím neprovinil stát ani rizikové skupiny obyvatel, tak se samozřejmě ničím neprovinili ani všichni ti, kteří i v době krize zůstali ekonomicky aktivní nebo z krize dokonce profitovali. A proto nikdo není za újmu vzniklou jiným podnikatelům morálně odpovědný a nikomu žádná morální povinnost nevelí újmu hradit. Pokud by ale přeci jen z něčeho mohl vyplývat morální nárok podnikatelů na nějakou formu finanční podpory, pak je to satisfakce za vzniknuvší nerovný vztah.

8 Závěr

V souvislosti s přijetím opatření proti šíření pandemie SARS-CoV-2 přijal stát řadu restriktivních opatření a jedním z nich byly i dočasně uzavřeny restaurace, obchody a provozovny soukromých podnikatelů, čímž podnikatelům vznikla značná (mnohdy likvidační) újma. Ve veřejném prostoru se objevují názory podporující neodškodňování podnikatelů – podpořené argumentem, že to nebyl stát, kdo podnikatelům újmu způsobil, ale pandemie. Protiargumentem je, že to nebyla pandemie, kdo uzavřel provozovny, ale stát. Většina diskuzí se týká spíše výkladu platného práva, které se nakonec přeci jen nemusí shodovat s morálkou. Stát tak nakonec může ne/odškodnit podnikatele bez ohledu na ne/existenci morálního nároku podnikatelů na odškodnění. Mým cílem zde ale nebylo analyzovat právní úpravu a z ní plynoucí nárok na náhradu

škody, respektive v širším pojetí újmy. Namísto toho jsem identifikovala morální nárok podnikatelů na poskytnutí alespoň nějaké formy podpory od státu.

Mluví o „nějaké formě podpory“ neboť ta není ani natolik určitá, jako by byla určitá výše náhrady újmy plynoucí z platného práva (přičemž nutno dodat, že ani o té rozhodně nepanuje napříč právní komunitou konsensus). Mluví o morálním nároku na „nějakou formu podpory“, protože nejde o morální nárok na náhradu újmy. Není totiž nikdo, kdo by újmu podnikatelů zavinil, a proto není nikdo, kdo by za ni byl morálně odpovědný. Stát sice uzavřel provozovny soukromých podnikatelů, ale jestliže je toto uzavření ospravedlnitelné (je tím nejlepším, co stát mohl v danou chvíli udělat), pak stát nenese odpovědnost za újmu, kterou uzavření implikovalo.

Za co stát může být morálně odpovědný, je poskytnutí satisfakce za nerovnost vzniknuvší v důsledku újmy způsobené podnikatelům. Stát shledal, že nejlepším řešením je způsobit újmu podnikatelům a vyhnout se tak mnohem větší újmě, kterou by implikovalo nějaké jiné řešení. Pokud tedy nejlepší možností bylo způsobit újmu podnikatelům, pak podnikatelé sami nesli náklad za všechny ostatní. Díky tomu, že byla způsobena újma právě podnikatelům, nebyla újma způsobena mnohým dalším občanům. Pokud mají podnikatelé na něco morální nárok, pak je to vyrovnání vzájemných vztahů s ostatními občany. Protože jde o vyrovnání vztahů, a nikoli o náhradu újmy, nemusí se satisfakce poskytnutá podnikatelům rovnat výši jejich újmy.¹¹⁶ Namísto toho by její výše a forma měla odpovídat možnostem zúčastněných.

¹¹⁶ Přičemž výše újmy pravděpodobně ani není rozdílem například loňského a letošního zisku. I kdyby stát provozovny neuzavřel, patrně by letošní zisky byly kvůli pandemii i tak nižší, a to možná značně, jestliže by postup pandemie nebyl mírněn a onemocněla by velká část populace.

Alokace na základě věku a diskriminace¹¹⁷

[...] vzdělanci přísluší hledati v každém oboru pouze tolik přesnosti,
kolik povaha věci přípouští.
Aristoteles, *Etika Nikomachova*

Non est periculosior bestia quam philosophus sine logica.
Upravený výrok Johna Lutterela (†1335)

1 Úvod

Pandemie, jakou je ta, již v současné době čelíme, přináší nové problémy či vyzdvihuje do popředí staré, které získávají mimořádnou naléhavost. Jedním z důležitých témat, s nimiž se musí potýkat lékaři, etici a odborníci na právo, je alokace vzácných zdrojů pacientům. Klasické principy lékařské etiky nedávají jednoznačnou odpověď a mohou vést k dilematickým situacím, které lékařům neposkytují dostatečná vodítka pro rozhodování v situaci časové tísně. V některých zemích (dle denního tisku např. v Itálii a Španělsku) se lékaři rozhodli, že nebudou plicní ventilátor (v době pandemie COVID-19 vzácný zdroj zachraňující lidské životy) přidělovat pacientům starším 70 či 80 let. Třebaže je toto kritérium selekce pacientů jasné a umožňuje rychlé rozhodování, zcela pochopitelně vznikají obavy, že se ve skutečnosti jedná o diskriminaci založenou na věku pacientů.

Tato studie si klade za cíl odpovědět na otázku, zda alokace vzácných zdrojů na základě věku představuje vždy a za všech okolností případ diskriminačního jednání. Nejdříve analyzuji paradigmatické příklady diskriminace a extrahuji z nich definici přímé diskriminace. Poté se zamýšlím nad tím, zda smrt může být špatná a případně také v jaké míře. A nakonec obrácím svou pozornost na analýzu alokace vzácných

¹¹⁷ Práce na tomto textu byla podpořena grantem Technologické agentury ČR TL02000360 Rozhodování o zdravotní péči v závěru života.

zdrojů založenou na věku pacientů a s využitím poznatků předchozích analýz odpovídám, že v některých jasně definovaných případech se nejedná o diskriminaci.

Uvědomuji si, že se vydávám do nejistých vod poměrně komplexních problémů. Budu proto rád, když můj příspěvek vzbudí širší diskusi, do níž se zapojí odborníci z více oborů.

2 Co je to diskriminace?

České slovo „diskriminace“ pochází z latinského substantiva *discriminatio*, jež se odvozuje ze slovesa *discriminare* (rozdělovat, odlišovat). V mnoha jazycích si slovesa a podstatná jména pocházející z latinského *discriminatio* zachovávají neutrální význam, v češtině však podstatným jménem „diskriminace“ nejčastěji myslíme morálně nepřijatelný odlišný přístup k jedincům či skupinám lidských bytostí. Odmítání diskriminace se v hodnotové rovině opírá o představu, že všichni lidé si jsou rovni ve své svobodě a právech, jak explicitně uvádí první článek Všeobecné deklarace lidských práv z roku 1948: „Všichni lidé rodí se svobodní a sobě rovni co do důstojnosti a práv.“ Z této rovnosti a důstojnosti se odvozuje zákaz diskriminace, vyjádřený hned v následujícím článku téže deklarace:

Každý má všechna práva a všechny svobody stanovené touto deklarací, bez jakéhokoli rozlišování, zejména podle rasy, barvy, pohlaví, jazyka, náboženského přesvědčení, politického nebo jiného smýšlení, národnostního nebo sociálního původu, majetku, rodu nebo jiného postavení.

Přesvědčení o rovnosti a důstojnosti všech lidí je součástí preambule Ústavy České republiky a nachází explicitní vyjádření rovněž v Listině základních práv a svobod, jež je součástí ústavního řádu České republiky. Článek 3 této Listiny ve svém prvním odstavci obsahuje zákaz diskriminace, který se obsahově shoduje s druhým článkem Všeobecné deklarace. V roce 2008 byl českým parlamentem přijat tzv. Antidiskriminační zákon, který blíže specifikuje jednotlivé formy diskriminace a jednání, jež za diskriminaci považovat nelze. § 2, odst. 3 tohoto zákona definuje přímou diskriminaci následujícím způsobem:

Přímou diskriminací se rozumí takové jednání, včetně opomenutí, kdy se s jednou osobou zachází méně příznivě, než se zachází nebo zacházelo nebo by se zacházelo s jinou osobou ve srovnatelné situaci, a to z důvodu rasy, etnického původu, národnosti, pohlaví, sexuální orientace, věku zdravotního postižení, náboženského vyznání, víry či světového názoru [...].

Tato definice poměrně dobře shrnuje základní rysy diskriminačního jednání, přesto se pokusím v následujících řádcích předložit rigoróznější definici diskriminace, která mi

umožní odpovědět na otázku, zda je rozlišování na základě věku nutné a ve všech situacích, včetně situací života a smrti, diskriminační.¹¹⁸

Nalézt definici určité formy lidského jednání je nesnadný úkol. Koneckonců, nepochybujeme se v oblasti matematiky s jejími jasně definovanými objekty a operacemi, nýbrž ve sféře lidské praxe, jež se svou bohatostí a komplexností vzpírá nějakému preciznímu rozlišování a definičnímu vymezení. Naše vlastní zkušenosti velmi dobře ukazují, že pojem diskriminace má nejasně vymezené hranice a můžeme se ocitnout v situaci, kdy si nebudeme jisti, zda určité jednání diskriminační skutečně je či není. Snadno nalezneme příklady jasných případů diskriminace, stejně snadno ale můžeme od jasných případů postupovat k těm méně jasným až k nejasným. Všichni se asi shodneme na tom, že pokud nějaký zaměstnavatel odmítá zaměstnat lidi s tmavou barvou pleti, jedná se o diskriminaci. Je ale diskriminací, když někdo – *X* – odmítá chodit na romantické schůzky s lidmi tmavé pleti? Naše intuice budou v tomto případě zřejmě nejisté; na jednu stranu se zdá, že se o diskriminaci nejedná, neboť se pohybujeme v privátní sféře vlastních milostných preferencí, na straně druhé však můžeme být nakloněni názoru, že o jistou formu diskriminace přece jen jde. Koneckonců, *X* svůj odlišný přístup k lidem zakládá na barvě pleti a také se zdá, že k lidem této barvy pleti přistupuje méně příznivě.¹¹⁹

Ve svém hledání obecné definice přímé diskriminace se budu zaměřovat na paradigmatické příklady diskriminace. Uvědomuji si, že se tím vystavuji riziku, že výsledná definice bude pokrývat pouze jakýsi fokální význam diskriminačního jednání a nebude tak zahrnovat jeho okrajovější formy. Myslím si však, že až tak velký problém to není. Podaří-li se mi vystihnout charakteristiky činící jisté formy jednání diskriminací, poskytnu tak i jasný nástroj k diskusi o tom, zda určité jednání představuje diskriminaci, byť jednoznačně nesplňuje všechny definiční prvky tohoto jednání. Lidská praxe je příliš komplexní, než aby se dala svázat všeobecně platnými definicemi, není však uzavřená naší schopnosti porozumění a klasifikace. I když se mi tedy nezdaří předložit definici diskriminace, jež by lidské jednání jednoznačně třídila do dvou disjunktních tříd – diskriminační a nediskriminační – doufám alespoň v to, že nabídnou nástroj umožňující racionální diskusi o hraničních případech.

¹¹⁸ Opírám se především o následující práce: LIPPERT-RASMUSSEN, K. *Born Free and Equal. A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*. New York: Oxford University Press, 2014; EDMONDS, D. *Caste Wars: A Philosophy of Discrimination*. Abingdon: Routledge, 2006; MOREAU, S. What Is Discrimination? *Philosophy & Public Affairs*. 2010, Vol. 38, No. 2, s. 143–179; HORTA, O. Discrimination in Terms of Moral Exclusion. *Theoria*. 2010, Vol. 76, No. 4, 314–332; THOMSEN, F. K. Direct Discrimination. In: LIPPERT-RASMUSSEN, K. (ed.). *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*. New York: Routledge, 2018, 19–29.

¹¹⁹ THOMSEN, F. K. Direct Discrimination. Op. Cit.

Paradigmatickým příkladem diskriminace může být rasismus. Příslušník určité rasy jedná s příslušníky jiné rasy či ostatních ras jinak, než jak jedná s příslušníky rasy vlastní. Když tedy například potká někoho s jinou barvou pleti, chová se k němu přezíravě, hrubě či dokonce násilnicky. Rasismus nemusí mít nutně násilnickou podobu; projevem rasismu, jakési zvláštní „benevolentní“ formy, může být zvyk některých Čechů automaticky tykat Vietnamcům. Zajímavou otázkou je, zda rasismus může mít i podobu, která se neprojevuje v jednání, tj. podobu jakéhosi nikdy v praxi neaktualizovaného postoje. Domnívám se, že odpověď je kladná, tj. rasismus nemusí nutně vyústit v jednání. Můžeme tedy rozlišit dispoziční rasismus – tendenci jednat jinak s příslušníky jiné rasy, a rasismus v jednání. Dispoziční rasismus nelze označit za diskriminaci, budu se zde proto zabývat pouze rasismem vyjádřeným v konkrétních formách jednání.

Abych svůj výklad zpřehlednil, budu používat jednoduchou notaci. Aktéry budu označovat jako X , v případě potřeby i jako Y (budu-li hovořit o dvou aktérech), skupinu nějakých lidí vymezených vlastností P jako $\{P\}$. I když se budu zaměřovat na skupiny lidí vymezených vlastností P , diskriminační jednání se týká konkrétních lidských bytostí, které v případě potřeby budu označovat malými písmeny ze začátku abecedy. Budu se také držet zavedené zvyklosti a jednání označovat písmeny φ , Φ , ...

Vraťme se k rasismu v jednání jako paradigmatickému příkladu diskriminace. Určitý aktér X se k příslušníkům a , b , c , ... jiné rasy, kteří náležejí do třídy lidí $\{P\}$ vymezených vlastností P (barvou pleti), chová určitým způsobem φ , který je pro a , b , c , ... nějakým způsobem nevýhodný (v terminologii antidiskriminačního zákona zachází s a , b , c ... méně příznivě). V této základní charakterizaci diskriminačního jednání můžeme analyticky rozlišit jednotlivé znaky tvořící obsah definice diskriminace.

Prvním očividným znakem je fakt, že X jedná (činí φ) s členy $\{P\}$ jinak. Všimněme si, že aby φ bylo příkladem diskriminace, tj. (neoprávněného) rozlišování, nesmí být $\{P\}$ totožná s třídou všech lidských bytostí bez ohledu na povahu φ . I kdyby tedy φ představovalo jednání nevhodné či dokonce nemorální, nejednalo by se o diskriminaci, pokud by se X tímto způsobem choval ke všem lidem. Důležitou součástí této části definice diskriminace je to, že existuje jednání Φ takové, že X činí Φ , jedná tímto způsobem vůči prvkům $\{non-P\}$, tj. všem, kteří nemají vlastnost P , a jednání φ a Φ jsou nějakým způsobem vztažena. Tento vztah nemusí být vztahem kontradikce (pohrdavě – s úctou, krutě – laskavě), postačuje, že φ a podobná jednání vymezují hranici oblasti, do níž Φ nespadá. Jinými slovy, X s lidmi s vlastností P jedná nezdvořile, krutě apod., zároveň takto nejedná s ostatními a jedná s nimi jinak. Jednání Φ nemusí být vždy aktualizované, dokonce mohou nastat situace, že ani aktualizované být nemůže; přesto se jedná o diskriminaci. Představme si, že se X ocitne v prostředí, kde nežijí žádní příslušníci jeho rasy (např. na izolovaném ostrově), přesto jeho odlišné chování k místním domorodcům představuje diskriminaci, byť nemá možnost aktualizovat

jednání φ ; plně postačí, že kdyby tuto příležitost měl, jednal by (např. v okamžiku, kdy na ostrov dorazí nějakí lidé stejné barvy pleti), současně a především však platí, že se k domorodcům chová hůře.

Druhým znakem definice diskriminace je to, že jednání φ musí být důvodem, pro nějž jsou na tom členové $\{P\}$ v nějakém smyslu hůře. Bližší vyjasnění fráze „být na tom hůře“ je však velmi obtížné. Představme si, že bychom tento pojem interpretovali prostřednictvím prudenciálních hodnot, tj. takových hodnot, které bezprostředně (konečné hodnoty) či zprostředkovaně (instrumentální hodnoty) určují kontury dobrého života členů $\{P\}$. Snadno bychom se tak dostali do obtíží v okamžiku, kdy bychom se pokusili blíže určit povahu finálních hodnot, například tak, že bychom přijali hedonismus a určili, že existuje jedna jediná pozitivní konečná hodnota (potěšení) a jediná konečná negativní hodnota (bolest). Představme si, že by se X rozhodl propustit a jen proto, že má jinou barvu pleti. A předpokládejme dále, že a měl nehodu, díky které dostal silné léky tlumící bolest, emoce a celkové emoční naladění. Právě v tomto stavu dostane zprávu o tom, že dostal výpověď, necítí však žádné negativní pocity. V jakém smyslu bychom mohli říci, že jednání X způsobilo, že je na tom a hůře? Mohli bychom se pokusit tento problém vyřešit tak, že bychom upozornili na to, že a sice necítí žádné negativní pocity teď, bude je ale cítit později, až mu odezní aplikované léky. Obávám se však, že by nám tato strategie příliš nepomohla. Představme si, že by a chvilku poté, co obdržel zprávu o vyhazovu ze zaměstnání, dostal zprávu, že vyhrál v loterii obrovskou částku peněz. V okamžiku, kdy odezní efekt léků, je zavalený radostí a nikdy nedojde k tomu, aby mu výpověď způsobila nějakou bolest. Přesto bychom řekli, že X a diskriminoval, dokonce bychom trvali na tom, že a je na tom v jistém, zatím neurčeném smyslu hůře. Další důvod, proč bychom se neměli v bližším vymezení obsahu fráze „být na tom hůře“ vázat na prudenciální hodnoty spočívá v tom, že by nám, alespoň v případě některých teorií welfare, hrozil nežádoucí relativismus. Představme si dva zaměstnance, a a b , oba mají vlastnost P a u obou je to důvod, proč jim X dá výpověď. Nicméně mezi a a b existují důležité rozdíly; a pochází z bohaté rodiny, není výpovědí existenčně ohrožený, dokonce nebude muset nijak snižovat svou životní úroveň, vlivná rodina mu navíc pomůže najít další dobré zaměstnání. Proto se a výpověď příliš nedotkne, nezasáhne nijak radikálním způsobem do kontur jeho dobrého života, jednoduše, nebude pro něj tak špatná. V případě b je tomu bohužel tak, že je chudý, musí se starat o rozsáhlou rodinu a neexistuje nikdo, kdo by mu ve svízelné situaci podal pomocnou ruku. Výpověď ze zaměstnání proto b zasáhne mnohem citlivěji a bude pro něj horší než pro a . Měli bychom proto tvrdit, že ač se X výpovědí dopustil diskriminace, diskriminoval a a b v různé míře; a to neodpovídá naší oprávněné intuici, že diskriminoval oba stejně.

Měli bychom se proto namísto na welfare zaměřit na určité dobro D , v tomto případě dobro zaměstnání. X svým jednáním připravil a i b o dobro D jen proto, že oba mají vlastnost P , to znamená, že o toto dobro nepřipravil jiné zaměstnance, kteří vlastnost

P nemají. Můžeme tedy říci, že a a b jsou na tom hůře ve dvojnásobném smyslu: i) X je připraven o dobro D , ii) X současně o D nepřipravil jiné zaměstnance, kteří nemají vlastnost P , tj. a a b jako členové skupiny $\{P\}$ jsou na to hůře, než členové skupiny $\{non-P\}$.

Členové $\{P\}$ mohou být připraveni o D přímo jednáním X , může se ale stát, že o D přijdou jinak, nicméně X tomu mohl zabránit a neučinil tak právě proto, že mají vlastnost P . X například nezachránil topičiho se muže jiné barvy pleti, zatímco jedincům stejné barvy kůže by se pokusil pomoci. Abych výslednou definici zbytečně nekomplikoval, budu hovořit pouze o tom, že X připravil nějakého člena $\{P\}$ o D , mějme však na paměti, že tak mohl učinit konáním i nekonáním.

Třetím znakem definičního vymezení diskriminace je rozlišování lidí do skupin na základě nějaké vlastnosti P (barva pleti, pohlaví, sexuální orientace, náboženství, národnost apod.). V případě diskriminace aktér X vymezuje nějakou skupinu lidí prostřednictvím sdílené vlastnosti a vůči těmto lidem se chová jinak než k ostatním. Nevylučuji možnost, že nějaká vlastnost P je obsahově natolik bohatá, že její extenze má pouze jeden jediný prvek. V takovém případě by X diskriminoval pouze jediného člověka, přesto by to však bylo na základě vlastnosti P . Primární však stále zůstává diskriminace skupinová, jejíž je diskriminace jediného člověka speciálním případem.

Myslím si, že musíme učinit ještě jedno rozlišení. Diskriminace na základě vlastnosti P může být intenzionální a extenzionální. Intenzionální diskriminací budu rozumět situaci, kdy X diskriminuje a , protože se domnívá, že a má vlastnost P (intenze) a současně platí, že a vlastnost P skutečně má, tj. a spadá do extenze P . Extenzionální diskriminací budu rozumět takovou diskriminaci, kdy X diskriminuje a , protože se domnívá, že a náleží vlastnost P , do extenze P však umísťuje a omylem; a není P . Jednoduchý příklad tuto distinkci osvětlí: X se domnívá, že a je homosexuál (P = být homosexuálem), proto se k němu chová diskriminačně. Mohou nastat dva případy: i) a je skutečně P , takže spadá do extenze vlastnosti P (intenze určuje extenzi, proto této verzi diskriminace říkám intenzionální), ii) a není P , takže X umísťuje a do extenze P omylem.

Je překvapivé, že dosavadní pokusy o definici diskriminace se někdy zastavují zde. Zdá se mi ale, že jeden důležitý prvek chybí. Podívejme se následující příklad: X zařazuje a do třídy $\{P\}$, jedná s ním jinak než s prvky třídy $\{non-P\}$, jeho jednání připraví a o dobro D . Zdá se, že tento příklad splňuje všechny tři podmínky diskriminace, nicméně pokud za jednotlivé symboly dosadíme nějaký obsah a celou situaci konkretizujeme, zjistíme, že se o diskriminaci nejedná. Řekněme, že P je vlastnost „být špatný pracovník“, třída $\{non-P\}$ je potom třídou dobrých pracovníků. X dá a výpověď, připraví ho tedy o dobro D = zaměstnání, čímž je na tom a hůře než b , c , d , ... z $\{non-P\}$, přesto se o diskriminaci nejedná.

Domnívám se, že musíme přijmout další podmínku: jednání φ nesmí být relevantním způsobem spojeno s vlastností P .¹²⁰ Uvědomuji si ale, že určení relevance tohoto vztahu není snadné a zřejmě se vymyká možnosti obecné charakterizace. Některé příklady však mou myšlenku alespoň vyjasní. Vraťme se k předchozímu příkladu. Jednáním φ bylo dání výpovědi a ; nicméně vlastnost P (být špatným pracovníkem) je relevantním způsobem spojena s φ : máme dobré důvody, abychom na základě P uskutečnili φ . Nyní si představme, že P zastupuje vlastnost „mít černou barvu kůže“. X dá a výpověď, protože a je P , nicméně mezi φ a P žádná relevantní souvislost neexistuje: neexistují dobré důvody ospravedlňující φ na základě P . X možná může tvrdit, že k výpovědi dobré důvody měl. Mohl by říci, že a je P a jemu to prostě z nějakého důvodu vadí. Nicméně to, že X má nějaké subjektivní důvody k φ , které považuje za dobré, neznamena, že tyto důvody skutečně dobré jsou. Barva pleti nerozhoduje o pracovních schopnostech a výkonnosti či oddanosti zaměstnání, proto neposkytuje důvody ospravedlňující výpověď.

Nyní již mám k dispozici všechny hledané prvky definice přímé diskriminace.

Definice (přímá diskriminace). Jednání φ aktéra X představuje diskriminaci, jsou-li splněny následující podmínky:

1. X jedná s členy $\{P\}$ jinak než s členy $\{non-P\}$.
2. Členové $\{P\}$ jsou na tom v důsledku φ hůře:
 - a. Členové $\{P\}$ jsou připraveni o dobro D ;
 - b. Členové $\{P\}$ jsou na tom hůře než členové $\{non-P\}$.
3. Odlišnost jednání X vůči $a, b, c, \dots$ je dána tím, že $a, b, c, \dots$ mají vlastnost P .
4. Vlastnost P nemá žádnou relevantní souvislost s φ .

3 Může být smrt špatná?

Může být smrt špatná? Tato otázka není nikterak nová, jak uvidíme, pokládali si ji již řeční filosofové, v poměrně nedávné době se však stala předmětem obsáhlé filosofické diskuse, jež probíhá dodnes. Odpověď není relevantní jen sama o sobě, z čistě teoretické perspektivy, neboť se promítá do dalších oblastí filosofické reflexe, včetně aplikované etiky.¹²¹ Pokusím se ukázat, že rovněž problém diskriminace na základě věku je v některých případech nutné řešit s ohledem na odpověď na tuto otázku.

¹²⁰ Někteří autoři volí jinou formulaci: pro jednání neexistuje žádné ospravedlnění. Srov. HORTA, O. Discrimination in Terms of Moral Exclusion. Op. Cit.

¹²¹ Srov. např. SUMNER, L. W. *Assisted Death. A Study in Ethics and Law*. New York: Oxford University Press, 2011; ČERNÝ, D. Eutanazie a dobrý život: proč je eutanazie (někdy) morální. *Vnitřní lékařství*. 2018, roč. 64, č. 3, s. 234–244.

Dříve než se zaměřím na problém špatnosti smrti, musím učinit několik poznámek. Smrt zde budu chápat jako ireverzibilní zástavu fungování organismu jako celku (definice smrti).¹²² Zda je u nějakého lidského organismu definice splněna, tj. zda u něj nastala smrt, umožňují zjistit různé empirické testy (poslech srdce a dechu, kmenové reflexy, kašlací reflex, vestibulookulární kalorický reflex, apnoický test apod.), které vycházejí z představy, že u organismu došlo k ireverzibilní ztrátě fungování organismu jako celku tehdy, došlo-li k ireverzibilní zástavě oběhových funkcí či k mozkové smrti (kritéria smrti).¹²³ Definicí smrti se však více zabývat nebudu.

Smrt je třeba odlišit od procesu umírání a od stavu „být mrtvý“. Ve shodě se současným konsenzem budu smrt chápat jako událost tvořící předěl mezi stavem „být živý“ a „být mrtvý“ (nehlásím se tedy k menšinovému přesvědčení, podle něhož je i smrt samotná určitým procesem).¹²⁴ Je poměrně triviální, že umírání může být špatné, pokud je plné bolesti, utrpení a úzkosti. Problém špatnosti umírání však nechávám stranou. Dále budu předpokládat tzv. terminační tezi: smrt představuje konec naší existence.¹²⁵ Toto tvrzení se může zdát jako triviálně pravdivé, nicméně pokud bychom přijali ontologii časových částí (čtyřdimenzionalismus), mohli bychom tvrdit, že pokud nějaký organismus zemře, nepřestane existovat; platí však, že nemá žádnou současnou časovou část.¹²⁶

Smrt je záhadná. Když zemřeme, nejsme již více a nemůžeme nic prožívat, nic se nás nedotýká, nic nás netrápí ani netěší. Smrt je událostí a stavem „zkušenostní prázdnoty“, definitivně uzavírá náš životní příběh a možnost jakékoli zkušenosti. Jak by tedy mohla být smrt špatná? Tuto otázku si položil již řecký filosof Epikúros (341–270 před Kristem), zakladatel jedné z velkých helénistických filosofických škol v Aténách. Ve svém *Listu Menoikeovi* píše:

¹²² Srov. BERNAT, J. The Biophilosophical Basis of the Whole-Brain Concept of Death. *Social Philosophy and Policy*. 2002, Vol. 19, s. 324–34; MACHADO, C. *Brain Death. A Reappraisal*. New York: Springer, 2007; GERVAIS, K. G. *Redefining Death*. New Haven – London: Yale University Press, 1986; YOUNGER, S. J. – ARNOLD, R. M. – SCHAPIRO, R. *The Definition of Death*. Baltimore – London: The John Hopkins University Press, 1999; LIZZA, J. P. *Persons, Humanity, and the Definition of Death*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 2006; ROSENBERG, J. F. *Thinking Clearly About Death*. 2nd edition. Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1983; WALTON, D. N. *On Defining Death. An Analytic Study of the Concept of Death in Philosophy and Medical Ethics*. Montreal: McGill-Quenn's University Press, 1979.

¹²³ ČERNÝ, D. – DOLEŽAL, A. – RUSINOVÁ, K. Biologické paradigma smrti: urgentní výzva pro lékařskou etiku 21. století. In: PTÁČEK, R., BARTŮNĚK, P. *Etické problémy medicíny na prahu 21. století*. Praha: Grada Publishing, 2014, s. 389–400.

¹²⁴ Srov. MORISON, R. S. Death: Process or Event? *Science* 998 (1971): 694–98; KASS, L. Death as an Event: A Commentary on Robert Morison. *Science*. 1971, Vol. 998, s. 698–702.

¹²⁵ Srov. FELDMAN, F. *Confrontations with the Reaper. A Philosophical Study of the Nature and Value of Death*. New York: Oxford University Press, 1992.

¹²⁶ SIDER, T. *Fourdimensionalism. An Ontology of Persistence and Time*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

Zvykej si dále na myšlenku, že smrt není vzhledem k nám ničím. Neboť veškeré dobro a zlo spočívá ve smyslovém vnímání; smrt pak je zbavením smyslové činnosti. [...] A tak nejobávanejší zlo, smrt, není vzhledem k nám ničím, protože když jsme tu my, není tu smrt, a když je tu smrt, nejsme tu již my. Netýká se tedy smrt ani živých, ani mrtvých, ježto se na ony nevztahuje a ti to již nejsou.¹²⁷

Z tohoto úryvku je zřejmé, že Epikúros zastával terminační tezi: smrt je pro nás ničím, protože když je tu smrt, my zde již nejsme. Spojíme-li to s jeho hédonismem spojujícím dobro a zlo se smyslovým vnímáním¹²⁸, je zřejmé, proč se domnívá, že smrt pro nás nemůže být špatná. Struktura jeho argumentu by mohla být následující (Argument 1):¹²⁹

1. Každý člověk v okamžiku smrti přestává existovat.
2. Platí-li (1), potom nikdo z nás nemůže po smrti cítit žádnou bolest.
3. Platí-li (1–2), potom nikdo z nás nemůže po smrti prožívat žádnou negativní zkušenost.
4. Platí-li (1–3), potom smrt nemůže být špatná pro toho, kdo je mrtvý.
5. Smrt tedy pro nás není špatná.

Epikúrov argument je svázaný s jeho teorií dobrého života, negativním hédonismem¹³⁰, snadno mu však můžeme dát podobu, která na nějaké konkrétní teorii welfare závislá není (Argument 2):

1. Každý člověk v okamžiku smrti přestává existovat.
2. Platí-li (1), potom smrt nemůže negativně (a pozitivně) ovlivnit kontury našeho welfare.
3. Pokud smrt nemůže negativně ovlivnit náš welfare, potom pro nás smrt nemůže být prudenciálně špatná.
4. Smrt tedy pro nás nemůže být prudenciálně špatná.

Welfarem zde rozumím dobrý život, to, jaký je život pro ty, kteří ho žijí. Prudenciálními hodnotami potom myslím hodnoty, které pozitivně či negativně ovlivňují náš dobrý život. Konečné hodnoty jsou prudenciální hodnoty, které ovlivňují welfare přímo,

¹²⁷ EPIKÚROS. List Menoikeovi. In: LAERTIOS, D. *Životy, názory a výroky proslulých filosofů*. Překl. Antonín Kolář. Pelhřimov: Nová tiskárna, 1995, s. 419.

¹²⁸ REALE, G. *Storia della filosofia greca e romana. Vol. 5: Cinismo, epicureismo e stoicismo*. Milano: Bompiani, 2004.

¹²⁹ FELDMAN, F. *Confrontations with the Reaper. A Philosophical Study of the Nature and Value of Death*. Op. Cit., s. 132. Pro podrobnou diskusi Epikúrova argumentu srov. také LI, J. *Can Death Be a Harm to the Person Who Dies?* Dordrecht: Springer, 2002, s. 11–31.

¹³⁰ Epikúros ho pregnantně vyjadřuje následujícími slovy: „Když tedy pravíme, že svrchovaným cílem je slast, nemíníme tím rozkoše prostopášníků ani rozkoše spočívajících v požitkářství, jak se domnívají lidé, kteří naše učení neznají a nesouhlasí s ním, nebo si je špatně vykládají, nýbrž stav, v němž člověk necítí bolest v těle ani neklid v duši. EPIKÚROS. List Menoikeovi. Op. Cit., s. 421.

nezprostředkovaně, zatímco instrumentální hodnoty jsou pro nás dobré či špatné zprostředkovaně, tím, že jsou součástí nějakého řetězce hodnot terminujících v nějaké finální hodnotě.¹³¹ Například podle hédonismu existuje pouze jedna jediná pozitivní prudenciální hodnota, potěšení, a pouze jedna jediná negativní prudenciální hodnota, bolest. Dobré jídlo, přátelství, sklenka vína, sportovní aktivita či zdraví jsou podle této koncepce dobrého života dobré tehdy a v té míře, v níž vedou k (terminují v) potěšení jako hodnotě finální.

Argument 1 a 2 se od sebe liší v tom, že první z nich je formulovaný v termínech konkrétní teorie welfare (hédonismu), zatímco druhý je na konkrétní interpretaci konečných prudenciálních hodnot nezávislý. Ve své diskusi se proto zaměřím na Argument 2. První premisa se zakládá na terminační tezi, kterou jsem bez diskuse přijal za svou. Druhá se zdá zřejmá: jestliže neexistujeme, potom není možné, aby nás život byl lepší či horší v závislosti na nějakých událostech či stavech ovlivňujících kontury dobrého života. Nesouhlasíme-li se závěrem argumentu (smrt pro nás nemůže být špatná), musíme se zaměřit na třetí premisu, které můžeme dát obecnější podobu (Premisa):

Pokud *X* nemůže negativně (pozitivně) ovlivnit náš welfare, potom pro nás *X* nemůže být špatné (dobré).

Pokusím se ukázat, že Premisa je chybná. Podívejme se nejdříve na příklad události, která je pro nás dobrá, třebaže naše welfare neovlivňuje: očkování. Očkování je jedním z nejdůležitějších výtoků moderní medicíny, který efektivně eliminoval některé vážné choroby (například pravé neštovice) a u jiných radikálním způsobem snížil jejich potenciál šířit se lidskou populací. Představme si, že se *X* dostaví na očkování proti nějaké nebezpečné chorobě. Můžeme předpokládat, že se *X* těší dobrému zdraví; ať již chápeme zdraví jako jeden z důležitých prvků welfare (v rámci nějaké objektivní teorie welfare) či jako instrumentální hodnotu (když jsme zdraví, nic nás nebolí a život je fyzicky příjemnější, případně může být dobrý zdravotní stav objektem splněné preference *X*). Očkování tedy žádným způsobem aktuálně nezmění welfare *X*; není pro něj bezprostředně dobré, ani špatné. Můžeme si dokonce představit, že *X* v pozeňnaném věku zemře, aniž by byl kdy vystaven patogenu, vůči němu byl očkován. Přesto bychom řekli, že očkování bylo pro *X* dobré, třebaže porušuje Premisu: je pro něj dobré, přesto jeho welfare pozitivně neovlivnilo v tom smyslu, že by změnilo jeho úroveň (např. z „dobrý život“ na „o něco lepší život“).

¹³¹ Srov. např. SUMNER, L. W. *Welfare, Happiness & Ethics*. Oxford: Clarendon Press, 1999; FLETCHER, G. *The Philosophy of Well-Being. An Introduction*. London – New York: Routledge, 2016; BRADLEY, B. *Well-Being*. Cambridge: Polity, 2015. Nechci se zde přiklánět k žádné straně sporu o povahu finálních hodnot, tj. zda se může jednat o hodnoty niterné. Budu proto hovořit pouze o finálních hodnotách, aniž bych dále specifikoval jejich povahu. Srov. ZIMMERMANN, M. J. *The Nature of Intrinsic Value*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2001; KRAUT, R. *Against Absolute Goodness*. New York: Oxford University Press, 2011.

Abychom pochopili, v jakém smyslu bylo očkování pro X dobré, musíme si pomoci aparátem možných světů, jež zde budeme chápat jako maximální konzistentní třídy faktů.¹³² Svět, jehož jsme součástí, nějakým způsobem přispívá k tomu, zda vedeme dobrý či špatný život, zda se náš život zlepšuje či zhoršuje, zda je lepší či horší než nějaký jiný život. Budu proto hovořit o hodnotě světa a budu se soustřeďovat pouze na konečné hodnoty.¹³³ Jako $G(S, W)$ budu označovat sumu konečných pozitivních hodnot ve světě W (aktuálním světě) pro subjekt S , $B(S, W)$ potom zastupuje sumu konečných negativních hodnot ve světě W pro subjekt S . Bližší určení těchto konečných hodnot přísluší konkrétním teoriím welfare (hédonismus, preferencialismus, teorie objektivního seznamu...), naše úvaha však je obecná a může od konkrétní specifikace konečných hodnot odhlížet.

Hodnota určitého světa (jak dobrý je náš život v daném světě) je potom jednoduše dána součtem všech pozitivních a negativních konečných hodnot pro S ve světě W :

$$IV(S) = G(S, W) + B(S, W)$$

Je-li hodnota $IV(S)$ kladná, tj. $G(S, W) > |B(S, W)|$ (hodnota $B(S, W)$ je záporná), potom je hodnota světa W pro S kladná; jeho život je dobrý. Čím je tato hodnota vyšší, tím je hodnota W pro S vyšší a život S je lepší. Naopak platí, že když bude hodnota $IV(S)$ záporná, tj. $G(S, W) < |B(S, W)|$, bude svět W pro S špatný a špatný tak bude i jeho život.

Chceme-li nyní určit hodnotu nějaké události e pro S , musíme kromě aktuálního světa W zvážit i možný svět W^* , který je světu W nejbližší a liší se pouze tím, že v něm nenastala událost e , tj. platí v něm *non-e*. Hodnotu této události dostaneme tak, že od sebe odečteme hodnoty těchto dvou světů – aktuálního, kde byl S očkovaný, a možného, kde S očkovaný nebyl a jeho zdraví tím nějak utrpělo. Jinými slovy, výsledná formule určující prudenciální hodnotu události e má následující podobu:

$$V(S, e) = IV(S, We) - IV(S, W^*non-e)$$

Opět platí, že je-li hodnota $V(E, e)$ větší než nula, tj. $IV(S, We) > IV(S, W^*non-e)$, je událost e pro S dobrá, zatímco je-li tato hodnota záporná, je e pro S špatná.

Pokusím se tento abstraktní výklad ilustrovat tím, že – pouze pro účely této ilustrace – přijmu hédonismus jako teorii dobrého života. Hédonismus má v dnešní době

¹³² FELDMAN, F. Some Puzzles About the Evil of Death. *Philosophical Review*. 1991, Vol. 100, No. 2, 205–227; LUPER, S. *The Philosophy of Death*. New York: Cambridge University Press, 2009.

¹³³ Nezapomínejme, že instrumentální hodnoty jsou pro nás dobré tehdy a v té míře, v níž terminují v nějaké hodnotě konečné; jejich hodnota je proto dána hodnotou konečnou, v níž terminují.

špatnou pověst a mnozí ho považují za dávno překonanou teorii, což je dle mého soudu do značné míry dáno tím, že se špatně chápe a zaměňuje se s jinými teoriemi či deskripcemi lidského chování, jež se také někdy označují za hédonismus. Dnes však má hédonismus jako teorie dobrého života celou řadu velmi sofistikovaných zastánců, mně však zde nejde o jeho obhajobu, ale pouze o ilustraci.¹³⁴ Jádrem hédonismu je specifikace pouze dvou konečných prudenciálních hodnot: pozitivní hodnotou je potěšení, negativní bolest či utrpení (v závislosti na tom, jak tyto pojmy budeme definovat). Všechny ostatní prudenciální hodnoty jsou instrumentální, jsou tedy dobré či špatné pouze tehdy a v té míře, v níž terminují v potěšení či bolesti.

Někteří zastánci hédonismu se pokoušejí potěšení a bolest kvantifikovat tím, že zavádějí jednotku potěšení a nazývají ji hédonem, analogicky zavádějí jednotku bolesti a pojmenovávají ji dolor.¹³⁵ Označíme-li si hédon jako H a dolor jako D , můžeme říci, že $|H| = |D|$, tj. absolutní hodnota hédonu je rovna absolutní hodnotě doloru, dolory však mají jako negativní hodnoty záporné znaménko. Nyní můžeme zavést pojem **hédono-dolorické balance**, HDB , jednoduchým vztahem:

$$HDB = H + D$$

Opět platí, že pokud je HDB kladná, tj. $|H| > |D|$, je život S dobrý, a čím je hodnota HDB vyšší, tím je jeho život lepší. Naopak zase platí, že když je hodnota HDB záporná, tj. $|H| < |D|$, je život S špatný; čím je záporná hodnota HDB větší, tím je život S horší.

Vrátíme-li se k předchozímu výkladu o očkování a možných světech, můžeme říci, že hodnota světa W je pro S dána jeho HDB , tj.

$$IV(S, W) = HDB(S, W) = H(S, W) + D(S, W),$$

hodnota události e je potom dána jednoduchým vztahem:

$$V(S, e) = IV(S, We) - IV(S, W^{*non-e}) = HDB(S, We) - HDB(S, W^{*non-e}).$$

¹³⁴ Srov. např. CRISP, R. *Reasons & the Good*. Oxford: Clarendon Press, 2006; TÄNNISJÖ, T. *Hedonistic Utilitarianism*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1998; DE LAZARARADEK, K. – SINGER, P. *The Point of View of the Universe. Sidgwick & Contemporary Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

¹³⁵ Srov. FELDMAN, F. *Pleasure and the Good Life. Concerning the Nature, Varieties, and Plausibility of Hedonism*. Oxford: Clarendon Press, 2004, s. 25–27; FELDMAN, F. *What Is This Thing Called Happiness*. New York: Oxford University Press, 2010, s. 24–25.

Tento příklad ukazuje, že nějaká událost e může být pro S dobrá i tehdy, když nijakým způsobem neovlivní welfare S . Může něco podobného platit pro špatnost? Podívejme se na následující scénář:¹³⁶

Šek:

Adam má bohatého strýčka, o jehož existenci nemá ani potuchy. Strýček mu těsně před svou smrtí pošle šek na velkou částku peněz, který se však cestou ztratí. Adam se nikdy nedozví, že měl strýčka, stejně tak nikdy nezjistí, že mu strýček poslal nějaké peníze.

Asi bychom řekli, že fakt, že Adam šek nedostal, je pro něj špatný, zároveň však musíme připustit, že jeho život se nijak nezměnil; ani pozitivně (nedostal peníze), ani negativně (nikdy se o tom nedozví). Tajemství špatnosti této události (neobdržení šeku) opět spočívá v tom, že si musíme představit dva možné světy, svět aktuální W , v němž Adam šek neobdržel, a možný svět W^* , v němž ho dostal. Budeme zde opět předpokládat platnost hédonismu a také to, že kdyby Adam šek dostal, jeho HDB by vzrostla, tj. obdržení peněz by pro něj mělo nějakou instrumentální hodnotu. Hodnota $V(S, e)$ – Adam šek neobdržel – je dána již známým vztahem:

$$V(S, e) = HDB(S, We) - HDB(S, W^*non-e)$$

Je jasné, že $|HDB(S, We)| < |HDB(S, W^*non-e)|$, takže výsledná hodnota $V(S, e)$ je záporná: to, že se šek někde cestou ztratil a Adam ho nikdy neobdržel, je pro něj špatné, třebaže jeho aktuální welfare ve W to nijak neovlivní.

Moderní zastánci Epikúrova argumentu se však nemusí ještě vzdávat. Připomeňme si znění Premisy:

Premisa: Pokud X nemůže negativně (pozitivně) ovlivnit náš welfare, potom pro nás X nemůže být špatné (dobré).

Důležitou částí Premisy je slovo „nemůže“: pokud X nemůže negativně (pozitivně) ovlivnit náš welfare, potom pro nás X nemůže být špatné (dobré). Když se ale podíváme se scénář Šek, zdá se, že skutečnost, že Adam šek neobdržel, sice jeho welfare nijak neovlivnila, přesto by tak učinit mohla, kdyby nastaly jiné podmínky (šek by se cestou neztratil). Jinými slovy, Adam musí existovat a musí být alespoň (v nějakém

¹³⁶ Inspiroval jsem se publikací BRADLEY, B. *Well-Being & Death*. Oxford: Clarendon Press, 2009, s. 48.

smyslu) možné, aby událost *X* do jeho život zasáhla. Je tedy třeba rozlišit dva odlišné významy Premisy, jeden z nich je silnější a druhý slabší:¹³⁷

Silná Premisa: Pokud *X* negativně (pozitivně) neovlivní náš welfare, potom pro nás *X* nemůže být špatné (dobré).

Slabá Premisa: Pokud *X* nemůže negativně (pozitivně) ovlivnit náš welfare, potom pro nás *X* nemůže být špatné (dobré).

Scénář Adam ukazuje, že je Silná Premisa chybná (i když událost *X* neovlivní Adamovo welfare, přesto pro něj byla špatná), není však v rozporu se Slabou Premisou, která postuluje slabší vztah mezi špatností události *X* a zkušeností (stačí, aby *X* mohla welfare ovlivnit), což samozřejmě předpokládá Adamovu existenci. Obě dvě verze Premisy jsou v rozporu s možností, aby smrt mohla být pro nás špatná, slabší verze se navíc zdá být v souladu s naší intuicí, že nedoručený šek byl pro Adama špatný.

Zastánci možnosti, že smrt pro nás může být špatná, však mají k dispozici dvě možné strategie popření dokonce i platnosti Slabé Premisy. První z nich se zakládá na slavných *Frankfurt-style Cases*, které jejich autor Harry Frankfurt využíval k prokázání faktu, že určitá osoba *S* může být morálně odpovědná za své jednání, i když alternativní možnosti jednání nejsou reálné.¹³⁸ Podívejme se na následující scénář:¹³⁹

Zkušenostní štít:

Adam má bohatého strýčka, o jehož existenci nemá ani potuchy. Strýček mu těsně před svou smrtí pošle šek na velkou částku peněz, který se však cestou ztratí. Adam se nikdy nedozví, že měl strýčka, stejně tak nikdy nezjistí, že mu strýček poslal nějaké peníze. Existuje totiž člověk, Tomáš, který pečlivě sleduje Adamův život a nijak do něj nezasahuje. Kdyby se však objevila možnost, že by Adam mohl zjistit, že mu strýček poslal šek a ten se cestou ztratil, Tomáš by zasáhl a zabránil by tomu. Tomáš tedy působí jako jakýsi *selektivní zkušenostní štít*: všechny zkušenosti nechává nedotčeny, zabránil však tomu, aby Adam mohl zakoušet cokoli, co se týká ztraceného šeku.

¹³⁷ Srov. SILVERSTEIN, H. S. The Evil of Death. *Journal of Philosophy*. 1980, Vol. 77, No. 7, s. 401–424; ROSENBAUM, S. E. How to be Death and Not Care: A Defense of Epicurus. *American Philosophical Quarterly*. 1986, Vol. 23, No. 2, s. 217–225.

¹³⁸ FRANKFURT, H. Alternate Possibilities and Moral Responsibility. *Journal of Philosophy*. 1969, Vol. 66, s. 829–839.

¹³⁹ FISCHER, J. M. *Death, Immortality, and Meaning in Life*. New York: Oxford University Press, 2020, s. 52–53.

Tento scénář ilustruje neplatnost Slabé Premisy: fakt, že Adam neobdržel šek, je pro něj špatný, třebaže platí, že i) tento fakt nijak neovlivnil Adamovo welfare, ii) *není možné*, aby Adamovo welfare nějak ovlivnil (zkušenostní štít).

Druhá strategie se inspiruje slavným článkem Thomase Nagela *Death*.¹⁴⁰ Podívejme se na následující scénář:

Mozková mrtvice:

Adam je spokojený mladý muž. Jednoho dne ho postihne vážná mozková mrtvice a Adam upadne do bezvědomí. Když se probere k životu, je jeho mozek vážně poškozený, inteligence výrazně snižená, tomu všemu navzdory je však Adam šťastný a spokojený, i když si svět kolem sebe rozumem příliš neuvědomuje.

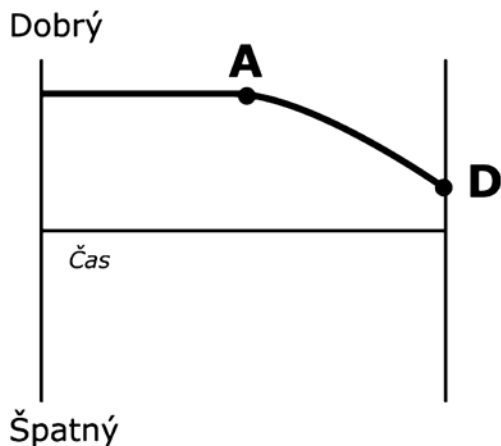
Tento scénář ukazuje, že něco (mozková mrtvice) může být pro člověka špatné, třebaže *není možné*, aby si špatnost nějakým způsobem uvědomoval. Jinými slovy, separuje od sebe špatnost nějaké události od požadavku na to, aby tato událost měla alespoň možnost zasáhnout do welfare prostřednictvím zkušenosti.

Oba dva scénáře by si zasloužily podrobnější diskusi, již se zde však nemohu věnovat. Přesvědčivě však dle mého soudu ukazují, že je Slabá Premisa neplatná: aby nějaká událost *X* mohla být špatná (dobrá) pro osobu *S*, není nutné, aby se *X* nějakým způsobem stala obsahem zkušenosti *S* a negativně (pozitivně) tak ovlivnila welfare *S*. Smrt, jak jsem napsal, je jakýmsi druhem „zkušenostní prázdnoty“; jsme-li mrtví, nic nemůže vstoupit a obsahově určovat naši zkušenost, přesto z toho neplyne, že by pro nás nemohla být smrt špatná. V následujících řádcích předložím teorii špatnosti smrti, která je známá jako **deprivační teorie špatnosti smrti**.¹⁴¹ Z ilustračních důvodů budu předpokládat platnost hédonismu, deprivační teorie však není závislá na konkrétní teorii welfare.

¹⁴⁰ NAGEL, T. *Death*. In: NAGEL, T. *Mortal Questions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, s. 1–10.

¹⁴¹ Důležitou kolekcí textů o metafyzice smrti jsou FISCHER, J. M. (ed.). *The Metaphysics of Death*. Stanford: Stanford University Press, 1993; LUPER, S. (ed.). *The Cambridge Companion to Life and Death*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014; BRADLEY, B. – FELDMAN, F. – JOHANSSON, J. (eds). *The Oxford Handbook of Philosophy of Death*. New York: Oxford University Press, 2015.

Podívejme se na následující obrázek:¹⁴²



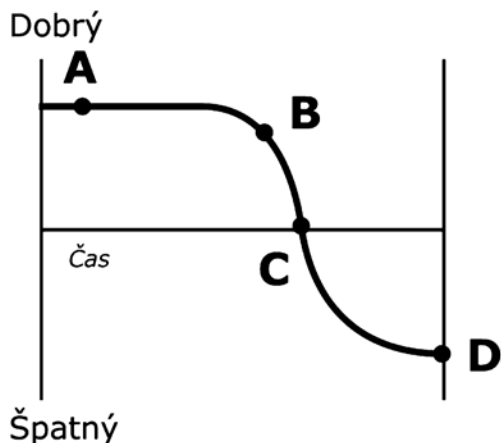
Obrázek zobrazuje vývoj *HDB* v čase pro osobu *S* od narození (počátek *P*) až do smrti (*D*). Jak si můžeme všimnout, život je pro *S* ve všech fázích její existence dobrý (jedná se proto o velkou idealizaci, která je ale pro účely ilustrace deprivačního pojetí špatnosti smrti neškodná) a relativně stabilní; v bodu *A* začíná „kvalita“ života (= jak je život pro *S* dobrý) *S* mírně klesat, ale ani jednou se neocitne v záporných hodnotách (pod křivkou *X*). Představme si, že *S* namísto v bodě *D* zemře v bodě *A*. Můžeme rozlišit dva světy: aktuální *W*, ve kterém *S* zemře v bodu *A*, žila tedy od bodu *P* do bodu *A*, a možný svět *W**, v němž žila z bodu *P* až do bodu *D*. Smrt v bodu *A*, označme si ji jako *e*, má pro *S* následující hodnotu:

$$V(S, e) = HDB(S, W_e) - HDB(S, W^{*non-e})$$

Bude tato hodnota kladná či záporná? Je zřejmé, že $HDB(S, W_e)$ je dána součtem (integrálem) HDB mezi body *P* a *A*, zatímco hodnotu $HDB(S, W^{*non-e})$ můžeme vyjádřit jako součet (integrál) HDB mezi *P* a *A* a současně mezi body *A* a *D*. Jinými slovy, hodnota $HDB(S, W^{*non-e})$ je vyšší než hodnota $HDB(S, W_e)$ a hodnota $V(S, e)$ bude tedy záporná. Platí tedy, že v bodu *A* připraví (deprivuje) smrt *S* o život, který je pro *S* dobrý; bude proto pro ni špatná a špatná bude v míře odpovídající součtu HDB mezi body *A* a *D*. Odtud pochází název této koncepce jako deprivační teorie špatnosti smrti: **smrt je pro nás špatná tehdy a v té míře, v níž nás připraví o dobrý život.**

¹⁴² Inspiroval jsem se výkladem a obrázky v KAGAN, S. *Death*. New Haven – London: Yale University Press, 2012, s. 327–344. Obrázky překreslila Alena Kučerová.

Podívejme se na další obrázek:



V tomto případě má křivka „dobroti“ života S poněkud jiný průběh: v okolí bodu B začne klesat a v bodu C protne osu X ; mezi body C a D je tedy život pro S špatný. Předpokládejme, že S zemře v libovolném bodu mezi C a D ; bude pro ni smrt špatná? Není nutné opět rozepisovat celou úvahu, z obrázku je zřejmé, že pokud by S zemřela např. v bodu X kdekoli mezi body C a D , připravila by ji smrt o úsek života (X, D) , který je pro S špatný. Z toho plyne, že deprivací pojetí špatnosti smrti není v rozporu s možností, že smrt pro nás může být dobrá; je dobrá právě tehdy, když nás deprivuje (připraví) o špatný život.

Deprivací teorie špatnosti smrti má jeden důležitý důsledek: představme si dvě osoby S_1 a S_2 a postulujme, že S_1 zemře ve dvaceti letech a S_2 v osmdesáti. Přijmeme-li určitou průměrnou délku lidského života a předpoklad, že lidské životy jsou více méně stejně dobré, potom z deprivací pojetí špatnosti smrti plyne, že smrt je pro S_1 horší (možná dokonce výrazně horší) než smrt S_2 . Nemusí tomu tak být vždy, nicméně bude to platit ve většině případů (odhlédneme tedy od možnosti, že život S_1 je ve skutečnosti velmi špatný a takový by do konce jeho života někdy kolem průměrného věku dožít zůstal).

Jsou-li mé úvahy korektní, potom smrt skutečně může být špatná, i když zde již neexistuje žádný subjekt, který by mohl špatnost smrti zakoušet. Podívejme se nyní na důsledky, jaké může tento závěr mít pro diskusi o diskriminaci na základě věku.

4 Etika v době pandemie

Epidemie a pandemie mohou představovat období, v nichž dochází k narušování života celé společnosti a velmi náročné a déletrvající nároky jsou kladeny zvláště (byť ne výlučně) na systémy veřejného zdraví, od praktických lékařů až po nemocniční zařízení.¹⁴³ Lékaři a zdravotnický personál se ocitají v první linii boje proti nebezpečnému patogenu, v případě současné pandemie viru SARS-CoV-2, jenž se do celého světa rozšířil z Číny. Právě v době vážných epidemií a pandemií se velmi názorně ukazuje, že volby, jež musí lékaři každodenně činit, nejsou založené pouze na vynikajících odborných znalostech, zkušenostech a postupech *lege artis*, ale také, a někdy dokonce primárně, na určitých hodnotových soudech.

Když se například lékař rozhoduje, zda zahájit umělou plicní ventilaci pacienta v situaci, kdy se o jeden přístroj uchází více kandidátů se stejným onemocněním a velmi podobnou prognózou, stávají se hodnotové soudy vodítkem, jenž jim umožňuje se v takové svízelné situaci racionálně rozhodnout. Hodnotové soudy navíc zajišťují, že lékařova volba není nahodilá, lze ji rozumově pochopit a analyzovat, je transparentní a dává lékařům možnost se morálně ospravedlnit v případě nesouhlasu. Nastane-li epidemie či pandemie nebezpečného patogenu, mohou být i velmi dobře fungující zdravotnické systémy zaskočeny mimořádně zvýšenou poptávkou po lékařských intervencích, lécích, vakcínách, lůžkách či speciálních přístrojích. Současnou pandemií viru SARS-CoV-2 charakterizuje v mnoha státech nedostatek ochranných pomůcek (ústěnky, respirátory, ochranné obleky), lůžek, zvláště na jednotkách intenzivní péče, a vzhledem k povaze onemocnění způsobeného tímto virem také plicních ventilátorů. Lékaři a zdravotnický personál se tak prakticky ze dne na den ocitají v situaci, kdy se jinak běžné intervence či přístroje stávají vzácnými zdroji. A právě v takovém okamžiku se vynořuje klíčová normativní (morální) otázka: jakým způsobem by se měly alokovat tyto vzácné zdroje?

Někteří autoři se zaměřují na jednotlivé lidské činy a určují podmínky jejich správnosti pouze v závislosti na tom, zda maximalizují nějak (např. v pojmech dobrého života či jeho kvality) definovaný užitek (utilitarismus činů). Jiní postupují velmi podobně, namísto jednotlivých činů si však kladou otázku, jaká etická pravidla by při dokonalé internalizaci společností přinesla nejvyšší užitek co největšímu počtu lidí (utilitarismus pravidel). Pro někoho nejsou nejdůležitější důsledky, ale určitá pravidla, často spojená se specifickou rolí (např. lékaře, zdravotní sestry, politika, manžela...; deontologie), nebo etické principy, z nichž je možné odvozovat specifické morální normy

¹⁴³ Tato část pochází z ČERNÝ, D. – DOLEŽAL, A. – DOLEŽAL, T. *Etická a právní východiska pro tvorbu doporučení k rozhodování o alokaci vzácných zdrojů při poskytování zdravotních služeb v rámci pandemie COVID-19* (dokument Kabinetu zdravotnického práva a bioetiky Ústavu státu a práva AV ČR z března 2020).

(principalismus). Další autoři se nezaměřují na důsledky či pravidla a normy, nýbrž na určité trvalé charakterové vlastnosti (ctnosti), kterými by měl disponovat a v jednání se řídit každý člověk (obecné „lidské“ ctnost) či každý reprezentant nějaké role (rodič, partner...) či povolání. Tyto teorie slouží k ospravedlňování konkrétních morálních norem, v praxi se však nejčastěji setkáváme s etickou teorií pocházející z Georgetownské univerzity v americkém Washingtonu, jež je známá jako principalismus.¹⁴⁴ Tato vlivná teorie vychází ze čtyř základních principů, jimiž jsou:

1. Princip beneficence;
2. Princip non-maleficence;
3. Princip férovosti;
4. Princip respektu k autonomii.

Princip beneficence v hodnotové rovině specifikuje finalitu lékařského povolání a jednotlivých intervencí: úmyslem lékaře by mělo být vždy a za všech okolností prospívat svému pacientovi.

Princip non-maleficence postuluje určitá omezení: lékaři jsou povinni respektovat pravidlo nepůsobit pacientům úmyslně újmu.

Princip férovosti stanovuje, že při alokaci preventivních či kurativních intervencí, lůžek či přístrojů je třeba ke všem pacientům přistupovat férově a nediskriminovat je na základě morálně irelevantních vlastností.

Konečně **princip respektu k autonomii** klade velký důraz na autonomní přání pacientů. Ideálem je dosažení implementace procesu sdíleného rozhodování, kdy ve hře nejsou pouze medicínská fakta, ale také hodnotový systém lékaře a pacienta, kteří se snaží společným dialogem dospět k rozhodnutí přijatelnému pro všechny zúčastněné strany.¹⁴⁵

Výše uvedené čtyři principy lékařské etiky jsou aplikovatelné (i když někdy s obtížemi) v běžných situacích, v případech vážných epidemií a pandemií, které výrazně postihují zdravotnický systém a vedou k tomu, že určité jindy běžně přístupné zdroje se stávají vzácnými, však musíme vycházet z poněkud jiných pravidel. Tím není řečeno, že tato pravidla jsou či musí být v rozporu se čtyřmi principy.

Svou zásadní platnost si zachovávají první dva principy – princip beneficence specifikující finalitu lékařských intervencí i v době krize vyvolané epidemií či pandemií

¹⁴⁴ Srov. např. BEAUCHAMP, T. L. – CHILDRESS, J. F. *Principles of Biomedical Ethics*. 4th edition. New York: Oxford University Press, 1994; GERT, B. – CULVER, Ch. M. – CLOUSER, K. D. *Bioethics. A Return to Fundamentals*. New York: Oxford University Press, 1997.

¹⁴⁵ Srov. např. BROCK, D. W. *Life and Death. Philosophical Essays in Biomedical Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

a princip non-maleficence zakazující úmyslné působení újmy. Rovněž princip férovosti zůstává v platnosti, třebaže je někdy nutné nově promýšlet způsob jeho praktické aplikace. Princip respektu k autonomii však poněkud ustupuje do pozadí, neboť vznik nutnosti alokace vzácných zdrojů může znamenat, že některé zdroje nebudou poskytnuty navzdory žádosti ze strany pacientů či jejich zástupců, u jiných zase může dojít k jejich odejmutí, třebaže s tím pacient či jeho zástupci nesouhlasí.

Nutnost rozhodovat se rychle také vyžaduje, aby byla specifikována konkrétní doporučení, jimiž je možné se řídit bez dlouhého promýšlení. Doporučení by měla být co nejkonkrétnější, jasná, dobře srozumitelná a aplikovatelná v praxi. Jejich existence není vyžadována pouze tím, že lékaři rozhodující se o tom, komu poskytnou vzácné zdroje, neopírají své soudy a závěry pouze o své odborné znalosti, zkušenosti a postupy *lege artis*, ale také o morální hodnoty. Ve hře jsou další důležité hodnoty, z nichž musíme zmínit především transparentnost zvolených procedur a na nich závisící důvěru.

Lékaři jsou morálně odpovědní za své volby, to kromě jiného znamená, že by je neměli přijímat nahodile, ale na základě racionálně zdůvodněných a srozumitelných principů. V době epidemie či pandemie navíc rozhodují o životě a smrti mnoha lidí, je tedy třeba upevnit důvěru společnosti v jejich rozhodování. To je možné pouze tehdy, budou-li se řídit transparentními a zdůvodněnými pravidly a doporučeními, která pacientům, jejich blízkým a celé společnosti umožní jejich volby pochopit navzdory jejich tragickému charakteru vynucenému kritickou situací.

Čtyři principy lékařské etiky je v době krize vyvolané epidemií či pandemií možné nahradit následujícími čtyřmi principy alokace vzácných zdrojů:¹⁴⁶

1. Princip maximalizace užitku dosažitelného přidělením vzácných zdrojů;
2. Férovost;
3. Podpora těch, kteří pomáhají druhým;
4. Přednost pro pacienty, kteří jsou na tom nejhůře.

První princip (maximalizace užitku dosažitelného prostřednictvím vzácných zdrojů) je nejdůležitější a můžeme ho chápat jako specifikaci principu beneficence pro případ nutnosti alokace vzácných zdrojů v době krize vyvolané epidemií či pandemií. Užitek je možné definovat více způsoby, například prostřednictvím počtu zachráněných životů či určením kvality a délky života pacientů po skončení terapie. V případě probíhající pandemie viru SARS-CoV-2 se jako nejvhodnější jeví definice užitku prostřednictvím počtu zachráněných životů. Nacházíme se v době krize a nutnosti rychlého

¹⁴⁶ Srov. EZEKIEL, J. M. et al. Fair Allocation of Scarce Medical Resources in the Time of Covid-19. *The New England Journal of Medicine*. 2020, Vol. 382, No. 21; TRUOG, R. D. et al. The Toughest Triage – Allocating Ventilators in a Pandemic. *The New England Journal of Medicine*. 2020, Vol. 382, No. 21; WHITE, D. B. – LO, B. A. A Framework for Rationing Ventilators and Critical Care Beds During the COVID-19 Pandemic. *JAMA*, Vol. 323, No. 18, 2020.

rozhodování, jež se týká velkého množství pacientů, není tedy možné zaměřovat se na kvalitu životů pacientů, jež závisí na celé řadě faktorů a jejíž určení vyžaduje čas a delší dialog s pacienty (či jejich zástupci).

První princip alokace vzácných zdrojů specifikuje první princip lékařské etiky v době krize, musí však být podroben i druhému principu, principu non-maleficence, který zapovídá úmyslné působení újmy. Zároveň však určuje, že mohou nastat případy, kdy pacient v nouzi nebude připojený na mechanickou plicní ventilaci (nezahájení léčby), či dokonce i to, že bude od plicní ventilace odpojený (ukončení léčby) a napojený bude pacient jiný s lepší prognózou. Jak jsme již řekli, v čase krize ustupuje princip respektu k autonomii a je tedy eticky přípustné nezahájit či ukončit léčbu bez pacientova souhlasu či dokonce jeho nesouhlasu navzdory, ovšem vždy v souladu s etickými pravidly alokace vzácných zdrojů.

Tyto postupy nelze chápat jako úmyslné působení újmy, zabití či jako eutanazii.¹⁴⁷

Druhý princip etiky alokace vzácných zdrojů ukládá povinnost férového přístupu ke všem pacientům. V případě alokace vzácných zdrojů někteří autoři upozorňují na to, že v době epidemie či pandemie princip „kdo dříve přijde, ten dostane vzácný zdroj“ nelze uplatňovat, neboť by to mohlo mít vážné důsledky, jako je srocování lidí v nemocnicích, diskriminace těch, kteří bydlí ve větší vzdálenosti od nemocnice, či poskytnutí léčby pacientům s horší prognózou na úkor těch s lepší, kteří však onemocněli později (což by bylo v rozporu s prvním principem).

Třetí princip etiky alokace vzácných zdrojů určuje další praktický způsob respektování principu prvního: přednost by měli dostat ti, kteří jsou klíčoví pro poskytování lékařské péče (když onemocní lékaři, nemohou léčit a bude umírat více lidí), či pro udržování základní struktury a fungování společnosti (policisté, hasiči...).

Konečně čtvrtý princip etiky alokace vzácných zdrojů stanoví, že přednost by měli dostávat ti, kteří jsou nejvíce nemocní, ale mají reálnou naději na přežití, nebo ti, kteří by v případě smrti prožili jen krátký život (mladí pacienti). Tento princip je ovšem třeba interpretovat ve světle předchozích pravidel; pokud je tedy prognóza vážněji nemocného pacienta špatná a ventilátor by zachránil život pacienta s lepší prognózou, měl by dostat tento pacient přednost.

¹⁴⁷ KUŘE, J. *Co je eutanazie. Studie k pojmu dobré smrti*. Praha: Academia, 2018; ČERNÝ, D. Co je to eutanazie? In: PTÁČEK, R., BARTŮNĚK, P. (eds). *Eutanazie – pro a proti*. Praha: Mladá fronta, 2019, s. 69–89.

Z těchto čtyř principů alokace vzácných zdrojů v době vážné epidemie či pandemie je možné odvodit následujících pět praktických doporučení, která shrnuje následující tabulka:

	Popis	Odůvodnění
1.	Maximalizujte užitek určený počtem zachráněných životů.	První princip etiky alokace vzácných zdrojů.
2.	V alokaci vzácných zdrojů zachovejte rovný přístup mezi pacienty s COVID-19 a ostatními chorobami.	Druhý princip etiky alokace vzácných zdrojů.
3.	Řiďte se s ohledem na povahu vzácného zdroje a změny vědeckého poznání. Např. v případě vakcín dejte přednost starším lidem, v případě plicní ventilace mladším.	První princip etiky alokace vzácných zdrojů.
4.	Při alokaci vzácných zdrojů spojených s COVID-19 (vakcíny, léky, intervence, přístroje) upřednostňujte zdravotnické pracovníky a ty, kteří jsou nezbytní pro fungování společnosti.	Třetí princip etiky alokace vzácných zdrojů, který konkretizuje aplikaci prvního principu.
5.	U pacientů ze stejné vulnerabilní skupiny a se stejnou prognózou rozhodujte losem.	Druhý princip etiky alokace vzácných zdrojů. Jiné formy rozhodování (<i>first-come, first-served</i>) mohou mít negativní důsledky.

Když jsme tato praktická doporučení zveřejnili, největší negativní ohlas mělo doporučení třetí, které navrhuje, aby věk hrál určitou roli při alokaci vzácných zdrojů. Toto doporučení totiž v mnoha lidech evokuje představu, že věk se tak stává kritériem diskriminace; mladší pacienti by měli dostávat přednost před těmi staršími, i kdyby to znamenalo, že těmto starším pacientům nebude poskytnuta život udržující léčba, jakou je mechanická plicní ventilace. Podívejte se proto na tento problém podrobněji.

5 Alokace vzácných zdrojů, věk a diskriminace

Podívejme se nejdříve na následující scénář, který popisuje událost za 2. světové války:¹⁴⁸

Alokace penicilínu:

V průběhu 2. světové války byl objevený penicilín, který měl potenciál zachraňovat dříve ztracené případy chorob a komplikací spojených s válečnými zraněními. Vzhledem k tomu, že se jednalo o nový lék, byl po nějakou dobu vzácným zdrojem; nebylo možné poskytnout ho všem. V jedné nemocnici museli lékaři čelit volbě: i) dát existující dávku penicilínu vojákům se zraněními z fronty, ii) dát tento lék vojákům, kteří se nakazili venerickou chorobou. Volba padla na vojáky s venerickou chorobou.

Tento scénář se zdá být paradigmatickým příkladem nespravedlivé diskriminace: zranění vojáci se vyznamenali na válečném poli, kde bojovali za svou vlast a svobodu, kdo jiný by si zasloužil adekvátní léčbu? Naproti tomu vojáci s venerickou chorobou si ji přivodili návštěvou vykřičeného domu, na níž nebylo nic záslužného ani hrdinského. Přesto lék dostali právě oni. Může být něco jasnějším příkladem diskriminace?

Myslím si, že tak jednoduché to není. Ve své definici diskriminace jsem zdůraznil, že vlastnost *P*, na jejímž základě určujeme nějakou skupinu, nemá žádný relevantní vztah s jednáním. Za normálních okolností je odmítání diskriminace spojeno s ideou rovnosti: všichni jsme si z morálního hlediska rovni, nikdo proto nesmí tuto rovnost porušovat nerovným přístupem. Někdy však platí, že vážné okolnosti přenášejí do popředí jinou důležitou hodnotu, která může získat architektonickou důležitost. V případě války je touto hodnotou dosažení míru co nejrychlejším a nejeфекtivnějším způsobem, který snižuje počty vojenských a civilních obětí. Vojeňští lékaři, zvažující, komu poskytnu léčbu penicilínem, měli tuto primární hodnotu válečných časů na paměti a rozhodli se, že ji budou respektovat tím, že budou léčit vojáky, kteří se brzy uzdraví a budou schopni se zapojit do válečného snažení o porážku nacistického režimu. Zdá se tedy, že měli dobré důvody ke své volbě – k tomu, že určité skupině vojáků dali přednost před jinou.

Nechci se zde přit o to, zda se jednalo o diskriminaci či ne, jen jsem chtěl upozornit na jednu důležitou skutečnost. Mohou nastat situace, kdy se tlakem události do popředí dostane nějaká hodnota, která by měla být v pozadí všech našich rozhodnutí (byť

¹⁴⁸ BAKER, R., STROSBER, M. Triage and Equality: An Historical Reassessment of Utilitarian Analyses of Triage. *Kennedy Institute of Ethics Journal*. 1992, Vol. 2, No. 2, s. 103–123, 104.

naše volby mohou být omezeny dalšími etickými principy). V době, kdy jsou nemocnice zahlceny pacienty ohroženými na životě, kdy jsou mnohé zdroje, včetně život zachraňujících intervencí, vzácnými a lékaři se musí rozhodovat rychle, je tímto principem princip alokace vzácných zdrojů v době pandemie: maximalizujte užitek daný počtem zachráněných životů. Nejedná se o utilitaristické pravidlo, protože klasické formy utilitarismu nekladou žádné další požadavky na distribuci pozitivního ani negativního užítu, zatímco v případě lékařské etiky v době pandemie zůstává v platnosti princip non-maleficence, zakazující úmyslné působení újmy.

Představme si následující situaci:

Věk jako kritérium alokace:

Lékaři čelí vážné pandemii, díky níž se mnohé zdroje (včetně jejich času) stávají vzácnými. Povaha pandemie je taková, že mnozí pacienti trpí vážnou dechovou insuficiencí a jejich přežití závisí na připojení na mechanickou plicní ventilaci. Ventilátory jsou však vzácným zdrojem, nemohou ho dostat všichni. Lékaři se proto rozhodnou, že pacienty v určité věkové skupině (řekněme od sedmdesáti let výše) nebudou ve svých dalších medicínských úvahách zvažovat a ventilátor jim neposkytnou.

Jedná se v tomto případě o diskriminaci na základě věku? Připomeňme si definici diskriminace:

Definice (přímá diskriminace). Jednání φ aktéra X představuje diskriminaci, jsou-li splněny následující podmínky:

1. X jedná s členy $\{P\}$ jinak než s členy $\{non-P\}$.
2. Členové $\{P\}$ jsou na tom v důsledku φ hůře:
 - a. Členové $\{P\}$ jsou připraveni o dobro D ;
 - b. Členové $\{P\}$ jsou na tom hůře než členové $\{non-P\}$.
3. Odlišnost jednání X vůči $a, b, c, \dots$ je dána tím, že $a, b, c, \dots$ mají vlastnost P .
4. Vlastnost P nemá žádnou relevantní souvislost s φ .

X zastupuje lékaře, P vlastnost „být starší než 70 let“, $\{P\}$ je tedy třída všech pacientů starších sedmdesáti let, $\{non-P\}$ třída všech pacientů mladších sedmdesáti let, konečně jednání φ může být „nepřidělení ventilátoru členům třídy $\{P\}$ “. Podívejme se nyní na jednotlivé prvky definice diskriminace, abychom ověřili, zda jednání X je diskriminační, či nikoli. Je zřejmé, že X jedná s členy $\{P\}$ jinak než s členy $\{non-P\}$; pouze pacienti mladší sedmdesáti let mají naději na přidělení ventilátoru. Současně také platí, že členové $\{P\}$ jsou na tom hůře, neboť jsou i) připraveni (není jim poskytnuto) o dobro D (ventilátor) a jsou proto na tom hůře než pacienti ze třídy $\{non-P\}$; pravděpodobně zemřou. Odlišnost jednání X vůči $a, b, c, \dots$ z $\{P\}$ se zakládá na tom, že $a, b, c, \dots$ mají vlastnost P . Zdá se tedy, že posouzení, zda je jednání X diskriminační, zbývá na zhodnocení posledního definičního znaku diskriminace.

Podobně jako v případě alokace penicilínu ve válečných časech hrál architektonickou roli mír a jeho efektivní a etické nastolení, v době pandemie vystupuje do popředí princip maximalizace užitku vyjádřený počtem zachráněných životů. Podívejme se na následující scénář:

Různá prognóza:

Lékař má dva pacienty, *A* a *B*, kteří se liší věkem; pacientovi *A* je dvacet let, tomu druhému je sedmdesát pět. Oba dva trpí vážnou dechovou insuficiencí a nutně potřebují plicní ventilátor, jinak zemřou. Pacient *A* trpí dalšími chorobami, zatímco *B* je jinak zcela zdravý, jejich prognóza po poskytnutí plicního ventilátoru však není stejná: *B* má větší naději na přežití než *A*. Lékař však *B* vůbec nezvažuje, protože je mu více než pětasedmdesát; ventilátor poskytne pacientovi *A*.

Domnívám se, že v takovém případě by se lékař dopustil diskriminace na základě věku. Je tomu tak proto, že ke svému jednání není dobré důvody související s vlastností *P* („být starší než sedmdesát let“) a ve vztahu k architektonickému principu alokace vzácných zdrojů. Jinými slovy, věk v tomto případě není vlastností, která určuje naději na přežití pacienta *B* ve srovnání s pacientem *A*. Pakliže tedy lékař pacientovi *B* ventilátor nepřidělí jen proto, že má vlastnost *P*, zpronevřuje se principu maximalizace užitku a jedná diskriminačně.

Někdo by mohl namítnout, že můj scénář je vzdálený klinické praxi a lékaři se do takové situace ve skutečnosti dostávat nebudou, neboť věk může výraznou měrou určovat naději na přežití po poskytnutí plicního ventilátoru. Myslím si ale, že je tato námitka chybná. I kdyby totiž byla pravda, že věk určuje naději na přežití, není jistě jediným faktorem a bylo by bláhové tvrdit, že žádný pacient ze skupiny $\{P\}$ nemá větší naději na přežití než některý pacient z třídy $\{non-P\}$. Pokud však lékaři automaticky vyloučí všechny pacienty s vlastností *P*, potom si předem uzavírají možnost posuzovat každý jednotlivý případ; a vylučují tak možnost zjistit, že nějaký mladší pacient z $\{non-P\}$ má menší naději na přežití než určitý pacient z $\{P\}$.

Lze tedy říci, že v případě vyloučení skupiny pacientů starších sedmdesáti let z úvah o tom, komu přidělit mechanickou plicní ventilaci, jsou splněny všechny čtyři znaky definice diskriminace; jedná se o případ diskriminace na základě věku, jež je v rozporu s principem maximalizace užitku v době pandemie vyjádřené počtem zachráněných životů.

Podívejme se nyní na následující scénář:

Stejná prognóza:

Lékař má dva pacienty, *A* a *B*, kteří se liší věkem; pacientovi *A* je dvacet let, tomu druhému je sedmdesát. Oba dva trpí vážnou dechovou insuficiencí a nutně

potřebují plicní ventilátor, jinak zemřou. Lékař odhaduje, že oba pacienti mají stejnou prognózu přežití při poskytnutí ventilátoru, bohužel má však k dispozici jen jeden jediný. Musí se proto rychle rozhodnout, zda ho přidělí pacientovi A, nebo B. Za kritérium své volby lékař zvolí věk a ventilátor přidělí mladšímu pacientovi.

Tento scénář se od předchozího liší jedním důležitým faktem: prognóza A a B je stejná, tj. oba mají šanci na přežití po poskytnutí mechanické plicní ventilace stejnou. Lékař tedy nedisponuje žádnými medicínskými důvody, jež by mu volbu umožnily, rozhoduje se proto na základě věku. Jedná se o diskriminaci?

Lékař má dvě možnosti: buď přidělí ventilátor pacientovi A, který bude žít, nebo ho přidělí pacientovi B; jen jeden z nich může ventilátor dostat a získat tak naději na přežití. Jak již víme, lékař se rozhodl dát přednost mladšímu pacientovi. Jedná tedy s A jinak než s B (pokud chceme, mohli bychom hovořit o třídách určených vlastností P , není to ale nutné), B je na tom hůře, neboť mu není poskytnuto určité dobro D – plicní ventilátor, je na tom také hůře než A, neboť A má naději na přežití, zatímco B pravděpodobně zemře. Diferencovaný přístup lékaře k jeho pacientům je daný vlastností P (věkem). Zdá se tedy, že první tři definiční znaky diskriminace jsou splněny.

Zkusme se ale nyní zamyslet nad tím, jaké důsledky by mělo nepřidělení ventilátoru jednotlivým pacientům. Oba dva pacienti se liší svým věkem, můžeme tedy využít deprivací konceptu špatnosti smrti a určit, v jaké míře by smrt byla pro oba pacienty špatná. Vzhledem k tomu, že pacientovi A je dvacet let, připravila by ho smrt o významný segment života a lze říci, že by pro něj byla velmi špatná. Pacient B je výrazně starší, smrt by ho proto připravila o kratší úsek života. Tím nevylučuji, že by pro něj nebyla špatná. Ve hře není rozhodnutí, zda by byla smrt pro A či B dobrá (takovou úvahu si lékař v dané situaci klást nemusí a dokonce nesmí), ani přesné určení toho, jak moc špatná by smrt pro A a B byla. K tomu, aby lékař dostal dostatečné normativní vodítko ke svému rozhodování, postačí, když může kvalifikovaně (tj. na základě věku) odhadnout, pro koho by smrt byla horší. Vzhledem k věkovému rozdílu mezi pacienty A a B lze říci, že by smrt byla pro A horší než pro B. Lékařova volba je tedy logická: rozhoduje se tak, aby způsobil co nejméně zla určeného mírou deprivace dober života smrtí.

Nicméně bylo by unáhlené, kdybychom již nyní dospěli k závěru, že se lékař ve scénáři *Stejná prognóza* nedopouští diskriminace. Vzpomeňme si, že když jsme analyzovali pojem diskriminace, dospěli jsme k přesvědčení, že při určování toho, zda je určité diferencované jednání diskriminační, neměli bychom brát v úvahu důsledky tohoto jednání, ale pouze dobro, které je rozdílným způsobem distribuováno. Představme si, že někdo tmavé barvy pleti dostane výpověď právě proto, že je jeho kůže zbarvená jinak. V zoufalství si vsadí sportku a vyhraje desítky miliónů korun. Kdybychom vzali v úvahu i nějak šířeji pojaté důsledky jednání (výpověď), museli bychom říci, že

výpověď pro něj vlastně byla dobrá: kdyby ji nedostal, nikdy by si nevsadil a nestal by se milionářem. V diskusi scénáře *Stejná prognóza* se však zdá, jako bych na tento poznatek zapomněl; smrt pacienta *A* či *B* je důsledkem nepřidělení dobra *D* (ventilátoru), zatímco my bychom se měli soustředit pouze na toto dobro.

Myslím si, že tato námitka je korektní. Deprivační pojetí špatnosti smrti musí tedy do naší úvahy vstupovat jinak. Jinými slovy, připouštím, že první tři definiční znaky definice diskriminace jsou ve scénáři *Stejná prognóza* splněny, přesto se pokusím ukázat, že se o diskriminaci nejedná. Jedinou možností je soustředit se na čtvrtý prvek definice diskriminace: vlastnost *P* nemá relevantní vztah k jednání. Na první pohled se zdá, že mezi *P* (věk) a (přidělení ventilátoru) žádný relevantní vztah neexistuje. To je ale omyl: věk zde můžeme chápat jako proměnnou, která v naší praktické úvaze zastupuje míru špatnosti smrti a umožňuje relevantní srovnání mezi jedinci lišícími se věkem. V tomto ohledu již jednání k vlastnosti *P* relevantní vztah má. Když lékař zvažuje, zda poskytnout ventilátor pacientovi *A*, nebo *B*, chápe věk jako prostředek určující mu odhadnout, pro koho z jeho pacientů bude smrt horší. Nemá k dispozici jiné – medicínské či normativní – nástroje, jak se rozhodnout, přesto se však nějak rozhodnout musí, jinak zemřou oba pacienti. I čas je v takové situaci vzácným zdrojem. Vzhledem k tomu, že smrt by pro *A* byla horší – s ohledem na velký věkový rozdíl dokonce výrazně horší – než pro pacienta *B*, je věk obou pacientů relevantní. Poskytuje lékaři dobré důvody k jednání, které jsou založeny na hodnotových soudech, mající jasnou relevanci k tomuto jednání. Myslím si proto, že se lékař ve scénáři *Stejná prognóza* diskriminace nedopouští.

6 Závěr

Jsou-li mé úvahy korektní, potom alokace vzácných zdrojů na základě věku někdy představuje diskriminaci, jindy zase ne. Faktorem určujícím, zda se jedná o diskriminaci, je vztah věku k jednání (alokaci) ve světle principu maximalizace počtu zachráněných životů. Je-li věk chápán jako faktor určující míru špatnosti smrti a komparativně jako rozdíl ve špatnosti smrti u dvou pacientů se stejnou prognózou přežití, potom rozhodnutí lékařů upřednostnit pacienta mladšího nepředstavuje přímou diskriminaci.

Summary

Winners and Losers: Legal and Ethical Problems of Contemporary “Coronacrisis”

The book presents theoretical and philosophical texts that all react to the crisis resulting from the pandemic of virus SARS-CoV-2 (“coronacrisis”) and therefore the book does not focus on the problems of Czech positive law (either constitutional or civil law) caused by the crisis. Authors (all of them researchers in the Institute of State and Law of the Czech Academy of Sciences) perceive the crisis basically from two different methodological perspectives – two opening essays of Michal Šejvl and Petr Agha are written from the point of view of critical theory, other texts of Tomáš Sobek, Jana Kokešová and David Černý use methods of analytical philosophy. The point that connects all texts is the decision-making in the competitive situations, i.e. situations when two standards cannot be fulfilled simultaneously, therefore one standard must be “winner” and the other “loser” (that explains the book title authored by Jana Kokešová). “Coronacrisis” created exactly this type of situation, when e.g. many human rights, many aspects of rule of law and liberal democracy or economic life had to be limited to protect human lives, many people are claiming compensations or satisfactions for those limits, many doctors have to decide, how to allocate scarce equipment to patients etc.

Opening essay of Michal Šejvl “Human Rights in the Contemporary Situation” uses concept of security as a context enabling to understand Czech “version” of “coronacrisis”, tries to grasp some problems connected with human rights protection “instruments” (especially proportionality “test”) and notices a paradoxical situation when human rights (usually understood as a protection of individuals vis-à-vis state) are in the crisis perceived as a source of “risk” for human lives, while state is perceived as a “savior” of human lives. This paradoxical situation is caused by an exceptional situation of crisis (and will probably disappear after crisis’ end), but Šejvl suspects that various techniques and instruments (especially “smart” instruments equipped by artificial intelligence) states and private actors have learnt to use during the crisis, will be used in future also in normal situations.

Petr Agha in his essay “Pharmakon” reflects the changes of liberal democracy in this crisis. He connects Derrida’s interpretation of the concept of “pharmakon” – meaning

“cure” and “poison” simultaneously – with Agamben’s concept of state of exception that has a clear tendency to become permanent to perceive the crisis not as an exceptional situation but as another “fissure” in the conception of liberal democracy. In this context there is a risk that the whole political regime of liberal democracy could be seen as non-functioning with potentially grave consequences. Agha put into question more than Šejvl that contemporary human rights protection “instruments” could be sufficient to deal with contemporary human rights problems.

The text of Tomáš Sobek “How Does it Feel to be Written Off” opens the second part of the book containing texts written from the perspective of analytical philosophy. The main topic of his text is the exploration of methods or “instruments” available to deal with competitive situations like “coronacrisis”. He uses two versions of contractualism (ex ante and ex post contractualisms) to examine how both versions deal with this kind of situations. He concludes that both versions of contractualism are problematic: They either accept solutions that are against our moral intuitions or solutions that are very close to utilitarianism (we wanted to avoid from the beginning). Sobek also focuses on the precautionary principle and concludes that it is very hard to adopt a kind of precautionary policy that takes into account conflicting individual interests of every individual. In the end the important aspect is not, who is on the “winning” or “losing” side, but the fact, that no individual interest must be ignored before decision-making process begins, no one must be “written off” from the beginning.

Jana Kokešová dedicates her text “Moral Claim to Financial Satisfaction” to the particular problem of whether entrepreneurs have a moral claim to financial satisfaction for the measures limiting their economic activity state has adopted in “coronacrisis”. Her perspective is Kantian and using trolley problem examples she concludes that entrepreneurs were not “instrumentalized” to protect high-risk groups (like elderly and ill people), because the pandemic did not “fell” only on the high-risk groups but on a polity as a whole body of citizens. That’s why entrepreneurs do not have a moral claim to damages (caused by state measures) but they have a claim to satisfaction based on the idea that relationship between them and their co-citizens must be “settled” or “reconciled”.

The book closes with David Černý’s very deeply elaborated text “The Allocation based of Age and Discrimination”. He offers an extensive justification of his opinion (he constantly held during “coronacrisis”, despite many critiques in media) that scarce equipment can be allocated on the age basis without being discriminatory, if it is not possible to save both patients and if both patients have the same prognosis of illness. The most problematic point in various definitions of discrimination is according to Černý the relevance of standard we use when we treat people differently. The standard cannot be established in an absolute and clear manner (contrary to what lawyers usually think) but depends on a theory of values we use. Černý justifies the standard

of wrongness of death and because this wrongness is different for a young patient in comparison to an old patient (with the same prognosis), allocation of a scarce medical equipment based on age is not discriminatory.

Jmenný rejstřík

Agamben, Giorgio 6, 16, 25, 26, 30–34
Agha, Petr 5, 6, 16
Alexy, Robert 20, 21

Beseler, Georg 14
Blackstone, William 41
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 25
Bodin, Jean 12

Cranston, Maurice 23

Černý, David 7, 8, 10, 22

Delamare, Nicolas 13
Delmas-Marty, Mireille 26
Derrida, Jacques 6, 31–33

Epikúros 65, 66, 70

Foucault, Michel 14, 31
Frankfurt, Harry 71

Gros, Frédéric 6, 12, 14, 26

Habermas, Jürgen 31
Hart, Herbert L.A. 54
Hayek, Friedrich August von 23
Hobbes, Thomas 12
Hoetzel, Jiří 13

Jellinek, Walter 16

Káčer, Marek 21
Kant, Immanuel 7, 13, 47

Machiavelli, Niccolò 12
Mayer, Otto 16
Merkel, Adolf 13, 16
Montesquieu, Charles Louis de 14
Muldoon, Ryan 42
Münich, Daniel 11

Nagel, Thomas 72

Ord, Toby 10

Peroutka, Ferdinand 12
Platón 31, 33
Pošvávř, Jaroslav 17

Rawls, John 7, 35

Scanlon, Thomas Michael 35, 36, 42
Seyssel, Claude de 13
Schmitt, Carl 22, 31
Skinner, Quentin 12
Sobek, Tomáš 7, 21, 27, 50
Suikkanen, Jussi 39

Šejvl, Michal 5, 6, 50

Zweig, Stefan 12

Věcný rejstřík

Agregace

- Interpersonální agregace 35, 36

Alokace vzácných zdrojů

- Principy alokace v době pandemie 77

Bezpečnost 6, 12–17, 26, 29, 30, 38

Bolest 35, 51, 62, 65–67, 69

Čtyřdimenzionalismus 65

Deprivační teorie špatnosti smrti 72–74, 83, 85

Diskriminace

- Definice 59–62, 64, 81, 82, 84
- Extenzionální 63
- Intenzionální 63
- Na základě věku 7, 8, 64, 74, 81–83
- Paradigmatické příklady 58, 60, 61, 80
- Znaky 61–63, 81–84

Dolor 69

Důstojnost

- Důstojný život 25

Efektivita 11, 16, 21, 26

Epikúrov argument 66, 70

Epistemická nejistota 11, 18–21, 40, 41

Excuse 49, 50, 52, 54

Expert

- Expertokracie 20, 30

Eutanazie 64, 78

Globalizace 6, 14, 28

Hédon 69

Hédonismus 62, 66–70, 72

Hédono-dolorická balance 69

Hodnota

- Hodnota události 68, 69
 - Hodnota světa 68, 69
- ## Hodnoty
- Instrumentální 62, 67–70
 - Konečné 62, 66, 67–69
 - Prudenciální 62, 66–69

Hranice 28–32

Karanténa 21, 23, 24, 30

Kantovství 7, 47

Kompenzace 5, 53

Kontrola 45, 46, 49, 50, 54

Kontraktualismus 7, 8, 35–38, 40–42

Konsekvencialismus 35

Liberální demokracie 5, 6, 8, 30, 33

Lidská práva

- Právo na život 20–22, 25
- Svoboda pohybu 6, 18–21, 25
- Svoboda shromažďování 6, 19–21, 25
- Právo na podnikání 19
- Právo na vzdělání 19

Možné světy 19, 68–70

Narovnání 8, 51–53

Očkování 37, 67–69

Odpovědnost 29, 45, 46, 49, 54, 55, 57

- Omluva 49, 51–53
- Ospravedlnění 49–52, 54
- Plicní ventilace 75, 78, 79, 81–83
- Podnikatel
 - Právo na podnikání 19
- Policie
 - Policejní opatření 6, 13, 16–19, 21, 23, 26
- Potěšení 35, 62, 67, 69
- Premisa
 - Silná premisa 71
 - Slabá premisa 71, 72
- Premisy
 - Faktické premisy 20
 - Normativní premisy 11
- Pozitivní závazky 22, 23
- Princip
 - Princip beneficence 76, 77
 - Princip férovosti 76, 77
 - Princip maximalizace užítku 77, 82
 - Princip non-maleficence 76–78, 81
 - Princip podpory těch, kteří pomáhají druhým 77
 - Princip přednosti pro pacienty, kteří jsou na tom nejhůře 77
 - Princip respektu k autonomii 76–78
- Principlismus 76
- Proporcionalita
 - Vhodnost 18, 19, 21
 - Potřebnost či nutnost 16, 18, 19, 21
 - Vyvažování (Proporcionalita v užším smyslu) 19, 20
- Předběžná opatrnost 7, 21, 22, 40–42
- Racionalita („Test“ rationality) 19
- Rasismus
 - Dispoziční rasismus 61
 - Rasismus v jednání 61
- Rovnost 21, 22, 59, 80
- Satisfakce 5, 7, 8, 45, 49, 52–57
- Scénář
 - Scénář alokace penicilínu 80, 82
 - Scénář horníci 38, 39
 - Scénář hromadné očkování 37
 - Scénář mozková mrtvice 72
 - Scénář různá prognóza 82
 - Scénář stejná prognóza 82, 83, 84
 - Scénář šek 70, 71, 72
 - Scénář věk jako kritérium alokace 81
 - Scénář zkušenostní štít 71, 72
- Smrt 37–39, 64–67, 71–74, 83, 84
- Stát
 - právní stát 13–18, 31–34
 - národní stát 28, 29, 32
- Terminální teze 65–67
- Trolley problém 46
- Újma 48–57
- Utilitarismus 7, 8, 75, 81
- Vážíci formule 20, 21
- Výjimečný stav 6, 16, 26, 29–34
- Výpověď 62–64, 83, 84
- Welfare 62, 66–72
- Zákonnost 16, 17, 22
- Zkušenostní prázdnota 65, 72