

**G. Radbruch**

**GESETZLICHES UNRECHT  
UND ÜBERGESETZLICHES RECHT**

**Г. Радбрух**

**ЗАКОННЕ НЕПРАВО ТА НАДЗАКОННЕ ПРАВО**

(Передрук тексту оригіналу та друк перекладу здійснено з дозволу видавництва C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH (Heidelberg). Переклад В. С. Бігуна за: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht // Radbruch Gustav. Gesamtausgabe. Hrsg. von Arthur Kaufmann. – Heidelberg: Müller, Juristischer Verlag. – Band 3. Rechtsphilosophie. – 3 Bearb. von Winfried Hassemer. – 1990. – S. 83-93. Вперше опубліковано в: Süddeutsche Juristenzeitung. – 1946. – 1. S. 105-108*)

**I.**

Mittels zweier Grundsätze wußte der Nationalsozialismus seine Gefolgschaft, einerseits die Soldaten, andererseits die Juristen, an sich zu fesseln: “Befehl ist Befehl” und “Gesetz ist Gesetz”. Der Grundsatz “Be-fehl ist Befehl” hat nie uneingeschränkt gegolten. Die Gehorsamspflicht hörte bei Befehlen zu verbrecherischen Zwecken des Befehlenden auf (MStrGB § 47). Der Grundsatz “Gesetz ist Gesetz” kannte dagegen keine Einschränkung. Er war der Ausdruck des positivistischen Rechtsdenkens, das durch viele Jahrzehnte fast unwidersprochen die deutschen Juristen beherrschte. Gesetzliches Unrecht war deshalb ebenso wie übergesetzliches Recht ein Widerspruch in sich. Vor beide Probleme sieht sich die Praxis jetzt immer wieder gestellt. So wurde in der SJZ (S. 36) eine Entscheidung des Amtsgerichts Wiesbaden veröffentlicht und besprochen, nach der die Gesetze, die das Eigentum der Juden dem Staat für verfallen erklärten, mit dem Naturrecht in Widerspruch stünden und schon zur Zeit ihres Erlasses nichtig gewesen seien”.

**II.**

Auf dem Gebiet des Strafrechts ist dasselbe Problem namentlich durch Erörterungen und Entscheidungen innerhalb der russischen Zone aufgeworfen worden.

1. In einer Hauptverhandlung vor dem thüringischen Schwurgericht in Nordhausen wurde der Justizamtsangestellte Puttfarken, welcher durch eine Denunziation die Verurteilung und Hinrichtung des Handelsmanns Göttig herbeigeführt hatte, zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilt. Puttfarken hatte Göttig wegen einer von ihm in einem Abort hinterlassenen Inschrift angezeigt: “Hitler ist ein

**I.**

Национал-соціалізм керувався двома принципами, які були обов’язковими, з одного боку, для солдат, а з іншого – для правників: “Наказ є наказ” та “Закон є закон”. Принцип “Наказ є наказ” ніколи не був принципом необмеженої дії. Виконання наказів, які давалися і з злочинною метою, не було обов’язковим (§ 47 Військово-кримінального кодексу). Натомість принцип “Закон є закон” не знав обмежень. Втілення позитивістської правової ідеї, цей принцип впродовж багатьох століть був визначальним для правосвідомості німецьких правників. Тому законне неправо, як і надзаконне право, були суперечностями у самих собі. На практиці до сих пір доводиться зустрічатися з обома проблемами. Так, в “Зюддойче юрістенцайтунг” (С. 36) було опубліковано і прокоментовано рішення суду першої інстанції м. Вісбаден, за яким “закони про перехід власності євреїв державі вважалися такими, що суперечать природному праву і нікчемними з моменту їх ухвалення”.

**II.**

У галузі кримінального права постала та ж проблема, зокрема, при обговореннях і прийнятті рішень в радянській зоні присутності.

1. Суд присяжних м. Нордхаузен (Тюрінгія) засудив до довічного ув’язнення судового чиновника Путфаркена, за доносом якого було засуджено і страчено підприємця Геттіга. Путфаркен доніс властям про напис, який підприємець залишив у клозеті: “Гітлер – організатор масових убивств і винуватець війни”. Окрім напису, підприємцю інкримінувалося і те, що він слухав іноземне радіо. Промова генерального прокурора доктора Кучин-

Massenmörder und schuld am Kriege". Die Verurteilung war nicht allein wegen dieser Inschrift, sondern auch wegen Hörens ausländischer Sender erfolgt. Das Plädoyer des thüringischen Generalstaatsanwalts, Dr. Kuschnitzki, ist durch die Presse ("Thüringer Volk", Sonneberg, 10. Mai 1946) ausführlich wiedergegeben worden. Der Generalstaatsanwalt erörtert zunächst die Frage: war die Tat rechtswidrig? "Wenn der Angeklagte erklärt, er habe die Anzeige aus nationalsozialistischer Überzeugung erstattet, so ist dies rechtlich unbeachtlich. Es gibt keine Rechtspflicht zum Denunzieren, auch nicht aus politischer Überzeugung. Auch in der Hitlerzeit hat diese Rechtspflicht nicht bestanden. Entscheidend ist, ob er im Dienst der Rechtspflege tätig war. Dies setzt voraus, daß die Justiz in der Lage ist, Recht zu sprechen. *Gesetzmäßigkeit, Streben nach Gerechtigkeit, Rechtssicherheit sind die Erfordernisse einer Justiz.* Alle drei Voraussetzungen fehlen bei der politischen Strafjustiz in der Hitlerzeit".

"Wer in diesen Jahren einen anderen denunzierte, mußte damit rechnen – und hat es auch getan – daß er den Angeklagten nicht einem gesetzmäßigen Gerichtsverfahren mit rechtlichen Garantien für die Ermittlung der Wahrheit und für ein gerechtes Urteil überantwortete, sondern der Willkür".

"Ich schließe mich insoweit in vollem Umfange einem Rechtsgutachten an, das der Dekan der juristischen Fakultät der Universität Jena, Herr Professor Dr. Lange, zu dieser Frage erstattet hat. So bekannt waren die Verhältnisse im Dritten Reich, daß man genau wußte: Wenn jemand wegen eines Zettels "Hitler ist ein Massenmörder und an diesem Kriege schuld" im dritten Kriegsjahr zur Verantwortung gezogen wurde, daß die-ser Mann dann mit dem Leben nicht davonkommen könnte. Wie die, Justiz das Recht beugen würde, konnte ein Mann wie Puttfarken gewiß nicht übersehen, aber er konnte sich schon darauf verlassen, daß sie das fertigbringen würde".

"Es bestand auch keine Rechtspflicht zur Anzeige aus § 139 StGB. Zwar wird in dieser Bestimmung derjenige mit Strafe bedroht, der von dem *Vorhaben eines Hochverrats* glaubhafte Kenntnis erhält und es unterläßt, der Behörde hiervoll rechtzeitig Anzeige zu machen; zwar steht fest, daß Göttig wegen Vorbereitung zum Hochverrat vom Oberlandesgericht Kassel zum Tode verurteilt worden ist, aber im Rechtssinne hat keineswegs eine Vorbereitung zum Hochverrat vorgelegen. Der von Göttig mutig verkündete Satz: "Hitler ist ein Massenmörder und am Kriege schuld" war allemal nur die blanke Wahrheit. Wer ihn verbreitete und verkündete, bedrohte weder das Reich noch seine Sicherheit. Er machte nur den Versuch, zur Beseitigung des Verderbers des Reiches beizutragen

ського в тюрінзькому суді широко висвітлювалася у пресі ("Тюрінгер фольк", Зоннеберг, 10 травня 1946 р.). Прокурор спочатку поставив питання так: "Чи був даний проступок протиправним?" – "Коли підсудний заявляє, що він доніс через націонал-соціалістські переконання, то це не має правового значення. Не існує правового обов'язку доносити через політичні переконання. Такого обов'язку не існувало і в часи Гітлера. Вирішальне значення має лише те, чи перебував він на службі правосуддя. Це передбачає можливість судочинства. *Законність, прагнення до справедливості та правова певність (стабільність) – ось вимоги, які висуваються перед системою правосуддя.* Усі ці три передумови були відсутні в політичній кримінальній системі правосуддя гітлерівських часів". "Той, хто в ті роки доносив на іншого, повинен був рахуватися з тим – і він давав собі звіт про це, – що він передає обвинуваченого до рук не законного правосуддя з правовими гарантіями, а до рук свавілля".

"Я цілком погоджуються із висновком експерта з цього питання, який представив декан юридичного факультету Університету м. Єни професор, доктор Ланге. Про такий стан речей знали усі в Третьюму рейху: якщо кого-небудь на третій рік війни притягували до відповідальності за записку "Гітлер – організатор масових убивств і винуватець війни", то він вже не міг розраховувати на те, щоб залишитися живим. Така людина, як Путфаркен, могла, звичайно, не мати ніякого уявлення про те, як система правосуддя "підім'яла" під себе право, але він міг цілком бути впевненим у тому, що вона справиться із цим завданням".

"Із § 139 КК також не випливало, що існує правовий обов'язок доносительства. Правда, відповідно до норм цього параграфу, тому, хто знав із достатньою долею ймовірності про державну зраду, але проявляв бездіяльність і вчасно не повідомив про це властям, загрожувало покарання. Правда й те, що Геттіга було засуджено до смертної кари Кассельським земельним верховним судом за *підготовку до вчинення державної зради*. Однак у правовому розумінні те, що зробив Геттіг, не було документом, який би свідчив про підготовку до вчинення державної зради. Написані ним сміливі слова "Гітлер – організатор масових убивств і винуватець війни" були чистою правдою. Той, хто ці слова поширював і обнародував, не загрожував ні державі, ні її безпеці. Він лише чинив спробу хоча б незначною мірою перешкодити розвалу держави і тим хотів вчинити не державну зраду, а, натомість, врятувати державу. Будь-яка спроба піддати сумніву цей абсолютно очевидний факт з допомогою формально-юридичної аргументації повинна бути

und so das Reich retten zu wollen, also das Gegenteil von Hochverrat. Jede Trübung dieses klaren Tatbestandes durch formaljuristische Bedenken ist abzulehnen. Es kann überdies zweifelhaft sein, ob der sogenannte Führer und Reichskanzler überhaupt jemals als legaler Staatschef anzusehen, ob er daher durch die Hochverratsparagrafen geschützt war. Keinesfalls also hat der Angeklagte bei seiner Anzeige Überlegungen über die rechtliche Subsumierung seiner Tat angestellt und dem Grade seiner Einsicht nach auch nur anstellen können. Er hat auch nie erklärt, daß er Göttig deshalb angezeigt habe, weil er in der Tat Göttigs ein hochverräterisches Unternehmen gesehen habe und sich deshalb zur Anzeige für verpflichtet hielt”.

Der Generalstaatsanwalt wendet sich sodann zu der Frage: War die Tat schuldhaft?

“Путфаркен gibt im wesentlichen zu, er habe Göttig aufs Schafott bringen wollen. Eine Reihe von Zeugen hat das bestätigt. *Das ist der Vorsatz des Mörders im Sinne von § 211 StGB.* Daß ein Gericht im Dritten Reich Göttig zum Tode verurteilt hat, steht der Täterschaft des Путфаркена nicht entgegen. *Er ist mittelbarer Täter.* Zwar ist zuzugeben, daß der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelte Begriff der mittelbaren Täterschaft regelmäßig andere Tatbestände im Auge hat, vorwiegend solche, in denen der mittelbare Täter sich willenloser oder unzurechnungsfähiger Werkzeuge bedient. An den Fall, daß ein deutsches Gericht Werkzeug eines Verbrechers sein könnte, hatte früher niemand gedacht. Wir stehen aber heute nun einmal vor solchen Tatbeständen. Und der Fall Путфаркена wird nicht der einzige sein. Daß das Gericht *formell* rechtmäßig handelte, als es das Unrechtsurteil verkündete, kann der mittelbaren Täterschaft nicht entgegenstehen. Im übrigen sind insoweit etwa bestehende Bedenken durch das thüringische Ergänzungsgesetz vom B. z. 1946 aus dem Wege geräumt, das in Art. 11 dem § 47 Abs. 1 StGB zur Behebung von Zweifeln folgende Fassung gibt: “Als Täter wird bestraft, wer schuldhaft die strafbare Handlung selbst oder durch einen anderen ausführt, auch wenn der andere rechtmäßig handelt”. Neues, mit rückwirkender Kraft ausgestattetes materielles Recht wird dadurch nicht gesetzt; es handelt sich lediglich um eine authentische Interpretation seit 1871 geltenden Strafrechts”\*.

відкинута. Крім того, може виникнути питання про те, чи був так званий фіорер і рейхсканцлер легітимним главою держави і, відповідно, чи був він захищений параграфом про державну зраду. Звинувачений, вчиняючи донос, не замислювався над правовою оцінкою свого вчинку і в міру свого розуміння навіть не міг задуматися над цим. Він також не спромігся пояснити, що доніс на Геттіга лише тому, що вбачав у вчинку Геттіга акт державної зради і в цьому зв'язку вважав себе зобов'язаним зробити донос”.

Згодом прокурор звернувся до такого питання: “Чи мав поступок ознаки вини?”.

“Путфаркен по суті визнає, що хотів відправити Геттіга на ешафот, що підтверджується низкою показів свідків. *А це розглядається як умисне вбивство в розумінні § 211 КК.* Той факт, що Геттіга засуджено до смертної кари судом Третього рейху, не слугує основою для заперечення виконавства Путфаркена. *Він є непрямим, чи “опосередкованим” виконавцем злочину.* Втім варто відзначити, що в судовій практиці Третього рейху отримало розвиток поняття опосередкованого виконавства, яке стосувалося інших складів злочину. В основному тих з них, в яких “опосередкований” виконавець був неосудним або слугував безвольним знаряддям у руках інших злочинців. Раніше нікому й на думку не могло спадати, що німецький суд міг стати знаряддям у руках злочинців. Але нині ми стикаємося з такими складами злочинів. І справа Путфаркена не буде поодиноким. Незважаючи на *формально-правомірні* дії суду, цей неправомірний вирок не дозволяє заперечувати факту “посереднього виконавства”. Втім, як би там не було, додатковий тюрінзький закон від 8 лютого 1946 р. усуває будь-які сумніви навіть, якщо вони й були. Стаття II § 47 абз. 1 КК провадить: “У якості злочинця підлягає покаранню той, хто винно вчиняє кримінально карані діяння безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, навіть якщо інші особи діють правомірно.” Цим положенням не запроваджується нове матеріальне право, яке має зворотну силу. Йдеться про автентичне тлумачення кримінального права,

---

\* In seiner Ausgabe des StGB In der Thüringischen Fassung (Weimar 1946) sagt Professor Richard Lange (S. 13), es seien “über den Begriff der mittelbaren Täterschaft in Fällen, in denen der Täter die Rechtspflege zur Verfolgung seiner verbrecherischen Zwecke mißbraucht hatte (Prozeßbetrug, Politische Denunziation), vielfach Zweifel aufgetaucht. Art. 11 des Gesetzes zur Ergänzung usw. vom B. z. 46 stelle deshalb klar, daß mittelbare Täterschaft auch dann strafbar ist, wenn der Benutzte in Erfüllung einer Amtspflicht oder selbst rechtmäßig gehandelt habe”.

“Ich selbst bin der Auffassung, daß nach sorgfältigem Abwägen des Für und Wider der Annahme eines Mordes in mittelbarer Täterschaft Bedenken nicht entgegenstehen können. Aber nehmen wir einmal an, und wir müssen damit rechnen, daß das Gericht vielleicht auch zu einer anderen Auffassung kommt, was käme da in Frage? Lehnt man die Konstruktion der mittelbaren Täterschaft ab, so wird man kaum umhin können, *die Richter, die Göttig wider Recht und Gesetz zum Tode verurteilten, als Mörder anzusehen*. Dann hätte der Angeklagte Beihilfe zum Mord geleistet und wäre aus diesem Gesichtspunkt zu bestrafen. Sollten sich auch dem gewichtige Bedenken entgegenstellen – und ich verkenne sie nicht – so bleibt das Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrates vom 30. Januar 1946, nach dessen Artikel 2c sich der Angeklagte eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit schuldig gemacht hätte. Im Rahmen dieses Gesetzes kommt es nicht mehr darauf an, ob das nationale Recht des Landes verletzt ist. Unter Strafe gestellt sind unmenschliche Handlungen und Verfolgungen aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen schlechthin. Nach Artikel 2, 3 ist der Verbrecher mit der Strafe zu belegen, die das Gericht als gerecht bestimmt. Auch Todesstrafe”<sup>\*</sup>.

“Ich bin im übrigen als Jurist gewöhnt, mich auf rein juristische Wertung zu beschränken. Man tut immer gut, sich *über* die Sache zu stellen und sie mit gesundem Menschenverstand zu betrachten. Juristerei ist stets nur das Instrument, das der verantwortungsbewußte Jurist benutzt, um zu einem rechtlich haltbaren Urteil zu kommen”.

Das Schwurgericht verurteilte nicht wegen mittelbarer Täterschaft, sondern wegen Beihilfe zum Mord. Danach müßten die Richter, die den Göttig wider Recht und Gesetz zum Tode verurteilt haben, des Mordes schuldig sein<sup>\*\*</sup>.

діючого з 1871 року”<sup>\*\*\*</sup>.

“Я особисто дотримуюся тієї думки, що, зваживши всі “за” та “проти”, презумпцію вбивства в “посередньому” виконанні *не* можуть заперечити ніякі сумніви. Припустимо, і ми повинні з цим рахуватися, що суд, можливо, прийшов до іншого розуміння поставленого питання. Якщо відкинути конструкцію посереднього виконавства, то навряд чи можна заперечувати той факт, що *суддів, які засудили протиправно та протизаконно Геттіга до смертної кари, належить розглядати, як убивць*. І тоді обвинувачений діяв би як *пособник убивства*, і з цієї точки зору повинен був би бути також засуджений. Але навіть якщо в цьому випадку виникли б серйозні сумніви – і я не виключаю такої можливості, – то залишається Закон № 10 Контрольної союзної ради від 30 січня 1946 р. Згідно зі ст. 2 цього Закону, підсудному ставилося б у вину злочин проти людства. Застосування цього Закону не залежить від того, чи порушувалося національне право країни. Покаранню підлягають усі нелюдські діяння, переслідування за політичні, расові і релігійні мотиви. Відповідно до ст. 2 та 3 Закону злочинець підлягає покаранню, яке суд вважатиме справедливим, включаючи смертну кару”<sup>\*\*\*\*</sup>.

“Втім, я як правник обмежуюсь винятково правовими оцінками. Завжди поступають правильно, “стаючи” *над* справою і розглядаючи її з точки зору здорового глузду. Правова наука це – завжди лише інструмент. І відповідальний правник використовує її для того, щоб знайти незаперечне з точки зору права рішення.”

Суд присяжних виніс обвинувальний вирок, виходячи не з посереднього виконавства, а з пособництва вбивству. За цим обґрунтуванням судді, ті, хто протиправно і незаконно засудили.

\* Die Strafbarkeit nach KontrGes 10 wird im folgenden nicht erörtert, weil dafür die deutschen Gerichte nicht primär zuständig sind (Art. III 1 d).

\*\* Ein anderes Verfahren wegen Denunziation fand gegen die Denunzianten der Geschwister Scholl vor der Münchner Spruchkammer statt. Die Denazifizierung richtet sich gegen eine politisch und moralisch minderwertige Gesinnung, ohne nach der Gesetzmäßigkeit oder Rechtmäßigkeit oder der Schuldhafteigkeit ihrer Betätigung fragen zu müssen. Daraus folgt die Grenzziehung gegenüber der Strafrechtspflege, aber auch die Überschneidung mit ihr. Vgl. Art. 22 des Befreiungsgesetzes.

\*\*\* У посібнику з кримінального права тюрінзької редакції (Веймар, 1946) професор Р. Ланге відзначає (С. 13): “з’явилися численні сумніви щодо поняття опосередкованого виконавства у випадках, коли виконавець зловживав функціями правосуддя для досягнення злочинних цілей (обманні дії сторони в процесі, політичний донос). Ст. 11 Закону про внесення змін від 8 лютого 1946 р. чітко встановлює караність за опосередковане виконавство й у тому разі, якщо той, хто користується повноваженням, виконує функції посадової особи або сам діє правомірно”.

\*\*\*\* Кримінальна караність згідно із Законом № 10 не є предметом обговорення у цьому викладі, оскільки це переважно не входить до компетенції німецьких судів (ст. III 1 d).

2. Wirklich wird in der Presse (Tägl. Rundschau v. 14. 3. 1946) von dem Generalstaatsanwalt des Bundeslands Sachsen, Dr. J. U. Schroeder, die Absicht angekündigt, die strafrechtliche "Verantwortlichkeit für unmenschliche Richtersprüche" geltend zu machen, auch wenn solche Richtersprüche auf Grund nationalsozialistischer Gesetze ergangen seien:

"Die Gesetzgebung des nationalsozialistischen Partei-staates, auf Grund deren Todesurteile, wie die angeführten, ergangen sind, *entbehrt jeder rechtlichen Gültigkeit*".

"Sie beruht auf dem sogenannten 'Ermächtigungsgesetz', das nicht mit der verfassungsmäßig nötigen Zweidrittelmehrheit zustande gekommen ist. Hitler hatte die kommunistischen Reichstagsabgeordneten gewaltsam an der Teilnahme der Sitzungen gehindert, sie unter Mißachtung ihrer Immunität verhaften lassen. Die verbliebenen Abgeordneten namentlich aus dem Zentrum, wurden durch die Drohung mit der SA zur Abgabe ihrer Stimmen für die Ermächtigung genötigt".

"Kein Richter kann sich auf ein Gesetz berufen und die Rechtsprechung danach handhaben, auf ein Gesetz, das nicht nur ungerecht, das *verbrecherisch ist*. Wir berufen uns auf die *Menschenrechte*, die über allen geschriebenen Satzungen stehen, auf das unentziehbare, unvordenkliche Recht, das verbrecherischen Befehlen unmenschlicher Tyrannen Geltung versagt".

"Von diesen Erwägungen ausgehend, glaube ich, daß Richter angeklagt werden müssen, die mit den Geboten der Humanität unvereinbare Urteile gesprochen und wegerecht Nichtigkeiten auf Todesstrafe erkannt haben".

3. Aus Halle wird gemeldet, daß die Scharfrichter-gehilfen Kleine und Rose wegen aktiver Teilnahme an zahlreichen unrechtmäßigen Hinrichtungen zum Tode verurteilt seien. Kleine war von April 1944 bis März 1945 an 931 Urteilsvollstreckungen beteiligt, wofür er 26.433 RM an Vergütungen bezog. Die Verurteilung scheint auf Gesetz Nr. 10 des Alliierten Kontrollrats (Verbrechen gegen Menschlichkeit) gegründet zu sein.

2. У пресі ("Тєгліхе Рундшау" від 14 березня 1946 р.) вже висловлювалася думка (генеральним прокурором федеральної землі Саксонія доктором Шредером) про те, що "до кримінальної відповідальності слід притягувати за нелюдянні вироки", навіть якщо вони виносилися на основі націонал-соціалістських законів:

"Законодавство націонал-соціалістської партійної держави, на основі якого виносилися смертні вироки, подібні вищезгаданім, не дійсні в правовому смислі і *не мають юридичної сили*".

"Вони засновані на так званому Законі про надання повноважень, який був ухвалений з порушенням конституційної процедури, що вимагав двох-третьох більшості для його схвалення. Гітлер силою перешкодив участі депутатів-комуністів у засіданні Рейхстагу і заарештував їх, не зважаючи на парламентський імунітет. Решту депутатів центру штурмовики погрозами примусили віддати голоси за цей закон".

"Жоден суддя не може посилатися на закон і обґрунтовану на ньому практику, що не тільки неправомірно, але і *злочинно*. Ми посилаємося на *права людини*, які стоять вище писаного права, на невід'ємне та існуюче з незапам'ятних часів право, яке не визнає дії примусових наказів нелюдських тиранів".

"Керуючись цими міркуваннями, я вважаю, що належить визнати винними суддів, які виносили вироки, несумісні з людяністю, і засуджували до смертної кари за нікчемні проступки".

3. Из Галле надходят повідомлення про те, що Клейну та Розе, підручним катів, було винесено смертні вироки за участь у численних неправомірних стратах. Клейн з квітня 1944 р. по березень 1945 р. виконав 931 вирок, за що отримав винагороду в розмірі 26 433 рейхсмарок. Правовою основою вироків слугує, видається, Закон § 10

\* Es hätte auch der Erörterung bedurft, inwieweit revolutionär entstandene Ordnungen durch die »normative Kraft des Faktischen zu geltendem Recht geworden sind; auch die Angabe, daß die Zweidrittelmajorität für das Ermächtigungsgesetz nur durch die Ausscheidung der Kommunisten zustande gekommen sei, ist nach freundlichem Hinweis des Herrn Kollegen Jellinek unzutreffend.

\*\* Für die strafrechtliche Verantwortung für nicht rechtmäßige Richtersprüche auch Buchwald in seiner beachtlichen Schrift "Gerechtes Recht", Weimar 1948, S. 5ff.

\*\*\* Потрібно було також відзначити і те, наскільки положення, видані внаслідок революційних дій з допомогою "нормативної сили фактичного", стають діючим правом; інформація про те, що дві третіх більшості для ухвалення Закону про надання повноважень були здобуті лише шляхом усунення комуністів, як зауважив колега Єллінек, невідповідна.

\*\*\*\* Щодо кримінально-правової відповідальності за неправомірні судові рішення, див. також заслуговуючу на увагу працю Бухвальда (Buchwald) "Справедливе право" (Веймар, 1948, С. 5 і далі).

“Die beiden Angeklagten übten ihren grausigen Beruf aus freien Stücken aus, denn jedem Scharfrichter steht es frei, jederzeit von seiner Tätigkeit ans gesundheitlichen oder sonstigen Gründen zurückzutreten”. (Li-beraldemokratische Zeitung, Halle, 12. 6. 46.)

4. Aus dem Bundesland Sachsen wird ferner der folgende Fall Bekannt (Artikel des Generalstaatsanwalts Dr. J. U. Schroeder vom 9. 5. 46): Im Jahre 1943 war ein an der Ostfront eingesetzter sächsischer Soldat, der zur Bewachung von Kriegsgefangenen kommandiert, war, desertiert, “angeekelt von der unmenschlichen Behandlung, die die Gefangenen erfuhren, vielleicht auch des Dienstes in Hitlers Truppen müde”. Er konnte es sich nicht versagen, auf der Flucht in der Wohnung seiner Frau einzusprechen, wurde hier entdeckt und sollte von einem Wachtmeister abgeholt werden. Es gelang ihm, sich unbemerkt seiner geladenen Dienstpistole zu bemächtigen und den Wachtmeister hinterrücks durch einen Schuß niederzustrecken. Im Jahre 1945 kehrte er aus der Schweiz nach Sachsen zurück. Er wurde verhaftet, und die Staatsanwaltschaft schickte sich an, gegen ihn wegen heimtückischer Tötung des Beamten Anklage zu erheben. Der Generalstaatsanwalt ordnete Freilassung und Einstellung des Verfahrens an. Er sah § 54 als gegeben an. Die Unverschuldetheit des Notstands begründet er damit, daß, “was damals von den Rechtswahrem als Recht ausgegeben wurde, heute nicht mehr gelte. Fahnenflucht aus Hitlers und Keitels Armee enthalte für unsere Rechtsauffassung keine Verfehlung, die den Flüchtigen entehere und seine Bestrafung rechtfertige; sie gereiche ihm nicht zur Schuld”.

Allerorten wird also unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Unrechts und des übergesetzlichen Rechts der Kampf gegen den Positivismus aufgenommen.

### III.

Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung “Gesetz ist Gesetz” den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Müssen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. Freilich: einen Wert führt schon jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft.

Контрольної союзної ради (злочини проти людяності). Обидва обвинувачені виконували свою страшну роботу добровільно, оскільки кожному кату надавалося право у будь-який момент відмовитися від роботи за станом здоров'я чи по іншій причині (“Ліберально-демократична газета”, Галле, 12 червня 1946 р.).

4. Із Саксонії повідомляють ще про один випадок (стаття генерального прокурора Шредера від 9 травня 1946 р.). У 1943 р. призовник із Саксонії, що охороняв військовополонених, дезертував і з Східного фронту, оскільки “не міг витримати нелюдського поводження з полоненими і служби в гітлерівській армії”. Він ховався у квартирі своєї дружини, де був затриманий поліцією. Йому вдалося непомітно заволодіти зарядженим пістолетом охоронця і застрелити його. В 1945 р. він повернувся зі Швейцарії до Саксонії, був заарештований і проти нього було порушено справу за звинуваченням у віроломному вбивстві державного службовця. Генеральний прокурор наказав звільнити солдата та закрити справу. Він вважав, що обвинувачений діяв у межах § 54 КК. Відсутність вини у солдата прокурор обґрунтував тим, що “те, що в той час видавалося за право, нині таким не вважається. Дезертирство із армії Гітлера і Кейтеля з точки зору сьогодняшнього права не вважається проступком, котрий обезчестив втікача і виправдав його покарання. Цього не можна ставити йому у вину”.

Повсюдно почалася боротьба проти позитивізму як з точки зору законодавчого права, так і надзаконного права.

### III.

Позитивізм з його фактичною вірою у принцип “закон є закон” зробив німецьких правників беззахисними перед законами злочинного змісту і диктованими свавіллям. При цьому позитивізм не здатен самостійно обґрунтувати дійсність закону. Позитивізм виходить з того, що дійсність закону доводиться його здатністю силою добиватися його виконання. Але ця сила дозволяє обґрунтувати, можливо, певну необхідність робити що-небудь за приписом, але ніяк не повинність, зобов'язаність. І тим більше, звісно, він ніяк не може обґрунтувати дійсності закону; цьому може слугувати швидше цінність, яка внутрішньо властива закону. В позитивному законі міститься принаймні одна цінність – наявність закону завжди краще, ніж його відсутність, оскільки він принаймні створює правопевність. Але правопевність не єдина і не визначальна цінність, яку право повинно реалізовувати. Поряд з правопевністю перебувають дві інші цінності: до-

Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. In der Rangordnung dieser Werte haben wir die Zweckmäßigkeit des Rechts für das Gemeinwohl an die letzte Stelle zu setzen. Keineswegs ist Recht alles das, "was dem Volke nützt", sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt. Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit.

Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, ist zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit. Wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und zwischen einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor. Diesen Konflikt bringt großartig das Evangelium zum Ausdruck, indem es einerseits befiehlt: "Seid untertan der Obrigkeit, die Gewalt über euch hat", und doch andererseits gebietet, "Gott mehr zu gehorchen als den Menschen".

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und un Zweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch 'geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur "unrichtiges Recht", vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien

цільність і справедливість. В ієрархії цих цінностей ми повинні поставити доцільність права в тому, що стосується спільного блага, на останнє місце. Право не є лише тим, що "корисне народу". Але народу корисне врешті-решт те, що є правом, що творить правопевність і прагне до справедливості. Правопевність, притаманна будь-якому існуючому закону в силу його позитивності, займає проміжне положення між доцільністю і справедливістю. Правопевності потребує, з одного боку, спільне благо (тобто держава), а з іншого – справедливість. Те, що право повинно бути певним, що його не можна тлумачити і застосовувати сьогодні і тут так, а завтра й в іншому місці – інакше, також є вимогою справедливості. Конфлікт між правопевністю і справедливістю, між спірними за змістом діючим законом і справедливим, але не вираженим у формі закону, правом постає насправді конфліктом між уявною і реальною справедливістю. Цей конфлікт знайшов своє відображення в Євангелії, в котрому, з одного боку, висловлюється положення: "слухайся начальника, що має над тобою владу", а з іншого – постулюється: "Богу повинуйся у більшій мірі, ніж людині".

Конфлікт між справедливістю і правопевністю міг би бути вирішений так, що позитивне і гарантоване приписами та силою право має пріоритет навіть тоді, коли воно за змістом несправедливе і недоцільне. Винятково складають лише ситуації, коли суперечність діючого закону щодо справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як "несправедливе право" має поступитися справедливості. Неможливо розмежувати випадки "законодавчого неправу" і закону, який діє всупереч своєму несправедливому змісту. Але, втім, можна чітко виокремити таку ситуацію: коли до справедливості навіть не прагнуть, коли рівність, що складає її основу, свідомо заперечується в правотворчому процесі, тоді закон є не лише "несправедливим правом", але, більше того, – він є неправовим за своєю природою, бо право, в тому числі й позитивне, не можна визначити інакше, аніж як порядок і сукупність законів, покликаних за своєю суттю служити справедливості. І цьому критерію право нацистів не відповідало ні в цілому, ні почасти.

Рисою, притаманною особі Гітлера, яка найбільше впадала у вічі, особі, котра наклала свій відбиток на все нацистське "право", була повна відсутність правди і права в істинному значенні цих слів. Оскільки в Гітлера не було натяку на правду, йому нічого не вартувало без сорому і совісті надавати своєму пропагандистському впливу видимість правди. А оскільки в нього не було правового по-

nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt. Die hervorstechendste Eigenschaft in Hitlers Persönlichkeit, die von ihm aus auch zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen "Rechts" geworden ist, war sein völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechts-sinn: weil ihm jeder Wahrheitssinn fehlte, konnte er dem jeweils rednerisch Wirksamen ohne Scham und Skrupel den Akzent der Wahrheit geben; weil ihm jeder Rechtssinn fehlte, konnte er ohne Bedenken die krasseste Willkür zum Gesetz erheben. Am Anfang seiner Herrschaft stand jenes Sympathie-Telegramm an die Potempa-Mörder\*, am Ende die grauenhafte Entehrung der Märtyrer des 20. Juli 1944. Schon anlässlich des Potempa-Urteils hatte Alfred Rosenberg im "Völkischen Beobachter" die Theorie dazu geliefert: Mensch sei nicht gleich Mensch, und Mord sei nicht gleich Mord; die Ermordung des Pazifisten Jaurès sei in Frankreich mit Recht anders bewertet worden als der Mordversuch an dem Nationalisten Clemenceau; ein Täter, der aus vaterländischen Motiven gefehlt hat, könne unmöglich derselben Strafe unterworfen werden, wie ein anderer, dessen Beweggründe sich (nach nationalsozialistischer Auffassung) gegen das Volk richten.

Damit war von vornherein ausgesprochen, daß nationalsozialistisches "Recht" sich der wesensbestimmenden Anforderung der Gerechtigkeit, der gleichen Behandlung des Gleichen, zu entziehen gewillt war. Infolgedessen entbehrt es insoweit überhaupt der Rechtsnatur, ist nicht etwa unrichtiges Recht, sondern überhaupt kein Recht. Das gilt insbesondere von den Bestimmungen, durch welche die nationalsozialistische Partei entgegen dem Teilcharakter jeder Partei die Totalität des Staates für sich beanspruchte. Der Rechtscharakter fehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten. Ohne Rechtscharakter sind auch alle jene Strafdrohungen, die ohne Rücksicht

чуття, він без роздумів підносив власне кричуще свавілля до рангу закону. Початок правління Гітлера ознаменувався співчутливою телеграмою вбивцям у Потемпі\*\*, а кінець – жорстоким збезчещенням мучеників 20 червня 1944 р. На основі потемпської справи А. Розенберг навіть розробив теорію, за якою всі люди різні, як і вбивства. Вбивство пацифіста Жореса розцінювалося у Франції, з його точки зору, інакше, ніж замах на життя націоналіста Клемансо. Правопорушник, який допустив помилку, керуючись патріотичними почуттями, не може бути підданий такому ж покаранню, як той, мотивування котрого (у нацистському розумінні) носило антинародний характер. Цим відразу давалося зрозуміти, що так зване "націонал-соціалістське право" прагнуло відмежуватися від вимог, які визначали суть справедливості: рівноправного відношення до рівних. Як наслідок, у такого "права" була відсутня правова природа, це не було "несправедливим правом", натомість, не було правом взагалі. Це особливо стосується норм, з допомогою яких націонал-соціалістська партія, представляючи, як і будь-яка інша партія, лише частину населення, пред'явила претензію на узурпацію усієї держави. Неправовий характер, отже, носили усі закони, які вважали людей "недолюдьми" і позбавляли їх усяких прав людини. Позбавлені правового характеру і ті кримінально-правові санкції, які без урахування важкості злочину керувалися лише моментальною потребою залякування і передбачали однакові покарання за вчинення кримінальних діянь різного ступеня важкості, найчастіше – смертну кару. Все це – приклади законодавчого неправда.

Не варто недооцінювати – особливо після дванадцяти років фашистського режиму, – яку страшну загрозу для правопевності можуть представляти

---

\* Ein Gericht in Beuthen (Oberschlesien) hatte 1932 fünf Mitglieder der SA wegen der brutalen Ermordung eines Kommunisten in dem ober-schlesischen Dorf Potempa in der Nacht vom 9. auf 10. August 1932 zum Tode verurteilt. Nachdem Reichskanzler von Papen auf den Druck der Nazis eine Begnadigung zu Freiheitsstrafe erwirkte hatte, wurden die Verurteilten nach der Machtergreifung amnestiert.

\*\* У 1932 р. земельний суд Бойтена (Верхня Сілезія) засудив п'ять штурмовиків до смертної кари за брутальне вбивство комуніста у с. Потемпа, яке було вчинене ними в ніч з 9 на 10 серпня 1932 р. Тодішній рейхсканцлер Ф. фон Папен під тиском нацистів замінив смертну кару на довічне ув'язнення, а після захоплення нацистами влади засуджених було амністовано.

Під час судового розгляду справи 19-22 серпня 1932 р. Гітлер надіслав обвинуваченим телеграму такого змісту: "Дорогі товариші! У зв'язку із цим нечуванним, брутальним судовим рішенням почуваю себе пов'язаним з вами почуттями безмежної відданості. Ваша свобода, з огляду на це, є питанням нашої честі. Боротьба проти уряду, за якого таке стало можливим, є нашим обов'язком." Цит. за: Lautemann-Schlenke, 1961. – С. 269 (прим. перекл.).

auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur geleitet

von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedenster Schwere mit der gleichen Strafe, häufig mit der Todesstrafe, bedrohten. Alles das sind nur Beispiele gesetzlichen Unrechts.

Es darf nicht verkannt werden – gerade nach den Erlebnissen jener zwölf Jahre – welche furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit der Begriff des “gesetzlichen Unrechts”, die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze mit sich bringen kann. Wir müssen hoffen, daß ein solches Unrecht eine einmalige Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes bleiben werde, aber für alle möglichen Fälle haben wir uns durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus, der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Mißbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete, gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtsstaates zu wappnen\*.

#### IV.

Das gilt für die Zukunft. Gegenüber dem gesetzlichen Unrecht jener vergangenen zwölf Jahre müssen wir die Forderung der Gerechtigkeit mit einer möglichst geringen Einbuße an Rechtssicherheit zu verwirklichen suchen. Nicht jeder Richter sollte auf eigene Faust Gesetze entwerfen dürfen, diese Aufgabe sollte vielmehr einem höheren Gericht oder der Gesetzgebung (so auch Kleine, SJZ S.36) vorbehalten bleiben. Ein solches Gesetz ist in der amerikanischen Zone auf Grund einer Übereinkunft im Länderrat bereits erlassen: das “Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege”. Dadurch, daß nach ihm “politische Taten, durch die dem Nationalsozialismus oder Militarismus Widerstand geleistet wurde, nicht strafbar” sind, werden z. B. die Schwierigkeiten des Deserteur-Falls (oben Nr. 4) gelöst. Dagegen ist das Schwestergesetz, das “Gesetz zur Ahndung nationalsozialistischer Straftaten”, auf die andern hier behandelten Fälle nur anwendbar, wenn die Strafbarkeit solcher Taten schon nach dem Rechte ihrer Begehungszeit bestand. Wir haben also unabhängig von diesem Gesetz die Strafbarkeit jener andern drei Fälle nach dem Recht des RStGB zu prüfen.

In dem hier besprochenen Denunzianten-Fall ist die

собою поняття “законне неправо”, заперечення правової природи законів. Хотілося б сподіватися на те, що таке неправо виявиться єдиним промахом та відхиленням в історії німецького народу. Але водночас ми повинні бути готовими зустріти у всеозброєнні потенціальну небезпеку повернення до подібної неправової держави шляхом подолання позитивізму, котрий позбавляв сил і здатності протистояти зловживанням нацистського законодавства\*\*.

#### IV.

Значене стосується майбутнього. Що стосується законодавчого неправу тих дванадцяти страшних років, то ми повинні прагнути втілити вимоги справедливості з найменшими втратами для правопевності. Не можна залишати розробку законів на розсуд кожного судді. Це завдання може бути доручено вищій судовій інстанції або законодавцю (див. Kleine, SJZ, S. 36). Один такий закон уже прийнято за взаємною домовленістю із адміністрацією американської зони присутності: *Закон про скасування націонал-соціалістського неправу в кримінальному судочинстві*. Згідно із Законом, “політичні акції із протидії нацизму та мілітаризму не визнавалися кримінально караними діяннями” і тим усувалися труднощі, пов’язані із випадками, подібними до вищеописаної справи про дезертирство. І навпаки, “споріднений” *Закон про покарання за нацистські злочини* застосовувався у відповідності до права, яке діяло на момент їх вчинення. Далі, не в зв’язку з цим законом, розглядається проблема карності за КК Третього рейху. В розглянутій вище справі про доноси презумпція опосередкованого виконавства не оспорювалася, якщо донощик мав злочинний умисел, для здійснення якого він використовував у якості інструмента і засобу кримінальне право і автоматизм кримінального процесу. Подібний умисел був притаманним особливо тим випадкам, коли злочинець був зацікавлений в усуненні підозрюваного, чи то з метою вступу в шлюб з його дружиною, заволодіння його квартирою, зайняття його положення чи через помсту і т. д. (так зазначено у вищезгаданому висновку експерта проф. Р. Ланге з Університету м. Йєни\*\*\*).

\* Für Übergesetzliches Recht tritt auch Buchwald, aaO. S. 8 ff., ein. Vgl. ferner Roemer in SJZ S. 5ff.

\*\* Щодо надзаконного права див. також Бухвальд. – Там само. – С. 8 і далі; пор. з працею Ремера (Roemer) в SJZ. – С. 5 і далі.

\*\*\* Однак вершиною суб’єктивізму теорії співучасті є те, що умисел злочинця – за типом “суб’єктивного елемента неправу” – протиправність – персоніфікується в особі опосередкованого виконавця, котра у нього відсутня.

Annahme mittelbarer Täterschaft eines Tötungsverbrechens in der Person des Denunzianten nicht zu beanstanden, wenn bei ihm ein Tätervorsatz in dieser Richtung bestanden hat, zu dessen Verwirklichung er sich des Strafgerichts als Werkzeug und des juristischen Automatismus eines Strafprozesses als Mittels bedient hat. Ein solcher Vorsatz liegt besonders in solchen Fällen vor, "in denen der Täter ein Interesse an der Beseitigung des Verdächtigten hatte, sei es, um seine Frau zu heiraten, oder sich in den Besitz seiner Wohnung oder seiner Stellung zu setzen, sei es aus Rachsucht und dergleichen (so das erwähnte Gutachten von Professor Richard Lange in Jena<sup>\*</sup>). Wie mittelbarer Täter ist, wer sein Befehlsrecht gegen Gehorsampflichtige zu verbrecherischen Zwecken mißbraucht hat, so ist auch der mittelbarer Täter, der zu verbrecherischen Zwecken durch eine Denunziation den Justiz-Apparat in Funktion gesetzt hat. Die Benutzung des Gerichts als eines bloßen Werkzeugs ist besonders deutlich in denjenigen Fällen, in denen der mittelbare Täter mit einer politisch tendenziösen Ausübung des Strafrichteramts, sei es aus politischem Fanatismus, sei es unter dem Druck der damaligen Machthaber, rechnen konnte und gerechnet hat. Hatte der Denunziant diesen Tätervorsatz nicht, wollte er vielmehr nur dem Gericht Material liefern und das weitere dessen Entscheidung überlassen, dann kann er als Verursacher der Verurteilung und mittelbar der Vollstreckung der Todesstrafe nur dann wegen Beihilfe bestraft werden, wenn das Gericht seinerseits durch das Urteil und dessen Vollstreckung sich eines Tötungsverbrechens schuldig gemacht hat. Diesen Weg ist das Nordhäuser Gericht in der Tat gegangen.

Die Strafbarkeit der Richter wegen Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihnen begangenen Rechtsbeugung (§§ 336, 344 StGB) voraus. Denn das Urteil des unabhängigen Richters darf Gegenstand einer Bestrafung nur dann sein, wenn er gerade den Grundsatz, dem jene Unabhängigkeit zu dienen bestimmt war, die Unterworfenheit unter das Gesetz, d. h. unter das Recht, verletzt hätte. Wenn an der Hand der von uns entwickelten Grundsätze festgestellt werden kann, daß das angewandte Gesetz kein Recht war, das angewandte Strafmaß, etwa die nach freiem Ermessen erkannte Todesstrafe, jedem Willen zur Gerechtigkeit Hohn sprach, liegt objektiv Rechtsbeugung vor. Aber konnten Richter, die von dem herrschenden Positivismus soweit verbildet waren,

Безпосереднім виконавцем вважається як той, хто з злочинною метою зловживає своїм правом

наказувати на шкоду обов'язку підпорядкуватися, так і той, хто через донос використовує зі злочинною метою органи юстиції. Використання суду як інструменту особливо яскраво проявляється у тих випадках, коли опосередкований виконавець міг розраховувати і розраховував на дії політично zaangażованої машини кримінальної юстиції, незалежно від того, чи керувався він ідеологічним фанатизмом, чи вчиняв злочин під тиском тодішніх правителів. Якщо б у діях того, хто зробив донос, не було злочинного умислу і він хотів би лише передати суду матеріали, віддаючи подальше на рішення суду, то він міг би дістати покарання як ініціатор засудження й опосередковано – смертної кари тільки у тому випадку якби суд зі свого боку в результаті винесення вироку і його виконання був би визнаний винним у вчиненні злочину проти життя. Суд у Нордхаузені поступив саме так. Караність суддів за вбивство передбачає водночас констатацію винесення ними раніше завідомо неправосудного вироку (§§ 336, 334 КК), оскільки вирок незалежного судді може стати предметом покарання лише в тому випадку, якщо цей суддя порушив принцип, якому покликана слугувати його незалежність, і виніс даний вирок, підпорядковуючись закону, тобто праву. Якщо на основі розроблених нами принципів може бути встановлено, що застосований закон не є правом, а міра покарання, яка визначається на розсуд судді, наприклад, смертна кара, свідчить про неприхований глум над прагненням до справедливості, то об'єктивно маємо приклад винесення завідомо неправосудного вироку. Але чи можуть судді, правосвідомість яких настільки деформована пануючим позитивізмом, що вони нічого, окрім діючого права, не знають, завідомо виносити неправосудні вирoki при застосуванні позитивних законів? Навіть якби вони й мали такий намір, то в них залишається останній, правда, надзвичайний правовий засіб – посилення на загрозу власному життю, ризику якому вони самі себе піддали, підтвердивши під присягою розуміння нацистського права як законного неправу – це посилення на § 54 КК про загрозу життю в умовах

<sup>\*</sup> Es ist freilich ein Gipfel des Subjektivismus in der Teilnahmelehre, daß der Tätervorsatz – nach Art eines "subjektiven Unrechtselements" – die Rechtswidrigkeit – in der Person des mittelbaren Täters mit sich bringt, die in der Person des Tatmittlers fehlt.

daß sie ein anderes als das gesetzte Recht nicht kannten, bei der Anwendung positiver Gesetze den Vorsatz der Rechtsbeugung haben? Auch wenn sie ihn hatten, bleibt ihnen als ein letzter, freilich peinlicher, Rechtsbehelf die Berufung auf die Lebensgefahr, die sie selbst durch die Auffassung nationalsozialistischen Rechts als gesetzlichen Unrechts über sich herabbeschworen hätten, die Berufung auf den Notsstand des § 54 StGB – peinlich, da das Ethos des Richters auf Gerechtigkeit um jeden Preis, auch den des Lebens, gerichtet sein sollte.

Am einfachsten erledigt sich die Frage der Strafbarkeit der beiden Scharfrichtergehilfen wegen der Vollstreckung von Todesurteilen. Man darf sich weder durch den Eindruck von Menschen bestimmen lassen, die sich aus der Tötung anderer Menschen ein Gewerbe machen, noch durch die damalige Hochkonjunktur und Einträglichkeit jenes Gewerbes. Schon als der Scharfrichterberuf noch eine Art erblichen Handwerks war, pflegten sich die Inhaber dieses Gewerbes immer wieder damit zu entschuldigen, daß sie nur exequierten, zu judizieren aber die Aufgabe der Herren Richter sei. “Die Herren steuern dem Unheil, ich exequiere ihr Endurteil” – dieser Spruch von 1698 kommt so oder ähnlich immer wieder auf den Klängen von Richtschwertern vor. Wie das Todesurteil eines Richters nur dann strafbare Tötung darstellen kann, wenn es auf Rechtsbeugung beruht, so kann der Nachrichten wegen einer Hinrichtung nur dann bestraft werden, wenn sie dem Tatbestand des § 345: vorsätzliche Vollstreckung einer Strafe, die nicht zu vollstrecken ist, darstellt. Karl Binding (Lehrbuch, Besonderer Teil, Bd. 2, 1905, S. 569) sagt über diesen Tatbestand: in analogem Verhältnis wie der Richter zum Gesetz stehe der Vollstreckungsbeamte zum vollstreckbaren Urteil; seine ganze und einzige Pflicht bestehe in dessen exakter Verwirklichung. Das Urteil bestimme seine ganze Tätigkeit: “Sie bleibt gerecht, soweit sie es befolgt, sie wird ungerecht, soweit sie von ihm abweicht. Da in dieser Verleugnung der einzigen für die Vollstreckung als solche maßgebenden Autorität der Kernpunkt der Schuld liegt, so kann man das Delikt (des § 345) als Urteilsbeugung bezeichnen”. Eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Urteils liegt dem Scharfrichter nicht ob. Die Annahme seiner Unrechtmäßigkeit kann ihm also nicht schaden, die Nichtaufgabe seines Gewerbes als rechtswidrige Unterlassung nicht zugerechnet werden.

## V.

Wir sind nicht der in Nordhausen ausgesprochenen Meinung, daß “formaljuristische Bedenken” geeignet seien, “der klaren Tatbestand zu trüben”. Wir sind vielmehr der Meinung, daß es nach zwölf Jahren Ver-

rne, oскільки спосіб мислення судді повинен бути спрямований на досягнення справедливості будь-якою ціною, навіть ціною життя.

Найпростіше вирішується питання про покарання обох підручних ката за виконання смертних вироків. Не можна піддаватися на умовляння тих, хто зробив своїм ремеслом вбивство людей, рівно як і звабився його престижністю і дохідливістю в той час. Ще в давні часи, коли ремесло ката успадковувалося, носії цієї професії виправдовувалися, стверджуючи, що вони виконували вирок, виносити й судити які було завданням панів суддів. “...Пани борються зі злом, а я виконую їх остаточний вердикт” – відлуння цього висловлювання до сих пір чується в дзвоні сокири ката. Подібно до того, як смертний вирок, винесений суддею, може визнаватися караним убивством лише якщо це завідомо неправосудний вирок, так само ката може бути покарано за страту лише тоді, якщо в його діях наявні ознаки злочину § 345 (навмисне виконання покарання, яке не повинно бути виконане). Карл Біндінг (Підручник. Особлива частина. Т. 1. С. 569) так характеризує цей склад злочину: виконавця і вирок, який належить виконати, пов’язують відносини, аналогічні з тими, які пов’язують суддю і закон. Його єдиний обов’язок полягає у тому, щоби виконати вирок з максимальною точністю. Вирок означає усю його діяльність: “Вона правосудна, оскільки виконавець слідує вироку. Вона неправосудна, оскільки виконавець від нього ухляється. Однак враховуючи, що в запереченні критерію, єдиного і вирішального для виконання – уся суть вини, то делікт (в § 345) можна охарактеризувати як виконання завідомо неправосудного вирок”, оскільки ревізія законності вироку не входить до переліку обов’язків ката, презумпція його незаконності також не може заподіяти йому шкоди. Неполишення служби не можна розглядати як неправомірне бездіяння.

## V.

Ми не дотримуємося погляду, за яким “формально-юридичного сумніву”, за висловленою в справі в Норхаузені думкою, цілком достатньо для “затуманення очевидного складу злочину”. Навпаки, на нашу думку, після дванадцяти років заперечення правопевності надзвичайно важливо з допомогою “формально-юридичних” міркувань боротися зі спробами,

leugnung der Rechtssicherheit mehr als je notwendig sei, sich durch "formaljuristische" Erwägungen gegen die Versuchungen zu wappnen, welche sich begreiflicherweise in jedem, der zwölf Jahre der Gefährdung und Bedrückung durchlebt hat, leicht ergeben können. Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist, und einen Rechtsstaat wieder aufzubauen, der beiden Gedanken nach Möglichkeit Genüge zu tun hat. Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.

які легко можуть виникнути у кожного, хто пережив ці дванадцять років небезпеки та пригночення. Ми повинні прагнути до справедливості, зважаючи при цьому на її складову частину – правопевність, і знову будувати правову державу, в котрій значно втілилися обидві ці ідеї. Правова ж держава життєво необхідна, як хліб та вода, як повітря. І найкраще, що є в демократії, – це те, що лише вона одна здатна забезпечити існування правової держави.

*G. Radbruch*

### **ЗАКОННЕ НЕПРАВО ТА НАДЗАКОННЕ ПРАВО**

В оригіналі статті 1946 р. видатного німецького філософа права Густава Радбруха (1878-1949) на основі судової практики ФРН після падіння нацистського режиму та правовій теорії вченого про ідею права як справедливості викладається так звана "формула Радбруха" як підхід до вирішення суперечності між «несправедливим законом» та "надзаконним правом". Існують виключні випадки, "коли суперечність діючого закону щодо справедливості сягає настільки нестерпного масштабу, що закон як "несправедливе право" має поступитися справедливості." Важко виокремити такі випадки, але чітким критерієм може служити відсутність прагнення до справедливості. Відтак в ідеї права Радбруха останнього його наукового періоду справедливості визначається провідна роль у порівнянні з правопевністю та доцільністю.

*G. Radbruch*

### **STATUTORY NON-LAW AND SUPRASTATUTORY LAW**

Based on the judicial practice of the after-Nazi West Germany and scholar's legal theory of the idea of law as justice, the famous 1946 article by the prominent German philosopher of law Gustav Radbruch (1878-1949), sets forth the so-called "Radbruch's formula" as an approach to the solution of the conflict between "statutory non-law" and "suprastatutory law". There might be exceptional cases when the conflict with justice reaches so intolerable a level that the statute becomes in effect "false law" and must therefore yield to justice. It is impossible to draw a sharper line between cases of statutory non-law and statutes that are valid despite their flaws. One line of distinction, however, can be drawn with utmost clarity: it is where there is not even an attempt at justice. Thus in the Radbruch's idea of law in his post-War period, justice is provided with a predominant position in comparison to legal certainty and purposiveness.