

Přednáška č. 5b

Osnova přednášky:

- a) Dokončení předchozí přednášky:
Interpretace a kritika Radbruchovy
formule.**
- b) Hledání cesty z krize právního
pozitivismu: (Fuller, Hart);**
- c) Význam Hartovy analytické
jurisprudence**

Zopakování: Co znamená Radbruchova formule?

Pozitivní právo (zákon) je platný a je nutné jej akceptovat i když je obsahově nespravedlivý nebo neúčelný – **první část formule** pokud však dochází uplatněním takového zákona k „**nesnesitelné míře nespravedlnosti**“ – **dochází k tomu, že takové právo:** se stává „nenáležitým právem“; důsledkem toho ztrácí platnost a na jeho místo nastupuje spravedlnost;

To znamená, že:

platnost a správnost zákona, odkazující se jen na jeho legalitu selhává, je příliš formální a v takové situaci je platnost zákona poměřována spravedlností, (morálními hodnotami, lidskými právy). Spravedlnost se zde stává podmínkou platnosti/správnosti práva a dostává přednost před právní jistotou.

Stručně: Tato formule požaduje retroaktivitu a jako podmínku platnosti pozitivního práva stanovuje spravedlnost.

Interpretace Radbruchovy formule.

- Radbruchova formule byla různě interpretována:
 - a) jednak jako renesance přirozeného práva; kdy se opět stala z přirozeného práva (morálky) podmínka platnosti zákona;
 - b) kritika z řad právních pozitivistů, kteří poukazovali na nebezpečí prolomení retroaktivity; popírají, že morální soudy jsou nutnou podmínkou pro potvrzení existence a platnosti práva.
 - c) **V 50. letech 20.století podrobil Radbruchovou formuli zásadní kritice H.L.A. Hart. (1907-1992), stoupenec tzv. analytické jurisprudence.**

Hart čerpal argumenty pro kritiku Radbruchovy

formule z tzv. Bamberského případu:

V roce 1944 jedna žena ve snaze zbavit se svého manžela, uvedla před úřady, že když přišel z fronty na dovolenou, říkal urážlivé poznámky o Hitlerovi. Takové jednání bylo v tehdejší Německu v rozporu s říšskými zákony z roku 1934.

Muž byl na základě manželčina udání uvězněn a odsouzen k trestu smrti. Popraven však nebyl a v rámci podmínky jej poslali na front. Po válce byla žena za tento čin obžalovaná ze zapříčinění protiprávního zbavování svobody. Soud se odkázal na německý trestní zákoník z roku 1871, dle kterého bylo takové jednání trestným činem.

Žena se hájila tím, že ona jednala podle zákona, který tehdy platil. Bamberský soud ji uznal za vinnou. Soud zaujal stanovisko, že její udání bylo protiprávní, protože se „prohřešilo proti pocitu správnosti a spravedlnosti všech slušně uvažujících.“

Hart si klade otázku:

- „*Stojíme-li před morálně zvrácenými požadavky, v jakém smyslu je lepší říci „Tohle není v žádném případě zákon“ místo prohlásit „Tohle je zákon, ale je příliš zvrácený na to, aby byl dodržován nebo aplikován“?*
- „*Stejně tak můžeme narazit na otázku, kterou řešily německé poválečné soudy: Máme potrestat toho, kdo prováděl z morálního hlediska špatné věci, když je dovozovala tehdy platná morálně zvrácená pravidla? Tyto otázky vyvolávají velmi odlišné problémy morálky a spravedlnosti, o nichž musíme uvažovat zcela odděleně. Není možné je vyřešit tak, že jednou provždy odmítneme uznat morálně špatné zákony jako platné, at' už je jejich účel jakýkoli...“*
- Viz k tomu více HART, H.L.A. *Pojem práva*. Praha: Prostor 2004, s. 205-209.

Hartova kritika Radbruchovy formule:

Jako pozitivista odmítá zneplatnění zákona odkazem na morálku a odmítá retroaktivitu - považuje ji za zásadní porušení právní jistoty;

Vyrovnání se s minulostí je pro něj rozhodování se mezi dvěma zly:

první zlo představuje prolomení právní jistoty a

druhé zlo je zlo spáchaných zločinů.

- Hart se táže, zda je lepší říct: „Tohle není v žádném případě zákon,“ nebo říct: „Tohle je sice zákon, ale je příliš zvrácený na to, aby byl dodržován a aplikován.“ ... z toho neplyne, že to není platné právní pravidlo... Hart vyzývá k neposlušnosti, k odmítnutí se podřít nemorálním zákonům;
Pro Harta je to spíše morální problém.

Hart odlišuje neplatnost práva od jeho nemorálnosti; řešení nevidí v popření platnosti nemorálního práva odkazem na přirozené právo, resp. morálku;

- Zároveň si uvědomuje problém uplatnění „nemorálního práva“ ;

řešení této otázky ale ponechává na morální volbě jedince; rozhodování přesouvá „na bedra občanů“, na jejich občanskou neposlušnost;

- Jako stoupenec právního pozitivizmu se domnívá, že platnost pravidla je odvozena jen ze vztahu k jinému pravidlu.

Třídu platných zákonů nedostaneme vyloučením toho, co je z morálního hlediska špatné, ale jen srovnáním dvou platných pravidel.

Hart odmítá testovat platnost právních norem morálkou.

Kritika Radbruchovy formule

(jak stoupeni tak odpurci pravního pozitivismu)

- vágnost významu „nesnesitelná míra nespravedlnosti“ jako hranice nemorálnosti a nehumánnosti práva – (Radbruch mluví později dokonce o hrozném, strašném nespravedlnosti;)
- váže se jen na situace, které jsou označeny za nesnesitelné, katastrofické a to omezuje její použití jen na totalitní režimy;
- nepřipustnost retroaktivity, nepřipustné prolomení právní jistoty;
- skutečnost, že Radbruch zaměnil právní pozitivismus za formalismus; resp. ztotožnil je.

Právní pozitivismus není právní formalismus

- Dle Radbrucha je maxima, že zákon je zákon, a proto se musí bezvýjimečně dodržovat, základní zásadou právního pozitivismu.
- Výsledkem této maximy podle něj bylo, že němečtí právníci zůstali bezbranní proti „zákonnému bezpráví“.
- Radbruch učinil mylný závěr, že nacistické právo bylo umožněno právním pozitivismem, respektive, že bylo pozitivistické.
- Radbruchovo pojetí pozitivismu odpovídá dnešnímu formalismu, který konec konců kritizoval i Kelsen, nikoli dnešnímu pozitivismu.

K čemu je Radbruchova formule?

Radbruchova formule je prakticky k ničemu:

- **pokud je společnost v dobré morální kondici, je tato formule zbytečná;**
- **pokud společnost prochází morální krizí, tak ji formule neochrání před zneužitím práva – soudci díky ní ignorují platné zákony, neboť nejsou v souladu se společenskou morálkou, byť je tato morálka zvrácená.**

Oživení diskuse o Radbruchově formuli : Berlínská zeď

- V letech 1949-1961 uprchlo zhruba dva a půl milionu Němců z Německé demokratické republiky (NDR) do Spolkové republiky Německo (SRN). Aby NDR zadržela neustávající proud uprchlíků, vybudovala dne 13. 8. 1961 berlínskou zeď a posílila bezpečnostní opatření podél hranice mezi oběma státy, zejména tím, že na ni umístila protipěchotní miny a systémy automatické palby (Selbstschussanlagen). Mnoho osob, které se následně pokusily o překročení hranice, aby se dostaly na Západ, bylo usmrceno buď těmito zbraněmi nebo střelbou východoněmeckých pohraničníků

Rozsudek ve věci „Berlínská zed’“.

- Berlínský Zemský soud obvinil a odsoudil čtyři osoby (tři funkcionáře a jednoho pohraničnicka), že jsou odpovědni za smrt sedmi mladých lidí, kteří se pokusili v letech 1971-1989 uprchnout z NDR.
- Pohraničnick byl konkrétně obviněn ze smrti jednoho občana NDR, který se pokusil přeplavat do západního Berlína.

Argumenty Zemského soudu:

- Zemský soud konstatoval, že: „... praxe východoněmeckých státních orgánů vědomě vybočovala ze znění zákona, písemných rozkazů a služebních instrukcí ustanovení o používání střelných zbraní byla ignorována. Pro pohraničnický nebylo důležité psané právo, nýbrž to, co jim bylo předáno v průběhu výuky politickými školiteli a v průběhu jejich každodenní služby.“
- Podle soudu tato státní praxe **flagrantním a nepřijatelným způsobem porušovala „...elementární zásady spravedlnosti a mezinárodní ochranu lidských práv“**. Následně soud aplikoval trestní právo SRN, mírnější než právo NDR, a odsoudil stěžovatele za podněcování k zabití .
- Spolkový soudní dvůr dále poznamenal, že § 27 odst. 2 zákona o hranici a jeho interpretace režimem NDR **flagrantním způsobem porušovaly lidská práva a zejména právo na svobodu pohybu a právo na život, zakotvené v Mezinárodním paktu o občanských a politických právech, který byl NDR ratifikován v roce 1974.**

- Stěžovatelé podali v září 1994 ústavní stížnost:
- Podle nich bylo jejich jednání ospravedlněno tehdy platným právem NDR a neměli by být trestně stíháni; pohraničnický vykonávající službu se hájil tím, že vykonával rozkazy;
- Odlišná interpretace provedená a posteriori Spolkovým soudním dvorem podle jejich názoru porušila zásadu ne-retroaktivity trestních zákonů a čl. 103 odst. 2 Základního zákona (Radbruchova formule).
- Stěžovatelé dále tvrdili, že v SRN existují ustanovení podobná § 27 zákona NDR o hranici, že každý stát omezuje právo na život, když jde o pronásledování delikventů. V tomto ohledu poukázali na čl. 2 odst. 2 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Dovolávali se rovněž čl. 7 odst. 2 této Úmluvy.
- K čl. 7 odst. 1 Úmluvy: *"Nikdo nesmí být souzen za jednání nebo opomenutí, které v době, kdy bylo spácháno, nebylo podle vnitrostátního nebo mezinárodního práva trestným činem. Rovněž nesmí být uložen trest přísnější, než jaký bylo možno uložit v době spáchání trestného činu."*
- Spolkový ústavní soud v roce 1996 stížnosti zamítl.

Rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva:

- Soud konstatoval, že mu nepřísluší, aby se vyslovoval k trestní odpovědnosti jednotlivých stěžovatelů, protože takové posouzení náleží na prvním místě vnitrostátním soudním orgánům, nýbrž aby z hlediska čl. 7 odst. 1 Úmluvy přezkoumal, zda skutky stěžovatelů v době, kdy byly spáchány, představovaly trestné činy definované dostatečně přístupně a předvídatelně právem NDR nebo mezinárodním právem.
- V tomto ohledu Soud poznamenává, že zvláštnost projednávané věci spočívá v tom, že spadá do rámce následnictví dvou států řídicích se různými právními systémy a že po znovu sjednocení Německa soudní orgány odsoudily stěžovatele za činy, jichž se dopustili jako vedoucí představitelé NDR, resp. jako pohraničnick NDR.

Alexyho hodnocení případu

- Rozsudek ve věci tzv. Berlínské zdi je sice uváděn jako příklad aplikace Radbruchovy formule v praxi, ovšem ve skutečnosti byla tato formule uvedena pouze jako podpůrný argument a pohraničníci byli odsouzeni na základě toho, že jejich čin byl trestný i podle tehdejšího práva: **Soudy argumentovaly tím, že výklad zákona o státní hranici byl nesprávný, protože nerespektoval lidská práva, obsažená v Mezinárodním paktu o občanských, politických a kulturních právech z roku 1966, kterým byla tehdejší NDR vázána.**
- **Německý právní filozof Robert Alexy v této souvislosti dodává, že soud stál před trilematem:**
- **bud' ponechat zločin nepotrestaný (právní jistota);**
- **nebo otevřeně uplatnit retroaktivitu (Radbruchova formule),**
- **nebo použít „právní gymnastiku“ a dovést porušení tehdejších právních předpisů.**
- **Soud nakonec zvolil třetí možnost. Možná by bylo férovější, kdyby soud otevřeně řekl, že pohraničníci byli odsouzeni na základě morálky a nikoli na základě práva. Odsoudit je na základě vyumělkované právní konstrukce je dle Alexyho trapným předstíráním spravedlnosti.**

B) Hledání východisek z krize právního pozitivismu.

Radbruchova formule a její kritika postavila právní teorii a filozofii před následující otázky:

Opět byla otevřena otázka: Co je podstatným znakem pojmu právo, resp. pozitivního práva a co má být jeho smyslem-účelem?

Tato otázka formoval právně filosofické a teoretické myšlení ve druhé polovině 20. století:

Další otázky:

- Zda má být platnost zásadním znakem pojmu právo?
- Zda funkci podmínky platnosti/správnosti práva má plnit přirozené právo, resp. morálka?
- Zda je nutný vztah práva a morálky; resp. jak překlenout „odtrženost“ práva a morálky, Sollen od Sein?

Kritika právního pozitivismu ve druhé polovině 20. století

- Ve druhé polovině 20. století byl právní pozitivismus jako směr a způsob právního myšlení podroben vlně další kritiky.
- Pro lepší orientaci bychom tuto kritiku mohli rozdělit na **kritiku vedenou „zevnitř“ a kritiku vedenou „zvnějšku“**.

Kritika zevnitř: O překonání slabin klasického právního pozitivismu (imperativní jurisprudence a také Ryzí nauky právní) usilují i samotní stoupenci právního pozitivismu. Z takové kritiky vzešla i **Hartova analytická jurisprudence**.

Kritika zvnějšku:

několik přístupů, všechny mají jedno společné, chtějí otupit dominantnost právně-pozitivistického myšlení a prokázat, že je možný i jiný **„ne-pozitivistický či non-pozitivistický koncept pozitivního práva“**.

Za non-pozitivisty jsou považováni *R. Dworkin, J. Finnis, R. Alexy a jiní*.

Zjednodušeně řečeno, kritizují právní pozitivismus, ale neodmítají pozitivní právo.

Od tzv. inkluzivních pozitivistů se odlišují tím, že vztah mezi právem a morálkou považují za nutný či nevyhnutelný, nikoliv jen možný.

Fullerovo řešení.

- Významný právní teoretik a filozof **Lon L. Fuller (1902-1978)**
- Od roku 1939 až do roku 1972 působil jako profesor na Harvard Law School.
- Jeho zásadní dílo *Morálka práva* vyšlo poprvé v roce 1969 (česky 1998).

Vnitřní a vnější morálka podle Fullera

- Fuller rozlišuje tzv. vnitřní a vnější morálku práva.
- Do vnější morálky práva patří například princip slušnosti; kdy uplatnění práva sleduje tento (morální) cíl;
- Fuller, ale chce prokázat, že právu je vlastní i „vnitřní morálka“ ;
- Pro lepší představu toho, co je tou „vnitřní morálkou“ uvádí příběh panovníka, který se dopustil řady chyb při tvorbě zákonů.

Vnitřní morálka práva:

Návrh na systém pravidel, které budou garantovat „morální silu“ práva: Tyto pravidla jsou odvozeny z negace chyb, kterých se dopouští fiktivní panovník Rex ve své zákonodárné činnosti:

- 1) neschopnost vůbec dospět k pravidlům;
- 2) neschopnost zveřejnit nebo vůbec zpřístupnit pravidla, která se mají dodržovat;
- 3) zneužití retroaktivního zákonodárství, které nejen nemůže být vodítkem jednání, nýbrž podkopává i integritu pravidel působících do budoucna, protože se vystavují hrozbě, že bude retroaktivně změněna;
- 4) neschopnost vytvořit srozumitelná pravidla;
- 5) pravidla, která si odporují;
- 6) pravidla vyžadující chování, jehož ten, na koho se vztahují, není schopen splnit ;
- 7) tak časté změny pravidel, že se podle nich nelze orientovat;
- 8) neshoda mezi vyhlášenými pravidly a jejich uplatňováním v praxi.

Lze vnitřní morálku práva považovat za přirozené právo?

- Fuller se ptá, zda principy (8 zásad), které vyložil jsou druhem přirozeného práva?
- Odpovídá si, že ano. Zároveň zdůrazňuje, že se nejedná o hmotné přirozené právo, ale spíše „procedurální“ pojetí;
- Stručně řečeno, přirozenost uvedených principů odvozuje z faktu, že každá činnost a tedy i tvorba zákonů se řídí vlastními (přirozenými) zákony- principy;
- Vnitřní morálka práva je podle něj spíše morálkou aspirace, která usiluje o dobrý život;
- Fullerovo pojetí technik či pravidel tvorby zákona představuje formu formalismu, kdy forma otevřeně sleduje účel určité činnosti, tím účelem má být to, aby daná činnost byla úspěšná;
- Kritici Fullera se ptali, co bude kritériem tohoto úspěchu?
- Jeho odpověď může znít celkem překvapivě; tím kritériem bude to, že právo ve všech svých oblastech nesmí **ztratit obraz člověka jako svobodné bytosti.**
- **Jinými slovy, formální vlastnosti práva předvídatelnost, transparentnost a určitost mohou být uplatněny jako jeho znaky jen za podmínky, pokud nezasáhnou do autonomie člověka.**