

Přednáška č.6

Kritika právního formalismu a Radbruchova formule.

Osnova přednášky

a) Co je právní formalismus?

b) Radbruchova kritika právního pozitivismu

c) Případy uplatnění Radbruchovy formule a její kritika

Forma a obsah



- Dvě základní filozofické kategorie, které označují dvě stránky každé skutečnosti (věci, jevu...):
- **obsah** jako souhrn částí, vlastností, prvků, vztahů atd...
- **forma** je způsob existence obsahu

- Platí, že neexistuje obsah bez formy a forma bez obsahu... obsah je vždy formovaný a forma by měla vždy odpovídat nějakému obsahu...
- Nelze přeceňovat a absolutizovat ani jednu stránku skutečnosti- ani obsah a ani jen formu...

A) Co je to formalismus a formální?



Formalismus (z latinského *formalis-tvarový*) obecně označuje:

- a) **způsob (metodu) myšlení**; který vede k tomu, že poznávání se klade důraz na formu, tvar, podobu či formální podmínky; obsah jako takový není předmětem poznávání;
- b) **formu racionality**; není jen způsobem myšlení (poznávání), ale i rozhodování a jednání, kdy je nutné dodržovat či postupovat podle formálních požadavků (pravidel);
- c) **směr v některých vědách jako např.** v matematice, (matematický formalismus), lingvistice nebo estetice.

„Není formalismus jako formalismus“

- V běžné jazyce je slovu **formalismus** často připisován pejorativní (negativní) význam. Takto negativně je hodnocen přístup, který jednostranně zdůrazňuje jen formální znaky bez ohledu na jejich obsah.
- *Proto je nutné rozlišovat, mezi formalismem jako legitimním způsobem myšlení a nutnou formou racionality, která činí z lidského jednání „hru podle pravidel“; (konstitutivní význam);*
- *nekritickým lpění na formě a formalitách, mechanickým a bezúčelným uplatňováním pravidel a požadavků k jejich plnění, apod.; (destruktivní význam).*

Uvedený příklad celkem vhodně demonstruje, jak funguje vztah obsahu a formy a jaké funkce může forma plnit.



- **„Drahý Theo!**

Což se mnou život nikdy nebude zacházet slušně? Tonu v zoufalství. V hlavě mi buší! Paní Schwimmerová mě žaluje, protože jsem jí udělal můstek, jak jsem to cítil, a ne tak, aby se hodil do těch jejích směšných úst! Ano! Nemůžu pracovat na objednávku jako obyčejný řemeslník! Dospěl jsem k názoru, že její můstek musí být obrovský a zvlněný, plný divokých, explozivních zubů, vyrážejících všemi směry jako plamenné jazyky! A paní Schwimmerová se rozčiluje, že jí můstek nepadne do úst! Je tak pitomě bosácká, že bych ji nejraději jednu vrazil! Pokusil jsem se jí tam vsadit protézu, ale trčí ven jako křišťálový lustr.

Přesto mi připadá nádherná. A paní Schwimmerová tvrdí, že nemůže kousat! Co je mi do toho, jestli může kousat nebo ne! Theo, já už to takhle moc dlouho nevydržím! (...) Co mám dělat? Vincent.“

- Jedná se o ukázkou od Woody Allena, „Kdyby byli impresionisté dentisty“.

Abychom porozuměli tomu, co je právní formalismus, je potřebné se zbavit těchto dvou předsudků:



- ⊙ Dnes je právní formalismus často chápán jen jako **pejorativní označení**, především takového právního myšlení a právní praxe, **která je ve své interpretaci zákona hodnotově necitlivá a stupidní (stupidita není nadávka ale klasifikace nerozumnosti, nekritičnosti, omylu, ztráty reflexe atd...)**.
- ⊙ Druhý předsudek souvisí s tím, že se má za to, že zdrojem takového formalismu je právní pozitivismus svým požadavkem oddělení práva od morálky; to je často jednostranně interpretováno jako „zdroj“ hodnotově necitlivého formalismu.
- ⊙ **Otázka právního formalismu je ale složitější!**

Upozornění!



- **Formalismus je legitimní způsob myšlení, který tvoří jádro právního myšlení;**
- **Každý právník je mandatorní formalista.**
- **Budeme rozlišovat mezi jeho konstitutivní funkcí (mandatorní formalismus)**
- **a jeho jednostranným, nekritickým uplatněním, lpěním na formě či formálních znacích nebo pouze logických souvislostech atd..**

Znaky právně formalistického myšlení:



1. Věnuje pozornost správnosti (zákonné) formy práva a jejich projevů;
(viz Kelsenovo přesvědčení, že forma plní vůči obsahu konstitutivní funkci)

Zabývá se pouze platnou formou právního předpisu a institucionálního a procesního rámce, který lze naplnit různým obsahem

Vychází z přesvědčení, že správná forma bude vždy naplněná správným obsahem; **právní formalismus je hodnotově neutrální;**

2. tázání je vedeno otázkami: „Co je právní a jakou má formu? tzn., jaká forma činí právo právem? Proč je legalita (zákonnost) neodmyslitelnou formou práva? atd.,

3. dbá na logicko - gramatickou (jazykovou) správnost; tuto kompetenci používá k objasnění významu právních pojmů;

Čtyři teze, které definují právní formalismus



Někteří autoři vymezují juristický formalismus prostřednictvím čtyř tezí:

legalismus; zákon hraje primární roli jako pramen práva, je tvořen zákonodárcem nikoli soudcem;

teze právní determinovanosti; úkolem soudce je nalézt v každém souzeném případě jedinou právně správnou odpověď;

teze právního systému; právo není prostým souhrnem norem ale vždy smysluplně uspořádaným systémem;

teze právního rozhodování; úkolem soudců je podle práva rozhodovat, nikoli právo opravovat.

A2) Příklad přepjatého právního formalismu, důsledkem lpění na formě za každou cenu:



Příklad Ústavních stížností z roku 1996:

ÚS posuzoval případ, kdy v přihlášce k registraci měli všichni kandidáti do Senátu vyplnit rovněž rodné číslo. Toto číslo obsahuje datum narození a tři další číslice pro osoby narozené do roku 1954, resp. čtyři další číslice pro osoby narozené po roce 1954.

První ze stěžovatelů měl vyplnit tři číslice-060, ale nenapsal poslední nulu.

Druhý měl uvést také tři čísla - 347, ale ve formuláři před ně napsal nulu 0347, protože tam byla čtyři místa. Z tohoto a jen z tohoto důvodu byla odmítnutá kandidatura obou kandidátů do Senátu, nejdříve Ústřední volební komisí a pak i Nejvyšším soudem.

Ústavní soud konstatoval:



„jde o přepjatý formalismus, jehož důsledkem je sofistickované zdůvodňování zjevné nespravedlnosti nebo nepřihlédnutí ke smyslu a účelu právní úpravy a tím dotčení smyslu čl. 36 odstavce 1. Listiny.“

(Čl. 36 odst. 1 Listiny: Každý se může domáhat stanoveným postupem svého práva u nezávislého a nestranného soudu a ve stanovených případech i u jiného orgánu.)

Vysvětlení :



- Ústavní soud v obou případech konstatoval, že jde o přepjatý právní formalismus. V obou případech se kandidáti do Senátu dopustili tzv. zjevné chyby v psaní, přičemž tyto chyby zpravidla nemají právní účinky a lze je kdykoli neformálně opravit. Zjevné chyby v psaní a počtech totiž nejsou skutečnými, tzv. právními vadami. Ke skutkovému stavu je třeba podotknout, že volební komise vystavila stěžovateli potvrzení o převzetí přihlášky a teprve poté došlo ke zjištění nesprávně vyplněného rodného čísla. Jestliže procesní úkony účastníků řízení (registrace volební komise je nepochybně správné řízení) obsahují zjevnou nesprávnost, je nutné dát účastníkům řízení příležitost ji odstranit. Opakem tohoto postupu je přepjatý právní formalismus, jehož důsledkem je sofistikované zdůvodňování zjevné nespravedlnosti. Ústavní soud také odkázal na náleze ze dne 11. 7. 1996, sp. zn. III. ÚS 127/96.
- Závěrem je, že ačkoli zákon bylo možné interpretovat více způsoby, bylo třeba vycházet z jeho smyslu a účelu, nikoli z doslovného znění (což učinil Nejvyšší soud). Ústavní soud tedy použil kromě jazykové také teleologickou interpretaci právního předpisu.

Příklad zneužití formální logiky v právní argumentaci

- Příklad z roku 1996 z Hradce Králové - dva členové hnutí skinheads vyhrožovali čtyřem romským mladíkům ve vlaku zabitím a vyhozením z vlaku, jednoho poté fyzicky napadli...
Zdůvodnění rozsudku patří dodnes k nejkuriosnějším rozhodnutím:

- Soudce neuznal pachatele vinnými z rasově motivovaného násilí, neboť:
„...je třeba rozlišovat tři velké rasové skupiny, a to indoevropskou, negroaustralskou a mongolskou, přičemž občané romského původu stejně jako občané české národnosti jsou příslušníky téže indoevropské rasy, a nelze tedy postihovat jako rasově motivované jednání násilné útoky ze strany pachatelů, kteří jsou jedné rasy.“

(Obžalovaní tak byli odsouzeni pouze podle paragrafu 196 odstavce 1. TrZ – sazba maximálně jeden rok, nikoli podle odstavce 2., kde se jedná o odsouzení rasistického motivu jednání a sazba je minimálně šest měsíců a maximálně tři roky).

Kde se dopustil soudce chyby?



- Soudce založil svoji argumentaci na formálně logickém výkladu pojmu rasa – tudíž v násilnosti neshledal žádný rasistický motiv.
- Taková interpretace formalizuje ochranu práva být jiným - toto právo je proklamováno, ale není zaručeno;
- vede ke snížení společenské nebezpečnosti rasismu, resp. takového činu, který vede k porušení práv jiného;

Další nálezy Ústavního soudu, v nichž odmítl právní formalismus



- Nález sp. zn. Pl. ÚS 19/93
- Nález sp. zn. III. ÚS 74/94
- Nález sp. zn. III. ÚS 127/96
- Nález sp. zn. Pl. ÚS 33/97
- Nález sp. zn. III. ÚS 470/97
- Nález sp. zn. IV. ÚS 253/03
- Nález sp.zn. Pl. ÚS 27/09 (kauza Melčák)

Nejčastěji byl „přepjatý“ formalistický přístup judikován v rozhodnutích ÚS v těchto kontextech:



- - ***přísné dodržování procesních pravidel bez ohledu na jejich účel;***
- - ***zbytečný (a tudíž formalistický) úkon; nerespektování smyslu, účelu ani cílů pravidel;***
- - ***nezohlednění okolností případu;***
- - ***ignorování skutkových zjištění, námitek, věcné stránky věci;***
- - ***netolerování formalistického postupu obecných soudů ;***
- - ***nerespektování vůle účastníků ve smlouvách;***
- - ***gramatická a příliš úzká interpretace;***
- - ***právní úkon učiněný pouze „pro forma“;***
- - ***formalismus jako libovůle, svévole;***

Příčiny přepjatého formalismu:



Nebezpečí přepjatého formalismu spojuje dnes řada právních teoretiků především s aplikací práva a konkrétně s interpretací.

Poznámka:

- *Právě v interpretaci spatřoval nebezpečí formalistického přístupu H. Kelsen, a to tehdy, když se soudní rozhodnutí dostává do rozporu se zájmy, které považujeme za zájmy hodny ochrany. Jinými slovy, kdy výklad zákonného textu nebude v souladu s úmyslem zákonodárce. Je nutné zdůraznit, že úmysl zákonodárce je zde jen výrazem jeho schopnosti pozorovat, myslet a formulovat právo jako právo.*
- *Proto Kelsen zákonodární činnost nepovažuje za možný zdroj takového přístupu, a nebezpečí spatřuje jen v interpretaci.*

Podle českého autora Z.Kühna můžeme nahlížet na příčiny přepjatého formalismu jakoby „zvnějšku“ a „zevnitř“.



- „Z vnějšku“ může interpretaci problematizovat:
 - **obsahová formalita**, kterou nazývá obsesí jasnými (konkrétními) normami, kdy se při rozhodování preferují jasné normy před normami, jejichž obsah vyžaduje úvahu;
 - **institucionální formalita**, jako projev uplatňování zdrojů, které nesplňují znaky formálního pramene práva;

„Ze vnitř“ pak **interpretační formalitu** problematizují:

- **formalita metodologie výkladu práva**, (kdy se preferuje jeden metodologický přístup nebo se setrvává jen na zaužívané dichotomie metod výkladu, atd.);
- **metodologický purismus**, (snaha o metodologickou čistotu interpretace právního textu, uplatňují se jen ty metody, které s obsahem textu souvisí);
- **dichotomická povaha právní argumentace**, (kdy se předpokládá, že buď je pro právní diskurs relevantní vše (judikatura), nebo je to zcela irrelevantní.)
- Viz k tomu KÜHN, 2012, op.cit., s. 211-215.

b) Formalismus spojen s otázkou legitimacy zákonného práva

Uvedené případy formalismu byly případy v judiciální praxi. Tyto případy se dají korigovat procesními procedurami;

Za jinou podobu formalismu je považována situace, kdy obsah zákona se dostává do konfliktu s principy spravedlnosti či morálními nebo lidsko-právními hodnotami,

- tento problém je v právní filosofii nepřesně označován za konflikt pozitivního a přirozeného práva; (jako vítěz z tohoto konfliktu vychází obvykle přirozené právo).

(Slovo nepřesně jsme použili proto, že toto označení, resp. tento výklad tohoto problému vede k záměně (ať už z jakýchkoli důvodů) právního pozitivismu za právní formalismus.)



Radbruchovo řešení konfliktu přirozeného a pozitivního práva:



Gustav Radbruch (1878-1949)

německý právní filosof a teoretik trestního práva

- Radbruch byl stoupencem právního pozitivismu, nicméně právo je podle něj kulturní jev a má hodnotu, smyslem práva je sloužit spravedlnosti
- mluví o ideji spravedlnosti a vymezuje ji jako jednotu tří částí: **formální spravedlnosti, účelnosti a právní jistoty**
- po válce kritika právního pozitivismu - renesance přirozeného práva

Radbruch si klade otázku: „zda autoritativně stanovené právo také platí, jde o platný zákon i když jeho uplatnění vede k nespravedlivým důsledkům a je v rozporu se svým účelem?“



Radbruchova formule:

„Konflikt mezi spravedlností a právní jistotou lze řešit jen tak, že pozitivní právo, zajišťované předpisy a mocí, má přednost i tehdy, pokud je obsahově nespravedlivé a neúčelné, vyjma toho, jestliže rozpor mezi pozitivním zákonem a spravedlností dosáhne tak nesnesitelné míry, že zákon musí jako – nenáležitě právo – spravedlnosti ustoupit.“

Struktura Radbruchovy formule



První část:

Zákon (pozitivní právo) je platný a je nutné jej akceptovat i když je obsahově nespravedlivý nebo neúčelný – tzn. uplatnění pozitivistické zásady- právní jistoty; ve jménu právní jistoty je i nespravedlivý zákon zákonem...

Druhá část

pokud však rozpor mezi legalitou a spravedlností dosáhl **„nesnesitelné míry nespravedlnosti“** – je to projev toho, že takové právo je „nenáležitým právem“- tzn. ani právem nebylo, protože jeho účelem nebyla ani jen dosažení formální spravedlnosti, formální rovnosti, z tohoto důvodu se nejedná jen o nesprávné právo, ale vůbec nelze mluvit o jeho právním charakteru... a proto řešení vidí v tom, že na jeho místo musí nastoupit spravedlnost;

Radbruch v dovětku ke své formule doslova říká: „Posuzováno tímto kritériem, celé části nacionálněsocialistického práva nedospěly nikdy k hodnotě platného práva.“

Uplatnění formule:



- ✘ **V Německu 1x v roce 1968 v případě uznání státního občanství a navrácení majetku Židům.**
- ✘ **Po druhé v 90. letech – byla uváděná či navrhována pro řešení případu tzv. Berlínské zdi.**
- ✘ **Český ústavní soud použil část této formule také při řešení dvou případů.**

Věc: státní příslušnost



- Spolkový ústavní soud posuzoval nařízení č.11 k zákonu o říšském občanství ze dne 24.11. 1941, na základě kterého bylo Židům, kteří emigrovali, odňato státní občanství a majetek.
- Spolkový soud při řešení jednoho případu takto postiženého bývalého německého občana vycházel z „Radbruchovy formule“ a stanovil si dvě podmínky: první byl rozpor pozitivní normy „s fundamentálními principy spravedlnosti“, druhou intenzita tohoto rozporu, tj. rozpor musí být „evidentní“ a musí dosáhnout „nesnesitelnou míru“.
- Spolkový soud konstatoval, že takto vadný právní předpis je neplatný ex tunc a nestal se platným ani tím, že byl určitý čas aplikován a dodržován“

Převzato od Holländer, P. Filozofia práva, str. 19-20.

Další případ použití Radbruchovy formule českým ÚS

- Nález Ústavního soudu sp. zn. I. ÚS 281/97
- jednalo se o náhradu těžké újmy na zdraví, způsobenou střelbou v ulici Orlí v Brně v srpnu 1969, které se poškozený marně domáhal před socialistickými soudy.
- Radbruchova formule v něm není výslovně citována, ale Ústavní soud rozhodl v jejím smyslu.

Stručný komentář:



- Nález Ústavního soudu sp. zn. I ÚS 281/97 máte popsány v učebnici „Filosofie práva“ od Pavla Höllandera. Jen dodám, že Radbruchova formule v něm není *expressis verbis* zmíněna, ale že z ní tento rozsudek vychází, když odmítá rozsudek Krajského soudu v Brně z roku 1977 s tím, že věc sice byla rozsouzena formálním prostředkem označeným za rozsudek, avšak materiálně způsobem, který je v rozporu se zásadou spravedlivého projednání věci. Ústavní soud následně aplikoval retroaktivitu a neuznal překážku věci rozhodnuté. Ústavní soud vyřešil trilema stejně, jako německý soud kauzu Berlínské zdi – tehdejší rozsudek Krajského soudu v Brně byl v rozporu s tehdy platným právem.

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 frontu na dovolenou, říkal urážlivé poznámky o Hitlerovi. Takové jednání bylo v tehdeším 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 dovolovala 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:



Pro Harta je to spíše morální problém.

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 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.

Třidu 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 stoupeneci tak odpůrci právního 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;**
- **nepřípustnost retroaktivity, nepřípustné 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...

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.**



- Slovy kritika : „Radbruchova formule vyjadřuje spíše morální apel než přesvědčivou argumentaci, respektive argumentace v ní zcela absentuje. Radbruchova formule je ve skutečnosti metanorma, řešící konflikt mezi zákonem a spravedlností...když Radbruch obecně říká, že extrémně nespravedlivý zákon není platné právo, tak se hlásí k právnímu naturalismu, ale už nijak neargumentuje proti právnímu pozitivismu.“

Oživení diskuse o Radbruchově formuli : Berlínská zed'

- 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 zed' 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 tržní 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 vykonávací 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:**
- **buď 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.**

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?**