

Petr Šourek

**EXPERIENTIA LEGIS  
EXPERIENTIA LEGIS**

## **Gustav Radbruch vor und nach**

Die Rechtssicherheit müsse über die Gerechtigkeit stets Vorrang haben. Deshalb müsse auch der Richter auch ein ungerechtes Gesetz bedingungslos anwenden.

“Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren läßt.”

**Gustav Radbruch: *Rechtsphilosophie* (1932)**

# Gustav Radbruch vor und nach

## Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht

von Prof. Dr. Gustav RADBRUCH, Heidelberg

### 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 »Befehl 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

1. In ei  
gericht i  
ken, wel  
richtung  
längliche  
einer vo  
»Hitler i  
lung wa  
Hörens  
schen G  
(»Thürir  
gegeben  
Frage: v

# Gustav Radbruch vor und nach

## Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht

von Prof. Dr. Gustav RADBRUCH, Heidelberg

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 unzumutbar 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

1. In ei  
gericht i

kon, wol

neit zu verwirklichen suchen. Faust Gesetze entwerfen dürfen einem höheren Gericht oder (S JZ S.36) vorbehalten bleiben kanischen Zone auf Grund bereits erlassen: das »Gesetz zur listischen Unrechts in der Str ihm »politische Taten, durch Militarismus Widerstand geleis den z. B. die Schwierigkeiten löst. Dagegen ist das Schwest nationalsozialistischer Straftat ten Fälle nur anwendbar, we schon nach dem Rechte ihrer

## **Gustav Radbruch vor und nach**

Die Rechtssicherheit müsse über die Gerechtigkeit stets Vorrang haben. Deshalb müsse auch der Richter auch ein ungerechtes Gesetz bedingungslos anwenden.

“Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren läßt.”

### **Gustav Radbruch: *Rechtsphilosophie* (1932)**

„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 unzweckmäßig 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.

### **Gustav Radbruch: *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946)**

## **Gustav Radbruch vor und nach**

(1932)

Rechtssicherheit – Zweckmäßigkeit – Gerechtigkeit

## Gustav Radbruch vor und nach

(1932)

1

Rechtssicherheit – Zweckmäßigkeit – Gerechtigkeit

## Gustav Radbruch vor und nach

(1932)

1  
Rechtssicherheit – Zweckmäßigkeit – Gerechtigkei  
2

## Gustav Radbruch vor und nach

(1932)

1  
Rechtssicherheit – Zweckmäßigkeit – Gerechtigkei<sup>2</sup>

(1946)

## Gustav Radbruch vor und nach

(1932)

Rechtssicherheit – Zweckmäßigkeit – Gerechtigkeit

2

1

(1946)

## Gustav Radbruch vor und nach

(1932)

1  
Rechtssicherheit – Zweckmäßigkeit – Gerechtigkeit  
2

2

1

(1946)

Wenn die (Rechts)Sicherheit unerträglich wird...

## Experientia vs scientia

“The life of the law has not been logic: it has been **experience**. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.”

**THE COMMON LAW** by Oliver Wendell Holmes, Jr. (1881)

## Experientia vs scientia

Fuit scientia boni et mali in illo pomo?

Non in pomo, sed in transgressione. Ante peccatum scivit homo bonum et malum, bonum **per experientiam**, malum per scientiam; post peccatum autem scivit malum per experientiam, bonum tantum **per scientiam**. (1.87)

**ELUCIDARIUS Honorii Augustodunensis (1098)**

## Dual System of Law

Rechtssicherheit versus Gerechtigkeit  
Richter versus Pfarrer

machina versus homo

Logic versus Experience  
scientia versus experientia



## Dual System of Law

Rechtssicherheit versus Gerechtigkeit  
Richter versus Pfarrer

*machina* versus *homo*

Logic versus Experience  
*scientia* versus *experientia*

## Dual System of Law

Rechtssicherheit versus Gerechtigkeit  
Richter versus Pfarrer

machina versus homo

Logic versus Experience  
scientia versus experientia

----- in transgressione/ post peccatum -----

## Dual System of Law

Rechtssicherheit versus Gerechtigkeit  
Richter versus Pfarrer

machina versus homo

Logic versus Experience  
scientia versus experientia

----- in transgressione/ post peccatum -----  
experientia mali versus scientia boni

state law vs federal law  
state ordinance vs higher moral law  
a law to change vs immutable law  
positive law vs natural law

citizens' rights vs human rights

## Community

Sect. 136:

... men unite into societies, that they may have the united strength of the whole society to secure and defend their properties, and may have standing rules to bound it, by which every one may know what is his. To this end it is that **men give up all their natural power to the society which they enter into**, and the community put the legislative power into such hands as they think fit, with this trust, that they shall be governed by declared laws...

SECOND TREATISE OF GOVERNMENT by John Locke (1690)

## Community

... the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their members, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is **to prevent harm to others.**

ON LIBERTY by Stuart Mill (1859)

## Community

... the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their members, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is **to prevent harm to others.**

Society can and does execute its own mandates: and if it issues wrong mandates instead of right, or any mandates at all in things with which it ought not to meddle, it practices **a social tyranny** more formidable than many kinds of political oppression, since, though not usually upheld by such extreme penalties, it leaves fewer means of escape, penetrating much more deeply into the details of life, and enslaving the soul itself. Protection, therefore, against the tyranny of the magistrate is not enough: there needs **protection also against the tyranny of the prevailing opinion and feeling**; against the tendency of society to impose, by other means than civil penalties, its own ideas and practices as rules of conduct on those who dissent from them; to fetter the development, and, if possible, prevent the formation, of any **individuality** not in harmony with its ways, and compel all characters to fashion themselves upon the model of its own.

ON LIBERTY by Stuart Mill (1859)

## Community

In this age, the mere example of nonconformity, the mere refusal to bend the knee to custom, is itself a service. Precisely because the tyranny of opinion is such as to make eccentricity a reproach, it is desirable, in order to break through that tyranny, that **people should be eccentric**. Eccentricity has always abounded when and where **strength of character** has abounded; and **the amount of eccentricity** in a society has generally been proportional to the amount of genius, mental vigour, and moral courage which it contained. That so few now dare to be eccentric, marks the chief danger of the time.

ON LIBERTY by Stuart Mill (1859)

## Community

Sect. 136:

... men unite into societies, that they may have the united strength of the whole society to secure and defend their properties, and may have standing rules to bound it, by which every one may know what is his. To this end it is that **men give up all their natural power to the society which they enter into**, and the community put the legislative power into such hands as they think fit, with this trust, that they shall be governed by declared laws...

SECOND TREATISE OF GOVERNMENT by John Locke (1690)

- Individuals retain certain natural rights
- Individuals have no secure, permanent rights against the government, nor the community

## Preventing harm AND/OR protecting individuality

Spreading STDs and a legitimate state coercion (Mark Tunick)

a prostitute – morally irrelevant party – the second party

a husband – morally relevant/ proximate party – the first party

a wife – innocent victim, non-consensual party – the third party

## Preventing harm AND/OR protecting individuality

Spreading STDs and a legitimate state coercion (Mark Tunick):

a prostitute – morally irrelevant party – the second party

a husband – morally relevant/ proximate party – the first party

a wife – innocent victim, non-consensual party – the third party

If there is no violation of a **right**, there is no harm. The remedy is a moral progress.

## Preventing harm AND/OR protecting individuality

Spreading STDs and a legitimate state coercion (Mark Tunick):

a prostitute – morally irrelevant party – the second party

a husband – morally relevant/ proximate party – the first party

a wife – innocent victim, non-consensual party – the third party

If there is no violation of a **right**, there is no harm. The remedy is a moral progress.  
Or proliferation of rights.

## Preventing harm AND/OR protecting individuality

Spreading STDs and a legitimate state coercion

- |              |   |                           |
|--------------|---|---------------------------|
| a prostitute | – morally irrelevant party              | – the second party        |
| a pimp       | – morally relevant party                | – yet another first party |
| a husband    | – morally relevant/ proximate party     | – the first party         |
| a wife       | – innocent victim, non-consensual party | – the third party         |

If there is no violation of a **right**, there is no harm. The remedy is a moral progress.  
Or proliferation of rights.

## Preventing harm AND/OR protecting individuality

Spreading STDs and a legitimate state coercion

- |              |   |                           |
|--------------|---|---------------------------|
| a prostitute | – morally irrelevant party              | – the second party        |
| a pimp       | – morally relevant party                | – yet another first party |
| a husband    | – morally relevant/ proximate party     | – the first party         |
| a wife       | – innocent victim, non-consensual party | – the third party         |

If there is no violation of a **right**, there is no harm. The remedy is a moral progress.  
Or proliferation of rights.

undermining autonomy (limiting free speech/ publicity)  
protecting **individuality**/ decisional autonomy